Advokatfirmaet energi & miljø

Sagsansvarlig
Pernille Aagaard Truelsen
Partner, advokat (L), ph.d.

Sagsbehandler
Pernille Aagaard Truelsen
Partner, advokat (L), ph.d.

Åboulevarden 49, 4. sal
8000 Aarhus C

Telefon: 86 18 00 60
Mobil: 25 29 08 40

J.nr. 12097

paa@energiogmiljo.dk
www.energiogmiljo.dk

CVR: 31135427

26. juni 2015

Redegørelse

for de juridiske rammer for at stille deponeringskapacitet til rådighed for andre kommuner end ejerkommunerne i Reno Djurs I/S, herunder § 60 selskaber

Indhold

1. Baggrund 3

2. Juridiske rammer i miljøbeskyttelsesloven 3

3. Juridiske rammer i Kommunalretten 4

4. Juridiske rammer i udbudsretten 5

5. Vurdering af udbudspligt i forhold til RenoDjurs I/S aftaler med eksterne kommuner og andre fælleskommunale selskaber. 9

6. Model for Reno Djurs I/S 'aftaler med eksterne kommuner og kommunale fællesskaber 10

1. Baggrund

Reno Djurs I/S har ved mail af 30. april 2015 bedt om en redegørelse for de juridiske rammer der gælder i forhold til selskabets mulighed for at stille deponeringskapacitet til rådighed for andre kommuner end ejerkommunerne, herunder § 60-selskaber (herefter omtalt som ”eksterne kommuner”).

Det er aftalt, at redegørelsen skal omfatte juridiske undersøgelser af miljøbeskyttelseslovens, kommunalrettens og udbudsreglernes rammer for Reno Djurs I/S’ muligheder for at indgå aftaler om deponering uden udbud med eksterne kommuner.

Redegørelsen skal således særligt fokusere på in house-principperne, miljøbeskyttelseslovens rammer for deponering samt kommunalrettens rammer for interessent – og andre kommuners delegation af opgaver til fælleskommunale selskaber samt det fælleskommunale selskabs mulighed for at udføre opgaver for andre end interessentkommunerne.

På baggrund af beskrivelsen af de juridiske rammer ønsker Reno Djurs I/S en vurdering af selskabets mulighed for at varetage deponeringsopgaver i forhold til såvel ejerkommunerne som andre kommuner og fælleskommunale selskaber. Endvidere ønsker Reno Djurs I/S en skitse og beskrivelse af en model, hvorefter Reno Djurs I/S med sikkerhed uden udbud kan modtage affald fra eksterne kommuner.

2. Juridiske rammer i miljøbeskyttelsesloven

I miljøbeskyttelseslovens § 50, stk. 1 er det fastsat, at ”nye” deponeringsanlæg kun må være ejet af en offentlig myndighed, herunder en kommune.

Et fælleskommunalt affaldsselskab anses som en specialkommune og dermed en offentlig myndighed, der kan være ejer af et ”nyt” deponi. Nye anlæg til deponi efter miljøbeskyttelseslovens § 50, stk. 1 er anlæg, som er etableret efter ikrafttræden af miljøbeskyttelsesloven af 1992, dvs. den 1. januar 1992. Hvis et anlæg, der er etableret før den 1. januar 1992, udvides, gribes anlægget af bestemmelsen i miljøbeskyttelseslovens § 50, stk. 1, således at anlægget skal være ejet af en offentlig myndighed. Reno Djurs I/S er dannet i 1996 og er således et ”nyt anlæg” i miljøbeskyttelseslovens forstand.

Et aktieselskab anses ikke som en offentlig myndighed og kan derfor ikke eje et deponi, hvis deponiet er et ”nyt anlæg” efter miljøbeskyttelseslovens § 50, stk. 1. Der er derimod ikke noget til hinder for, at et aktieselskab varetager driften og administrationen af et deponi. Det endelige driftsansvar og ejerskab i forhold til deponiet skal blot være hos den offentlige myndighed.

3. Juridiske rammer i kommunalretten

3.1 Kompetenceoverdragelse og delegation

I forhold til fælleskommunale selskaber oprettet efter kommunestyrelseslovens § 60 sondres mellem, om opgaverne i selskabet varetages i henhold til kompetenceoverdragelse eller i henhold til delegation.

Ejerkommunerne i et fælleskommunalt selskab kan kun kompetenceoverdrage opgaver til det fælleskommunale selskab. Indenrigsministeriet har til Vejle Kommune den 16. august 2013 udtalt, at der gælder et delegationsforbud i forholdet mellem fælleskommunale selskaber og dets ejerkommuner. Med kompetenceoverdragelse menes, at ejerkommunerne i en vedtægt, som godkendes af Statsforvaltningen, fastlægger, hvilke opgaver kommunerne overdrager til det fælleskommunale selskab. Hvis en ejerkommune i et fælleskommunalt selskab ønsker at hjemtage den kompetenceoverdragne opgave fra det fælleskommunale selskab, kan det kun ske efter Statsforvaltningens forudgående godkendelse.

Ejerkommunerne i et fælleskommunalt selskab kan således ikke delegere opgaver til et fælleskommunalt selskab. Med delegation menes en aftale med det fælleskommunale selskab om, at selskab udfører en opgave for kommunen. Aftalen er ikke godkendt af Statstforvaltningen.

Eksterne kommuner og andre fælleskommunale selskaber kan derimod godt delegere opgaver til et fælleskommunalt selskab. Delegation kræver alene, at der er hjemmel i selskabets vedtægter til, at det fælleskommunale selskab kan udføre opgaver for andre end ejerkommunerne og det fælleskommunale selskab. Delegationen skal ikke godkendes af Statsforvaltningen.

3.2 Overskudskapacitet og takstfastsættelse

Kommuner, herunder fælleskommunale selskaber såsom Reno Djurs I/S, kan stille ydelser på affaldsområdet til rådighed for andre kommuner, jf. Indenrigsministeriets udtalelse af 8. marts 1994:

> *”Det fremgår direkte af § 49, stk. 2, i den gældende miljøbeskyttelseslov, at kommunale fællesskaber kan blive pålagt at modtage affald fra kommuner, som ikke er tilsluttet fællesskabet. Som en mindre vidtgående foranstaltning må affaldsselskaber efter Indenrigsministeriets opfattelse antages - som det er forudsat i bemærkningerne til loven - frivilligt at kunne indgå aftaler om modtagelse af affald fra kommuner, der ikke er tilsluttet selskabet.”*

Med andre ord er lokalitetsprincippet, som siger, at kommuner som udgangspunkt ikke kan løse opgaver for andre kommuner, ikke en hindring for, at Reno Djurs I/S stiller kapacitet til rådighed for eksterne kommuner gennem et affaldsserviceselskab. Endvidere har Reno Djurs I/S adgang til at stille kapacitet til rådighed for andre kommuner og fælleskommunale selskaber, uanset om denne kapacitet er opstået tilfældig og uanset om den er nødvendig. Eller med andre ord gælder kommunalrettens sædvan-

lige begrænsninger for salg af ledig overskudskapacitet ikke i forhold til Reno Djurs I/S salg af deponeringskapacitet til eksterne kommuner og fælles kommunale selskaber.

Vedrørende rammerne for prissætning af de opgaver som et fælleskommunalt selskab løser for eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber, kan i det hele henvises til Bech-Bruuns notat af 2. september 2010, som tillige indeholder et eksempel på en miljøklausul, som kan indsættes i forbindelse med, at Reno Djurs I/S indgår aftale med eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber om udførelse af deponeringsopgaver m.v.. I notatet konkluderes følgende:

> *"Betalingen for modtagelse af fremmed affald skal følge Reno Djurs I/S almindelige takst, dog med mulighed for at indregne en forrentning af egenkapitalen ".*

Selvom Reno Djurs I/S efter kommunalretten kan udføre opgaver for eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber, gælder reglerne om udbud fortsat og disse må iagttages i forbindelse med aftaleindgåelsen, jf. nedenfor i pkt.4..

3.3 Selskabsdeltagelse efter kommunalfuldmagten

Kommuner kan ifølge kommunalretten på forsyningsområdet, herunder affaldsområdet, overføre aktiviteter til et aktieselskab og beholde bestemmende indflydelse i selskabet, medmindre lovgivningen ikke indeholder et forbud herimod. Det samme gælder for Reno Djurs I/S samt andre § 60-selskaber.

Som udgangspunkt gælder der efter kommunalfuldmagten et forbud mod, at kommuner og § 60-virksomheder driver servicevirksomhed i form af entreprenørvirksomhed og administrative driftsopgaver. Forbuddet gælder dog ikke, når opgaven udføres for kommunen selv. Det vil således være lovligt for f.eks. et affaldsserviceselskabet at varetage driftsopgaver for ejeren, f.eks. Reno Djurs I/S. Hvis affaldsserviceselskabet skal udføre opgaver for andre – f.eks. løn- og personaleadministration for andre fælleskommunale selskaber – vil denne opgave dog kun kunne udføres, såfremt affaldsserviceselskabet har ledig overskudskapacitet og denne kapacitet er opstået utilsigtet og ikke kan afskaffes.

Efter kommunalfuldmagten er det desuden en betingelse for, at kommuner kan deltage i aktieselskaber, at selskabet ikke har et profitformål. Et aktieselskab på affaldsområdet med kommunale ejere skal således økonomisk hvile i sig selv.

4. Juridiske rammer i udbudsretten

Som følge af at kommuner og fælleskommunale selskaber er ordregivende myndigheder og dermed underlagt krav om udbud ved indkøb af tjenesteydelser, er aftaler som disse indgår om køb af deponeringskapacitet udbudspligtige. Såfremt værdien af tjenesteydelsesaftalen overstiger ca. 1,5 mio. kr., skal aftalen om deponering udbydes efter reglerne i EU-udbudsdirektiv, mens udbuddet skal gennemføres efter tilbudsloven, såfremt værdien af tjenesteydelsesaftalen er under 1,5 mio. kr. men mere end 500.000 kr.

Pr. 1. oktober 2015 ventes EU-udbudsdirektivet at blive gennemført i dansk ret via udbudsloven, som inkorporerer dels det nye udbudsdirektiv i dansk ret dels dele af tilbudsloven. I den følgende beskrivelse af de juridiske rammer i udbudsretten er der foretaget en beskrivelse af såvel den retsstilling, der følger af gældende regler, som den retsstilling, der følger af den kommende udbudslov.

Efter gældende regler skal aftaler mellem ordregivende myndigheder skal udbydes, medmindre de såkaldte in house-kriterier er opfyldt. Inhouse-kriterierne er skabt via praksis fra EU-domstolen.
In house-kriterierne går ud på, at der ikke er udbudspligt, hvis de parter, som indgår en aftale, i realiteten skal anses for at være den samme enhed, der producerer til sig selv.

Det er således et krav efter in house-kriterierne, at der foreligger et såkaldt ægte samarbejde mellem parterne om gennemførelse af en public service-opgave. Et ægte samarbejde indebærer, at der som udgangspunkt ikke må ske betaling til den part, der stiller en ydelse til rådighed. Klagenævnet for Udbud har blandt andet den 10 februar 2014 taget stilling til et samarbejde mellem Affaldsregion Nord, Tas I/S og Kolding Kommune kunne anses som et ægte samarbejde, som var undtaget udbudspligt. Klagenævnet fastslog, at samarbejdet ikke kunne anses som ægte, blandt andet med følgende begrundelse:

> *Det forhold, at såvel indklagede som TAS alene involverer offentligretlige organer, fører ikke i sig selv til, at aftalen ikke er udbudspligtig, jf. bl.a. EU-domstolens dom i sag C-107/98, Teckal, præmis 51.*
>
> *Aftalen er derfor udbudspligtig, med mindre aftalen kan anses omfattet af undtagelsen for horisontale aftaler, det vil sige aftaler, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgave.*
>
> *Af EU-domstolens dom af 13. juni 2013 i sag C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG mod Kreis Düren, præmis 37-38, fremgår, at anvendelse af undtagelsen for så vidt angår horisontale aftaler forudsæt-ter, at 1) sådanne kontrakter udelukkende er indgået mellem offentlige en-heder uden nogen privat parts deltagelse, 2) at ingen privat tjenesteyder op-når en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter, og 3) at samarbejdet kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse. Betingelserne er kumulative.*
>
> *Der er mellem parterne alene tvist om, hvorvidt betingelse nr. 3 er opfyldt.*
>
> *Betingelserne er første gang fastlagt i EU-domstolens dom af 9. juni 2009 i sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, og yderligere beskrevet i EU-domstolens dom af 19. december 2012 i sag C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento mod Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., samt i Kommissionens »Commission Staff Wor-king Paper concerning the application of EU public procurement law to re-lations between contracting authorities, SEC(2011) 1169 final«. Det kan heraf udledes, at betingelse nr. 3 alene kan være*

opfyldt, hvis der er tale om en aftale, hvorved der oprettes et gensidigt samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public serviceopgave.

Selvom forslaget til nyt udbudsdirektiv endnu ikke er endelig vedtaget, kan der endvidere heri hentes en vis vejledning til fastlæggelse af undtagelsens betingelser og rækkevidde i præamblens betragtning 31 og 33, samt artikel 12, stk. 4.

Den konkrete aftale mellem indklagede og TAS angår indklagedes levering af brændbare affaldsmængder til TAS mod betaling. TAS' primære formål er forbrænding af affald samt levering af billig el og fjernvarme, mens indklagedes primære formål er bortskaffelse af affald. Aftalens må på den baggrund antages primært at have til formål at sikre, at indklagede kan bortskaffe forbrændingsegnet affald, som indklagede ikke selv har kapacitet til at bortskaffe. Der er ikke i aftalen indeholdt en forpligtelse til, at parterne gensidigt skal afhjælpe kapacitetsproblemer hos den anden, og der er heller ikke indeholdt andre forpligtelser ud over den rene levering af affald til bortskaffelse mod betaling. Der kan på den baggrund ikke siges at foreligge et gensidigt samarbejde om en fælles public service opgave som omhandlet i Domstolens praksis.

Det kan under de foreliggende omstændigheder ikke føre til et andet resultat, at aftalen mellem indklagede og TAS indgår som én i en flerhed af aftaler, som i al væsentlighed drejer sig om at tilvejebringe en ny affaldsløsning og hvor der ikke er identitet mellem de berettigede og de forpligtede i de øvrige aftaler i aftalekomplekset, og aftalerne ikke er forpligtende i samme omfang.

Klagenævnet lagde således vægt på, at selvom aftalen alene vedrørte aftaler mellem en flerhed af offentlige myndigheder kan det ikke i sig sig selv føre til, at aftalen ikke er udbudspligtig. Aftalen kunne ifølge Klagenævnet anses som undtaget fra udbud, såfremt samarbejdet kun blev reguleret ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse (ægte samarbejde). Konkret fandt Klagenævnet ikke, at samarbejdet var ægte, dels som følge af levering af affald til forbrænding skete mod betaling, aftalen mellem TAS og Affaldsregion Nord indeholdt ikke nogen gensidig forpligtigelse til at afhjælpe kapacitetsproblemer og aftalen kunne ikke øvrigt ses i sammenhæng med andre aftaler på affaldsområdet, fordi der ikke var identitet mellem de berettigede og forpligtede.

Hvis der sker betaling fra den ene part til den anden, kan in house dog stadig foreligge, men den ordregivende myndighed skal i så fald have kontrol med den enhed, der indgås aftale med. Enheden, der indgås aftale med, skal desuden udføre hovedparten af sin virksomhed for den eller de ordregivende myndigheder, der kontrollerer enheden. Med kontrol menes, at den ordregivende myndighed skal udøve bestemmende indflydelse på den udførende persons strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger. Med hovedparten menes, at mindst 85-90 % af den omsætning som den udførende enhed har, skal være udført for dets ejer. Endelig må der ikke være private ejere i ejerkredsen hos den udførende.

Den nye udbudslov, som endnu ikke er vedtaget, men hvor lovforslag blev fremsat i Folketinget inden valget, indeholder udtrykkelige lovbestemmelser om in-house undtagelserne. Konkret er der følgende bestemmelser i lovforslagets § 15:

§ 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.

I lovforarbejderne til § 15 er angivet følgende:

§ 15 gennemfører direktivets artikel 12, stk. 4. I forhold til gældende ret er det nyt, at der ikke stilles som betingelse, at der ikke må være privat kapitaldeltagelse.

Bestemmelsen er en kodificering af gældende ret, jf. retspraksis fra EU-Domstolen og fastslår, at kontrakter, der udelukkende er indgået mellem ordregivere, ikke er udbudspligtige, når visse betingelser er opfyldt

I betragtning 33 i direktivet anføres om baggrunden for bestemmelsen, at ordregivere skal kunne vælge at levere deres offentlige tjenesteydelser i fællesskab i et samarbejde, der ikke forpligter dem til at anvende nogen bestemt retlig form. Et sådant samarbejde kan omfatte alle typer af aktiviteter i forbindelse med gennemførelsen af tjenesteydelser og opgaver, som de deltagende myndigheder har fået tildelt eller har påtaget sig, herunder tjenesteydelser, som i henhold til offentlig ret er pålagt bestemte organer. De forskellige deltagende myndigheders tjenesteydelser behøver ikke nødvendigvis at være identiske, de kan også være komplementære.

For at opfylde disse betingelser skal samarbejdet baseres på reelt samarbejde. Et sådant samarbejde kræver ikke, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse. Desuden bør gennemførelsen af samarbejdet, herunder enhver finansiel overførsel mellem de deltagende ordregivere, udelukkende være underlagt hensyn af almen interesse.

I lovforarbejderne henvises til, at bestemmelsen er en implementering af udbudsdirektivets art 12, stk. 4 og skal forstås i lyset af betragtning 33 til udbudsdirektivet. Endvidere præciseres det, at samarbejdet skal være reelt og alle parter skal påtage sig forpligtigelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den offentlige tjenesteydelse. Ligeledes bør enhver finansiel overførelse mellem parterne udelukkende være underlagt offentlige formål.

Efter ordlyden af § 15 skal offentlige kontrakter ikke udbydes, når kontrakten etablerer et samarbejde mellem ordregiver med det formål at sikre de offentlige tjeneste, som ordregiver skal udføre, leveres, og samarbejdet alene forfølger almene interesser. I lovforarbejderne er formålet med bestemmelsen en videreførelse af hidtil praksis og

det er understreget, at samarbejdet er reelt og alle deltagende parter som udgangspunkt skal bidrage til at løfte den fælles opgave.

Den nye udbudslov indeholder tillige i § 14 en bestemmelse som kodificerer gældende retspraksis angående inhouse-kriterierne. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

> ***14.*** *En ordregiver, der ikke udøver kontrol i henhold til § 12, over en juridisk person, kan uden at anvende denne lov tildele en offentlig kontrakt til den pågældende juridiske person, når*
> *1) ordregiveren sammen med andre ordregivere udøver en kontrol over den juridiske person, der svarer til den kontrol som ordregiveren udøver over deres organisatoriske enheder,*
> *2) mere end 80 pct. af aktiviteterne i den juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af opgaver, den juridiske person har fået betroet af de kontrollerende ordregivere eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af de samme ordregivere, jf. § 16, og*
> *3) der ikke er nogen direkte privat kapitalandel i den kontrollerede juridiske person med undtagelse af private kapitalandele, der er krævet i lovgivningen, og som ikke medfører afgørende indflydelse på den juridiske person.*

5. Vurdering af udbudspligt i forhold til Reno Djurs I/S´ aftaler med eksterne kommuner og andre fælleskommunale selskaber

Det er min vurdering, at *ejerkommuner* i Reno Djurs I/S, såvel efter gældende ret som efter den kommende udbudslov, uden udbud kan *kompetenceoverdrage* affald til behandling, herunder deponering, hos Reno Djurs I/S. Det er dog en betingelse, at Reno Djurs I/S' samlede omsætning med andre end ejerkommunerne ikke overstiger 20 %. Ejerkommunerne har via det direkte ejerskab og vedtægterne kontrol med Reno Djurs I/S. Såfremt mere end 20 % af omsætningen hos Reno Djurs I/S hidrører fra andre end ejerkommunerne, er kriterierne for brug af in house ikke længere opfyldt, og ejerkommunerne vil i så fald ikke uden udbud kunne kompetenceoverdrage affaldsopgaver til Reno Djurs I/S.

Det er endvidere min vurdering, at *eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber* uden udbud kan indgå *affaldsbytte aftaler*, således at parterne i fællesskab løfter en opgave af almen interesse i fællesskab. Det er dog en betingelse, at affaldsbytteaftalerne er udformet således, at alle de deltagende parter bidrager til at løse kapacitetsproblemerne, og der om udgangspunkt ikke er betaling mellem parterne for den udførte opgaveløsning. Det er dog ikke udelukket, at der f. eks. som følge af, at gebyret for deponering af affald er en højere end gebyret for forbrænding af affald, sker finansiel overførelse mellem parterne. Det er desuden en betingelse, at Reno Djurs I/S sammen med de øvrige deltager på det åbne marked udfører mindre end 20 % af de aktiviteter, der er omfattet af samarbejdet. Med andre ord, såfremt samarbejdet får så stort et omfang at det overstiger 20 % af markedet for affaldsdeponi er betingelserne for at gennemføre samarbejdet ikke længere opfyldt.

Der er endnu ikke i praksis taget stilling til, hvorledes affaldsbytteaftaler skal håndteres i forhold til beregning af den omsætning, som selskabet har med andre end dets

ejerkommuner i forhold til de maksimalt 20 % omsætning som Reno Djurs I/S må have med andre end dets ejerkommuner. Umiddelbart vil det være min vurdering, at omsætningen i forhold til affaldsbytteaftaler ikke skal medregnes til den omsætning, som selskabet har med andre end dets ejerkommuner. Alene i det tilfælde, at der sker en finansiel overførsel til Reno Djurs I/S i forbindelse med affaldsbytte aftalen, f. eks. som følge af, at gebyret for affaldsdeponering er højere end den det gebyr, der er på forbrænding af affald, vil overførelsen skulle henregnes til Reno Djurs I/S omsætning med andre end dets ejerkommunerne. Hvis mere end 20 % af Reno Djurs I/S omsætning hidrører fra andre end dets ejerkommuner kan selskabet ikke behandle affald for ejerkommunerne uden udbud.

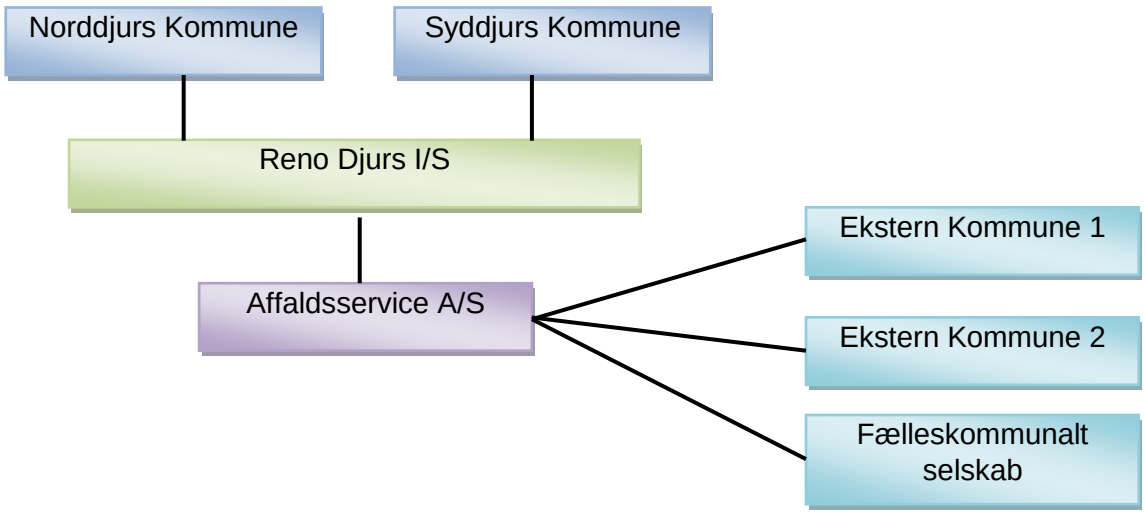
Det er min vurdering, at Reno Djurs I/S ikke uden udbud kan indgå aftaler med *eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber,* som alene mod betaling af et gebyr, aflevere affald til deponering eller behandling hos Reno Djurs I/S. Parterne indgår ikke, i udbudsreglernes forstand, et ægte samarbejde. Afgørende er, at kommunerne og fællesskaberne skal betale for deponering af affaldet hos Reno Djurs I/S, uden samtidig at varetage opgaver for Reno Djurs I/S. I forhold til den kommende udbudslov og bestemmelsen i § 15 om samarbejde mellem ordregivende myndigheder indikerer ordlyden en videre muligheder, end efter gældende ret, for at samarbejde uden udbud mellem kommuner og fælleskommunale selskaber. Imidlertid er lovens forarbejder mere restriktiv, idet det ifølge lovens forarbejder fortsat er en betingelse, at samarbejdet er reelt og alle parter så og sige bidrager til at løfte opgaven. Endvidere henviser udbudslovens forarbejder til direktivets artikel 12.4 og betragtning 33, som ligeledes indgik i Klagenævnets afgørelse vedrørende Sønderborg. En afgørelse hvorved Klagenævnet fastslog, at en aftale om forbrænding mellem Affaldsregion Nord I/S og Tas I/S var udbudspligtig. Også selv Affaldsregion Nord I/S samtidig havde indgået en aftale med Kolding Kommune, der var interessent i TAS om, at modtage og behandle affald til genanvendelse. Efter min vurdering er det således tvivlsomt om, Reno Djurs I/S efter den nye udbudslov uden forudgående udbud kan behandle affald fra eksterne kommuner og andre fælleskommunale selskaber. Såfremt der foreligger en affaldsbytteaftale forholder det sig dog anderledes.

6. Model for Reno Djurs I/S 'aftaler med eksterne kommuner og kommunale fællesskaber

6.1 Beskrivelse af model

I det følgende beskrives en model for organisation af Reno Djurs I/S, hvor de udbudsretlige problemstillinger for såvel ejerkommuner, eksterne kommuner og fælles kommunale selskaber imødegås, således at kontrakt kan tildeles uden udbud, samtidig med at kommunalretten og miljøbeskyttelseslovens krav om, at deponiet skal være ejet af offentlig myndighed, respekteres.

Modellen, som i vidt omfang benyttes af vandsektoren, f.eks. Shared A/S og Samaqua A/S, er følgende:



Ved modellen udskiller Reno Djurs I/S alle selskabets administrations- og driftsaktiviteter ud i et særskilt aktieselskab "Affaldsservice A/S". Ejerskabet til deponiet forbliver hos Reno Djurs I/S, men alle medarbejdere hos Reno Djurs I/S overføres til Affaldsservice A/S.

Affaldsservice A/S laver aftale med Reno Djurs I/S om, at Affaldsservice A/S varetager drift og administration af Reno Djurs I/S. Endvidere laver Affaldsservice A/S en aftale med Reno Djurs I/S om, at Reno Djurs I/S skal behandle alt det affald, som Affaldsservice A/S leverer til Reno Djurs I/S på baggrund af de aftaler, som Affaldsservice A/S har indgået med eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber om modtagelse af affald.

Aftaler mellem Reno Djurs I/S og Affaldsservice A/S er ikke udbudspligtige, idet in house kriteriet angående kontrol er opfuldt. Det er dog en betingelse, at Affaldsservice A/S' omsætning med dets ejere udgør mindst 80 % af selskabets samlede omsætning.

Affaldsservice A/S laver aftaler med eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber om modtagelse af affald. En betingelse for at eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber kan få lov til at lave aftale med Affaldsservice A/S er, at disse ved aftaleindgåelsen skal købe en aktie i Affaldsservice A/S, og ved aftalens ophør skal sælge aktien tilbage til Affaldsservice A/S. Aktien har f.eks. en værdi på 1.000 kr. Det vil sige, at de eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber bliver medejere af Affaldsservice A/S. Til sammenligning er det også et krav i mange banker, at for at få adgang til gode rentevilkår skal man være aktionær i banken, og kan herefter sætte sine penge ind på en aktionærkonto.

Affaldsservice A/S, eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber kan indgå aftale uden udbud, fordi in house-kriterierne er opfyldt, når de eksterne kommuner og

de fælleskommunale selskaber er medejere af affaldsserviceselskabet. Det er dog en betingelse, at Affaldsservice A/S ikke sælger aktier til private parter, således at disse bliver medejere af Affaldsservice A/S. Affaldsservice A/S er ikke afskåret fra at sælge ydelser, herunder deponikapacitet til private parter, men omsætningen med private må ikke overstige 20 % af Affaldsservice A/S' samlede omsætning, og private parter må ikke være medejere af Affaldsservice A/S, hvis in house-kriterierne skal være opfyldt i forhold til ejerkommunerne og de eksterne kommuner.

6.2 Nærmere om Affaldsservice A/S' opgaver

Affaldsservice A/S kan som følge af miljøbeskyttelseslovens § 45 alene varetage administrative og entreprenørmæssige driftsopgaver på affaldsområdet, men kan ikke være selvstændig ansvarlig for affaldsbortskaffelsen i en kommune eller være ejer af deponiet.

Affaldsservice A/S kan lovligt indgå aftaler med eksterne kommuner og andre fælleskommunale selskaber om modtagelse af affald med henblik på deponering. Affaldsservice A/S kan endvidere lovligt indgå aftale om, at Reno Djurs I/S skal behandle det affald, som Affaldsservice A/S modtager fra eksterne kommuner og andre fælleskommunale selskaber. Endelig kan Affaldsservice A/S lovligt indgå aftale med Reno Djurs I/S om varetagelsen af Reno Djurs I/S' drift og administration.

6.3 Nærmere om Affaldsservice A/S' vedtægter og ejeraftale

Vedtægterne for Affaldsservice A/S skal udformes således, at det er Reno Djurs I/S, som enten ejer hovedparten af aktierne, f.eks. mindst 90 %. Alternativt oprettes to aktieklasser i selskabet. A-aktier ejes af Reno Djurs A/S og er blandt de aktier, der danner grundlag for beslutninger på generalforsamlingen og i bestyrelsen. B-aktier ejes af eksterne kommuner og andre fælleskommunale selskaber, og har ingen særlige rettigheder.

Med andre ord er det muligt, bl.a. via vedtægterne, at sikre, at Reno Djurs I/S har fuld indflydelse på Affaldsservice A/S' generalforsamlingen. Det gælder også selv om enkelte af selskabets aktier ejes af eksterne kommuner og fælleskommunale selskaber.

I forhold til ejeraftalen for Affaldsservice A/S kan den bl.a. indeholde bestemmelser om følgende:

- Affaldsservice A/S skal være forpligtet til at levere sine ydelser til ejerne på ensartede vilkår.

- Ejerne (kommuner og fælleskommunale selskaber) skal vedvarende have sådanne ejerforhold m.v., at de ikke bringer Affaldsservice A/S' levering af ydelser til sine ejere udenfor den udbudsretlige in house-regel. Såfremt ejerforholdene hos en af ejerne ændres, således at betingelserne for at anvende den udbudsretlige in house-regel eller lignende regel ikke længere er opfyldt, har ejeren en pligt til at afstå sin andel af aktier i Affaldsservice A/S.

- Overdragelse af aktier kræver bestyrelsens samtykke.
- Sammensætning af selskabets ledelse.
- Pligt til at sælge aktier når der ikke længere foreligger aftale om behandling af affald.

6.4 Nærmere om Affaldsservice A/S' ledelse

Affaldsservice A/S ledes af en bestyrelse. Bestyrelsen kan sammensættes på samme måde som bestyrelsen i Reno Djurs I/S. Det vil sige med samme medlemmer.

Det er dog også muligt f.eks. at reservere en post i bestyrelsen til en eller flere repræsentanter for de eksterne kommuner eller kommunale fællesskaber, som leverer affald til selskabet med henblik på deponering hos Reno Djurs I/S.

Affaldsservice A/S' direktør kan være den samme direktør som direktøren for Reno Djurs I/S.

6.5 Nærmere om Affaldsservice A/S' økonomi

Et aktieselskab skal have en selskabskapital på mindst 500.000 kr. Selskabskapitalen kan tilvejebringes såvel kontant som ved apportindskud af aktiver.

Reno Djurs I/S ejer i dag en række driftsmaskiner m.v., der med fordel kan placeres i Affaldsservice A/S. Reno Djurs I/S' driftsmaskiner m.v. indgår som en del af selskabskapitalen i form af stiftelsen af selskabet ved et apportindskud. Reno Djurs I/S vil som vederlag for dette apportindskud modtage aktier i Affaldsservice A/S.

De eksterne kommuner køber en aktie i Affaldsservice A/S. Selskabet kan således stiftes med enten et overskydende antal aktier, f.eks. 100.000 kr., hvor det er Affaldsservice A/S, som ejer disse aktier, indtil der indgås aftale med en ekstern kommune.

Kapitalen til Affaldsservice A/S' drift må hidrøre for de betalinger, som selskabet modtager for levering af ydelser til henholdsvis Reno Djurs I/S og eksterne kommuner. Prissætningen for ydelserne skal være baseret på kostpris-princippet men dog med mulighed for at indregne en forrentning af kapital i prisen.

Det skal fremhæves, at hvis Affaldsservice A/S optager lån til dets drift, vil det kunne påvirke lånerammer hos de kommuner, der er ejer af selskabet.

Låntagning i kommunalt ejede selskaber, uanset at der alene er tale om et indirekte og delt ejerskab, henregnes til den kommunale låntagning efter rammerne i lånebekendtgørelsen. Hvis lånet optages til drift, vil det påvirke lånerammen. Optages lånet derimod med henblik på investeringer, hvortil der efter lånebekendtgørelsen er automatisk låneadgang, vil det ikke påvirke kommunens låneramme.

Det skal endvidere erindres, at Affaldsservice A/S antageligt vil være omfattet af kassekreditreglen i lånebekendtgørelsen. Kassekreditreglen fastlægger rammerne for den maksimale størrelse af selskabets kassekredit. Aktuelt må selskabets kassekredit være på 125 kr. gange antal borgere i området, der dækkes af selskabet.

6.6 Nærmere om medarbejdernes stilling ved virksomhedsoverdragelse

Medarbejderne i Reno Djurs I/S skal efter virksomhedsoverdragelsesloven overdrages til Affaldsservice A/S.

Medarbejderne har på den ene side pligt til at lade sig overdrage til Affaldsservice A/S og på den anden side ret til at bevare deres nuværende rettigheder, således som disse er fastlagt i overenskomstens løbetid.

Det anbefales, at Reno Djurs I/S i forbindelse med overdragelsen af aktiviteter til Affaldsservice A/S klargør medarbejdernes stilling, bl.a. ved løbende orientering af medarbejderne forud for overdragelsen.

Virksomhedsoverdragelsesloven indebærer ikke nogen forpligtelse for Affaldsservice A/S til at indtræde i de kollektive aftaler, dvs. hovedaftaler og overenskomster, som den tidligere ejere – i dette tilfælde KL på vegne af Reno Djurs I/S – har indgået med forskellige lønmodtagerforbund. Indholdet af overenskomsterne er således kun bindende for Affaldsservice A/S som individuelle rettigheder for den enkelte lønmodtager svarende til, at vilkåret havde været en del af en individuel ansættelsesaftale. Virksomhedsoverdragelsesloven udelukker imidlertid heller ikke, at Affaldsservice A/S indtræder i de kollektive overenskomster, som Reno Djurs I/S aktuelt indgår i.

Affaldsservice A/S' ledelse skal efter virksomhedsoverdragelsesloven senest 3 uger efter stiftelsen og overdragelsen af medarbejderne tage stilling til, om selskabet ønsker at indtræde i de gældende overenskomster eller ej.

Hvorvidt affaldsserviceselskabet bør indtræde i en gældende overenskomst eller ej, er i sidste ende en beslutning, der skal træffes af bestyrelsen i det nye selskab.

Dog kan der vælges en mellemløsning, som på den ene side tilgodeser hensynet til, at Affaldsservice A/S skal være stillet frit i forhold til indholdet, når der skal forhandles ny overenskomst, og på den anden side kan betrygge medarbejderne og fagforbundene om, at denne frihed ikke påtænkes anvendt i medarbejdernes disfavør. Det kan ske ved at meddele de involverede fagforbund, at selskabet ikke tiltræder de eksisterende kollektive aftaler, men samtidig tilkendegiver overfor fagforbundet, at selskabet ønsker at indgå i forhandling med fagforbundet om nye kollektive aftaler for selskabet. Disse aftaler skal være gældende fra det tidspunkt, hvor den aktuelle overenskomst udløber, eller fra et tidligere tidspunkt, hvis parterne – og herunder den enkelte medarbejder – i enighed træffer beslutning herom.

Det må generelt anses som værende af stor betydning, at overvejelserne vedrørende den mest hensigtsmæssige fremtidige ordning sker i løbende dialog med de medarbejdere, der skal overgå til ansættelse i Affaldsservice A/S, ligesom disse vil have et naturligt behov for løbende og fyldestgørende information om processens forløb.

Aarhus, den 26. juni 2015

Pernille Aagaard Truelsen