

K E N D E L S E

Sønderborg Affald A/S
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

mod

Affaldsregion Nord I/S
(advokat Pernille Aagaard Truelsen, Aarhus)

Affaldsregion Nord I/S (indklagede) har oplyst, at indklagede den 28. oktober 2011 [ved en fejl først underskrevet den 26. oktober 2012] afgav en hensigtserklæring om at etablere et samarbejde med hensyn til håndtering af forbrændingseget affald fra indklagedes geografiske område med Trekantsområdets Affaldsselskab I/S (TAS). Den 10. juli 2012 blev der mellem indklagede og TAS indgået en leveringsaftale, der i hovedtræk var i overensstemmelse med hensigtserklæringen.

Leveringsaftalen har ikke været annonceret eller udbudt, og indklagede har ikke indrykket en § 4-bekendtgørelse eller en indkøbsmeddelelse i EU-tidende.

Den 1. oktober 2013 indgav Sønderborg Affald A/S (klageren) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved den 10. juli 2012 at indgå en kontrakt om håndte-

ring af forbrændingseget affald med Trekantsområdet Affaldsselskab I/S (TAS), Bronzevej 6, 6000 Kolding uden på forhånd at have udbudt kontrakten.

Påstand 2

Klagenævnet skal erklære den af indklagede med Trekantsområdet Affaldsselskab I/S (TAS) indgåede kontrakt for uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Trekantsområdet Affaldsselskab I/S (TAS).

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 2. januar 2014 meddelt indklagedes kontraktpart, Trekantsområdet Affaldsselskab I/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5.

Trekantsområdet Affaldsselskab I/S har ved brev af 16. januar 2014 meddelt, at selskabet kan tilslutte sig det af indklagede i svarskrift og duplik anførte og derfor ikke ønsker at intervenere i sagen.

Klagen er behandlet på skriftligt grundlag.

Sagens parter

Klageren er et 100 % ejet datterselskab af Sønderborg Forsyning Holding A/S, som er 100 % ejet af Sønderborg Kommune. Sønderborg Forsyning er en servicevirksomhed, der varetager den daglige drift og håndtering af Sønderborg Kommunes affald, genbrug, spildevand og drikkevand, samt en mindre del af forsyningen af varme til kommunens indbyggere.

Indklagede er et fælleskommunalt selskab etableret efter kommunestyrelseslovens § 60 og godkendt af Statsforvaltningen. Selskabet er organiseret som et interessentskab med Kolding, Tønder, Vejen og Haderslev Kommuner som interessenter. Indklagede er etableret før kommunalreformen i 2007, hvorfor Kolding Kommune alene er forpligtet til at levere affald til indklagede fra det område, som den tidligere Christiansfeld Kommune

dækkede. For områder i den øvrige del af kommunen er Kolding Kommune forpligtet til at levere affald til TAS.

Indklagede driver affaldsforsyningsvirksomhed i form af neddeling og om-lastning af forbrændingseget affald, som tilføres forbrændingsanlæg ejet af andre end indklagede. Endvidere driver indklagede virksomhed med be-handling og salg af genanvendeligt affald. Indklagede ejer tillige et gam-melt affaldsdepot. Som et led i indklagedes nedluknings- og efterbehand-lingsaktiviteter vedrørende depotet er der etableret et losse-pladsgasanlæg, som håndterer den farlige og letantændelige del af lossepladsgassen og om-sætter den til el.

Af indklagedes vedtægter fremgår bl.a.:

»III. Formål.

§ 4.

Interessentskabets formål er gennem samarbejdet at løse eller at med-virke til at løse interessentskabskommunernes forpligtelser og opgaver inden for følgende områder, som bestyrelsen er bemyndiget til at iværk-sætte:

1. sortering, behandling og salg af indsamlede genanvendelige materia-ler,
2. administration af indgåede aftaler blandt andet med Sydjysk Af-faldsvarme I/S om levering af brændbart materiale – herunder dag-renovation – til Kraftvarmeværk Haderslev,
3. drift af eksisterende lossepladser,
4. samarbejder med andre fælleskommunale samarbejder og enkelt-kommuner samt samarbejde med private virksomheder i det omfang dette ligger inden for de opgaver, som kommunerne har eller kan på-tage sig med hensyn til affaldsbehandling i henhold til miljøbeskyt-telsesloven eller andet kommunalretligt grundlag.
5. forestå indsamling af genbrugsmaterialer, storskrald m.v.,
6. forestå indsamling af dagrenovation,
7. forestå indsamling af miljøfarligt affald,
8. drive genbrugsstationer,
9. affaldsplanlægning og regulativer,
10. etablering og drift af sorteringsanlæg,
11. andre opgaver eller aktiviteter inden for affaldsbehandlingsområdet, som kommuner kan eller skal udføre i henhold til det under § 4, punkt 4 beskrevne retlige grundlag.

Punkterne 5-11 kan dog kun iværksættes efter ønske fra den enkelte interessent, og kun de deltagende interessenter deltager i betalingen for disse ydelser.

...

VI. Samarbejdsregler.

§ 8.

Interessenterne har pligt til at levere og interessentskabet pligt til og eneret til at behandle og deponere alt affald, som er omfattet af § 4, punkt 1, 2 og 3 i det omfang, hvori dette til enhver tid besluttet af bestyrelsen.

...

Enhver af interessenterne er forpligtet til at medvirke til opfyldelsen af interessentskabets formål som angivet i § 4, herunder at tåle etablering og drift af et fælleskommunalt affaldsanlæg i den pågældende kommune, såfremt en af interessentskabet udarbejdet økonomisk/teknisk/miljømæssig undersøgelse godtgør hensigtsmæssigheden heraf, og forudsat at de relevante myndigheders godkendelse opnås.

...

XII. Udtræden af interessentskabet – optagelse af nye interessenter.

§ 28

Udtræden af interessentskabet kan ske med 1 – et – års varsel til udløbet af et regnskabsår. ... Udtræden kan dog tidligst ske med virkning pr. 31. december 2014.«

TAS er et fælleskommunalt selskab etableret efter kommunestyrelseslovens § 60. Selskabet er etableret forud for kommunalreformen i 2007. Selskabet er organiseret som et interessentskab med Fredericia, Kolding, Middelfart og Vejle Kommuner som interessenter. TAS ejer og driver et forbrændingsanlæg i Kolding.

Af TAS' hjemmeside fremgår det om baggrunden for etableringen af TAS, at »I 2003 besluttede otte kommuner fra Trekantområdet at danne et fælleskommunalt affaldsselskab, der som førsteprioritet skulle sikre en miljørigtig forbrænding af affald, med levering af billig el og fjernvarme til området«. Af TAS' hjemmeside fremgår det yderligere, at »andre leverandører« efter aftale kan levere affald til TAS.

Af et af TAS udarbejdet notat af 11. december 2013 fremgår bl.a., at ca. 13 % af det i 2012 leverede affald hidrørte fra »øvrige«, og at der herud over er anvendt ca. 55 ton biomasse svarende til ca. 36 % af den samlede modtagne mængder til behandling. Det fremgår videre, at ca. 28 % af det i 2013 indtil til notatets udarbejdelse leverede affald hidrørte fra »Provas« [forsynings-

selskaber ejet af Haderslev Kommune via et holdingselskab] med ca. 5 %, fra »AFRN« [indklagede] med ca. 3 % og fra »øvrige« med ca. 20 %. Herud over er der i 2013 desuden leveret ca. 40 ton biomasse svarende til ca. 25 % af den samlede modtagne mængde til behandling. Kolding Kommunes leverede andel er i 2012 opgjort til ca. 48 % og i 2013 frem til 11. december 2013 til ca. 41 %.

Der er mellem parterne enighed om, at indklagede ikke er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der er ligeledes enighed om, at værdien af leveringsaftalen overstiger tærskelværdierne i udbudsdirektivet, og at indklagede som udgangspunkt er udbudspligtig efter udbudsdirektivet med hen syn til indkøb, som dette, der overstiger tærskelværdierne.

Sagens nærmere omstændigheder

Indklagede havde efter kommunalreformen i 2007 en række drøftelser med ejerkommunerne og en række andre kommuner i Region Syddanmark om, hvorledes affaldsområdet i regionen i fremtiden kan organiseres.

Drøftelserne udmøntede sig i en 2-trins model, hvor parterne blev enige om at udvide samarbejdet i perioden frem til den 31. december 2014. Dels ved at Kolding Kommune skulle levere alt genanvendeligt affald, som kommunen rådede over, til videre behandling hos indklagede og ikke kun affaldet fra området, som bestod af det tidligere Christiansfeld Kommune. Dels ved at indklagede skulle levere en større mængde forbrændingsegnet affald til forbrænding hos TAS, som ejede et affaldsforbrændingsanlæg, hvori Kolding Kommune også var interessant.

Kolding Kommune behandlede på et byrådsmøde den 12. december 2011 forslag til det fremtidige samarbejde, herunder samarbejdet i forsøgsperioden.

Af resuméet fra byrådsmødet fremgår bl.a.:

»I gennem det seneste års tid har der været drøftelser om et muligt fremtidigt samarbejde mellem deltagerkommunerne i Affaldsregion Nord I/S. I den forbindelse har det været undersøgt, om samarbejdet kan udvides således, at det også omfatter de brændbare affaldsmængder, som i fremtiden skal afleveres til TAS.

Der fremlægges på denne baggrund 3 indbyrdes forbundne aftaler, som samlet set sikrer, at affaldssamarbejdet i fremtiden ses i en bredere sammenhæng.

Aftalerne indebærer, at Haderslev og Kolding kommuner indgår i et udvidet samarbejde i Affaldsregion Nord I/S (AFRN) om behandling af genanvendeligt affald frem til udgangen af 2014 og med 100% leveringspligt for de deltagende kommuner. Som en del af aftalen forpligter AFRN sig i perioden frem til udgangen af 2014 til at aflevere alt sit brændbare affald til det fælleskommunale affaldsselskab TAS I/S (TAS) i Kolding.«

Af sagsfremstillingen fra byrådsmødet fremgår bl.a.:

»... Forenklet kan det resumeres således, at Haderslev Kommune har en særlig interesse i at sikre, at Kolding Kommune fortsat deltager i affaldssamarbejdet om genanvendelige affaldsfraktioner – og til gengæld har Haderslev Kommune tilkendegivet, at de er indstillede på at levere deres brændbare affaldsmængder til TAS I/S, hvilket Kolding Kommune har en interesse i.

...

Aftale mellem Haderslev og Kolding Kommuner om udvidet samarbejde om affaldshåndtering

Der forelægges en politisk aftale med Haderslev Kommune om udvidet affaldssamarbejde til godkendelse.

Formålet med aftalen mellem Haderslev Kommune og Kolding Kommune er at sikre en langsigtet affaldsløsning, der sikrer størst mulig genanvendelse af affaldet, fremmer den teknologiske udvikling, sikrer billige priser for borgerne og sikrer borgerne en stabil og sikker håndtering af det affald, der indsamles hos de private husstande i de to kommuner.

Aftalen indebærer, at Haderslev og Kolding Kommuner indgår i et udvidet samarbejde i Affaldsregion Nord I/S (AFRN) om behandling af genanvendeligt affald frem til udgangen af 2014 og med 100% leveringspligt fra de deltagende kommuner. Som en del af aftalen forpligter AFRN sig i perioden frem til udgangen af 2014 til at aflevere alt sit brændbare affald til det fælleskommunale affaldsselskab TAS I/S (TAS) i Kolding.

...

Udmøntningen af de politiske intentioner sker gennem særskilte kontrakter dels mellem kommunerne og de fælleskommunale selskaber og dels ved oprettelse af et midlertidigt § 60 selskab, hvor AFRN og TAS er interessenter.

...

Samarbejdet om håndtering af forbrændingseget affald mellem AFRN og TAS

Der er mellem AFRN og TAS et ønske om at indgå et formaliseret samarbejde om håndtering af brændbart affald i en tidsbegrænset periode fra 1. juli 2013 og indtil 31. december 2014.

AFRN får i dag håndteret sit brændbare affald i et samarbejde med Syd-jysk Affaldsvarme, og den ordning gælder frem til den 30. juni 2013, hvor samarbejdet ophører.

AFRN vil dog fortsat have en forpligtelse til at håndtere de fire medlemskommuners brændbare affald indtil udgangen af 2014, idet samarbejdet i selskabet principielt er uopsigeligt indtil udgangen af 2014.

Samarbejdet med TAS er forudsat indgået gennem et tidsbegrænset § 60 selskab med de to fælleskommunale selskaber (TAS og AFRN) som deltagere. ...

...

Det fremtidige samarbejde i det midlertidige § 60-selskab er nærmere beskrevet i den vedlagte hensigtserklæring mellem AFRN og TAS samt i bilaget til hensigtserklæringen, der beskriver leveringsaftalen til TAS. Såfremt der er tilstrækkeligt (lovligt) at indgå en enkel leveringsaftale mellem AFRN og TAS I/S som et alternativt til et midlertidigt § 60-selskab, ville denne mulighed forfølges. Der afventes en udtalelse fra konkurrencestyrelsen i en lignende sag fra L90-samarbejdet.

...

Det fremtidige samarbejde mellem AFRN og TAS medfører, at Kolding Kommune skal levere alle genanvendelige materialer til behandling og afsætning hos AFRN. Det forventes, at dette vil være udgiftsneutralt for Kolding Kommune.

...

[beskrivelse af 4 senarier for samarbejdet efter 2014]

...

Det er i scenarierne forudsat, at man betragter den resterende vedtægtsperiode frem til 31. december 2014 som en prøveperiode, hvor man tester et muligt udvidet samarbejde. På baggrund heraf kan der efterfølgende træffes beslutning om mulighederne for et samarbejde efter 2015

...

Kolding byråd har tidligere besluttet, at konkurrenceudsætte bl.a. afsætning af genanvendelige materialer. Dette arbejde blev igangsat i maj måned, men er sat i bero, indtil der foreligger en afgørelse i nærværende sag.«

Det i referatet fra byrådsmødet omtalte midlertidige § 60-selskab blev aldrig etableret, idet det blev vurderet, at det administrativt ville være for tungt at etablere et § 60-selskab og indhente Statsforvaltningens godkendelse heraf.

Af den i referatet fra byrådsmødet omtalte hensigtserklæring fremgår:

»...

2. Hensigtserklæringens baggrund og genstand

2.1 Hensigtserklæringens sigte er at etablere en samarbejdsløsning med hensyn til håndtering af det forbrændingsegnete affald hidrørende fra AFRN's geografiske område i en tidsbestemt periode på det affaldsfyrede forbrændingsanlæg, som tilhører TAS, og som er beliggende på adressen, Bronzevej 6, 6000 Kolding.

2.2 AFRN får i øjeblikket løst sine opgaver med håndtering af dets forbrændingsegnete affald på et forbrændingsanlæg i Marstrup, Haderslev, tilhørende DONG. Denne aftale udløber den 30. juni 2013.

2.3 AFRN er et kommunalt fællesskab – oprettet i medfør af den kommunale styrelseslov § 60, stk. 1 – bestående af Haderslev Kommune, Kolding Kommune, Tønder Kommune og Vejen Kommune. AFRN indgår som deltager sammen med Tønder Kommune i det kommunale fællesskab, Sydjysk Affaldsvarme I/S (benævnt "SA"). Dette fællesskab er kontraktparten med DONG vedrørende forbrændingsanlægget i Marstrup. SA er oprettet udelukkende med det formål at udgøre kontraktparten med DONG vedrørende denne kontrakt. SA ophører automatisk ved udløbet af denne kontrakt den 30. juni 2013.

2.4 Det fælleskommunale samarbejde i AFRN omfatter andre opgaveoverførsler fra deltagerkommunerne end håndtering af forbrændingsegnet affald. AFRN – samarbejdet kan af den enkelte deltagerkommune opsiges til ophør pr. 31. december 2014. I perioden indtil dette fællesskabs ophør – eller delvise ophør ved enkelte deltagerkommuners udtræden – henhører håndteringsopgaverne for det forbrændingsegnete affald fortsat under AFRN's kompetence- og ansvarsområde i forhold til de fire deltagerkommuner.

2.5 Baggrunden for denne Hensigtsaftale fra AFRN's side er dels at etablere en opfyldelsesmulighed for sine forpligtelser i den resterende del af dette fællesskabs samarbejdsperiode dels at få en længere periode til at vurdere sine langsigtede muligheder, medens baggrunden fra TAS' side er en ledigt bleven kapacitet på forbrændingsanlægget i Kolding.

2.6 Hensigtserklæringen indgår desuden i en større samarbejdssammenhæng, herunder i relation til samarbejde med hensyn til håndtering af genanvendelige materialer. Fra AFRN er denne hensigtserklæring således knyttet til et vilkår om, at Kolding byråd godkender den indstilling til udvidet samarbejde om levering af alle kommunens genanvendelige affaldsmængder til AFRN i perioden fra 1. januar 2012 og frem til 31. december 2014, som har været drøftet i tilknytning til den udarbejdede ”Hvidbog”.

3 Samarbejdsperioden

3.1 Den periode, som det i denne Hensigtserklæring beskrives samarbejde omfatter, løber fra den 1. juli 2013, hvor DONG-kontrakten med SA udløber.

3.2 Denne periode udløber pr. 31. december 2014, hvor deltagerkommunerne har mulighed for at udtræde af AFRN – samarbejdet. Der vil således være tale om et tidsbestemt samarbejde mellem AFRN og TAS med automatisk udløb pr. 31. december 2014.

4 Samarbejdsformen

4.1 Udgangspunktet er, at samarbejdet etableres i form af et – som nævnt tidsbestemt – fælleskommunalt samarbejde etableret i medfør af den kommunale styrelseslov § 60, stk. 1, og at der skal gælde følgende hovedretningslinjer for et sådant samarbejde:

- 1) formålsområdet er affaldsforbrænding som beskrevet
- 2) en tidsbestemt periode som beskrevet
- 3) en overordnet ledelse bestående i en bestyrelse med et lige stort antal deltagere fra de to parter (fx to fra hver), og hvor beslutninger træffes i enighed
- 4) opgaveudførelsen finder sted på TAS's anlæg i Kolding, medens dette fællesskab ledelse udøves af den daglige ledelse hos AFRN. Leverings- og modtagevilkårene skal fastlægges på en klar og entydig måde
- 5) der skal foreligge et fastlagt, klart og entydigt, økonomisk grundlag for både de faste omkostninger ved ledelsen og for håndteringsopgaverne, herunder med fastlagte prisreguleringsmekanismer, intet økonomisk indskud og ingen fælles anlægsaktiver,
- 6) regnskab opgøres efter de sædvanlige regler for kommunale fællesskaber
- 7) samarbejdsaftalen skal godkendes af Statsforvaltningen i overensstemmelse med § 60, stk. 1.

4.2 Det skal indledningsvist afklares, hvorvidt samarbejdsformen vil kunne etableres i form af en ”almindelig” leveringsaftale med AFRN

som leverandør og TAS som aftager, i stedet for et formaliseres samarbejde efter § 60. Det kræver dog enighed, såfremt der skal vælges en anden samarbejdsform end ”§ 60 - samarbejdet”.

5 Affaldsmængderne

5.1 Samarbejdet skal – alene – omfatte de mængder af ”forbrændings-egnet affald”, der er disponible i AFRN i samarbejdsperioden, og som må disponeres til forbrænding. Herved forstås de mængder af denne affaldskategori, som AFRN har ejendoms- og dispositionsretten til. Omfanget heraf vil afhænge dels af de til enhver tid gældende regler dels af de producerede mængder.

5.2 Deltagerkommunerne i AFRN vil være berettiget til at indgå forhandling med henholdsvis Tønder Kommune og/eller Vejen Kommune om disses udtræden af samarbejdet i AFRN, for så vidt angår det forbrændingsegnete affald, inden udløbet af den ellers fastlagte uopsigelsesperiode. Det vil sige, at det vil kunne tillades, at en eller begge af disse kommuner udtræder gældende for hele samarbejdsperioden eller for en del af denne, med den virkning, at dette reducerer de samlede, disponible mængder af forbrændingsegnet affald, som AFRN vil være i stand til at levere til TAS.

6 De økonomiske vilkår

6.1 Uanset, hvilken samarbejdsform der vælges, skal der ved aftalens indgåelse foreligge en klar og entydig af tale omkring de økonomiske vilkår for begge Parter for den fulde samarbejdsperiode.

6.2 Som anført skal der ikke foretages noget økonomisk indskud fra nogen af parterne, og der forventes heller ikke at skulle være fælles anlægsinvesteringer.

7 Tids- og handleplan

7.1 Denne hensigtsaftale skal behandles i de to fællesskabers bestyrelser på førstkommende bestyrelsesmøder, hvorunder de økonomiske grundvilkår skal være afklaret.

7.2 Derpå vil der skulle ske en byrådsbehandling i AFRN's deltagerkommuners byråd. Dette skal finde sted i umiddelbar påfølgende af bestyrelsesbehandlinger.

7.3 Der skal sideløbende hermed søges en afklaring af, hvorvidt det vil være muligt – uden at krænke EU-udbudsreglerne og eventuelle andre

regler for den enkelte deltager – at etablere samarbejdet i form af en leveringsaftale. Dette spørgsmål skal tilstræbes løst senest den 1. januar 2012. I modsat fald arbejdes der videre med en § 60 – samarbejdsmodel som beskrevet.

7.4 Såfremt § 60 – samarbejdsmodellen bliver den valgte, skal der snarest udarbejdes de fornødne samarbejdsdokumenter herfor. Disse skal behandles i de respektive bestyrelser og derpå i byrådene for AFRN's deltagerkommuner. Efter bestyrelsesbehandlingen sendes dokumenterne til Statsforvaltningen til mulig forhåndsgodkendelse inden byrådsbehandlingerne.

7.5 Det skal søges afklaret i AFRN – regi, hvorvidt Tønder Kommune og /eller Vejen Kommune måtte udtræde af AFRN før udløbet af samarbejdsperioden.

...«

Af leveringsaftalen af 10. juli 2012 fremgår, at mellem indklagede og TAS:

»...

er der indgået aftale om levering af de brændbare affaldsmængder som AFRN råder over i perioden juli 2013 til ultimo 2014, med en forventelig månedlig leverance på op til ca. 2.000 ton.

AFRN har oplyst, at det er hensigten at udsortere genanvendelige materialer og organisk affald. AFRN har endvidere oplyst, at såvel Vejen som Tønder kommune har mulighed for at trække deres mængder ud af det nuværende AFRN.

Affaldet transporteres af AFRN og leveres i silo hos TAS jf. gældende leveringsbetingelser og kvalitetskrav på anlægget (se bilag 1). Ved aflæsning af affaldet i silo hos TAS, overtager TAS ansvaret for affaldet og bortskaffelse af restprodukter.

AFRN udarbejder i samarbejde med TAS en leveringsplan, der angiver forventede ugentlige leverancer i aftaleperioden samt sammensætningen af affaldet i forhold til dagrenovation, småt brændbart og stort brændbart og øvrigt erhvervsaffald. Leveringsplanen opdateres løbende.

Afregning for forbrænding

For levering af affaldet betaler AFRN følgende behandlingspris pr. ton affald ekskl. moms, men inklusive alle øvrige afgifter.

Behandlingspris (prisniveau juli 2012): 465,00 kr./ton

Tillæg for neddeling af stort brændbart andrager: 50 kr./ton

Behandlingsprisen reguleres med samme indeks som anvendt for affaldsvarmeafgiften, hvorefter behandlingsprisen for hele perioden i løbende priser andrager: 480,00 kr./ton

Der tages forbehold for ikke kendte (pr. 1. juli 2012) afgiftsændringer.

For TAS ydelse betales månedsvis bagud. TAS fremsender elektronisk faktura for månedens leverancer til AFRN senest 4. dagen i den efterfølgende måned, med betalingsfrist senest 20 dage efter modtagelse af faktura. Af fakturaen skal fremgå vægt for hver transport foretaget i afregningsmåneden (vejebilag).

Øvrige vilkår

Aftalen er uopsigelig i perioden 1. juli 2013 til ultimo 2014

...«

Den i byrådsmødet omtalte aftale mellem Kolding og Haderslev kommuner blev aldrig effektueret.

Den i byrådsmødet omtalte udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en lignende sag fra L90-samarbejdet forelå den 1. oktober 2012.

Af udtalelsen fremgår bl.a.:

»Denne vejledende udtalelse har til formål at skabe klarhed over, hvornår der kan antages at foreligge et ”reelt” horisontalt samarbejde, jf. EU-Domstolens afgørelse i sag C-480/06 (i det følgende ”Hamburgdommen”), der er undtaget fra udbudsreglerne. Endvidere indeholder denne vejledende udtalelse Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af, hvorvidt L90’s aftaler om bortskaffelse af affald er undtaget fra udbudsreglerne.

...

L90 er et fælleskommunalt affaldsselskab, der ejes af 13 kommuner på andelsbasis. L90 har til formål, at forbrænde affald fra selskabets ejerkommuner. Til dette formål ejer og driver L90 et forbrændingsanlæg.

L90’s virksomhed er underlagt reglerne i miljøbeskyttelsesloven 1) og bekendtgørelse om affald 2).

...

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har fra L90 modtaget i alt 10 aftaler om levering og afvikling af forbrændingsegnet af affald. Endvidere har styrelsen modtaget breve af 31. oktober og 12. december 2011, hvori L90 forklarer nærmere om L90’s aftaler om bortskaffelse af affald.

For så vidt angår de 10 aftaler kan det konstateres, at hver aftale er indgået mellem L90 og ét selskab (affaldsselskab). De 10 selskaber er henholdsvis AffaldPlus, Affaldvarme Aarhus, Renovest I/S, TAS I/S, Sydjysk Affaldsvarme I/S, Renosyd, Kara/Noveren, Sønderborg Forsyning, Hammel Fjernvarme og I/S Reno-Nord. Aftaleperioderne er forskellige for hver af de 10 aftaler og vedrører samlet set årene 2009-2013.

Aftalerne indeholder bl.a. følgende vilkår:

- L90 afleverer en nærmere angivet mængde affald til selskabet til forbrænding i en nærmere angivet periode med en nærmere angivet forventet månedlig leverance.
- Der udarbejdes i fællesskab en leveringsplan, der løbende opdateres.
- For affaldsbortskaffelsen betaler L90 til selskabet en pris bestående af en behandlingspris og/eller afgifter.
- Aftalen kan genforhandles og – såfremt parterne er enige herom – kan aftalen udvides med en nærmere angivet mængde affald inden for en nærmere angivet periode.

...

Kommissionen har på baggrund af Hamburg-dommen opregnet følgende kumulative betingelser for, at offentlige enheder kan indgå horisontale samarbejdsaftaler uden gennemførelse af udbud 8):

- Der skal foreligge et ”reelt” samarbejde om fælles udførelse af en fælles opgave.
- Samarbejdet er alene reguleret af hensyn til almenhedens interesser.
- Samarbejdet involverer alene ordregivende myndigheder.

Ifølge Kommissionen er det en forudsætning for at samarbejdet kan anses for ”reelt”, at samarbejdet har til formål i fællesskab at sikre gennemførelsen af en offentlig opgave, som alle samarbejdspartnere skal udføre. En sådan fælles gennemførelse er karakteriseret ved aftaleparternes deltagelse og gensidige forpligtelser, som fører til gensidige synergieffekter. Ifølge Kommissionen indebærer det ikke nødvendigvis, at hver samarbejdspartner deltager ligeligt i den faktiske gennemførelse af opgaven -samarbejdet kan være baseret på en deling af opgaver eller på en vis specialisering. Kontrakten skal dog have et fælles mål, nemlig den fælles gennemførelse af den samme opgave. Dette står i modsætning til en ”normal” offentlig kontrakt, hvor en part udfører en bestemt opgave mod betaling. En sådan ensidet overdragelse af en opgave fra en ordregivende myndighed til en anden kan ifølge Kommissionen ikke betragtes som et ”reelt” samarbejde i Hamburg-dommens forstand.

Endvidere er det Kommissionens opfattelse, at varetagelsen af hensyn til almenhedens interesser kan involvere rettigheder og forpligtelser, men det kan ikke involvere finansielle overførsler mellem offentlige

samarbejdspartnere bortset fra betaling af faktiske omkostninger til bygge og anlæg/tjenesteydelser/varer. Med andre ord udelukker betingelsen ethvert formål om økonomisk gevinst.

Kommissionens betingelser og bemærkninger er vejledende og kan indgå som fortolkningsmomenter i en konkret vurdering af, om en aftale er undtaget fra udbudsreglerne.

...

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om L90's aftaler ikke fundet, at aftalerne udgør et horisontalt samarbejde, som kan undtages fra udbudsreglerne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens har på denne baggrund vurderet, at de 10 aftaler ikke udgør et sådan "reelt" samarbejde, som er påkrævet ifølge Hamburg-dommen.

Det er på denne baggrund, og da det er lagt til grund, at betingelserne for udbudsreglernes anvendelse i øvrigt er opfyldt, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens konklusion, at de 10 aftaler, som L90 har indgået, burde have været genstand for forudgående udbud.«

Parterne er enige om, at den omhandlede leveringsaftale efter sit indhold har en værdi på ca. 16,5 – 18,5 mio. kr. for hele perioden, samt at den, hvis beregningsmetoden i udbudsdirektivets art. 9, stk. 8, litra b, nr. 1, anvendes, har en værdi på ca. 17,2 mio. kr., og hvis beregningsmetoden i udbudsdirektivets art. 9, stk. 8, litra b, nr. 2, anvendes, har en værdi på min. ca. 47 mio. kr.

Dele af den påberåbte retspraksis m.v.

EU-Domstolens dom af 9. juni 2009 i sag C-480/06 Kommissionen mod Tyskland (Hamborg-dommen):

»...

31 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionens søgsmål vedrører den ene aftale, der er indgået mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og de fire tilstødende Landkreise, som har til formål at sikre en gensidighed ved deres affaldsbehandling. Søgsmålet vedrører ikke den aftale, hvori forholdet mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og driftslederen af Rugenberger-Damm-affaldsbehandlingsanlægget er fastlagt.

...

33 I henhold til direktivets artikel 1, litra c), kan den medkontrahent, der leverer tjenesteydelsen, være »fysiske eller juridiske personer, herunder offentlige organer«. Således er den omstændighed, at

tjenesteyderen er et offentligt organ, der adskiller sig fra modtageren af tjenesteydelserne, ikke til hinder for anvendelsen af direktiv 92/50 (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 40, der vedrører en offentlig indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakt).

- 34 Det følger imidlertid af Domstolens praksis, at der ikke er pligt til at iværksætte et udbud, såfremt den offentlige myndighed, som er den ordregivende myndighed, fører en kontrol med en fra denne myndighed forskellig enhed, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, på den betingelse, at denne enhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale sammenslutninger, den ejes af (jf. i denne retning Teckaldommen, nævnt ovenfor i præmis 50, og dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 49).
- 35 Domstolen har endvidere for så vidt angår en kommunes uddelegering af public service-opgaver til et interkommunalt andelsselskab, hvis eneste formål er at levere tjenesteydelser til de tilsluttede kommuner, fastslået, at en sådan uddelegering lovligt kan gennemføres uden udbud, da de tilsluttede kommuner, på trods af de selvstændige aspekter ved forvaltningen af denne sammenslutning i form af en bestyrelse, skal anses for i fællesskab at føre denne kontrol (jf. i denne retning dom af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 41).
- 36 Imidlertid er det i den foreliggende sag ubestridt, at de fire omhandlede Landkreise ikke fører nogen kontrol, der kan anses for at ligne den, der føres med deres egne tjenester, hvad enten det drejer sig om deres medkontrahenter, dvs. Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste, eller med driftslederen af Rugenberger Damm-affaldsforbrændingsanlægget, som er et selskab, hvis kapital delvis består af private midler.
- 37 Det skal imidlertid bemærkes, at den omtvistede aftale opretter et samarbejde mellem lokale sammenslutninger, der har til formål at sikre den fælles gennemførelse af en public service-opgave, dvs. bortskaffelse af affald. Det bemærkes, at denne opgave er knyttet til gennemførelsen af Rådets direktiv 75/442/EØF af 15. juli 1975 om affald (EFT L 194, s. 39), som forpligter medlemsstaterne til at udarbejde planer for håndtering af affald ved navnlig at træffe »egnede foranstaltninger, hvorved der tilskyndes til at rationalisere indsamlingen, sorteringen og behandlingen af affaldet«, hvoraf en af de vigtigste af disse foranstaltninger i henhold til Rådets direktiv 91/156/EØF af 18. marts 1991 om ændring af artikel 5, stk.

2, i direktiv 75/442 (EFT L 78, s. 32) er at muliggøre bortskaffelse af affald på et af de nærmeste anlæg.

- 38 Desuden er det ubestridt, at den aftale, der er indgået mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og de omhandlede Landkreise, skal vurderes som et resultat af iværksættelsen af et interkommunalt samarbejde mellem parterne i samarbejdet, og at den indeholder krav, der kan sikre opgaven med bortskaffelse af affald. Den har nemlig til formål at gøre det muligt for Hamburg at opføre og drive et affaldsbehandlingsanlæg under de mest gunstige økonomiske forudsætninger takket være tilførslen af affald fra de tilstødende Landkreise, hvilket gør det muligt at opnå en kapacitet på 320 000 tons. Opførelsen af anlægget blev af denne årsag først besluttet og gennemført efter indgåelsen af aftalen med de fire omhandlede Landkreise om at anvende anlægget og om deres dertil svarende forpligtelser.
- 39 Formålet med denne aftale, som udtrykkeligt er anført i indledningen, består primært i Hamburg kommunes gaderengøringstjenestes forpligtelse til, for de fire omhandlede Landkreise, hvert år at stille en affaldsbehandlingskapacitet på 120 000 tons affald til rådighed med henblik på affaldsforbrænding i Rugenberger Damm-anlægget. Det er således dernæst præciseret i aftalen, at Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste på ingen måde er ansvarlig for driften af dette anlæg, ligesom der ikke tilbydes garanti i denne henseende. I tilfælde af, at anlægget ophører med at fungere, eller i tilfælde af funktionsforstyrrelser, er tjenestens forpligtelser begrænset til at tilbyde erstatningskapaciteter, men denne forpligtelse er imidlertid undergivet to forudsætninger. Dels skal det sikres, at bortskaffelsen af affald fra Hamburg prioriteres, dels skal kapaciteten være til rådighed i andre anlæg, som Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste har adgang til.
- 40 Som modydelse for affaldsbehandling i Rugenberger Damm-anlægget som beskrevet i denne doms foregående præmis, overfører de fire omhandlede Landkreise et årligt vederlag til Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste. Metoden for beregning heraf og de nærmere bestemmelser om betalingen er fastsat i aftalen. Leveringskapaciteterne og affaldsbehandlingen aftales hver uge mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og en mellemmand, der er udpeget af disse Landkreise. Det fremgår desuden af aftalen, at Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste, som driftslederen af anlægget er erstatningsansvarlig over for i tilfælde af, at disse Landkreise lider et tab, forpligter sig til at forsvare disses interesser over for driftslederen, herunder i givet fald i form af en retssag.

- 41 Den omhandlede aftale indeholder ligeledes visse forpligtelser for de kontraherende lokale sammenslutninger, som er direkte involveret i public service-opgaven. Selv om Hamburg drager omsorg for de fleste tjenesteydelser, som er omfattet af aftalen, mellem kommunen og de fire omhandlede Landkreise, stiller disse Landkreise den bortskaffelseskapaletet til rådighed for Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste, som de ikke selv benytter, med henblik på at afhjælpe Hamburg kommunes gaderengøringstjenestes manglende bortskaffelseskapaletet. De har endvidere forpligtet sig til ved affaldsbehandlingen at acceptere mængder af slagger fra forbrænding, som ikke kan medvirke til at øge værdien i forhold til den mængde affald, de har leveret.
- 42 Hertil kommer, at kontrahenterne ifølge aftalen om fornødent skal yde hinanden bistand inden for rammerne af gennemførelsen af deres forskriftsmæssige pligt til at bortskaffe affald. Det er således bl.a. fastsat, at de fire omhandlede Landkreise under visse omstændigheder, såsom punktvisse overbelastninger af det omhandlede anlæg, forpligter sig til at begrænse omfanget af leveret affald og således accepterer at begrænse deres ret til adgang til forbrændingsfabrikken.
- 43 Endelig giver leveringen af affaldsbortskaffelsesydelser anledning til betaling af et beløb til en enkelt driftsleder af anlægget. Det følger derimod af bestemmelserne i den omhandlede aftale, at det samarbejde, den indfører mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og de fire berørte Landkreise, ikke internt mellem disse enheder giver anledning til yderligere finanstransaktioner ud over dem, der svarer til godtgørelsen for den del af udgifterne, som påhviler disse Landkreise, men som betales af disse tjenester til driftslederen.
- 44 Det fremgår således, at den omtvistede aftale udgør både grundlaget og regelsættet for den fremtidige opførelse og drift af et anlæg til fuldførelsen af en public service-opgave, dvs. affaldsforbrænding. Aftalen blev udelukkende indgået af offentlige myndigheder, uden deltagelse fra en privat part, og den fastsætter eller foregriber ikke indgåelsen af offentlige aftaler, som eventuelt er nødvendige for opførelsen og driften af affaldsbehandlingsanlægget.
- 45 Domstolen har i relation hertil påpeget, at en offentlig myndighed kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene, og den kan også op-

fylde disse opgaver i samarbejde med andre offentlige myndigheder (jf. dommen i sagen Coditel Brabant, præmis 48 og 49).

- 46 Kommissionen præciserede desuden under retsmødet, at hvis det i denne sag omhandlede samarbejde fandt sted i form af oprettelsen af et offentligretligt organ, til hvilket de forskellige berørte sammenslutninger tildelte public service-opgaven med bortskaffelse af affald, ville den have anerkendt, at de berørte Landkreises anvendelse af anlægget ikke henhørte under bestemmelserne om offentlige udbud. Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at den tjenesteydelsesaftale, der er indgået mellem Hamburg kommunes gaderengørings-tjeneste og de omhandlede Landkreise, i mangel af et sådant interkommunalt samarbejdsorgan skulle have været genstand for et udbud.
- 47 Det skal imidlertid først bemærkes, at fællesskabsretten ikke indeholder en forpligtelse for offentlige myndigheder til, med henblik på i fællesskab at sikre deres public service-opgaver, at anvende en særlig retlig form. For det andet kan et sådant samarbejde mellem offentlige myndigheder ikke anfægte den primære målsætning med fællesskabsreglerne på området for udbud, dvs. den frie udveksling af tjenesteydelser og en fri og ufordrejet konkurrence i alle medlemsstaterne, når gennemførelsen af dette samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og hvis princippet om ligebehandling af de berørte i direktiv 92/50 er sikret, således at ingen private virksomheder får en konkurrencefordel (jf. i denne retning dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 50 og 51).

...«

EU-domstolens dom af 18. november 1999 i sagen C-107/98, Teckal Srl mod Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC):

»...

- 49 For så vidt angår spørgsmålet, om der foreligger en aftale, må den nationale ret undersøge, om der er indgået en aftale mellem to forskellige personer.
- 50 Det er herved efter artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 principielt tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person. Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører

hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.

- 51 Det præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares således, at direktiv 93/36 finder anvendelse, når en ordregivende myndighed som f.eks. en lokal myndighed ønsker skriftligt med en fra den formelt forskellig institution, som også selvstændigt i forhold til den træffer beslutninger, at indgå en gensidigt bebyrdende aftale om levering af varer, hvorved det er uden betydning, om denne institution selv er en ordregivende myndighed.

...«

EU-domstolens dom af 19. december 2012 i sagen C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento mod Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl.:

»...

- 31 Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at to typer af kontrakter indgået mellem offentlige enheder ikke falder inden for anvendelsesområdet for EU-retlige regler om offentlige kontrakter.
- 32 Det drejer sig for det første om kontrakter, som en offentlig enhed har indgået med en anden juridisk person, når denne enhed fører en kontrol med den juridiske person, som svarer til den kontrol, enheden fører med sine egne tjenestegrene, og den juridiske person udfører hovedparten af sin virksomhed med den eller de enheder, som den ejes af (jf. i denne retning Teckal-dommen, præmis 50).
- 33 Det er imidlertid ubestridt, at denne undtagelse ikke finder anvendelse i en sammenhæng som den, der er omhandlet i hovedsagen, eftersom det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at ASL ikke fører kontrol med universitetet.
- 34 Det drejer sig for det andet om kontrakter, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgave (jf. i denne retning dom af 9.6.2009, sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 4747, præmis 37).
- 35 I dette tilfælde finder de EU-retlige regler om offentlige kontrakter ikke anvendelse, for så vidt som sådanne kontrakter udelukkende er indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse, for så vidt som ingen privat tjenesteyder opnår en

favorabel situation i forhold til sine konkurrenter, og for så vidt som det oprettede samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 44 og 47).

- 36 Selv om en kontrakt som den, der er omhandlet i hovedsagen, synes at opfylde de kriterier, der er nævnt i de to foregående præmisser i denne dom, sådan som den forelæggende ret har anført, falder en sådan kontrakt dog kun uden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter, hvis den opfylder alle disse kriterier.

...«

EU-domstolens dom af 13. juni 2013 i sagen C-386/11 Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG mod Kreis Düren:

»...

- 28 Det bemærkes, at en gensidigt bebyrdende aftale, der indgås skriftligt mellem en økonomisk aktør og en ordregivende myndighed, og som vedrører udførelsen af tjenesteydelser, der er omfattet af bilag II A til direktiv 2004/18, i henhold til artikel 1, stk. 2, i dette direktiv udgør en offentlig kontrakt.
- 29 For det første er det i denne henseende uden betydning, dels om denne aktør selv er en ordregivende myndighed, dels at den berørte enhed ikke primært har fortjeneste for øje, at den ikke har en virksomhedsstruktur, eller at den ikke har en vedvarende tilstedeværelse på markedet (dom af 19.12.2012, sag C-159/11, Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce m.fl., endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 26).
- 30 For det andet udgør aktiviteter som dem, der er genstand for det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast, bygningsrengøring, som er omfattet af kategori 14 i bilag II A til direktiv 2004/18.
- 31 For det tredje skal en aftale anses for indgået som »gensidigt bebyrdende« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, selv om det fastsatte vederlag er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse (jf. i denne retning dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 29).
- 33 Det fremgår for det andet, at en sådan aftale ikke hører til de to kontrakttyper, som, skønt de er indgået af offentlige enheder,

dog ikke falder inden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter.

- 34 Det drejer sig for det første om kontrakter, som en offentlig enhed har indgået med en anden juridisk person, når denne enhed fører en kontrol med den juridiske person, som svarer til den kontrol, enheden fører med sine egne tjenestegrene, og den juridiske person udfører hovedparten af sin virksomhed med den eller de enheder, som den ejes af (jf. i denne retning Teckaldommen, præmis 50, og dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 32).
- 35 I denne henseende er det ubestridt, at ingen af disse betingelser er opfyldt inden for rammerne af en aftale som den i hovedsagen planlagte. Det fremgår nemlig af forelæggelsesafgørelsen, at der i den sammenhæng, der foreligger i hovedsagen, for det første ikke er nogen enhed, der ejer en anden. Dernæst fører den enhed, der overdrager udførelsen af en opgave til den anden – skønt den forbeholder sig retten til at kontrollere den rette udførelse af denne opgave – ikke en kontrol med den anden enhed, der kan siges at svare til den kontrol, enheden fører med sine egne tjenestegrene. Endelig udfører denne anden enhed ikke hovedparten af sin virksomhed for den første enhed.
- 36 Det drejer sig for det andet om aftaler, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgave (jf. dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 34).
- 37 I dette tilfælde finder de EU-retlige regler om offentlige kontrakter ikke anvendelse, for så vidt som sådanne kontrakter udelukkende er indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse, for så vidt som ingen privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter, og for så vidt som det oprettede samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse (dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 35).
- 38 Samtlige ovennævnte kriterier er kumulative, således at en kontrakt mellem offentlige enheder kun falder uden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter i kraft af denne undtagelse, såfremt den aftale, hvormed denne kontrakt indgås, opfylder alle disse kriterier (jf. i denne retning dommen i

sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 36).

- 39 Det fremgår imidlertid af den forelæggende rets konstateringer, at det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast ikke synes at have til formål at oprette et samarbejde mellem de to kontraherende offentlige enheder med henblik på gennemførelsen af en fælles public service-opgave.
- 40 Det fremgår i øvrigt ligeledes af disse konstateringer, at denne aftale tillader, at der ved udførelsen af den i aftalen omhandlede opgave gøres brug af tredjemand, således at denne tredjemand får en fordel i forhold til andre virksomheder, der opererer på det samme marked.
- 41 Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at en aftale som den i hovedsagen foreliggende, ved hvilken en offentlig enhed overdrager rengøringsopgaven vedrørende visse kontor-, forvaltnings- og skolebygninger til en anden offentlig enhed – uden at oprette et samarbejde mellem de kontraherende offentlige enheder med henblik på gennemførelsen af en fælles public service-opgave – alt imens den forbeholder sig kompetencen til at kontrollere den rette udførelse af denne opgave, mod en økonomisk kompensation, der skal svare til de omkostninger, der er forbundet med udførelsen af nævnte opgave, idet den anden enhed desuden kan betjene sig af tredjemand, som eventuelt er i stand til at agere på markedet for udførelsen af denne opgave, udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/18 ...«

Forslaget til nyt udbudsdirektiv, som fastlagt ved parlamentets førstebehandling den 15. januar 2014, indeholder i artikel 12, stk. 4 et forslag til en bestemmelse om horisontale aftaler. Bestemmelsen er sålydende:

»Artikel 12

Offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor

...

4. En kontrakt, der udelukkende er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder, falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

- a) kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder med det formål at

sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres med henblik på at opfylde mål, som de er fælles om

b) gennemførelsen af dette samarbejde er udelukkende underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser og

c) de deltagende ordregivende myndigheder udfører på det åbne marked mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet.

5. Ved fastsættelsen af procentdelen for aktiviteterne nævnt i stk. 1, første afsnit, litra b), stk. 3, første afsnit, litra b), og stk. 4, litra c), tages der hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger, som den pågældende juridiske person eller ordregivende myndighed har haft for så vidt angår tjenester, varer og bygge- og anlægsarbejder i de tre år forud for kontrakttildelingen.

Når omsætningen, eller alternative aktivitetsbaserede mål såsom omkostninger, på grund af det tidspunkt, hvor den pågældende juridiske person eller ordregivende myndighed blev etableret eller påbegyndte sine aktiviteter, eller på grund af, at dennes aktiviteter er blevet omorganiseret, enten ikke foreligger for de forudgående tre år eller ikke længere er relevant, er det tilstrækkeligt at påvise, at målingen af aktiviteten er troværdig, især i form af fremskrivning af forretningsplaner.«

I præamblen præmis 31 og 33 står det yderligere anført:

»(31) Der hersker betydelig juridisk usikkerhed med hensyn til, i hvor vid udstrækning kontrakter indgået mellem enheder inden for den offentlige sektor bør være dækket af regler om offentlige udbud. EU-Domstolens relevante retspraksis fortolkes forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat og endog mellem ordregivende myndigheder. Det er derfor nødvendigt at præcisere, i hvilke tilfælde kontrakter indgået inden for den offentlige sektor ikke er underlagt anvendelsen af reglerne om offentlige udbud. Præciseringen bør afstemmes med de principper, der er fastlagt i Den Europæiske Unions Domstols relevante retspraksis. Den kendsgerning, at begge aftaleparter selv er offentlige myndigheder, udelukker ikke i sig selv anvendelsen af reglerne om udbud. Anvendelsen af reglerne om offentlige udbud bør dog ikke indvirke på offentlige myndigheders frihed til at udføre de offentlige tjenesteydelsesopgaver, som de har fået pålagt, under anvendelse af deres egne ressourcer, hvilket omfatter muligheden for samarbejde med andre offentlige myndigheder. Det bør sikres, at ethvert undtaget samarbejde mellem offentlige organisationer ikke fører til konkurrencefordrejning i forhold til private økonomiske aktører, for så vidt som det stiller en privat tjenesteyder i en mere fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter.

...

(33) Ordregivende myndigheder bør 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 ansvar, som de deltagende myndigheder har fået tildelt eller har påtaget sig, f.eks. lokale eller regionale myndigheders obligatoriske eller frivillige opgaver, eller 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. Kontrakter om fælles levering af sådanne offentlige tjenesteydelser bør ikke være underlagt anvendelse af reglerne i dette direktiv, hvis de udelukkende er indgået mellem ordregivende myndigheder, hvis gennemførelsen af det pågældende samarbejde udelukkende er underlagt hensyn af almen interesse, og hvis ingen privat tjenesteyder bliver stillet i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter. For at opfylde disse betingelser bør samarbejdet baseres på en samarbejdsmetode. 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 finansiell overførsel mellem de deltagende ordregivende myndigheder, udelukkende være underlagt hensyn af almen interesse.«

Af Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation'), SEC(2011) 1169 final fremgår bl.a.:

»Ser man på de aspekter af dommen, som kan være af generel betydning, forekommer det dog rimeligt at konkludere herudfra, at de ordregivende myndigheder kan etablere et horisontalt samarbejde mellem hinanden (uden at oprette en fælles kontrolleret "in house"-enhed), som indebærer, at der indgås aftaler, som ikke er dækket af EU-lovgivningen om offentlige indkøb, hvis mindst følgende betingelser er opfyldt:

- ordningen involverer kun ordregivende myndigheder, og der er ikke deltagelse af privat kapital [note udeladt]
- aftalen drejer sig kun om reelt samarbejde om fælles udførelse af en fælles opgave i modsætning til en normal offentlig kontrakt, og
- deres samarbejde er kun reguleret af hensyn til almenhedens interesser.

...

Domstolen fastslog [i Hamborg-dommen], at samarbejdet kun kan foregå af hensyn til almenhedens interesser. Det vil altså ikke blive fritaget, hvis der ligger andre hensyn bag, dvs. hvis det primært er bestemt af

andre hensyn, især kommercielle. Derfor må samarbejdspartnerne i princippet ikke udføre aktiviteter på markedet som led i samarbejdet. Med andre ord må samarbejdsaftalen ikke omfatte aktiviteter, der tilbydes på det åbne marked.

...

På den anden side har Domstolen også præciseret, at et offentligt samarbejde ikke nødvendigvis kræver oprettelse af nye enheder, der kontrolleres i fællesskab. Ifølge Domstolen kan dette samarbejde hvile på et simpelt samarbejde mellem offentlige enheder med det ene formål at varetage den fælles udførelse af opgaver af almen interesse, som de pågældende enheder har ansvaret for. Det betyder ikke nødvendigvis, at hver offentlig myndighed samarbejder på lige vilkår om udførelsen af opgaverne af almen interesse, idet samarbejdet kan være baseret på en deling af opgaverne og på specialisering. Imidlertid skal der være tale om et reelt samarbejde i modsætning til en offentlig kontrakt, hvor en part udfører en opgave mod vederlag.««

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at aftalen mellem indklagede og TAS ikke opfylder de i praksis udviklede betingelserne for at kunne indgås uden udbud.

Indklagedes anbringender centrerer sig i det væsentligste om en række regler og principper i kommunestyrelsesloven, miljøbeskyttelsesloven, affaldsbekendtgørelsen og affaldsrammedirektivet. Derimod anfører indklagede alene i begrænset omfang udbudsretlige anbringender, og indklagede synes i det hele at have misforstået, at ovennævnte regler og »hensigtsmæssige« beslutninger truffet på baggrund heraf giver mulighed for at tilsidesætte udbudsreglerne.

Indklagede har – af udbudsretlig relevans – grundlæggende alene henvist til EU-domstolens dom i sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland (Hamborg-sagen), som argument for, at kontrakten lovligt skulle kunne tildeles uden forudgående udbud. Dommen kan imidlertid ikke finde anvendelse i dette tilfælde, da faktum i Hamborg-sagen og faktum i denne sag intet har med hinanden at gøre. Endvidere viser Domstolens senere praksis, at undtagelsen er særdeles snæver og ikke kan udstrækkes til at finde anvendelse i et tilfælde som det foreliggende.

Den ved Hamborg-dommen og senere domme i praksis skabte undtagelse i relation til horisontale samarbejder må ikke forveksles med den i praksis skabte udvidede in-house undtagelse, der undtager visse vertikale aftaler indgået mellem ordregivende myndigheder og disses kontrollerede datter-virksomheder.

Begge disse undtagelser er meget snævre, og trods en righoldig praksis er Domstolen alene i få tilfælde nået frem til, at betingelserne for anvendelse af undtagelserne rent faktisk var opfyldt. Det gælder særligt i relation til de horisontale samarbejder, hvor praksis fra Domstolen alene i ét tilfælde har accepteret et sådant samarbejde. Denne doms anvendelsesområde er efter sit indhold ganske snæver, og undtagelsen finder ikke anvendelse i denne sag.

Indklagede forsøger at dokumentere, at begge parter i samarbejdet er forpligtet til at levere ydelser, hvorfor der reelt er tale om et gensidigt forpligtende horisontalt samarbejde mellem ordregivende myndigheder. Indklagedes anbringender i den henseende centrerer sig om de politiske aftaler, der er indgået mellem Haderslev Kommune og Kolding Kommune. Indklagede forholder sig imidlertid ikke til det – i sammenhængen helt grundlæggende – faktum, at den anfægtede aftale af 10. juli 2012 ikke er indgået mellem Haderslev Kommune og Kolding Kommune, men derimod mellem indklagede og TAS.

Indklagede og TAS er begge interessentskaber ejet af en række kommuner. Den eneste interessent, der besidder ejerandele i begge virksomheder, er Kolding Kommune. Det er ikke korrekt, når indklagede antager, at der udbudsretligt skal ske identifikation mellem en kommune og virksomheder, som kommunen måtte være interessent i, således at der reelt burde ske en form for identifikation mellem både indklagede og Kolding Kommune og Kolding Kommune og TAS. Noget sådant er ikke tilfældet, hvilket allerede fremgår af, at Kolding Kommune alene kan indkøbe ydelser ved TAS uden udbud, såfremt betingelserne i den udvidede in-house regel er opfyldt, jf. EU-domstolens dom i sagen C-107/98, Teckal.

Indklagede har ikke gjort gældende, at in-house undtagelsen skulle finde anvendelse på aftalen mellem indklagede og TAS. Det skal dog bemærkes, at fordi indklagede ikke kontrollerer TAS, er kontrolkriteriet ikke opfyldt, og idet TAS har en betydelig omsætning, der ikke hidrører fra ejer kommu-

nerne, herunder omsætning, der hidrører fra opgaver udført for tredjemand samt salg af el og varme, er heller ikke opgavekriteriet opfyldt. Af sidstnævnte grund ville en aftale mellem Kolding Kommune og TAS heller ikke kunne undtages udbudspligt.

Indklagede og TAS befinder sig ikke på samme omsætningsniveau. Indklagede forestår indsamling og behandling af affald, mens TAS forestår forbrænding af affald. Der er således tale om to meget forskellige ydelser, og uanset om man ser på denne aftale isoleret set – altså uden at inddrage kommunerne – eller man ser aftalen i indklagedes perspektiv, hvor Kolding Kommune identificeres med henholdsvis indklagede og TAS, vil denne aftale være at anse for en vertikal aftale.

Det forhold, at hverken Tønder Kommune, Vejen Kommune eller Haderslev Kommune er interessenter i TAS, gør, at Kolding Kommune under alle omstændigheder ikke ville være berettiget til at indkøbe affaldsforbrændingsydelser ved TAS uden udbud. Selv hvis klagenævnet måtte lægge til grund, at der mellem Kolding Kommune og TAS består et forhold omfattet af den udvidede in-house regel, er dette ikke tilstrækkeligt til, at Hamborg-undtagelsen kan finde anvendelse på aftalen mellem indklagede og TAS.

Domstolen har den 13. juni 2013 afsagt dom i sag C-386/11, Piepenbrock. Dommen behandler udgangspunktet for offentlige aftaler og derefter de to i praksis skabte undtagelser, nemlig (i) den udvidede in-house regel, jf. Teckal-dommen, og (ii) undtagelsen om horisontale samarbejder, jf. Hamborg-dommen. Dommen er den tredje dom, der behandler Hamborg-undtagelsen, og alene den første (det vil sige Hamborg-dommen) nåede frem til, at betingelserne var opfyldt.

Af Piepenbrock-dommen fremgår det jf. præmis 28, at det, ved vurderingen af om en kontrakt er udbudspligtig, er uden betydning, om begge kontraktparter er offentlige myndigheder, at den berørte enhed ikke primært har for tjeneste for øje, at den ikke har en virksomhedsstruktur, eller at den ikke har en vedvarende tilstedeværelse på markedet.

Derudover skal en aftale anses for indgået som »gensidigt bebyrdende«, selv om det fastsatte vederlag er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse, jf. præmis 31.

Af domstolens efterfølgende bemærkninger i relation til aftaler, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgaver, er der ikke belæg for at antage, at to selvstændigt udbudspligtige offentlige enheder har mulighed for at anvende undtagelsen om horisontale samarbejder med henvisning til, at de ordregivende myndigheder, der ejer dem, ønsker at udføre en public service-opgave i fællesskab. Det er således i Piepenbrock-sagen eksplicit forudsat, at det horisontale samarbejde skal være et samarbejde mellem de kontraherende parter og ikke mellem andre (tilknyttede) enheder. Tilsvarende kan udledes af Hamborg-dommen.

Klageren gør på den baggrund gældende, at allerede fordi indklagede og TAS ikke sammen udfører en public service-opgave, herunder fordi TAS i hvert fald under alle omstændigheder ikke er forpligtet til andet end at udføre en forbrændingsopgave mod betaling, finder undtagelsen om horisontale samarbejder ikke anvendelse i dette tilfælde. Et sådant resultat ville udgøre en særdeles væsentlig udvidelse af anvendelsesområdet for Hamborg-sagen.

Et centralt element i Hamborg-dommen var, at der var tale om et horisontalt samarbejde, hvor begge de kontraherende parter var pålagt forpligtelser. I denne sag har indklagede ikke gjort gældende, at TAS på nogen måde skulle have påtaget sig forpligtelser overfor indklagede ud over naturligvis at levere forbrændingsydelser mod betaling.

På baggrund af dommen gør klageren gældende, at dommen ikke blot på afgørende punkter er usammenlignelig i faktum med den foreliggende sag, men derudover også, at dommens præmisser flere steder eksplicit anfører helt afgørende forudsætninger for undtagelsens anvendelsesområde, som ikke er til stede i den foreliggende sag.

Domstolen har også i C-159/11, Lecce, udtalt sig om rækkevidden af undtagelsen vedrørende horisontale undtagelse, og er heri på linie med Hamborg-dommen.

Af dommene og Commission Staff Working punkt 3.3. og 3.3.3. kan udledes, at de relevante betingelser for at anvende undtagelsen om horisontale samarbejder kan sammenfattes til:

- 1 At der er tale om en kontrakt, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgave.
- 2 At de pågældende kontrakter udelukkende er indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse.
- 3 At ingen privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter.
- 4 At det oprettede samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse.

Af TAS' hjemmeside fremgår det, at »andre leverandører« efter aftale kan levere affald til TAS. Dermed opererer TAS på det åbne marked, og også af denne grund kan aftalen ikke undtages fra udbudspligt, idet aftalen mellem indklagede og TAS ikke opfylder betingelsen om, at aftalen ikke må have konkurrencemæssige virkninger på markedet, og dette er tilfældet, uanset at hverken indklagede eller TAS har private virksomheder i deres ejerkreds. Såvel indklagede som TAS konkurrerer således med private på deres respektive markeder.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i 2011 og 2012 også udtalt sig om undtagelsen vedrørende horisontale samarbejder.

I den vejledende udtalelse fra 2012 vedrørende L90 samarbejdet henviser Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til Kommissionens udtalelser i Commission Staff Working Paper. Det anføres med henvisning hertil, at der *»skal foreligge et "reelt" samarbejde om fælles udførelse af en fælles opgave.«* Da der ikke forelå et »reelt« samarbejde, kunne L90's aftaler ikke undtages fra udbudsreglerne med den begrundelse, at der var tale om et horisontalt samarbejde.

Tilsvarende gør sig gældende i denne sag, hvor der heller ikke er tale om et reelt samarbejde mellem indklagede og TAS. At de to forhold er sammenlignelige bevidnes af den af indklagede fremlagte sagsfremstilling fra byrådsmødet den 12. december 2011, hvor L90-samarbejdet omtales.

Af indklagedes svarskrift fremgår det, at det omtalte midlertidige § 60-selskab aldrig blev etableret. Tilbage synes således at stå, at indklagede valgte at indgå aftalen med TAS på trods af, at det af indstillingen fra byrådsbehandlingen i Kolding Kommune eksplicit fremgik, at en sådan model

muligvis var ulovlig – med mindre Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen måtte være af en anden opfattelse – og på trods af, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen rent faktisk vurderede, at konstruktionen ikke var lovlig.

Indklagede har henvist til det kommende udbudsdirektiv. Klageren gør heroverfor gældende, at direktivet ikke er endeligt vedtaget, hvorfor dets indhold ikke har selvstændig betydning for vurderingen. Dette er særligt tilfældet henset til, at de kriterier, der opstilles i det nyeste udkast til direktiv, ikke er identiske med de kriterier, der på nuværende tidspunkt er fastsat i praksis, jf. således særligt Lecce-dommen.

Klageren gør samtidigt gældende, at en vurdering på baggrund af kriterierne i det nye udbudsdirektiv ikke vil føre til, at kontrakten er undtaget udbudspligt. Dette er tilfældet, allerede fordi indklagede og TAS ikke har noget fælles formål. Hertil kommer, at der ikke er tale om nogen »cooperation« mellem indklagede og TAS, men derimod blot opgaveudførelse mod vederlag.

Indklagede har med henvisning til præmis 47 i Hamborg-sagen gjort gældende, at fordi fællesskabsretten ikke indeholder en forpligtelse for offentlige myndigheder til med henblik på i fællesskab at sikre deres public service-opgaver at anvende en særlig retlig form, er der principielt ikke anledning til at tage stilling til Hamborg-dommens øvrige krav til karakteren af samarbejdet mellem offentlige myndigheder. Dette er en overfortolkning af dommen, og synspunktet ville – såfremt det var korrekt – føre til, at offentlige kontrakter af enhver art, der kan siges at være til fordel for almenvellet (public service-opgaver), ville være undtaget for udbudspligt, hvis de blev indgået mellem to offentlige ordregivere. Dette ville udgøre en grundlæggende ændring af udbudsreglerne, og det forekommer ikke forståeligt, hvorfor Domstolen i sin praksis har opstillet en række kriterier for, hvornår undtagelsen om offentlige samarbejder finder anvendelse, såfremt sådanne kontrakttildelinger per se var fritaget for udbudspligt, som indklagede tilsyneladende gør gældende.

Indklagede har videre gjort gældende, at der også med henvisning til udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, slet ikke er tale om en gensidigt bebyrdende aftale. Indklagede henviser i den sammenhæng til præmis 48 og 49 i Domstolens dom i sag C-451/08, Helmut Müller. Det forhold, at Kolding Kommune ikke opnår en økonomisk fordel er ikke så underligt i lyset

af, at Kolding Kommune ikke er part i aftalen. Derudover er det ukorrekt, såfremt det indklagede gør gældende, at indklagede ikke opnår en økonomisk fordel ved at få forbrændt affaldet. Såfremt indklagedes synspunkt er, at det er en forudsætning, for at en aftale kan være gensidigt bebyrdende, at denne er indgået med fortjeneste for øje, er det naturligvis ikke et synspunkt, der har støtte i de af indklagede citerede bestemmelser. Endvidere fremgår det modsatte eksplicit af helt fast praksis, jf. eksempelvis sag C-386/11, Piepenbrock, præmis 28.

Af samme grund har det derfor ikke nogen udbudsretlig betydning, hvorvidt de pågældende ydelser skal leveres til kostpris, og dommen i sag UfR 2011.99 H omhandlede hverken dette forhold eller andre forhold af udbudsretlig relevans.

Sammenfattende har klageren gjort gældende, at der ikke i praksis er grundlag for at undtage kontrakten mellem indklagede og TAS fra udbudspligten.

Såfremt klagenævnet måtte nå frem til, at aftalen mellem indklagede og TAS ikke er udbudspligtig, vil det åbne op for, at en uoverskuelig mængde udbudspligtige kontrakter ikke længere er udbudspligtige. Det synes da heller ikke at give meget mening, at det skulle være muligt for Tønder Kommune, Vejen Kommune og Haderslev Kommune at komme uden om den udbudspligt, der utvivlsomt ville eksistere, hvis de leverede deres affald direkte til TAS, blot fordi Kolding Kommune, der blot er én af fire interessenter i TAS, og som samtidigt er interessant i indklagede, forpligter sig til at levere sit affald til indklagede, som så efterfølgende indgår en aftale med TAS om forbrænding heraf.

Indklagede har gjort gældende, at den i sagen omhandlede leveringsaftale mellem indklagede og TAS ikke er udbudspligtig. Den omhandlede leveringsaftale er en del af en større omorganisering af affaldsområdet dels i Kolding Kommune og Haderslev Kommune, dels hos indklagede og hos TAS med henblik på at etablere og afprøve en mere hensigtsmæssig struktur med hensyn til opgavefordeling baseret på behov og særlige kompetencer.

Aftalen kan ikke ses isoleret, men skal ses i sammenhæng med aftalerne med Kolding Kommune. Indklagede leverer forbrændingseget affald til TAS, som forestår affaldsforbrænding. Indklagede modtager affald indsam-

let på genbrugsplader og ved husholdninger til behandling og genanvendelse fra hele Kolding Kommune. Aftalen om levering af genanvendeligt affald er indgået med Kolding Kommune som part, idet det er Kolding Kommune, der »råder« over affaldet efter reglerne i miljøbeskyttelsesloven, og dermed er det alene Kolding Kommune, som kan bestemme, hvem kommunen vil kompetenceoverdrage behandlingen af affald til.

Allerede fordi udbudsreglerne ikke pålægger ordregivende myndigheder at udbyde bestemte opgaver, er den omhandlede leveringsaftale ikke udbudspligtig. Leveringsaftalen er således en udmøntning af tværkommunale beslutninger om den bedst mulige løsning af en kommunal public service-opgave. Omorganisering af offentlige myndigheders opgavevaretagelse medfører således ikke udbudspligt, jf. Hamborg-dommen, præmis 47.

Der er herefter principielt ikke anledning til at tage stilling til dommens yderligere krav til karakteren af samarbejdet mellem de ordregivende myndigheder, da kommuner som deltagere i kommunale fællesskaber har en høj grad af frihed til at indrette varetagelsen af en public service-opgave uden udbud af de opgaver, som findes mere hensigtsmæssigt at kunne varetages i nye organisationsformer, og som derfor overføres til disse som led i en større revision af affaldshåndteringens tilrettelæggelse.

Dette synspunkt har direkte støtte i EU-domstolens praksis, hvorefter aftaler, der omhandler 1) et »reelt« samarbejde om fælles udførelse af fælles opgaver, her affaldsforsyningsvirksomhed, som omhandler et 2) samarbejde, der alene er reguleret af hensyn til almenhedens interesser, og 3) som alene involverer ordregivende myndigheder, ikke er udbudspligtige.

Kun betingelsen om, at aftalen skal angå et reelt samarbejde, giver i den konkrete sag anledning til supplerende bemærkninger. Det bemærkes hertil, at ingen af parterne i aftalen indgår i samarbejdet med henblik på at opnå en fortjeneste. Hovedhensynet er utvivlsomt en mere hensigtsmæssig tilrettelæggelse af kommunale affaldsopgaver på tværs af kommunale affaldsselskaber med forskellige behov og kompetencer. Både indklagede og Kolding Kommune må anses for ordregivende myndigheder, da der dels er tale om kommunalt ejede interessentskaber stiftet i medfør af § 60 i kommunestyrelsesloven, dels en kommune.

At der er tale om et »reelt« samarbejde kan konstateres ved, at formålet med samarbejdet er at opnå synergieffekter ved en mere hensigtsmæssig opgavefordeling, samt at begge parter – helt afgørende for samarbejdet – skal levere en reayldelse til den anden samtidig med, at hensynet bag samarbejdet ikke ligger i fortjeneste. Indklagede skal levere forbrændingseget affald til TAS, som Kolding Kommune er medejer af. Kolding Kommune skal omvendt levere genanvendeligt affald til indklagede.

Udkastet til nyt udbudsdirektiv fra juli 2013 støtter synspunktet, jf. forslaget til en ny artikel 12, stk. 4.

Allerede det forhold, at hverken indklagede eller Kolding Kommune opnår en økonomisk fordel ved den indgåede leveringsaftale gør, at aftalen ikke er udbudspligtig, jf. præmis 48-49 i domstolens sag C-451/08.

Den omhandlede leveringsaftale bibringer hverken indklagede, TAS eller Kolding Kommune en økonomisk fordel. Det følger af såvel aftalen som lovgivningen, at ydelser i affaldsaftalen skal leveres til kostpris. Til illustration kan henvises til Højesterets dom i »Uniscrap-sagen«, UfR 2011.99 H, hvor Højesteret fastslog, at kommunale behandlingsanlæg, som modtog affald som led i en affaldsbytteaftale, skulle anvende samme behandlingstakter, som blev anvendt i forhold til øvrige leverandører til anlægget.

Affaldsområdet er et område, hvor såvel hensyn til miljø som konkurrence skal varetages. Hensynet til miljø varetages ved blandt andet et »nærhedsprincip«, hvorefter affald skal behandles så tæt ved kilden som muligt.

Der foreligger, jf. dom i sag C-159/11, Lecce, præmis 34, og sag C-480/06, Hamburg dommen, ikke en udbudspligtig offentlig kontrakt i den situation, hvor »aftalen har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service opgave«. Betingelserne for at være omfattet af samarbejdsreglen er, jf. dommen i sag C-159/11, Lecce, præmis 34 og 35, at 1) der skal foreligge et samarbejde om gennemførelsen af en fælles public service opgave, 2) kontrakten må udelukkende være indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse, og 3) det oprettede samarbejde må kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse.

Ensidig udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder falder uden for samarbejdsreglen, hvilket ligeledes følger af praksis fra EU-domstolen i f.eks. dommen sag C-386/11, Piepenbrock, og det fremgår også af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 1. oktober 2012 om L90's indgåelse af aftaler om bortskaffelse af forbrændingsegned affald.

Der må således i forhold til domstolens undtagelse om offentlige samarbejder sondres mellem gensidige forpligtelser om fælles udførelse på den ene side og ensidige kontrakter om udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder på den anden side.

Den i EU-domstolens retspraksis udviklede undtagelse om gensidige samarbejder supplerer den ligeledes i Domstolens retspraksis udviklede undtagelse for in-house samarbejder. Domstolen har opstillet en række betingelser for, at undtagelsen om offentlige samarbejder er opfyldt, men der er ikke belæg i Domstolens praksis for, at der skulle være tale om en snæver undtagelse. Det forhold, at undtagelsen om offentlige samarbejder ikke har været opfyldt i dommene i sag C-159/11, Lecce, og sag C-386/11, Piepenbrock, kan ikke tages som udtryk for, at der foreligger en snæver undtagelse, idet Domstolen blot konstaterede, at der i de konkrete sager forelå ensidig udførelse og ikke et offentligt samarbejde, hvorfor betingelsen for undtagelse ikke var opfyldt. EU-domstolen har endelig ikke stillet krav om, at samarbejdet skulle foregå i nogen bestemt form for at være undtaget fra udbudsreglerne.

Spørgsmålet er, om der i den foreliggende situation foreligger ensidig udførelse eller et gensidigt samarbejde. I den førstnævnte situation vil kontrakten være udbudspligtig, hvorimod den i den sidstnævnte situation vil være undtaget fra udbudspligt.

Kommunerne er i henhold til miljøbeskyttelseslovens § 45 pålagt en forpligtelse til at håndtere affald på deres område, med mindre andet er fastsat i lov. Kommunen har endvidere efter miljøbeskyttelseslovens § 45 et monopol i forhold til at bestemme, hvor og hvordan det affald, der hidrører fra borgerne i kommunen, skal behandles. Kommunerne er desuden forpligtet af EU's affaldsrammedirektiv, som i artikel 16 fastsætter det princip, at affald skal bortskaffes eller nyttiggøres på et af de nærmest beliggende, egnede anlæg – nærhedsprincippet. Det er således kommunerne, som i henhold til dansk ret og EU-ret har pligten til at håndtere affald.

Såvel indklagede som TAS er samarbejder mellem en række kommuner. Samarbejderne, som er etableret på baggrund af en kompetenceoverdragelse fra kommunerne, angår forbrænding af affald med henblik på el- og varme-produktion. Forbrændingen af affald finder sted på TAS' affaldsforbrændingsanlæg i Kolding.

Særlig vedrørende det forbrændingsegnete affald har situationen for indklagede været den, at indklagede ikke selv råder over et forbrændingsanlæg. Hidtil har indklagede fået sit forbrændingsegnete affald afbrændt på Haderslev Kraftvarmeanlæg, som imidlertid lukkede pr. 1. juli 2013. Med virkning fra denne dato har indklagede indgået en kontrakt i en testperiode på foreløbig 1½ år med TAS om afbrænding af det forbrændingsegnete affald. Det er denne kontrakt, som nærværende klagesag vedrører.

Vedrørende indklagedes aktiviteter inden for behandling og oparbejdning af genanvendeligt affald har indklagede overvejet forskellige scenarier. For at få bedre driftsøkonomi i disse aktiviteter har indklagede drøftet et samarbejde om disse aktiviteter med Kolding Kommune. Med virkning fra 1. juli 2013 har Kolding Kommune ved en kompetenceoverdragelse inden for rammerne af gældende vedtægter truffet beslutning om, at indklagede håndterer alt affald, som kan genanvendes fra Kolding Kommune, foreløbig i en testperiode på 1½ år.

Det er almindeligt antaget, at et samarbejde mellem kommunerne inden for rammerne af et § 60-selskab ikke er udbudspligtigt, jf. Delrapport om visse EU-retlige spørgsmål vedrørende danske kommuners samarbejde om affaldsbortskaffelse afgivet af Justitsministeriets tværministerielle embedsmandsudvalg om fælleskommunale selskaber, december 1997. Baggrunden herfor er, at der alene varetages offentlige opgaver, at der alene er offentlige deltagere, at der ikke foreligger et profit formål, og at der ikke deltager private aktører. Betingelserne i EU-domstolens retspraksis om offentlige samarbejder er dermed opfyldt.

Det er ligeledes almindeligt antaget, at en kommune kan deltage i flere § 60-samarbejder, og at et § 60-selskab kan indgå i et samarbejde med andre § 60-selskaber, uden at der af denne grund foreligger udbudspligt for selskabet. Baggrunden er den samme som netop anført.

Endelig er det almindeligt antaget, at § 60-selskaber er opgaveorienterede, idet kommunerne netop går sammen om at samarbejde inden for rammerne af et § 60-selskab for at få stordrift i opgaveløsningen, og der vil derfor naturligt foreligge en specialisering mellem de enkelte § 60-selskaber, jf. forudsætningerne i miljøbeskyttelseslovens § 49, hvorefter kommuner og fælleskommunale selskaber af miljøministeren kan blive pålagt at samarbejde og udføre opgaver for hinanden.

I den foreliggende sag med de to kontrakter om henholdsvis håndtering af brændbart affald og håndtering af genanvendeligt affald foreligger der utvivlsomt en offentlig opgave bestående i håndtering af affald, som påhviler de deltagende kommuner. Der er alene offentlige deltagere i samarbejdet, det vil sige enten kommuner eller fælleskommunale selskaber. Det vil sige, der deltager ikke private aktører. Der foreligger ikke et profit formål, allerede fordi det følger af kommunalret og miljøbeskyttelseslovens § 48, at kommunale affaldsaktiviteter skal hvile i sig selv. Samarbejdet er baseret på flere kontrakter, og der foreligger ikke godkendelse af samarbejdet i henhold til kommunestyrelseslovens § 60.

Spørgsmålet er herefter, om man i denne situation kan tage en enkelt kontrakt ud og se denne isoleret og dermed klassificere denne kontrakt som ensidig opgaveudførelse for en anden kommune, hvorved der ville foreligge udbudspligt. For denne konklusion taler, at der ikke er identitet mellem de forskellige aftaleparter, idet aftalen om afbrænding af affald er indgået mellem TAS og indklagede, hvorimod aftalen om genanvendeligt affald er indgået mellem indklagede og Kolding Kommune. Hertil skal dog som det første fremhæves, at TAS også var medunderskriver på aftalen om levering af genanvendeligt affald fra Kolding Kommunes område til indklagede, idet TAS underskrev den fremlagte hensigtserklæring. For det andet skal det fremhæves, at såvel indklagede som TAS alene har en kompetence for så vidt angår behandling af affald, hvis de har fået denne kompetence overdraget af kommunen. Det er således Kolding Kommune, som via kompetenceoverdragelsen bestemmer, hvilket affald TAS skal behandle, og hvilket affald indklagede skal behandle.

Det er derfor indklagedes opfattelse, at kontrakten mellem TAS og indklagede om forbrænding af affald ikke kan adskilles fra baggrunden for at indgå aftalen, som er baseret på overvejelser om den fremtidige organisering af affaldshåndteringen for især Haderslev og Kolding kommuner, men også

for Tønder og Vejen kommuner. Dette ses især i det forhold, at aftalen mellem TAS og indklagede kun løber for 1½ år, og at aftalen er betinget af en samtidig aftale om at afprøve et samarbejde mellem indklagede og Kolding Kommune om genanvendeligt affald. Denne helhedstankegang fremgår eksplicit af byrådsprotokollen for byrådsmødet den 12. december 2011, hvor den er fremhævet både i dokumentets indledning og afslutning. Denne helhedstankegang fremgår endvidere af hensigtserklæringens punkt 2.6.

Der er således tale om en kortvarig overgangsperiode på 1½ år, hvor de deltagende kommuner og § 60-selskaber kan afprøve, om en ændring af samarbejdskonstellationerne kan give den forventede bedre økonomi i henholdsvis TAS' afbrændingsanlæg og i indklagedes genanvendelsesordning hos Kolding Kommune. De to kontrakter vedrører isoleret set ikke sammenlignelige ydelser, idet der er tale om henholdsvis behandling og oparbejdning af genanvendeligt og forbrændingsegnet affald, men da begge typer affald indgår i den kommunale affaldsordning og er omfattet af det kommunale affaldsmonopol og kapacitetsforpligtelse, og det er sædvanligt inden for § 60-selskaber, at der foretages en vis specialisering, jf. miljøbeskyttelseslovens § 49 forudsætningsvist, kan der ikke ses isoleret på en enkelt type affald. En sådan specialisering inden for rammerne af et samarbejde mellem offentlige ordregivere er også anerkendt af EU-Kommissionen som et element i et offentligt samarbejde, jf. Commission Staff Working paper.

Fælleskommunale selskaber kan efter Statsforvaltningens praksis efter kommunestyrelseslovens § 60 kun etableres med kommunale deltagere. At TAS åbner mulighed for, at private kan få afbrændt affald på TAS' anlæg, gør ikke disse private til deltagere i TAS. Endvidere ligger det inden for de almindelige kommunalretlige regler, at § 60-selskaber kan sælge biproduktion i form af el og varme på markedet og udnytte ledig overskudskapacitet på affaldsforbrænding, som er tilfældig opstået og ikke kan afskaffes. Endelig er der intet oplyst om, at TAS skulle agere som markedsaktør.

Samlet er det indklagedes opfattelse, at udbudsreglerne ikke står – og ikke bør stå – i vejen for et samarbejde mellem kommuner og kommunale fællesskaber om den fremtidige tilrettelæggelse af affaldshåndteringen. De deltagende kommuner er alle nabokommuner, som naturligt indgår i et eller flere samarbejder om affaldshåndtering, og de deltagende § 60 selskaber vedrører tilsvarende aktiviteter på geografiske områder, som støder op til hinanden.

Alle de foreliggende dokumenter viser, at der foreligger reelle samarbejder mellem offentlige ordregivere om løsningen af deres opgaver vedrørende affaldshåndteringen, og at der ingen indikationer er på, at der skulle have været søgt at omgå udbudsreglerne. Situationen adskiller sig dermed fra både de situationer, som fremgår af EU-domstolens domme i sag C-159/11, Lecce og sag C-386/11, Piepenbrock, og fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse af 1. oktober 2012 om L90, hvor der var tale om ensidig udførelse.

Ad påstand 2 og 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelse falder inden for kerneområdet af uden virkning reglerne i håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Indklagede har ikke indrykket en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed i EU-tidende i medfør af håndhævelseslovens § 4 eller en indkøbsmeddelelse. Såfremt klageren får medhold i påstand 1, skal klagenævnet derfor nødvendigvis erklære den indgåede kontrakt for uden virkning.

Subsidiært skal klagenævnet annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til TAS.

Indklagede har gjort gældende, at klagenævnet af hensyn til almenhedens interesse skal undlade at erklære kontrakten for uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 3. Såfremt klagenævnet erklærede kontrakten for uden virkning, ville det medføre alvorlige forstyrrelser i affaldsforsyningen i hele regionen.

Det bestrides, at der er grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Den aftale, som klagen angår, er en aftale indgået direkte mellem to parallelle fælleskommunale selskaber. Fælleskommunale selskaber er selvstændige offentligretlige organer. Fælleskommunale selskaber udøver ikke deres

funktioner i henhold til delegation fra de enkelte deltagende kommuner, men derimod i henhold til en egentlig overførsel af kompetencen fra den enkelte kommune til det fælleskommunale selskab. Et fælleskommunalt selskab kan derfor ikke identificeres med de selvstændige kommuner, der deltager i det fælleskommunale selskab. Det forhold, at Kolding Kommune – som følge af kommunalreformen i 2007 – er deltager i begge de fælleskommunale selskaber, som indgår aftalen, kan således ikke føre til, at aftalen mellem indklagede og TAS skal vurderes efter in-house reglerne, som disse er fastlagt i blandt andet EU-domstolens domme i sagerne C-107/98, Teckal, og C-458/03, Parking Brixen.

Såvel indklagede som TAS varetager opgaver i relation til affaldshåndtering. Det forhold, at det ene selskab primært forestår indsamling og behandling af affald, mens det andet selskab primært forestår forbrænding af affald, fører heller ikke til, at aftalen mellem indklagede og TAS skal vurderes efter in-house reglerne.

Det bemærkes i den forbindelse, at såfremt aftalen skulle vurderes efter in-house reglerne, ville betingelserne for, at aftalen ikke skulle udbydes, ikke være opfyldt, allerede fordi indklagede ikke fører nogen form for kontrol med TAS.

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 forudsætter, at 1) sådanne kontrakter udelukkende er indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse, 2) at ingen privat tjenesteyder opnår 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 Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations 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 service-opgave.

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 præambelens 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 forbrændingseget 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.

Hertil kommer, at TAS har adgang til og i praksis foretager affaldsbortskaffelse for andre aktører i et ikke uvæsentligt omfang og endvidere aftager og behandler biomasse i betydeligt omfang på, hvad der umiddelbart synes at være et »åbent marked«. Betingelsen i artikel 12, stk. 4, i forslaget til nyt udbudsdirektiv synes således heller ikke opfyldt.

Klagerens påstand 1 tages derfor til følge.

Påstand 2

Indklagede har, jf. bemærkningerne ad påstand 1, i strid med udbudsreglerne foretaget en direkte tildeling af kontrakten. Det følger herefter af håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1, at kontrakten skal erklæres uden virkning, da indklagede ubestridt ikke har anvendt proceduren i håndhævelseslovens § 4.

Efter håndhævelseslovens § 17, stk. 3, kan en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1, opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning. Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår, at undtagelsen alene skal finde anvendelse i »visse helt særlige tilfælde«, og at »Et væsentligt hensyn til almenhedens interesser kan fx være til stede, hvis den omstændighed, at en kontrakt bringes til ophør, umuliggør opfyldelse af en ordregivers forsyningspligt eller bringer mennesker eller dyrs liv eller sundhed i fare«. Af bl.a. affaldsdirektivets (Rdir 2008/98) § 13 fremgår, at al affaldshåndtering skal foretages, uden at menneskets sundhed bringes i fare, uden at miljøet skades, og navnlig uden at der opstår risiko for hverken vand, luft, jord, planter eller dyr, uden at der forvoldes støj- og lugtgener, og uden at landskaber eller områder af særlig interesse påføres skade.

Indklagede har ikke redegjort nærmere for, på hvilken måde og i hvilket omfang en afgørelse om at erklære kontrakten for uden virkning vil »medføre alvorlige forstyrrelser i affaldsforsyningen i hele regionen«, herunder hvilke alternative muligheder indklagede har for at bortskaffe forbrændingseget affald. Det fremgår imidlertid af den indgåede kontrakt, at den udløber med udgangen af 2014, således at det er forudsat, at der senest med udgangen af 2014 skal være etableret en alternativ eller endelig aftale. Det fremgår videre af sagen, at indklagede allerede er langt i overvejelserne om den fremtidige affaldshåndtering.

På den baggrund finder klagenævnet, at der ikke er tilstrækkelig grundlag for at undlade at erklære kontrakten for uden virkning i medfør af håndhævelseslovens § 17, stk. 3.

Kontrakten skal efter håndhævelseslovens § 18, stk. 1, som den var formuleret forud for lovændringen af 1. juni 2013, herefter som udgangspunkt erklæres for uden virkning for fremtiden.

Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på overtrædelsens karakter, kontraktens art og tidsmæssige udstrækning og hensynet til fremtidig affaldshåndtering.

Kontrakten erklæres herefter for uden virkning fra den 1. juli 2014.

Efter håndhævelseslovens § 18, stk. 2, nr. 3, skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion.

Henset til overtrædelsens alvorlige karakter – ulovlig direkte kontrakttildeling – og til hvor stor en del af aftalen der opretholdes, fastsættes en økonomisk sanktion efter lovens § 19, stk. 1-3, jf. forarbejderne hertil, til 500.000 kr. Beløbet betales til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, jf. håndhævelseslovens § 19, stk. 4.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved den 10. juli 2012 at indgå en kontrakt om håndtering af forbrændingseget affald med Trekantsområdet Affaldsselskab I/S, Bronzevej 6, 6000 Kolding, uden på forhånd at have udbudt kontrakten.

Det pålægges indklagede, Affaldsregion Nord I/S, at bringe leveringsaftalen af 10. juli 2013 med Trekantsområdet Affaldsselskab I/S om levering af brændbare affaldsmængder til ophør med virkning fra den 1. juli 2014.

Indklagede, Affaldsregion Nord I/S, skal til Konkurrence og forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 500.000 kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelse af denne kendelse.

Indklagede, Affaldsregion Nord I/S, skal i sagsomkostninger til klageren, Sønderborg Affald A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig