

# Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Jørgen Egholm, Kaj Kjærsgaard)

J.nr. 97-162.275

21. oktober 1998

## K E N D E L S E

Farum Industrirenovation A/S  
(advokat Mogens Hansen, København)

mod

Københavns Kommune  
(advokat Lise Groesmeyer, København)

Under denne, af klageren, Farum Industrirenovation, ved klageskrift af 11. august 1997 for Klagenævnet indbragte sag, foreligger til afgørelse spørgsmålet om, hvorvidt indklagede, Københavns Kommune, Magistratens 5. afdeling har overtrådt direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet) ved at undlade at udbyde bortkørsel m.v. af affald i EU-udbud.

Sagen vedrører tillige spørgsmålet om, hvorvidt en række ændringer foretaget i selskabets struktur og særligt en række i de senere år foretagne ændringer i indklagedes regelsæt har medført, at de ydelser, Renholdningsselskabet af 1898, i det følgende også benævnt »R98«, hidtil præsterede, skal i EU-udbud i overensstemmelse med Tjenesteydelsesdirektivet, om indklagede i øvrigt har begået traktatbrud og tillige tilsidesat væsentlige bestemmelser i Tjenesteydelsesdirektivet om ligebehandling.

Af de for Klagenævnet tilvejebragte oplysninger fremgår bl.a. følgende:

I december 1963 blev der mellem Københavns Kommune og Københavns Grundejeres Renholdningsselskab indgået overenskomst vedrørende dag – og natrenovation.

I overenskomstens § 2 hed det om »Selskabets virksomhedsområde«:

»1) Selskabet er pligtig at foretage bortførslen af natrenovation i Københavns kommune samt bortførslen af dagrenovation (gade- og husaffald) sammesteds i det omfang, den hidtil er foretaget af selskabet i medfør af overenskomst af 24. september 1952 med Københavns

Kommune. Endvidere forpligter selskabet sig til fra 1. juli 1964 at overtage bortførslen af det i §§ 4, 5 og 6 i Regulativ for opsamling og bortførslen af dagrenovation i København af 3. september 1963 (i det følgende benævnt: dagrenovationsregulativet) omtalte affald inden for hele kommunens område; de ejendomme, der derved kommer ind under selskabet, og deres ejere skal være ganske ligestillet med de hidtil under selskabet hørende ejendomme og deres ejere.

2) Selskabet er berettiget til, såfremt det måtte ønske det, mod særskilt betaling fra de pågældende grundejere eller erhvervsdrivende at påtage sig bortfjernelse af det i dagrenovationsregulativets § 7 omhandlede »Andet affald« [erhvervsaffald] i Københavns Kommune. For så vidt angår virksomheder under kommunen har selskabet dog kun ret til at bortføre andet end det i regulativets § 4 nævnte husaffald fra ejendomme med enkelthusholdninger, når dette i det enkelte tilfælde er aftalt med magistraten.«

Endvidere fremgår det af overenskomstens § 16 om »Ikrafttræden og op-hør«:

»§ 16. 1) Denne overenskomst træder i kraft ved underskriften og løber, såfremt den ikke forinden opsiges i overensstemmelse med reglerne i stk. 2, indtil udgangen af marts måned 1989.

2) I tiden indtil overenskomstens udløb ifølge stk. 1 kan kommunen med 2 års varsel opsiges overenskomsten til ophør en 1. april. Sådan opsigelse, der tidligst kan ske til ophør den 1. april 1978, kan kun finde sted, såfremt væsentligt ændrede forhold gør det påkrævet for kommunen at ophæve overenskomsten, f.eks. ændrede tekniske forhold, en omordning af Storkøbenhavns kommunale forhold eller lignende. Selskabet skal inden 6 måneder efter opsigelsesvarslets afgivelse være berettiget til at fremsætte forslag over for kommunen til en ændring af selskabets organisation eller teknik, og kommunen tilsiger sin medvirken til at søge en ordning gennemført, hvorved selskabet kan tilpasse sig de ændrede forhold. Såfremt magistraten ikke mener at kunne godtage sådanne forslag, men fastholder opsigelsen, skal spørgsmålet, om opsigelsen på baggrund af eventuelle omdannelsesforslag kan anses for berettiget, inden en måned efter at magistratens afslag måtte være meddelt selskabet, at dette kunne indbringes for en voldgiftsret, hvortil hver af parterne vælger en voldgiftsmand, medens præsidenten for Østre Landsret udpeger en opmand, hvis stemme i tilfælde af stemmelighed bliver afgørende. ....

3) Såfremt overenskomsten ikke fornyes ved dens udløb med udgangen af marts 1989 eller den, efter at være forlænget, udløber til et senere tidspunkt, eller såfremt den ophører efter ophævelse i henhold til stk. 2 eller § 17, stk. 1, eller såfremt selskabets virksomhed på anden måde ophører, overgår samtlige selskabets aktiver – med undtagelse af det på kapitalkontoen ..... på ophørsdagen indestående beløb – til Køben-

havns kommune, som samtidig skal overtage eller indfri restgælden på lån, der er optaget med magistratens godkendelse, samt alle øvrige af magistraten godkendte forpligtelser, herunder eventuelle pensionsforpligtelser. For kapitalkontoen efter § 2, stk. 4, oprettes en understøttelses- og hjælpefond, hvis kapital og indtægter kan anvendes til gavn for den del af selskabets personale, hvis forhold forringes ved overenskomstens ophævelse, og i øvrigt til almennyttige formål, herunder forskønnelsesarbejde, i Københavns Kommune. Fondsbestyrelsen vælges af repræsentantskabet.«

Af de for Renholdningsselskabet af 1898 (R98) fra 1981 til 1993 gældende vedtægter fremgår bl.a.:

»Navn, hjemsted.

§ 1. Selskabets navn er RENHOLDNINGSSKABET af 1898. Selskabet har hjemsted i København.

Selskabets status og formue.

§ 2. Selskabet er en selvejende institution. De enkelte brugere af selskabets tjenester og de organisationer, der repræsenterer dem, hæfter ikke for selskabets forpligtelser og har intet økonomisk krav på selskabsformuen.

Stk. 2. Selskabet hæfter for alle indgående eller pådragne forpligtelser med samtlige selskabet nu tilhørende aktiver og fremtidige tilkomne aktiver, der erhverves for selskabets indtægter eller midler.

Formål.

§ 3. Stk. 1. Selskabets hovedformål er at bortføre nat- og dagrenovation i de tilsluttede kommuner i overensstemmelse med de regulativer, der er gældende for de respektive kommuner.

Stk. 2. Derudover er det selskabets formål at bekæmpe forurening ved at påtage sig bortskaffelsen af fast og flydende affald.

Formålets realisation.

§ 4. Stk. 1. Selskabet udøver sin virksomhed i afdelinger.

.....

Stk. 3. For virksomhed, der udøves i henhold til overenskomster indgået med kommunerne, betales der afgifter, der til enhver tid foreskrives i en afgiftsvedtægt. Afgiftsvedtægter udarbejdes af det faste udvalg og skal godkendes af de tilsluttede kommuner. Såfremt godkendelse ikke opnås, og dette medfører, at de opkrævede afgifter ikke dækker udgifterne, er kommunerne pligtige at tilskyde de manglende beløb.

.....

Repræsentantskab.

§ 5. Stk. 1. Selskabet ledes af et repræsentantskab på 67 medlemmer. De 65 medlemmer repræsenterer brugerne af selskabets tjenester og 2 repræsenterer selskabets medarbejdere, ..... .

.....

Det fast udvalg.

§ 8. Stk. 1. Der udpeges snarest muligt efter et nyvalg blandt repræsentanterne et »fast udvalg« på 12 medlemmer.

Københavns kommunalbestyrelse udpeger 3 medlemmer. Frederiksberg kommunalbestyrelse udpeger 1 medlem. Fællesforeningen af Grundejere i Københavns og omliggende kommuner udpeger 1 medlem. Københavns Grundejerforening udpeger 3 medlemmer. Boligselskabernes Landsforening udpeger 1 medlem. Lejerorganisationerne udpeger 1 medlem. Desuden udpeger medarbejderne 2 medlemmer:

en funktionær og en 14-dages lønnet.

.....

Selskabets formand og næstformand er samtidig formand resp. næstformand for det faste udvalg.

.....

Stk. 2. Det faste udvalg udøver den repræsentantskabet tillagt myndighed i alle anliggender, som ikke ifølge nærværende vedtægters bestemmelser skal afgøres af det samlede repræsentantskab. Udvalget fører kontrol med selskabets daglige ledelse.

.....

Direktøren.

§ 10. Stk. 1. Selskabets daglige ledelse forestås af en direktør. Direktøren ansættes af det faste udvalg, men ansættelsen skal godkendes af repræsentantskabet.

.....

Løn- og arbejdsoverenskomster.

§ 11. Selskabet indgår på normal måde løn- og arbejdsoverenskomster med de faglige organisationer, under hvilke selskabets personale henhører. Kan der ikke opnås enighed om sådan overenskomst, afgør de deltagende kommuner, hvilke overenskomstbestemmelser selskabet skal indgå på, idet selvselskabet over for kommunerne er forpligtet til så vidt muligt at undgå konflikter med organisationerne, der kan føre til strejke eller lockout. Kommunerne udpeger en konsulent med særligt kendskab til kommunernes overenskomstforhold, der bistår selskabet i overenskomstspørgsmål.

Tegnings- og sikringsregler.

§ 12. Stk. 1. Selskabet tegnes af formanden eller næstformanden hver for sig i forening med enten direktøren eller, i hans forfald, med en af det faste udvalgs godkendt stedfortræder.

.....

Budget.

§ 14. På repræsentantskabets ordinære møde forelægger formanden til vedtagelse et detaljeret budget over selskabets driftsindtægter og – udgifter for det kommende år samt anlægsplan og budget for dispositioner over selskabets kapitalformue.

Opstillingen af budgettet skal så nøje som muligt følge de i ..... fastsatte regler for årsregnskab og status. Når budgettet er vedtaget, sendes

det inden udløbet af juni måned til kommunerne. Hvis disse ønsker at gøre indsigelse mod budgettet, skal sådanne indsigelser være selskabet i hænde inden udløbet af september måned.

Låneoptagelse.

§ 15. I det omfang selskabets egenkapital, ..... ikke er tilstrækkelige til anskaffelse af det fornødne driftsmateriel til bortførsel af nat- og dagrenovation og til opførelse af de til denne virksomhed nødvendige bygninger, kan selskabet forvente, at kommunerne – dog under forbehold af fornødent samtykke af tilsynsmyndighederne – vil støtte finansieringen i form af lån eller kaution for lån.

.....

Særlige bestemmelser.

§ 20. Klager over selskabets udførelse af arbejdet i henhold til de gældende regulativer kan indbringes for kommunerne, der kan påtale sådanne forhold over for selskabet.

Kommunerne kan pålægge selskabet at tegne de fornødne forsikringer til imødegåelse af det ansvar, det måtte komme til at påhvile selskabet i anledning af dets virksomhed.

.....

Ikrafttræden og ophør.

§ 21. Stk. 1. Denne vedtægt træder i kraft 1. januar 1982 og er gældende til udløbet af marts måned 2020 med de i stk. 2 nævnte undtagelser, den erstatter vedtægt af 13. oktober 1976.

Stk. 2. Indtil 31. marts 2020 kan kommunerne med 2 års varsel kræve selskabets ophør til en 1. april. ....

.....

Fortolkningstvivil.

§ 23. Tvivl om forståelse af denne vedtægt, affaldsregulativet eller andre aftaler mellem selskabet og kommunerne forelægges kommunalbestyrelserne til endelig afgørelse. .... .«

I et udkast af 29. september 1993 til ændrede vedtægter for Renholdnings-selskabet af 1898 (»R98«) hedder det bl.a.:

»Navn, hjemsted.

§ 1. Selskabets navn er RENHOLDNINGSSKABET af 1898. Selskabet har hjemsted i København.

Selskabets status og formue.

§ 2. Selskabet er en selvejende institution. De enkelte brugere af Selskabets tjenester og de organisationer, der repræsenterer dem, hæfter ikke for Selskabets forpligtelser og har intet økonomisk krav på selskabsformuen.

Stk. 2. Selskabet hæfter for alle indgående eller pådragne forpligtelser med samtlige Selskabet nu tilhørende aktiver og fremtidige tilkommende aktiver, der erhverves for Selskabets indtægter eller midler.

Formål.

§ 3. Selskabets hovedformål er at udføre koncessioneret nat- og dagrenovation i de tilsluttede kommuner i overensstemmelse med de regulativer, der er gældende for de respektive kommuner.

Stk. 2. Derudover er det Selskabets formål at bekæmpe enhver form for forurening og sikre optimal udnyttelse af råstoffer ved at drive virksomhed med indsamling, bearbejdning, forædling, oparbejdning og deponering af affald samt hermed beslægtet virksomhed, herunder fremstilling og salg af udstyr og systemer, der anvendes inden for nævnte områder.

Stk. 3. Selskabets bestyrelse må kun med kommunernes samtykke foretage eller medvirke til ekstraordinære dispositioner, som kan medføre en risiko for, at Selskabets formål, herunder udførelse af nat- og dagrenovation i Københavns og Frederiksberg kommune, ikke kan overholdes.

Formålets realisation og overskudsdisponering.

§ 4. Selskabet udøver sin virksomhed direkte eller gennem helt eller delvist ejede selskaber. Den koncessionerede virksomhed kan dog alene drives direkte af Selskabet eller gennem helejede datterselskaber.

Stk. 2. Hvis koncessionerede aktiviteter overdrages til et helejet datterselskab, skal det sikres, at bestyrelsen for det pågældende datterselskab får en sammensætning, der er repræsentativ i forhold til sammensætningen af Selskabets bestyrelse. Det skal endvidere sikres, at Københavns og Frederiksberg kommuners tilsyns- og kontrolfunktioner kan varetages umiddelbart over for det pågældende datterselskab.

I andre selskaber, hvori Selskabet direkte eller indirekte kan udpege bestyrelsesmedlemmer, udpeges de pågældende bestyrelsesmedlemmer af Selskabets bestyrelse ved forholdstalsvalg, således at Selskabets bestyrelsesrepræsentation i det pågældende selskab videst muligt afspejler bestyrelsessammensætningen i Selskabet. Dette gælder dog ikke, hvis bestyrelsen i enighed bestemmer andet.

Såfremt det selskab, hvori Selskabet direkte eller indirekte kan udpege bestyrelsesmedlemmer, er omfattet af lovbestemte regler om medarbejderrepræsentation, bortfalder medarbejdernes ret til repræsentation ifølge 1. og 2. afsnit.

Stk. 3. I henhold til fastlagte fordelingsnøgler deltager den samlede virksomhed, herunder helejede datterselskaber, i Selskabet fællesomkostninger. Fordelingsnøglerne fastlægges af bestyrelsen på grundlag af den enkelte virksomheds faktiske anvendelse af den fælles administration og andre fælles faciliteter. Når den koncessionerede virksomhed har båret sin del af fællesomkostningerne, skal den i øvrigt hvile i sig selv. Desuden skal den koncessionerede virksomhed normalt kunne præstere en sådan selvfinansiering, at låneoptagelse undgås.

Stk. 4. For virksomhed, der udøves i henhold til overenskomster indgået med kommunerne, betales der afgifter, der til enhver tid foreskrives i en afgiftsvedtægt. Afgiftsvedtægter udarbejdes af bestyrelsen og skal godkendes af de tilsluttede kommuner. Såfremt godkendelse ikke opnås, og dette medfører, at de opkrævede afgifter ikke dækker udgifterne, er kommunerne pligtige at inddække det manglende beløb.

Stk. 5. Bestyrelsen skal foretage uddelinger til almenvelgørende formål, herunder projekter vedrørende bolig- og miljøforhold, indenfor Københavns og Frederiksberg kommuner.

Uddelinger kan alene foretages med midler, der hidrører fra overskud af Selskabets erhvervsmæssige drift, og alene efter at der er foretaget henlæggelser til konsolidering ifølge retningslinier svarende til principperne i lov om erhvervsdrivende fonde.

Repræsentantskab.

§ 5. Selskabet ledes af et repræsentantskab på 67 medlemmer. De 65 medlemmer repræsenterer brugerne af Selskabets tjenester og 2 repræsenterer Selskabets medarbejdere, jfr. § 8, stk. 1 og 4.

Stk. 2. Medlemmerne udpeges således: 13 medlemmer udpeges af Københavns kommunalbestyrelse. 8 medlemmer udpeges af Frederiksberg kommunalbestyrelse. 21 medlemmer udpeges af bestyrelsen for Københavns Grundejerforening. 13 medlemmer udpeges af bestyrelsen for Fællesforeningen af Grundejerforeninger i København og omliggende kommuner. 8 medlemmer udpeges af Boligselskabernes Landsforening. 2 medlemmer udpeges af de tilsluttede kommuner efter indstilling af de større lejeorganisationer. 2 medlemmer udpeges af medarbejderne – jfr. § 8, stk. 1 og 4.

.....

§ 6. Repræsentantskabet har – med forbehold af de rettigheder, der ifølge nærværende vedtægter er tillagt de tilsluttede kommuner – den øverste besluttende myndighed i alle Selskabets anliggender.

Stk. 2. Ordinært repræsentantskabsmøde afholdes hvert år i maj eller juni måned.

Stk. 3. Efter nyvalg af repræsentantskabet indkaldes dette snarest efter 1. marts til et særligt møde, på hvilket der blandt repræsentantskabets medlemmer ved simpelt stemmeflertal vælges først en formand og dernæst to næstformand. Formanden og næstformændene er fødte medlemmer af bestyrelsen og må ikke høre til samme valgberettigede organisation. Får formanden varigt forfald, overtages formandshvervet af en næstformand indtil næste repræsentantskabsmøde, og bestyrelsen konstituerer en yderligere næstformand indtil næste repræsentantskabsmøde, og bestyrelsen konstituerer en yderligere næstformand blandt sine medlemmer. På samme måde konstituerer bestyrelsen en yderligere næstformand, hvis en af næstformændene får varigt forfald.

.....

## § 7. Repræsentantskabet .....

.....

Stk. 4. Repræsentantskabet er ..... beslutningsdygtigt, når over halvdelen af repræsentanterne er mødt. Er dette ikke tilfældet, indkaldes et nyt møde inden 20 dage med iagttagelse af reglerne i stk. 1. Mødet er da beslutningsdygtigt, uanset de mødendes antal. Beslutninger træffes med simpel stemmeflerhed blandt de fremmødte. Ved stemmelighed gør formandens, ved hans forfald næstformandens, stemme udslaget.

.....

Bestyrelsen.

§ 8. Der udpeges snarest efter et nyvalg blandt repræsentanterne en bestyrelse på 12 medlemmer.

Københavns kommunalbestyrelse udpeger 3 medlemmer. Frederiksberg kommunalbestyrelse udpeger 1 medlem. Fællesforeningen af Grundejere i København og omliggende kommuner udpeger 1 medlem. Københavns Grundejerforening udpeger 3 medlemmer. Boligselskabernes Landsforening udpeger 1 medlem. Lejerorganisationerne udpeger 1 medlem. Desuden udpeger medarbejderne 2 medlemmer:

en funktionær og en 14-dages lønnet.

.....

Selskabets formand og to næstformænd er fødte medlemmer af bestyrelsen. ....

Selskabets formand og to næstformænd er samtidig formand, resp. næstformand for bestyrelsen.

.....

Stk. 2. Bestyrelsen udøver den repræsentantskabet tillagte myndighed i alle anliggender, som ikke ifølge nærværende vedtægters bestemmelser skal afgøres af det samlede repræsentantskab. Bestyrelsen fører kontrol med Selskabets daglige ledelse.

Stk. 3. Bestyrelsen holder møde, så ofte forholdene kræver det. .... Beslutninger træffes ved simpelt stemmeflertal blandt de fremmødte.

.....

Direktionen.

§ 10. Selskabets daglige ledelse forestås af en direktion. Direktionen ansættes af bestyrelsen.

Stk. 2. En direktørs løn og ansættelsesvilkår fastsættes af bestyrelsen. En direktør kan afskediges af bestyrelsen.

Stk. 3. Direktionen overværer normalt repræsentantskabets og bestyrelsens møder.

.....

Løn- og arbejdsoverenskomster.

§ 11. Selskabet indgår på normal måde løn- og arbejdsoverenskomster med de faglige organisationer, under hvilke Selskabets personale henhører.

Tegnings- og sikringsregler.

§ 12. Selskabet tegnes af den samlede bestyrelse eller af formanden eller en næstformand i forening med en direktør.

.....

Budget.

§ 14. På repræsentantskabets ordinære møde forelægger formanden til vedtagelse et detaljeret budget over Selskabets driftsindtægter og – udgifter for det kommende år samt anlægsplan og budget for dispositioner over Selskabets kapitalformue.

..... Når budgettet er vedtaget, sendes det inden udløbet af juni måned til kommunerne til orientering.

Låneoptagelse.

§ 15. I det omfang Selskabets egenkapital, ..... ikke er tilstrækkelige til anskaffelse af det fornødne driftsmateriel til den koncessionerede virksomhed og til opførelse af de til denne virksomhed nødvendige bygninger, kan Selskabet forvente, at kommunerne – dog under forbehold af fornødent samtykke af tilsynsmyndighederne – vil støtte finansieringen i form af lån eller kaution for lån.

Regnskabsår og regnskabsopstilling.

.....

Stk. 2. Resultatopgørelsen opdeles således, at der aflægges særskilt regnskab for den koncessionerede dag- og natrenovation.

Stk. 3. Perioderegnskab skal efter udgangen af hvert kvartal tilstilles bestyrelsen og Københavns magistrat samt Frederiksberg kommunalbestyrelse senest den 25. i den pågældende måned.

§ 17. Årsregnskabet afgives til revisor senest 1. marts. Revisors bemærkninger skal foreligge så betids, at regnskabet med bemærkningerne kan omsendes til repræsentantskabets medlemmer, Københavns magistrat og Frederiksberg kommunalbestyrelse inden det ordinære møde.

.....

Revision.

§ 18. .... .

.....

Stk. 3. Over revisionsarbejdets forløb føres en revisionsprotokol, af hvilken udskrifter løbende vil være at tilstille bestyrelsen og Københavns magistrat samt Frederiksberg kommunalbestyrelse.

.....

Særlige bestemmelser.

§ 20. Klage over Selskabets udførelse af arbejdet i henhold til gældende regulativer kan indbringes for kommunerne, der kan påtale sådanne forhold over for Selskabet.

Selskabet skal tegne de fornødne forsikringer til imødegåelse af det ansvar, der måtte komme til at påhvile Selskabet i anledning af dets virksomhed.

.....

Ikrafttræden og ophør.

§ 21. Denne vedtægt træder i kraft 1. januar 1994.

Stk. 2. Såfremt ingen af Selskabets driftsmæssige formål, jfr. § 3, stk. 1 og 2, kan realiseres, kan repræsentantskabet på grundlag af indstilling fra bestyrelsen træffe beslutning om Selskabets opløsning, ..... . Hvis beslutningen om at opløse Selskabet godkendes af kommunerne, skal Selskabets kapital uddeles til kommunerne eller subsidært sådanne andre offentlige myndigheder, som på uddelingstidspunktet udfører dag- og natrenovation samt tilknyttede renovationsopgaver i Københavns og Frederiksberg kommuner. Fordelingen af kapitalen sker på grundlag af de befolkningstal, som foreligger på uddelingstidspunktet. Den uddelte kapital kan alene anvendes til at fremme de pågældende myndigheders udførelse af renovationsopgaver. Udføres renovationsopgaverne ikke af offentlige myndigheder, anvendes Selskabets kapital i stedet til almenvelgørende formål indenfor Københavns og Frederiksberg kommune, eventuelt gennem ændring af Selskabet til en almenvelgørende fond.

Koncession.

§ 22. Selskabets koncession i henhold til nærværende vedtægter giver Selskabet eneret og pligt til at udføre dag- og natrenovation i Københavns og Frederiksberg kommuner. Koncessionen er gældende indtil udgangen af marts 2020.

Stk. 2. Kommunerne kan alene tilbagekalde Selskabets koncession til dag- og natrenovation i København og Frederiksberg Kommuner, såfremt forhold, hvorover kommunerne ikke har nogen kontrol, nødvendiggør dette, f.eks. tekniske forhold eller en omordning af Storkøbenhavns kommunale forhold. En tilbagekaldelse kan alene foretages, såfremt de foreliggende vanskeligheder ikke kan løses ved, at der foretages ændringer i vilkårene for Selskabets koncession. Såfremt betingelserne for tilbagekaldelse er til stede, skal tilbagekaldelsen ske med et rimeligt varsel på ikke under 12 måneder.

Stk. 3. Såfremt kommunerne tilbagekalder Selskabets koncession, eller Selskabet af andre grunde ophører med at udføre dag- og natrenovation, har kommunerne eller subsidært sådanne andre offentlige myndigheder, som på ophørstidspunktet udfører dag- og natrenovation i Københavns og Frederiksberg kommuner, ret til vederlagsfrit at overtage alt rullende materiel, som Selskabet har anvendt til at udføre dag- og natrenovation.

Fortolkningstvivil.

§ 23. Tvivl om forståelsen af denne vedtægt eller andre aftaler mellem Selskabet og kommunerne forelægges kommunalbestyrelserne til vejledende udtalelse. Hvis der ikke herefter kan opnås enighed, afgøres spørgsmålet endeligt af en voldgift. Hver af parterne vælger en voldgiftsmand, medens præsidenten for Østre Landsret udpeger en opmand, hvis stemme i tilfælde af stemmelighed bliver afgørende. Voldgiftsret-

ten træffer bestemmelse om, hvem der skal bære omkostningerne ved voldgiftssagen. Voldgiftskendelsen, der skal foreligge inden 5 måneder efter klageskriftets modtagelse, er endelig og kan ikke indbringes for domstolene. I øvrigt finder voldgiftsloven anvendelse .....«

Det førnævnte udkast til vedtægtsændringer, der uændrede blev vedtaget af Københavns Borgerrepræsentation den 2. december 1993, var overensstemmende med et forslag udfærdiget af en arbejdsgruppe med deltagelse af blandt andre embedsmænd ansat hos Københavns Kommune. I et herom den 30. september 1993 af advokat Jørgen Boe udarbejdet notat fremgår bl.a.:

»I dette notat redegøres kort for baggrunden for de foreslåede vedtægtsændringer og omstruktureringer for Renholdningsselskabet af 1898 (»R98«).

.....

.....arbejdsgruppen undersøgt følgende forhold:

- a. På hvilke punkter er der behov for at foretage en modernisering af R98' vedtægter ? Er R98' vedtægter i overensstemmelse med lovgivningen ?
- b. Er Københavns og Frederiksbergs kommuners indflydelse på R98 i overensstemmelse med kommunalfuldmagten ?
- c. Skal der i forbindelse med en eventuel ændring af R98' vedtægter foretages et offentligt udbud af R98' koncession ifølge EF's tjenesteydelsesdirektiv ?
- d. Vil der være fordele forbundet med at udskille R98' ikke-koncessionerede aktiviteter i et særskilt holdingaktieselskab ?

#### 1.2 Arbejdsgruppens konklusioner:

- a. Arbejdsgruppen finder, at på en række punkter vil det være hensigtsmæssigt at foretage en modernisering af R98' vedtægter, herunder som følge af den foreslåede omstrukturering, ..... . Ifølge almindelige fonsdretlige grundsætninger skal en række betingelser være opfyldt, for at der i retlig henseende kan siges at foreligge en fond (selvejende institution). Arbejdsgruppen må konstatere, at R98' nuværende vedtægter ikke opfylder to af disse krav, og at det derfor er nødvendigt at ændre R98' vedtægter på en række punkter, ..... .
- b. Den indflydelse, kommunerne ifølge de nugældende vedtægter har på R98' ikke-koncessionerede aktiviteter, er formentlig i strid med kommunalfuldmagtens grænser. Når de foreslåede vedtægtsændringer og omstruktureringen er gennemført vil kommunernes deltagelse herefter ligge inden for kommunalfuldmagtens grænser.
- c. Det vil være en fordel at udskille R98' ikke-koncessionerede aktiviteter i et særskilt holdingaktieselskab, ..... . En sådan omstrukturering indebærer ikke, at der skal foretages offentligt ud-

bud ifølge EF's tjenesteydelsesdirektiv.

## 2.0 Foreslåede vedtægtsændringer.

### 2.1 .....

De foreslåede vedtægtsændringer kan inddeles i tre grupper.

Den første gruppe er de vedtægtsændringer, som alene er udtryk for en tiltrængt ajourføring og modernisering af vedtægterne.

.....

For det andet indeholder vedtægtsudkastet enkelte ændringer i § 4, som er nødvendiggjort af, at R98 skal have mulighed for at udskille de ikke-koncessionerede aktiviteter til et særskilt holdin-gaktieselskab. ....

For det tredje indeholder vedtægtsudkastet en række ændringer, det er nødvendigt at gennemføre for at sikre, at R98 lever op til de betingelser, der stilles for at R98 kan anses for at være en selvejende institution (en fond). Hvis de pågældende ændringer ikke gennemføres, vil R98 miste sin status som selvejende insti-tution. ....

### 2.3 Det foreliggende omstrukturingsforslag, .....indebærer, at R98 skal have ret til at udskille Selskabets ikke-koncessionerede aktiviteter til et selvstændigt selskab. ....

#### 2.4.1 En af grundbetingelserne for, at R98 kan anses for at være en fond, er, at ingen uden for R98 har ejendomsretten til R98' for-mue. synspunktet bag denne betingelse er, at der ikke kan tales om en selvstændig juridisk person, hvis den pågældende instituti-on ikke ejer nogen formue, men alene forvalter formuen for den reelle ejer.

R98' nuværende vedtægter indeholder en bestemmelse, hvorefter Københavns og Frederiksberg kommuner kan overtage R98' formue den 31. marts 2020, når R98' eneretskoncession ophører, eller såfremt R98 ophører før den 31. marts 2020, .....

..... Vedtægtsudkastets ..... åbner mulighed for, at R98 kan opløses, såfremt selskabets driftsmæssige formål ikke kan realiseres. I så fald skal R98' kapital uddeles til kommunerne eller subsidiært sådanne andre myndigheder, som på uddelingstidspunktet udfører dag- og natrenovation samt tilknyttede renovationsopogaver inden for kommunerne. Udføres renovationsopgaverne ikke af of-fentlige myndigheder på uddelingstidspunktet, anvendes selska-bets kapital i stedet for til almenvelgørende formål inden for kommunerne.

Vedtægtsudkastets ..... suppleres af vedtægtsudkastets ..... hvorefter kommunerne – såfremt R98' koncession måtte ophøre, eller R98 af andre grunde måtte ophøre med at udføre dag- og natrenovation – har ret til vederlagsfrit at overtage alt rullende

materiel, som R98 har anvendt til at udføre dag- og natrenovation. Såfremt dag- og natrenovationen på ophørstidspunktet udføres af andre offentlige myndigheder end kommunerne, indtræder sådanne myndigheder i retten til vederlagsfrit at overtage alt rullende materiel. Gennem disse bestemmelser sikres kommunernes primære interesse i at kunne fortsætte renovationen, såfremt R98 måtte ophører med denne funktion.

Kommunerne og R98 vil i protokollat præcisere, at »rullende materiel« også omfatter materiel – herunder eventuelle faste installationer – der helt eller delvis erstatter det rullende materiel, inkl. edb-baserede oplysninger, men ekskl. fast ejendom.

Det forhold, at R98 får mulighed for at fortsætte, selv om de koncessionerede renovationsaktiviteter måtte ophøre, har i øvrigt givet anledning til, at der i vedtægtsudkastets .....er indsat en generel bestemmelse, hvorefter bestyrelsen skal foretage uddelinger til almenvelgørende formål, herunder projektet vedrørende boligmiljøforhold inden for Københavns og Frederiksbergs kommuner. Det fremgår af samme bestemmelse, at der alene kan foretages uddelinger med midler, der hidrører fra overskud af selskabets erhvervsmæssige drift og alene efter at der er foretaget de fornødne henlæggelser til konsolidering.

- 2.4.2 En yderligere betingelse for, at R98 kan anses for at være en selvejende institution, er, at ingen uden for R98 har bestemmende indflydelse over R98.

Det fremgår at de nugældende vedtægter, at Københavns og Frederiksberg kommune på en række punkter ikke blot skal føre tilsyn med R98' aktiviteter, men har mulighed for at gribe ind i R98' drift. I det foreslåede vedtægtsudkast er de bestemmelser, hvori kommunerne er tillagt en direkte indflydelse på R98' drift, derfor udgået. ....

.....

For at der ikke skal være tvivl om, at kommunerne fortsat har tilsynet med R98, er der ..... indsat en bestemmelse, hvorefter R98 kun med kommunernes samtykke må foretage ekstraordinære dispositioner, som kan medføre en risiko for, at formålet ikke kan overholdes.

Med det foreliggende udkast til nye vedtægter kan R98 bevare sin status som en selvejende institution.

- 2.5 Det skal bemærkes, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har principgodkendt vedtægtsudkastet. Det bemærkes også, at skattemyndighederne har forhåndsgodkendt, at R98 bevarer sin skattefrihed for de koncessionerede renovationsaktiviteter.
- 3.0 Forslag til omstrukturering.
- 3.1 Samtidig med vedtagelsen af de nye vedtægter foreslår R98' le-

delse – på grundlag af arbejdsgruppens indstilling – at R98' ikke-koncessionerede aktiviteter udskilles til et selvstændigt selskab kaldet »RenoFlex A/S.«

Den bogførte værdi pr. 31/12 1992 af de nettoaktiver, der overføres til R98 RenoFlex A/S andrager ca. kr. 90 mio. Selskabets aktiekapital vil udgøre kr. 50 mio., der foreslås fordelt således:

|                       | <u>Nominel aktiekapital</u> | <u>Procentsats</u> |
|-----------------------|-----------------------------|--------------------|
| R98                   | kr. 21.000.000              | 42%                |
| Københavns kommune    | kr. 24.500.000              | 49%                |
| Frederiksberg kommune | <u>kr. 4.500.000</u>        | <u>9%</u>          |
| I alt                 | kr. 50.000.000              | 100%               |
|                       | =====                       | =====              |

I det omfang der måtte vise sig tekniske eller retlige hindringer for udskillelsen af visse dele af de ikke-koncessionerede aktiviteter, herunder af R98 RenoFlex A/S' ideelle andel af de faste ejendomme, vil der blive foretaget en kontant udligning, således at ovenstående talstørrelser ikke ændres.

Udskillelsen sker i første række for at sikre R98' koncessionerede aktiviteter. Ved at foretage en udskillelse vil en eventuel risiko ved R98' erhvervsmæssige aktiviteter således blive isoleret til det pågældende aktieselskab. Dertil kommer, at udskillelsen vil give R98 bedre mulighed for at udvikle de erhvervsmæssige, ikke-koncessionerede aktiviteter, således at selskabet står bedre rustet til den fremtidige konkurrencesituation. Udskillelsen giver bl.a. mulighed for på et senere tidspunkt at få f.eks. de institutionelle investorer til at indskyde aktiekapital i R98' erhvervsmæssige aktiviteter.

Når kommunerne bliver medaktionærer i R98 RenoFlex A/S, skyldes det, at kommunerne herved i rimeligt omfang kompenseres for de ændringer i R98' vedtægter, som indebærer, at kommunerne ikke længere har krav på at modtage hele R98' formue, når koncessionen udløber ved udgangen af marts 2020 eller eventuelt tidligere.

Industriministeriet har i brev af 29. september 1993, ..... godkendt den foreslåede ejerstruktur i R98 RenoFlex A/S. I ..... skrivelse fra Industriministeriets konkurrencesekretariat bekræftes det, at omstruktureringen og vedtægtsændringerne ikke indebærer, at nat- og dagrenovationen skal udbydes i licitation i henhold til EF's tjenesteydelsesdirektiv. ....

Ministeriets godkendelse af den nye ejerstruktur i R98 RenoFlex A/S er sket med hjemmel i lov nr. 384 af 20. maj 1992 om kommuners og amtskommuners samarbejde med aktieselskaber m.v. Kommunerne er frit stillet med hensyn til eventuelt salg af deres

aktiver i R98 RenoFlex A/S.«

Af forhandlingsprotokollen for Borgerrepræsentationen af 2. december 1993 fremgår det bl.a.:

»788/93.

Fra magistraten var modtaget følgende skrivelse af 22. november 1993 om ændring af vedtægter for Renholdningsselskabet af 1898 (R98), herunder en udskillelse af R98's ikke-koncessionerede aktiviteter i et særskilt holdingaktieselskab R98 Renoflex A/S, hvor kommunen tilbydes en aktiepost på 49 pct. af aktiekapitalen:

.....

Baggrund.

Medio 1990 igangsatte Det faste Udvalg for R98 et omfattende arbejde med henblik på at udvikle en strategisk plan for selskabet. Under arbejdet hermed viste der sig et behov for at omlægge selskabets struktur bl.a. med det mål at opnå en klar og entydig opdeling mellem koncessionerede aktiviteter og øvrige aktiviteter.

Desuden var der tvivl om, hvorvidt gældende vedtægter er i overensstemmelse med gældende lovgivning (fondslovgivning og kommunalfuldmagten).

Med skrivelse af 21. august 1992 anmodede R98 derfor koncessionskommunerne om at indgå i forhandlinger om ændring af selskabets vedtægter, samt om at udpege embedsmænd til en arbejdsgruppe.

.....

..... her nævnes de mest vidtgående ændringer i vedtægterne og den nye struktur.«

Det fremgår af referatet, at de i arbejdsgruppen tilvejebragte oplysninger og antagne konklusioner blev forelagt Borgerrepræsentationen, der herefter tiltrådte Magistratens indstilling.

På grundlag af R98's formue pr. 1. januar 1994 ifølge primotallene for 1994 har klageren foretaget følgende beregning med tilhørende kommentar:

»Egenkapital..... 233 mio. kr.

Rullende materiel 36 mio. kr. + 11 mio. kr. = ..... 47 mio. kr.

Egenkapital minus rullende materiel ..... 186 mio. kr.

Da R98 Renoflex er udskilt pr. 1/1 1994, er den del af R98 Renoflex A/S aktier, der er tildelt kommunerne, ikke inkluderet i tallene. Værdien heraf andrager ca. 50 mio. kr.«

Af Regulativ for Erhvervsaffald i Københavns Kommune, vedtaget af Københavns Borgerrepræsentation den 19. juni 1997 fremgår bl.a. følgende:

»Lovgrundlag.

Dette regulativ er udfærdiget i henhold til §§ 45, stk. 3 og 110, stk. 3 i lov nr. 358 af 6. juni 1991 om miljøbeskyttelse, jf. lovebekendtgørelse

nr. 625 af 15. juli 1997, Miljø- og Energiministeriets bekendtgørelse nr. 299 af 30. april 1997 om affald samt Miljøstyrelsens cirkulære nr. 94 af 21. juni 1995 om kommunale regulativer om sortering af bygge- og anlægsaffald med henblik på genanvendelse.

.....

## 1. Gyldigheds- og anvendelsesområde.

§ 1 Regulativet gælder i Københavns kommune.

Stk. 2 Regulativet omfatter samtlige erhvervsvirksomheder i Københavns kommune.

Stk. 3 Regulativet omfatter alt affald fra erhvervsvirksomheder i Københavns Kommune.

.....

Stk. 6 Affald, der eksporteres eller importeres i medfør af Rådets forordning nr. 259/93 af 1. februar 1993 om overvågning af og kontrol med overførsel af affald indenfor, til og fra Det Europæiske Fællesskab, er ikke omfattet af regulativet, bortset fra bestemmelserne i §§.....

## Definitioner.

§ 2 .....

.....

Stk. 6 Ved en indsamlingsordning forstås en ordning, hvor Miljø- og Forsyningsudvalget er ansvarlig for funktionsdueligheden af indsamling og transport. Det pågældende affald skal transporteres med en affaldstransportør, der har indgået aftale med Miljøkontrollen i henhold til § 31 til et modtageanlæg, der har indgået aftale med Miljø- og Forsyningsudvalget i henhold til § 34.

Stk. 7 Ved en anvisningsordning forstås en ordning, hvor affaldsproducenten er ansvarlig for, at affaldet håndteres i overensstemmelse med Miljøkontrollens anvisninger. Det pågældende affald skal transporteres med registreret transportør i henhold til § 27 til et modtageanlæg, der har indgået aftale med Miljø- og Forsyningsudvalget i henhold til § 34 eller et modtageanlæg, der opfylder kravene i § 41.

.....

## 2. Dagrenovationslignende affald.

§ 3. Dagrenovationslignende affald indsamles og transporteres med den til enhver tid gældende dagrenovationsordning.

Ved dagrenovationslignende affald forstås affald, svarende til husholdningsaffald, fra erhvervsvirksomheder mv., for så vidt:

- Affaldet ikke er omfattet af bestemmelserne om kildesortering ....., andre kommunale regulativer eller anden lovgivning, herunder forskrifter udstedt med hjemmel i anden lovgivning,
- Affaldsmængden efter kildesortering ikke overstiger 4 m<sup>3</sup>/uge,

- Affaldet hensigtsmæssigt kan indsamles i materiel sammen med affald fra private husstande i samme ejendom eller bebyggelse, eller affaldet fremkommer i boligbebyggelser og hensigtsmæssigt kan indsamles med komprimerende materiel i dagrenovationens ruteindsamling.

Stk. 2. Miljø- og Forsyningsudvalget kan fastsætte nærmere bestemmelser om dagrenovationslignende affald.

Stk. 3. Miljøkontrollen afgør i tvivlstilfælde, hvad der skal henregnes til dagrenovationslignende affald og hvilke virksomheder, der omfattes af bestemmelserne.

### 3. Andet letfordærligt affald.

§ 4. Andet letfordærligt affald skal indsamlet og transporteres af R98, så vidt muligt med komprimerende materiel og/eller på ruteindsamling.

Ved andet letfordærligt affald forstås ildelugtende eller letfordærligt affald m.v. fra erhvervsvirksomheder, for så vidt:

- Affaldet ikke er omfattet af bestemmelserne om kildesortering ..... andre kommunale regulativer eller anden lovgivning, herunder forskrifter udstedt med hjemmel i anden lovgivning, eller affaldet i øvrigt kildesorteres og indsamles med henblik på genanvendelse,
- Mængden af andet letfordærligt affald i den enkelte beholder udgør betydende mængder eller i øvrigt kan give anledning til væsentlige uhygiejniske forhold.

.....

Indsamling og anvisning.

§ 7 Miljø- og Forsyningsudvalget fastsætter hvilke affaldsfraktioner, der omfattes af indsamlingsordninger og anvisningsordninger.

Stk. 2 Miljø- og Forsyningsudvalget fastsætter hvilke affaldsfraktioner, der opføres på oversigtsblad A–F:

A: Affaldsfraktioner omfattet af indsamlingsordning med henblik på genanvendelse.

B: Affaldsfraktioner omfattet af indsamlingsordning med henblik på specialbehandling.

C: Affaldsfraktioner omfattet af anvisningsordning med henblik på genanvendelse.

D: Affaldsfraktioner omfattet af anvisningsordning med henblik på specialbehandling.

E: Affald, som er reguleret gennem anden lovgivning end anført i indladningen til dette regulativ, eller affald som er omfattet af supplerende bestemmelser i anden lovgivning, regulativer mv.

F: Affald, der er reguleret af særskilte regulativer.

Stk. 3 Forbrændingseget og ikke forbrændingseget affald er omfattet af indsamlingsordning.

Stk. 4 Affald, der ikke er omfattet af en indsamlings- eller anvisningsordning, anvises konkret til Miljøkontrollen.

Benyttelsespligt.

§ 8 Det påhviler affaldsproducenten, eller den der på vegne af denne håndterer affald, at benytte de efter regulativet fastsatte indsamlings- og anvisningsordninger.

Stk. 2 Det påhviler enhver affaldsproducent, der frembringer affald omfattet af en indsamlingsordning, at tilslutte sig denne ved indsamlingsordningens iværksættelse eller inden en af Miljø- og Forsyningsudvalget nærmere fastsat frist.

Transport og nyttiggørelse eller bortskaffelse.

§ 19 Det påhviler affaldsproducenten at sikre, at alt affald, der er omfattet af en indsamlingsordning, transporteres med en transportør, som har indgået aftale med kommunen om transport af den pågældende affaldsfraktion, .....

5. Affaldstransportørens pligter.

Fælles bestemmelser.

§ 28 Transportøren skal bringe affaldet til modtageanlæg, hvormed Miljø- og Forsyningsudvalget har indgået aftale, eller til et ..... andet af Miljøkontrollen anvist modtageanlæg, jf. §§ ..... .

Affaldstransportørens pligter, indsamlingsordninger.

§ 31 Transport af affald omfattet af indsamlingsordninger må kun foretages af affaldstransportører, der har indgået aftale med Miljøkontrollen herom.

Stk. 2 Affaldsproducenter, der selv varetager affaldstransporten, skal have indgået aftale herom efter stk. 1.

Stk. 3 Miljøkontrollen kan indgå aftale med transportører, såfremt:

- transportøren ikke har betydende, verserende miljøsager eller har udvist miljøansvarlig adfærd
- transportøren er registreret efter § ..... og har andre fornødne godkendelser
- transportøren har en veldefineret kundekreds i Københavns kommune
- transportøren har fornødent materiel, uddannelse mv.

Stk. 4 Miljøkontrollen kan indgå midlertidige aftaler på 12 måneder med transportører, der ønsker at etablere en kundekreds i Københavns kommune.

Stk. 5 Aftaler om transport af affald fra erhvervsvirksomheder i København kan indeholde bestemmelser om:

- opsamlings- og indsamlingsmateriel (herunder renholdel-

- se, anvendelse af brændstof mv.)
- uddannelse
  - vejledning af affaldsproducenter
  - at fakturaer, vejesedler mv. til affaldsproducenten påføres alle nødvendige oplysninger vedrørende affaldstransporten
  - afgivelse af oplysninger, .....
  - håndtering af affaldet
  - levering og mærkning af opsamlingsmateriel
  - opsøgende virksomhed overfor affaldsproducenter
  - pligt til at indgå aftale om regelmæssig afhentning af affald fra affaldsproducenter med løbende produktion af affald omfattet af oversigtsblad A og B.
  - pligt til at afvise afhentning af affald, som ikke er sorteret, mærket og deklareret efter regulativets bestemmelser herom.
  - pligt til at benytte modtageanlæg, hvormed Miljø- og Forsyningsudvalget har indgået aftale, .....
  - sikkerhedsstillelse eller tegning af forsikring, der holder kommunen skadesløs i tilfælde af uheld eller ukorrekt håndtering af affaldet mv.
  - ophævelse af aftalen i tilfælde af misligholdelse
  - varighed af aftalen samt opsigelsesvarsel.
- Stk. 6 For affaldsfraktioner hvor særlige miljøforhold gør sig gældende kan Miljø- og Forsyningsudvalget fastsætte nærmere rammer for indgåelse af aftaler med transportører, herunder ..... for antallet af aftaler, der ingås.
6. Modtageanlæggets pligter.
- § 33 Virksomheder og anlæg, herunder mobile anlæg, der er registreringspligtige i henhold til bekendtgørelse nr. 299 af 30. april 1997, skal anmelde og indberette til Miljøstyrelsen samt lade sig registrere efter reglerne i bekendtgørelse nr. 299 af 30. april 1997.
- § 34 Affald fra virksomheder i Københavns kommune må kun modtages af anlæg, der har indgået aftale med Miljø- og Forsyningsudvalget herom. ....
- Stk. 4 Miljøkontrollen kan i særlige tilfælde anvise affaldet til andre anlæg. ....
- Stk. 6 Miljø- og Forsyningsudvalget kan indgå aftale med modtageanlæg, såfremt:

- anlægget ikke har betydende, verserende miljøsager eller har udvist miljøansvarlig adfærd
- anlægget har de nødvendige miljøgodkendelser eller en tilfredsstillende ansøgning foreligger,
- anlægget modtager og behandler affaldet i overensstemmelse med gældende bestemmelser for den pågældende fraktion,
- fastsatte miljømæssige målsætninger, jf. stk. 5, kan opfyldes, herunder forventninger til andelen af affaldet, der genanvendes samt kvalitet og afsætning, behandlingens afledte miljøeffekter, transportforhold, anlæggets beliggenhed mv.

Stk. 7 Modtageanlægget må ikke uden Miljøkontrollens tilladelse behandle affald på anden måde end fastsat i aftalen.

Stk. 8 Der kan i aftalen fastsættes bestemmelser om:

- at anlægget sikrer et nærmere aftalt niveau for genanvendelse eller miljømæssig bortskaffelse, herunder opfyldelse af miljømæssige målsætninger efter stk. 5,
- at anlægget skal kontrollere, om affaldet er sorteret og mærket efter regulativets bestemmelser,
- at anlægget foretager stikprøvekontrol og i tvivlstilfælde foretager en totalkontrol af indholdet i den enkelte container mv.,
- at anlægget på fakturaer, vejesejler mv. påfører oplysninger vedrørende affaldsmodtagelsen, .....
- at anlægget skal afvis modtagelse af affald, der ikke er sorteret eller mærket i henhold til regulativets bestemmelser herom,
- at anlægget i tilfælde hvor Miljøkontrollen har tilladt at affaldet afleveres usorteret.....opkræver særskilt betaling herfor,
- at anlægget straks skal afgive oplysninger til Miljøkontrollen om afviste og omsorterede læs,
- at anlægget overfor Miljøkontrollen skal afgive oplysninger om modtaget affald, herunder om mængden af affald, affaldsfraktioner og affaldssammensætningen fra den enkelte transportør, samt på forlangende fra den enkelte affaldsproducent,
- at anlægget har pligt til at modtage alt affald omfattet af aftalen, fra alle producenter og transportører i Københavns kommune, der henvender sig eller anvises af Miljøkontrollen,
- indberetning af oplysninger fra modtageanlægget,
- at anlægget skal kunne dokumentere afsætning af de behandlede genanvendte materialer,
- at der kan føres tilsyn med håndtering af affald på anlæg beliggende udenfor kommunen,

- sikkerhedsstillelse eller tegning af forsikring, der holder kommunen skadesløs i tilfælde af uheld eller ukorrekt håndtering af affaldet mv.
- ophævelse af aftalen ved misligholdelse,
- varighed af aftalen samt opsigelsesvarsel.

Stk. 9 For affaldsfraktioner hvor særlige miljøforhold gør sig gældende kan Miljø- og Forsyningsudvalget fastsætte nærmere rammer for indgåelse af aftaler med modtageanlæg, herunder for antallet af aftaler, der indgås.

.....

Betaling.

§ 45 Afregning for affaldstransport- og behandling er et mellemværende mellem affaldsproducenten, transportøren og modtageanlægget.

Stk. 2 Miljø- og Forsyningsudvalget kan opkræve affaldsproducenten for gebyr til dækning af udgifter til ordningernes administration m.m.

.....

Ikrafttrædelsesbestemmelser mv.

§ 50 Bestemmelserne i dette regulativ træder i kraft den 1. januar 1998.

Stk. 2 Regulativ for erhvervsaffald i Københavns Kommune af 21. marts 1991 ophæves den 1. januar 1998.«

Af et af Miljøkontrollen i København den 22. december 1997 til Magistratens 5. afdeling udarbejdet notat fremgår bl.a.:

»Procedure for indgåelse af transportøraftaler som følge af nyt Erhvervsaffaldsregulativ.

Notatet omhandler samtlige transportører, der har opnået en godkendelse eller midlertidig godkendelse vedrørende transport af erhvervsaffald fra erhvervsvirksomheder i Københavns kommune på baggrund af »Regulativ for erhvervsaffald i Københavns Kommune« af 21. marts 1991. I forlængelse af nyt Erhvervsaffaldsregulativ skal alle nuværende godkendelser ændres til privatretslige aftaler.

Baggrund.

Miljøkontrollen oplyste den 31. marts 1993 til alle godkendte transportører om ikrafttrædelsen af en ny bekendtgørelse om bortskaffelse, planlægning og registrering af affald pr. 1. april 1993. Det blev i denne bestemmelse udmeldt, at bekendtgørelsen ikke indebar ændringer i den struktur, der er opbygget for affaldsbortskaffelsen i Københavns Kommune. Dog oplyste Miljøkontrollen, at affaldstransportørerne skulle være opmærksomme på to forhold:

1. I bekendtgørelsen blev det bestemt, at alle virksomheder, der erhvervsmæssigt indsamler og transporterer affald produceret i kommunen, skal lade sig registrere. Miljøkontrollen oplyste, at denne registreringspligt er opfyldt for de transportører, der er tilknyttet en af

kommunens indsamlingsordninger, og at de godkendte transportører, der er tilknyttet en af kommunens indsamlingsordninger, og at de godkendte transportører derfor ikke behøvede at foretage sig yderligere for at opfylde bekendtgørelsens krav om registrering. Endvidere oplyste Miljøkontrollen, at bekendtgørelsens krav om fremsendelse af oplysninger betragtes som opfyldt, såfremt affaldstransportøren årligt fremsender oplysninger på diskette jf. godkendelsens krav herom.

2. Som konsekvens af affaldsbekendtgørelsen skal de eksisterende godkendelser erstattes af aftaler, som skal indgås mellem kommunen og den enkelte transportør. Miljøkontrollen oplyste, at sådanne aftaler stort set vil svare til de eksisterende godkendelse med en juridisk tilpasning i henhold til den reviderede affaldsbekendtgørelse.

Det kan oplyses, at den nye affaldsbekendtgørelse fra 1997 ikke ændrer på disse punkter.

Der blev ved vedtagelsen af de gældende regulativ i 1991 taget stilling til, at der ikke ønskedes en ændring af den eksisterende konkurrenceprægede private struktur på affaldstransportområdet. De eksisterende godkendelsesordninger er et udtryk herfor. Dette er fastholdt i det nye erhvervsaffaldsregulativ. I bemærkningerne til regulativet lægges op til etablering af indsamlingsordninger baseret på et åbent aftalesystem. Alle transportører, der lever op til regulativets bestemmelser, vil ifølge bemærkningerne fortsat kunne transportere affald i Københavns Kommune.

Vedtagelse af nyt erhvervsaffaldsregulativ.

.....

Som følge af regulativets ikrafttræden skal alle eksisterende godkendelser ændres til aftaler. Det betyder, at der vil blive en overgangsperiode mellem det nuværende godkendelsessystem og det nye privatsretlige aftalesystem, mens de nye aftaler bliver udfærdiget og indgået.

Alle eksisterende godkendelser blev ved notat om Miljøkontrollens godkendelsesbehandling af transportører af 21. juni 1996, notat 960113-5 indstillet til at blive forlænget senest til udgangen af 1997. – Notatet er tiltrådt den 23. juli 1996, hvorefter Miljøkontrollen på Borgerrepræsentationens vegne har forlænget de eksisterende godkendelser. Godkendelser, der er udstedt efter denne dato, udløber på samme tidspunkt.

Det betyder, at samtlige godkendelser udløber pr. 31. december 1997, og at alle nuværende transportørgodkendelser skal konverteres til det nye aftalesystem.

Miljøkontrollen foreslår, at Miljøkontrollen meddeler en midlertidig forlængelse af samtlige godkendelser på 4 måneder. Forlængelserne er gyldig til og med den 30. april 1998. I perioden frem til dette tidspunkt overgår de nuværende godkendelser til aftaler.

Kriterier for indgåelse af aftaler.

Der er hidtil meddelt godkendelse af transportører, der har opfyldt en række specificerede kriterier.

I notat af 10. juni 1992 vedrørende kriterier for godkendelse af transportører til transport af brændbart/ikke brændbart affald, genanvendeligt bygge- og anlægsaffald, jern- og metalaffald samt have- og parkaffald, er det udover kriteriet om sikkerhedsstillelse forslået at benytte følgende kriterier for opnåelse af godkendelse:

- Transport end mere end 1000 ton affald fra virksomheder i Københavns Kommune.
- Transportører, der har transporteret mellem 100–1000 ton affald pr. år fra virksomheder i Københavns Kommune, som har to vogne over 3500 kg og mindst fem kunder, vurderes i det enkelte tilfælde
- Transportører, der har betydende verserende miljøsager, har transporteret under 100 ton affald pr. år, har transporteret mellem 100–1000 ton affald pr. år, men hverken har to vogne over 3500 eller mindst 5 kunder i København samt transportører, der har uegnet materiel, har ikke opnået godkendelse.

.....

Udover ovenstående kriterier er der i det nye erhvervsaffaldsregulativ yderligere fastlagt, at der ikke indgås aftaler med transportører, der har betydende verserende miljøsager eller har udvist miljøuansvarlig adfærd.

For transportører, der ikke er etableret på markedet, kan det indgås midlertidig aftale på op til 12 måneder, således at den nyetablerede transportør har mulighed for at opbygge en veldefineret kundekreds.

Fremtidige aftalekategorier.

Miljøkontrollen vil fremover indgå aftale med transportører vedrørende transport af affald inden for følgende aftaletyper:

1. Forbrændingseget/ikke forbrændingseget affald, genanvendeligt bygge- og anlægsaffald, samt have- og parkaffald
2. Pap, papir og plast
3. Flasker og emballageglas
4. Uemballeret olie- og kemikalieaffald
5. Emballeret olie- og kemikalieaffald
6. Spildevandsslam, ristestof, sand m.v. uden indhold af olie- og kemikalieaffald
7. Jern- og metalaffald herunder køleskabe, elektronik m.v.
8. Andet farligt affald

Kriterierne for indgåelse af aftaler i de tre førstnævnte aftaletyper er beskrevet ovenfor.

.....

Status.

Der indgår cirka 294 transportører i godkendelsessystemet til indsamling og transport af erhvervsaffald fra erhvervsvirksomheder i Køben-

havns Kommune. Der er indgået 370 godkendelser i alt. Forskellen mellem antal transportører og antal indgåede godkendelser skyldes, at de enkelte transportfirmaer kan have opnået godkendelse indenfor flere ordninger.

Som det ses af nedenstående tabel er den første type godkendelse meget bred og omfatter langt hovedparten af de godkendte transportører. Denne godkendelse kaldes for samlegodkendelsen.

Det skal bemærkes, at ikke alle transportører, der er omfattet af de enkelte godkendelsestyper, har søgt om godkendelse til samtlige fraktioner. Der vil derfor optræde forskellige godkendelser indenfor hver godkendelsestype.

| GODKENDELSESTYPER                                                                                                     | ANTAL GODKENDELSE |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| Brændbart/ikke brændbart affald, genanvendeligt bygge- og anlægsaffald, jern- og metalaffald samt have- og parkaffald | 258               |
| Pap, papir og plast                                                                                                   | 60                |
| Flasker og emballageglas                                                                                              | 21                |
| Flydende affald                                                                                                       | 16                |
| Jern og metalaffald                                                                                                   | 15                |
| I alt                                                                                                                 | 370               |

.....

Miljøkontrollen har gennemgået de indberettede data for 1996 fra transportører, der har en godkendelse. Resultatet fremgår af nedenstående tabel.

| TRANSPORTERET AFFALD I 1996 | ANTAL TRANSPORTØRER |
|-----------------------------|---------------------|
| Mindre end 100 ton pr. år   | 74                  |
| 100 til 750 ton             | 75                  |
| 750 til 1000 ton pr. år     | 4                   |
| Mere end 1000 ton pr. år    | 122                 |
| I alt                       | 275                 |

19 transportører har ikke indberettet transporterede mængder for 1996. Det skyldes, at de først har opnået midlertidig godkendelse efter indberetningsåret 1996.

For de transportører, der har samlegodkendelsen gælder det, at de der har transporteret mere end 1000 ton affald pr. år, således vil blive tilkoblet det nye aftalesystem. Der vil endvidere blive indgået aftale med de transportører, der har transporteret fra 750 til 1000 ton pr. år. Den gruppe af transportører, der har transporteret fra 100 til 750 ton pr. år vil kun opnå aftale såfremt de opfylder alle kriterier udover mængdekriteriet i ordningen. Mens samtlige transportører, der har transporteret mindre end 100 ton affald pr. år ikke vil opnå aftale.

.....

De 19 transportører, der har opnået midlertidige godkendelser efter indberetningsåret 1996 vil opnå aftale i det nye aftalesystem, hvis de opfylder kriterierne for den pågældende ordning.

Det anslås, at 85 – 95 transportører ikke vil opnå aftale.

Det indstilles, at Miljøkontrollen ikke indgår aftale med de transportører, der transporterer affald og som ikke kan opfylde godkendelseskriterierne indenfor den pågældende ordning.

Procedure overfor transportører, der er med i den nuværende ordning.

Der vil i nærmeste fremtid komme en tæt dialog mellem Miljøkontrollen og de transportører, der er med i den nuværende ordning. Når der er indgået aftaler med transportørerne, vil der blive afholdt orienterende møder/kurser for samtlige transportører.

Der vil snarest og inden udgangen af december 1997 blive sendt en skrivelse til samtlige transportører, der informerer om, at et nyt erhvervsaffaldsregulativ træder i kraft den 1. januar 1998. Det nye regulativ vil blive vedlagt skrivelsen. De ændringer, der har betydning for transportørområdet, vil blive uddybet i skrivelsen. Samtidig vil der blive meddelt en forlængelse af den nuværende godkendelse på 4 måneder jf. ovenstående. Skrivelsen vil også indeholde en beskrivelse af den procedure, som vil blive fulgt ved overgangen fra godkendelsessystemet til aftalesystemet, og hvorledes den enkelte transportør vil blive inddraget.

Efterfølgende, medio januar, vil der blive fremsendt et aftaleudkast til de transportører, der vil kunne forsætte i det nye aftalesystem, mens der til de transportører, der ikke vil kunne opnå en ny aftale, vil blive fremsendt et særskilt brev indeholdende en begrundelse for, at Miljøkontrollen ikke indgår aftale med den pågældende transportør. Der vil blive åbnet mulighed for, at den enkelte transportør kan fremkomme med oplysninger, der kan have betydning for Miljøkontrollens indstilling til indgåelse af aftale. Transportører, der herefter godtgør, at de opfylder kriterierne, vil efterfølgende opnå aftale.

Individuel behandling.

Der vil kun ske individuel sagsbehandling i de tilfælde, hvor Miljøkontrollen vurderer, at der ikke umiddelbart vil kunne indgås en ny aftale. De transportører, som problemfrit kan opnå aftale vil blive behandlet samlet. Det vil dog kunne tænkes, at en række transportører har særlige ønsker til aftalens formulering. Dette vil blive behandlet i hvert enkelt tilfælde.

Indstilling.

Det foreslås, at Miljøkontrollen meddeler en midlertidig forlængelse af samtlige godkendelser på 4 måneder. Forlængelsen er gyldig til og med den 30. april 1998.

Det indstilles, at Miljøkontrollen ikke indgår aftaler med de transportører, der transporterer affald, og som ikke kan opfylde godkendelseskriterierne inden for den pågældende ordning.«

I den »standardaftale«, der i henhold til førnævnte regulativ kan forventes indgået med transportører, hedder det bl.a.:

»Aftale mellem Miljøkontrollen og navn, adresse, kommune, se. nr.: vedrørende transport af emballeret olie- og kemikalieaffald fra erhvervsvirksomheder i Københavns kommune.

Grundlag.

Nærværende aftale er udarbejdet på baggrund af »Regulativ for erhvervsaffald i Københavns kommune«.....samt oplysninger fra registreringsskema fremsendt af transportøren og eventuelle yderligere oplysninger afgivet af transportøren i forbindelse med aftalens indgåelse.

.....

Ved aftalen får transportøren adgang til at udføre transport til modtageanlæg af den angivne affaldsfraktion som led i den indsamlingsordning, der i Københavns kommune er etableret for affaldsfraktionen. Det understreges, at der herved ikke er givet transportøren ret til at forestå affaldstransporter i et nærmere bestemt omfang eller på anden vis givet tilsagn om brug af transportøren ved affaldstransport af den angivne affaldsfraktion, idet det beror på den enkelte affaldsproducent, om denne vil benytte transportøren eller en af de øvrige transportører, der på lige fod med transportøren har opnået adgang til at forestå affaldstransporter ved indsamlingsordningen for affaldsfraktionen.

Transportøren forpligter sig ved aftalen til efter anmodning fra affaldsproducenter, der er beliggende i Københavns kommune, at udføre transporten til modtageanlæg af den angivne affaldsfraktion ud fra de i den aftale anførte punkter og bestemmelser:

.....

Deklaration.

13. At transportøren forpligter sig til at kontrollere, at affaldsproducenten har udfyldt og underskrevet en af Miljøkontrollen godkendt olie- og kemikalieaffaldsdeklaration fyldestgørende.

.....

Afleveringspligt.

18. At transportøren afleverer emballeret olie- og kemikalieaffald til den kommunale modtagestation for olie- og kemikalieaffald i Københavns kommune eller til andet modtageanlæg, som Københavns Kommune har indgået aftale med vedrørende modtagelse af de(n) pågældende affaldsfraktion(er).

19. At transportøren sikrer, at affald, der skal genanvendes efter »Regulativ for erhvervsaffald i Københavns kommune«, ikke bortskaffes til destruktion.

20. At transportøren forpligter sig til, såfremt affaldsproducenten har opnået dispensation for afleveringspligten, at bringe affaldet til den modtager, der anvises i dispensationen.

.....

Materiel.

24. At transportøren stiller tilstrækkelig indsamlingsmateriel til sortering til rådighed for erhvervsvirksomheden. Materiellet skal være af tilsvarende karakter som Kommunekemi a/s' standardemballager

.....

Uddannelse og vejledning.

28. At transportøren er pligtig til at sørge for, at den person, der hos transportøren har ansvaret for virksomhedens håndtering af det indsamlede affald, senest 6 måneder efter indgåelse af denne aftale har gennemgået et kursusforløb på minimum niveau med Danske Vognmænds kursus i affaldshåndtering eller et andet kursus med tilsvarende indhold.

Endvidere skal transportøren og de medarbejdere, som foretager transportarbejdet, senest 2 måneder efter indgåelse af denne aftale være tilmeldt relevante kurser i transport af olie- og kemikalieaffald. Herved forstås kursus i transport af farligt gods eller andet kursus – minimum på niveau med AMU-centrenes kursus om indsamling og håndtering af olie- og kemikalieaffald. Kurset skal være gennemført indenfor 1 år fra indgåelse af denne aftale.

Transportøren har endvidere pligt til at sikre, at chauffører ansat efter indgåelse af denne aftale tilmeldes de pågældende kurser på tidspunktet for ansættelsen, og at kurserne gennemføres senest 1 år fra ansættelsen.

29. At transportøren har pligt til at være bekendt med Københavns Kommunes regulativer og kommunens »Vejledning om erhvervsaffald«, og transportøren sikrer, at virksomhedens personale ligeledes er bekendt med kommunens regler og vejledninger.

.....

30. At transportøren vederlagsfrit forestår vejledning og information af affaldsproducenten i nødvendigt omfang, således at affaldet opbevares, sorteres, emballeres og klarerers i henhold til modtageanlæggenes krav og regulativets bestemmelser.

.....

Betaling for transport af affald.

Betaling af vederlag for transportørens udførelse af transporter vedrørende den af aftalen omfattende affaldsfraktion er alene et anliggende mellem transportøren og den enkelte affaldsproducent, idet transportøren opkræver betaling for den udførte affaldstransport direkte hos affaldsproducenten.

.....

Ved transportørens opkrævning af betaling fra affaldsproducenter for den del af affaldshåndteringen som transportøren har stået for, er det en forudsætning, at prisfastsættelsen ikke sker på baggrund af aftale eller vedtagelse med de øvrige transportører, der som led i den af kommunen etablerede indsamlingsordning udfører transporter af samme affaldsfraktion, eller i øvrigt med baggrund i samordnet praksis af nogen art mellem transportørerne. Såfremt der efter karakteren af eller sammenhængen mellem de af transportørerne fastsatte priser er grundlag for tvivl om overholdelsen af denne forudsætning, vil spørgsmålet af Miljøkontrollen blive forelagt for Konkurrencerådet til udtalelse.

#### Erstatningsansvar.

Transportøren er pligtig til at godtgøre Københavns Kommune ethvert tab, som måtte blive påført kommunen i tilknytning til transportørens udførelse af affaldstransporter på grundlag af denne aftale, herunder i anledning af tredjemands berettigede vederlags-, erstatnings-, eller andre krav, der honoreres af kommunen.

I det omfang, der i forbindelse med udførelsen af affaldstransporter på grundlag af denne aftale tilkommer transportøren vederlags-, erstatnings-, eller andre krav over for tredjemand, kan kravene alene gøres gældende over for den pågældende tredjemand.

Ovenstående bestemmelser gælder også, hvis tredjemand er en affaldsproducent eller et affaldsmottageanlæg.

#### Sikkerhedsstillelse.

Transportøren er pligtig til overfor Miljøkontrollen at kunne dokumentere en økonomisk sikkerhedsstillelse for kommunens risiko. Sikkerhedsstillelsen kan ske enten ved en individuel pengeinstitutgaranti på 100.000 kr. eller ved en kollektiv garantiordning, hvis vilkår er godkendt af Københavns Kommune. Københavns Kommune skal holdes underrettet om hvilke transportører, der er omfattet af den kollektive garantiordningen.

.....

#### Misligholdelse.

Såfremt en af parterne udviser væsentlig misligholdelse af sine pligter efter denne aftale, er den anden part berettiget til øjeblikkeligt at ophæve aftalen samt i øvrigt at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler, herunder om erstatningsansvar. I stedet for øjeblikkeligt at ophæve aftalen kan en part dog vælge at anmode den anden part om en redegørelse for den udviste misligholdelse og derved give en frist til at sikre, at misligholdelsen af pligterne ophører eller ikke vil forekomme på ny.

#### Aftalens varighed.

Aftalen træder i kraft ved parternes underskrift og ophører uden varsel den 31. december 2002.«

Klageren har nedlagt følgende, endelige påstande:

Påstand A 1.–2., principalt:

1. Københavns Kommune tilpligtes at anerkende, at ydelser omhandlet i aftalen med R98 indgået ved kommunens godkendelse af nye vedtægter i 1993 er omfattet af udbudspligten for tjenesteydelser i direktiv 92/50 (Tjenesteydelsesdirektivet)
2. og at Københavns Kommune tilpligtes at anerkende, at der med ændringen af vedtægterne for R98 i 1993 skete en ulovlig støtte i strid med artikel 93 i Traktaten om den Europæiske Union.

Påstand B:

Sideordnet med påstand A 1.–2. og med den nedenfor nævnte påstand C:

Københavns Kommune tilpligtes at anerkende, at ydelser, der ved Regulativ for Erhvervsaffald af 19. juni 1997 kun kan udføres af transportører, der har indgået aftale med kommunen, er omfattet af udbudspligten for tjenesteydelser i direktiv 92/50 (Tjenesteydelsesdirektivet).

Subsidiært 1.–2.:

1. Københavns Kommune tilpligtes at anerkende, at reglerne i Regulativ for Erhvervsaffald af 19. juni 1997 om, at bestemte tjenesteydelser på affaldsområdet kun kan udføres af transportører, som har indgået aftale med kommunen, udgør en krænkelse af forbudet mod forskelsbehandling af tjenesteydere jf. artikel 3, stk. 2 i Tjenesteydelsesdirektivet, i de tilfælde, hvor sådanne ordninger ikke åbne efter objektive kriterier
2. Københavns Kommune tilpligtes at anerkende, at reglerne i Regulativ for Erhvervsaffald af 19. juni 1997 § 31 om, at tjenesteydelser på affaldsområdet kun kan udføres af transportører, der har indgået aftale med kommunen, udgør en krænkelse af EU-reglerne om harmonisering af adgangen til markedet for vejtransportgods, medmindre adgang til udøvelsen af disse aktiviteter sker efter udbud i overensstemmelse med Tjenesteydelsesdirektivet.

Sideordnet med den principale påstand A, 1.–2, og påstand B,

Påstand C, principalt:

Københavns Kommune tilpligtes at anerkende, at ydelser, der med Regulativ for Erhvervsaffald af 19. juni 1997 kun kan udføres af modtageanlæg, der har indgået aftale med kommunen – bortset fra I/S Amagerforbrænding og I/S Vestforbrænding – er omfattet af udbudspligten i Tjenesteydelsesdirektivet,

Subsidiært, 1.–2.:

1. Københavns Kommune tilpligtes at anerkende, at reglerne i Regulativ for Erhvervsaffald af 19. juni 1997 om, at bestemte, tjenesteydelser på affaldsområdet kun kan udøves af modtageanlæg, som har indgået aftale med kommunen – bortset fra I/S Amagerforbrænding og I/S Vestforbrænding – udgør en krænkelse af forbudet mod forskelsbehandling af tjenesteydere jf. artikel 3, stk. 2 i Tjenesteydelsesdirektivet, i de tilfælde, hvor sådanne ikke er åbne efter objektive kriterier og
2. Københavns Kommune tilpligtes at anerkende, at reglerne i Regulativ om Erhvervsaffald af 19. juni 1997 om, at bestemte, tjenesteydelser på affaldsområdet kun kan udføres af modtageanlæg, som har indgået aftale med kommunen – bortset fra I/S Amagerforbrænding og I/S Vestforbrænding – er i strid med artikel 90, stk. 1 i Traktaten om den Europæiske Union.

Indklagede har nedlagt følgende endelige påstande:

Indklagede har principalt påstået sagen afvist fra Klagenævnet, subsidiært nedlagt påstand om, at ingen af klagerens påstande tages til følge.

Klagen har været behandlet på møder den 13. januar, 21. januar, 3. marts og den 12. maj 1998.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af direktør i Københavns Miljøkontrol Ib Larsen, og direktør i R98 Niels Jan Hahn.

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden bl.a. gjort gældende:

Ved lov om Klagenævnet for Udbud §§ 1–2, jf. lovbekendtgørelse nr. 1166 af 20. december 1996, er det udtømmende fastlagt, hvilke regelgrundlag Klagenævnet for Udbud er kompetent i forhold til. Det fremgår heraf, at Klagenævnet kan behandle klager over overtrædelser af

- fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og tilbudsgivning for forsyningsvirksomhed, jf. lovens § 1, stk. 1, nr. 1,
- lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og indkøb m.v., jf. § 1, stk. 1, nr. 2,
- bekendtgørelser udstedt i medfør af førnævnte lov, jf. § 1, stk. 1, nr. 3, samt
- anden lovgivning m.v., hvor der er fastsat bestemmelse om klageadgang til nævnet, jf. § 1, stk. 2.

Idet hjemlen i lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 2 alene er udnyttet i forhold til en særlig type afgørelser fra Erhvervsfremmestyrelsen, afhænger

afgrænsningen af Klagenævnets kompetence af, i hvilket omfang det må antages at vedrøre fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, nr. 1.

Af lovbemærkningerne til lov om Klagenævnet for Udbud (FT 1990–91, Tillæg A, sp. 1967ff), fremgår det, at formålet med lov om Klagenævnet for Udbud var at gennemføre kontroldirektiverne, jf. særligt direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989.

I overensstemmelse med dette direktivs artikel 1, stk. 1, fastsætter lov om Klagenævnet for Udbud, at Klagenævnets kompetence omfatter klager over ordregivende myndigheders beslutninger med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret. Dvs. at Klagenævnets kompetence omfatter dels udbudsdirektiverne, dels de af EU-Traktatens bestemmelser, som vedrører indgåelse af offentlige kontrakter. Der kan herved endvidere henvises til det anførte i FT 1990 – 91, Tilæg B, sp. 548, om at det ved tilføjelsen »fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter« præciseredes, at Klagenævnet også »kan behandle klager og beslutninger, der er i strid med Traktatens bestemmelser; der tænkes her især på artiklerne 7, 30, 52, 59 og 90.«

Det følger heraf, at Klagenævnets kompetence ikke omfatter den del af Traktatens bestemmelser, som ikke vedrører indgåelsen af offentlige kontrakter, og følgelig heller ikke EU's regler om harmonisering af adgangen til markedet for vejtransport.

Til støtte for de nedlagte påstande har klageren blandt andet gjort gældende, at Københavns Kommune omgår Tjenesteydelsesdirektivets regler.

Det har for Københavns Kommune været afgørende for udformningen af det reviderede regulativ, at kommunen ikke skulle opkræve gebyrer hos affaldsproducenterne, fordi kommunen derved direkte skulle betale affalds-transportørerne og –behandlerne. Det ville efter kommunens vurdering have medført, at kommunen skulle indgå aftale med transportørerne og behandlerne efter et forudgående EU-udbud.

Indsamlingsordningerne med transportører og behandlingsanlæg er baseret på et åbent aftalesystem. Aftalesystemet er privatretligt og reguleres ikke af Miljøbeskyttelsesloven.

Uenighed om opfyldelse af aftalens forpligtelser afgøres ved civilt søgsmål.

For at forstå hvad der menes med, at kommunen har ansvaret for indsamlingsordnings funktionsduelighed, bemærkes, at en indsamlingsordning i modsætning til en anvisningsordning, er karakteriseret ved, at virksomheder, institutioner og husstande ikke kan gøres ansvarlige, hvis affaldet ikke afhentes og bortskaffes korrekt, når de til affaldsproducenterne eventuelt fastsatte krav til sortering, emballering m.m. er opfyldte, startende fra det øjeblik indsamlingsordningen er etableret. Ansvaret påhviler således kommunen, der i forhold til affaldsproducenten eksempelvis overtager risikoen for affaldet og dermed forureningsansvaret, når affaldet er placeret korrekt i overensstemmelse med regulativets krav i det af ordningen på affaldsproducentens ejendom placerede indsamlingsudstyr. Hvis der sker en forurening efter affaldet er placeret i indsamlingsudstyret eller under transport til modtageanlægget eller ved behandling på modtageanlægget, følger det direkte af Miljøbeskyttelsesloven, at erstatningsansvaret herfor påhviler kommunen i forhold til tredjemand. Når kommunen derfor i medfør af aftalen kræver sikkerhedsstillelse af transportøren, er det for at kunne gøre regres overfor transportøren, hvis han i det indbyrdes forhold er ansvarlig for en skadegørende behandling, som kommunen, jf. Miljøbeskyttelsesloven, vil ifalde ansvar for.

Aftalerne med transportørerne hviler ikke på en kommunal beslutning med hjemmel i lov, men er derimod en privatretlig aftale. Aftalerne kan f.eks. ikke tilbagekaldes ved en kommunal beslutning/forvaltningsakt med hjemmel i lov.

Aftalerne med transportørerne er ifølge det reviderede erhvervsaffaldsregulativ gensidigt bebyrdende aftaler.

Det fremgår af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, at offentlige tjenesteydelsesaftaler er gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed. Det fremgår endvidere af artikel 7, at direktivet finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvis anslåede værdi uden moms er 200.000 ECU eller derover. Af artikel 8 fremgår, at aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, skal indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.

Da netop transport og behandling af affald er en prioriteret tjenesteydelse, gøres det gældende, at Københavns Kommune er forpligtet til at udbyde gensidigt bebyrdende aftaler i form af privatretlige transportaftaler, når de overstiger nævnte tærskelværdi.

Erhvervsaffaldsregulativet giver i flere tilfælde ikke fri konkurrence, eksempelvis skal R98 jævnfør regulativet have monopol på indsamling af letfordærveligt affald og dagrenovationslignende affald, hvorved R98's monopol på indsamling af husholdningsaffald udvides væsentligt med affaldsproducerende virksomheder, der ikke tidligere var forpligtet af dette monopol. Brændbart affald må kun modtages af I/S Amagerforbrændingen og I/S Vestforbrændingen. Forurenede jord, sten og grus må kun modtages efter konkret anvisning af kommunen, hvilket i praksis volder væsentlige problemer, da Københavns Kommunes krav ofte er forskellige fra modtageanlæggenes miljøgodkendelser i de kommuner, de er placeret. Madaffald fra storkøkkener må kun modtages af Kambas a.m.b.a.. Der er andre monopoler, og når Københavns Kommune giver udtryk for, at enhver kan få en aftale, hvis de opfylder nogle objektive krav, er det ikke korrekt. Hvis der skulle foretages udbud, ville kommunerne, for at opfylde erhvervsaffaldsregulativets intentioner, skulle bryde disse monopoler.

At der er tale om omgåelse af Tjenesteydelsesdirektivets udbudskrav, fremgår ligeledes af Københavns Borgerrepræsentations Miljøudvalgs Udvalgsbetænkning 7/96, dateret den 9. juni 1997, der er grundlag og forudsætning for Borgerrepræsentationens vedtagelse den 19. juni 1997 af »Regulativ for Erhvervsaffald i Københavns Kommune«, hvor det bl.a. anføres:

»Transportør- og modtageaftaler er privatretlige og reguleres ikke efter miljøbeskyttelsesloven og uenighed om opfyldelse af aftalens forpligtelser afgøres ved civil retssøgsmål.«

Aftalerne kan altså i tilfælde af uenighed om forpligtelsernes omfang ikke tilbagekaldes ved en kommunal beslutning, hvilket er en forudsætning, hvis aftalerne skulle karakteriseres som forvaltningsakter, og netop det forhold viser, at aftalerne er reelle gensidigt bebyrdende forhold, som kommunen kun kan komme ud af i tilfælde af tvist om aftalernes forpligtigelser ved et civil retssøgsmål mod transportører og modtageanlæg.

De godkendelser, der siden ca. midten af 1993 er udformede som aftaler betinget af det reviderede regulativs vedtagelse, burde være udbudt i overensstemmelse med Tjenesteydelsesdirektivets regler, idet Tjenesteydelsesdirektivet, jf. bekendtgørelse 415 af 22. juni 1993, trådte i kraft den 1. juli 1993.

Efter R98's aftale med kommunen om virksomhedens betydelige udvidelse af sin eneret, vil R98 få denne udvidet med 10000 ton affald fra flere tusinde mindre erhvervsvirksomheder, som R98 i dag ikke afhenter erhvervsaffald fra.

R98's overenskomst om håndtering af husholdningsaffald er indgået med Københavns Kommune, før Tjenesteydelsesdirektivet trådte i kraft og varer frem til år 2020. Det skal i øvrigt bemærkes, at kommunen udpeger 13 af 67 medlemmer til selskabets repræsentantskab og miljøborgmesteren er selskabets næstformand.

Det fremgår, at R98's eneret ifølge overenskomsten kun vedrører husholdningsaffald fra private husstande, ikke virksomheder. Koncessionens anvendelsesområde udvides med erhvervsaffaldsregulativets vedtagelse, til også at omfatte affald fra erhvervsvirksomheder i et ikke ubetydeligt omfang.

Klageren har endvidere nærmere anført:

Der er behov for at sondre mellem fire forskellige problemstillinger, da indsigelserne mod disse er forskellige:

- 1.1 R98's såkaldte koncessionskontrakt med Københavns Kommune
- 1.2 Københavns kommunes aftale med I/S Vestforbrændingen og I/S Aamagerforbrændingen
- 1.3 Københavns Kommunes såkaldte åbne aftaler med modtageanlæg og transportører
- 1.4 Københavns Kommunes såkaldte lukkede indsamlingsordninger med modtageanlæg og transportører for bestemte typer affald.

1.1 R98's såkaldte koncessionskontrakt med Københavns Kommune.

Om R98's aftale med Københavns Kommune vedrørende dagrenovation bemærkes:

Når klageren finder, at R98's aftale med Københavns Kommune om indsamling af dagrenovationsaffald er omfattet af udbudspligt, støtter det sig på følgende:

Den af indklagede påberåbte aftale fra 1977 blev væsentligt ændret i december 1993. Hvis R98 ophører med at drive dagrenovationsvirksomhed, men fortsætter med at drive virksomhed med bekæmpelse af forurening, medfører ændringen i december 1993, at R98 alene skal aflevere sit rullende materiel til Københavns og Frederiksberg kommuner, hvorimod R98 før ændringen i denne situation var forpligtet til at aflevere hele sin formue til kommunerne.

Formuen er i R98's regnskab fra 1993, er bogført således, at virksomhedens aktiver udgør 338.616.000 kr., hvoraf renovationsbiler, materiel m.m. samt personbiler, inventar m.v. udgør 85.564.000 kr. Det vil sige, at R98 overdrages aktiver på mere end 253.052.000 kr., hvilket beløb, jf. de hidtidige

vedtægter, i tilfælde af de koncessionerede virksomheders ophør tilfaldt kommunerne, nu efter R98's bestyrelses beslutning kan bruges til fortsættelse af R98's virksomhed. Hermed har kommunalbestyrelserne reelt overladt dispositionsretten til dette beløb til R98's bestyrelse, hvor de selv har dispositionsretten efter de gamle vedtægter. Det skal i den forbindelse bemærkes, at R98's egenkapital i regnskabet er anført til at være 247.212.000 kr.

Af aftalen fra 1997 fremgår udtrykkelig, at Borgerrepræsentationens godkendelse af vedtægten i 1993 var identisk med en ny aftale. Borgerrepræsentationen har med aftalen i 1977 indgået en aftale, der ikke kan tage højde for fremtidige ændringer af lovgivning på affaldsområdet samt den øgede konkurrence. Når sådanne ændringer nødvendiggør nye vedtægter i 1993 og 1997, hvor ydelserne ændres, og der ikke i de forudgående aftaler er hjemmel til, at aftaleparterne kan indgå sådanne væsentlige ændringer, er der udbudspligt efter direktivets regler.

Det fremgår af det seneste erhvervsaffaldsregulativ, at de af aftalen omfattede ydelser yderligere er ændret i 1997, hvorved R98 dels har mistet opgaver, dels har fået tilført andre som følge af nye beregningsprincipper. Heraf følger, at indklagede selv lægger til grund, at indklagede kan foretage ændringer i de leverede ydelser, hvilket yderligere begrundes, at der skal foretages udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet.

Det gøres gældende, at de opgaver indklagede overdrog til RenoFlex A/S er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet og skal udbydes i overensstemmelse hermed. R98 fik med erhvervsaffaldsregulativet af 1997 udvidet sine opgaver og blev dermed omfattet af direktivets udbudspligt.

Overenskomsterne fra 1977 og 1993 med R98 og RenoFlex A/S indebærer forskelsbehandling af andre vognmænd i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2.

#### 1.2. Københavns Kommunes aftaler med I/S Vestforbrændingen og I/S Amagerforbrændingen.

Aftalen falder ikke ind under undtagelsen, fordi bestemmelsen ikke kan omfatte tilfælde, hvor en kommune i et regulativ pålægger sig selv en begrænsning.

#### 1.3. Københavns Kommunes såkaldte åbne aftaler med modtageanlæg og transportører.

Det med erhvervsaffaldsregulativet etablerede aftalesystem indebærer, at der etableres et marked i markedet, hvilket er strid med Traktatens artikel

85, når der ikke er opnået Kommissionens tilladelse hertil, som det fremgår af den faste praksis vedrørende forbud mod eneretsaftaler, der hindrer parallelimport. Det etablerede aftalesystem forudsætter af den grund, at sådanne kontrakter indgås på grundlag af udbud – uanset om aftalerne kategoriseres som koncessionsaftaler eller ej.

1.4. Københavns Kommunes såkaldte lukkede indsamlingsordninger med modtageanlæg og transportører for bestemte typer affald.

EU-retten forudsætter, en adgang til vejgodstransport – herunder affalds-transport – sker på grundlag af ensartede regler for at sikre fri konkurrence. Ønsker kommunen at begrænse adgangen til enkelte virksomheder, må tildeling naturligvis ske efter EU-udbud.

Om de såkaldte koncessionsaftaler har klageren gjort gældende, at disse uanset de måtte være »koncessionsaftaler«, er i strid med Traktaten.

Klageren har i den anledning nærmere anført, at erhvervsaffaldsregulativet er stridende mod artikel 90 i Traktaten, idet indklagede i kraft af de såkaldte »koncessioner« tildeler særlige rettigheder til de »koncessionerede« virksomheder.

Artikel 90. stk. 1, omhandler ikke alene relationen mellem en offentlig myndighed og offentlige virksomheder, men også relationen mellem de offentlige og virksomheder, der er tillagt rettigheder, f.eks. i form af koncessioner.

Artikel 90, stk. 1, er en såkaldt renvoi-bestemmelse, hvis anvendelse forudsætter, at andre bestemmelser i Traktaten er overtrådt. I denne sammenhæng gøres gældende, at erhvervsaffaldsregulativets bestemmelser indebærer en krænkelse af artiklerne 6, 30, 34, Afsnit IV og artiklerne 85 og 86 i Traktaten.

I forhold til modtageanlæggene er der tale om diskrimination i strid med artikel 6, idet det kræves, at modtageanlæggene skal være beliggende i eller i nærheden af kommunen. Dette synspunkt indbærer en krænkelse af direktiv 91/156 (affaldsdirektivet) artikel 7, stk. 3, idet Kommissionen ikke er underrettet om en sådan begrænsning i transport af affald.

Artikel 34 i Traktaten krænkes derved, at erhvervsaffaldsregulativets opbygning og administration i betydeligt omfang lægger hindringer i vejen for en eksport af affald fra Københavns Kommune. Affald, uanset om det kan genanvendes, er varer, hvis bevægelighed i henhold til Traktatens bestemmelser ikke må hindres. Forbrændingseget affald er i forhold til EF's af-

faldsdirektiv affald til nyttiggørelse, der jf. EF's affaldsstrategi, er underlagt principperne om fri varebevægelse i det indre marked.

Når de aktuelle forbrændingsanlægs vedtægter, og affaldsregulativernes bestemmelser derfor anvender principperne om nærhed og selvforsyning, er det i strid med disse principper.

Indskrænkninger i affaldets transportmuligheder skal anmeldes til Kommissionen i henhold til affaldsdirektiv 75/442 artikel 7, stk. 3. Kommissionen er ikke underrettet om nogle danske restriktioner, herunder at Københavns Forbrændingsanlæg har sådanne restriktioner, hvilket kan indebære en overtrædelse af artikel 13, stk. 3 i forordning 259/93.

Affaldsforbrændingsanlæggenes regler om pligtmæssig levering udgør en krænkelse af EF's affaldsregler, idet nærheds- og selvforsyningsprincipperne ikke kan finde anvendelse på forbrændingseget affald til energiudnyttelse.

Afsnit IV i Traktaten krænkes ved, at Københavns Kommunes erhvervsaffaldsregulativ ikke er i overensstemmelse med Traktatens detailregulerede regler på transportområdet.

Uanset om kommunen godkender eller laver aftaler med samme indhold som godkendelsen, kan kommunen ikke godkende eller aftale vilkår, der er i strid med transportdirektivet (96/26), ganske enkelt fordi kommunen på dette område ikke er den kompetente myndighed. Det er Vejtransportrådet i medfør af lov nr. 259 af 12. april 1995 om godskørsel som ændret ved lov nr. 386 af 22. maj 1996, der implementerer »transportdirektivet.«

Når således miljømyndigheden som aftalevilkår/godkendelsesvilkår stiller krav om bedømmelse af verserende miljøsaager, som en betingelse for at kunne køre for kommunen, er det i strid med transportdirektivets artikel 3, stk. 2.

Når miljømyndigheden stiller krav til transportøren om at være i besiddelse af en passende økonomiske evne, herunder sikkerhedsstillelse, er det i strid med transportdirektivets artikel 3, stk. 3, litra d), jf. litra a, b, c, eftersom det er Vejtransportrådet, der kan foretage den bedømmelse.

Når miljømyndigheden lader aftalen bero på, hvor mange tons transportøren kører, er det forudsætningsvis i strid med direktivet.

Subsidiært har klageren gjort gældende, at koncessionsaftaler er omfattet af begrebet tjenesteydelsesaftaler i direktiv 92/50 og har til støtte herfor nærmere anført:

Koncessionsaftaler er en gensidigt bebyrdende aftale i overensstemmelse med definitionen. De i direktivforslagene medtagne særregler for koncessionsaftaler forudsætter, at koncessionsaftaler er omfattet af begrebet »offentlige tjenesteydelsesaftaler«, og at denne definition ikke er ændret med angivelse af nogen undtagelse for koncessionsaftaler. En fortolkning af direktivet efter ordlyd kan derfor kun bekræfte klagerens opfattelse.

Retsvirkningen af, at Rådet besluttede ikke at medtage de særlige regler for koncessionsaftaler, var følgelig, at koncessionsaftaler blev underlagt samme regler som øvrige tjenesteydelsesaftaler. Ellers havde den naturlige konsekvens været at undtage denne form i artikel 2, stk. 2, i udbudsdirektivet.

Det fremgår af Rådets fælles holdning, at »Koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, som ifølge kommissionens forslag bør være underlagt offentliggørelsesregler, er blevet udelukket fra direktivets anvendelsesområde.«

Når klageren alligevel mener, at dette ikke medfører, at koncessionsaftaler falder uden for begrebet »offentlige tjenesteydelser«, og at de i denne sag omtvistede aftaler er undergivet udbudspligt, er det forbundet med følgende:

Definitionen af »offentlige tjenesteydelsesaftaler« i direktiv 92/50, artikel 1.a) forudsætter alene, at de er tale om en »gensidigt bebyrdende aftale mellem en tjenesteyder og en offentlig myndighed« med nogle udtrykkeligt angivne undtagelser. Opremsningen af undtagelser er udtømmende. At koncessionsaftaler med offentlige myndigheder er gensidigt bebyrdende understreges yderligere af, at Kommissionen i bemærkningerne til første forslag til udbudsdirektiv anfører, at koncession »ikke blot indebærer levering af en tjenesteydelse til offentligheden, men også samtidig til den ordregivende myndighed.« Netop det sidste understreger koncessioners gensidigt bebyrdende karakter i relation til myndigheder.

Ved bedømmelse af, om de i denne sag omtvistede aftaler med affalds-transportører og modtageanlæg er omfattet, må lægges til grund, at Københavns Kommune i bemærkningerne til regulativet omtaler aftalerne som »privatretlige.« Da privatretlig aftale netop altid karakteriseres ved at være gensidigt bebyrdende, forudsættes dermed af indklagede, at de i denne sag omhandlende aftaler er »gensidigt bebyrdende« og følgelig omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet.

Det i Rådets fælles holdning anførte kan læses på to måder. Den ene er som indklagede at antage, at koncessionsaftaler falder helt uden for. Den anden

er som klageren, hvorefter de særlige offentliggørelsesregler for koncessionsindehavere, der var medtaget i Kommissionens forslag artikel 4, stk. 4, falder ud. Når der er grund til at antage den sidste fortolkning frem for den første, er det fordi Rådet i udtalelsen netop fremhæver offentliggørelsesregler, hvormed netop må henvises til den af Kommissionen foreslåede udvidede offentliggørelsespligt omfattende koncessionshavere, der ikke selv er offentlige myndigheder.

Såfremt Klagenævnet måtte antage, at koncessionsaftaler er undtaget for udbudsreglerne, har klageren subsidiært gjort gældende, at dette ikke begrunder en fritagelse for udbud af de i denne sag omtvistede ordninger og har nærmere anført:

Sondringen mellem »åbne« og »lukkede« aftaler er arbitrær, idet den ikke fremgår af erhvervsaffaldsregulativet, men beror på, hvorledes magistraten udnytter bemyndigelsen til at indgå aftaler. Efter regulativet er der hjemmel til at etablere »lukkede aftalesystemer« for transportører, hvormed ydelserne ikke længere er åbne for potentielle transportører og tilsvarende gælder efter regulativet for modtageanlæg. Da en sådan udlægning af Tjenesteydelsesdirektivet forudsætter indskrænkende fortolkning af begrebet »offentlige tjenesteydelsesaftaler« og åbner op for nærmest uindskrænket misbrug og omgåelse.

Indklagede har til støtte for påstanden om, at ingen af klagerens påstande tages til følge bl.a. anført følgende:

Det er utvivlsomt, at bortskaffelsen af affald, herunder fra erhvervsvirksomheder, er en tjenesteydelse, der efter sin karakter er udbudspligtig efter Tjenesteydelsesdirektivets bilag IA, kategori 16. Ordregivende myndigheders aftaler om anskaffelse af denne tjenesteydelse skal derfor udbydes efter Tjenesteydelsesdirektivets regler, i det omfang værdien af tjenesteydelsen overstiger direktivets tærskelværdi.

En forudsætning for, at der foreligger udbudspligt, er dog, at anskaffelsen af tjenesteydelsen sker ved en aftale af sådan karakter som forudsat ved Tjenesteydelsesdirektivet. I direktivets artikel 1, litra a er offentlige tjenesteydelsesaftaler defineret som »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«, idet der videre under pkt. i)–ix) angives en række aftaler, som er undtaget fra Tjenesteydelsesdirektivet. Det fremhæves, at alle undtagelserne – ud over pkt. i)–ii) vedrørende afgrænsningen i forhold til de øvrige udbudsdirektiver – angår aftaler om særlige typer af tjenesteydelser og ikke selve kontraktbegrebet,

således at der umiddelbart ikke er grundlag for at antage, at der ved de angivne undtagelser er gjort op med, hvilke typer af kontrakter definitionen af offentlige tjenesteydelsesaftaler omfatter.

Tjenesteydelsesdirektivet indeholder ingen bestemmelser, der regulerer tildelingen af koncessionskontrakter, dvs. kontrakter, hvor tjenesteyderen ikke modtager et vederlag for sin udførelse af tjenesteydelsen, men overlades retten til at udnytte tjenesteydelsen, herunder ved at opkræve betaling fra offentligheden. Tjenesteydelsesdirektivet indeholder heller ingen direkte angivelse af, om koncessionskontrakter er omfattet af direktivets anvendelsesområde.

Kommissionens oprindelige forslag til Tjenesteydelsesdirektivet (KOM (90) 372), indeholdt – ud over definitionen af offentlige tjenesteydelsesaftaler og bestemmelserne i tilknytning hertil – derimod særlige regler om offentlige koncessionskontrakter og en dertil hørende definition i forslagets artikel 1, litra h).

Ifølge denne definition er en koncessionskontrakt om tjenesteydelser:

»en anden kontrakt end en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder som defineret i artikel 1, litra d), i direktiv 71/305/EØF, der indgås mellem en ordregivende myndighed og et andet organ, og hvorved førstnævnte overdrager udførelsen af en tjenesteydelse bestemt til offentligheden, der henhører under dens ansvarsområde, til sidstnævnte, og hvor sidstnævnte indvilliger i at udføre tjenesteydelsen til gengæld for retten til at udnytte tjenesteydelsen eller denne ret sammen med en pris.«

I EU-Kommissionens bemærkninger til direktivforslaget, er definitionen af koncessionskontrakter uddybet. Det anføres herved bl.a.,

- at der vil kunne forekomme koncessionskontrakter inden for så forskellige områder som transport, massebespisning, detailsalg, bagagehåndtering, affaldsbortskaffelse, gaderengøring osv.,
- at koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser i direktivets forstand ikke omfatter »tildelingen af rettigheder, som automatisk skal tildeles, hvis en ansøger opfylder visse betingelser. Det er en integreret del af definitionen i artikel 1, litra h), at den ordregivende myndighed har ret til at anlægge et vist skøn ved tildelingen af den pågældende rettighed«,
- at den pågældende aktivitet skal være en tjenesteydelse, der stilles til rådighed for offentligheden,
- at koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser defineres »som en handling, hvorved ordregivende myndigheder uddeler udførelsen af en

aktivitet, som de ellers selv ville have udført, og som de ønsker at føre en vis, om end indirekte, kontrol med. Det er netop på grund af denne uddelegering, at koncessionskontrakter om tjenesteydelser indebærer levering af en tjenesteydelse til offentligheden, men også samtidig til den ordregivende myndighed.«

Direktivforslagets bestemmelser om koncessionskontrakter indebar, at der ikke – som ved offentlige tjenesteydelsesaftaler – var fastsat en pligt for ordregivende myndigheder til at anvende fremgangsmåderne offentligt eller begrænset udbud ved indgåelsen af koncessionskontrakter. For indgåelsen af sådanne kontrakter var det derimod alene bestemt, at ordregivende myndigheder skulle tilkendegive deres hensigt om kontraktsindgåelse ved en bekendtgørelse, og efter kontraktsindgåelse tilsende EF-Publikationskontoret meddelelse herom. Efter direktivforslagets artikel 12 fandt disse bestemmelser kun anvendelse på koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, hvis kontraktsværdi var lig med eller større end 5 mio. ECU.

I EU-Kommissionens ændrede forslag til Tjenesteydelsesdirektivet af 30. august 1991 (KOM(91)322, var bestemmelserne om koncessionskontrakter, bl.a. på baggrund af høring af Europaparlamentet, ændret på visse punkter, herunder ved at bestemmelserne var samlet i forslagets artikel 4. Denne bestemmelse fastsatte en pligt for ordregivende myndigheder til at offentliggøre hensigten om indgåelse af en koncessionskontrakt, når kontraktens værdi – defineret som koncessionshaverens årlige omsætning ved kontrakten – var mindst 200.000 ECU.

I tilknytning til det ændrede forslags § 4 anførtes det i Kommissionens bemærkninger til forslaget (pkt. 14):

»Denne bestemmelse, som bortset fra tærskelbeløbets størrelse er den samme som den, der gælder ved indgåelse af koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder i Bygge- og anlægsdirektivet, sikrer, at interesserede tjenesteydere vil blive gjort opmærksom på, at der er tale om indgåelse af en kontrakt om en koncession. Bestemmelsen anerkender desuden implicit forskellene mellem koncessionskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter.«

I det ændrede forslag indgik endvidere en række yderligere bemærkninger bl.a. vedrørende definitionen af koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser:

»En koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser vedrører udførelsen af en tjenesteydelse for offentligheden, mens en offentlig tjenesteydelseskontrakt vedrører udførelsen af en tjenesteydelse for en offentlig myndighed. En koncessionsindehaver påtager sig den økonomi-

ske risiko, der er forbundet med at udføre en offentlig tjenesteydelse, til gengæld for muligheden for at opnå en fortjeneste, mens en kontrahent søger at opnå en fortjeneste på et mere begrænset grundlag, nemlig via den pris, der forlanges for at udføre en bestemt tjenesteydelse.

Dette er baggrunden for, at indgåelsen af koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser (ligesom koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejde i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet) ikke er underlagt de detailkrav, som det anses for passende at stille til offentlige tjenesteydelseskontrakter.«

Ved Rådets efterfølgende behandling af forslaget til Tjenesteydelsesdirektivet blev bestemmelserne om koncessionskontrakter imidlertid fjernet. Kommissionens meddelelse til Europa Parlamentet, jf. EØF-Traktatens artikel 141, stk. 2, litra b, om Rådets Fælles Holdning til forslaget til Tjenesteydelsesdirektivet (SEK(92)406), var det anført i meddelelsens pkt. 9:

»Rådet besluttede at undlade at vedtage bestemmelserne om koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser i artikel 1, litra a), punkt vi), 1, litra h), 4 og 16, stk. 3, 17, stk. 1, 17, stk. 2, 18 og bilag V i det ændrede forslag. Det skyldtes forskellene i praksis mellem medlemsstaterne med hensyn til den retlige form, der anvendes ved tildeling af offentlige tjenesteydelseskontrakter. Dette førte til bekymring over, at bestemmelserne ikke skulle få samme virkning i alle medlemsstater og navnlig ikke skulle dække visse former for uddelegerede tjenesteydelseskontrakter, som mere beror på en administrativ beslutning end på koncessionskontrakter. Det var ikke muligt at finde en løsning, der fjernede disse betænkeligheder.«

I Rådets begrundelse for Den Fælles Holdning Begrundelsen var der vedrørende ændringsforslag nr. 15 m.fl., hvorved bestemmelserne om koncessionskontrakter blev fjernet fra direktivforslaget, anført bl.a. følgende:

»Koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, som ifølge Kommissionens forslag bør være underlagt offentliggørelsesregler, er blevet udelukket fra direktivets anvendelsesområde. I konsekvens heraf udgår alle bestemmelser om koncessionskontrakter (artikel 1, litra a), nr. vi), artikel 1, litra h), artikel 4, artikel 16, stk. 3, bilag V samt henvisninger til koncessionskontrakter i andre bestemmelser, herunder især artikel 17, stk. 1 og 2 og artikel 18 i det ændrede forslag.

Rådet har ladet koncessionskontrakter udgå af direktivets anvendelsesområde på grund af de forskelle, der findes mellem medlemsstaterne for så vidt angår delegation af den offentlige tjenesteydelsesforvaltning samt de nærmere bestemmelser for denne delegation.

På denne baggrund vil virkningen af direktivets offentliggørelsesregler variere kraftigt fra land til land og vil kunne give anledning til stor uligevægt i liberaliseringen af koncessionsaftaler.«

I betragtning af forløbet ved Tjenesteydelsesdirektivets vedtagelse, hvor bestemmelserne blev fjernet ved Rådets behandling med den direkte udtrykte hensigt, at indgåelsen af koncessionskontrakter ikke skulle være omfattet Tjenesteydelsesdirektivet, kan koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser ikke antages at være undergivet Tjenesteydelsesdirektivet. Sådanne kontrakter kan derfor indgås uden foretagelsen af udbud efter direktivets regler.

I Kommissionens oprindelige forslag til Tjenesteydelsesdirektivet med bemærkninger, var det anført, at forslagets definition af koncessionskontrakter ikke omfattede tildelinger af rettigheder, der automatisk skal tildeles, hvis en ansøger opfylder visse betingelser, idet definitionen af koncessionskontrakter forudsætter, at den ordregivende myndighed kan anlægge et vist skøn ved tildelingen af den pågældende rettighed.

Disse bemærkninger må antages at skulle forstås på baggrund af det forhold, at tildelingen af en koncession i og med, at den ordregivende myndighed ikke yder et vederlag til koncessionshaveren, men bemyndiger denne til at udøve en bestemt aktivitet rettet mod offentligheden og herved opkræve vederlag for sin ydelser, har en betydelig lighed med tildelingen af en bevilling eller udstedelse af en autorisation, der giver en tjenesteyder mulighed for at udøve en bestemt form for virksomhed overfor offentligheden. Det har derfor særligt i tilknytning til de foreslåede bestemmelser om koncessionskontrakter, som indebar visse – om end begrænsede – pligter for ordregivende myndigheder til bl.a. offentliggørelse, været relevant at understrege, at rettighedstildeling, som sker, hvis ansøgeren opfylder nærmere fastsatte betingelser, samt uden den ordregivende myndigheds skøn over tjenesteyderens kvalifikationer og kvaliteten af tjenesteydelse og udvælgelse derved af visse ansøgere fremfor andre, ikke skulle være omfattet af offentliggørelsesreglerne for koncessionskontrakter.

Der er imidlertid ikke grundlag for at antage, at denne forudsætning i tilknytning til kontraktbegrebet ved tjenesteydelser skulle være begrænset til koncessionskontrakter. Også i forhold til tjenesteydelseskontrakter må kontraktbegrebet antages at forudsætte, at ordregiver udvælger og indgår kontrakt med et begrænset antal tjenesteydere på baggrund af et skøn over de ansøgende tjenesteyderes kvalifikationer og kvaliteten af de tilbudte ydelser.

En rettighedstildeling, herunder i form af kontrakter, der sker således, at alle tjenesteydere, der opfylder nærmere fastsatte betingelser af objektiv ka-

rakter, kan opnå kontrakt med den ordregivende myndighed eller i øvrigt adgang til den pågældende rettighed, kan derimod ikke antages at udgøre en kontrakt, der er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets regler og dermed være undergivet udbudspligt.

Der henvises i den forbindelse tillige til, at hovedformålet med Tjenesteydelsesdirektivet – som med de øvrige udbudsdirektiver – er at sikre en lige og ikke-diskriminerende adgang for tjenesteydere fra EU's medlemsstater til at opnå kontrakt med offentlige myndigheder om levering af tjenesteydelser, således at der undgås monopolisering ved de offentlige anskaffelser af tjenesteydelser og opnås en fri konkurrence inden for EU.

I det omfang retten til at udføre offentlige tjenesteydelser mod retten til at opkræve betaling fra offentligheden tildeles alle interesserede tjenesteydere, der opfylder objektive og bekendtgjorte vilkår, er dette formål med Tjenesteydelsesdirektivets bestemmelser om udbudspligt imidlertid allerede varetaget. En fortolkning af Tjenesteydelsesdirektivet ud fra dets formål fører således også til, at det er velbegrundet at antage, at sådanne rettigheds- og kontraktstildelinger ikke er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet.

Det er kendetegnende for størstedelen af de indsamlingsordninger, som er etableret for erhvervsaffaldet i Københavns Kommune, at alle transportører og modtageanlæg principielt har mulighed for at opnå aftale med Københavns Kommune om at udføre tjenesteydelserne med bortskaffelsen af det affald, der omfattes af indsamlingsordningerne, forudsat at de opfylder de objektive og miljømæssigt begrundede vilkår, som fremgår af erhvervsaffaldsregulativet. Der er således ikke tale om, at et begrænset antal transportører eller modtageanlæg udvælges og tildeles adgang til at udføre affaldsbortskaffelsen mod at modtage vederlag herfor.

Tages det yderligere i betragtning,

- at Københavns Kommune ikke yder – eller efter de indgåede aftaler er forpligtet til at yde – transportørerne eller modtageanlæggene vederlag for affaldsbortskaffelsen,
- at betalingen for affaldsbortskaffelsen opkræves direkte hos affaldsproducenterne, uden at Københavns Kommune har nogen form for indflydelse på prisfastsættelsen,
- at der ikke er tilsikret transportørerne eller modtageanlæggene en bestemt omsætning eller markedsandel, og

at affaldsproducenterne frit kan vælge at benytte en hvilken som helst af de transportører og modtageanlæg, som indgår i indsamlingsordningen for den enkelte affaldsfraktion,

fremtræder det som klart, at de aftaler, hvorved transportører og modtageanlæg optages i indsamlingsordningerne, på fundamentale punkter adskiller sig væsentligt fra en sædvanlig kontrakt om en ordregivende myndigheds anskaffelse af en tjenesteydelse mod betaling af et nærmere fast vederlag herfor.

Det skal herved endvidere fremhæves, at transportørerne og modtageanlægene ikke i henhold til de indgåede aftaler udfører bortskaffelse af Københavns Kommunes affald, men derimod forestår bortskaffelserne af affald fra private virksomheder. Tjenesteydelsen i henhold til de indgåede aftaler leveres således direkte til affaldsproducenterne, der mod betaling får bortskaffet deres affald, og indebærer kun indirekte leveringen af en tjenesteydelse til Københavns Kommune.

I den forbindelse bemærkes det, at Københavns Kommune efter miljøbeskyttelseslovgivningen ikke er forpligtet til at etablere en indsamlingsordning for erhvervsaffald og således som udgangspunkt ej heller har pligt til at sikre dette affalds bortskaffelse (i modsætning til pligten til at sikre, at der for affaldsproducenterne består de fornødne muligheder for en bortskaffelse af forskellige typer af affald).

Indgåelsen af aftaler med transportører og modtageanlæg, hvorved optagelse i indsamlingsordningerne sker, og hvorved de nærmere vilkår for affaldsbortskaffelsens udførelse fastlægges ud fra relevante miljømæssige hensyn, svarer derimod i indhold til den bevillings- eller autorisationsordning, som for eksempelvis den gældende lovbestemte ordning om hyrevognskørsel, hvor en virksomhed opnår ret til at udøve en tjenesteydelse overfor offentligheden på de vilkår, som fastsættes af den bevillingsudstedende myndighed. En sådan rettighedstildeling kan ikke antages at være omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets kontraktsbegreb og dermed heller ikke undergivet direktivets regler.

De ovenfor angivne karakteristika ved de aftaler, hvorved transportører og modtageanlæg optages i indsamlingsordninger (dog undtaget de forhold, at der ikke ved disse aftaler sker udvælgelse af et begrænset antal transportører og anlæg), svarer endvidere til elementerne i den definition af koncessionskontrakter, som var indeholdt i Kommissionens forslag til Tjenesteydelsesdirektivet. Det væsentligste karakteristikum ved en koncessionskontrakt,

er, at koncessionshaveren har den fulde økonomiske risiko ved tjenesteydelsens udførelse, i og med at koncessionshaveren alene opnår ret til at opkræve betaling fra offentligheden. Dette gør sig gældende ved Københavns Kommunes aftaler med transportører og modtageanlæg.

Disse aftaler må således karakteriseres som koncessionskontakter i den forstand, som var forudsat ved det oprindelige forslag til Tjenesteydelsesdirektivet. I betragtning af, at sådanne koncessionskontrakter ud fra det forløbne ved Tjenesteydelsesdirektivets vedtagelse, ikke kan antages at være omfattet af direktivets anvendelsesområde, er der ikke grundlag for at antage, at Københavns Kommunes indgåelse af aftaler med transportører og modtageanlæg med henblik på optagelse i indsamlingsordningerne er undergivet Tjenesteydelsesdirektivet og den deraf følgende pligt til at foretage udbud af tjenesteydelseskontrakter om affaldsbortskaffelse.

Den almindeligt anvendte aftalestruktur ved indsamlingsordningerne i Københavns Kommune er af miljømæssige hensyn anderledes i forhold til enkelte affaldsfraktioner ved, at der ved indsamlingsordningerne for disse fraktioner alene indgås et begrænset antal aftaler med transportører, henholdsvis modtageanlæg. Ved disse affaldsfraktioner består der således ikke en principiel fri adgang for transportører og anlæg, der opfylder nærmere fastsatte objektive vilkår, til at blive optaget i indsamlingsordningerne.

Bortset herfra svarer organisationen af disse »lukkede« indsamlingsordninger imidlertid til opbygningen af de »åbne« indsamlingsordninger for erhvervsaffald. Også ved de »lukkede« indsamlingsordninger bærer transportørerne og modtageanlæggene den økonomiske risiko ved affaldsbortskaffelsens udførelse, idet betalingen herfor ikke ydes af Københavns Kommune, men opkræves af transportørerne og modtageanlæggene direkte hos affaldsproducenterne. Affaldsproducenterne kan frit vælge, hvilken transportør eller hvilket modtageanlæg, der ønskes benyttet, i det omfang der er indgået aftaler med flere transportører eller modtageanlæg som eksempelvis inden for affaldsfraktionen »flydende affald.«

Forskellen til den almindeligt anvendte aftalestruktur ved indsamlingsordningerne i Københavns Kommune indebærer således alene, at aftaleindgåelsen ved de begrænsede indsamlingsordninger ikke kan sidestilles med den rettighedstildeling og således ikke kan antages at ligge uden for Tjenesteydelsesdirektivets anvendelsesområde allerede med den begrundelse, at der ikke sker en udvælgelse af de tjenesteydere, der indgår aftale med.

Herudover har disse aftaler imidlertid de samme karakteristika, som var indeholdt i definitionen af koncessionskontrakter i det oprindelige forslag til Tjenesteydelsesdirektivet, og må derfor anses for at være koncessionskontrakter og dermed ikke omfattet af direktivets regler.

Såfremt Klagenævnet ikke lægger til grund, at anvendelsen af I/S Vestforbrænding og I/S Amagerforbrænding ved bortskaffelsen af andet brændbart affald fra Københavns Kommune er lovlig, allerede fordi dette sker i henhold til en koncession og ikke ud fra en tjenesteydelseskontrakt, må overladelsen af denne affaldsbortskaffelse til de to interessentskaber anses for lovlig i medfør af eneretsreglen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 6.

Det er ved denne bestemmelse fastsat, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, der tildeles en anden ordregivende myndighed på grundlag af en eneret, der er tildelt denne myndighed i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser. Da I/S Vestforbrænding og I/S Amagerforbrænding må anses for offentlige retlige organer, jf. direktivets artikel 1, litra b, og da der er indrømmet disse interessentskaber en eneret på forbrændingen af andet brændbart affald ved erhvervsaffaldsregulativets § 34, stk. 2, må overladelsen af bortskaffelsen af dette affald til disse interessenter anses for lovlig (i hvert fald) i medfør af eneretsreglen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 6.«

Indklagede har endvidere henholdt sig til følgende forslag til afgørelse udarbejdet af generaladvokat Antonio la Pergola den 19. februar 1998 i en ved EF Domstolens verserende sag (sag C-360/96) BFI Holding BV mod Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden. Af generaladvokatens forslag fremgår bl.a. følgende:

»I. Introduktion

De præjudicelle spørgsmål, som er stillet til retten i den foreliggende sag vedrører definitionen af et offentligretligt organ, som anført i Rådets direktiv 92/50 EØF vedrørende harmonisering af procedurerne for indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter (herefter »direktivet«) og især den specifikke betydning af udtrykket »organ ....., hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

.....

III. Den fællesskabsretlige regulering

13. Ottende stykke i direktivets præambel har følgende ordlyd:

»Dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer. Tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet.«

14. Direktivets artikel 1 fastlægger:

- a) at »offentlige tjenesteydelsesaftaler« er gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed.....
- b) at »ordregivende myndigheder« er staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer.....

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ – hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, og, som er en juridisk person, og hvis drift enten for mere end halvdelen vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

.....

15. Direktivets artikel 6 fastsætter, at »dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, som tildeles et organ, som selv er en ordregivende myndighed i den i artikel 1, litra b, fastsatte betydning, på grundlag af en eneret, der er tildelt det i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med Traktaten.«

.....

19. Annex IA, benævnt »tjenesteydelser i den i artikel 8 anførte betydning« indeholder i punkt 16 følgende angivelse: »kloakering og affaldsbortskaffelse; rensning og lignende tjenesteydelser. CFC-referencenr.: 94.«

20. Annex IB, benævnt »tjenesteydelser i den i artikel 9 anførte betydning« indeholder i punkt 27 følgende angivelse »andre tjenesteydelser. CFC-referencenr.: ...«

.....

a) Tjenesteydelsesbegrebet  
21–24

.....

Af det anførte fremgår klart, at tjenesteydelser med indsamling og behandling af affald indgår blandt de ydelser, der er nævnt i direktivets annex IA og derfor i fuldt omfang er omfattet af direktivets bestemmelser.

b) Begrebet tjenesteydelsesaftale

.....

26. Der er grund til i denne sammenhæng at erindre om, at den afgrænsning af direktivets anvendelsesområde, som fremgår af 7. stykke i præamblen, som anført, skyldes omstændighederne i forbindelse med direktivets tilbliven. Den version af direktivet, som oprindeligt var foreslået af Kommissionen<sup>8</sup> [fodnote nr. 8: EF-Tidende C23, 23. januar 1991, side 1.] var bestemt til at omfatte såvel tjenesteydelsesaftaler som tjenesteydelseskoncessioner. Efterføl-

gende besluttede Rådet i løbet af lovgivningsprocessen at fjerne koncessionerne fra direktivets anvendelsesområde, hvorfor direktivet i den vedtagne form kun vedrører tjenesteydelsesaftaler.

Forskellen mellem tjenesteydelsesaftaler og koncessioner i fællesskabsretlig forstand er efter den almindelige opfattelse og i mangel af specifikke fællesskabsretlige definitioner af normativ værdi, baseret på en række forskellige kriterier. Det første kriterium er hvem, der er modtager af tjenesteydelsen, eller hvem denne kommer til gode. Ved tjenesteydelsesaftaler er modtageren af tjenesteydelsen den ordregivende myndighed, mens modtageren af tjenesteydelsen, i tilfælde af koncessioner, er tredjemand, i almindelighed offentligheden, som modtager tjenesteydelsen, og som betaler et bestemt beløb i forbindelse med den modtagne tjenesteydelse. Tjenesteydelseskoncessioner i fællesskabsretlig forstand kræver også, at tjenesten vedrører en almindelig interesse ud fra den betragtning, at præstationen af tjenesteydelsen som udgangspunkt påhviler en offentlig myndighed. Den omstændighed, at det er en tredjemand, koncessionshaveren, som leverer tjenesteydelsen, indebærer da en substitution, hvor koncessionshaveren indtræder i de forpligtelser, som koncessionsgiveren har med hensyn til at sikre leveringen af tjenesten til offentligheden. Et andet karakteristisk element ved koncessioner er den betaling, som helt eller delvist udløses af præstationen af den tjenesteydelse, som koncessionshaveren udfører til fordel for modtagerne. Et andet væsentligt aspekt af tjenesteydelseskoncessioner i fællesskabsretten er forbundet, og vedrører den omstændighed, at koncessionshaveren påtager sig den økonomiske risiko, som er forbundet med præstationen af den tjenesteydelse, som er omfattet af koncessionen.

.....

#### Konklusion

I lyset af de anførte overvejelser foreslår jeg til Domstolen at besvare de forelagte spørgsmål fra Gerechthof Arnhem på følgende måde:

Et retsforhold mellem henholdsvis to kommuner og et af dem oprettet organ, til hvilken kommunerne har overdraget udførelsen af deres opgaver i form af indsamling og behandling af affald inden for deres områder, og hvis vederlag endvidere betales over kommunernes budgetter, hvis midler skal sikre, at organet under alle omstændigheder er i økonomisk balance, er ikke udtryk for en tjenesteydelsesaftale, som forudsat af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.«

I tilslutning til generaladvokatens konklusion har indklagede henvist til, at indklagede ikke har påtaget sig nogen økonomisk risiko i forbindelse med de etablerede ordninger, ej heller for R98's økonomi.

Klagenævnet udtaler:

Foreløbigt bemærkes, at Klagenævnet, ej heller efter de foreliggende forarbejder til lov om Klagenævnet for Udbud, anser denne sag for unddraget Klagenævnets kompetence. Indklagedes påstand om afvisning tages herefter ikke til følge.

Uanset »R98« efter dets tilblivelseshistorie utvivlsomt fik tillagt rettigheder af koncessionslignende karakter, og at disse kun kunne bringes til ophør ved udløb, opsigelse, eller ved ekspropriation, finder Klagenævnet, at det retlige grundlag for selskabets virke i hvert fald fra den 1. januar 1994 er så afgørende ændret, at de ydelser, selskabet præsterer er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet. Allerede som følge heraf burde indklagede have udbudt ydelserne afhentning og bortskaffelse af dagrenovation fra husholdninger og husholdningslignende affald fra erhvervsvirksomheder i EU-udbud.

For så vidt angår transport af erhvervsaffald og modtagelse af samme dog bortset fra I/S Amagerforbrændingen og I/S Vestforbrændingen, finder Klagenævnet, at disse ydelser er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet. Herved bemærkes, at Klagenævnet ikke finder, at der foreligger oplysninger, der kan føre til andet resultat.

Klagenævnet finder herefter, at indklagede ved at undlade udbud på de foran anførte områder har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet.

For så vidt angår spørgsmålet om en eventuel ulovlig støtte i strid med EU-Traktatens artikel 93 finder Klagenævnet sig alene beføjet til at fastslå, at indklagede burde have foretaget den foreskrevne anmeldelse.

Herefter bestemmes:

Det pålægges indklagede, Københavns Kommune at udbyde dagrenovationsordningen for husholdningsaffald samt for husstandslignende affald fra erhvervsvirksomheder i EU-udbud.

Det pålægges indklagede, Københavns Kommune senest ved udløbet af aftalerne vedrørende transport af og modtagelse af erhvervsaffald dog bortset fra I/S Amagerforbrænding og I/S Vestforbrænding, at udbyde disse i EU-udbud.

Det pålægges indklagede, Københavns Kommune at foretage anmeldelse i overensstemmelse med EU-Traktatens artikel 93.

Indklagede, Københavns Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Farum Industrirenovation A/S, betale 100.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig