

Notat om kompetenceoverdragelse

1. Indledning

I/S Vestforbrænding (Vestforbrænding) har bedt os om at vurdere, om gennemførelse af udbud af behandlingen af det forbrændingsegnede affald, som er omfattet af en kommunal indsamlingsordning, er en opgave, der er kompetenceoverdraget til Vestforbrænding i medfør af vedtægten for Vestforbrænding.

Herudover er vi i tillæg hertil blevet bedt om at overveje i) en konkret proces for forelæggelse for interessentkommunerne, ii) om Vestforbrændings affaldsforbrændingsselskab kan byde på udbud gennemført af Vestforbrænding af hensyn til de udbudsretlige habilitetsregler, samt iii) hvilken retsvirkning det vil have, hvis Vestforbrænding gennemfører udbud for kommunerne, og det efterfølgende findes, at opgaven med gennemførelse af udbud ikke kan anses som kompetenceoverdraget til Vestforbrænding.

2. Retsgrundlag

2.1 Vestforbrændings vedtægt

Vestforbrænding er et kommunalt fællesskab, hvis vedtægt er godkendt efter kommunestyrelseslovens § 60.

Tilsynets godkendelse af vedtægten for et kommunalt fællesskab indebærer, at styrelsesorganerne i Vestforbrænding bliver de kompetente og ansvarlige organer for så vidt angår de opgaver, som interessentkommunerne har overladt til Vestforbrænding til selvstændig varetagelse. Den gældende vedtægt for Vestforbrænding er godkendt af tilsynet den 8. marts 2012.

Vestforbrændings formålsbestemmelse (§ 3, stk. 1) har følgende ordlyd:

"Interessentskabet driver alle former for aktiviteter, herunder jordrensningsvirksomhed, inden for affaldsbehandling – alt under hensyntagen til miljøet."

I notatets afsnit 2.2 redegør vi for formålsbestemmelsens tilblivelseshistorie.

Det er af Vestforbrænding oplyst, at det i forbindelse med manglende kapacitet på forbrændingsanlægget i Glostrup, fx som følge af nedbrud eller lignende, har været Vestforbrænding og ikke kommunerne, der har

sørgt for, at der er aftaler med andre forbrændingsanlæg om behandling af affaldsmængder fra Vestforbrænding.

Vedtægten for Vestforbrænding indeholder ikke oplysninger om hjemtagelse af opgaver, som er kompetenceoverdraget til Vestforbrænding. Vedtægten indeholder dog regler i § 18 om udtræden af fællesskabet, idet der dog er tale om regler, der som udgangspunkt vedrører det tilfælde, at en kommune ikke længere ønsker at deltage i Vestforbrænding som interessant.

2.2 Tilblivelsen af § 3 i Vestforbrændings vedtægt

Vedtægtens § 3, stk. 1, fik i al væsentlighed sin nuværende udformning i forbindelse med en vedtægtsændring, som trådte i kraft den 1. januar 1994. Inden denne vedtægtsændring havde Vestforbrændings formålsbestemmelse følgende ordlyd:

"Interessentskabets formål er ved egen foranstaltning at forbrænde dagrenovation fra de tilsluttede kommuner, fra Københavns kommune, dog alene et nærmere angivet område af den vestlige del af Københavns kommune som angivet på vedhæftede kort (jf. bilag 1).

Forbrændingsanlægget modtager endvidere haveaffald, brændbart industriaffald og storskrald samt ristestof fra de tilsluttede kommuner, herunder den ovenfor angivne vestlige del af Københavns kommune. Industriaffald modtages dog kun, såfremt det kan forbrændes uden at skade anlægget."

Ændringen af vedtægtens § 3 gennemførtes som en del af en større revidering af Vestforbrændings vedtægt. Processen blev indledt, da Vestforbrænding ved et brev af 5. maj 1992 fremsendte en anmodning til interessentkommunerne, de daværende tilsynsråd samt Indenrigsministeriet om at godkende de påtænkte ændringer. Bilagt anmodningen var blandt andet Vestforbrændings bemærkninger til forslaget til vedtægtsændringer. Til ændringen af vedtægtens § 3 fremgik følgende:

"Baggrunden for ændringsforslaget er bestyrelsens tidligere drøftelser af, hvilke aktiviteter, der falder ind under Vestforbrændings formålsparagraf. Formålet med ændringen er således at tydeliggøre mulighederne for nye affaldsbehandlingsområder, f.eks. jordrens, og affaldsbehandlingsmetoder, f.eks. biogas samt selskabsdannelse."

Bilag anmodningen var desuden et "Katalog over Vestforbrændings aktiviteter". Bilagets forbindelse til anmodningen er forklaret indledningsvist i bilaget, hvor det fremgår, at:

"[d]ette bilag indgår som forklarende notat i forbindelse med ændringen af formålsparagraffen i Vestforbrændings vedtægter og skal alene forstås som en beskrivelse af de nævnte aktiviteter." Videre fremgår det, at "[f]ormålet med dette "Katalog over Vestforbrændings aktiviteter" er, i forbindelse med ændringen af Vestforbrændings vedtægter, at illustrere de aktiviteter, som Vestforbrænding varetager eller med fordel i fremtiden kan varetage i samarbejde med kommunerne som led i disses opgaver med anvisning og behandling af affald."

I bilaget er det for så vidt angår forbrændingsanlæg beskrevet, at Vestforbrænding modtager deklareret forbrændingseget affald, og at affaldets energiindhold udnyttes til produktion af fjernvarme (sidenhen er der også etableret produktion af el). Desuden fremgår det, at Vestforbrænding er et interessentskab, og at Vestforbrænding havde indgået kontrakt med andre kommuner om behandling af affald.

Indenrigsministeriet besvarede Vestforbrændings anmodning den 8. maj 1992, hvor ministeriet oplyste, at ministeriet først ville tage stilling til anmodningen, når der forelå godkendelser fra samtlige interessentkommuner.

Efter at have indhentet interessentkommunernes godkendelser genfremsendte Vestforbrænding ved brev af 26. juli 1993 anmodning om godkendelse til ministeriet. I forbindelse med interessentkommunernes godkendelser blev vedtægtsforslaget revideret. Vedtægtens § 3 forblev dog uændret sammenlignet med den oprindelige anmodning af 5. maj 1992. Bilagt brevet af 26. juli 1993 var Vestforbrændings bemærkninger til det reviderede forslag samt et sammenligningsskema mellem de gældende og foreslåede vedtægter. Det fremgår, at Vestforbrændings brev alene havde to bilag, og at det oprindelige bilag "Katalog over Vestforbrændings aktiviteter" derfor ikke blev genfremsendt i forbindelse med fremsendelsen af anmodningen af 26. juli 1993.

Indenrigsministeriet godkendte den 21. oktober 1993 endeligt vedtægtsændringerne på betingelse af en række vilkår. Disse vilkår vedrørte ikke vedtægtens § 3. Det fremgår af afgørelsen, at ministeriet anvendte samme sagsnummer som i forbindelse med den oprindelige anmodning af 5. maj 1992.

Bilaget "Katalog over Vestforbrændings aktiviteter" indeholder efter sin beskrivelse en opregning af de opgaver, som efter Vestforbrændings egen opfattelse er kompetenceoverdraget til fællesskabet efter vedtægtens § 3, stk. 1, og bilaget er fremsendt til Indenrigsministeriet og tilsynsrådene i forbindelse med den oprindelige anmodning om godkendelse af vedtægtsændringerne den 5. maj 1992. I ministeriets senere tilladelse af 21. oktober 1993 er bilaget ikke omtalt særskilt, idet ministeriet til vedtægtens § 3 alene bemærkede, at det er forudsat, at Vestforbrænding alene driver aktiviteter, som kommuner har hjemmel til i lovgivningen.

2.3 Kommunestyrelseslovens § 60

2.3.1 Tilsynets godkendelse

Vestforbrænding er et kommunalt fællesskab godkendt af det kommunale tilsyn efter § 60, stk. 1, i kommunestyrelsesloven. Kommunestyrelseslovens § 60, stk. 1, har følgende ordlyd:

"§ 60 Aftaler om samarbejde mellem kommuner, som vil medføre indskrænkning i de enkelte deltagende kommunalbestyrelses beføjelser efter denne lov, kræver, medmindre andet særligt er hjemlet i lovgivningen, godkendelse fra Ankestyrelsen, jf. dog § 60 a."

Kommunestyrelseslovens § 60, stk. 1, omfatter efter sin ordlyd aftaler, som "vil medføre indskrænkning i de enkelte deltagende kommunalbestyrelses beføjelser". Det bekræftes af de specielle bemærkninger til bestemmelsen:

"Til stk. 1. [...] Kravet om tilsynsmyndighedens godkendelse gælder alene aftaler, der for en eller flere af deltagernes vedkommende vil medføre indskrænkning i de beføjelser, som efter styrelsesloven eller dens forudsætninger tilkommer kommunalbestyrelsen som besluttende og udøvende myndighed i kommunens anliggender. En udtømmende angivelse af hvilke aftalebestemmelser, der medfører en sådan indskrænkning, er næppe mulig, og nogen nærmere afgrænsning er derfor ikke foretaget i lovteksten. I praksis vil afgørelsen imidlertid næppe volde særlige vanskeligheder."

I Indenrigsministeriets notat om retlige rammer for fælles løsninger for kommunalt samarbejde (dateret 11. april 2014) fremgår følgende om, hvad det indebærer, når en kommune indgår i et samarbejde efter kommunestyrelseslovens § 60:

"Et samarbejde efter § 60 indebærer, at de deltagende kommuner afgiver beføjelser, som ellers efter lovgivningen tilkommer dem, til samarbejdet. Det indebærer en fravigelse af kommunernes saglige og stedlige kompetence og fra princippet om, at kommunalbestyrelsen er den øverste ansvarlige myndighed for alle kommunale opgaver. Hvis samarbejdet efter § 60 sker med et selvstændigt styrende organ, betegnes samarbejdet "et kommunalt fællesskab". Disse betragtes som en art "specialkommuner", dvs. selvstændige kommunale myndigheder, hvis kompetence er begrænset til at omfatte de opgaver, som er overdraget til fællesskabet. [...]."

De opgaver, der er omfattet af samarbejdet, overføres fra kommunen til det kommunale samarbejde. Herefter er kommunen ikke længere ansvarlig for opgaven. Dette er anderledes, end når en kommune for eksempel indgår kontrakt med et aktieselskab eller en privat om opgaveudførelse. I sådanne tilfælde forbliver ansvaret for opgaven hos kommunen. [...]."

Det skal klart fremgå af aftalen om etableringen af samarbejdet, hvilke opgaver der er overført til samarbejdet, således at der ikke er tvivl om, hvilke beføjelser der tilkommer samarbejdet, og hvilke beslutninger der fortsat skal træffes i den enkelte kommune. Hvis der skal ske ændringer af aftalen om afgivelse af beføjelser til samarbejdet kræver dette tilsynsmyndighedens godkendelse ..."

Af Social- og Indenrigsministeriets vejledning om kommunale fællesskaber fra april 2016 fremgår desuden følgende:

"Overførelse af en opgave til et kommunalt fællesskab efter den kommunale styrelseslovs § 60 sker således til selvstændig varetagelse i fællesskabet og ikke efter delegation. Et kommunalt fællesskab har dermed selvstændig kompetence til at varetage den eller de opgaver, der med vedtægterne er overført til fællesskabet. Det er således styrelsesorganet for det kommunale fællesskab, der er den kompetente og ansvarlige myndighed for fællesskabets varetagelse af opgaverne. [...] Efter omstændighederne vil det også kunne være af betydning ved vurderingen af, om en aftale er omfattet af § 60, om aftalen forpligter deltagerkommunerne til at undlade at træffe visse beslutninger. Det kan f.eks. være tilfældet, hvis aftalen indebærer eller forudsætter, at

deltagerkommunerne ikke selv kan varetage opgaver af den type, som er overdraget til det kommunale fællesskab."

Det fremgår således af Indenrigsministeriets praksis, at kompetenceoverdragelse af en opgave indebærer, at det er styrelsesorganet i det kommunale fællesskab, der bliver den stedligt og sagligt kompetente myndighed for så vidt angår de opgaver, som efter de tilsynsgodkendte vedtægter er overdraget til fællesskabet. Et kommunalt fællesskab varetager således opgaverne selvstændigt og ikke efter delegation, som det er tilfældet for fx aktieselskaber, til hvilke der ikke kan ske kompetenceoverdragelse.

2.3.2 Praksis

Da der ved godkendelse af et § 60-selskab sker en overdragelse af kompetence, som en undtagelse til kommunestyrelseslovens § 2, gælder der efter Indenrigsministeriets praksis et krav om klarhed for så vidt angår, hvad der kan anses som kompetenceoverdraget.

Indenrigs- og Sundhedsministeriets har for eksempel i et brev af 3. januar 2002 til et kommunalt fællesskab udtalt sig om dette. Et kommunalt fællesskab havde anmodet ministeriet om godkendelse af en bestemmelse i fællesskabets vedtægter, hvorefter hver deltagende kommune kunne beslutte at overlade til det pågældende kommunale fællesskab alle eller dele af de beføjelser, der efter den i vedtægtsbestemmelsen beskrevne lovgivning var overladt til kommunalbestyrelsen. Ministeriet anførte i den forbindelse at:

"[...] det efter ministeriets opfattelse klart skal fremgå af vedtægterne for et kommunalt fællesskab, hvilken kompetence de deltagende kommunalbestyrelser har overført til fællesskabet. Dette indebærer, at ændringer i et kommunalt fællesskabs kompetence, herunder ved deltagernes løbende overførsel af kompetence til det kommunale fællesskab, tilsvarende kræver en ændring af vedtægterne. En sådan ændring vil efter ministeriets opfattelse skulle vedtages af kommunalbestyrelserne i de deltagende kommuner og vil skulle godkendes af tilsynsmyndigheden [...] Det er Indenrigs- og Sundhedsministeriets opfattelse, at bestemmelsen i § 3, stk. 4, i vedtægterne for Miljølaboratoriet Storkøbenhavn I/S ikke i sig selv medfører overførsel af kompetence til myndighedsudøvelse til Miljølaboratoriet Storkøbenhavn I/S, idet det ikke udtrykkeligt fremgår af bestemmelsen, om og i hvilket omfang de deltagende kommuner har overført en sådan kompetence."

Det er ikke i ordlyden eller forarbejderne til kommunestyrelseslovens § 60 nogen begrænsninger i, hvilke opgaver der kan overdrages til et organ omfattet af kommunestyrelseslovens § 60, stk. 1. Udgangspunktet er dermed, at der ingen begrænsninger er i, hvilke opgaver kommuner kan overlade til § 60-samarbejder.

Indenrigsministeriet har i praksis, bl.a. i brev af 17. maj 2006 fra Indenrigs- og Sundhedsministeriet til et kommunalt fællesskab på affaldsområdet udtalt, at det er ministeries opfattelse, at det må antages at følge af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger, at det kræver særlige holdepunkter i lovgivningen at overføre kommunalbestyrelsens kompetence til udøvelse af myndighedsopgaver til et kommunalt fællesskab. Ifølge ministeriet er baggrunden for dette, at det for så vidt myndighedsopgaver normalt vil være forudsat i lovgivningen, at beføjelserne skal udøves af kommunalbestyrelsen. En fravigelse af den i lovgivningen fastlagte fordeling af ansvaret for udøvelsen af myndighedskompetence kræver dermed efter ministeriets opfattelse særlige holdepunkter i lovgivningen.

2.4 Lov nr. 745

Ved lov nr. 745 af 13. juni 2023 er der indført regler i miljøbeskyttelsesloven, elforsyningsloven og varmforsyningsloven, der implementerer den politiske aftale fra 2020 om indførelse af krav om selskabsgørelse og liberalisering i affaldsforbrændingssektoren.

For så vidt angår liberaliseringen er dette blandt andet reguleret i en ny § 45e i miljøbeskyttelsesloven, som har følgende ordlyd:

"Kommunalbestyrelsen skal udbyde opgaver med og indgå kontrakt om behandling af forbrændingseget affald, der ikke er farligt affald, og som er omfattet af en kommunal indsamlingsordning, efter udbudsloven og regler udstedt i medfør heraf, jf. dog 2. pkt. og stk. 2-4. Regler om ordregiverinterne aftaler og kontrakter mellem ordregivere og om kontrakter mellem ordregivende myndigheder i udbudsloven og i regler udstedt medfør heraf finder ikke anvendelse."

Det fremgår af ordlyden af bestemmelsen, at det er kommunalbestyrelsens opgave at udbyde opgaver med og indgå kontrakt om behandling af forbrændingseget affald, der ikke er farligt affald, og som er omfattet af en kommunal indsamlingsordning. Det fremgår ikke af bestemmelsens ordlyd, om dette også er tilfældet, såfremt kompetence til at foretage affaldsforbrænding er overdraget til et § 60-selskab.

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen fremgår følgende blandt andet:

"Kommunalbestyrelser har organiseret indsamling og øvrig håndtering af affald på forskellig vis. Kommuner, der eksempelvis har organiseret affaldshåndtering i kommunale fællesskaber, kan lade disse varetage udbuddet på vegne af kommunalbestyrelsen, herunder afholde fælles samlet udbud for ejerkommunerne. Kommuner kan ligeledes afholde fælles samlet udbud over opgaven med at behandle kommunernes forbrændingseggede affald. [...]

Dette vil indebære, at kommunalbestyrelsen ikke vil kunne vælge selv at behandle det forbrændingseggede husholdningsaffald inden for den kommunale driftsorganisation gennem klassiske in house-kontrakter. En kommune vil således efter det foreslåede ikke længere kunne forbrænde det forbrændingseggede affald, som kommunen har indsamlet – eventuelt via et privat selskab – på et affaldsforbrændingsanlæg, som kommunen ejer eller er medejer af, uden der forud har været afholdt et udbud.

Det indebærer endvidere, at kommunalbestyrelsen heller ikke vil kunne vælge at overlade opgaven til et kommunalt fællesskab eller kommunalt ejet selskab efter de udvidede in house-regler."

Det følger således af forarbejderne til bestemmelsen, at kommuner, der har organiseret affaldshåndtering i kommunale fællesskaber, "kan lade" disse varetage udbuddet på vegne af kommunalbestyrelsen. Der tages dog ikke udtrykkelig stilling til, om kompetencen til at gennemføre udbud anses for overdraget til kommunale fællesskaber, der hidtil har varetaget affaldsforbrænding. Dette må også ses i lyset af, at hvad der skal anses som kompetenceoverdraget til det enkelte kommunale fællesskab i sidste ende vil afhænge af de tilsynsgodkendte vedtægter for det enkelte kommunale fællesskab.

3. Vurdering og tillægsspørgsmål

3.1 Vurdering

Efter praksis fra det kommunale tilsyn kan et kommunalt fællesskab som Vestforbrænding som udgangspunkt kun varetage sådanne opgaver for de deltagende kommuner, som kommunerne har kompetenceoverdraget til fællesskabet. Et kommunalt fællesskab kan således ikke varetage opgaver efter delegation for de deltagende kommuner. Når en opgave efter de tilsynsgodkendte vedtægter er kompetenceoverdraget til et kommunalt fællesskab, er det også det kommunale fællesskabs styrelsesorganer, der i stedet for kommunalbestyrelserne bliver den stedligt og sagligt kompetente myndighed for så vidt angår de opgaver, der er kompetenceoverdraget til fællesskabet.

Det følger af § 3, stk. 1, i Vestforbrændings vedtægt, at Vestforbrænding driver alle former for aktiviteter inden for affaldsbehandling. Uanset at denne formulering kan forekomme meget bred set i forhold til tilsynspraksis om krav til klarhed af beskrivelsen af de kompetenceoverdragne opgaver, kan der ikke herske tvivl om, at kommunerne inden for Vestforbrændings oplandsgrænser har kompetenceoverdraget opgaven med forbrænding af affald til Vestforbrænding siden Vestforbrændings stiftelse i slutningen af 1960'erne.

Kompetenceoverdragelsen af forbrændingsopgaven har også været forelagt tilsynsmyndighederne, herunder Indenrigsministeriet, af forskellige omgange, herunder i starten af 1990'erne, hvor bestemmelsen fik sin nuværende ordlyd, hvor tilsynet ikke havde bemærkninger til bestemmelsens formulering, og hvor det også har været klart for tilsynet, at forbrænding er kompetenceoverdraget til Vestforbrænding.

Den kompetenceoverdragne opgave må også forstås på den måde, at Vestforbrænding inden for oplandsgrænserne er kompetenceoverdraget ansvaret for sikring af, at det forbrændingsegnete affald forbrændes. Det har således også efter det af Vestforbrænding oplyste været Vestforbrænding og ikke kommunerne, som i forbindelse med manglende kapacitet på anlægget i Glostrup, har sikret behandlingen af de forbrændingsegnete affaldsmængder gennem indgåelse af aftale med andre affaldsforbrændingsanlæg. Det er vores vurdering, at kravet om udbud i miljøbeskyttelseslovens § 45e ikke ændrer på denne forpligtelse for Vestforbrænding. Opstår der således også fremadrettet kapacitetsmæssige nødsituationer - på trods af gennemførte udbud - ville Vestforbrænding fortsat have kompetencen til og ansvaret for at sikre kapacitet i sådanne situationer.

Det er således vores vurdering, at gennemførelse af udbud af behandlingen af det forbrændingsegnete affald, som er omfattet af en kommunal indsamlingsordning, må anses som drift af en aktivitet inden for affaldsbehandling, som i nær tilknytning til forbrændingsopgaven må anses som kompetenceoverdraget til Vestforbrænding. Der er dog tale om en specifik opgave, som der nok ikke har været tænkt på ved affattelsen af formålsbestemmelsen i 1994, hvorfor en hjemtagelse af opgaven må være mulig. En sådan hjemtagelse af opgaven vil i hvert fald kræve en beslutning i Vestforbrændings bestyrelse, en beslutning i den relevante kommunalbestyrelse samt Ankestyrelsens godkendelse.

Samlet er det således vores vurdering, at Vestforbrænding vil kunne varetage opgaven vedrørende udbud, uden at dette kræver en vedtægtsændring, idet opgaven må anses som omfattet af den

kompetenceoverdragelse af forbrændingsopgaven, som kommunerne har foretaget inden for Vestforbrændings oplandsgrænser.

3.2 Tillægsspørgsmål

Forelæggelse for interessentkommunerne

Det kan være en god fremgangsmåde, hvis interessentkommunernes kommunalbestyrelser forelægges spørgsmålet om kompetenceoverdragelse af opgaven med gennemførelse af udbud skal anses som kompetenceoverdraget til Vestforbrænding. En sådan forelæggelse vil dog, jf. vores vurdering i afsnit 3.1, alene have karakter af en bekræftelse af, at opgaven ligger hos Vestforbrænding.

En forelæggelse for Ankestyrelsen af spørgsmålet om, hvorvidt opgaven med udbud kan anses som kompetenceoverdraget til Vestforbrænding er en mulighed, men der må forventes en som udgangspunkt lang sagsbehandlingstid, og det kan være usikkert, i hvilket omfang styrelsen reelt tager stilling til spørgsmålet.

Måtte en kommunalbestyrelse i forbindelse med en forelæggelse finde, at opgaven ikke skal varetages af Vestforbrænding, vil der være tale om en hjemtagelse af opgaven, hvilket i hvert fald vil kræve en beslutning i Vestforbrændings bestyrelse, i den pågældende kommunalbestyrelse samt Ankestyrelsens godkendelse.

Udbudsretlig habilitet

Det kan bekræftes, i) at Vestforbrænding kan stå for kommunernes udbud af behandlingen af det forbrændingsegnete affald på vegne af kommunerne, og ii) at et affaldsforbrændingsselskab ejet af Vestforbrænding kan afgive tilbud på opgaven ved dette udbud. Der er tale om forskellige juridiske enheder, og det er netop i forarbejderne til miljøbeskyttelseslovens § 45 e (bestemmelsen, der indeholder kommunernes forpligtelse til at udbyde behandlingen af det forbrændingsegnete affald) beskrevet, at denne løsning er mulig. Vestforbrændings affaldsforbrændingsselskabs tilbud på opgaven vil være et egentligt tilbud, som skal overholde de betingelser for tilbudsafgivelsen, som er fastsat for udbuddet. Der vil således være tale om et "sædvanligt" eksternt tilbud, ikke et kontrolbud.

For at undgå, at der opstår udbudsretlig inhabilitet - der i givet fald ville medføre en forpligtelse for Vestforbrænding til at udelukke Vestforbrændings affaldsforbrændingsselskab fra udbuddet - er det dog en afgørende forudsætning, at der i alle relevante henseender sikres en betydelig og tilstrækkelig adskillelse mellem Vestforbrænding som ordregiver og Vestforbrændings affaldsforbrændingsselskab som tilbudsgiver. Denne adskillelse skal etableres tidligt i forløbet, som udgangspunkt inden forberedelsen af udbuddet igangsættes.

Herudover gælder det naturligvis, at Vestforbrænding ikke må "skræddersy" udbuddet, så Vestforbrændings affaldsforbrændingsselskab gives en uretmæssig konkurrencemæssig fordel i forhold til at blive tildelt den fremadrettede kontrakt. Det følger af udbudslovens § 2, stk. 2, samt § 40, stk. 4, at Vestforbrænding ikke kunstigt må begrænse konkurrencen eller skabe ubegrundede hindringer for, at udbuddet åbnes for konkurrence. Konkret i forhold til udbuddet af behandlingen af det forbrændingsegnete affald skal

Forsyningstilsynet desuden udarbejde understøttende materiale og konkurrencefremmende tiltag, som endnu ikke kendes, men som kan få betydning for sikringen af adskillelse.

Retsvirkninger af manglende kompetenceoverdragelse

Hvis det måtte komme til en udbudsretlig klagesag (en klage indbragt for Klagenævnet for Udbud) over manglende kompetenceoverdragelse, er det mest sandsynlige udfald formentlig, at Klagenævnet for Udbud vil give medhold i en afvisningspåstand ud fra, at der ikke heri foreligger en udbudsretlig overtrædelse. Kommer det til en realitetsbehandling, vil Klagenævnet for Udbud forventeligt ikke gå dybt ned i en forvaltningsretlig og vedtægtsmæssig prøvelse, men vil som udgangspunkt lægge Vestforbrændings opfattelse til grund, medmindre klageren godtgør, at denne er åbenbart forkert. Selv i dette tilfælde må klagenævnet alligevel forventes at nå frem til, at forholdet var uden udbudsretlig betydning, eventuelt ud fra, at kommunerne konkret havde bemyndiget Vestforbrænding til at gennemføre udbuddet. Vi ser på den baggrund ikke, at en eventuel manglende forvaltningsretlig kompetenceoverdragelse alene kan give anledning til erstatning eller anden sanktion på et udbudsretligt grundlag.

Forvaltningsretligt vil spørgsmålet om manglende kompetenceoverdragelse give anledning til overvejelser om konsekvenserne af, at der formelt set kunne siges at være en "forkert" ordregivende myndighed i forbindelse med det konkrete udbud.

Er der i forbindelse med udbuddet enighed blandt de deltagende kommuner om, at Vestforbrænding skal varetage udbuddet, og fremgår dette klart i forbindelse med udbuddet og indgåelse af kontrakt på baggrund af udbuddet, vil en eventuel mangel forbundet med det formelle spørgsmål om kompetenceoverdragelse efter vores vurdering ikke føre til forvaltningsretlig ugyldighed af udbuddet eller af kontrakten. Vi har dog ikke kendskab til offentliggjort praksis om den forvaltningsretlige retsvirkning i en situation af, hvor der på grund af en mangel ved kompetenceoverdragelsen formelt måtte være en "forkert" ordregiver i et udbud.

Om der i tilfælde af manglende kompetenceoverdragelse vil kunne rejses erstatningskrav vil afhænge af, om betingelserne herfor er opfyldt, herunder at der er lidt et økonomisk tab, der kan henregnes til en ansvarspådragende adfærd hos Vestforbrænding. Det er vanskeligt at se, at betingelserne for erstatning skulle kunne være opfyldt, når den manglende kompetenceoverdragelse ikke fører til ugyldighed.
