

(Varmeforsyning)

Frederiksborggade 15
1360 København K

Besøgsadresse:
Linnésgade 18, 3. sal
1361 København K

Tlf 3395 5785
Fax 3395 5799

www.ekn.dk
ekn@ekn.dk

**KLAGE FRA
OVER
OM**

NGF Nature Energy Distribution A/S
Nyborg Kommunes afgørelse af 28. februar 2014
godkendelse af projektforslag om udvidelse Nyborg Forsyning og Service A/S' forsyningsområde i Ullerslev

4. december 2014
J.nr. 1021-14-18-45
TML-EKN

**NÆVNETS
SAMMEN-
SÆTNING
I SAGEN**

Nævnensformand, dommer Poul K. Egan
Professor, cand.jur. & ph.d. Birgitte Egelund Olsen
Professor, cand.jur. & ph.d. Michael Gøtze
Professor, cand.jur. & ph.d. Bent Ole Gram Mortensen
Direktør Per Søndergaard

**NÆVNETS
AFGØRELSE**

Nyborg Kommunes afgørelse af 28. februar 2014 ophæves,
og sagen hjemvises til kommunen til fornyet behandling.

NGF Nature Energy Distribution A/S (tidligere Naturgas Fyn Distribution A/S) ved advokat Nicolaj Kleist, Bruun & Hjejle Advokatfirma, (herefter klager) har den 31. marts 2014 klaget over Nyborg Kommunes afgørelse af 28. februar 2014 til Energiklagenævnet. Ved afgørelsen godkendte Nyborg Kommune Nyborg Forsyning & Service A/S' (herefter Nyborg Forsyning) projektforslag om udvidelse af forsyningsområdet i Ullerslev. Nyborg Kommune er under sagens behandling ved Energiklagenævnet repræsenteret ved advokat Asger Janfelt, Advokatfirmaet Energi & Miljø.

Sagens baggrund

Nyborg Forsyning har udarbejdet et projektforslag for fjernvarmeforsyning af et boligområde ved Bondemosen samt Fasanvej og Solholm i Ullerslev. Projektforslaget indebærer, at områdeafgrænsningen mellem naturgas og fjern-

varme ændres, jf. projektbekendtgørelsens¹ § 7, stk. 2. Klager er naturgasdistributør i området.

Projektforslaget er senest revideret i december 2013 og omfatter 363 forbrugere fordelt på 351 parceller og 12 erhvervsejendomme, hvoraf 305 i dag forsynes med naturgas, 35 med elvarme, 7 med oliefyr og 4 med biobrændsel. De 12 erhvervsejendomme er fordelt med 8 naturgasforsynede, 2 olieopvarmede og 2 el-opvarmede ejendomme. Projektforslaget er baseret på, at områderne kan forsynes af Nyborg Forsynings eksisterende varmeproduktionsanlæg. Projektforslagets beregninger er baseret på 100 % tilslutning over 10 år. Projektet vil blive iværksat ved tilsagn om tilslutning fra 40 % af de potentielle forbrugere.

4. december 2014
J.nr 1021-14-18-45
TML –EKN

Projektforslagets samfundsøkonomiske beregninger og vurderinger er udført på baggrund af Energistyrelsens: "Vejledning i samfundsøkonomiske analyser på energiområdet, april 2005", revideret juli 2007², og der er anvendt Energistyrelsens samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger fra september 2011 samt reviderede beregningsforudsætninger fra september 2012. Der er anvendt en kalkulationsrente på 4 %.

Side 2 af 13

Projektforslaget udviser herefter et samfundsøkonomisk overskud på 103.339 kr. i nutidsværdi over 20 år. Projektforslaget indebærer ikke, at der pålægges tilslutningspligt til fjernvarme.

Nyborg Forsyning har i januar 2014 justeret projektforslagets samfundsøkonomiske beregninger for så vidt angår varmebehovet og prisen for udskiftning af naturgaskedler. Projektforslagets udviser herefter et samfundsøkonomisk overskud på 2.453.528 kr.

Klagers synspunkter og bemærkninger

Det er klagers opfattelse, at projektet bl.a. ikke opfylder projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, og derfor ikke kan godkendes. Nyborg Kommunes afgørelse af 28. februar 2014 bør på den baggrund ophæves, alternativt ophæves og hjemvises til Nyborg Kommune til fornyet behandling. Til støtte herfor har klager navnlig anført følgende:

¹ Dagældende bekendtgørelse nr. 795 af 12. juli 2012 om godkendelse af projekter for kollektive varmeforsyningsanlæg, nugældende bekendtgørelse nr. 566 af 2. juni 2014.

² Energistyrelsens forskellige versioner af notater om forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet er offentliggjort på styrelsens hjemmeside: www.ens.dk.

Nyborg Kommunes sagsbehandling:

- Kravene til Nyborg Kommunes sagsbehandling og Energiklagenævnets prøvelse er skærpede. Nyborg Forsyning er 100 % ejet af Nyborg Kommune. I forbindelse med sagens behandling i Teknik- og Miljøudvalget, Økonomiudvalget samt den endelige godkendelse deltog flere personer, der samtidigt sidder i bestyrelsen for Nyborg Forsyning. Der foreligger således et åbenlyst interessesammenfald, og bestyrelsesmedlemmerne burde ikke have deltaget i kommunens behandling af sagen. Selvom der ikke måtte foreligge myndighedsinhabilitet medfører kommunens godkendelse af sit helejede selskabs projektforslag og personsammenfaldet mellem det godkendende udvalg og selskabets bestyrelse, at kravene til kommunens sagsbehandling og Energiklagenævnets prøvelse skærpes.
- Klager burde have været partshørt forinden kommunen traf afgørelse i sagen. Klager er ikke i forbindelse med kommunens behandling af sagen blevet partshørt over Nyborg Forsynings bemærkninger af 18. oktober 2013, det endelige projektforslag af 19. december 2013 samt Nyborg Forsynings korrektion af beregningerne af samfundsøkonomien af 21. januar 2014. I det pågældende materiale er der oplysninger af væsentlig betydning for klager, og kommunen burde derfor have partshørt klager. Partshøring har karakter af en garantiforskrift, og retsvirkningen af manglende partshøring er, at afgørelsen som udgangspunkt er ugyldig. Den manglende partshøring er en væsentlig sagsbehandlingsfejl, som bør medføre, at kommunens afgørelse ophæves.
- Kommunen er underlagt officialprincippet. Det forhold, at afgivelse af urigtige oplysninger til kommunen kan straffes med bøde fritager ikke kommunen fra at foretage en egentlig vurdering af de modtagne oplysninger, herunder vurdering af oplysningernes rigtighed samt konkrete væsentlighed for sagen. Kommunens oplysningspligt i forbindelse med behandlingen af sagen er en garantiforskrift og er af væsentlig betydning for afgørelsens lovlighed og rigtighed. Tilsidesættelse af oplysningspligten er en væsentlig sagsbehandlingsfejl, der bør føre til ophævelse, da kommunen ikke på et mangelfuldt grundlag kan træffe en materiet rigtig afgørelse.

Projektforslaget:

- Det giver ikke et retvisende billede af varmebehovet, når det baseres på Varme Ståbis nøgletal. Nyborg Forsynings notat af 21. januar 2014 ændrer varmebehovet fra 5.587 MWh/år til 7.748 MWh/år. Det med-

4. december 2014
J.nr 1021-14-18-45
TML –EKN

Side 3 af 13

fører, at den samfundsøkonomiske fordel stiger fra 103.339 kr. til 2.43.528 kr. Varmebehovet er beregnet på baggrund af enhedstal fra Varme Ståbis nøgletal. Varme Ståbi er en håndbog for ingeniører og teknikere og har ikke nogen officiel status i forhold til beregning af varmebehovet i et projektforslag. Enhedstallene i Varme Ståbi er fra 1995 og vedrører ældre bygninger samt andre bygningstyper. Enhedstallet er desuden baseret på det gennemsnitlige forbrug i forskellige bygningstyper, herunder bygninger til beboelse, skoler, erhverv mv. I projektområdet er der imidlertid primært tale om parcel- og rækkehuse. Varme Ståbis enhedstal er således baseret på data, der er ca. 20 år gamle, som ikke er korrigerede og må anses som forældede. Energistyrelsens vejledning henviser desuden til et andet grundlag, som har stor betydning for projektforslagets resultat, hvis disse anvendes. Uanset dette bør det dog være det faktiske varmeforbrug i området, som anvendes, ligesom det var tilfældet i projektforslaget indtil den seneste revision. Varme Ståbis enhedstal ses alene anvendt for at forbedre projektforslagets samfundsøkonomi. Det er endvidere ikke korrekt, at der i tidligere sager er anvendt tal fra Varme Ståbi.

4. december 2014
J.nr 1021-14-18-45
TML –EKN

Side 4 af 13

- Naturgasforbruget er sat for højt i referencen. Naturgasforbruget bør ikke skønnes, når klager har fremlagt oplysninger om det faktiske forbrug baseret på oplysninger fra de seneste fem afregningsår. Det skønnede naturgasforbrug er sat ca. 24 % højere end det faktiske forbrug, hvilket er en fejl. Det er endvidere ikke dokumenteret, at grunden til, at det faktiske naturgasforbrug er lavere end standardtallene for fjernvarme skyldes, at der f.eks. suppleres med andre varmekilder.
- Projektforslagets opgørelse af emissioner er ikke korrekt. Det er hverken korrekt eller rimeligt og i øvrigt i strid med Energistyrelsens tal vedrørende forbrænding af affald, når emissioner fra overskudsvarmen i projektforslaget sættes til 0.
- Omkostning til udskiftning af naturgaskedler er sat for højt. I referencen regnes med en gennemsnitlig omkostning på 32.500 kr. Nyborg Forsyning har taget udgangspunkt i Energistyrelsens Teknologikatalog for oktober 2013, hvor prisen er opgjort til 30.000 kr. men har tillagt 2.500 kr. Der er ikke fremlagt dokumentation for, at dette beløb skulle afspejle lokale forhold. Omkostningen på 30.000 kr. i Teknologikataloget er for en komplet installation. Nyborg Forsyning henviser til, at de 2.500 kr. udgør udgiften til nedtagning af den gamle kedel, men har ikke i tidligere beregninger medtaget denne omkostning. Hvis omkostningen skal medtages, skal den tilsvarende indgå i beregningerne for selve projektforslaget, som også indebærer, at eksisterende naturgaskedler nedtages. Klager har undersøgt den faktiske omkostning til ke-

deludskiftning på baggrund af de sidste 225 fakturaer for udskiftning af kedler på Fyn. Den samlede, gennemsnitlige omkostning med arbejds løn, materialer og nedtagning af gammel kedel er på 26.200 kr. Et standardtilbud er på 23.196 kr. med nedtagning af gammel kedel. Det er således dokumenteret, at de konkrete forhold taler for anvendelse af en væsentlig lavere pris. Kommunen har ved vurderingen af sagen set helt bort fra disse oplysninger.

- Omkostninger til drift og vedligeholdelse af fjernvarmeinstallationer er sat for lavt. Der indgår ikke omkostninger til drift og vedligeholdelse af fjernvarmeinstallationer i projektforslaget, hvilket ikke er realistisk. I Energistyrelsens Teknologikatalog er gennemsnitsomkostningen opgjort til 1.117 kr./år. Det kan ikke sagligt lægges til grund ved kommunens vurdering af sagen, at ingen forbrugere vil følge anbefalingerne om eftersyn af fjernvarmeinstallationen.
- Tilslutningsgraden på 100 % over 10 år i projektforslaget er ikke realistisk. En væsentlig del af naturgaskunderne har fået nye kedler i de seneste år, og det er derfor ikke realistisk at disse vil skifte til fjernvarme, før naturgasfyret skal udskiftes. De forbrugere, som har varmepumper, kan endvidere ikke forventes at tilslutte sig fjernvarme.

4. december 2014

J.nr 1021-14-18-45

TML –EKN

Side 5 af 13

Nyborg Forsynings synspunkter og bemærkninger

Det er Nyborg Forsynings opfattelse, at projektforslaget opfylder projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, og at Nyborg Kommunes afgørelse af 28. februar 2014 derfor bør stadfæstes. Til støtte herfor har Nyborg Forsyning navnlig anført følgende:

- Projektforslaget af 17. januar 2013 var baseret på nøgletal fra Varme Ståbi. Arealopgørelsen og nøgletal til energibehovet var ikke oplyst direkte i projektforslaget, men kan beregnes på basis af oplysninger i projektet. Det blev efter indsigelse fra klager revideret og beregnet på basis af det af klager oplyste gasforbrug. Det stemte imidlertid ikke overens med Nyborg Forsynings årsstatistik for 2012 og nøgletallet fra Varme Ståbi. Det blev derfor ændret, således at det mere retvisende tal fra Varme Ståbi blev anvendt. Varmebehovet steg endvidere i det sidst reviderede projektforslag, da antallet af bygninger steg fra 357 til 363 på grund af en opdatering af BBR-grundlaget.
- Opgørelsen af varmebehovet svarer til en tidligere anvendt opgørelse i Fjernvarme Fyn A/S' sag om Holmstrup, hvor varmebehovet blev beregnet på baggrund af nøgletal fra rapporten "Danske bygningers energibehov i 2050" i stedet for det faktiske varmebehov. Det i projektforslaget anvendte varmebehov svarer endvidere fint overens med Ny-

Nyborg Forsynings årsstatistik for Nyborg og Ullerslev for 2012. Nøgletalene i Varme Ståbi svarer endvidere hertil og er derfor anvendelige. Det i projektforslaget anvendte varmebehov er desuden lavere end det tal, som Energitilsynet anvender i sin prisstatistik, hvor der anvendes et vejledende energibehov for et standardhus på 130 m² på 18,1 MWh, svarende til et gennemsnitligt varmekonsum på 139 kWh/m².

- Opgørelsen af naturgasforbruget i referencen bør ikke baseres på det oplyste naturgasforbrug for området, da dette er alt for lavt og må skyldes, at der anvendes supplerende varmekilder for at spare på varmen på grund af forholdsvis høje naturgaspriser.
- Der bør ikke indregnes emissioner, da der er tale om overskudsvarme, som ellers vil blive bortkølet.
- Omkostninger til udskiftning af naturgasfyr er rimelige. Priserne for naturgasfyr og varmtvandsbeholdere ligger mellem 17.000 kr. til 36.000 kr. afhængig af fabrikat og type. Hertil kommer arbejds løn og nedtagning af den gamle kedel. Der kan endvidere komme udgifter til reparation af gulv og væg, hvis der skiftes fra en væghængt kedel til en gulvstående model.
- Omkostninger til drift og vedligeholdelse af fjernvarmeinstallationer er ikke sat for lavt. Nyborg Forsyning har direkte anlæg, som ikke bruger el til drift af en cirkulationspumpe, og der er derfor ikke driftsomkostninger tilknyttet. Nyborg Forsyning tilbyder endvidere ikke en serviceordning for fjernvarmeinstallationer, og det vil derfor være forkert at indregne en udgift for tilslutning til en sådan serviceordning i projektforslaget.
- Nyborg Forsyning forventer 100 % tilslutning af forbrugerne. Der forventes endvidere en hurtigere tilslutningstakt end den, der er angivet i projektforslaget, da der ydes rabat på tilslutning i forbindelse med graveperioden. Der er allerede modtaget tilsagn fra 209 forbrugere ud af 363 i området. Det svarer til 58 % af alle potentielle forbrugere. Med en så høj tilslutning fra start vil det forbedre den selskabsøkonomiske beregning i projektforslaget. Erfaringsmæssigt vil det også være attraktivt for ejendomme med relativt nye naturgasfyr at skifte til fjernvarme, når der er en økonomisk fordel.

4. december 2014

J.nr 1021-14-18-45

TML -EKN

Side 6 af 13

Nyborg Kommunes udtalelse til sagen

Nyborg Kommune har navnlig anført følgende:

Nyborg Kommunes sagsbehandling:

- Der foreligger ikke personlig inhabilitet hos nogen af de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer som følge af deres samtidige hverv som medlemmer i Nyborg Forsynings bestyrelse. Det er antaget i bl.a. tilsynspraksis, at der ikke i almindelighed foreligger inhabilitet hos et kommunalbestyrelsesmedlem, når kommunalbestyrelsen behandler en sag om et aktie- eller anpartsselskab, hvor vedkommende er bestyrelsesmedlem, hvis personen er udpeget eller indstillet hertil af kommunen. Der foreligger endvidere ikke oplysninger, der rejser tvivl om, at den pågældende alene har varetaget saglige, offentlige interesser ved byrådets behandling af sagen.
- Der foreligger endvidere ikke myndighedsinhabilitet. Det følger direkte af varmemforsyningslovens § 6, at en kommune selv kan udarbejde de projekter, som kommunen efterfølgende skal godkende efter projektbekendtgørelsens regler. Kommunen kan således ikke anses for inhabil ved godkendelse af et projektforslag udarbejdet af et af kommunen ejet aktieselskab. Det skærper dog kravene til hjemmelsgrundlaget og begrundelsen for kommunens afgørelse. Nyborg Kommunes anvendelse af hjemmelsgrundlaget er korrekt, og begrundelsen opfylder kravene hertil i forvaltningslovens § 24, stk. 1. Kommunen er desuden medejer af klager sammen med de øvrige fynske kommuner.
- Klager er blevet partshørt over det materiale, som har været af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Oplysningerne om varmebehovet og omkostningerne til nedtagning af naturgaskedler er ikke oplysninger af væsentlig betydning for sagens afgørelse, som klager ikke måtte antages at være bekendt med i forvejen. Nedtagningsomkostningerne stammer fra Energistyrelsens Teknologikatalog 2013, som klager henvendte opmærksomheden på ved e-mail af 18. december 2013 og 16. januar 2014. Oplysningerne om varmebehovet er heller ikke nye, da varmebehovet er opgjort efter samme metode, som i det oprindelige projektforslag. Kommunen har derfor ikke begået en sagsbehandlingsfejl ved ikke at partshøre over disse oplysninger. Under alle omstændigheder vil det forhold, at Energiklagenævnet efterfølgende har sendt oplysningerne til klager medføre, at eventuelle sagsbehandlingsfejl i forbindelse med partshøring af klager dermed er repareret.
- Kommunen har ikke tilsidesat sin oplysningspligt i forbindelse med behandlingen af sagen. Kommunen har forholdt sig indgående til projektforslagets anvendte beregningsforudsætninger mv. og har i fornødent omfang også sørget for at få eventuelle mangler ved projektforslaget udbedret, hvilket de forskellige revisioner af projektforslaget er ud-

4. december 2014
J.nr 1021-14-18-45
TML -EKN

Side 7 af 13

tryk for. Henvisningen til strafansvar ved afgivelse af urigtige oplysninger skal ses i forlængelse af dette og sammenholdes med, at faglige uenigheder ikke nødvendigvis betyder, at oplysningerne er misvisende eller urigtige.

Projektforslaget:

- Uanset, hvilken beregningsmetode der anvendes ved opgørelse af varmebehovet, udviser projektforslaget en positiv samfundsøkonomi. Kommunen har dog vurderet, at beregningsmetoden baseret på et gennemsnitligt varmeforbrug er den mest retvisende og derfor den, som er anvendt. Det følger endvidere af Energistyrelsens "Vejledning til kortlægningsmetoder og datafangst – strategisk energiplanlægning i kommunerne" af april 2012, at gennemsnitstal er mere robuste i forhold til fremskrivninger end specifikke forbrugsdata. For så vidt angår Varme Ståbi er det en anerkendt teknisk håndbog. Klager har endvidere ikke dokumenteret, at projektforslagets opgørelse af varmebehovet er urealistisk høj.
- Det faktiske naturgasforbrug kan være lavere end det i projektforslaget anvendte, f.eks. hvis der suppleres med alternative opvarmningskilder på grund af høje gaspriser.
- Projektforslaget er baseret på overskudsvarme og medfører derfor ikke nogen forøgelse af emissioner fra affaldsforbrændingen. Alternativt ville varmen blive bortkølet. Det samme gælder emissioner fra støttefyringen.
- Omkostningerne til udskiftning af gaskedler er fastsat korrekt. Omkostningerne er fastsat på baggrund af Energistyrelsens Teknologikatalog 2013 efter ønske fra klager. Hertil kommer omkostninger til nedtagning på 2.500 kr. Klager har ikke dokumenteret, at udskiftningsomkostningerne hviler på et urealistisk grundlag.
- Ifølge Nyborg Forsyning er der normalt ikke årlige driftsomkostninger til selskabets direkte units, som vil blive benyttet. Klager har ikke dokumenteret, at omkostningerne til drift og vedligehold af fjernvarmeinstallationerne hviler på et urealistisk grundlag.
- Nyborg Kommune har efter et konkret skøn vurderet, at en forventet tilslutning på 100 % må anses for realistisk. Det gælder også for så vidt angår de 86 % af forbrugerne, som har installeret naturgaskedel, da det ikke er urealistisk, at brugere med forholdsvis nye gaskedler vil foretage en konvertering til fjernvarmeforsyning, når forbrugeren

4. december 2014

J.nr 1021-14-18-45

TML –EKN

Side 8 af 13

kan opnå en besparelse af opvarmningsafgiften. Kommunen har udført en følsomhedsberegning, der udviser et samfundsøkonomisk overskud allerede ved tilslutning af 86 % af forbrugerne.

Retsgrundlaget

Kommunalbestyrelsens godkendelse af projekter for kollektive varmforsyningsanlæg er nærmere reguleret i projektbekendtgørelsen, der er udstedt i medfør af varmforsyningsloven³.

Nyborg Forsyning fremsendte den 17. januar 2013 værkets projektforslag til Nyborg Kommune. Den 20. april 2013 trådte en ny projektbekendtgørelse i kraft (bekendtgørelse nr. 374 af 15. april 2013), som ophævede den tidligere projektbekendtgørelse. Det fremgår dog af bekendtgørelsens § 34, stk. 3, at ansøgninger om projektgodkendelse, som er modtaget inden den 1. april 2013 behandles efter den tidligere projektbekendtgørelse (nr. 1295 af 13. december 2005). Det fremgår videre af § 34, stk. 4, 2. pkt., at klager over afgørelser, truffet af kommunalbestyrelsen eller Energistyrelsen efter bekendtgørelse nr. 795 af 12. juli 2012, behandles efter bestemmelserne i denne bekendtgørelse. Nyborg Forsynings ansøgning om godkendelse af værkets projektforslag blev fremsendt til Nyborg Kommune inden 20. april 2013, og Nyborg Kommune har derfor behandlet projektforslaget i henhold til den tidligere projektbekendtgørelse. Når der herefter henvises til projektbekendtgørelsen, henvises der således til bekendtgørelse nr. 795 af 12. juli 2012.

Projektbekendtgørelsen indeholder regler for, hvornår et projekt for et fjernvarmedistributionsnet kan godkendes. Af bekendtgørelsen fremgår i den forbindelse bl.a. følgende:

”[...]

Projekter for distributionsnet og transmissionsnet

§ 7. Projekter for naturgasdistributionsnet og fjernvarmedistributionsnet kan kun godkendes af kommunalbestyrelsen, hvis projektet ud fra en konkret vurdering er samfundsøkonomisk fordelagtigt, og hvis projektet ikke ændrer områdeafgrænsningen mellem naturgasforsyningen og fjernvarmeforsyningen, jf. dog stk. 2-3.

Stk. 2. Kommunalbestyrelsen kan, uanset stk. 1, dog godkende projekter, der er omfattet af stk. 1, og som ændrer områdeafgrænsningen, hvis samfundsøkonomiske hensyn taler imod at opretholde områdeafgrænsningen, og hvis områdeafgrænsningen

³ Bekendtgørelse nr. 1184 af 14. december 2011 af lov om varmforsyning med senere ændringer.

kan ændres, uden at de berørte forsyningsselskabers økonomiske forhold forrykkes væsentlig, jf. dog stk. 3.

Stk. 3. Kommunalbestyrelsen kan, uanset stk. 1 og 2, ikke godkende etablering af naturgasforsyning i eksisterende mindre bysamfund uden for kollektivt forsynede områder. Disse byer skal friholdes til biomassebaseret fjernvarme, kraft-varme eller tilsvarende miljøvenlig forsyning.

[...]"

For at kunne godkende et projektforslag, skal betingelserne i projektbekendtgørelsens § 24, stk. 1, også være opfyldte. Af § 24, stk. 1, fremgår følgende:

"[...]

§ 24. Forinden kommunalbestyrelsen kan meddele godkendelse, skal kommunalbestyrelsen foretage en energimæssig, samfundsøkonomisk og miljømæssig vurdering af projektet. Vurderingen skal ske på baggrund af planlægningen efter kapitel 2, de i kapitel 3 fastsatte forudsætninger og de i 21, stk. 1, nr. 10, nævnte samfundsøkonomiske analyser samt de efter § 23 modtagne bemærkninger. Kommunalbestyrelsen skal ved vurderingen påse, at projektet er i overensstemmelse med varmforsyningsloven, herunder formålsbestemmelsen, samt at projektet ud fra en konkret vurdering er det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt.

[...]"

4. december 2014
J.nr 1021-14-18-45
TML -EKN

Side 10 af 13

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Inhabilitet

Nyborg Kommune ejer Nyborg Forsyning. I Nyborg Forsynings bestyrelse sidder flere kommunalbestyrelsesmedlemmer, hvoraf den ene er bestyrelsesformand. Bestyrelsesmedlemmerne udpeges af kommunen. Da Nyborg Forsynings projektforslag blev behandlet af Nyborg Kommunes kommunalbestyrelse den 25. februar 2014 deltog flere af de kommunalbestyrelsesmedlemmer, som samtidig sidder i bestyrelsen hos Nyborg Forsyning, herunder bl.a. Nyborg Forsynings bestyrelsesformand.

Af forvaltningslovens⁴ § 3, stk. 1, nr. 3, fremgår, at den, der virker inden for den offentlige forvaltning, er inhabil i forhold til en bestemt sag, hvis vedkommende deltager i ledelsen af eller i øvrigt har en nær tilknytning til et selskab, en forening eller en anden privat juridisk person, der har en særlig interesse i sagens udfald. Forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3, finder dog alene anvendelse på private juridiske enheder. Hvis et selskab, herunder et aktie-

⁴ Lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014 om forvaltningsloven.

selskab (A/S), er 100 % ejet af det offentlige, er der ikke i relation til forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3, tale om en privat juridisk enhed.

Det fremgår videre af forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5, at den, der virker inden for den offentlige forvaltning, er inhabil i forhold til en bestemt sag, hvis der i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed (opsamlingsbestemmelsen).

I et tilfælde som det foreliggende, hvor Nyborg Kommune optræder som både ejer af det aktieselskab, som har udarbejdet projektforslaget, og som varmeplans- og godkendelsesmyndighed, kan et vist interessesammenfald ikke udelukkes. Energiklagenævnet finder dog, at der i den konkrete sag ikke foreligger inhabilitet efter forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3 eller 5. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på, at et selskab, som er 100 % ejet af det offentlige, ikke i relation til forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3, er en privat juridisk enhed, ligesom der ikke efter det oplyste i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om de pågældende personers upartiskhed. Energiklagenævnet har endvidere lagt vægt på, at kommunen efter varmesyningslovens regler selv kan udarbejde et projektforslag, som kommunen efterfølgende skal godkende. Energiklagenævnet er dog enig i, at ovennævnte forhold skærper kravene til hjemmelsgrundlaget for kommunens projektgodkendelse og begrundelse for afgørelsen.

Partshøring

Nyborg Forsyning reviderede flere gange de samfundsøkonomiske beregninger i projektforslaget i forbindelse med Nyborg Kommunes behandling af sagen. Den senest reviderede udgave af projektforslaget er fra 19. december 2013 og udviste et samfundsøkonomisk overskud på 103.339 kr. i nutidsværdi over 20 år. Nyborg Forsyning justerede herefter de samfundsøkonomiske beregninger for så vidt angik varmebehovet og prisen for udskiftning af naturgaskedler den 21. januar 2014. Projektforslagets udviste herefter et samfundsøkonomisk overskud på 2.453.528 kr.

Nyborg Kommune sendte ikke det reviderede projektforslag af 19. december 2013 og de supplerende beregninger af 21. januar 2014 i høring hos klager, forinden kommunen godkendte projektforslaget den 25. februar 2014.

Det følger af forvaltningslovens § 19, stk. 1, at såfremt en part i en sag ikke kan antages at være bekendt med, at myndigheden er i besiddelse af bestemte oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, må der ikke træffes afgørelse, før myndigheden har gjort parten bekendt med oplysningerne og givet denne lejlighed til at fremkomme med en udtalelse. Det gælder dog kun, hvis oplysningerne er til ugunst for den pågældende part og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Forvaltningslovens § 19 om partshøring er en

4. december 2014
J.nr 1021-14-18-45
TML –EKN

Side 11 af 13

af de regler i forvaltningsloven, der har karakter af en garantiforskrift. Retsvirkningen af mangelfuld partshøring er derfor som udgangspunkt, at afgørelsen er ugyldig.

Projektforslag af 19. december 2013 og de supplerende beregninger af 21. januar 2014 er oplysninger, som klager ikke var bekendt med indgik i projektforslaget. Oplysningerne er til ugunst for klager og af afgørende betydning for sagens afgørelse. Energiklagenævnet finder på den baggrund, at klager utvivlsomt burde have været partshørt over projektforslag af 19. december 2013 og de supplerende beregninger af 21. januar 2014. Energiklagenævnet har navnlig lagt vægt på, at Nyborg Kommune skal vurdere projektforslaget på baggrund af de samfundsøkonomiske beregninger, jf. projektbekendtgørelsens § 24. For projektforslag, der ændrer områdeafgrænsningen mellem naturgas- og fjernvarmeforsyningen, kan kommunen efter projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, endvidere alene godkende et projektforslag om ændring af områdeafgrænsningen, hvis samfundsøkonomiske hensyn taler imod at opretholde områdeafgrænsningen. Projektforslagets samfundsøkonomiske beregninger, herunder beregningsforudsætningerne, har således afgørende betydning for kommunens vurdering af sagen.

Partshøring er som anført en af de regler i forvaltningsloven, der har karakter af en garantiforskrift. Retsvirkningen af mangelfuld partshøring er derfor som udgangspunkt, at afgørelsen er ugyldig. En prøvelsesinstans kan dog efter omstændighederne reparere den mangelfulde partshøring, således at underinstansens afgørelse ikke erklæres ugyldig.

Klager er i forbindelse med sagens behandling ved Energiklagenævnet blevet partshørt over alle kommunens sagsakter, herunder bl.a. projektforslag af 19. december 2013 og de supplerende beregninger af 21. januar 2014. Klager har i den forbindelse fået mulighed for at komme med bemærkninger hertil.

Energiklagenævnet har på den baggrund overvejet, om nævnet herefter skal vurdere sagen efter projektbekendtgørelsens regler under inddragelse af det af klager anførte. Energiklagenævnet finder dog efter en konkret vurdering, at det forhold, at klager først i forbindelse med sagens behandling ved Energiklagenævnet har fået mulighed for at komme med bemærkninger til de reviderede beregninger indebærer, at kommunen dermed ikke har inddraget alle relevante forhold i vurderingen af, om projektforslaget kan godkendes efter projektbekendtgørelsens §§ 7, stk. 2, og 24. Energiklagenævnet vil derfor ved sagens behandling i realiteten tage stilling hertil som 1. instans. Klager vil dermed miste retten til at få afgørelsen prøvet ved to instanser. Energiklagenævnet finder, at dette ikke vil være forsvarligt og hensigtsmæssigt i en sagstype som den foreliggende – også henset til, at projektforslagets samfundsøkon-

4. december 2014
J.nr 1021-14-18-45
TML –EKN

Side 12 af 13

miske resultat er beskedent, og små justeringer har stor betydning for det samfundsøkonomiske resultat.

Energiklagenævnet ophæver derfor Nyborg Kommunes afgørelse af 28. februar 2014, og sagen hjemvises til kommunen til fornyet behandling med henblik på, at kommunen inddrager det af klager anførte i vurderingen af sagen. Det af kommunen anførte, kan ikke føre til et andet resultat.

Energiklagenævnet har ikke herved taget stilling til, om projektforslaget i øvrigt opfylder projektbekendtgørelsens forudsætninger for, at projektforslaget kan godkendes. For så vidt angår tilslutningsgraden bemærket nævnet dog, at det ikke på baggrund af de i sagen foreliggende oplysninger synes realistisk med en tilslutningsgrad på 100 % efter 10 år.

4. december 2014

J.nr 1021-14-18-45

TML -EKN

Side 13 af 13

Energiklagenævnets afgørelse

Energiklagenævnet ophæver Nyborg Kommunes afgørelse af 28. februar 2014, og sagen hjemvises til kommunen til fornyet behandling.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 1. december 2014.

Afgørelsen er truffet i henhold til projektbekendtgørelsens § 29, stk. 1, jf. varmemforsyningslovens § 26, stk. 1.

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter varmemforsyningsloven eller regler, der er udstedt efter denne lov, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt pågældende.

Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. varmemforsyningslovens § 26, stk. 4.

På nævnets vegne

Poul K. Egan
Nævnformand

/Tina Alander Lindfors
Specialkonsulent, cand. jur.