

Aarhus · 19. maj 2015

Agnete Nordentoft
Specialistadvokat

T +45 72 27 35 10
ano@bechbruun.com

Sagsnr. 011286-0017 ano/jhp
Dok.nr. 13433857.1

Vurdering af Energiklagenævnets afgørelse af 5. maj 2015

1. Indledning

Næstved Varmeværk A.m.b.a. ("Næstved Varmeværk") udarbejdede i december 2012 et projektforslag om etablering af et biomasseanlæg og konvertering af 10 energidistrikter til fjernvarme ("Projektforslaget"). Projektforslaget blev godkendt af Næstved Kommune den 12. september 2013.

DONG Gas Distribution A/S ("DGD") påklagede projektgodkendelsen til Energiklagenævnet, som den 18. februar 2014 ophævede afgørelsen og hjemviste sagen til fornyet behandling i kommunen. Begrundelsen herfor var, at Næstved Kommunes begrundelse for afgørelsen var mangelfuld.

Energiklagenævnet tog ikke herved stilling til, om Projektforslaget opfyldte projektbekendtgørelsens forudsætninger for, at kunne godkendes.

Næstved Varmeværk reviderede herefter Projektforslaget i marts 2014, hvorefter Næstved Kommune på ny godkendte Projektforslaget den 2. juli 2014.

DGD indbragte også denne projektgodkendelse for Energiklagenævnet.

Energiklagenævnet har den 5. maj 2015 ophævet Næstved kommunes afgørelse med henvisning til, (i) at de i projektforslaget anvendte omkostningerne til reinvesteringer i gaskedler er for høje, og (ii) at tidspunktet for udskiftningen af gaskedler i referencen om fortsat naturgasforsyning ikke er retvisende.

Energiklagenævnet har i afgørelsen samlet vurderet, at ændringen af de nævnte forudsætninger vil føre til, at projektforslaget ikke kan anses for det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt, og godkendelsen af projektet kan derfor ikke tiltrædes.

Næstved Varmeværk har bedt Bech-Bruun om at vurdere Energiklagenævnets afgørelse af 5. maj 2015, herunder om afgørelsen bør indbringes for domstolene. Det skal ligeledes vurderes, om sagen er af principiel karakter, således at Næstved Varmeværks brancheorganisation bør inddrages i sagen.

Vores vurdering vil alene vedrøre de forhold, som har været genstand for klagesagen, og som er underkendt af Energiklagenævnet.

Vi vil således ikke vurdere, om de øvrige godkendelsesbetingelser i projektbekendtgørelsen er opfyldte eller DGD's øvrige indsigelser mod de samfundsøkonomiske beregninger.

2. Konklusion

Det følger af projektbekendtgørelsen, at Næstved Kommune var forpligtet til at påse, at projektforslaget var samfundsøkonomisk mere fordelagtigt end referencen (fortsat individuel naturgasforsyning).

Dette kan kun sikres, hvis de beregningsforudsætninger, som ikke er indeholdt i Energistyrelsens notater og vejledninger, fastsættes efter en konkret vurdering, så de i videst muligt omfang afspejler de faktiske forhold.

Energiklagenævnet skal som klageinstans foretage en fuldstændig og tilbunds gående efterprøvelse af alle elementerne i Næstved kommunes afgørelse, herunder af de retlige spørgsmål, det udøvede skøn og af de faktiske omstændigheder.

Energiklagenævnet har bl.a. baseret på oplysningerne og dokumentationen fra DGD lagt til grund, at Projektforslagets forudsætninger om priser for naturgaskedler og om udskiftningstakten for disse ikke er retvisende, og at en ændring af disse forudsætninger vil føre til, at Projektforslaget ikke kan anses for det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt.

På det foreliggende grundlag, hvor DGD har fremlagt dokumentation for omkostningerne til udskiftning af naturgaskedler, for alderen og dermed udskiftningstakten for disse samt samfundsøkonomiske konsekvensberegninger, finder vi sammenfattende ikke, at der er grundlag for at kritisere Energiklagenævnets afgørelse vedrørende disse spørgsmål.

Energiklagenævnets skøn ligger således inden for rammerne af Energiklagenævnets kompetence og er baseret på et konkret bevisskøn.

En ændring af Energiklagenævnets afgørelse kræver, at afgørelsen indbringes for domstolene, og at der under en retssag kan fremlægges solid dokumentation for, at oplysningerne

i Projektforslaget er korrekte. Selv, hvis sådan dokumentation kan fremskaffes, vil en retssag dog være forbundet med en procesrisiko. Dertil kommer, at en retssag er langvarig og omkostningskrævende. På den baggrund kan vi ikke anbefale, at sagen indbringes for domstolene.

Hvis der kan fremskaffes dokumentation for forudsætningerne i Projektforslaget, anbefaler vi, at Energiklagenævnets afgørelse i stedet søges genoptaget. Det er dog forbundet med en vis usikkerhed, om Næstved Varmeværk har retskrav på genoptagelse.

Alternativt kan projektet kun gennemføres, hvis der udarbejdes et nyt projektforslag, som godkendes efter de gældende regler i projektbekendtgørelsen.

Da sagen er baseret på Energiklagenævnets konkrete vurdering af forudsætningerne i Næstved Varmeværks projektforslag, finder vi ikke, at sagen har principiel karakter, og at der er grundlag for at inddrage Næstved Varmeværks brancheforening i det videre forløb.

3. Grundlag for konklusioner

Vores vurdering af Energiklagenævnets afgørelse af 5. maj 2015 er baseret på varmforsyningsloven¹ og projektbekendtgørelsen² samt på tidligere praksis fra Energiklagenævnet.

Vores vurdering er derudover baseret på almindelige forvaltningsretlige regler.

Til brug for vurderingen har vi modtaget:

- Næstved Varmeværks projektforslag dateret december 2012, revideret marts 2013 og revideret marts 2014
- DGD's høringssvar til Næstved Kommune, dateret 28. maj 2014
- Næstved Varmeværks høringssvar til Næstved Kommune, dateret 12. juni 2014
- Næstved Kommunes projektgodkendelse, dateret 2. juli 2014
- DGD's klage til Energiklagenævnet af 18. juli 2014
- Næstved Kommunes udtalelse til Energiklagenævnet dateret 12. august 2014
- DGD's indlæg til Energiklagenævnet dateret 19. september 2014
- Næstved Varmeværks indlæg til Energiklagenævnet dateret 3. november 2014
- DGD's indlæg til Energiklagenævnet dateret 24. november 2014
- Energistyrelsens vejledende udtalelse dateret 8. april 2014
- Næstved Varmeværks indlæg til Energiklagenævnet dateret 14. april 2015

¹ Lovbekendtgørelse nr. 1307 af 24. november 2014 om varmforsyning. Der efter afgørelsestidspunktet den 2. juli 2014 ikke foretaget ændringer i varmforsyningsloven, som er relevante for denne sag.

² Sagen er afgjort på grundlag af bekendtgørelse nr. 795 af 12. juli 2012 om godkendelse af projekter for kollektive varmforsyningsanlæg.

4. Redegørelser

4.1 Projektforslaget

Projektforslaget indeholder i pkt. 5.2.9 (side 22) en oversigt over det samlede antal ejendomme, der forsynes med naturgas og olie, som er omfattet af Projektforslaget, ejendommenes type og ejendommenes samlede varmebehov. Data er baseret på udtræk fra BBR henholdsvis lokalt justerede nøgletal fra Varmeplan Danmark.

Der er redegjort for omkostningerne til reinvesteringer i gaskedlerne (referencen) på side 41-42 i Projektforslaget.

Det fremgår heraf, at investeringerne til "Gaskedler større forbrugere" er fastsat til 250.000 kr./stk., og at investeringerne til "Gaskedler mindre forbrugere" er fastsat til 45.000 kr./stk.

Dette er begrundet således:

"Projektforslagets forbrugertyper er beregningsmæssigt opdelt på 2 kategorier, almindelige forbrugere og større forbrugere.

For de almindelige forbrugeres vedkommende udgør det gennemsnitlige varmebehov ca. 30-35 MWh/år, hvilket er betydeligt højere end det normale forbrug for villaer på 10-20 MWh/år. Der er i projektforslaget anvendt en gennemsnitspris eksklusive moms på 45.000 kr./år, hvor en pris 32.000 kr. eksklusive moms kan være relevant for mindre villaer, rækkehuse mv.

De 45.000 kr. indeholder også et tillæg for at de nuværende oliefyrede kunder skal afholde en omkostning til en ny gasstikledning.

Priserne for naturgasfyr fra naturgasselskaber er normalt opgivet for en såkaldt "standardinstallation", der f.eks. anvendes til en ensartet prissammenligning. En standardinstallation dækker dog ikke en række situationer f.eks. aftræk gennem taget, afløb fra kondenserende fyr og fyr der er installeret i kælderen.

Det bemærkes endvidere, at den situation hvor en gaskunde har brug for et nyt gasfyr ofte vil optræde som en ikke-forudset begivenhed, hvor der ikke altid vil være tid til at indhente det bedste tilbud.

Det gennemsnitlige forbrug for de større forbrugere udgør ca. 215 MWh/år. Med en benyttelsestid op på ca. 1800 timer svarer det til en gennemsnitlig installeret effekt på ca. 120 kW. Med baggrund i en vurdering af, at en del af de større forbrugere af forsyningsikkerhedsmæssige årsager vil have fordelt deres installation på mere end en ga-

skedel, vurderes den nødvendige reinvestering i gaskedler til 250.000 kr. eksklusive moms pr. større forbruger."

Næstved Varmeværk har supplerende oplyst, at Projektforslagets kategori "almindelige forbrugere" er større end almindelige villakunder, idet kategorien indeholder en blanding af villakunder og større kunder. Prisen på den enkelte enhed er derfor højere end på et villafyr.³

Baseret på en økonomisk levetid på 15 år for gaskedlerne indgår investeringerne i disse herefter i Projektforslagets samfundsøkonomiske beregninger i bilag B6 og bilag C1.⁴

Det fremgår ikke derudover, på hvilket grundlag udskiftningstakten er fastsat, og investeringerne dermed er fordelt over projektperioden.⁵

4.2 Næstved Kommunes godkendelse

Næstved Kommune har i forbindelse med projektgodkendelsen foretaget en samfundsøkonomisk vurdering af Projektforslaget.

Det fremgår, at kommunen har gennemgået de samfundsøkonomiske beregninger og beregningsforudsætninger i Projektforslaget og har vurderet, at der vil være et samfundsøkonomisk overskud forbundet med at gennemføre projektet.

I relation til omkostningerne til reinvesteringer i gaskedler fremgår følgende af Næstved Kommunes kommentarer til de indkomne høringsvar:

"Priserne er sat for højt i forhold til den rigtige pris på naturgaskedler.

Projektforslaget opererer med to typer af kunder: almindelige og store. Det fremgår på s. 41. I Dongs høringssvar regner man på standard villa-kunder som og derfor sætter man den samfundsøkonomiske pris til 28.000 kr. mod projektforslagets 45.000 kr. I projektforslaget kategori "almindelige forbrugere" regnes der dog med en blanding af villakunder og større kunder, hvorfor prisen på den enkelte enhed er højere end på et villafyr."

Næstved Kommune har endvidere anført, at det er rimeligt at fastlægge udskiftningstakten i forhold til kedlernes økonomiske levetid på 15 år, men ses ikke at have forholdt sig mere konkret til udskiftningstakten.

³ Jf. Næstved Varmeværks høringssvar af 12. juni 2014.

⁴ Nutidsværdien af disse investeringer er på den baggrund opgjort til 68.144.000 kr. og scrapværdien til 17.770.000 kr., hvorfor investeringerne indgår i den samfundsøkonomiske beregning med i alt 50.374.000 kr.

⁵ Se side 43 i Projektforslaget.

4.3 DGD's indsigelser

DGD har anført i sit høringssvar til Næstved Kommune og i sin klage til Energiklagenævnet, at Projektforlaget's samfundsøkonomiske analyse bygger på forkerte forudsætninger.

Sammenfattende har DGD således gjort gældende, at beregningen af reinvesteringer i Projektforlagets reference skal baseres på

- a) Faktisk indhentede kedelpriser.
- b) Officielle eller på anden vis dokumenterede levetider for gaskedler.
- c) Kedelstørrelse og dermed pris skal matches med kundens forbrug.
- d) Kedeludskiftning skal ske ved den forudsatte levetid for gaskedlerne.

DGD har således anført, at de i Projektforlaget anvendte priser på naturgaskedler ligger markant over markedsniveauet. DGD henviser herved til indhentede prisoplysninger hos VVS Søberg og Viessmann kombineret med et konkret valg af kedelstørrelse til den enkelte kunde, som er tilpasset kundens forbrug, som DGD kender ud fra den løbende fakturering af kunden.

DGD anvender på den baggrund kedelpriser, der svinger mellem 35.000 kr. og 1.875.000 kr. med en middelpriis på 59.632 kr. inkl. moms (47.705 kr. ekskl. moms) pr. kedel. Ifølge DGD anvendes i projektforlaget en middelpriis på 73.105 kr. inkl. moms og 58.484 kr. ekskl. moms.

DGD har endvidere anført, at forudsætningen om tidspunktet for udskiftning af kedler er ukorrekte. DGD har således registreringer af alle installerede naturgaskedler i forsyningsområdet og kender installationstidspunktet. Oplysningerne herom er fremlagt som bilag 1 til DGD's indlæg til Energiklagenævnet af 19. september 2014.

Projektforlagets beregninger anvender ifølge DGD imidlertid ikke disse dokumenterede aldre for kedlerne og forudsætter reelt udskiftning lang tid før en levetid på 15 år er nået.

DGD har herefter udarbejdet alternative samfundsøkonomiske beregninger.

Der er beregnet et samfundsøkonomisk underskud på 1.032.000 kr., såfremt investeringerne times anderledes end i projektforlaget, selv når projektforlagets kedelpriser og levetider på 15 år fastholdes.

Der er beregnet et underskud på 4.748.000 kr., såfremt der regnes med de af DGD indhentede priser på kedler og en levetid på 15 år.

Det er på den baggrund DGD's opfattelse, at projektet ikke opfylder kravet i projektbekendtgørelsen om, at samfundsøkonomiske hensyn skal tale imod en opretholdelse af den nuværende områdefrænsning.

4.4 Energistyrelsens udtalelse

Energistyrelsen har den 8. april 2015 sendt en vejledende udtalelse til DGD om anvendelse af aldersregistreringer på gaskedler ved opgørelsen af reinvesteringer i gaskedler i den samfundsøkonomiske reference.

Det følger af udtalelsen, at kommunalbestyrelsen kan udøve et vist skøn ved anvendelse af data til den samfundsøkonomiske vurdering. I denne vurdering bør dog indgå de data, der bedst afspejler de lokale forhold. Andre data end dem, som følger af beregningsforudsætningerne/vejledningen/teknologikataloget, kan lægges til grund for den samfundsøkonomiske vurdering, hvis det kan dokumenteres, at de lokale forhold afviger fra de data, der anvendes i det vejledende materiale.

Energistyrelsen vurderer på basis af Sikkerhedsstyrelsens udmeldelser, at aldersregistret over gaskedler indeholder bedre informationer end de fleste andre tilgængelige data. Derfor vil anvendelse af andre data være i strid med formålet med kravet om en samfundsøkonomisk vurdering af projekter, medmindre det kan dokumenteres, at disse andre data er bedre og giver et mere akkurat, komplet eller aktuelt billede af de lokale forhold.

4.5 Energiklagenævnets afgørelse

Det følger af Energiklagenævnets afgørelse af 5. maj 2015, at Projektforslaget bygger på en række faglige vurderinger og forudsætninger, som ikke kan tilsidesættes, alene fordi DGD mener, at andre faglige vurderinger er mere retvisende. Men projektforslaget skal samlet set godtgøre, at projektet er det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt.

Herefter har Energiklagenævnet anført følgende vedrørende prisen for gaskedler og udskiftningstakten for disse i referencen:

"For så vidt angår det første synspunkt om omkostningerne til reinvesteringer i gaskedler er i projektforslaget anvendt en gennemsnitspris på 45.000 kr. eksklusiv moms, hvor en pris på 32.000 kr. eksklusiv moms ifølge forslaget kan være relevant for mindre villaer, rækkehuse mv. Klageren har oplyst priser fra Viessmann på kr. 28.000 eksklusiv moms for en mindre kedel og 60.000 kr. eksklusiv moms for en større kedel. Energiklagenævnet finder på baggrund af disse oplysninger og almindeligt kendskab til prisniveauet og under hensyn til oplysningerne om forbrugerne i forsyningsområderne, at antagelsen i projektforslaget om en gennem-

snitspris på 45.000 kr. eksklusive moms for en ny gaskedel i referencen forsat naturgasforsyning er en for høj pris, og forudsætningen er dermed ikke retvisende.

[...]

For så vidt angår det tredje synspunkt om tidspunktet for udskiftningen af gaskedler i referencen forsat naturgasforsyning foreligger nu Energistyrelsens vejledende udtalelse af 8. april 2015 indhentet af klageren i anledning af den konkrete sag. Energistyrelsen udtaler, at der i projektforslag skal anvendes beregningsforudsætninger, som i videst muligt omfang bør afspejle de reelle forhold ved gennemførelsen af et projektforslag. Der skal tages udgangspunkt i Energistyrelsens beregningsforudsætninger, medmindre det kan dokumenteres, at andre data bør anvendes. Energiklagenævnet er enig i, at der kan tages udgangspunkt i almindeligt anerkendte beregningsforudsætninger, og at kommunalbestyrelsen, såfremt disse skal fraviges i større eller mindre grad, kan udøve et skøn ved vurderingen af sådanne forudsætninger og de foreliggende oplysninger om de reelle forhold i projektområderne. I denne sag foreligger imidlertid konkrete, pålidelige og faktiske oplysninger om alderen på naturgaskedlerne i områderne, som bør inddrages i projektforslaget.

Energiklagenævnet vurderer samlet, at ændringen af de nævnte forudsætninger vil føre til, at projektforslaget for biomasseværk og konvertering til fjernvarme ikke kan anses for det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt, og godkendelsen af projektet kan derfor ikke tiltrædes.”

På den baggrund ophævede Energiklagenævnet Næstved Kommunes projektgodkendelse.

5. Vurdering af Energiklagenævnets afgørelse

5.1 Retsgrundlaget

Energiklagenævnets afgørelse er truffet på grundlag af varmforsyningsloven og projektbekendtgørelsen.

Det følger heraf, at det er en grundlæggende forudsætning for kommunalbestyrelsens godkendelse af projektforslag, at projektet ud fra en konkret vurdering er det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt, jf. projektbekendtgørelsens §§ 6 og 24. jf. tillige § 7.

Et projektforslag skal på den baggrund indeholde en samfundsøkonomisk analyse af relevante scenarier, hvor projektets samfundsøkonomi ved en ændring af områdeafgrænsningen sammenholdes med samfundsøkonomien ved forsat individuel naturgasforsyning.

Samfundsøkonomiske analyser er i projektbekendtgørelsen defineret som *"Beregninger foretaget på grundlag af Energistyrelsens vejledning i samfundsøkonomiske analyser på energiområdet med de dertil hørende senest opdaterede forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet"*.

Det følger dog af Energiklagenævnets praksis, at Energistyrelsens notater om forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet alene har vejledende karakter.

Dertil kommer, at de beregningsforudsætninger, som ikke er indeholdt i Energistyrelsens notater, skal fastsættes efter en konkret vurdering, så de i videst muligt omfang afspejler de faktiske forhold.⁶

Baggrunden herfor er, at den samfundsøkonomiske analyse kun herved bliver retvisende, hvorved det sikres, at kommunen i overensstemmelse med projektbekendtgørelsens §§ 6 og 24 sørger for, at projektet ud fra en konkret vurdering er det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt.

Det vil således stride mod varmforsyningslovens og projektbekendtgørelsens formål, hvis den samfundsøkonomiske analyse baseres på forudsætninger, som ikke er retvisende.

5.2 Almindelige forvaltningsretlige regler

Energiklagenævnets afgørelse er desuden baseret på almindelige forvaltningsretlige regler. Det følger af disse, at Energiklagenævnets som rekursmyndighed (klageinstans) skal foretage en fuldstændig og tilbunds gående efterprøvelse af alle afgørelsens elementer, herunder af de retlige spørgsmål, det udøvede skøn og af de faktiske omstændigheder (faktum).⁷ Energiklagenævnet kan i den forbindelse tillige foretage et såkaldt bevisskøn, hvis der ikke kan fastlægges sikre oplysninger som grundlag for en afgørelse.

Energiklagenævnet kan dermed træffe afgørelse lige så frit, som hvis den selv havde været første instans, og skal med andre ord ikke som hovedregel være tilbageholdende i sin prøvelse af Næstved Kommunes projektgodkendelse.

I praksis har Energiklagenævnet dog stadfæstet projektgodkendelser, med mindre de af klageren (typisk naturgasselskabet) fremlagte oplysninger tilstrækkeligt har sandsynliggjort,

⁶ Det fremgår af Energistyrelsens vejledning til samfundsøkonomiske analyser på energiområdet, at *"Følsomhedsberegninger og dokumentation i øvrigt er lige så væsentlige som resultatet i kroner og ører. De konkrete beregningsresultater kan aldrig stå alene"*.

⁷ Jens Garde m.fl. Forvaltningsret, Almindelige emner, 5. udgave, side 334. Se tillige Energiklagenævnets afgørelse af 19. december 2006 om Thisted Kommune.

at projektet hviler på urealistiske forudsætninger.⁸ Energiklagenævnet har således overladt kommunerne et vist skøn, som ikke synes at være prøvet til bunds.

Det følger endvidere af almindelige forvaltningsretlige regler, at Energiklagenævnet er underlagt officialprincippet. Energiklagenævnet skal derfor vurdere, om førsteinstansens oplysning af sagen er tilstrækkelig, og om oplysningerne er korrekte. Hvis sagen ikke er tilstrækkeligt oplyst, skal Energiklagenævnet enten hjemvise sagen eller indhente yderligere oplysninger.

Officialprincippet indebærer endvidere, at Energiklagenævnet som udgangspunkt kan inddrage nye forhold i klagesagen, så længe sagen ikke herved mister sin identitet. Sagen skal dog afgøres på grundlag af de regler, som var gældende på tidspunktet for førsteinstansens afgørelse.

Energiklagenævnet har dog i en afgørelse fra 2007 og i 2 afgørelser fra 2011 udtalt, at⁹

“Energiklagenævnet finder det rigtigst, at nævnet, som rekursmyndighed, der skal efterprøve en 1. instans afgørelse, tager udgangspunkt i det faktuelle og retlige grundlag, der forelå, da 1. instans traf afgørelse i sagen. Nævnet finder ikke, at der gør sig sådanne forhold gældende i den foreliggende sag, at dette udgangspunkt bør fraviges.

Sagen skal derfor afgøres på det retlige grundlag og efter de administrative retningslinjer, som gjaldt ved kommunens afgørelse den 11. november 2002 (...).”

Udgangspunktet for Energiklagenævnets vurdering af sagen er således det faktuelle og retlige grundlag, herunder de administrative retningslinjer som forelå, da Næstved Kommune traf afgørelse i sagen den 2. juli 2014.

5.3 Energiklagenævnets vurdering af omkostningerne til reinvesteringer i gaskedler

Det følger som anført i pkt. 4.5 ovenfor, at Energiklagenævnet på baggrund af de fremlagte oplysninger fra DGD (priserne fra Viessmann), almindeligt kendskab til prisniveauet og under hensyn til oplysningerne om forbrugerne i forsyningsområderne, finder, at antagelsen i Projektforslaget om en gennemsnitspris på 45.000 kr. eksklusiv moms for en ny gaskedel i referencen fortsat naturgasforsyning er en for høj pris, og at forudsætningen dermed ikke er retvisende.

⁸ Se bl.a. Energiklagenævnets afgørelse af 8. september 2014 om Helsingør Kommune (J.nr. 1021-13-116-19), Energiklagenævnets afgørelse af 17. juni 2013 om Odense Kommune (J.nr. 1021-13-46-21) og Energiklagenævnets 2 afgørelser af 16. december 2014 om Faaborg-Midtfyn Kommune (J.nr. 1021-14-22-24 og J.nr 1021-14-21-21).

⁹ Energiklagenævnets afgørelse af 27. marts 2007 om Helsingør Kommune (j.nr. 21-464), Energiklagenævnets afgørelse af 5. januar 2011 om Kerteminde Kommune (J.nr 1021-10-7-21) og Energiklagenævnets afgørelse af 5. januar 2011 om Assens Kommune (J.nr 1021-10-8-16).

Energiklagenævnet har således i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige regler foretaget en efterprøvelse af sagens faktum samt foretaget et bevisskøn over de fremlagte oplysninger om omkostninger til reinvesteringer i gaskedler.

Ved denne efterprøvelse har Energiklagenævnet dels vurderet, at sagen var tilstrækkeligt oplyst, og at de af DGD fremlagte oplysninger og prisberegninger kunne lægges til grund for sagens afgørelse. Energiklagenævnet har således fundet, at det med den af DGD fremlagte dokumentation er tilstrækkeligt sandsynliggjort, at projektet hviler på urealistiske forudsætninger.¹⁰

På det foreliggende grundlag finder vi ikke grundlag for at kritisere Energiklagenævnets afgørelse på dette punkt, idet afgørelsen er i overensstemmelse med de anførte almindelige forvaltningsretlige regler.¹¹

Vi bemærker dog, at Energiklagenævnets henvisning til "almindeligt kendskab til prisniveauet" for gaskedler forekommer meget generel. Vi formoder imidlertid, at Energiklagenævnet med det anførte har sammenholdt det af DGD oplyste prisniveau for naturgaskedler med de prisoplysninger, Energiklagenævnet har kendskab til fra andre lignende sager.

Oplysningerne om kedelpriserne fra Viesmann (og fra VVS Søberg) og oplysningerne om forbrugerne i forsyningsområdet forelå endvidere allerede da Næstved kommune traf afgørelse i sagen. Inddragelsen af disse oplysninger er derfor i overensstemmelse med Energiklagenævnets egen praksis om at træffe afgørelse på grundlag af de faktiske oplysninger, som forelå, da førsteinstansen traf afgørelse.

5.4 Energiklagenævnets vurdering af tidspunktet for udskiftningen af gaskedler i referencen

Det følger som anført i pkt. 4.5 ovenfor, at Energiklagenævnet finder, at der skal tages udgangspunkt i de foreliggende konkrete, pålidelige og faktiske oplysninger om alderen på naturgaskedlerne i områderne, og at disse bør inddrages i projektforslaget.

Det er vores vurdering, at det er i overensstemmelse med projektbekendtgørelsen og dens formål, at tidspunktet for udskiftning af gaskedler fastsættes så præcist så muligt, så omkostningerne til investeringer indgår på de korrekte tidspunkter i den samfundsøkonomiske analyse.

¹⁰ Der er derfor heller ikke grundlag for at antage, at afgørelsen er udtryk for en praksisændring.

¹¹ Vi bemærker for en ordens skyld, at det falder uden for vores kompetencer at vurdere, om Energiklagenævnets bevisskøn er korrekt.

Når der foreligger konkrete oplysninger om alderen på de enkelte naturgaskedler i områderne, finder vi derfor ikke grundlag for at kritisere Energiklagenævnets vurdering af, at investeringerne skal baseres på disse oplysninger.

Energiklagenævnet erklærer sig ved vurderingen af spørgsmålet enig i Energistyrelsens vejledende udtalelse af 8. april 2015.

Det er vores vurdering, at henvisningen til Energistyrelsens udtalelse ikke i den konkrete sag er udtryk for, at Energiklagenævnet i strid med sin egen praksis har truffet afgørelse på grundlag af et faktisk og retligt grundlag, herunder på grundlag af administrative retningslinjer som først er fremkommet efter, Næstved Kommune traf afgørelse i sagen.

Det skyldes, at Energistyrelsens udtalelse i sagen ikke ændrer det retlige grundlag i sagen eller er udtryk for en ny eller ændret fortolkning af retsgrundlaget.

Det forhold, at de samfundsøkonomiske analyser skal baseres på realistiske forudsætninger, udspringer således af projektbekendtgørelsen og af almindelige forvaltningsretlige regler og var gældende allerede før Energistyrelsens udtalelse forelå.

5.5 Energiklagenævnets vurdering af samfundsøkonomien

Energiklagenævnet har samlet vurderet, at ændringen af forudsætningerne for omkostningerne til reinvesteringer i gaskedlerne og tidspunktet for udskiftningen af disse vil føre til, at projektforslaget for biomasseværk og konvertering til fjernvarme ikke kan anses for det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt.

Grundlaget for denne vurdering er angiveligt de af DGD fremlagte samfundsøkonomiske analyser. DGD har således beregnet et samfundsøkonomisk underskud på 4.748.000 kr. ved gennemførelse af Projektforslaget ved anvendelse af DGD's forudsætninger for levetid og udskiftningstakt.

Der er ikke fremlagt beregninger, som tilsiger, at denne samfundsøkonomiske analyse er forkert.

På det foreliggende grundlag finder vi derfor heller ikke grundlag for at kritisere denne del af Energiklagenævnets afgørelse.

Energiklagenævnets begrundelse kan dog kritiseres for at være mangelfuld og dermed i strid med forvaltningslovens § 24.

Det følger af denne bestemmelse, at en begrundelse for en afgørelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet. I det omfang afgørel-

sen efter disse regler beror på et administrativt skøn, skal begrundelsen tillige angive de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen. Begrundelsen skal endvidere om fornødent indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen.

Energiklagenævnets afgørelse lever ikke fuldt ud op til denne bestemmelse, idet afgørelsen ikke indeholder en begrundelse for, hvorfor Energiklagenævnet finder, at en ændring af forudsætningerne fører til, at projektforslaget er samfundsøkonomisk ufordelagtigt.

Det må dog antages, at Energiklagenævnets vurdering heraf er baseret på beregningerne fra DGD.

6. Det videre forløb

6.1 Domstolsprøvelse

Energiklagenævnets afgørelse kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, men kan alene indbringes for domstolene inden for en søgsmålsfrist på 6 måneder regnet fra afgørelsens offentliggørelse den 5. maj 2015.

Baseret på vurderingen i pkt. 5 ovenfor finder vi ikke, at der er grundlag for at indbringe Energiklagenævnets afgørelse for domstolene. Begrundelsesmanglen bør heller ikke føre til dette, da denne mangel ikke vedrører afgørelsens materielle indhold.

Vi bemærker dog, at der er mulighed for at inddrage nye fakta i en sag for domstolene, herunder ny dokumentation for priser for gaskedler, ny dokumentation for gaskedlernes alder og nye samfundsøkonomiske beregninger. Dertil kommer, at domstolene uden tilbageholdenhed efterprøver, om Energiklagenævnet har lagt korrekte og fyldestgørende oplysninger til grund for sin afgørelse.

Selv om det ved fremlæggelse af sådanne nye oplysninger vil kunne godtgøres, at Næstved Kommunes godkendelse af projektforslaget var i overensstemmelse med projektbekendtgørelsen, kan vi ikke umiddelbart anbefale, at der anlægges retssag mod Energiklagenævnet.

For det første vil det baseret på de foreliggende oplysninger være forbundet med en procesrisiko at anlægge en sag mod Energiklagenævnet. Vi bemærker herved, at DGD kan indtræde i sagen til støtte for Energiklagenævnet og fremlægge oplysninger, som underbygger de allerede fremlagte oplysninger om kedelpriser og udskiftningstidspunkter. Dertil kommer, at Energiklagenævnet kan indbringe nye forhold i en sag mod Energiklagenævnet (no-

va), hvorfor en retssag tillige kan komme til at omhandle mangelfuld sagsoplysning i Næstved Kommune eller de øvrige indsigelser DGD fremførte i sin klage.

For det andet er en retssag både langvarig og omkostningskrævende. En retssag kan således nemt have en varighed på 1-2 år.

Da Næstved Varmeværk ikke kan gennemføre projektet, før der foreligger en domstolsafgørelse, som underkender Energiklagenævnets afgørelse, finder vi det samlet set uhenigtsmæssigt at anlægge en retssag.

En retssag forudsætter under alle omstændigheder, at der kan fremskaffes solid dokumentation for, at de oplysninger, Energiklagenævnet har baseret sin afgørelse på, er forkerte.

6.2 Genoptagelse

Næstved Varmeværk kan begære Energiklagenævnets afgørelse genoptaget, hvis der er fremkommet væsentlige, nye oplysninger om forhold, som Energiklagenævnet ikke var bekendt med på tidspunktet for nævnets afgørelse, og som må antages at ville have medført en væsentlig ændret vurdering fra nævnets side.¹²

Næstved Varmeværk har dog kun et retskrav på genoptagelse og ny realitetsbehandling af sagen i tilfælde hvor:¹³

- Der i forbindelse med genoptagelsesansøgningen fremkommer nye faktiske oplysninger af så væsentlig betydning for sagen at der er en vis sandsynlighed for at sagen ville have fået et andet udfald hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med myndighedernes oprindelige stillingtagen,
- Der fremkommer væsentlige nye retlige forhold eller
- Der foreligger ikke uvæsentlige sagsbehandlingsfejl, fx en partshøringsfejl.

Hvis Næstved Varmeværk kan fremskaffe solid dokumentation for, at de oplysninger, om kedelpriser, udskiftningstidspunkter og samfundsøkonomi, som fremgår af Projektforslaget, er korrekte, og at Energiklagenævnet således har baseret sin afgørelse på forkerte oplysninger, er der således mulighed for at begære sagen genoptaget.

Det er dog forbundet med en vis usikkerhed, om Næstved Varmeværk har et retskrav på genoptagelse, idet der er tale om en partstvist og de pågældende oplysninger kunne være fremskaffet og fremlagt for Energiklagenævnet tidligere.

¹² Jf. U1998.759V og Karsten Revsbech m.fl. Forvaltningsret, Sagsbehandling, 7. udgave, side 126.

¹³ Jf. Energiklagenævnets afgørelse af 24. oktober 2014 om Silkeborg Kommune (j.nr. 1021-14-51-2) og Hans Gammeltoft Hansen m.fl. Forvaltningsret, 2. udgave, side 921-927.

Vi anbefaler imidlertid, at Næstved Varmeværk, hvis det er muligt, søger at fremskaffe den pågældende dokumentation og herefter begærer sagen genoptaget.

6.3 Udarbejdelse af nyt projektforslag

Hvis Næstved Varmeværk ikke enten indbringer sagen for domstolene eller begærer sagen genoptaget, kan Projektforslaget kun gennemføres, hvis der udarbejdes et nyt projektforslag, som indleveres til og godkendes af Næstved Kommune.

Et nyt projektforslag skal godkendes efter reglerne i den gældende projektbekendtgørelse¹⁴ og forudsætter således, at der betales kompensation til DGD.

På baggrund af historikken omkring Projektforslaget må det forventes, at DGD også vil indbringe en evt. ny projektkendelse for Energiklagenævnet.

Dertil kommer, at Energiklagenævnet som følge af den verserende retssag mod HMN Naturgas¹⁵ må forventes, at være mere tilbunds gående i sin prøvelse af Næstved Kommunes skøn og af sagens faktiske oplysninger.

Det er derfor særdeles vigtigt, at alle kompetencer inddrages ved udarbejdelsen af projektforslaget, og at det sikres, at alle de forudsætninger, som ikke er fastlagt af Energistyrelsen, kan dokumenteres eller på anden måde underbygges.

6.4 Inddragelse af brancheforening

Sagen er baseret på Energiklagenævnets konkrete vurdering af forudsætningerne i Næstved Varmeværks projektforslag.

På den baggrund finder vi ikke, at sagen har principiel karakter, og at der er grundlag for at inddrage Næstved Varmeværks brancheforening i det videre forløb.

Aarhus, den 19. maj 2015
Per Hemmer

Agnete Nordentoft

¹⁴ Bekendtgørelse nr. 566 af 2. juni 2014 om godkendelse af projekter for kollektive varmeforsyningsanlæg.

¹⁵ HMN Naturgas har stævnet Energiklagenævnet i anledning af Energiklagenævnets afgørelse af 8. september 2014 om Helsingør Kommune (J.nr. 1021-13-116-19).