

ISHØJ KOMMUNES SALG AF ISHØJ FÆLLESANTENNENET

1. BAGGRUND OG OPDRAG

Ishøj Kommune ("kommunen") ejer Ishøj Fællesantennenet ("anlægget"). På baggrund af et EU-udbud indgik kommunen og Konsortiet Ishøj Fællesantenne ("Kabelplus") 22. marts 2017 kontrakt om drift, vedligeholdelse og support af anlægget. Kontrakten med Kabelplus ophører 31. maj 2021.

Kommunen vil gerne overdrage anlægget og ønsker derfor at undersøge mulighederne for det fremtidige ejerskab af anlægget¹, herunder mulighederne for at stille krav til erhververen af anlægget ("erhververen") om udrulning af fibernet i kommunen til brug for internetforsyning af kommunens borgere og kommunale institutioner samt om brugerinddragelse.

Kommunen ønsker derudover at undersøge mulighederne for at vedtage en generel politik, hvorefter kommunen nedlægger tomrør i forbindelse med øvrige gravearbejder i kommunen. Baggrunden for kommunens ønske om en sådan politik er at undgå omfattende nye gravearbejder, når der skal føres kabler og andre ledninger, da disse således i stedet kan føres gennem tomrøret.

Notatet behandler følgende problemstillinger:

1. Kommunens mulighed for at stille krav til erhververen af anlægget om at udrulle fibernet i kommunen til brug for internetforsyning af kommunens borgere.

¹ Horten har tidligere vurderet kommunens mulighed for at overdrage anlægget og er i den forbindelse kommet frem til, at det vil være i strid med kommunalfuldmagten, hvis kommunen vederlagsfrit overdrager den del af anlægget, som vedrører internet, da kommunen ikke har hjemmel til at forsyne borgere med internet. Se notat af 22. august 2019 om modeller for overdragelse af Ishøj Fællesantennenet.

2. Kommunens mulighed for at stille krav til erhververen af anlægget om at udrulle fibernet i kommunen til brug for internetforsyning af kommunens institutioner.
3. Kommunens mulighed for at vedtage en generel politik om nedlægning af tomrør i forbindelse med gravearbejder.

Notatet er struktureret sådan, at afsnit 2 umiddelbart nedenfor indeholder en sammenfatning af vores vurderinger. Bilag 1 indeholder en beskrivelse af de relevante retlige rammer samt en nærmere gennemgang af vores vurdering af problemstillingerne.

2. SAMMENFATNING

2.1 Kommunens mulighed for at stille krav til erhververen af anlægget om at udrulle fibernet i kommunen til brug for internetforsyning af kommunens borgere

2.1.1 Kommunens vederlagsfrie overdragelse af anlægget

Kommunen kan vederlagsfrit overdrage den del af anlægget, som vedrører tv under forudsætning af, at visse betingelser er opfyldt. Kommunen kan i forbindelse med overdragelsen lovligt stille krav til erhververen om brugerinddragelse.

For så vidt angår den del af anlægget, som vedrører internetforsyning, er der ikke hjemmel i kommunalfuldmagten, til at kommuner kan påtage sig denne opgave. Kommunen kan således heller ikke yde støtte til en privat antenneforening eller en anden erhverver i form af en vederlagsfri overdragelse af den del af anlægget, der knytter sig til internetforsyning. Kommunen kan således ikke lovligt overdrage hele anlægget vederlagsfrit.

Det er ligeledes vores vurdering, at en anden model for overdragelse, hvor overdragelsen af anlægget har karakter af en gave, ikke vil være lovlig – herunder fx en model, hvor kommunen låner penge til erhververen af anlægget til brug for erhvervsen – da dette vil have karakter af omgåelse.

Selv hvis kommunen sælger anlægget til markedspris, kan kommunen ikke lovligt stille krav til erhververen om, at denne forsyner kommunens borgere med internet, herunder underruller fibernet til private husstande, da der i kommunalfuldmagten ikke er hjemmel til, at kommunen forestår internetforsyning af kommunens borgere.

2.1.2 Kommunens indtægter fra salg af anlægget anvendes til at udrulle fibernet til brug for internetforsyning af kommunens borgere

Kommunen kan ikke lovligt oprette en "pulje" med indtægterne fra salget af anlægget med henblik på at anvende midlerne til at udrulle fibernet til brug for internetforsyning af kommunens borgere, da der i kommunalfuldmagten ikke er hjemmel til, at kommunen forestår internetforsyning af kommunens borgere.

2.2 Kommunens mulighed for at stille krav til erhververen af anlægget om at udrulle fibernet i kommunen til brug for internetforsyning af kommunens institutioner

Kommunalretlige overvejelser

Kommuner har adgang til at forsyne sig selv med varer og tjenesteydelser i det omfang, kommunen finder, at der herved sker den bedste udnyttelse af de kommunale ressourcer. Kommunen kan derfor lovligt betale en privat leverandør for at varetage denne opgave.

Kommunen er i forbindelse med salget af anlægget forpligtet til at kræve markedsprisen for anlægget.

Kommunen kan gennemføre salget af anlægget som en omvendt licitation, således at de interesserede virksomheder ikke konkurrerer på at tilbyde den højeste købspris. I stedet for at betale en købssum for anlægget, forpligter erhververen sig til at udrulle fibernet til en række kommunale institutioner, og virksomhederne konkurrerer på at tilbyde fibernet til flest mulige kommunale institutioner.²

Kommunen kan efter vores vurdering lovligt stille krav til erhververen om brugerinddragelse af kommunens institutioner i forbindelse med driften af det kommende fibernet. Kommunen kan ligeledes stille krav til erhververen om brugerinddragelse af borgere (private) for så vidt angår tv-delen. Kommunen kan derimod ikke lovligt stille krav til erhververen om brugerinddragelse af borgere (private) for så vidt angår internetdelen.

Kommunen bør sikre, at kontrakten indeholder en klausul om, at anlægget falder tilbage til kommunen i tilfælde af, at erhververen ikke overholder sin forpligtelse om at udrulle fibernet til de kommunale institutioner.

Kommunen skal i forbindelse med ovenstående i øvrigt iagttage principperne om saglighed og økonomisk forsvarlig forvaltning.

Udbudsretlige overvejelser

Hvis kommunen gennemfører salget af anlægget som en omvendt licitation, hvor erhververen forpligter sig til at udrulle fibernet til kommunale institutioner, skal kommunen sikre sig, at en eventuel udbudspflicht overholdes. Det skyldes, at udrulning af fibernet til kommunale institutioner samt kommunens løbende brug af fibernet er en ydelse, som kommunen ellers skulle have indkøbt, hvorfor udbudsloven finder anvendelse.

Når overdragelsen af anlægget gennemføres som en omvendt licitation med det formål at få fibernet udrullet til flest mulige kommunale institutioner, og hvor den virksomhed, som kan tilbyde fibernet til flest mulige kommunale institutioner til gengæld herfor, erhverver anlægget, er værdien af anlægget udtryk for kontraktværdien. Kommunen skal således undersøge den estimerede værdi af anlægget for at afgøre, om kontrakten er udbudspflichtig eller ej. Afgørende for, om der skal gennemføres et EU-udbud er, om kontraktens værdi overstiger tærskelværdien for tjenesteydelser på 1.645.367 kr.

² Vi har lagt til grund, at erhververen opnår ejerskab over fibernet.

Hvis kontraktens estimerede værdi ikke overstiger tærskelværdien på 1.645.367 kr., er kommunen ikke forpligtet til at overholde reglerne i udbudslovens afsnit II. Kontrakten vurderes ikke umiddelbart at have klar grænseoverskridende interesse, hvorfor der ikke er krav om annoncering efter udbudslovens afsnit IV. Hvis kontraktens estimerede værdi overstiger 500.000 kr., finder udbudslovens afsnit V anvendelse. I så fald skal kontrakten indgås på markedsmæssige vilkår efter udbudslovens § 193. Hvis kontraktens estimerede værdi er under 500.000 kr., er kommunen bundet af almindelige forvaltningsretlige regler og principper, herunder aftaleindgåelse på markedsmæssige vilkår.

Foretager kommunen et almindeligt salg af anlægget (dvs. uden at lave en omvendt licitation), finder udbudslovens regler derimod ikke anvendelse, og der vil derfor ikke være nogen udbudspligt, som skal iagttages.

2.3 Kommunens mulighed for at vedtage en generel politik om nedlægning af tomrør i forbindelse med gravearbejder

Det er vores vurdering, at det er i overensstemmelse med reglerne i kommunalfuldmagten, at kommunen vedtager en generel politik om, at der nedlægges tomrør i forbindelse med gravearbejder i kommunen, når tomrørene benyttes i forbindelse med projekter der kan karakteriseres som lovlige kommunale opgaver.

Vi har ved vurderingen lagt vægt på, at baggrunden for kommunens ønske om at vedtage en sådan politik er hensynet til fremtidssikring i form af, at kommunen minimerer gravearbejder, herunder vejafspærringer mv. i kommunen. Kommunen ønsker således med politikken at varetage hensynet til trafikanternes tryghedsfølelse og trafikmæssige, herunder trafiksikkerhedsmæssige hensyn, som er lovlige kommunale opgaver.³ Vi har desuden lagt vægt på, at der efter det oplyste er begrænsede udgifter forbundet med nedlægningen af tomrør.

Det er ligeledes vores vurdering, at princippet om ledig overkapacitet og accessorisk virksomhed indebærer, at tomrørene i begrænset omfang kan anvendes til projekter, hvor der ikke er tale om lovlige kommunale opgaver, fx i forbindelse med udrulning af fibernet til borgere i kommunen, under forudsætning af, at der er ledig kapacitet i rørene.

Det er dog en forudsætning herfor, at formålet med nedlægning af tomrør ikke er begrundet i ønsket om at stille rør til rådighed for opgaver, som ikke kan karakteriseres som lovlige kommunale opgaver, herunder fx udrulning af fibernet til borgere i kommunen. Det er ligeledes en forudsætning, at tomrørene alene i begrænset omfang anvendes til denne slags aktiviteter.

Hellerup den 10. oktober 2019
Horten



Andreas Christensen

³, jf. Økonomi- og Sundhedsministeriets brev af 16. december 2003 samt Indenrigs- og Sundhedsministeriets brev af 15. oktober 2010.

BILAG 1

1. DEN RETLIGE RAMME

1.1 Hjemmelskrav

En kommune skal have et retligt grundlag (hjemmel) for at varetage dispositioner, herunder når kommunen yder støtte eller varetager aktiviteter, der har karakter af erhvervsvirksomhed.

Et sådant hjemmelsgrundlag kan enten findes i den skrevne lovgivning eller fremgå af de uskrevne grundsætninger om kommuners forhold, de såkaldte kommunalfuldmagtsregler. Kommunalfuldmagten er som udgangspunkt subsidiær til den skrevne lovgivning.

Kommunalfuldmagtsreglerne

Da den skrevne lovgivning ikke regulerer, om en kommune må udrulle fibernet i kommunen, må spørgsmålet derfor besvares ud fra de almindelige forvaltningsretlige principper og de uskrevne regler om kommunalfuldmagten.

En kommune kan som udgangspunkt ikke uden lovhjemmel drive handel, håndværk, industri og finansiel virksomhed. Det er således ikke en kommunal opgave at drive erhvervsvirksomhed, herunder at udbyde internetforbindelser til borgere og virksomheder. Efter kommunalfuldmagtsreglerne vil en kommune kunne etablere elektroniske kommunikationstjenester, fx internetforbindelser til eget brug, herunder til kommunens institutioner mv.

En kommune vil endvidere, hvis der er tale om lovlig opstået overkapacitet, som kommunen ikke kan afskaffe, kunne sælge eller udleje en sådan overkapacitet i et elektronisk kommunikationsnet til markedspris. Det er imidlertid en betingelse, at der ikke er tale om en bevidst planlagt overskudskapacitet, som er dimensioneret med det formål at opnå mulighed for at varetage opgaver, der normalt ikke er kommunale, fx erhvervsaktiviteter.

En kommune kan som udgangspunkt ikke yde støtte til enkeltpersoner eller enkeltvirksomheder. Kommunal støtte kan imidlertid være lovlig, hvis støtten sker til varetagelse af lovlige kommunale opgaver. Hvis den aktør, der modtager kommunal støtte, *både udøver lovlige og ikke-lovlige kommunale opgaver*, kan kommunen yde driftstilskud på betingelse af, at tilskuddet øremærkes til at gå til de lovlige kommunale opgaver.

Da anlæg kan anvendes til enhver aktivitet, kan anlægsstøtte ikke øremærkes. Det betyder, at en kommune ikke give anlægsstøtte til aktører, der laver både lovlige og ikke-lovlige kommunale opgaver.

Udgangspunktet om forbud mod kommunal erhvervsvirksomhed fraviges for så vidt angår kommuners produktion til eget brug. Det følger af tilsynspraksis, at kommuner har en adgang til at forsyne sig selv med varer og tjenesteydelser i det omfang, kommunalbestyrelsen finder, at der herved sker den bedste udnyttelse af de kommunale ressourcer.⁴

Det er ikke en kommunal opgave at forsyne borgere med internetadgang.⁵ Dette følger både af praksis fra tilsynet og af forarbejderne til teleloven, hvoraf fremgår, at det ikke er en kommunal opgave efter kommunalfuldmagtsreglerne generelt at stille elektroniske kommunikationstjenester til rådighed for borgerne.

Der gælder yderligere en række modifikationer til forbuddet mod kommunal erhvervsvirksomhed, herunder reglerne om accessorisk virksomhed.

Det antages i tilsynspraksis, at kommuner i et meget begrænset omfang kan varetage accessoriske opgaver, dvs. opgaver der som udgangspunkt ikke er kommunale opgaver, men som har en så nær og naturlig tilknytning til en lovlig kommunal aktivitet, at det ville være urimeligt, hvis ikke kommunen kunne varetage den opgave. Som eksempel nævnes ofte et cafeteria i tilknytning til en lokal skøjtehal.

Det antages endvidere i tilsynspraksis, at adgangen til at udøve accessorisk virksomhed ikke kan gå længere end formålet tilsiger, og skal være underordnet i forhold til hovedvirksomheden, og at det er en betingelse, at den accessoriske virksomhed søges bortforpagtet.

Statsforvaltningens udtalelse af 22. januar 2009 til Kerteminde Kommune omhandlede kommunens vederlagsfrie overdragelse af et antennenet, som indeholdt både en tv- og en internetdel. Her vurderede Statsforvaltningen, at Kerteminde Kommune ikke vederlagsfrit kunne overdrage den del af antennenettet, der vedrørte internet uanset, om der var tale om en accessorisk opgave til tv-antenneforsyningen. Statsforvaltningen lagde vægt på, at accessorisk virksomhed som udgangspunkt skal søges bortforpagtet på markedsmæssige vilkår, og at en afhændelse af den del af anlægget, som vedrørte tv, derfor også skulle ske på markedsmæssige vilkår.

Da kommunalfuldmagtsreglerne er dynamiske og kan ændre sig over tid, kan det ikke udelukkes, at gældende tilsynspraksis ift. internetdelen på sigt kan blive ændret. På det foreliggende grundlag er der imidlertid ikke udsigt til en ændring af praksis⁶, hvorfor vi ikke anbefaler at indbringe spørgsmålet for Ankestyrelsen.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet har i en sag vedrørende Københavns Kommunes mulighed for at varetage driften af belysningen på private fællesveje i brev af 16. december 2003 til Kommunernes Landsforening udtalt følgende:

⁴ Indenrigsministeriets skrivelse af 23. juni 1991, j.nr. 1989/1115-15.

⁵ Se bl.a. Ankestyrelsens brev af 18. januar 2019 til Silkeborg Kommune samt Indenrigs- og Sundhedsministeriets udtalelse af 16. september 2004 til Nørre-Djurs Kommune.

⁶ En praksisændring kan fx foranlediges af en ændring af reglerne på tilstødende områder, eller af at samfundet har udviklet sig, særligt sammenholdt med, at den seneste udtalelse på området er af ældre dato.

"En kommune må endvidere antages at kunne betale for driften af belysningen på private fællesveje, hvis belysningen etableres af hensyn til trafikanternes almindelige tryghedsfølelse samt af kriminalpræventive årsager. Endvidere vil kommunen i et vist omfang kunne henvise til sin forpligtelse til en forsvarlig økonomisk forvaltning. Endelig vil kommunen – i tilknytning til ovennævnte formål – kunne inddrage trafikmæssige, herunder trafiksikkerhedsmæssige formål i vurderingen af, om der foreligger en saglig kommunal interesse."⁷

1.2 Regler om udbudspligt

Bekendtgørelse om offentligt udbud ved salg af kommuners og regioners faste ejendomme⁸ finder anvendelse, når offentlige myndigheder sælger fast ejendom. Hvis anlægget betragtes som fast ejendom, skal overdragelse eller salg heraf derfor ske i henhold til reglerne i denne bekendtgørelse.

Det fremgår af Statsforvaltningens udtalelse af 22. januar 2009 om overdragelse af et kommunalt antennenet, at et fællesantenneanlæg skal betragtes som en installation og ikke som "fast ejendom", hvorfor bekendtgørelsen om offentligt udbud ved salg af kommuners og regioners faste ejendom *ikke* finder anvendelse.

De "almindelige" udbudsregler finder alene anvendelse, hvis kommunen foretager et indkøb, dvs. indgår en "offentlig kontrakt".

Offentlige kontrakter er i udbudsloven defineret som "*gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser*".

Udbudspligten afhænger af kontraktens værdi, idet kontrakter skal i EU-udbud, hvis værdien overstiger de følgende tærskelværdier (2018-2019 værdier): Varer og tjenesteydelser: 1.645.367 kr. Bygge- og anlægsarbejder: 41.305.415 kr.

Ved blandede kontrakter, herunder kontrakten som både indeholder salg og indkøb, vil det bero på en konkret vurdering, hvilken tærskelværdi, kontrakten skal "følge". Som tommelfingerregel gælder, at hvis en del af kontrakten, som kan udskilles (fx en driftsforpligtelse) i sig selv overstiger tærskelværdien, skal hele kontrakten i EU-udbud.

2. VURDERING

2.1 Kommunens mulighed for at stille krav til erhververen af anlægget om at udrulle fibernet i kommunen til brug for internetforsyning af kommunens borgere

Nedenfor følger en gennemgang af forskellige modeller for kommunens overdragelse af anlægget, herunder kommunens mulighed for at stille krav til erhververen af anlægget om at udrulle fibernet i kommunen til brug for internetforsyning af kommunens borgere.

⁷ Indenrigs- og Sundhedsministeriet henviser i deres brev af 15. oktober 2010 til Københavns Kommune vedrørende driften af belysningen på private fællesveje ligeledes til brevet af 16. december 2003.

⁸ BEK nr. 799 af 24/06/2011.

Vi har tidligere vurderet en række forskellige modeller for kommunens overdragelse af anlægget, hvorfor dele af nedenstående er udtryk for en sammenfatning af vores tidligere vurderinger.

2.1.1 Kommunens vederlagsfrie overdragelse af anlægget

Kommunen har tidligere haft et ønske om at overdrage anlægget vederlagsfrit til en privat antenneforening. Baggrunden for kommunens ønske var, at kommunen ved at overdrage anlægget vederlagsfrit til en privat antenneforening herved kunne bidrage til at kommunens borgere blev forsynet med tv og internet.

For så vidt angår den del af anlægget, som vedrører internetforsyning, er der ikke hjemmel i kommunalfuldmagten, til at kommuner kan påtage sig denne opgave. Kommunen kan således heller ikke yde støtte til en privat antenneforening eller en anden erhverver i form af en vederlagsfri overdragelse af den del af anlægget, der knytter sig til internetforsyning.

Kommunen kan derimod vederlagsfrit overdrage den del af anlægget, som vedrører tv under forudsætning af, at visse betingelser af opfyldt.⁹

Kommunen kan på baggrund af ovenstående ikke lovligt overdrage hele anlægget vederlagsfrit. Kommunen kan dog vederlagsfrit overdrage tv-delen og sælge internetdelen til markedspris.¹⁰ Kommunen kan i forbindelse med overdragelsen af tv-delen lovligt stille krav til erhververen om brugerinddragelse.

Det er vores vurdering, at en anden model for overdragelse, hvor overdragelsen af anlægget har karakter af en gave, ikke vil være lovlig – herunder fx en model, hvor kommunen låner penge til erhververen af anlægget til brug for erhvervets – da dette vil have karakter af omgåelse.

Som gennemgået ovenfor, vil det ikke være lovligt, hvis kommunen vederlagsfrit overdrager anlægget. Spørgsmålet er derfor, om kommunen i forbindelse med salget af anlægget til markedspris kan stille krav om, at erhververen udruller fibernet til brug for internetforsyning af private husstande.

Da der i kommunalfuldmagten ikke er hjemmel til, at kommunen forestår internetforsyning af kommunens borgere, kan kommunen heller ikke lovligt stille krav til erhververen om, at denne udruller fibernet til *private husstande*.

⁹ Kommunen er forpligtet til at sikre, at støtten ikke ydes til aktiviteter, der udøves med fortjeneste for øje. Adgangen til tv via anlægget skal stilles til rådighed for alle borgere i kommunen, eller for en kreds af borgere, der er sagligt afgrænset. Støtten må ikke ydes til enkeltpersoner, fx ved at den pågældende antenneforenings formue ved et ophør overlades til foreningens medlemmer. Dette kan fx sikres ved, at i tilfælde af, at den pågældende antenneforening inden for en vis årrække ønsker at sælge anlægget, har kommunen en "tilbagekøbsret" til samme pris, som anlægget er solgt for (det vil sige 0 kr.). I en øvrig opløsningssituation inden for en vis periode, bør det ligeledes sikres, at den del af antenneforeningens nettoformue, som kan henføres til erhvervets af anlægget, tilfalder kommunen.

¹⁰ Se nærmere herom i vores notat af 22. august 2019 om modeller for overdragelse af Ishøj Fællesantennenet.

Om kommunens mulighed for at stille krav til erhververen om udrulning af fibernet til brug for internetforsyning af *kommunens institutioner*, se nedenfor under 2.2.

2.1.2 *Kommunens indtægter fra salg af anlægget anvendes til at udrulle fibernet til brug for internetforsyning af kommunens borgere*

Kommunen ønsker at få afklaret, om kommunen i forbindelse med salget af anlægget til markedspris lovligt kan oprette en "pulje" med indtægterne fra salget med henblik på at anvende midlerne til at udrulle fibernet i kommunen til brug for internetforsyning af kommunens borgere.

Det er vores vurdering, at dette vil være i strid med kommunalfuldmagten, da der i kommunalfuldmagten ikke er hjemmel til at kommunen forestår internetforsyning af kommunens borgere

2.2 **Kommunens mulighed for at stille krav til erhververen af anlægget om at udrulle fibernet i kommunen til brug for internetforsyning af kommunens institutioner**

Kommunalretlige overvejelser

Kommuner har adgang til at forsyne sig selv med varer og tjenesteydelser i det omfang kommunen finder, at der herved sker den bedste udnyttelse af de kommunale ressourcer. En kommune kan derfor lovligt etablere et kommunenet til brug for varetagelse af fx internforsyning af kommunens *egne institutioner*. Kommunen kan som alternativ hertil lovligt betale en privat leverandør for at varetage denne opgave.

Da kommunen som gennemgået under punkterne 2.1.1 og 2.1.2 ikke vederlagsfrit kan overdrage hele anlægget eller i øvrigt sælge hele anlægget til under markedsprisen, er kommunen i forbindelse med salget forpligtet til at kræve markedsprisen for anlægget.¹¹

Det er vores anbefaling, at kommunen i forbindelse med salget sikrer sig kommunens behov for anvendelsen af et kommende fibernet. Dette kan ske ved i aftalen om salg af anlægget at indsætte en klausul om, at kommunen fortsat skal kunne benytte nettet til eget brug.

En model herfor, som vi har drøftet med kommunen, er at gennemføre salget af anlægget som en omvendt licitation, således at de interesserede virksomheder ikke konkurrerer på at tilbyde den højeste købspris. I stedet for at betale en købssum for anlægget, forpligter erhververen sig til at udrulle fibernet til en række kommunale institutioner, og virksomhederne konkurrerer på at tilbyde fibernet til flest mulige kommunale institutioner.¹²

¹¹ Kommunen kender på nuværende tidspunkt ikke markedsprisen for anlægget, men kommunen skal i forbindelse med salget gøre sig bestræbelser for at fastlægge denne.

¹² Vi har lagt til grund, at erhververen opnår ejerskab over fibernet.

Kommunen kan efter vores vurdering lovligt stille krav til erhververen om brugerinddragelse af kommunens institutioner i forbindelse med driften af det kommende fibernet, da dette er et sagligt hensyn at varetage.

Kommunen kan ligeledes stille krav til erhververen om brugerinddragelse af borgere (private) for så vidt angår tv-delen.

Kommunen kan derimod ikke lovligt stille krav til erhververen om brugerinddragelse af borgere (private) i forbindelse med internetdelen, da der i kommunalfuldmagten ikke er hjemmel til at kommunen forestår internetforsyning af kommunens borgere, og da et sådan krav netop vil indebære, at værdien af anlægget mindskes.

Kommunen bør sikre, at kontrakten indeholder en klausul om, at anlægget falder tilbage til kommunen i tilfælde af, at erhververen ikke overholder sin forpligtelse om at udrulle fibernet til de kommunale institutioner.

Kommunen skal i forbindelse med ovenstående i øvrigt iagttage principperne om saglighed og økonomisk forsvarlig forvaltning.

Udbudsretlige overvejelser

Overdragelse af et kommunalt antennenet betragtes som en installation og ikke som "fast ejendom", hvorfor bekendtgørelsen om offentligt udbud ved salg af kommuners og regioners faste ejendom ikke finder anvendelse. Foretager kommunen et almindeligt salg af anlægget (dvs. uden at lave en omvendt licitation), finder udbudslovens regler ikke anvendelse, og kommunen skal derfor ikke iagttage en udbudspligt.

Hvis kommunen gennemfører salget af anlægget som en omvendt licitation, hvor erhververen forpligter sig til at udrulle fibernet til kommunale institutioner, skal kommunen derimod sikre sig, at en eventuel udbudspligt overholdes. Det skyldes, at udrulning af fibernet til kommunale institutioner samt kommunens løbende brug af fibernet, er en ydelse, som kommunen ellers skulle have indkøbt, hvorfor udbudsloven finder anvendelse.

Ydelsen består i indkøb af en internettjeneste, hvorfor der efter vores vurdering er tale om en tjenesteydelse. Tærskelværdien for tjenesteydelser er 1.645.367 kr. Afgørende for, om der skal gennemføres et udbud er således, om kontraktens værdi overstiger dette beløb.

Når overdragelsen af anlægget gennemføres som en omvendt licitation med det formål at få fibernet udrullet til flest mulige kommunale institutioner, og hvor den virksomhed, som kan tilbyde fibernet til flest mulige kommunale institutioner til gengæld herfor, erhverver anlægget, er værdien af anlægget udtryk for kontraktværdien.

Kommunen skal således undersøge den estimerede værdi af anlægget for at afgøre, om kontrakten er udbudspligtig eller ej. Det anbefales, at kommunen i den forbindelse indhenter en tredjepartsvurdering. Hvis kontraktens estimerede værdi overskrider tærskelværdien på 1.645.367 kr., er kontrakten udbudspligtig og skal derfor udbydes efter reglerne i udbudslovens afsnit II.

Hvis kontraktens estimerede værdi derimod ikke overstiger tærskelværdien på 1.645.367 kr., er kommunen ikke forpligtet til at overholde reglerne i udbudslovens afsnit II. Kontrakten vurderes ikke umiddelbart at have klar grænseoverskridende interesse, hvorfor der ikke er krav om annoncering efter udbudslovens afsnit IV. Hvis kontraktens estimerede værdi overstiger 500.000 kr., finder udbudslovens afsnit V anvendelse. I så fald skal kontrakten indgås på markedsmæssige vilkår efter udbudslovens § 193. Hvis kontraktens estimerede værdi er under 500.000 kr., er kommunen bundet af almindelige forvaltningsretlige regler og principper, herunder aftaleindgåelse på markedsmæssige vilkår.

2.3 Nedlægning af tomrør

Spørgsmålet er her, om kommunen kan vedtage en generel politik, hvorefter kommunen nedlægger tomrør i forbindelse med andre gravearbejder i kommunen.

Baggrunden for kommunens ønske om en sådan politik er at undgå omfattende nye gravninger, når der skal føres kabler og andre ledninger, da disse således i stedet kan føres gennem tomrøret. En generel politik om at nedlægge tomrør i forbindelse med andre gravearbejder er begrundet i hensynet til at minimere antallet af gravearbejder i kommunen, da gravearbejder er til gene for kommunens borgere og medfører en vis trafikmæssig risiko. Politikken er ligeledes begrundet i samfundsmæssige værdispildbetragtninger. Det forhold, at kommunen og andre kan anvende tomrørene medfører således besparelser, da gravearbejder ikke er nødvendige.

Kommunen kan ikke på nuværende tidspunkt fastlægge, hvilke projekter de pågældende tomrør skal anvendes til. Formålet er netop, at tomrørene kan anvendes, når der opstår endnu ikke planlagte projekter og situationer. Et sådant projekt kunne fx være en udrulning af fibernet i kommunen.

Kommunen har oplyst, at omkostningerne forbundet med nedlægning af tomrør er begrænsede, da materialeomkostningerne er lave, ligesom graveomkostninger er begrænsede, når der i forvejen foretages gravearbejder.

Det er vores vurdering, at det er i overensstemmelse med reglerne i kommunalfuldmagten, at kommunen vedtager en generel politik om, at der nedlægges tomrør i forbindelse med gravearbejder i kommunen, når tomrørene benyttes i forbindelse med projekter der kan karakteriseres som lovlige kommunale opgaver.

Vi har ved vurderingen lagt vægt på, at baggrunden for kommunens ønske om at vedtage en sådan politik er hensynet til fremtidssikring i form af, at kommunen minimerer gravearbejder, herunder vejafspærringer mv., i kommunen. Kommunen ønsker således med politikken at varetage hensynet til trafikanternes tryghedsfølelse og trafikmæssige, herunder trafiksikkerhedsmæssige hensyn, som er lovlige kommunale opgaver, jf. Økonomi- og Sundhedsministeriets brev af 16. december 2003 samt Indenrigs- og Sundhedsministeriets brev af 15. oktober 2010. Vi har desuden lagt vægt på, at der efter det oplyste er begrænsede udgifter forbundet med nedlægningen af tomrør.

Det er ligeledes vores vurdering, at princippet om ledig overkapacitet og accessorisk virksomhed indebærer, at tomrørene i begrænset omfang kan anvendes til projekter, hvor der ikke er tale om lovlige kommunale opgaver, fx i forbindelse med udrulning af fibernet til borgere i kommunen, under forudsætning af, at der er ledig kapacitet i rørene.

Det er dog en forudsætning herfor, at formålet med nedlægning af tomrør ikke er begrundet i ønsket om at stille rør til rådighed for opgaver, som ikke kan karakteriseres som lovlige kommunale opgaver, herunder fx udrulning af fibernet til borgere i kommunen. Det er ligeledes en forudsætning, at tomrørene alene i begrænset omfang anvendes til denne slags aktiviteter.

Det bemærkes, at kommunen i forbindelse med gravearbejder skal iagttage de almindelige udbudsretlige regler. Det forhold, at der nedlægges tomrør har ingen selvstændig betydning for udbudspligten.