

Kurt Helles Bardeleben  
partner, advokat (H)  
Dampfærgevej 10, 2. sal  
2100 København Ø  
Sag 24307 kba/æj  
16. september 2019  
Endelig

## **NOTAT TIL HVIDOVRE KOMMUNE**

### **Om Valg af investor til Holmene**

#### **1 Problemstilling**

Kommunalbestyrelsen i Hvidovre Kommune har besluttet at undersøge mulighederne for at gennemføre projektet Holmene i en selskabskonstruktion i samarbejde med en investor.

Hvidovre Kommune har i den forbindelse bedt mig om at vurdere, om kommunen uden nogen form for konkurrenceudsættelse kan indlede et samarbejde med en konkret udvalgt investor.

#### **2 Konklusion og anbefaling**

Den investoraftale, som skal indgås, er ikke omfattet af formelle udbudsregler. Desuagtet er det min vurdering, at Hvidovre Kommune er forpligtet til at gennemføre en udbudsproces, der sikrer at valget af investor sker under iagttagelse af de almindeligt gældende princippet om lighed- og gennemsigtigt.

Indgåelse af en aftale uden forudgående konkurrenceudsættelse indebærer risiko for, at den private part opnår fordele, som efterfølgende vil kunne karakteriseres som ulovlig statsstøtte med krav om tilbagebetaling m.m. Det er nemlig ikke muligt på det foreliggende grundlag at afdække, hvad der må anses for at være markedsvilkår for den palette af transaktioner, der vil være mellem en investor og Hvidovre Kommune i et selskab.

For at sikre, at Hvidovre Kommune ikke kommer på kollisionskurs med statsstøttereglerne og de kommunalretlige regler, tilråder jeg, at valget af investor sker efter en udbudsproces og forhandlinger med udvalgte investorer.

#### **3 Faktum og forudsætninger**

Hvidovre Kommune har i en årrække arbejdet hen mod en realisering af Holmene, og jeg har siden 2017 bestået kommunen med at fastlægge en hensigtsmæssig organisering af projektet, der balancerer Hvidovre Kommunes ønske om involvering i projektet med ønsket om en vis risikobegrænsning for kommunen.

Som følge heraf anbefalede jeg i mit notat af 7. juni 2019, at Hvidovre Kommune søger projektet realiseret i et selskab sammen med en privat samarbejdspartner.

Jeg har i sommeren 2019 bistået Hvidovre Kommune med at gennemføre en markedsdialog bestående af en række møder med udvalgte investorer.

Markedsdialogen er sket på grundlag af et "Mini-prospekt" af 22. maj 2019, hvor der i høj grad er lagt op til, at investorerne vil få lov til at byde på opgaven senere i processen, i overensstemmelse med en nærmere fastlagt plan for valget af investor.

Markedsdialogen har ikke givet anledning til konkrete udmeldinger fra investorerne, som kan danne grundlag for en vurdering af markedsvilkårene for at få en investor ind i projektet. Investorerne har nemlig været tilbageholdende og tilkendegivet, at de ville afvente de endelige aftalevilkår m.m.

#### **4 Statsstøtte**

Da Hvidovre Kommune ønsker at indgå aftale med en privat investor om etableringen af et selskab, der skal drive projektet, indebærer aftaleindgåelsen bl.a., at Hvidovre Kommune indhenter en delvis ekstern finansiering af projektet gennem den private investor, at den private investor bidrager med viden og kompetencer inden for realisering af atypiske projekter, at Hvidovre Kommune helt eller delvist apportindskyder projektforarbejdet, etc.

Den kreditfacilitet som investoren stiller til rådighed med henblik på gennemførelsen af projektet, skal i sagens natur modsvares af en forrentning.

Det er på nuværende tidspunkt ikke afdækket, hvordan forrentningen skal dække over, herunder størrelsen på rentetilskrivning, hvor stort et risikotillæg investor forventer, mv.

Hertil kommer, at man ikke på nuværende tidspunkt har kunnet foretage en fuld afdækning, af hvilke opgaver som den private investor skal forestå i forbindelse med realiseringen af projektet.

Der er i den forbindelse behov for en stillingtagen til de statsstøtteretlige problemstillinger, der opstår, såfremt Hvidovre Kommune vælger ikke at udbyde investorrollen.

##### **4.1 Jus**

Det fremgår af TEUF (Traktaten Om Den Europæiske Unions Funktionsmåde), artikel 107, stk. 1, at:

*"Bortset fra de i traktaterne hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne."*

Efter bestemmelsen foreligger der statsstøtte, og statsstøttereglerne finder anvendelse, når følgende fem kumulative betingelser er opfyldt:

- 1) Der skal ydes støtte til en virksomhed
- 2) Støtten ydes ved hjælp af statsmidler
- 3) Støtten skal udgøre en fordel
- 4) Støtten skal være selektiv
- 5) Støtten skal fordreje konkurrencevilkårene og påvirke samhandelen i det indre marked.

##### **1) ad virksomhedsbegrebet:**

I henhold til EU-Domstolens praksis, defineres virksomheder som enheder, der udøver økonomisk aktivitet, uanset hvordan enheden er finansieret eller organiseret.

Økonomisk aktivitet defineres endvidere af EU-Domstolen som *"enhver aktivitet, der består i at levere varer og tjenesteydelser på et marked"*.

I den konkrete situation, er der ingen tvivl om, at den private investor, udgør en enhed, der driver økonomisk aktivitet. Det kan derfor også lægges til grund, at den påtænkte investrorolle i projektet udgør en økonomisk aktivitet efter statsstøttereglerne.

## 2) ad statsmidler:

Begrebet "statsmidler" i TEUF, artikel 107, stk. 1, omfatter alle midler, der hidrører fra den offentlige sektor, herunder også kommunale midler.

Det er selvsagt, at den situation hvor kommunen, uden om selskabet, har "penge oppe af lommen" indebærer at der sker betaling via stats/kommunale midler.

Spørgsmålet i relation til det konkrete projekt, bliver imidlertid om kommunens apportindsud i selskabet – og investorens efterfølgende "fee" i form af rentetilskrivning mv. – direkte eller indirekte indebærer en transaktion/betaling hvor offentlige midler indgår.

Særligt i forhold til projektet gælder nemlig, at selskabet som udgangspunkt skal hvile i sig selv, så længe der er tale om jordopfyldningsaktiviteter. Det indebærer også at forrentningen af den kreditfacilitet, investoren stiller til rådighed, som udgangspunkt alene finansieres af de indtægter som selskabet oppebærer gennem jordopfyldning og det senere salg af byggemodnet grunde.

Det følger af Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte, at;

*"Offentlige virksomheders midler er også statsmidler efter traktatens artikel 107, stk. 1, fordi staten kan træffe bestemmelse om anvendelse af disse midler"*

Det er således også afgørende om kommunen har en bestemmende indflydelse på selskabets midler.

I sag C-482/99 Stardust, Frankrig mod Kommissionen, udtalte EU-Domstolen om begrebet statsmidler, at:

*"Følgelig har Kommissionen ikke anlagt en fejlagtig fortolkning af begrebet »statsmidler« i artikel 87, stk. 1, EF ved at antage i den anfægtede beslutning, at midler fra offentlige virksomheder såsom Credit Lyonnais og dens datterselskaber var kontrolleret af staten og dermed undergivet dennes bestemmelsesret. Når staten udøver en dominerende indflydelse på sådanne virksomheder, er den nemlig fuldt ud i stand til at træffe bestemmelse om anvendelsen af disses midler, herunder om de i givet fald skal anvendes til at finansiere særlige fordele for andre virksomheder."*

Det er således ikke udelukket, at selskabets betaling for investorens ydelser qua overskududlodning mv. indebærer, at statsmidler anvendes til finansiering af særlig fordel for investoren.

Domstolen udtalte endvidere i sagen, at:

*"Den omstændighed alene, at en offentlig virksomhed er oprettet i form af et privatretligt kapitalselskab, kan dog ikke, selv om denne selskabsform giver det en vis autonomi, udelukke, at en støtteforanstaltning, der træffes af et sådant selskab, kan tilregnes staten (jf. i denne retning dommen af 21.3.1991 i sag C-305/89, Italien mod Kommissionen, præmis 13). Den omstændighed, at en sådan virksomhed er undergivet kontrol, og at der som følge heraf i praksis består en reel mulighed for at udøve en dominerende indflydelse, indebærer, at det på forhånd ikke er udelukket at tilregne staten en foranstaltning truffet af en sådan virksomhed, og der følgelig ikke kan udelukkes at være en risiko for omgåelse af traktatens regler om*

*statsstøtte, selv om den offentlige virksomheds juridiske form i sig selv er relevant som et blandt flere indicier for, om staten i et konkret tilfælde er impliceret eller ej"*

Det er ikke på nuværende tidspunkt muligt entydigt at konkludere, om kommunen vil yde en bestemmende indflydelse i statsstøttehenseende, eller i øvrigt vil handle på en sådan måde, der bevirker at selskabets indtægter kan klassificeres som værende statslige (=kommunale) midler, selvom det naturligvis står klart, at kommunen kommunalretligt ikke kan udøve bestemmende indflydelse i selskabet.

Under alle omstændigheder, kan problemstillingen imødegås, derved at kommunen kan godtgøre, at kommunens apportindskud i selskabet, og overskudsdelingen med investoren (herunder også renteindtægterne) er sket i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip, jf. notatets afsnit 4.1 stk. 3.

### 3) Ad fordel

Fordelsbegrebet omfatter i henhold til EU-Domstolens praksis enhver økonomisk fordel, som en virksomhed ikke ville have opnået på normale markedsbetingelse (=uden den kommunale finansiering).

Såfremt den private investor modtager en højere betaling for levering af en ydelse, end markedsprisen måtte tilsige, foreligger der en økonomisk fordel. Dette gælder tilsvarende også i en situation hvor den private investor lettes for økonomiske byrder, som investoren ellers skulle have afholdt.

Måtte kommunen yde en investering på markedsvilkår, foreligger der ikke en økonomisk fordel for modtageren. EU-kommissionen anvender i den forbindelse det "markedsøkonomiske investorprincip" som pejlestang for, om en investering er ydet på markedsvilkår.

Det markedsøkonomiske investorprincip indebærer en vurdering af, om en privat investor af en sammenlignelig størrelse, som handler på normale markedsvilkår i en markedsøkonomi, under samme omstændigheder, ville have foretaget den pågældende investering.

Såfremt en sådan vurdering påviser, at dette ville have været tilfældet, foreligger der ikke en økonomisk fordel.

På nuværende tidspunkt har kommunen alene afholdt en enkelt markedsdialog, hvor de deltagende investorer ikke ønskede at uddybe, på hvilke vilkår de ville indgå i et samarbejde med kommunen. Det betyder også, at jeg på nuværende tidspunkt, ikke har de nødvendige forudsætninger for at vurdere, om den aftale kommunen måtte med en investor ved direkte tildeling, sker på markeds-mæssige sædvanlige vilkår.

### 4) Ad selektivitet

Der er kun tale om statsstøtte, såfremt der er tale om foranstaltninger, der begunstiger visse virksomheder (eller sektorer). Er der derimod tale om foranstaltninger af general samfundsmæssig karakter, der er tilgængelig for alle virksomheder i en medlemsstat – på lige vilkår – er der derimod ikke tale om en selektiv foranstaltning.

I den konkrete situation indgås der netop alene et samarbejde med en enkelt investor. Der er således ikke tvivl om, at den påtænkte aftale er selektiv.

### 5) Ad Konkurrenceforvridende og samhandelspåvirkning

Den kommunale støtte anses for at virke konkurrenceforvridende, såfremt det kan sandsynliggøres, at den støtte, som kommunen yder, vil forbedre modtagerens stilling i forhold til andre virksomheder, som modtageren konkurrer med.

I henhold til EU-Domstolens praksis, anses en konkurrence som fordrejet, i en situation, hvor en offentlig myndighed tildeler en fordel (jf. ovenstående afsnit om økonomisk fordel) i en liberaliseret sektor.

Dette indebærer at modtageren, gennem støtten, ex. vil kunne opretholde eller udvikle produktion mv., hvor det ellers ikke ville have været tilfældet uden støtten.

Indgår kommunen en aftale med en privat investor, uden at sikre sig, at det sker på markedsøkonomiske vilkår jf. ovenstående afsnit om økonomiske fordele, bevirker dette, at betingelsen om konkurrenceforvridende støtte er opfyldt.

Afslutningsvis, er det en forudsætning for, at der er tale om statsstøtte, at kommunens "støtte" påvirker samhandlen.

Det følger således også af TEUF artikel 107, stk. 1, at den kommunale støtte kun er omfattet af EU-reglerne, hvis støtten er egnet til at påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne. Det bemærkes i den forbindelse, at det ikke er et krav at støtten faktisk påvirker samhandlen, men alene at støtten kan antages at påvirke samhandlen.

Det fremgår i den forbindelse af EU-Domstolens praksis, at en støtte kan antages at påvirke samhandlen, når foranstaltningen styrker en virksomheds stilling i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandlen inden for det indre marked.

Selvom projektet alene angår lokale forhold (=landindvinding mv.) kan det ikke udelukkes, at en støtte til den private investor kan påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne.

Det bærende argument for, at der er tale om samhandelspåvirkning i det konkrete projekt er, at forventes, at projektet vil modtage jord fra Sverige.

Hertil kommer, at der også vil være tale om en samhandelspåvirkning såfremt en virksomhed, fra en anden medlemsstat, kunne levere de samme tjenesteydelser – og at der er en vis realitet i denne mulighed.

I den konkrete situation, er det ikke givet på forhånd, at virksomheder i andre EU-lande måtte være interesseret i at påtage sig den investorerolle som kommunen påtænker at tildele ved direkte tildeling – det kan dog på den anden side heller ikke udelukkes.

#### 4.2 Vurdering

Som det fremgår af ovenstående afsnit 4.1.1, er der en lang række momenter, der tale for, at den støtte som indirekte ydes til den private investor, indebærer et element af støtte, der er omfattet af TEUF artikel 107, stk. 1.

Da betingelserne i TEUF, artikel 107, stk. 1, er kumulative, er det derfor centralt, at kommunen – i relation til tilrettelæggelsen af tildelingen af investorerollen – sikrer sig at aftalen sker på markedsædsige vilkår.

Som beskrevet i afsnittet om økonomiske fordele i afsnit 4.1.1 stk. 3, er der ikke tale om ulovlig statsstøtte, såfremt det kan godtgøres, at den aftale som kommunen indgår med den private investor, er sket på markedsvilkår (= det markedsøkonomiske investorprincip).

I sin meddelelse om statsstøttebegrebet har Kommissionen uddybet, hvad der efter praksis skal til for at fastslå, at det markedsøkonomiske investorprincip er opfyldt.

Det fremgår af meddelelsen at Kommissionen umiddelbart vil anse det markedsøkonomiske investorprincip for at være opfyldt, og at transaktionen ikke vil udgøre statsstøtte, hvis:

- 1) Tiltaget iværksættes på lige vilkår for offentlige og private (pari passu) eller
- 2) Der gennemføres konkurrencepræget, gennemsigtigt, ikkediskriminerende og ubetinget udbud.

Såfremt kommunen ikke benytter sig af en af ovenstående muligheder, er dette dog ikke ensbetydende med, at den offentlige investering ikke finder sted på markedsvilkår. Det forudsætter dog at kommunen kan påvise via en anden valid metode, at der er handlet på markedsvilkår (=benchmarking).

På baggrund af de foreliggende oplysninger synes det ikke relevant at anvende princippet om pari passu.

Hvis kommunen ikke vælger at udbyde investorerollen ved et konkurrencepræget, ikke diskriminerende og ubetinget udbud, kræves det – for at investorprincippet er opfyldt – at kommunen på anden vis kan påvise, at aftalen med investoren er indgået på markedsvilkår.

Det forudsætter derfor, at kommunen enten 1) har sammenlignelige cases (=benchmarking) eller 2) kan påvise markedskonformiteten gennem en almindeligt accepterede standardvurderingsmetode.

Henset til at projektet er uden sammenlignelige fortilfælde er det uholdbart at søge markedskonformiteten påvist gennem en standardvurderingsmetode.

Hertil kommer, at man i forbindelse med de indledende markedsundersøgelser kunne konkludere, at de inviterede investorer ikke var villige til at dele deres erfaringer i relation til prissætning mv., men at investorerne i stedet ville afvente et egentlig udbud.

Det er derfor min vurdering, at markedskonformiteten reelt kun kan påvises via et åbent og gennemsigtigt udbud af investorerollen.

EU Kommissionen anfører i sin meddelelse om statsstøttebegrebet at;

*“ I tråd med dette afsnit finder Kommissionen, at en økonomisk fordel navnlig kan udelukkes, hvis eneretten til at operere infrastrukturen (eller dele af den) tildeles mod betaling efter et offentligt udbud, som overholder de relevante betingelser i punkt 90-96”*

Om de relevante betingelser for udbuddet anfører Kommissionen bl.a. at:

*“ Et udbud skal være konkurrencepræget og give alle interesserede og kvalificerede tilbudsgivere mulighed for at deltage i udbuddet.*

...

*Udbuddet skal være gennemsigtigt, så alle interesserede tilbudsgivere kan blive informeret ligeligt og behørigt under hele udbudsproceduren. Adgang til oplysninger, tilstrækkelig tid til interesserede tilbudsgivere og klarhed om udvælgelses- og tildelingskriterierne er alle afgørende elementer for en gennemsigtig udvælgelsesprocedure. Et udbud skal være tilstrækkeligt offentliggjort, så alle potentielle tilbudsgivere har mulighed for at blive bekendt med det. Hvad der er en passende grad af bekendtgørelse for at sikre tilstrækkelig offentliggørelse i et givet tilfælde, afhænger af de enkelte aktivers, varers eller tjenesteydelsers karakteristika. Udbud angående aktiver, varer og tjenesteydelser, som på grund af deres høje værdi eller øvrige egenskaber kan tiltrække tilbudsgivere, der opererer i hele Europa eller internationalt, bør bekendtgøres på en sådan måde, at de kan tiltrække potentielle tilbudsgivere, der opererer i hele Europa eller internationalt.”*

Om anvendelsen af udbud som en metode til at udelukke statsstøtte, kan henvises til EU-Domstolens praksis i Land Burgenland-sagen (I de forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P,)

Her fastslog Domstolen, at en offentlig myndigheds salg af en virksomhed gennem et lovformeligt udbud, medførte en formodning for, at markedsprisen svarede til det højeste (bindende og troværdige) bud, uden at det herefter ville være nødvendigt at benytte andre vurderingsmetoder, såsom en uafhængig ekspertundersøgelse.

Domstolen anførte i sin præmisser bl.a. at:

*” Det følger heraf, at det var med føje, at Retten i præmis 70 og 87 i Burgenland-dommen og i præmis 77 i GRAWE-dommen lagde til grund, at der er formodning for, at markedsprisen svarer til det højeste bud, når en offentlig myndighed foretager et salg af et selskab, som tilhører den, gennem en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure, idet det dog skal godtgøres, at dette bud for det første er bindende og troværdigt, og at en hensyntagen til andre økonomiske faktorer end prisen for det andet er ubegrundet.*

*Under sådanne omstændigheder kan det således ikke pålægges Kommissionen at benytte andre midler med henblik på undersøgelsen af markedsprisen, såsom uafhængige sagkyndige vurderinger.”*

Domstolens præmisser i Burgenland-sagen indebærer, at Kommunen opnår en højere grad af sikkerhed, såfremt tildelingen af investorrullen sker via udbud.

Sker tildelingen derimod uden forudgående udbud, står kommunen i en situation, hvor man ikke – hvis der indledes en sag ved Kommissionen – vil kunne godtgøre, at indgåelsen af aftalen med den private investor er sket på markedsmæssige vilkår.

Såfremt Kommissionen måtte finde, at der foreligger ulovlig statsstøtte, er konsekvensen, at statsstøtten skal tilbagebetales. Med andre ord vil en senere afgørelse om, at der foreligger ulovlig statsstøtte være fatalt for projektets fremdrift. Derfor er det afgørende, at statsstøtteproblemstillinger tænkes allerede nu.

## **5 Kommunalretten og forvaltningsretten**

### **5.1 Jus**

En kommune er formelt set ikke underlagt særlige regler ved valg af en selskabspartner i et selskab stiftet efter kommunalfuldmagten.

En kommune er imidlertid underlagt de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger, dvs. at kommunen er forpligtet til at træffe beslutningen om valg af investor på et oplyst grundlag, ud fra saglige hensyn og under iagttagelse af ligebehandlingsprincippet. Beslutningen om direkte tildeling er således en forvaltningsretlig afgørelse.

Efter helt fast praksis fra domstolene og ombudsmanden, er en kommune forpligtet til at oplyse sagen på en sådan måde, at der er tilvejebragt et forsvarligt grundlag for en afgørelse.

Derudover medfører lighedsgrundsætningen, at en kommune skal behandle potentielle investorer lige, når der vælges en investor.

Med andre ord er kommunen forpligtet til at oplyse sagen (sondere markedet), og ud fra nogle saglige kriterier (eksempelvis faglig og finansiel formåen, forrentning af indskudskapital, kontraktvilkår, etc.) fastlægge om den investor, man ønsker at indgå aftale med, tilbyder markedskonforme vilkår.

Endelig er en kommune forpligtet til at agere økonomisk forsvarligt, hvilket i praksis indebærer, at kommunen skal agere økonomisk ansvarsbevidst, således at der ikke unødigt påføres kommunen udgifter eller tab, som kunne være undgået.

## 5.2 Vurdering

Der har i sagen været gennemført en markedsdialog, hvor udvalgte potentielle investorer var inviteret til møde om, hvad der var vigtigt for investorerne i forbindelse med et udbud af investorerollen. Markedsdialogen var således tilrettelagt ud fra, at Hvidovre Kommune fulgte min anbefaling om at udbyde investorerollen.

I forbindelse med markedsdialogen har ingen af de inviterede investorer ønsket at fremkomme med konkrete indikationer af, under hvilke forudsætninger og på hvilke vilkår, de ville være villige til at investere i Holmene.

Jeg vurderer således ikke, at der på nuværende tidspunkt er foretaget en tilstrækkelig oplysning af sagen, som kan danne grundlag for direkte tildeling af investorerollen.

Dette begrundes navnlig i, i) at det ikke gennem eksempelvis sammenligningshandler mv., er muligt med tilstrækkelig sikkerhed at identificere hvad der er "markedsvilkår" for et projekt som dette, og ii) at den gennemførte markedsdialog ikke har medført indikationer af, hvad der må anses for markedsvilkår i et projekt som dette.

Sagens oplysning skal også ses i lyset af Hvidovre Kommunes forpligtelse til at agere økonomisk forsvarligt. Hvidovre Kommune er således forpligtet til at sikre sig, at kommunen ikke ved valg af investor påfører sig selv yderligere udgifter eller tab end højest nødvendigt.

Selvom Hvidovre Kommune ikke kan modtage udbytte over en vis procentdel af den investerede kapital, vil vilkårene for en investors delskabsdeltagelse i høj grad kunne have betydning for, om kommunen agerer økonomisk ansvarligt.

Eksempelvis påvirker investors afkastkrav størrelsen af selskabets bidrag til en infrastrukturpulje, som kan bidrage til at holde kommunens omkostninger til infrastruktur i området nede.

Et andet eksempel er, at en forhandling af ejerftale, finansiering, etc. alt andet lige vil have et andet indhold, hvis den sker i konkurrence med andre bydere. Således kan Hvidovre Kommune risikere, at det manglende konkurrenceelement i sig selv medfører, at aftalerne med en investor bliver mere byrdefulde for Hvidovre Kommune, end hvis de var forhandlet i konkurrence med andre bydere.

Endelig skal det bemærkes, at mini-prospektets angivelse af, at *hvis* Hvidovre Kommune vælger at inddrage en investor, vil denne blive fundet på grundlag af et udbud, må forventes at have haft afgørende betydning for, hvordan investorerne har forberedt sig på mødet. Det kan derfor være i strid med lighedsprincippet, hvis der på nuværende tidspunkt sker direkte tildeling.

Det er muligt, at en fornyet markedsdialog yderligere kan afklare, hvad markedsvilkårene for en investor er i forbindelse med et projekt som dette. Det er imidlertid langt fra givet, at det vil være tilfældet, og under alle omstændigheder ikke i tilstrækkeligt omfang til at afdække de statsstøtteretlige risici, jf. ovenfor.



Konsekvenserne af, at en evt. afgørelse om valg af investor ikke er tilstrækkeligt oplyst eller strider mod lighedsgrundsætningen er, at afgørelsen kan kendes ugyldig, hvis den bliver påklaget, med den konsekvens, at selskabet skal afvikles og evt. indskud skal tilbagebetales. Dertil kommer, at der kan være statsstøtteretlige konsekvenser, jf. ovenfor.

## **6 Udbud**

### **6.1 Jus**

Kommunens model for projektet forudsætter, at der findes en privat medejer til det selskab som skal forestå realiseringen af projektet. Den omstændighed at en kommune etablerer et selskab, sammen med en privat indebærer, at kommunen ikke kan indgå en aftale med selskabet, uden at iagttage udbudsreglerne (medmindre in-house-reglen finder anvendelse).

Kommunen kan iagttage udbudskravet derved at der enten 1) sker udbud af den opgave som selskabet skal varetage, eller 2) at kommunen udbyder medejerskab af det selskab, som skal stå for realiseringen af projektet (=udbud af investorrollen).

Forarbejder til lov om kommunernes udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber (lov 548) anfører, at problemstillingen i praksis kan løses på følgende måde:

*"En kommune kan ikke undgå at konkurrenceudsætte en opgave ved at lægge opgaven direkte over i et fælles selskab. Henlæggelse af opgaver til et fælles selskab skal som hidtil ske under hensyn til EU's udbudsregler og de EU-retlige principper om ligebehandling og ikke-diskrimination. Principielt kan tildelingen af en opgave til et sådant selskab i etableringsfasen ske på to måder. Enten ved at opgaven udbydes med et kontraktvilkår om, at den private aktør, som vinder kontrakten, indtræder i selskabet, eller ved at selskabet etableres og herefter deltager i konkurrencen om opgaven på lige fod med andre aktører."*

Herom anfører Rikke Søgaard Berth i Kommunale Aktieselskaber 1. udgave s. 43. at:

*"da synspunktet hviler på en fortolkning af EU-Udbudsreglerne, finder det også anvendelse på andre selskaber end lov 548-selskaber, dvs. selskaber reguleret af en sektorlov eller af kommunalfuldmagtsreglerne."*

### **6.2 Vurdering**

Det er min vurdering, at gennemførelsen af projektet forudsætter, at der sker udbud af investorrollen, idet kommunen ved en direkte tildeling, ikke vil kunne indgå aftale med selskabet om realisering af projektet, netop fordi der ikke er sket udbud af opgaven.

Kommunen kan derfor ikke indskyde projektet i selskabet, førend der er gennemført en udbudsproces.

Kommunen vil således stå i en situation, hvor selskabet skal byde på opgaven, og det er derved ikke garanteret at selskabet vinder udbuddet. Dette også i lyset af, at jeg ikke vurderer, at selskabet vil være omfattet af in house-reglen, og at det er særdeles tvivlsomt, om udbudspligten kan afløftes ved brug af en delegationsmodel.

Gennemfører kommunen derimod et udbud af investorrollen, vil kommunen kunne indskyde projektet i selskabet – med de dertilhørende udbudspligtige kommunale opgaver.

## **7 Salg af kommunal fast ejendom**

### 7.1 Jus

Det følger af kommunestyrelseslovens § 68, at der salg af kommunale faste ejendomme skal ske ved offentligt udbud. Udbuddet skal ske i henhold til Bekendtgørelse om offentligt udbud ved salg af kommunens henholdsvis regionens faste ejendomme.

Der er ikke i fundet praksis, som forholder sig til den særlige situation, at en kommune i et selskab med en privat investor indskyder et apportindskud bestående af et projektmateriale, som efter en årrække vil blive til fast ejendom, som selskabet kan sælge.

### 7.2 Vurdering

Efter min vurdering kan projektmaterialelet ikke umiddelbart sammenlignes med fast ejendom, hvorfor indskud af projektmaterialelet ikke vil være omfattet af Kommunestyrelseslovens § 68. Men ud fra en analogi til principperne bag Kommunestyrelsesloven og i lyset af de ovenfor anførte betragtninger vedrørende Statsstøttere reglerne og kommunalretten, mener jeg ikke at en afhændelse af projektet kan ske ved et direkte salg uden en forudgående udbudsproces.

København den 16. september 2019

Kurt Helles Bardeleben