

UDVIKLING AF HOLMENE

UDBUDS- OG STATSSTØTTERETLIGE OVERVEJELSER

1. BAGGRUND OG FORMÅL

Det er visionen, at der skal bygges 9 kunstige øer ved Avedøre Holme ved opfyldning af søterritoriet med overskudsjord ("Projektet").

Øerne skal huse grønne virksomheder, videninstitutioner og højt kvalificeret arbejdskraft fra indlandet og udlandet. Øerne bliver således hjemsted for digitalisering, innovation og grøn omstilling. Det er en målsætning, at Holmene bliver et af Nordeuropas største, grønneste og mest innovative erhvervsområder.

Det er meningen, at øerne skal temainddeles i brancher, således at man ved interaktionen mellem øerne kan udnytte synergier.

Det er hensigten, at Projektet skal gennemføres af et til formålet stiftet selskab, som skal ejes i fællesskab af henholdsvis Kommunen og en privat investor ("Investor").

Kommunen har bedt Horten om at udarbejde et notat om de udbudsretlige forpligtelser relateret til processen for Kommunens valg af en medejer, og først i næste led at fremkomme med egentlig anbefalinger med hensyn til selve processens gennemførelse. Da statsstøttereglerne efter omstændighederne kan være relevante for Projektet, berører vi også dette ganske kort.

Notatet er disponeret således, at konklusionerne er sammenfattet i afsnit 2, og vi har i afsnit 3 indsat det faktum, som notatet er baseret på. I afsnit 4 redegøres for de udbudsretlige rammer, mens vi i afsnit 5 kort beskriver de statsstøtteretlige rammer, som skal iagttages. I afsnit 6 berører vi kort betydningen af og processen forud for en anlægslov.

2. SAMMENFATNING

Sammenfattende er det vores vurdering, at Kommunen kan vælge Investor som medejer i Selskabet, uden dette valg er udbudspligtigt i udbudslovens forstand. Tilsvarende vurderer vi, at Selskabet ikke vil være en ordregivende myndighed i udbudsretlig forstand og derfor kan indgå aftaler uden udbud.

Investors deltagelse i Selskabet vil eventuelt kunne udgøre en "fordel" i statsstøtteretlig forstand. Vi anbefaler, at det nærmere undersøges, om Kommunens valg af medejer vil være en statsstøtteretligt relevant situation, og hvis dette er tilfældet, hvordan der kan etableres en proces, der sikrer, at prisen for Investors aktieandel fastsættes, så en eventuel "fordel" afløftes.

3. DEN AF KOMMUNEN ØNSKEDE MODEL

Hvidovre Kommune ønsker, at Projektet forankres i en ny retlig enhed (formentlig et P/S) ("Selskabet"), der ejes i fællesskab af Kommunen og en privat aktør (Investor).

Det er en forudsætning, at Kommunen maksimalt ejer 50 % af selskabet, da Kommunen – med mindre andet måtte følge af en anlægslov – ikke må have bestemmende indflydelse. Kommunen har oplyst, at Selskabet vil blive ejet af Kommunen og Investor i forholdet 49,9-50,1.

Ejerfordelingen sker ud fra Kommunens og Investors indskud i Selskabet (aktiekapitalen). Kommunen har oplyst, at det er hensigten, at Kommunen ikke indskyder kapital eller grunde i Selskabet, og at Selskabet ikke skal udvikle på kommunalt ejede grunde. I stedet værdiansættes selve projektidéen, og denne indskydes i Selskabet.

Investor indskyder kapital i Selskabet og skal stille driftskapital til rådighed for Selskabet. Dette skal ske på armslængdevilkår.

Om kapitalbehovet har Kommunen oplyst følgende:

"Kapitalbehovene forfalder lidt forskelligt i projektfaserne.

- *Anlægget opbygges efter hvile i sig selv princippet. Det betyder, at gatefeen fra tilkøbt jord finansierer anlægsudgifterne. Kassekredit-ten skal finansierer forskydningerne i betalingerne, anslået udgift 2,7 mia. kr. der må ikke være et overskud, da opbygningsfasen sker i et jordforsyningsselskab, som håndteres af selskabet.*
- *Infrastrukturen på øerne beløber sig til 0,5 mia. kr. og finansieres indover kassekredit-ten. Samarbejdspartneren stiller som bekendt kassekredit-ten til rådighed. Udlæggene fra infrastrukturopbygning-ten finansieres af grundsalgene, som sker successivt i takt med øernes færdiggørelse. "*

Selskabet får ansvaret for at arealudvikle og facilitere Projektet, herunder etablere øerne, byggemodne og i sidste ende sælge byggegrundene til investorer eller slutkøbere.

Kommunen har oplyst, at Selskabet ikke vil købe ydelser af Investor i denne forbindelse. Investor vil i kraft af sin egenskab af ejer deltage med repræsentere i ledelsesorgan(er). Vi forudsætter, at Investor *ikke* vil yde egentlig rådgivning til Selskabet.

4. UDBUDSRETLIGE RAMMER

I dette afsnit 4 skitseres de udbudsretlige rammer for henholdsvis Kommunens valg af en medejer og Selskabets efterfølgende indkøb af ydelser.

Ved "udbudspflicht" forstås i dette afsnit pligten til at udbyde *efter reglerne i udbudsloven*.

En kommunes deltagelse i et selskab er som udgangspunkt ikke udbudspligtigt, idet denne disposition ikke indebærer *et indkøb* (hvorved forstås en gensidigt bebyrdende aftale om Kommunens indkøb af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder).

Afgørende for vurderingen af udbudspligten bliver derved, om Investor eller Selskabet skal levere ydelser til Kommunen.

Det er oplyst, at Investor alene er finansiel investor, og at Investor derfor ikke skal levere ydelser til Kommunen. Kommunen vil således heller ikke indgå aftale med Investor om eventuel yderligere projektudvikling.

Det er endvidere oplyst, at der ikke skal indgås aftale mellem Kommunen og Selskabet om, at Selskabet skal udføre opgaver for Kommunen. Selskabet skal derimod – i eget regi og "i egen økonomiske interesse" – varetage etablering, byggemodning og salg, hvilket vil indebære indkøb af ydelser fra tredjeparter – men ikke fra Investor.

Vi har vurderet, at det forhold, at Kommunen sammen med Investor – som en del af aftalegrundlaget om stiftelse af Selskabet – fastlægger vilkårene for Investors levering af driftskapital ("kreditfaciliteten") til Selskabet, ikke skal betragtes som Investors levering af en ydelse til Kommunen. Dette skyldes, at det er Selskabet – og ikke Kommunen –, der er modtager af kreditfaciliteten, samt at det udelukkende er Selskabet, der er forpligtet over Investor, herunder at det alene er Selskabet, der skal betale for tilrådighedsstillelse af kreditfaciliteten (renter mv.). Kommunen vil ikke skulle levere en modydelse for kreditfaciliteten og vil heller ikke på anden vis være forpligtet eller berettiget i relation til Investors tilrådighedsstillelse af kreditfaciliteten. Det bemærkes dog, at praksis fra domstolene og Klagenævnet for Udbud er sparsom, og vores vurdering er derfor behæftet med en mindre usikkerhed.

Henset til ovenstående er det vores vurdering, at Kommunen kan vælge en privat investor som medejer i Selskabet, uden dette valg er udbudspligtigt.

Da Kommunen ifølge vores oplysninger ikke vil få bestemmende indflydelse (ledelsesmæssig kontrol) i Selskabet eller vil udpege mere end halvdelen af medlemmerne i ledelsesorganerne (uanset om en anlægslov måtte give mulighed herfor), og da Selskabet ikke "for mere end halvdelens vedkommende" vil være finansieret af staten, regionale og kommunale myndigheder, vil Selskabet ikke være et offentligt organ og kan dermed indgå aftaler uden udbud.

5. STATSSTØTTERETLIGE RAMMER

Den af Kommunen ønskede model skal tilrettelægges således, at Investoren ikke gennem sin deltagelse i Selskabet opnår fordele, der har karakter af statsstøtte.

Kommunens projektidé skal derfor indskydes til markedsværdi på indskudstidspunktet, hvilket som udgangspunkt sikres gennem revisors vurdering.

Der er dog tale om et komplekst projekt, som vil folde sig ud over en årrække. Det er derfor ikke givet, at det udgør en tilstrækkelig sikring mod statsstøtte, at idéen indskydes til revisorvurderingen. Dette kan tale for, at Kommunens valg af medejer sker efter en konkurrenceudsættelse. Her kan konkurrencen tilrettelægges sådan, at der konkurreres om størrelsen på det kapitalindskud, som potentielle investorer vil betale for at opnå 50,1 % ejerskab til Selskabet, eller de vilkår, de potentielle investorer er villige til at stille driftskapital til rådighed på.

Vi anbefaler, at Kommunen i denne indledende fase undersøger, om valget af medejer er en statsstøtteretligt relevant transaktion, og hvilken proces der i givet fald vil kunne sikre, at der ved valget af medejer ikke sker en tilsidesættelse af statsstøttereglerne og dermed helt undgå tvivl om grundlaget for valg af og tilbagebetaling fra medejeren.

6. BETYDNING AF ANLÆGSLOVEN

Anlægsloven vil formentlig fastsætte rammerne for strukturen for Projektet (selskabsform, styringsmæssige rammer, evt. proces for valg af medejer), for ejerskab til øerne, for finansiering af Projektet, for VVM-mæssige rammer mv.

Folketinget kan ikke i en anlægslov fritage Kommunen eller Selskabet for udbudspligt, hvis en sådan pligt følger af EU-reglerne. Derimod vil der i anlægsloven kunne fastsættes en pligt til konkurrenceudsættelse, som går videre end hvad der følger af udbudslovens regler.

Vi anbefaler, at Kommunen udarbejder et katalog over forhold, der bør, hhv. ikke bør, reguleres i anlægsloven, og hvordan reguleringen bør være. Dette bør

ske med afsæt i Kommunens løbende drøftelser med relevante statslige myndigheder om Projektet. Det er således afgørende for at sikre rammer for Selskabet, der er hensigtsmæssige for Kommunen, at Kommunen går ganske langt ind i processen med en anlægslov, da denne er grundlaget for Selskabets aktivitet.

Hellerup, den 2. oktober 2019
Horten

Peter Bisgaard

Rikke Søgaard Berth

UDKAST