



HAUGAARD NIELSEN
ADVOKATPARTNERSELSKAB
Skibbrogade 3, 3
9000 Aalborg

Att. Flemming Elbæk

Dato: 03-04-2017

Anmodning om fritagelse for offentligt udbud

Advokat Flemming Elbæk har på vegne af Aalborg Kommune den 16. december 2016 anmodet Statsforvaltningen om samtykke til, at kommunen kan overdrage en række større arealer uden offentligt udbud til et udviklingsselskab i forbindelse med byudviklingen af Stigsborg Havnefront.

Ankestyrelsen

7998 Statsservice

Tilsynet med kommunerne varetages fra 1. april 2017 af Ankestyrelsen, jf. kommunestyrelseslovens § 47, stk. 1.

Sagsnummer.: 2016 - 83039

SAGSBEHANDLER:

Christian Bernhard

Resumé

Ankestyrelsen finder, at der i det konkrete tilfælde foreligger særlige forhold, der kan begrunde, at de omhandlede arealer kan overdrages uden offentligt udbud.

Telefon: 7256 7000

EAN-Nr. 5798000354821

skriv til os via ast@ast.dk

www.ast.dk

Ankestyrelsen meddeler derfor samtykke til, at Aalborg Kommune uden forudgående offentligt udbud kan overdrage de arealer, der skal indgå i de enkelte etaper af byudviklingsprojektet Stigsborg Havnefront til det udviklingsselskab, som i den forbindelse skal stiftes og ejes af Aalborg Kommune og en privat investor.

Her følger en gennemgang af sagens baggrund og en nærmere begrundelse for Ankestyrelsens opfattelse.

Sagens baggrund

Advokat Flemming Elbæk oplyser, at baggrunden for henvendelsen er den forestående gennemførelse af byudviklingen af Stigsborg Havnefront, der er en ny bydel nord for Limfjorden beliggende i Nørresundby, vest for Limfjordsbroen og øst for Limfjordstunnelen.

Det oplyses blandt andet, at området i dag stort set er ubebygget og ubeboet, og at der stort set ingen infrastruktur er i området, hverken i form af kloakering eller vejnet mv. Området skal således byudvikles fra bunden.

Det oplyses endvidere, at Aalborg Kommune i flere år har overvejet,

hvorledes området kan byudvikles, og at det overordnede formål med projektet er at samle Aalborg og Nørresundby. Limfjorden og Limfjordsbroen danner en naturlig akse i Aalborg og Nørresundby. Stigsborg Havnefront er den eneste af de fire kvadrater i aksens, der endnu ikke er udviklet. Området ligger helt ud til Limfjorden, og der er i området ca. 2 km kystlinje.

Området, der skal udvikles er samlet ca. 43 hektar stort, og der påtænkes en etapevis byudvikling over 25-30 år. Der forventes en bebyggelsesprocent på ca. 130, og området skal huse ca. 7000 nye indbyggere fordelt på ca. 4000 ny boliger – primært ejerboliger, men også lejeboliger. Herudover skal der også være almenyttigt byggeri samt erhverv i området. De samlede bebyggelser vil fordele sig over ca. 31 hektar af arealet.

Det oplyses, at arealerne, der skal udvikles, ejes for langt hovedpartens vedkommende af Aalborg Kommune og Aalborg Havn. Aalborg Kommunes ejerandel af de samlede arealer er ca. 35 hektar. Aalborg Havns arealer på ca. 7,5 hektar kan dog først udvikles, når lederen, Hedegaard A/S er fraflyttet, hvilket sker omkring 2026.

Det fremgår, at området tidligere var erhvervsområde, og dele af dette er stærkt forurenet af blandt andet arsen fra en tidligere asfaltproduktion. Det antages således, at arsenudvaskningen fra Stigsborg Havnefront udgør 98 % af den samlede arsenudvaskning til Limfjorden. Disse stærkt forurenende arealer udgør ca. 12 hektar af de samlede arealer og vil ikke blive bebygget. Det er en afgørende forudsætning for Aalborg Kommune, at denne forurening bliver håndteret i forbindelse med byudviklingen, samt at dette sker efter bedste tilgængelige metoder og standarder, idet området i modsat fald vil forblive ubeboeligt.

Det oplyses, at udover inddækninger og mindre oprensninger, skal forureningen håndteres gennem fremrykning af kystlinjen over ca. 1 km, idet denne fremrykning kan reducere udvaskningen af forurenende stoffer til Limfjorden betragteligt. En fuldstændig oprensning af området vil koste et anseeligt millionbeløb, der vil umuliggøre udviklingen af området, og alternative, men tilsvarende effektive, midler tages derfor i brug.

Det oplyses, at selve planen for udviklingen af Stigsborg Havnefront bliver til på baggrund af en arkitektkonkurrence, hvor tre virksomheder giver hver deres bud på en fuldstændig, overordnet plan for udviklingen af det samlede område, herunder i hvilken rækkefølge udviklingen skal ske. På baggrund af disse planer, vil der blive sammensat en samlet, overordnet udviklingsplan for området.

Udviklingen er således betinget af en samlet udvikling, idet området skal give et samlet indtryk på tværs af samtlige 43 hektar i området. Selve udviklingen forventes at koste ca. 1. mia. kr.

Det oplyses i ansøgningens side 4-6, at:

"2.2. Den påtænkte struktur i udviklingen af Stigsborg Havnefront

Det er grundet kompleksiteten og omkostningerne ved udviklingen af Stigsborg Havnefront fundet hensigtsmæssigt at organisere udviklingen i selskabsform. Udviklings-selskabet, vil blive organiseret som et partnerselskab, der er den mest anvendte selskabsform i forbindelse med ejendomsudviklingsprojekter. Selskabet skal grundet omkostningerne ved udviklingen både have deltagelse af AK (Aalborg Kommune) samt en ekstern investor.

Det er en afgørende forudsætning for AK, at området udvikles løbende og kontinuerligt i en samlet helhed, således at der ikke sker "knopskydninger" i den geografiske udvikling af området, således som det er sket i eksempelvis Ørestaden i København.

Grundet forureningsforholdene og den manglende infrastruktur i området, er det ikke muligt at udvikle området i én, samlet etape. Kommunen kan ikke løfte udviklingsopgaven selv grundet omkostningerne, og det er efter en gennemgang af markedet foretaget af Nykredit Markets, som AK har entreret som projektleder af udviklingen af Stigsborg Havnefront, vurderet som umuligt at få en investor til at deltage i et selskab med AK, hvor Stigsborg Havnefront skal udvikles på én gang. Dette skyldes kompleksiteten i projektet, samt de midler der skal bindes i projektet.

Udviklingen vil således ske etapevist, hvorefter udviklingen af området umiddelbart vil ske således, at 10-15 hektar udvikles ad gangen. Etapeopdelingen er alene begrundet i strukturelle forhold, og der er en forventning om, at det bliver den samme investor, der er selskabsdeltager sammen med Aalborg Kommune i samtlige udviklingsselskaber. Som redegjort for under afsnit 2.1., er projektet én, samlet helhed, og de enkelte etaper vil derfor have en meget høj grad af indbyrdes sammen-hæng, og det er ikke retvisende at betragte udviklingen som et projekt bestående af en række enkeltstående projekter/etaper.

Udviklingen vil derfor blive gennemført via ét selskab pr. etape. Når byggemodningen i den enkelte etape er tilendebragt og byggeretterne er afhændet, vil det pågældende selskab blive likvideret. Dette ændrer ikke på, at det er det samlede areal på Stigsborg Havnefront, som skal udvikles. Der er således i realiteten tale om ét, samlet byggemodningsprojekt forestået af det samme udviklings-selskab, selvom der skiftes selskab og cvr-nummer mellem de enkelte etaper.

Kort over den geografiske afgrænsning af etape 1 vedlægges som bilag 9. De nærmere matrikler der skal indgå i denne etape er matr.nr. 295h, 295c, 298, 295g, 294a, 295b, 2a, 1ee, 7000b og 2e – alle med ejerlav Nørresundby Markjorder. Det er muligt, at der sker nogle meget små justeringer i, hvilke arealer, der skal udvikles i etape 1, da det ikke er helt afklaret om 1ee, 7000b og 2e – alle med ejerlav Nørresundby Markjorder, skal indgå i etape 1. Dette afhænger af den præcise strukturering af udviklingsarbejdet, hvilken ikke er helt afklaret, men vil blive det i løbet af de kommende måneder. Herudover vil etape 1 muligvis også omfatte matr.nr. 295a, Nørresundby Markjorder, men dette areal er ikke ejet af Aalborg Kommune, men Syres Bådelaug.

Den nærmere selskabsretlige konstruktion vil være således, at AK indskyder et afgrænset areal som apportindskud i det enkelte selskab mod aktier i dette. Herefter indskyder investoren driftskapital på baggrund af værdien af den enkelte etape. Denne værdi fremkommer som den kumulerede værdi af de indskudte arealer, forureningen i området, byggemodningstiltagene, estimeret afkast ved salg af byggeretter mv. Herved fremkommer således en retvisende markedspris for ejendommene, der skal udvikles. Det vil også være på baggrund af investorens bud, at værdien af AK's arealer bliver fastsat. Det er således på baggrund heraf, at AK tildeles kapitalandele i det enkelte udviklingsselskab. Driftskapitalen skal bruges til selve byggemodningen.

Herudover vil Aalborg Havn A/S også overdrage sine arealer til et af selskaberne i en given etape. Aalborg Havn A/S vil blive honoreret kontant for overdragelsen.

Udviklingen af etape 2 vil formentlig blive påbegyndt, inden etape 1 er afsluttet, ligesom etape 3 vil blive påbegyndt, inden etape 2 er afsluttet osv. Det vides dog endnu ikke præcist, hvilke arealer, der skal udvikles i etape 2 og de følgende etaper, da dette afhænger af eksempelvis håndteringen af forureningen og arbejdet med

kystfremrykningen. Det vides ikke endnu, hvor mange etaper udviklingen skal ske i, men umiddelbart bliver der tale om 4-5 etaper.

Investor er endnu ikke fundet, men vil blive det i foråret 2017, og der foregår i øjeblikket en omfattende proces med henblik på at finde den rette investor, der har både den økonomiske såvel som den organisatoriske formåen i forhold til at deltage i et sådant projekt som udviklingen af Stigsborg Havnefront. Processen fungerer således, at der identificeres en række (få) potentielle investorer, som der herefter indledes nærmere forhandlinger med, med det formål at sikre den optimale investor til gennemførelse af udviklingen af Stigsborg Havnefront.

Udviklingsselskabet til etape 1 vil ligeledes efter planen blive stiftet i foråret 2017, og det vil i den forbindelse blive sikret i selskabsdokumenterne mv., at kommunalfuldmagtsreglerne i relation til kommunal selskabsdeltagelse bliver overholdt. Første etape af selve byggemodningen skal efter planen påbegyndes i begyndelsen af 2018.

Investerings- og ejeraftalen i den forbindelse foreligger i et endeligt udkast og vedlægges som bilag 10. Der mangler at blive udfyldt en række punkter, idet dette afventer de nærmere forhandlinger med den kommende investor. De forhold i relation til at sikre overholdelsen af kommunalfuldmagten mv., der henvises til nedenfor under afsnit 3, kan dog ikke forhandles, og vil være gennemgående i samtlige selskaber i de enkelte etaper for at sikre lovligheden af kommunens deltagelse i selskaberne. Dette vil også fremgå af de øvrige selskabsretlige dokumenter såsom vedtægter mv. samt overdragelsesaftalerne mellem AK og selskaber. Samtlige af disse dokumenter forudsætte således at være identiske i samtlige etaper for at sikre overholdelse af kommunalfuldmagtsreglerne mv. Det bemærkes for den gode ordens skyld, at de bilag der henvises til i investerings- og ejeraftalen ikke er udarbejdet endnu, da de afhænger af de nærmere forhandlinger med den kommende investor.

Apportindskuddet af Aalborg Kommunes arealer i udviklingsselskaberne er en udbudspligtig overdragelse af fast ejendom, jf. udbudsbekendtgørelsen. Det er dog helt essentielt, at der bliver meddelt dispensation fra udbudsbekendtgørelsen i forbindelse med overdragelsen til udviklingsselskabet.

Det er afgørende, at den anden selskabsdeltager udover kommunen bliver den valgte investor, da der er ganske få investorer med den rette profil i relation til deltagelse i et projekt som udviklingen af Stigsborg Havnefront."

Det oplyses i ansøgningens side 7 - 11, at:

"3.1.1. Generelt om kommunal selskabsdeltagelse i medfør af kommunalfuldmagten

Udviklingsopgaven på Stigsborg Havnefront skal gennemføres i en selskabsretlig konstruktion. Der vil som nævnt under afsnit 2.2. blive tale om flere udviklingsselskaber, idet udviklingen gennemføres etapevist med ét udviklingsselskab pr. etape. Selskaberne vil blive struktureret som partnerselskaber. Konstruktionen vil herefter være således, at AK deltager som kapitalejer i selskabet, der ligeledes har deltagelse af en ekstern tredjepart, der kan være en institutionel investor.

Kommunens selskabsdeltagelse vil ske i medfør af kommunalfuldmagten.

I det følgende vil blive redegjort for reglerne om kommunal selskabsdeltagelse i medfør af kommunalfuldmagten, samt hvorfor AK's deltagelse i et sådant udviklingsselskab ligger indenfor rammerne af kommunalfuldmagten, herunder i relation til afholdelse af omkostninger og oppebæring af provenu i forbindelse med udviklingen af AK's grunde på Stigsborg Havnefront.

Der er fire krav, der skal være opfyldte, hvis det skal være lovligt for en kommune at deltage i et selskab i regi af kommunalfuldmagten.

1. Lovgivningen må ikke være til hinder for, at en given opgave kan løses i selskabsform.
2. Selskabet må udelukkende varetage lovlige kommunale opgaver.
3. Selskabet må ikke have et egentligt erhvervsøkonomisk formål.
4. En enkelt kommune må som klart udgangspunkt ikke have bestemmende indflydelse i selskabet.

I det følgende vil blive belyst, i hvilket omfang AK's deltagelse i et udviklingsselskab opfylder disse krav.

3.1.1.1. Ad. nr. 1 - Lovgivningsmæssige hindringer

I den konkrete situation vedrørende etableringen af et udviklingsselskab med henblik på byggemodning og byudvikling, er der ikke begrænsninger i enkelte sektorlove på AK's deltagelse i et udviklingsselskab af den påtænkte type.

3.1.1.2. Ad. nr. 2 – Varetagelse af lovlige kommunale opgaver

Kommunalfuldmagten giver hjemmel til at udføre opgaver, der sigter på at imødekomme borgernes fælles interesser.

Kommunen kan alene i medfør af kommunalfuldmagten deltage i selskaber, der varetager opgaver, kommunen selv kunne varetage i eget regi.

Kommuner har desuden efter almindelige kommunalretlige grundsætninger en helt generel forpligtelse til at handle økonomisk forsvarligt i alle dispositioner, ligesom det følger af sådanne grundsætninger, at kommuner normalt ikke uden lovhjemmel må yde tilskud til enkeltpersoner eller enkelte virksomheder.

Kommuner ejer ofte forskellige arealer beliggende indenfor de enkelte kommunegrænser. Disse arealer kan kommunerne anvende til forskellige formål. De eneste krav i den forbindelse er, at anvendelsen overholder gældende skreven lovgivning og kommunalfuldmagtsreglerne.

Byggemodning, byudvikling og andre infrastrukturopgaver på kommunens egne eksisterende arealer er i almindelighed klart indenfor, hvad en kommune typisk og lovligt kan beskæftige sig med indenfor kommunalfuldmagtens rammer.

For at AK's udvikling af egne arealer på Stigsborg Havnefront lovligt kan udføres i eget regi og dermed i selskabsform, jf. kommunalfuldmagten, skal følgende tre kriterier dog således være opfyldte:

Almennyttetekriteriet:

Opgaven skal have almenyttig karakter og skal have et generelt sigte som kommer kommunens borgere eller en sagligt afgrænset kreds af disse til gode. Dette udelukker støtte til enkeltpersoner eller enkelte selskaber.

Indskud mv. i selskabet skal derfor ske til markedsprisen.

Det er samtidig overensstemmende med kommunalfuldmagten, hvis en kommune i forbindelse med byudvikling i selskabsform indskyder arealet, der skal udvikles i selskabet, som apportindskud. Dette er det oftest forekommende i forbindelse med etableringen af selskaber, der har kommunal deltagelse. Dette skal dog ske til markedsprisen.

Det følger af investerings- og ejeraftalen for udviklingsselskabet vedrørende Stigsborg Havnefront, afsnit 7.2, at AK's ejendomme skal indskydes til markedspris, samt at denne pris vil fremkomme gennem eksterne vurderinger i form af tilbud fra den eksterne investor. Denne proces er der redegjort for under afsnit 2.2.

Herudover vil et kapitalindskud fra en ekstern investor, blive honoreret med kapitalandele i udviklingsselskabet på baggrund af den pris, investor har budt på arealerne mv., jf. afsnit 2.2., hvilket således er markedsprisen.

Lokalitetsprincippet:

Løsningen af opgaven skal hovedsageligt komme kommunen eller dens egne borgere til gode.

AK's deltagelse i et selskab der har til formål at udvikle Stigsborg Havnefront vil have til formål at tilgodese Aalborg som by og dermed AK som helhed.

Udviklingen af Stigsborg Havnefront vil således ikke være i strid med lokalitetsprincippet.

Opgavefordelingsprincippet:

Opgaven må ikke i lovgivningen være henlagt til staten eller regionerne. Dette er ikke tilfældet i forhold til udviklingen af Stigsborg Havnefront.

3.1.1.3. Ad. nr. 3 – ikke erhvervsøkonomisk formål

3.1.1.3.1. Generelt om forbuddet mod forfølgelse af et erhvervsøkonomisk formål

Det følger af såvel den juridiske litteratur som Statsforvaltningens praksis, at kommuner som udgangspunkt ikke må deltage i erhvervsøkonomisk virksomhed, der har et erhvervsøkonomisk formål.

Det følger af formålet med selskabsstiftelsen, jf. afsnit 1.2. i investerings- og ejeraftalen, at udviklingsselskabets formål er køb af byggeretter, byplanlægning, byudvikling, byggemodning mv. og herunder forureningshåndtering, drift og salg af byggeretter. Dette vil også fremgå af selskabets vedtægter.

Selskabets formål er således ikke erhvervsøkonomisk. Den omstændighed, at selskabet også har som formål at sælge byggeretter kan ikke ændre på dette, idet selskabet skal afhænde de byggemodnede arealer, når modningen er tilendebragt, hvilket er hele

formålet med at udvikle et byområde. Hvis AK udviklede Stigsborg Havnefront i eget regi, ville de byggemodnede arealer ligeledes skulle afhændes, når modningen var færdig.

En kommune kan desuden ikke oppebære udbytte fra et selskab, der ligger udover, hvad der svarer til en almindelig forrentning af den indskudte kapital. Denne begrænsning i adgangen til udbytter skal gælde alle deltagere i selskabet og ikke kun kommunen. En "almindelig forrentning" antages pt. at ligge på ca. 3-4 %.

I forhold til udviklingen af Stigsborg Havnefront er der i investerings- og ejerftalens afsnit 11.1. fastsat bestemmelser om, at der ikke løbende udloddes udbytte fra udviklingsselskabet under byudviklingen. Dette gælder ligeledes en kommende investor.

3.1.1.3.2. Salg til markedsprisen og økonomisk forsvarlighed

Selvom kommunen ikke kan udvikle egne grunde med henblik på salg med fortjeneste, vil det derimod være lovligt at oppebære fortjeneste til kommunen, hvis dette er en følge af, at udviklingen af arealerne har været effektiv, og at de udviklede grundstykker kan sælges med fortjeneste.

Det antages samtidig, at der er en forpligtigelse til at sælge grundstykkerne til markedsprisen, uanset at dette kan betyde en fortjeneste for kommunen, idet et salg til under markedsprisen vil kunne betyde begunstigelse af enkelte personer eller virksomheder, hvilket vil være i strid med kommunalfuldmagtsreglerne, jf. ovenfor. Herudover kan et sådant begunstigende salg være ulovlig statsstøtte. Investor er indrømmet en forkøbsret til de udviklede arealer, jf. investerings- og ejerftalens afsnit 10. Det følger af afsnit 10.2., at salget til investor skal ske til markedsprisen på baggrund af en nærmere fastsat model.

Det følger desuden af afsnit 10.5., at i det omfang investor ikke vil gøre brug af sin forkøbsret, da skal et salg af de udviklede arealer til tredjemand ske til en pris, der ikke er lavere end den, investor fik tilbudt.

Endelig fremgår det af investerings- og ejerftalens afsnit 7.5., jf. afsnit 8, at AK ikke kan forpligtes til at indskyde yderligere midler mv. i det enkelte selskab.

AK's indskud er således klart afgrænset til apportindskuddet af AK's arealer, hvilket sker til markedspriser.

Det er hermed sikret, at AK i forbindelse med udviklingen af arealerne og salget af de modnede arealer handler økonomisk forsvarligt i alle henseender.

3.1.1.3.3. Særligt om kapitalnedsættelser og likvidation

I et rent privatejet selskab vil kapitalnedsættelser og en eventuel likvidation af selskabet kunne ske med udgangspunkt i selskabslovens regler herom.

Det bemærkes, at såvel kapitalnedsættelser som en likvidation af de enkelte udviklingsselskaber til udvikling af Stigsborg Havnefront kan komme på tale, og sidstnævnte er særligt relevant, idet det enkelte selskab på et tidspunkt har opfyldt sit formål – udviklingen af arealerne – og derfor kan og bør likvideres. Disse dispositioner vil herefter sandsynligvis generere et provenu til selskabsdeltagerne, men er sædvanlige

forretningsmæssige dispositioner på dette stadie i udviklingen, idet selskaberne likvideres, når den pågældende etape er færdigudviklet og selskabet formål er opfyldt.

Disse dispositioner vil derfor ikke være i strid med forbuddet mod at drive virksomhed med erhvervsøkonomisk formål, idet der er saglige grunde til at foretage disse dispositioner.

Dette understøttes af sagen fra Fredericia Kommune, jf. Statsforvaltningen Syddanmarks udtalelse af 9. april 2010 om Fredericia Kommunes engagement i byudviklingsselskabet Fredericia C P/S, havde Fredericia Kommune og Realdania Arealudvikling A/S i et tillæg til deres partnerskabsaftale aftalt, at der kunne ske nedsættelse af kapitalen i forbindelse med Fredericia Kommunes potentielle købsforpligtigelse af op til 24 % af Realdania Arealudvikling A/S' aktier i selskabet. Provenuet skulle herefter for Fredericia Kommunes vedkommende bruges til købet af de aftalte dele af Realdania Arealudvikling A/S' aktiepost i selskabet.

Denne disposition giver ikke statsforvaltningen anledning til at fastslå, at der er tale om et forhold i strid med forbuddet mod at drive virksomhed med et erhvervsøkonomisk formål i et selskab med kommunal deltagelse, selvom Realdania Arealudvikling A/S hermed ville få et udbytte på, in casu, 60 mio. kr.

Det må herefter konkluderes, at likvidation og kapitalnedsættelser er fuldt lovlige, så længe de forfølger et sagligt og forretningsmæssigt sædvanligt formål.
(...)"

Følgende fremgår af ansøgningen side 12-13:

"3.1.1.4. Ad. nr. 4 – ikke bestemmende indflydelse

En kommune må i henhold til Statsforvaltningens praksis i forbindelse med deltagelsen i et selskab efter kommunalfuldmagten ikke have den bestemmende indflydelse i arealudviklingsselskabet, hverken via stemmeandele eller vedtægtsbestemmelser, ejeraftaler eller bestyrelsesmedlemmer m.v.

Enkeltstående vedtægts- eller aftalebestemte vetorettigheder for AK i form af eksempelvis enstemmighedskrav på generalforsamlingen mv. kan dog lovligt etableres.

I forhold til udviklingen af Stigsborg Havnefront er der i investerings- og ejeraftalens afsnit 7.4. indsat en bestemmelse om, at AK's ejerandel ikke kan overstige 50 % og at AK aldrig må få bestemmende indflydelse i selskabet. I forlængelse heraf følger det af afsnit 13.2., at Aalborg Kommune heller ikke kan udpege majoriteten af ledelsen selskabet.

I investerings- og ejeraftalens afsnit 12.3., er der oplyst en række vetorettigheder for aktionærerne, og hermed også AK, i forbindelse med generalforsamlingsbeslutninger.

Dette medfører ikke, at AK får bestemmende indflydelse i selskabet, idet AK højst kan blokere for en række beslutninger, som AK ikke finder hensigtsmæssige. AK kan således ikke positivt diktere den fremadrettede drift eller overordnede retning i selskabet. Dette tilkommer investor som majoritetsaktionær mv.

Den omstændighed, at Stigsborg Havnefront skal udvikles på baggrund af en udviklingsplan, der er vedtaget af byrådet i AK kan heller ikke medføre, at AK har

bestemmende indflydelse på udviklingsselskabet. Det vil være AK's egenskab af myndighed, der giver indflydelse i udviklingsselskabet, men denne situation er ikke anderledes end de tilfælde, hvor en virksomhed erhverver et lokalplanlagt areal, hvor kommunen også er myndighed. I denne situation har kommunen ikke bestemmende indflydelse i selskabet, selvom lokalplanen kan give endog meget snævre rammer for virksomhedens anvendelsesmuligheder i forhold til det pågældende areal. Den omstændighed, at Stigsborg Havnefront er omfattet af en udviklingsplan, der er vedtaget af AK, har således ingen indflydelse på den selskabsretlige vurdering af, om AK har bestemmende indflydelse i de enkelte udviklingsselskaber.

Udviklingsplanen vil alene have karakter af en helt overordnet plan for området, og detailreguleringen i de enkelte etaper samt den nærmere strukturering af arbejdet vil således henhøre under udviklingsselskabet og dets ledelse.

Herudover er der i tilsynspraksis, jf. sagen om Fredericia C P/S, side 35, i relation til lovligheden af selskaber med kommunal deltagelse lagt vægt på, om kommunen i øvrigt har betinget sig uafhængighed af selskabet i relation til tilladelser og planudarbejdelse, således at kommunen er uafhængig.

AK har ikke i investerings- og ejeraftalen eller i øvrigt betinget sig et bestemt resultat i relation til myndighedsbehandlingen af forhold vedrørende projektet, og AK er således i denne henseende uafhængig af udviklingsselskabet.

3.1.1.5. Kommunal selskabsdeltagelse i et partnerselskab

Det følger af bekendtgørelse nr. 1580 af 17. december 2013 om kommuners låntagning og meddelelse af garantier m.v. (lånebekendtgørelsen) § 14, stk. 1, 1. punktum, jf. styrelseslovens § 59, at kommunalbestyrelsen ikke uden tilsynsmyndighedens samtykke kan pådrage kommunen solidarisk og ubegrænset hæftelse gennem indtræden i et selskab. Samtykke er dog ikke nødvendigt, hvis kommunen alene hæfter med sit indskud og ikke er forpligtet til eventuelt at foretage yderligere indskud, jf. lånebekendtgørelsens § 14, stk. 1, 2. punktum.

Udviklingsselskaberne vil blive organiseret som partnerselskaber, jf. selskabslovens § 358.

AK og en kommende investor i ejendomsudviklingsselskabet vil være kommanditister i selskaberne.

I et partnerselskab er ansvaret for kommanditisternes vedkommende begrænset til den tegnede kapital, hvilket for AK's vedkommende er arealerne.

Komplementaren hæfter omvendt personligt, solidarisk og ubegrænset. Komplementaren vil blive et A/S eller ApS, som bliver oprettet af AK og investoren, der dog har begrænset ansvar – den indskudte kapital. AK's ansvar er også her begrænset til indskuddet i komplementarselskabet, hvilket vil blive et mindre beløb, der indskydes sammen med investor. Dette indskud skal sikre selskabslovens overholdelse i relation til minimumskapital.

AK's deltagelse i et ejendomsudviklingsselskab kræver derfor ikke forudgående samtykke fra Statsforvaltningen, hvorfor denne selskabsform er umiddelbart anvendelig ved udviklingen af Stigsborg Havnefront.

Dette følger også af tilsynspraksis, jf. sagen om Fredericia C P/S, side 39.

3.1.1.6. Konklusion - Aalborg Kommunes selskabsdeltagelse under kommunalfuld magten

Konklusionen er derfor, at AK kan udvikle og byggemodne egne arealer i selskabsform med deltagelse af en tredjepart.

Det er gennem investerings- og ejeraftalen sikret, at udviklingsselskabet ikke har et erhvervsøkonomisk formål, samt at AK og/eller udviklingsselskabet ikke handler økonomisk uforsvarligt i forbindelse med udviklingen af Stigsborg Havnefront. Det er desuden sikret, at der ikke sker begunstigelse af enkeltpersoner i processen, samt at AK ikke har bestemmende indflydelse selskabet eller på anden måde kan påvirke dette, således at AK's indflydelse bliver bestemmende.

Når disse kriterier er opfyldte, er det tidligere blevet fastslået af de kommunale tilsynsmyndigheder, jf. eksempelvis sagen om Fredericia P/S og Fredericia Kommunes engagement i byudviklingsselskabet Fredericia C P/S sammen med Realdania Arealudvikling A/S samt sagen om Køge Havn, at en sådan deltagelse er i overensstemmelse med kommunalfuldmagtsreglerne.

AK's deltagelse i et selskab til udvikling af Stigsborg Havnefront vil derfor ikke konflikte med de ovennævnte kriterier for kommunalretlig opgaveløsning under kommunalfuldmagten og er derfor at betragte som en lovlig kommunal opgave.
(...)"

Vedrørende fritagelse for udbud.

Det oplyses i ansøgningens side 16, at overdragelsen af arealerne vil ske til markedsprisen, og at det følger af investerings- og ejeraftalen for udviklingsselskabet i afsnit 7.2, at Aalborg Kommunes ejendomme skal indskydes til markedspris, og at markedsprisen vil fremkomme gennem indhentelse af eksterne vurderinger.

I ansøgningens side 17 oplyses det, at tilbudsgiveren i form af udviklingsselskabet og de efterfølgende selskaber i de forskellige etaper vil få en så nær tilknytning til Stigsborg Havnefront, at det vil være ubetænkeligt at sælge arealerne uden offentligt udbud, fordi Aalborg Kommune deltager i udviklingsselskabet/udviklingsselskaberne.

Det oplyses, at udviklingen skal ske i selskabsform med kommunal deltagelse for at sikre tilstrækkelig kapital til udviklingen samt for at sikre, at den kommunale interesse i håndteringen af de forskellige forhold på Stigsborg Havnefront tilgodeses.

Det oplyses endvidere, at der er tale om et overordentligt stort byudviklingsprojekt på ca. 43 hektar med en række komplicerede faktorer i form af bl.a. svær forurening, kystfremrykning, fraflytning af en større lejer og et fuldstændigt fravær af enhver form for infrastruktur i området. Disse forhold har Aalborg Kommune en klar interesse i at få håndteret.

Det oplyses, at der er meget få investorer, der kan indgå i et selskab med Aalborg Kommune og honorere de meget høje krav, der stilles til en investor i form af organisatorisk og økonomisk formåen. Den investor, der skal deltage i selskabet sammen med kommunen, vil således have nogle helt særlige forudsætninger for at deltage i selskabet, og der er en klar forventning om, at den investor, der vælges, bliver gennemgående i hele projektet.

Vedrørende tilbudsgivers konkrete og aktuelle behov for erhvervelse af arealerne fremgår det i ansøgningen side 18, at udviklingen af etape 1 skal påbegyndes i 2018, hvilket oplyses i ejendomsudviklingshenseende at være meget snart, henset til projektets størrelse og kompleksitet. Det oplyses, at der er en række operationelle forhold, der skal afklares inden den egentlige udvikling påbegyndes. Kommunen vurderer på den baggrund, at udviklingsselskabet har et aktuelt og konkret behov for at erhverve arealerne til udvikling af etape 1.

Følgende fremgår af ansøgningens side 18-20:

"Med hensyn til de øvrige etaper, så er den præcise afgrænsning af disse ikke afklaret endnu. Herudover vil de øvrige etaper blive udviklet i nye selskaber, men det er forventningen, at deltagerne bliver AK og den samme investor, som findes i foråret 2017.

Det er i den forbindelse helt afgørende, at udviklingsselskabet til stadighed har den organisatoriske og økonomiske formåen, der muliggør udviklingen. Dette har ligeledes betydning, når Aalborg Havn A/S skal overdrage sine arealer til et af udviklingsselskaberne, idet disse arealer er helt afgørende for den samlede udvikling af området, idet disse arealer binder Stigsborg Havnefront sammen med det øvrige Nørresundby, jf. bilag 1.

Det er således ikke muligt, at betragte projektet som bestående af en række enkeltstående etaper, da de enkelte etaper vil være indbyrdes afhængige i forhold til etableringen af infrastrukturen i området, i forhold til kystfremrykningen og forurenings håndteringen samt helhedsindtrykket i øvrigt. Det er meget store tiltag, der skal gennemføres i den retning. Dette fremgår af de medsendte bilag 3-9.

Etapeopdelingen er således alene strukturelt begrundet, idet området skal udvikles fra ingenting, og af hensyn til overskueligheden og kompleksiteten i projektet samt muligheden for overhovedet at tiltrække en investor, er det nødvendigt at opdele udviklingen i etaper.

Herudover vil der med stor sandsynlighed være overlap i den fysiske udvikling af arealerne, således at en ny etape påbegyndes, inden den forrige er afsluttet.

Udviklingen af Stigsborg Havnefront er således, uanset etapeopdelingen, ét stort udviklingsprojekt.

Behovet for de samlede arealer der skal udvikles er således både konkret og aktuelt, selvom udviklingen skal gennemføres over 25-30 år. AK har en saglig interesse i at projektet har en gennemgående struktur gennem alle årene.

Det er af afgørende betydning for tiltrækningen af en investor og dermed for projektets virkeliggørelse, at der inden projektets fysiske påbegyndelse i de enkelte etaper er sikret adgang for udviklingsselskaberne til arealerne i disse etaper, og at der ikke skal gennemføres en udbudsproces for hver enkelt etape, da dette vil skabe en usikkerhed vedrørende projektets samlede virkeliggørelse, der er uacceptabel for både AK og investor.

Ovenstående er baggrunden for dispensationsanmodningen, jf. afsnit 1.1.

Herudover vil det være overflødig at ansøge om dispensation fra udbudsreglerne i hver enkelt etape, da de overordnede planer for udviklingen er fremlagt og beskrevet med

denne ansøgning. Disse vil ikke ændre sig, og har i øvrigt ikke afgørende betydning for den grundlæggende præmis – at der er tale om ét, samlet udviklingsprojekt af en meget stor kompleksitet, hvis virkeliggørelse kræver en gennemgående investor som deltager i udviklingsprojektet sammen med AK.

(...)

3.2.3.5. Et udbud vil hindre virkeliggørelsen af projektet

Som redegjort for under afsnit 2.2., er det Nykredits vurdering, at der er meget få investorer, der vil kunne indgå i et selskab med AK og løfte opgaven med udviklingen af Stigsborg Havnefront gennem hele forløbet. AK kan ikke gennemføre projektet alene.

Et udbud af overdragelsen af arealerne i de enkelte etaper vil have den konsekvens, at det vil være forbundet med stor usikkerhed, hvem den pågældende investor bliver i de enkelte etaper, og det er således ikke muligt at kontrollere, at investoren har den rette formåen i forhold til at sikre, at udviklingen i den pågældende etape reelt kan gennemføres.

Et udbud af overdragelsen af arealerne i de enkelte etaper vil således kunne have ødelæggende konsekvenser for virkeliggørelsen af projektet, idet det er helt afgørende, at den rigtige investor findes, samt at der er kemi og samhørighed mv. mellem AK og denne investor som også redegjort for under afsnit 3.2.3.3.

En sammenhængende byudvikling på Stigsborg Havnefront, herunder håndtering af forureningen og udviklingen af infrastrukturen, som AK har en saglig, kommunal interesse i at få gennemført vil hermed blive bragt i fare.

Herudover vil et udbud i de enkelte etaper være meget omfattende og kompliceret, og det vil være grænsende til umuligt at redegøre for alle faktorer og præmisser i et udbudsmateriale.

Projektet er helt særligt i den forstand, at der skal foretages en omfattende forureningshåndtering og kystfremrykning i den forbindelse, ligesom der skal gennemføres et omfattende arbejde med etableringen af infrastrukturen i forbindelse med byggemodningen.

Det er således overvejende sandsynligt, at et udbud af hele AK's areal eller af arealer i enkelte etaper ikke vil resultere i bud overhovedet, da denne kompleksitet i projektet vil afholde investorerne fra at byde i forbindelse med et udbud, henset til de forhold der skal håndteres ved udviklingen af arealet. Dette vil forsinke og fordyre projektet i væsentlig grad. Det kræver således en særlig indsats at tiltrække en investor, hvilken ikke kan varetages gennem et udbud.

Herudover indgår Aalborg Havn A/S' arealer også i udviklingsplanerne, og disse arealer skal overdrages til et af udviklingsselskaberne, idet disse arealer dels er helt afgørende for den samlede udvikling af området og dels binder Stigsborg Havnefront sammen med det øvrige Nørresundby, jf. bilag 1 og bilag 2. Det er i den forbindelse helt afgørende, at det er den valgte investor, der er deltagende i det pågældende udviklingsselskab, idet en overdragelse af Aalborg Havn A/S' arealer ellers kan blive kompliceret eller umuliggjort som følge af manglende organisatorisk eller økonomiske formåen fra udviklingsselskabets side i de pågældende etaper.

De saglige kommunale interesser i udviklingen af Stigsborg Havnefront samt kompleksiteten i udviklingen vil derfor betyde, at et udbud med stor sikkerhed vil hindre virkeliggørelsen af projektet, og denne betingelse i relation til fritagelse fra udbud inden overdragelse af AK's arealer ses derfor at være opfyldt, jf. anmodningerne i afsnit 1.1.-1.4.”

Ankestyrelsen har modtaget et bilagsmateriale på i alt 10 dokumenter, herunder blandt andet kortmateriale, matrikelregister, beskrivelser fra Cowi af forurening og løsningsforslag på Stigsborg Havnefront og kopi af udkast til Investerings- og ejeraftalen mellem Aalborg Kommune og en kommende investor.

Ankestyrelsens afgørelse

Vedrørende det juridiske grundlag for Aalborg Kommunes selskabsdeltagelse efter kommunalfuldmagtsreglerne.

Ankestyrelsen har gennemgået ansøgningens afsnit 3.1 (side 7-14) om Aalborg Kommunes deltagelse i et ejendomsudviklingsselskab med en tredjepart, hvor der nærmere redegøres for lovligheden af den påtænkte beslutning om byudvikling af Stigsborg Havnefront ved kommunal deltagelse i et udviklingsselskab.

Ankestyrelsen har noteret sig, at Aalborg Kommunens selskabsdeltagelse vil ske i medfør af kommunalfuldmagtsreglerne, og at kommunen har tilkendegivet, at den vil sikre overholdelse af begrænsninger og krav for lovlig selskabsdeltagelse efter disse uskrevne retsgrundsætninger, herunder:

1. Lovgivningen må ikke være til hinder for, at en given opgave kan løses i selskabsform.
2. Selskabet må udelukkende varetage lovlige kommunale opgaver.
3. Selskabet må ikke have et egentligt erhvervsøkonomisk formål.
4. En enkelt kommune må som klart udgangspunkt ikke have bestemmende indflydelse i selskabet.

Vi har ligeledes noteret os henvisningerne til tidligere tilsynspraksis om, at kommunal deltagelse i et partnerselskab om byudvikling konkret var i overensstemmelse med kommunalfuldmagtsreglerne, og at der i den forbindelse konkret kunne gives samtykke til overdragelse af kommunale arealer til byudviklingsselskab. Der henvises til de nævnte sager om Fredericia Kommunes engagement i byudviklingsselskabet Fredericia C P/S (udtalelse fra daværende Statsforvaltningen Syddanmark under j. nr. 2009-613/526) og Køge Kommunes anmodning om godkendelse af salg uden offentligt udbud i forbindelse med Køge Havn (godkendelse fra daværende Statsforvaltningen Sjælland under j. nr. 2008-614/75).

Ankestyrelsen finder, at Aalborg Kommune på det foreliggende grundlag lovligt kan deltage i et udviklingsselskab efter kommunalfuldmagtsreglerne, herunder at der i det konkrete tilfælde er tale om varetagelse af en lovlig kommunal opgave.

Ankestyrelsen har ikke yderligere bemærkninger til kommunens påtænkte engagement i byudvikling af Stigsborg Havnefront ved deltagelse i et udviklingsselskab.

Vedrørende Ankestyrelsens samtykke til salg uden offentligt udbud.

Salg af kommunens faste ejendomme skal ske ved offentligt udbud, medmindre andet er fastsat i lovgivningen, jf. kommunestyrelseslovens § 68 og § 1 i bekendtgørelse nr. 799 af 24.

juni 2011 om offentligt udbud ved salg af kommunens faste ejendomme (udbudsbekendtgørelsen).

Med tilsynsmyndighedens samtykke kan offentligt udbud endvidere undlades ved mageskifter samt ved salg, hvor der i øvrigt foreligger særlige forhold, der kan begrunde en undladelse af offentligt udbud, jf. udbudsbekendtgørelsens § 2, stk. 3.

Undtagelsesbestemmelsen om salg, hvor der i øvrigt foreligger særlige forhold, er alene tænkt anvendt i ganske særlige tilfælde, navnlig hvor det må antages på den ene side, at krav om offentligt udbud vil kunne lægge hindringer i vejen for salget, og på den anden side, at et offentligt udbud ikke vil kunne fremkalde højere købstilbud.

Fritagelse for offentligt udbud forudsætter, at tilbudsgiveren har en sådan særlig tilknytning til eller interesse i netop den pågældende ejendom, at det vil være ubetænkeligt at afskære andre potentielle tilbudsgivere fra at komme i betragtning. Fritagelse forudsætter endvidere, at tilbudsgiveren har et konkret og aktuelt behov for erhvervelse af netop den omhandlede ejendom.

Det er desuden en forudsætning for tilsynsmyndighedens samtykke, at salg, der fritages for offentligt udbud, sker til markedsprisen.

Som eksempler på tilfælde, der – afhængigt af de konkrete omstændigheder – vil kunne begrunde undladelse af offentligt udbud, nævnes under punkt 5.4, nr. 6 fra vejledning nr. 60. af 28. juni 2004 om offentligt udbud ved salg af kommunens faste ejendomme:

”6) Salg med henblik på, at en ejendom kan indgå i forbindelse med et større projekt. Begrebet projekt skal forstås bredt og kan bl.a. omfatte opførelse af en institution, en virksomhed, et trafik-, havne- eller parkanlæg eller lignende, evt. efter en forudgående arkitektkonkurrence. Projektet kan evt. omfatte andre arealer, der ikke eller kun delvis ejes af den pågældende kommune. Fritagelse kan ske i tilfælde, hvor det må antages, at et krav om offentligt udbud vil kunne lægge hindringer i vejen for et salg af ejendommen eller for virkeliggørelsen af projektet, og hvor det samtidig må antages, at et offentligt udbud ikke vil fremkalde højere eller bedre købstilbud. Det vil i den forbindelse kunne tillægges vægt, såfremt der i det omhandlede projekt indgår arealer, der ikke eller kun delvis ejes af den pågældende kommune.”

Ankestyrelsen finder, at der i det konkrete tilfælde foreligger sådanne særlige forhold, der kan begrunde, at de omhandlede arealer kan sælges uden offentligt udbud og meddeler herved samtykke til salg uden offentligt udbud.

Ankestyrelsen har lagt vægt på, at salg af arealerne til udviklingsselskabet sker med henblik på, at arealerne skal indgå i en overordnet byudviklingsplan, hvorved der skal dannes et nyt, sammenhængende og attraktivt byområde, der kan samle Aalborg og Nørresundby.

I den forbindelse har Ankestyrelsen lagt vægt på det oplyste om, at der er tale om et meget stort byudviklingsprojekt på ca. 43 hektar med en række komplicerede faktorer i form af blandt andet svær forurening, kystfremrykning og fravær af grundlæggende infrastruktur, som Aalborg Kommune har en interesse i at få håndteret og udviklet over en længere årrække.

Henset til byudviklingsprojektets særlige langvarige karakter med håndtering af større forurening ved blandt andet kystfremrykning og etablering af grundlæggende infrastruktur, finder Ankestyrelsen ikke grundlag for at anfægte kommunens vurdering af, at et krav om offentligt udbud vil være en hindring for projektets gennemførelse. Af samme årsager finder vi

heller grundlag for at anfægte kommunens vurdering af, at et udbud af hele kommunens areal eller af arealer i de enkelte etaper med overvejende sandsynlighed ikke vil resultere i bud.

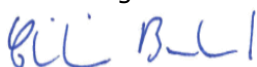
Ankestyrelsens samtykke til salg uden offentligt udbud gives under forudsætning af, at de endelige selskabsretlige dokumenter, såsom vedtægter, investerings- og ejeraftaler mv. samt overdragelsesaftalerne mellem kommunen og det enkelte udviklingsselskab vil blive udfærdiget således, at Aalborg Kommune ved de etapevise overdragelser sikrer sig, at kommunens deltagelse ligger indenfor rammerne af kommunalfuldmagtsreglerne, og at kommunen tillige sikrer sig, at salg - i form af apportindskud af kommunens arealer - vil ske til markedsprisen, sådan som det er tilkendegivet i ansøgningen.

Ankestyrelsen bemærker, at samtykke til Aalborg Kommunes overdragelse af arealerne - oversigt over matrikelnumre, som er angivet i bilag 2 - til udviklingsselskabet uden offentligt udbud gives på trods af, at der hverken er fundet en investor eller stiftet et udviklingsselskab. Ankestyrelsen finder dog, at vi er blevet oplyst om præmisserne for kommunens overdragelse af de konkrete arealer, der skal indgå i projektet, og at byudviklingsprojektet på nuværende tidspunkt har en så konkret og aktuel karakter, at vi kan give samtykke til fritagelse for salg uden offentligt udbud. Det er vores opfattelse, at udviklingen af byområdet fordrer en særlig langsigtet planlægning for at sikre den kommunale interesse, også i relation til at sikre de bedste muligheder for at finde en investor til det planlagte udviklingsselskab i de enkelte etaper i projektet. Vi finder således, at der er saglige grunde til, at der på nuværende tidspunkt gives et samtykke til overdragelse af samtlige arealer uden offentligt udbud.

Da det fremgår, at der vil ske en etapevis byudvikling over 25-30 år, skal kommunen fremadrettet sikre sig - ved overdragelse af arealer til byudviklingsprojektet Stigsborg Havnefront i de enkelte etaper - at forudsætningerne for tilsynsmyndighedens samtykke fortsat er tilstede.

Ankestyrelsens godkendelse vil snarest blive offentliggjort på Ankestyrelsens hjemmeside på internettet (ast.dk).

Venlig hilsen



Christian Bernhard