

NOTAT

Dato: 28. juni 2013

Til: Kommunalsjef Knut Helland
Fra: Kommuneadvokat Dag Erlend Reite

Øyautbyggingen – Avklaring av juridiske spørsmål.

Jeg har blitt bedt om å avklare juridiske forhold i tilknytning til Øya utbygging og salg av kommunens tomt.

1. Saksforholdet

Slik jeg forstår saken så annonserte kommunen i 1998 etter samarbeidspartnere som ville bidra til å utvikle Hønefoss, lage ideskisser og forestå bygging på 4 sentrale eiendommer/kommunale tomter.

Det meldte seg minst to interessenter, Conceptor Eiendom AS (heretter CE) og Profier Eiendom AS/Haakon Tronrud Eiendom AS (heretter PE). PE ble valgt, men trakk seg, og CE gjenstod som eneste interessent. Den 2. februar 2000 inngikk kommunen en avtale med Conceptor eiendom AS om utvikling av eiendommene. På et senere tidspunkt har Haakon Tronrud Eiendom AS (heretter HT) gått inn i samarbeid med CE slik at de sammen vil utvikle eiendommene.

Blant de fire eiendommene som inngikk i avtalen, var kommunens tomt på Øya. (De andre tomtene var Brutorget, Petersøya og Rutebilstasjonen). Avtalen gikk ut på at kommunen ga tilsagn om salg av sin tomt på Øya. Selve salget skulle gjennomføres når utbygger hadde fått godkjent reguleringsplan mv. og var klar til å iverksette utbygging. Det ble videre avtalt at kjøpesummen skulle betales når utbygging ble aktuelt. Betaling skulle skje etterskuddsvis og utgjøre 1000,- kroner (indeksregulert) for hver BRA i bygningsmassen som eventuelt ble oppført på tomten. Det betyr at hvis tomten blir hardt utnyttet vil det gi kommunen høy pris, i motsatt fall vil kommunen få en lav pris.

Nå pågår utvikling av Øya området. For å få en rasjonell planlegging ønsker CE/HT å gå frem annerledes enn det avtalen i utgangspunktet fastsetter. CE/HT vil slå sammen flere eiendommer på Øya og integrere kommunens tomt i denne nye store tomten. Fordelen for utbygger er at utnyttelsesgraden da ikke trenger å beregnes for hver enkelt av de 6 tomtene som inngår, den kan beregnes av totalarealet. «Gode» byggearealer kan dermed utnyttes hardere, og dårligere deler av tomten kan benyttes til å innfri kravene til friarealer mv.

CE/HT vil fortsatt betale kommunen den avtalte pris for hver BRA i bygningene som oppføres, men da den nye «stortomten» er resultat av areal som flere har avgitt, vil kommunen kun få 18 % av summen, fordi det tilsvarer den kommunale tomtens andel av samlearealet. Uten at det har juridisk betydning nevner jeg at hvis mer enn 18 % av total flate i de bygg som oppføres, blir liggende på tomteareal som i dag tilhører kommunen, så vil kommunen tape på å endre avtalen.

2. Vurdering

Det er etter min vurdering to juridiske spørsmål som må avklares.

- a) Kommer reglene om offentlige anskaffelser til anvendelse i saken og hvilken betydning får det i så fall?
- b) Får reglene om offentlig støtte betydning, og i så fall hvordan?

Disse to spørsmålene besvares i hhv. punkt 2.1 og 2.2 nedenfor.

2.1 Kommer reglene om offentlige anskaffelser til anvendelse og hvilken betydning får det i så fall?

Kommunen annonserte i juni 1998 etter selskaper som hadde ressurser og kompetanse til å være samarbeidspartner med kommunen og bidra til å utvikle byen og fire bestemte områder.

Avtalen som ble inngått i 2000 med CE innebar et forhåndstilsagn om salg av 4 kommunale eiendommer på bestemte vilkår, og forutsatte at CE skulle ta alle utviklingskostnader, kjøpe tomtene og bygge. Man kan si at kommunen ønsket et samarbeid med et selskap som tok regningen og risikoen med utbyggingen, men sikret kommunen en «hånd på rattet» mht. hva som skulle bygges og dermed utviklingen av områdene. Kommunen yter ikke CE noe vederlag. Det er ikke kjøp av en vare eller tjeneste, det er et samarbeid.

Min vurdering er at dette ikke er noen anskaffelse og at lov om offentlige anskaffelser overhodet ikke kommer til anvendelse.

Man kan naturligvis ikke fullstendig utelukke at selskaper som meldte seg i 1998 kan hevde at dette var en utlyst konkurranse som må følge reglene for offentlige anskaffelser. De kan i så fall hevde at hvis de nye avtalepremissene som man nå drøfter, hadde vært kjent på forhånd ville de ha kunne gitt et bedre tilbud og dermed «vunnet». Følgelig kan de kreve erstatning. Den juridiske risikoen for at noen kan nå frem med en slik argumentasjon er etter mitt syn neglisjerbar.

Når det i tillegg er mer enn 13 år siden samarbeidet ble innledet og HT, som den gang samarbeidet med Profier, nå er part i Conceptoravtalen, er risikoen for at noen skal ha innvendinger tilnærmet lik null.

Konklusjon:

Lov om offentlige anskaffelser kommer ikke til anvendelse. Jeg kan ikke se at andre selskaper har noe juridisk grunnlag for å protestere mot endring av avtalevilkår. Den praktiske risikoen for at noen skal gjøre det likevel er tilnærmet lik null. Det er ikke noe rettslig hinder for at kommunen kan akseptere å slå sammen tomten med de øvrige. Jeg tar ikke stilling til hva som forretningsmessig er lurest.

2.2 Får reglene om offentlig støtte betydning, og i så fall hvordan?

Offentlig støtte er i juridisk forstand tiltak som faller inn under EØS avtalens artikkel 61 (1). Offentlig støtte er i utgangspunktet forbudt. Forbudet skal hindre at offentlige myndigheter gir enkelte foretak en økonomisk fordel, på slik måte at det truer med å vri konkurransen og påvirke samhandelen. Det finnes flere unntak fra hovedregelen og ett av disse kommer jeg tilbake til. Salg av offentlig eiendom til underpris er også å anse som ulovlig offentlig støtte.

Ved salg av sin tomt gnr. 318 bnr. 497 på Øya må derfor kommunen selge til markedspris eller høyere for ikke å komme i konflikt med reglene.

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har angitt to ulike prosedyrer som er «sikre» metoder for at en eiendom er å anse som solgt til markedspris.

- Den ene er å ha en åpen budrunde. I dette tilfellet har man allerede inngått avtale med CE og gitt forhåndstilsagn om salg av tomten, så en ny åpen budrunde er utelukket.
- Den andre metoden er å få en uavhengig vurdering av markedsverdien. ESAs retningslinjer fastsetter at dette skal gjøres av en uavhengig og faglig kompetent (utdannet) takstmann med kunnskap om det aktuelle markedet. Taksten skal iht. retningslinjene innhentes før salgsforhandlingene.

Følger ikke salget en av de to prosedyrene, så må det vurderes konkret om salget likevel har skjedd på markedsvilkår. Avviker man prosedyrene må eventuelt ESA gis varsel og samtykke. Virkningen hvis ulovlig støtte blir påvist, er at den må opphøre, og at den som har nydt godt av støtten (CE/HT) må betale den tilbake.

Avtalen med CE ble inngått etter at også PE i 2000 hadde inngitt tilbud på tomtepris. Man kan dermed hevde at når samarbeidsavtalen ble inngått, var det satt en markedspris. Jeg mener dette ikke er godt nok for å oppfylle statsstøtteregelverket.

Årsaken er at avtalen ikke fastsetter noen minstepris for tomten, og dessuten kobler prisen til utnyttelsesgraden som i stor grad overlates til utbygger å bestemme. Utbygger kan beslutte lav utnyttelse og dermed vil kjøpesummen bli lavere enn markedsverdi, og enhver pris som ligger under hva markedet ville betalt for tomten slik vil være et gavesalg.

Det er ett unntak i regelverket som kan komme til anvendelse. Offentlige organer kan tildele et foretak såkalt bagatellmessig støtte på inntil 200.000 Euro over 3 år. Forutsatt at CE/HT ikke mottar noen offentlig støtte fra annen offentlig kilde, så kan kommunen i prinsippet trekke 200.000 Euro fra tomtens markedsverdi og fortsatt overholde lovverket.

Konklusjon:

Kommunen må innhente en uavhengig vurdering av markedsverdien for kommunens tomt. CE/HT må betale minimum beregnet markedspris for nåværende tomt for at ikke salget skal komme i konflikt med lov om offentlig støtte. Regelverket er ikke til hinder for å ta høyere pris, så det er rom for forhandlinger fra stipulert markedsverdi for tomten og oppover. Hvis avtalt pris på 1000,- NOK per BRA i byggene gir kommunen en høyere pris for tomten enn stipulert markedsverdi, så vil avtalen gjelde.