

Allmänna anläggningar och samhällsfastigheter - Upphandling och statsstöd vid exploatering

VÄGLEDNING NR 2019:1



Upphandlingsmyndigheten mars 2019
ISBN-nr: 978-91-985234-3-0
Produktion: Upphandlingsmyndigheten
Foto: Mostphotos

Innehåll

1. Sammanfattning.....	5
1.1 Upphandlingsplikt vid utbyggnad av allmänna anläggningar och uppförande av samhällsfastigheter	5
1.2 Statsstödsaspekter i samband med exploateringsprocessen.....	6
2. Definitioner.....	6
2.1 Förkortningar.....	8
3. Bakgrund	9
3.1 Exploateringsavtal	9
3.2 Upphandlingsrättsliga frågor i exploateringsprocessen	10
EU-domstolens praxis	11
3.3 Statsstödsfrågor i exploateringsprocessen.....	14
Hur upphandlings-plikten bedöms.....	17
4. Exploateringsprocessen	18
4.1 Exploatering och markanvisning	18
4.1.1 Exploateringsavtal	18
4.1.2 Markanvisningsavtal	19
4.1.3 Finansiering och kostnader	19
5. Upphandlingsplikt.....	20
5.1 Bedömning av upphandlingsplikten avgörs enligt upphandlingsregelverket	20
5.2 Upphandlingsregelverkets tillämplighet	21
5.2.1 Lagen om offentlig upphandling, LOU	21
5.2.2 Lagen om upphandling av koncessioner, LUK.....	23
6. Bedömning av LOU:s tillämplighet.....	25
6.1 LOU:s tillämplighet vid anläggande av allmänna platser i exploateringsavtal.....	25
6.1.1 Kriteriet prestation	25
6.1.2 Kriteriet ersättning	25
6.2 Bedömning av LOU:s tillämplighet vid anläggningar av vattenförsörjning och avlopp i exploateringsavtal	27
6.2.1 Kriteriet prestation	27
6.2.2 Kriteriet ersättning	28
6.3 Bedömning av LOU:s tillämplighet vid allmänna anläggningar i markanvisningsavtal	30
6.3.1 Allmänna platser.....	30

6.3.2	Vattenförsörjning och avlopp.....	31
6.4	Sammanfattning.....	31
	När utbyggnad av allmänna anläggningar är upphandlingspliktiga	32
7.	När utbyggnad av allmänna anläggningar är upphandlingspliktiga	33
7.1	Fråga om blandat delbart kontrakt i LOU:s mening.....	33
7.2	Fråga om undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt enligt LOU.....	34
7.2.1	Undantag på grund av tekniska skäl.....	34
7.2.2	Undantag på grund av ensamrätt.....	35
7.3	Praktiska frågeställningar som uppkommer vid upphandling	35
7.3.1	Vid upphandling behöver samordningsfrågor lösas.....	35
7.3.2	Exploatörens möjligheter att lämna anbud	36
8.	Uppförande av vissa samhällsfastigheter	39
8.1	Bakgrund	39
8.2	Byggentreprenad eller hyra.....	39
8.3	Särskilt om kontrakt som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet.....	41
8.4	En separat samhällsfastighet ska uppföras.....	42
8.4.1	Kommunen ska bekosta och driva en samhällsfastighet	42
8.4.2	Privat aktör ska bekosta och driva en samhällsfastighet.....	42
8.5	Samhällsfastighet i en bottenvåning i hus med flera våningar	43
8.5.1	Fråga om odelbart blandat kontrakt om kommunen uppför och driver samhällsfastighet.....	44
8.5.2	Förhandlat förfarande utan föregående annonsering.....	45
8.6	Sammanfattning.....	45
	Statsstöd	46
9.	Statsstödsrättsliga hänsyn.....	47
9.1	När kan transaktioner med exploatören vara statsstöd?.....	47

1. Sammanfattning

1.1 Upphandlingsplikt vid utbyggnad av allmänna anläggningar och uppförande av samhällsfastigheter

Upphandlingsmyndigheten har tagit fram stöd för att underlätta en bedömning som bör göras inför anläggning av allmänna platser och anläggning av vattenförsörjning och avlopp. Syftet med denna vägledning är att förklara hur lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och plan- och bygglagen (2010:900), PBL, förhåller sig till varandra i en exploateringsprocess och vad en upphandlande myndighet bör uppmärksamma för att avgöra om LOU kan tillämpas. Frågan har inte prövats i svensk rättspraxis, och framtida avgöranden kan få till följd att de bedömningar som görs i denna vägledning kan komma att ändras.

Det är inte möjligt att fastslå att utbyggnad av allmänna anläggningar regelmässigt undantas från upphandlingsplikten, inte heller att upphandlingsreglerna alltid ska tillämpas. Bestämmelsen i 6 kap. 40 § PBL har inte någon avgörande betydelse när det gäller upphandlingsplikten, utan frågan om utbyggnaden är upphandlingspliktig avgörs av upphandlingsregelverket och särskilt om det föreligger ett kontrakt i LOU:s mening. Den upphandlande myndigheten måste göra en bedömning i varje enskilt fall och vid en eventuell överprövning i domstol görs en sammantagen bedömning av hela transaktionen.

Allmänna platser och va-anläggningar omfattas delvis av olika bestämmelser och finansieringslösningar, och därför blir bedömningen om LOU ska tillämpas beroende på om det gäller utbyggnad av en allmän plats eller av en va-anläggning.

Om kommunen avser att uppföra en samhällsfastighet gäller som huvudregel LOU. Lagen gäller även i de fall det finns garantiåtaganden från kommunen att hyra byggnaden efter uppförandet, i dessa fall är varvid hyresundantaget i dessa fall normalt sett inte är tillämpligt. Om det är en privat aktör som ska driva verksamheten och byggnaden har uppförts åt den privata aktören och ingen ersättning utbetalats från kommunen är sannolikt inte villkoren för kontrakt uppfyllda.

1.2 Statsstödsaspekter i samband med exploateringsprocessen

Inom ramen för exploateringsprocessen, till exempel vid utbyggnad av allmänna anläggningar och samhällsfastigheter, förekommer olika typer av transaktioner mellan kommuner och exploatörer där statsstödsfrågor kan aktualiseras. En åtgärd som innebär statsstöd, som inte är godkänd på förhand av Europeiska kommissionen genom exempelvis ett gruppundantag, måste anmälas till och godkännas av kommissionen innan åtgärden får genomföras. Parallellt med detta måste kommunen ta hänsyn till förbudet i kommunallagen mot att gynna enskilda näringsidkare. Sammantaget betyder detta att kommunen i princip inte kan avvika från principen att ersättningen ska vara marknadsmässig.

Kommunens tillämpning av planmonopolet omfattas inte av EU:s statsstödsregler. En kommunal planerings- eller markanvisningsprocess kan dock utmynna i fördelar för företag och därigenom innebära statsstöd. De regler som införts för att skapa öppenhet när det gäller exploateringsavtalen och markanvisningarna kan minska risken för att dessa avtal betraktas som stöd till kommunens motpart i avtalet.

2. Definitioner

Allmänna anläggningar: I denna promemoria används begreppet allmänna anläggningar som ett samlingsbegrepp för allmänna platser och allmänna anläggningar för vattenförsörjning och avlopp (6 kap. 40 § PBL).

Allmänna va-anläggningar: En va-anläggning över vilken en kommun har ett rättsligt bestämmande inflytande och som har ordnats och används för att uppfylla kommunens skyldigheter enligt denna lag (2 § lag (2006:412) om allmänna vattentjänster, LAV).

Allmän plats: En gata, en väg, en park, ett torg eller ett annat område som enligt en detaljplan är avsett för ett gemensamt behov (1 kap. 4 § PBL).

Anläggningsavgift: Engångsavgift för täckande av en kostnad för att ordna en allmän va-anläggning (2 § LAV).

Brukningsavgift: Periodisk avgift för täckande av drift- och underhållskostnader, kapitalkostnader för investeringar eller andra kostnader för en allmän va-anläggning som inte täcks av en anläggningsavgift (2 § LAV).

Byggherre: Den som för egen räkning utför eller låter utföra projekterings-, byggnads-, rivnings- eller markarbeten (1 kap. 4 § PBL).

Detaljplan: Inom kommunen får mark- och vattenområdets användning, bebyggelse och byggnadsverk regleras med detaljplaner eller områdesbestämmelser (4 kap. 1 § PBL).

Enskild va-anläggning: En va-anläggning eller annan anordning för vattenförsörjning eller avlopp som inte är eller ingår i en allmän va-anläggning (2 § LAV).

Exploateringsavtal: Avtal om genomförande av en detaljplan och om medfinansieringsersättning mellan en kommun och en byggherre eller en fastighetsägare avseende mark som inte ägs av kommunen, dock inte avtal mellan en kommun och staten om utbyggnad av statlig transportinfrastruktur (1 kap. 4 § PBL).

Exploateringsprocess: Samlingsbegrepp för den kommunala processen för att planlägga användning av mark och vatten samt utbyggnad av området.

Exploatör: Byggherre eller fastighetsägare.

Gatukostnadsersättning: Kommunen får besluta att ägarna till fastigheter ska betala kostnaderna för åtgärder att anlägga eller förbättra en gata eller annan allmän plats eller vidta en annan åtgärd som är avsedd att tillgodose ett områdes behov (6 kap. 24 § PBL).¹

Gruppundantag: Europeiska kommissionen har antagit förordningar som innehåller undantag från förbudet mot statsstöd inom vissa sektorer, som gäller under vissa närmare förutsättningar som anges i förordningarna. Kommissionen har också antagit förordningar om stöd av mindre betydelse, även kallat de minimis-stöd och försumbart stöd. Dessa innebär att stöd till företag, som annars skulle vara statsstöd, inte är statsstöd under vissa förutsättningar. Den allmänna förordningen om stöd av mindre betydelse anger att stöd till ett företag om högst 200 000 euro under en treårsperiod inte är statsstöd till företaget under vissa förutsättningar.

Huvudmannaskap: Alla allmänna platser ska ha en huvudman. Huvudmannen för de allmänna platserna är ansvarig för att ställa i ordning och förvalta de allmänna platserna, till exempel för att bygga ut och sköta gator. Huvudmannaskapet för allmänna platser i en detaljplan kan vara antingen kommunalt eller enskilt. Huvudregeln är att kommunen är huvudman för de allmänna platserna (4 kap. 7 § PBL).

Inre marknaden: EU:s inre marknad karaktäriseras av de fyra friheterna som innebär att varor, tjänster, personer och kapital ska kunna röra sig utan att hindras av tullar, avgifter, diskriminering eller nationella krav inom EU och EES-länderna Norge, Liechtenstein och Island.

Kvartersmark: Mark som enligt en detaljplan inte ska vara allmän plats eller vattenområde (1 kap. 4 § PBL).

¹ <https://www.boverket.se/sv/PBL-kunskapsbanken/planering/detaljplan/detaljplanens-genomforande/gatukostnader/>

Markanvisning: En överenskommelse mellan en kommun och en byggherre som ger byggherren ensamrätt att under en begränsad tid och under givna villkor förhandla med kommunen om överlåtelse eller upplåtelse av ett visst av kommunen ägt markområde för bebyggande (lag (2014:899) om riktlinjer för kommunala markanvisningar, 1 § 2 st.).

Planmonopol: Det är en kommunal angelägenhet att planlägga användningen av mark och vatten (1 kap. 2 § PBL).

Planläggning: Arbetet med att ta fram en regionplan, en översiktsplan, en detaljplan eller områdesbestämmelser (1 kap. 4 § PBL).

Samhällsfastighet eller social infrastruktur: Fastighet som brukas till övervägande del av skattefinansierad verksamhet och är specifikt anpassad för samhällsservice. Dessutom inkluderas trygghetsboende under begreppet ”samhällsfastigheter”. Exempel på samhällsfastigheter är fängelser, skolor, äldreboenden och sjukhus.

[Så här lyder definitionen av samhällsfastigheter \(Fastighetsvärdens webbplats\).](#)

Statsstöd: Åtgärder som uppfyller samtliga kriterier i artikel 107.1 i EUF-fördraget: ”Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.”

Översiktsplan: Översiktsplanen ska ange inriktningen för den långsiktiga utvecklingen av den fysiska miljön. Planen ska ge vägledning för beslut om hur mark- och vattenområden ska användas och hur den byggda miljön ska användas, utvecklas och bevaras (3 kap. 2 § PBL).

2.1 Förkortningar

EUF-fördraget: Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

LOU: Lag (2016:1145) om offentlig upphandling

LUF: Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

LUK: Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner

LUFS: Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

PBL: Plan- och bygglagen (2010:900)

LAV: Lag (2006:412) om allmänna vattentjänster

3. Bakgrund

Det finns en osäkerhet om utbyggnad av allmänna anläggningar som genomförs inom ramen för exploateringsprocessen ska upphandlas enligt LOU eller inte.

Boverket fick i sitt regleringsbrev för 2017 i uppdrag att utreda förutsättningarna för exploatörer att vidta åtgärder, som till exempel att anlägga gator utan föregående upphandling. Med anledning av uppdraget tog Boverket fram en rapport, *Upphandling och exploateringsavtal, LOU:s tillämpning på 6 kap. 40 § PBL*².

Boverket kom i rapporten fram till att det behövs ytterligare vägledning när det gäller LOU och hur offentliga upphandlingar ska hanteras vid olika former av anläggningsarbeten och bebyggelseexploateringar. En sådan vägledning kan innehålla vilka situationer som alltid innebär att upphandling krävs och hur upphandling i samband med exploatering ska genomföras och samordnas på ett smidigt sätt.

Upphandlingsmyndigheten har sedan 2018 också i uppdrag att ge vägledning till landets kommuner och regioner (tidigare landsting) i frågor om statsstöd. Därför finns det anledning att uppmärksamma statsstödsfrågor som uppkommer och hur de kan hanteras.

3.1 Exploateringsavtal

Exploateringsavtal är ett avtal om genomförande av en detaljplan och om medfinansieringsersättning mellan en kommun och en byggherre eller en fastighetsägare avseende mark som inte ägs av kommunen, dock inte avtal mellan en kommun och staten om utbyggnad av statlig transportinfrastruktur (1 kap. 4 § PBL).

Exploateringsavtalet reglerar rättigheter och skyldigheter mellan kommun och exploatör och behandlar dels vem som ska ansvara för utförande av olika åtgärder, dels vem som ska finansiera åtgärderna. Vanligen ingås avtalet strax innan planen antas, med villkor om att avtalet blir giltigt under förutsättning att planen vinner laga kraft.³

År 2015 lagreglerades exploateringsavtal i PBL i syfte att öka transparens och förutsägbarhet mellan kommun och exploatör om vad som ingår i ett exploateringsavtal. Av 6 kap. 40 § PBL framgår numera att under vissa förutsättningar får kommuner i ett exploateringsavtal komma överens med en byggherre eller en fastighetsägare (exploatör) om att exploatören ska vidta eller finansiera åtgärder för anläggande av allmänna anläggningar. Åtgärderna ska vara nödvändiga för att detaljplanen ska kunna genomföras, och åtagandet ska stå i rimligt förhållande till exploatörens nytta av planen.

² Rapport 2017:27, *Upphandling och exploateringsavtal, LOU:s tillämpning på 6 kap. 40 § PBL*.

³ SOU 2015:109, avsnitt 4.2.12, 4.4.1, 4.4.2.

3.2 Upphandlingsrättsliga frågor i exploateringsprocessen

Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Huvudregeln är att upphandlingarna ska annonseras och att kontrakt ska tilldelas enligt förfaranderegler som syftar till att ge alla intresserade leverantörer möjlighet att delta i anbudstävlan på lika villkor. I första hand styrs upphandlingar av reglerna i LOU, LUF, LUFSS och LUK. De olika lagarna tar sikte på olika typer av upphandlingar, bland annat beroende på vem det är som gör inköpen och vad som köps in. Här nedan redogör vi främst för upphandling enligt LOU. Alla statliga och kommunala myndigheter omfattas av LOU. I lagen kallas de för upphandlande myndigheter. Med myndighet jämföras bland annat beslutande församlingar i kommuner och regioner (tidigare landsting) och så kallade offentligt styrda organ. Det innebär att de också måste följa LOU.

Frågan om, och i så fall under vilka förutsättningar, exploateringsavtal omfattas av upphandlingsplikt är sedan länge omdiskuterad. Förr var det brukligt att exploateringsavtalen reglerade att byggherren skulle bygga ut kommunala allmänna platser och va-anläggningar i samband med exploatering och överlämna dessa till kommunen utan ersättning. Med anledning av EU-domstolens dom av den 12 juli 2001 i det så kallade La Scala-målet, C-399/98, ifrågasattes den rådande uppfattningen att exploateringsavtal inte omfattades av upphandlingsplikt.

EU-domstolens praxis

EU-domstolens dom C-399/98, La Scala

Avgörandet i La Scala-målet rörde tillämpningen av det italienska regelverket som innebar att exploatörer var skyldiga att betala en ”stadsplaneavgift” för att erhålla bygglov. Enligt italiensk lag ska kommuner ta ut avgift för beviljande av bygglov som står i proportion till kostnaderna för anläggningen och byggkostnaderna (stadsplaneringsavgift). Stadsplaneringsavgiften betalas när bygglov beviljas, men tillståndsinnehavaren kan, enligt italiensk lag, åta sig att direkt uppföra allmänna anläggningar mot att hela eller delar av den stadsplaneavgift som skulle betalas avräknades.⁴ I La Scala-målet hade kommunen och exploatören kommit överens om att stadsplaneavgiften skulle reduceras med exploatörens anläggningskostnader för bland annat en teater. Efter uppförandet skulle marken kostnadsfritt överlåtas till kommunen. Domstolen prövade om uppförandet av anläggningen var att anse som ett upphandlingspliktigt kontrakt rörande bygg- och anläggningsarbeten.

Domstolen konstaterade att alla rekvisit som anges i byggdirektivet 93/37/EG var uppfyllda. Det rörde sig enligt domstolen om ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som syftar till utförande av en byggtreprenad såsom det definieras i direktivet.

Avtalet fastställer entreprenaderna som skulle utföras och villkoren för dessa, och det är i enlighet med dessa åtaganden som kommunen garanteras tillgång till anläggningarna för offentlig användning. Det förhållandet att de upphandlande myndigheterna inte själva kan välja avtalspart kan inte i sig rättfärdiga att direktivet inte skulle vara tillämpligt eftersom det skulle resultera i att anläggningsarbeten inte skulle utsättas för konkurrens inom Europeiska unionen.

Domstolen påpekar vidare att de ekonomiska villkoren i avtalet är den motprestation som den aktuella offentliga myndigheten utför.⁵ Av den italienska lagen framgår att ”tillståndsinnehavaren kan åta sig att direkt uppföra anläggningar [...] mot att hela eller delar av den avgift som ska betalas avräknas”. Domstolen menade att betalningen av stadsplaneringsavgiften var kopplad till beviljandet av bygglov och uttrycket avräknas ansågs innebära att kommuner avstår från att kräva in de avgifter som ska betalas. Domstolen anförde vidare att den som har bygglov eller godkänd plan för exploatering utför en prestation mot ersättning eftersom denne betalar av en skuld.

⁴ Punkterna 17 och 18.

⁵ Punkt 77.

EU-domstolens dom C-451/08, Helmut Müller

Domen avsåg, till skillnad från La Scala-målet, i första hand om den upphandlande myndighet som utövade tillsyn i frågor avseende stadsplanering hade ingått ett byggtreprenadkontrakt.

Den nationella domstolen ställde flera tolkningsfrågor som rör definitionen av byggtreprenadkontrakt. Domstolen konstaterar att endast kontrakt med ekonomiska villkor utgör ett offentligt kontrakt som omfattas av direktiven, och för att det ska föreligga ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndigheten som ingått ett byggtreprenadkontrakt erhåller en prestation mot ersättning.⁶ Prestationen består i utförande av byggtreprenader för den upphandlande myndighetens räkning, och en sådan prestation ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. Domstolen anger vidare i vilka fall ett sådant ekonomiskt intresse föreligger:

- den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av den byggtreprenad som är föremål för kontraktet
- den upphandlande myndigheten garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet för att använda dem för offentliga ändamål, eller
- kan bestå i ekonomiska fördelar som den upphandlande myndigheten kan få vid framtida användning eller överlåtelse av anläggningen, när myndigheten bidragit ekonomiskt vid utförandet av byggtreprenaden eller när det gäller de risker som myndigheten står för om byggtreprenaden blir ett ekonomiskt misslyckande.⁷

Prestationen behöver inte utgöras av förvärv eller av ett konkret eller materiellt föremål.⁸ Begreppet offentligt byggtreprenadkontrakt innebär inte ett krav på att den byggtreprenad som är föremål för kontraktet på ett konkret eller materiellt sätt utförs åt den upphandlande myndigheten under förutsättning att en upphandlande myndighet har ett direkt ekonomiskt intresse av byggtreprenaden. Att den upphandlande myndigheten använder sig av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering räcker inte för att myndigheten ska anses kunna ha ett direkt ekonomiskt intresse av byggtreprenaden.⁹

Av domen följer därutöver att byggtreprenadkontrakt innebär ett krav på att entreprenören är direkt eller indirekt skyldig att utföra den byggtreprenad som är föremål för kontraktet, det vill säga fullgörandet måste kunna åberopas inför domstol.¹⁰

⁶ Helmut Müller-målet, punkt 48.

⁷ Punkt 50–53.

⁸ Punkt 53, 54.

⁹ Punkt 58.

¹⁰ Punkt 63.

EU-domstolens praxis, särskilt La Scala-domen, har kommenterats och analyserats av Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) och i flera offentliga utredningar.

SKL:s rekommendation med anledning av La Scala-domen

Med anledning av La Scala-domen tog SKL fram ett cirkulär i vilket det framgår att exploateringsavtalen i Sverige ofta innehåller villkor om andra arbeten som ska göras för kommunens räkning men där ”kvittning” av ersättning inte sker. Enligt SKL liknar dessa villkor de som prövades av EU-domstolen i La Scala-målet, och SKL rekommenderade mot den bakgrunden att allmänna anläggningar bör upphandlas i konkurrens i enlighet med direktivets bestämmelser.¹¹

Ett effektivare plangenomförande – SOU 2012:91

Inför genomförande av bestämmelserna i PBL framfördes i utredningen *Ett effektivare plangenomförande* (SOU 2012:91) sammanfattningsvis att förslagen om ändringar i PBL i sig inte ansågs strida mot de upphandlingsrättsliga bestämmelserna.¹² Förslagen kring exploateringsavtal ansågs vara utformade i enlighet med EU-rätten, i första hand upphandlingsregelverket och statsstödsbestämmelserna, och i det program för exploateringsavtal som upprättas ska kommunen bland annat behandla i vilken utsträckning reglerna om offentlig upphandling i LOU påverkar hur avtalet kan utformas.

Vidare framgår av samma SOU att det av praxis från EU-domstolen tydligt framgår att ett samarbete mellan en kommun och en byggherre som dels innebär att byggherren ska uppföra anläggningar som kommunen utfäster sig att hyra, dels att byggherren ska anlägga gator, allmänna platser eller va-anordningar, är att betrakta som tilldelning av offentliga byggtreprenadkontrakt eller byggkoncessioner som ska upphandlas enligt LOU.¹³

Utredningen föreslog att lagkommentarerna bör förtydliga vikten av att agera i enlighet med upphandlingslagstiftningen och EU:s statsstödsregler i samband med att kommuner ingår exploateringsavtal. Genom att följa (SKL:s) rekommendationer kan en kommun förvissa sig om att den inte riskerar att bryta mot vare sig upphandlingslagstiftningen eller EU:s statsstödsregler då den ingår ett exploateringsavtal.¹⁴

¹¹ SKL cirkulär 2003:109.

¹² *Ett effektivare plangenomförande*, SOU 2012:91, sid. 274–276.

¹³ SOU 2012:91, sid. 275

¹⁴ SOU 2012:91, sid. 276. I prop. 2013/14:126, *En enklare planprocess*, saknas förslag om att införa en sådan bestämmelse.

Bättre samarbete mellan stat och kommun vid planering för byggande, SOU 2015:109

I efterföljande utredning, *Bättre samarbete mellan stat och kommun vid planering för byggande*, Planprocessutredningen, gjordes en annan bedömning.¹⁵ I betänkandet framförs att EU-domstolens dom (La Scala-målet) delvis avser en annan situation än vad som gäller i Sverige, och utredningens slutsats är att LOU inte förhindrar att kommunen utan föregående upphandling (i ett exploateringsavtal) ger exploatören i uppdrag att utföra de allmänna platserna. Mot den bakgrunden bör det utarbetas förtydligande vägledningar beträffande LOU:s tillämpning i olika situationer där exploateringsavtal används.¹⁶

Upphandlingsmyndigheten yttrade sig över förslaget och menade bland annat att utredningens bedömning huruvida exploateringsavtal är upphandlingspliktiga är förenklat eftersom utredaren inte vägt in betydelsen av det enskilda avtalsupplägget i tillräcklig omfattning. Att avgöra om ett avtal är upphandlingspliktigt eller inte följer, utöver nationell reglering, av de unionsrättsliga upphandlingsreglerna. Enligt dessa regler anses upphandlingsplikt föreligga om det är ett kontrakt i LOU:s mening och det finns en motprestation.¹⁷

3.3 Statsstödsfrågor i exploateringsprocessen

EU:s statsstödsregler återfinns i EUF-fördraget. I Sverige finns också en lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler (statsstödslagen).

Statsstödsreglerna aktualiseras när det offentliga, till exempel en kommun, stöttar en ekonomisk verksamhet med offentliga medel och det resulterar i att mottagaren får en fördel gentemot andra aktörer på marknaden.

Statligt stöd är som utgångspunkt olagligt om det inte först har godkänts av Europeiska kommissionen (det så kallade genomförandeförbudet följer av artikel 108.3 EUF-fördraget). Kommissionen är ensamt behörig att avgöra vilka statsstöd som är tillåtna.

¹⁵ SOU 2015:109, sid. 284.

¹⁶ SOU 2015:109, sid. 28, 284 ff.

¹⁷ UHM-2016-0116-004.

Det är fråga om statsstöd när samtliga dessa fem förutsättningar är uppfyllda (definitionen kan utläsas i artikel 107.1 EUF-fördraget):

1. Åtgärden ska kunna kopplas till det offentliga och ska finansieras med offentliga medel (offentliga medel).
2. Åtgärden ska vara riktad mot vissa verksamheter eller viss produktion (selektivitet).
3. Verksamheter som åtgärden riktar sig mot ska bedriva ekonomisk verksamhet (företag).
4. Åtgärden ska ge mottagaren en fördel (gynnande).
5. Åtgärden ska snedvrیدا eller hota att snedvrیدا konkurrensen och påverka handeln mellan EU:s medlemsstater (konkurrens och samhandel).

Stödåtgärder behöver däremot inte ha någon viss form. Det kan till exempel handla om bidrag, lån på förmånliga villkor, förmånliga borgensåtaganden, förmånliga garantier, hyresnedsättningar eller reducerade offentliga avgifter och skatter. Det kan även röra sig om försäljning av offentlig egendom till underpris eller köp av varor eller tjänster till överpris.

EU-domstolen har i en omfattande prejudikatbildning slagit fast de närmare förutsättningarna för när en åtgärd utgör statsstöd. Kommissionen har i sin tur i ett tillkännagivande redogjort för gränserna för vad som utgör statsstöd utifrån domstolens praxis och kommissionens egna tidigare beslut.¹⁸ Detta tillkännagivande har ersatt ett tidigare meddelande som kommissionen tidigare haft som vägledning för hur statsstöd kan undvikas vid försäljning av mark och fastigheter.¹⁹

En kommuns beslut om planer för markanvändning är en form av myndighetsutövning som inte innebär att allmänna medel överförs till något företag. Markplaneringen inom ramen för exploateringsprocessen omfattas därför inte av statsstödsreglerna. Om ett kommunalt beslut att planera för en viss markanvändning är direkt kopplat till en försäljningsprocess kan kommunen däremot behöva ta hänsyn till sina planer vid värderingen av marken om kommunen vill kunna utesluta att försäljningen inte utgör statsstöd.²⁰

När en kommun använder kommunala medel för att genomföra transaktioner med företag inom ramen för exploateringsprocessen är det däremot fråga om en offentlig aktör som finansierar en åtgärd med allmänna medel. Den första förutsättningen för att det ska vara statligt stöd är därmed uppfyllt.

¹⁸ Europeiska kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01).

¹⁹ Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid offentliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

²⁰ Kommissionens beslut i ärende SA.26212.

För att kontrollera om en åtgärd ger en fördel till ett företag används som regel **principen om den marknadsmässiga aktören**. En åtgärd har karaktären av ett stöd om det allmänna ger ett företag bättre villkor än en privat vinstdrivande aktör skulle ha gjort i motsvarande situation, det vill säga om kommunen erbjuder annat än marknadsmässiga villkor.

Om en kommun gett ett företag en fördel är det i allmänhet svårt att visa att åtgärderna inte snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen. Det är även ovanligt att det går att utesluta att en sådan fördel påverkar handeln mellan EU:s medlemsstater. Av de fem förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en åtgärd inom ramen för exploateringsprocessen ska omfattas av statsstödsreglerna är det därför oftast enbart frågan om ett visst företag eller viss produktion får en fördel (gynnas) som behöver bedömas. Den här vägledningen avser därför i huvudsak frågan om huruvida ett företag får en fördel vid de transaktioner som kan förekomma.

Om en kommun bedömer att en transaktion ger en fördel till motparten krävs en fortsatt statsstödsrättslig bedömning. Om kommunen då bedömer att en transaktion kan komma att utgöra statligt stöd ska kommunen anmäla detta till regeringen, som i så fall sköter den anmälan till kommissionen som måste göras om det handlar om ett statligt stöd. Åtgärden får inte genomföras innan kommissionen har godkänt den om den inte omfattas av något av de undantag från genomförandeförbudet som kan vara tillämpliga.

Enligt den kommunalrättsliga regleringen får kommuner som huvudregel inte gynna enskilda näringsidkare (2 kap. 8 § kommunallagen, 2017:725). Detta regelverk gäller parallellt med statsstödsreglerna.

Vidare ska kommunerna enligt lag (2014:899) om riktlinjer för kommunala markanvisningar och plan- och bygglagen (2010:900) anta riktlinjer för markanvisningar och exploateringsavtal. Dessa riktlinjer ska bland annat innehålla principer för markprissättning, och kommunen ska tydliggöra på vilket sätt man avser att säkerställa att mark inte försäljs under marknadspriset.



Hur upphandlings- plikten bedöms

4. Exploateringsprocessen

4.1 Exploatering och markanvisning

Exploateringsprocessen skiljer sig något åt beroende på om exploatören redan äger mark eller förvärvar mark av kommunen genom markanvisning, men i båda fallen kommer kommunen och exploatören överens om innehållet i avtalen. Kommunen har planmonopol och prövar markanvändningen genom en samlad bedömning och väger olika intressen mot varandra.

Eftersom exploateringsprocessen ser olika ut hos kommunerna redogörs nedan kortfattat och mycket förenklat för en typprocess.²¹

Under framtagandet av en detaljplan måste kommunen genomföra de utredningar, undersökningar och ta fram de underlag som behövs för att planen sedan ska kunna genomföras. Den mark som tas i anspråk för bebyggelse ska, från allmän synpunkt, vara lämplig för ändamålet (2 kap. 2 § PBL). Det är således flera faktorer som ska beaktas vid prövningen. Vanligtvis behöver processen att genomföra planen också regleras i olika typer av genomförandeavtal som exploateringsavtal eller markanvisningsavtal. Kommunen är inte skyldig att göra en detaljplan utan avgör själv om, när och var en detaljplan ska göras. Detta brukar kallas det kommunala planmonopolet.²²

4.1.1 Exploateringsavtal

Om exploatören själv äger marken kan denne inkomma med en intresseanmälan till kommunen och presentera förslag på exploatering. Intresseanmälan kan innehålla en översiktlig redogörelse för projektet med principskisser och beskrivning av bostadstyper och upplåtelseform, byggnadsvolymer och utformning samt en redogörelse för olika tekniska frågor av vikt för det aktuella projektet. Byggherren kan vanligen modifiera sitt förslag utifrån kommunens mål och riktlinjer beträffande ett visst markområde.²³ Om kommunen väljer att gå vidare med planläggning av området tecknas vanligen ett exploateringsavtal.²⁴

Utöver sådana frågor som rör rent ekonomiska förhållanden mellan kommunen och en byggherre eller en fastighetsägare, kan exploateringsavtalet också reglera frågor om bebyggelsens utformning, bland annat genom hänvisning till gestaltungsprogram,

²¹ Upphandlingsmyndigheten har under arbetet träffat både kommuner och exploatörer i syfte att få bättre underlag om hur exploateringsprocessen hanteras i praktiken. Processen hanteras olika beroende på en rad olika faktorer, bl.a. på exploateringen i sig och hur den enskilda kommunen valt att hantera frågorna. Samråd har även skett med SKL och Boverket.

²² 1 kap. 2 § PBL, <https://www.boverket.se/sv/PBL-kunskapsbanken/planering/detaljplan/detaljplaneinstrumentet/krav-pa-att-uppratta-detaljplan/>.

²³ SKL Cirkulär 14.46, *Riktlinjer för kommunala markanvisningar och exploateringsavtal*.

²⁴ SOU 2015:109, sid. 74.

samt utformningen av allmänna platser. Även frågor av mera administrativ karaktär kan behandlas i ett exploateringsavtal. De åtgärder som ska kunna ingå i byggherrens eller fastighetsägarens åtagande ska stå i rimligt förhållande till dennes nytta av planen. Det innebär att de överenskommelser som träffas i dessa avseenden ska vara skäligen med hänsyn till exploateringen art och omfattning samt den nytta de avtalsslutande parterna har av att detaljplanen genomförs på ett bra sätt.²⁵

4.1.2 Markanvisningsavtal

När kommunen äger mark som ska detaljplaneläggas och överlåtas eller upplåtas till en byggherre kan kommunen anvisa mark genom tävling eller direkt till en byggherre som ges rätt att förhandla med kommunen om överlåtelse eller upplåtelse av mark. Det görs genom ett så kallat markanvisningsavtal som är en option där köpeavtalet tecknas i efterhand om vissa villkor är uppfyllda.²⁶ Kommunen ställer upp förutsättningar för övertagandet, men byggherren eller exploitören kan inkomma med förslag till kommunen på hur området kan exploateras. Kommunen och exploitören kommer till exempel överens om utformning av de allmänna anläggningarna. Villkoren fastställs därefter i ett överlåtelseavtal. Överlåtelseavtalet innehåller de förutsättningar, förutom köpeskillingen, som kommunen ställer upp för att köparen ska få ta över fastigheten.

Ett markanvisningsavtal kan även tecknas för mark som redan är detaljplanelagd.

4.1.3 Finansiering och kostnader

Avgifter för att täcka kostnader i samband med planbesked, upprättande/ändring av detaljplan eller områdesbestämmelser, beslut om lov, tekniskt samråd, startbesked med mera får tas ut av byggnadsnämnden (12 kap. 8 § och 9 § PBL). Vid exploatering hanteras kostnaderna för planläggning oftast genom exploateringsavtal eller markanvisningsavtal beroende på vem som äger marken. Men kostnaderna för planläggning kan även hanteras i ett separat avtal.²⁷ Exploitören står ofta för samtliga kostnader som hör till planprocessen, det som rör planutredningar, till exempel bullerundersökningar eller geotekniska utredningar, men kan även stå för kostnader som kommunen har för en eventuell upphandling.

²⁵ Prop. 2013/14:126, *En enklare planprocess*, sid. 156–157, samt *Ett snabbare bostadsbyggande*, SOU 2018:67, sid. 104.

²⁶ Lagen (2014:899) om riktlinjer för kommunala markanvisningar, 1 § 2 st.

²⁷ SOU 2015:109, sid. 71.

5. Upphandlingsplikt

5.1 Bedömning av upphandlingsplikten avgörs enligt upphandlingsregelverket

Med stöd av PBL kan exploateringsavtal avse åtagande för en byggherre eller en fastighetsägare att vidta eller finansiera åtgärder för anläggning av allmänna platser och av anläggningar för vattenförsörjning och avlopp samt andra åtgärder (6 kap. 40 § PBL). Men oavsett bestämmelsen i PBL görs bedömningen av upphandlingsplikt enligt upphandlingsregelverket.

Av 6 kap. 40 § PBL framgår att ett exploateringsavtal får avse åtagande för en byggherre eller fastighetsägare att vidta eller finansiera åtgärder för anläggande av allmänna platser och av anläggningar för vattenförsörjning och avlopp. Åtgärderna ska vara nödvändiga för att detaljplanen ska kunna genomföras, och åtagandet ska stå i rimligt förhållande till dennes nytta av planen. Men PBL reglerar inte när en utbyggnad behöver upphandlas, utan skyldigheten att upphandla avgörs av upphandlingsregelverket. Bestämmelserna i PBL och upphandlingsregelverket kan därför upplevas som motstridiga.

EU-domstolens mål La Scala rörde tolkningsfrågan om upphandlingsdirektiven utgjorde hinder för nationell stadsplaneringslagstiftning, som tillåter att den som innehar bygglov direkt uppför en anläggning mot att avgiften för bygglovet avräknas. I målet framgår att kommunen tog, med stöd av lag, ut en avgift som motsvarade kostnaden för utbyggnaden av infrastrukturen.²⁸ Avgiften avräknades mot att exploatören byggde ut anläggningarna. EU-domstolen fastslog att skulden kvarstod oavsett hur betalning till kommunen gjordes, i pengar eller genom att uppföra anläggningarna, och villkoret ekonomisk ersättning ansågs därmed vara uppfyllt.²⁹

Det finns endast ett fåtal mål som berör frågan, och när det gäller La Scala-målet är inte förhållandena i Italien direkt jämförbara med förhållandena i Sverige eftersom en kommun i Sverige inte tar ut en motsvarande typ av avgift. Byggnadsnämnden tar ut en avgift för själva handläggningen av beslut om bygglov och inte för kostnaden för anläggningen och byggkostnaderna.³⁰

²⁸ EU-domstolens dom La Scala, C-399/98, punkterna 17–18.

²⁹ EU-domstolens dom La Scala, C-399/98, punkterna 80–84.

³⁰ 12 kap. 8–9 §§ PBL.

5.2 Upphandlingsregelverkets tillämplighet

En förutsättning för att det ska vara fråga om en offentlig upphandling är, enligt 1 kap. 2 § LOU, att det är fråga om en anskaffning av en vara, tjänst eller byggtreprenad genom tilldelning av kontrakt som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer.

Det är framför allt frågan om huruvida kriteriet ekonomiska villkor i definitionen av ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU är uppfyllt som kan vara svår att avgöra vid utbyggnad av allmänna anläggningar, det vill säga om det är en prestation som utförs åt den upphandlande myndigheten och om exploatören anses få en förmån som kan anses vara en form av ersättning.

I vissa fall skulle villkor för en byggkoncession kunna vara uppfyllda, men det förutsätter att den upphandlande myndigheten kan förfoga över nyttjanderätten till anläggningen, att koncessionshavaren övertar en verksamhetsrisk och att ersättningen åtminstone delvis utgörs av rätten att utnyttja föremålet för koncessionen (1 kap. 13 § LUK).

5.2.1 Lagen om offentlig upphandling, LOU

Av 1 kap. 2 § LOU framgår att med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Begreppet anskaffa ska förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna. Det innebär inte nödvändigtvis att äganderätten överläts. Vidare brukar inte enbart finansieringen, särskilt genom bidrag, av en verksamhet, som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen, omfattas av reglerna om offentlig upphandling. Det måste röra sig om mer än bara en utbetalning av allmänna medel. Rena gåvor eller bidrag utan krav på någon motprestation omfattas i princip inte av upphandlingsskyldighet. Det är fråga om upphandling i de fall en leverantör, i utbyte mot ersättning, tillhandahåller varor, tjänster eller byggtreprenader som är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.³¹ Allt, under förutsättning att värdet av köpet överstiger direktupphandlingsgränsen alternativt inte är föremål för något undantag enligt LOU.

³¹ Prop. 2015/16:195, sid. 933.

Särskilt om kriteriet prestation

För att det ska vara fråga om avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndigheten som ingått ett byggtreprenadkontrakt erhåller en prestation mot ersättning. Prestationen ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. EU-domstolen har fastslagit när direkt ekonomiskt intresse föreligger:

- den upphandlande myndigheten blir ägare av resultatet av byggtreprenaden som är föremål för kontraktet
- den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet för att använda dem för offentliga ändamål, eller
- intresset kan bestå i ekonomiska fördelar som den upphandlande myndigheten kan få vid framtida användning eller överlåtelse av anläggningen, i att myndigheten bidragit ekonomiskt vid utförandet av byggtreprenaden eller i de risker som myndigheten står för det fall att byggtreprenaden blir ett ekonomiskt misslyckande.³²

Den omständigheten att den upphandlande myndigheten använder sig av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor om stadsplanering räcker inte för att villkoren ska vara uppfyllda.³³

Särskilt om kriteriet ersättning

För att kriteriet ekonomiska villkor ska vara uppfyllt krävs utöver kriteriet prestation att det utgår en ersättning. De ekonomiska villkoren i ett avtal avser den motprestation leverantören erbjuder av den upphandlande myndigheten med anledning av utförandet av byggtreprenaderna i fråga.³⁴ Begreppet ersättning tolkas brett.³⁵ Ersättning kan vara villkor, förmåner kvittningar, avräkningar eller andra överenskommelser som innebär att exploitören anses få en förmån av kommunen.³⁶

Om exploitören utför en prestation och erhåller en ekonomisk ersättning av något slag är kriteriet ekonomiska villkor uppfyllt.³⁷

³² Helmut Müller, C-451/08, punkterna 48–57.

³³ EU-domstolens dom Helmut Müller, C-451/08, punkterna 48–57.

³⁴ EU-domstolens dom Auroux, C-220/05, punkt 45; Helmut Müller, C-451/08, punkt 48.

³⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom La Scala, C-399/98.

³⁶ Det kan även vara försäkranden om konkreta bidrag till att finansiera projekt eller att täcka eventuella förluster vid projektgenomförandet, förslag till avgörande i målet Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne, C-220/05. Den upphandlande myndigheten kan ha ekonomiska nackdelar antingen positivt i form av betalningsskyldighet gentemot den ekonomiska aktören eller negativt i form av ett bortfall av inkomster eller medel som annars ska erläggas, förslag till avgörande i målet Europeiska kommissionen mot Spanien, C-306/08 Europeiska kommissionen mot Spanien.

³⁷ Prop. 2006/07:128, sid. 302.

Särskilt om byggtreprenadkontrakt

Enligt 1 kap. 9 § LOU framgår att med byggtreprenadkontrakt avses ett kontrakt som

1. avser utförande, eller både projektering och utförande, av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1
2. avser utförande, eller både projektering och utförande, av ett byggnadsverk eller
3. innebär att ett byggnadsverk realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projektering.

Frågan huruvida det föreligger ett byggnadsverk ska bedömas med utgångspunkt i den ekonomiska eller tekniska funktion som är resultatet av bygg- och anläggningsarbetena.³⁸

Den tredje punkten avser kontrakt som, oavsett hur det utformas, medför förverkligande av ett byggnadsverk enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet eller enhet. För att ett sådant kontrakt ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt krävs att den upphandlande myndigheten utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projektering.³⁹

5.2.2 Lagen om upphandling av koncessioner, LUK

LUK skulle i vissa fall kunna komma att bli tillämplig. Det som skiljer definitionerna av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner från tjänstekontrakt och byggtreprenadkontrakt är ersättningsformen. Ersättningen vid en koncession består helt eller delvis av rätten att utnyttja det som koncessionen avser. Med byggkoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtror utförande av byggtreprenad till en eller flera leverantörer där ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Ersättningen till leverantören får inte utgå endast som betalning från den upphandlande myndigheten eller enheten eftersom ersättningen då inte till någon del är avhängig av leverantörens egen rätt att utnyttja tjänsten eller byggnadsverket. I detta krav ligger även att leverantören tar över verksamhetsrisken, till exempel att leverantören får rätt att uppbära ersättning för tjänsten från tredje man.⁴⁰

³⁸ EU-domstolens dom Jean Auroux m.fl., C-220/05, punkt 41. Se även förslag till avgörande i målet Helmut Müller, C-451/08, punkterna 28 ff.

³⁹ Prop. 2015/16:195, sid. 344, samt Helmut Müller, C-451/08, punkt 67.

⁴⁰ Prop. 2015/16:195, sid. 352.

För att den upphandlande myndigheten ska kunna överlåta rätten att utnyttja anläggningen krävs att den upphandlande myndigheten förfogar över nyttjanderätten till anläggningen. I de fall exploatören äger marken, eller genom överlåtelse blir ägare av marken och därmed har rätten att förfoga eller nyttja den mark denne äger, är det vanligtvis i princip uteslutet för en upphandlande myndighet att tilldela en koncession med avseende på nyttjanderätten.⁴¹

Om LUK kan bli tillämplig i andra situationer, till exempel vid upplåtelse av nyttjanderätt, har inte vidare utretts i denna promemoria. Koncessionshavaren ska i så fall enligt 1 kap. 13 § LUK få ersättning för arbete eller tjänst antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning och kontraktet ska innefatta en verksamhetsrisk som övertas av koncessionshavaren.

⁴¹ Helmut Müller, C-451/08, punkterna 71–74; prop. 2015/16:195, sid. 1304. Se även förslag till avgörande i mål C-576/10, Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna, och förslag till avgörande i målet Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien, C-306/08, om tolkning när en byggkoncession kan föreligga.

6. Bedömning av LOU:s tillämplighet

Bestämmelser om finansieringslösningar skiljer sig mellan allmänna platser som omfattas av PBL respektive allmänna va-anläggningar som omfattas av lagen (2006:900) om allmänna vattentjänster (LAV), och därför redovisas dessa separat i tillämpliga fall.

6.1 LOU:s tillämplighet vid anläggande av allmänna platser i exploateringsavtal

6.1.1 Kriteriet prestation

Kommunalt huvudmannaskap för allmänna platser

Kriteriet prestation är som huvudregel uppfyllt när exploatören bygger ut allmänna platser enligt kommunens önskemål och huvudmannaskapet övergår till kommunen. Syftet är att tillhandahålla de allmänna platserna åt den upphandlande myndigheten, det vill säga kommunen. Kommunen kan till exempel ange standarder i exploateringsavtalet efter överenskommelse med exploatören om utformning av de allmänna platserna. Efter uppförande av anläggningarna överlämnas dessa till kommunen som blir huvudman för anläggningarna. Kommunen har i dessa fall ett direkt ekonomiskt intresse av de allmänna platserna, och kommunen får tillgång till de platser som är föremål för kontraktet och som övergår till kommunen. Åläggandet att exploatören ska vidta eller finansiera åtgärder framgår av exploateringsavtalet, och fullgörandet kan därmed åberopas i domstol.

Enskilt huvudmannaskap för allmänna platser

Huvudmannen är ansvarig för att ställa i ordning och förvalta de allmänna platserna, till exempel att bygga ut och sköta gator. Alla allmänna platser ska ha en huvudman och huvudregeln är att kommunen är huvudman, men om det finns särskilda skäl kan huvudmannaskapet för allmänna platser vara enskilt (4 kap. 7 § PBL). Konsekvensen blir att fastighetsägarna själva ansvarar för utbyggnad och underhåll.

I ovan nämnda fall lämnar inte exploatören över mark eller allmänna platser till kommunen. Under dessa förutsättningar utför inte exploatören någon prestation för kommunens räkning, kommunen styr inte heller över utbyggnaden som inte heller allmänheten får tillgång till och kriteriet ekonomiska villkor torde inte vara uppfyllt.

6.1.2 Kriteriet ersättning

Det finns två huvudalternativ för att finansiera allmänna platser, genom gatukostnader enligt 6 kap. 24 § PBL eller med tillämpning av bestämmelsen i 6 kap. 40 § PBL om att exploateringsavtal får avse åtagande för en byggherre eller en fastighetsägare att vidta eller finansiera åtgärder för anläggande av allmän plats och av anläggningar för vattenförsörjning och avlopp.

Gatukostnadsersättning för allmänna platser

Av 6 kap. 24 § PBL framgår att om kommunen i egenskap av huvudman har skyldighet att anlägga eller förbättra en gata eller annan allmän plats eller vidta en annan åtgärd som är avsedd att tillgodose ett områdes behov av allmänna platser och av anordningar som normalt hör till sådana platser, får kommunen besluta att ägarna till fastigheterna i området ska betala kostnaderna för sådana åtgärder, så kallat gatukostnadsersättning. Kommunen ska besluta om avgränsningen av det område som ska omfattas av fördelningen, vilka kostnader som ska fördelas och grunderna för fördelningen. Kostnaderna ska fördelas skäligt och rättvist. Kommunen har rätt att ta ut ersättning för gatukostnader från fastighetsägarna inom sådana områden med detaljplan där kommunen är huvudman för allmänna platser. Ersättningen kan avse kostnader för att bygga och förbättra gator och andra allmänna platser. Ersättning kan däremot inte tas ut för underhåll och drift.⁴²

Gatukostnader är vanligast när tidigare sommarstugeområden planläggs för permanentboende. Systemet tillämpas främst i kranskommuner runt storstäderna och det är oftast flera olika fastighetsägare som berörs. I dessa fall tar kommunen ut beslutade gatukostnader och upphandlar enligt LOU.

Åtagande för exploatör att vidta åtgärder för anläggande av allmänna platser
I de fall exploatören och kommunen i exploateringsavtal kommit överens om att exploatören ska vidta åtgärder för anläggande av allmänna platser enligt 6 kap. 40 § PBL, och huvudmannaskapet övergår till kommunen, aktualiseras frågan om upphandlingsplikt uppstår.

Om exploatören och kommunen ingår ett exploateringsavtal som endast hanterar exploatörens åtagande att vidta åtgärder, det vill säga bygga allmänna platser, och inga andra ersättningar, kvittningar eller förmåner ingår i transaktionen, varken direkt eller indirekt, torde inte villkoret för kontrakt i LOU:s mening vara uppfyllt, och kommunen är i sådana fall inte skyldig att upphandla utbyggnaden.

Det förekommer dock överenskommelser inför ingåendet av ett exploateringsavtal som innebär att exploatören kan anses få en förmån som är att likställa med en ersättning. Exploateringsavtal kan innehålla flera åtaganden och kan ofta vara komplexa transaktioner med flera olika sidoavtal som hanterar olika direkta och indirekt prestationer och direkta och indirekta ersättningar mellan en kommun och exploatör.⁴³

Avräkningar, villkor, förmåner, kvittningar eller överenskommelser mellan exploatör och kommun som har koppling till anläggande av allmänna platser kan anses utgöra en form av ersättning, och i sådana fall är kriteriet ekonomiska villkor uppfyllt. Ersättningen, som inte behöver vara i form av pengar, behöver inte utgå samtidigt som

⁴² 6 kap. 24–32 §§ PBL.

⁴³ Upphandlingsmyndigheten har inte utrett om eller hur vanligt förekommande det är att ersättning utgår eller inte utgår. I de fall ersättning utgår har det inte heller utretts i vilken form det sker, genom ersättningar i pengar, avräkningar eller andra förmåner.

exploateringsavtalet ingås. För att fastslå om ersättning utgår i dessa fall måste hänsyn tas till hela transaktionen. Det kan i flera fall vara svårt att hitta den indirekta ersättningen. Vid en eventuell prövning i domstol görs bedömningen i det enskilda fallet.

Exempel på vad som kan vara en ersättning framgår av webbstödet. Det kan exempelvis vara att priset på återköp av mark tar hänsyn till att exploatören ska bygga ut de allmänna platserna eller att utformning av de allmänna platserna anpassas. Det kan vara anpassningar av kostnader för sanering eller bullerdämpande åtgärder eller andra typer kvittningar som ger exploatören fördelar som är att se som en direkt eller indirekt ersättning.⁴⁴

Det är viktigt att den upphandlande myndigheten har klart för sig om en prestation respektive en ersättning utgår enligt LOU för att kunna avgöra LOU:s tillämplighet.

Frågan om upphandlingsplikt av allmänna anläggningar har inte prövats i domstol, och rättsläget är oklart.

6.2 Bedömning av LOU:s tillämplighet vid anläggningar av vattenförsörjning och avlopp i exploateringsavtal

Enligt LAV ska fastighetsägare betala avgifter för en allmän va-anläggning (24–38 §§ LAV). Även enligt LAV finns allmän respektive enskild va-anläggning som påverkar LOU:s tillämpning.

6.2.1 Kriteriet prestation

Allmän va-anläggning

Det är va-huvudmannen som enligt LAV har ansvaret för att ordna de vattentjänster som verksamhetsområdet omfattar. Huvudmannen för va, ägaren till den allmänna va-anläggningen för exempelvis dagvatten, som kan vara kommunen eller ett kommunalt bolag, är skyldig att ta hand om dagvattnet inom verksamhetsområdet.

Va-huvudmannens skyldighet att ta hand om dagvatten enligt LAV kan inte ändras genom bestämmelser i detaljplan eller i övrigt avtalas bort.

Kriteriet prestation är som huvudregel uppfyllt när exploatören bygger ut va-anläggningar enligt kommunens önskemål och anläggningarna övergår till kommunen. Syftet är i dessa fall att uppföra anläggningarna åt kommunen som blir huvudman för anläggningarna. Kommunen har i dessa fall ett direkt ekonomiskt intresse av anläggningarna. Åläggandet att exploatören ska vidta eller finansiera

⁴⁴ Prop. 2013/14:126, *En enklare planprocess*, sid. 156–157.

åtgärder framgår av exploateringsavtalet, och fullgörandet kan därmed åberopas i domstol.

Enskild va-anläggning

En enskild va-anläggning är en anläggning eller annan anordning för vattenförsörjning eller avlopp som inte är eller ingår i en allmän va-anläggning. En sådan anläggning överlämnas således inte till kommunen utan kvarstår som enskild, och kriteriet prestation enligt ovan torde därmed inte bli uppfyllt. Det görs således samma bedömning som vid enskilt huvudmannaskap vid allmänna platser.

6.2.2 Kriteriet ersättning

Anläggningsavgift för allmänna va-anläggningar

Som framgår av bestämmelserna i LAV kan avgifter tas ut via en taxa som består av två delar, dels en anläggningsavgift (engångsavgift), dels en bruksavgift (periodisk avgift), enligt fastställda beräkningsmetoder (29 § LAV).

Avgifterna ska bestämmas så att kostnaderna fördelas på de avgiftsskyldiga enligt vad som är skäligt och rättvist (31 § LAV). Normalt gäller samma va-taxa för kommunens hela va-verksamhetsområde. Anläggningsavgifterna vid enskilda exploateringar, i motsats till avgifter för allmänna platser, kan vara såväl lägre som högre än de faktiska kostnaderna för att bygga anläggningen.⁴⁵

LOU är tillämplig om den upphandlande myndigheten gör en anskaffning, det vill säga den upphandlande myndigheten måste vara köpare, inte säljare, för att det ska vara fråga om kontrakt i LOU:s mening.⁴⁶ I de fall kommunen eller det kommunala bolaget enbart tar ut en anläggningsavgift i syfte att tillhandahålla kommunalt vatten och avlopp uppstår inte någon upphandlingssituation eftersom kommunen inte gör någon anskaffning utan tillhandahåller va-anslutning mot en ersättning.

Åtagande för exploatör att vidta eller finansiera åtgärder av anläggningar för vattenförsörjning och avlopp

Bestämmelsen i 6 kap. 40 § PBL gäller även för va-anläggningar. En kommun kan således enligt PBL besluta att ålägga exploitören att vidta åtgärder för va-anläggningar. En tidigare utredning gjorde bedömningen att om de intäkter va-avgiften ger är högre än de faktiska kostnaderna för att bygga väljer kommunen normalt att debitera byggherren enligt va-taxan. I det fall byggherren skulle bygga anläggningarna får denne sedan betalt av kommunen, det vill säga byggherrens nettobetaling till kommunen blir va-taxan minus anläggningskostnaderna. I sådana fall bedömdes att det finns en parallell till La Scala-målet, och att det således bör göras en offentlig upphandling eftersom det finns skäl för kommunen att hålla nere anläggningskostnaderna, det vill säga det belopp som va-avgiften reduceras med.⁴⁷

⁴⁵ SOU 2015:109, sid. 292.

⁴⁶ Prop. 2015/16:195, sid. 933; 1 kap. 2 § LOU.

⁴⁷ Planprocessutredningen, SOU 2015:109, sid. 295.

Oavsett om avgifterna är högre eller lägre än själva anläggningskostnaden för vattenförsörjning och avlopp, liknar detta upplägg de förhållanden som var föremål för prövning i La Scala-målet. Oavsett avgifternas storlek ska en bedömning göras i varje enskilt fall om ekonomiska villkor anses föreligga, det vill säga om det är en prestation mot ersättning. I La Scala-målet gjorde domstolen bedömningen att skulden att betala stadsplaneringsavgift till kommunen kvarstår oavsett om betalning sker med pengar eller på annat sätt. Det gjordes inte någon bedömning om att själva avräkningens storlek skulle vara avgörande för bedömning om ersättning utgår eller inte, gjordes inte.⁴⁸ Genom att avstå från avgifter som normalt betalas uppkommer en ekonomisk nackdel för den upphandlande myndigheten.⁴⁹

Mot denna bakgrund skulle sannolikt en anpassning av anslutningsavgiften i förhållande till den motprestation som görs vara att se som en avgiftsbefrielse, och avräkningen blir då att se som en slags ersättning från kommunen till exploatören och kriteriet ekonomiska villkor är uppfyllt. I likhet med La Scala-målet avräknar kommunen en avgift mot att exploatören bygger ut va-anläggningarna.

⁴⁸ EU-domstolens mål La Scala, C-399/98.

⁴⁹ Förslag till avgörande i målet Europeiska kommissionen mot Spanien, C-306/08.

6.3 Bedömning av LOU:s tillämplighet vid allmänna anläggningar i markanvisningsavtal

6.3.1 Allmänna platser

I de fall kommunen äger marken, delar av marken eller själv är exploatör blir LOU som huvudregel tillämplig vid anläggande av allmänna platser eftersom kommunen i dessa fall själv står för finansieringen av utbyggnaden.⁵⁰

Om ett markanvisningsavtal ingåtts och kommunen överlåter mark till exploatören, överlåter kommunen normalt sett endast kvartersmark. Kommunen behåller således marken avsedd för de allmänna platserna i sin ägo och upphandlar utbyggnaden.

Men det förekommer även vid markanvisningsavtal att mark överläts till en exploatör som åläggs att vidta åtgärder för anläggande av allmänna platser som överläts till kommunen, såsom sker vid exploateringsavtal. I sådana fall görs samma bedömning som vid exploateringsavtal, det vill säga en bedömning måste göras i det enskilda fallet om det är ett kontrakt med ekonomiska villkor. Försäljning av mark omfattas inte av LOU, men om det görs tillsammans med andra transaktioner kan det ändå innebära att en anskaffning görs. Kammarrätten hade att ta ställning till ett planerat affärsupplägg i ett mål där flera moment ingick: ingående av entreprenadkontrakt utan konkurrensutsättning, aktieöverlåtelse samt försäljning av mark. Även om transaktionerna skedde vid olika tidpunkter, försäljning av mark för vilken entreprenadkontrakt senare skulle tilldelas, kunde de ses som en helhet. Syftet var att det kommunala bolaget skulle tillgodogöra sig uppförande av bostadshusen. Det kommunala bolaget hade köpt ett bolag av den privata aktör som förvärvat mark av kommunen, och den enda tillgången i bolaget vid förvärvet var ett byggentreprenadkontrakt. Kammarrätten ansåg att det fanns skäl att se särskilt allvarligt på överträdelsen eftersom den ingått som en del i ett genomtänkt och planerat affärsupplägg.⁵¹

Vid markanvisningsavtal kan ekonomisk ersättning till exploatör anses utgå i form av en ersättning som kan betraktas som latent om till exempel priset har fastställts med hänsyn till att exploatören ska vidta åtgärder för anläggande av allmänna platser. Principen för markprissättning vid överlåtelse är att mark ska överlåtas till sitt marknadsvärde (jämför också principerna för den statsstödsrättsliga bedömningen av marknadsmässighet, se nedan i avsnittet om statsstöd). Marknadsvärdet kan påverkas av vilka krav kommunen uppställer för sin försäljning. I normalfallet får exploatören eller byggherren bekosta infrastrukturen i form av gator och vägar och allmänna platser som hör till området. Därtill kommer också vanligen kostnader för försörjning

⁵⁰ Boverket, *Upphandling och exploateringsavtal*, rapport 2017:27, sid. 12.

⁵¹ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2737-14.

av området med vatten och avlopp. Det är viktigt att kommunen har klart för sig om det utgår en ersättning som kan medföra upphandlingsplikt.⁵²

6.3.2 Vattenförsörjning och avlopp

Vad gäller utbyggnad av allmänna va-anläggningar i markanvisningsavtal gäller samma slutsatser som vid exploateringsavtal. Om en exploatör enligt 6 kap. 40 § PBL ska vidta åtgärder som avser anläggningar för vattenförsörjning och avlopp, och anslutningsavgiften har anpassats i förhållande till detta, är avräkningen sannolikt att se som en ersättning enligt LOU.

6.4 Sammanfattning


Vid bedömningen av om en transaktion, som består av flera moment, ska anses utgöra tilldelning av ett kontrakt ska det göras en helhetsbedömning av transaktionen och dess syfte ska då beaktas.⁵³

Upphandlingsplikten beror på flera faktorer, bland annat om det är allmänt eller enskilt huvudmannaskap och vilken finansieringslösning som valts. En kommun måste, i varje enskilt fall, fastställa om kriteriet för ekonomiska villkor är uppfyllt.

Upphandlingsmyndigheten vill betona att det aldrig är fel att upphandla om det råder osäkerhet. Vid en prövning i domstol är det domstolen som gör bedömningen utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet, och det är den upphandlande myndigheten som ansvarar för att upphandlingsregelverket följs. Som framgår nedan finns åtgärder för att minska samordningsproblem som kan uppkomma vid upphandling av utbyggnaden.

⁵² SKL cirkulär 14:46, *Riktlinjer för kommunala markanvisningar och exploateringsavtal*.

⁵³ EU-domstolens mål Remondis, C-51/15, punkterna 37, 43.



När utbyggnad av
allmänna anläggningar
är upphandlingspliktiga

7. När utbyggnad av allmänna anläggningar är upphandlingspliktiga

Om en upphandlande myndighet kommer fram till att utbyggnaden är upphandlingspliktig måste vissa bestämmelser i LOU beaktas.

Ett exploateringsavtal är i sig inte upphandlingspliktigt, men om utbyggnaden hanteras i exploateringsavtalet och själva utbyggnaden är upphandlingspliktig ses exploateringsavtalet som ett så kallat blandat kontrakt.

Utbyggnaden är då sannolikt att anse som delbar och upphandlas separat. En bedömning måste dock göras i det enskilda fallet, och särskilda omständigheter kan medföra att kontraktet ändå är att anse som odelbart

7.1 Fråga om blandat delbart kontrakt i LOU:s mening

Det finns särskilda bestämmelser i LOU som rör så kallad blandad upphandling, det vill säga kontrakt som regleras av olika regelverk (2 kap. LOU). Bestämmelserna i LOU ska ge anvisningar om vilket eller vilka regelverk som en upphandlande myndighet ska eller får tillämpa när ett blandat kontrakt består av flera delar som regleras av olika upphandlingslagar eller andra rättsregler.⁵⁴

I vissa fall kan det visa sig vara nödvändigt att lägga samman separata kontrakt och upphandla dem tillsammans, vid samma tidpunkt. Det är fråga om kontrakt som på grund av särskilda omständigheter med nödvändighet endast kan ingås med en enda entreprenör, så kallat odelbara blandade kontrakt.⁵⁵

Om kontraktet anses vara odelbart ska det bedömas utifrån det huvudsakliga syftet med kontraktet. Om det är den icke-upphandlingspliktiga delen som är det huvudsakliga syftet med kontraktet kan transaktionen i sin helhet genomföras utan upphandlingsförfarande.⁵⁶

Bedömning om ett blandat kontrakt kan delas upp ska enligt EU-direktivet bygga på relevant rättspraxis från EU och får avgöras från fall till fall.⁵⁷ Om någon del av ett delbart blandat kontrakt inte omfattas av något upphandlingsregelverk får den upphandlande myndigheten givetvis hantera den delen separat.⁵⁸

⁵⁴ Se <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/blandad-upphandling/> samt prop. 2015/16:195, sid. 363–364.

⁵⁵ EU-domstolens mål Jean Auroux, C-220/05, samt Club Hotel Loutraki AE, C-145/08 och C-149/08.

⁵⁶ Prop. 2015/16:195, sid. 368, Club Hotel Loutraki AE, C-145/08 och C-149/08.

⁵⁷ Prop. 2015/16:195, sid. 364, samt skäl 11 i direktiv 2014/24/EU.

⁵⁸ EU-domstolens dom Jean Auroux, C-220/05, samt EU-domstolens dom Club Hotel Loutraki AE, C-145/08 och C-149/08. Se vidare även t.ex. *Offentliga byggentreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*; UrT 2015 nr 1, Andrea Sundstrand, *Upphandlingskrönika – Blandade kontrakt*; Kristian Pedersén och Erik Olsson,

En utbyggnad av allmän plats och va-anläggning utgör oftast en byggtreprenad som är möjlig att särskilja från utbyggnaden av omkringliggande kvartersmark och andra entreprenadarbeten. I dag förekommer det att utbyggnaden antingen upphandlas eller direkttilldelas exploitören som i sin tur ibland anlitar annan entreprenör som bygger ut den allmänna anläggningen. En kommun kan i exploateringsavtal således sannolikt inte undanta utbyggnaden från upphandlingsplikten med anledning av att det utgör ett odelbart blandat avtal, och utbyggnaden kan mot den bakgrunden i så fall upphandlas separat. En bedömning måste dock göras i det enskilda fallet, och särskilda omständigheter kan medföra att kontraktet ändå är att anse som odelbart.

7.2 Fråga om undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt enligt LOU

Om utbyggnaden anses upphandlingspliktig torde inte undantagen genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 14 § LOU på grund av tekniska skäl eller ensamrätt kunna tillämpas. Den tilltänkta entreprenören kan sannolikt inte vara att anse som den ende som, på objektiva grunder och med hänsyn till tekniska skäl, kan utföra det aktuella arbetet. Kommunen torde inte heller kunna visa att det inte är möjligt för någon annan att utföra uppdraget. En bedömning måste dock göras i varje enskilt fall. Undantag i LOU tolkas restriktivt, och det är den kommun som åberopar undantaget som har bevisbördan för att det är tillämpligt.

7.2.1 Undantag på grund av tekniska skäl

Frågan är om tekniska skäl skulle kunna åberopas i de fall byggtreprenader ska anslutas till eller samordnas med andra arbeten inom samma exploateringsområde.

Vad gäller byggtreprenader har EU-domstolen slagit fast att det faktum att arbeten påstås vara komplicerade och vanskliga, eller att de ska samordnas med andra arbeten, inte räcker för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda entreprenör.⁵⁹ Det är inte heller tillräckligt att visa att arbetet skulle komma att utföras mest effektivt av en särskild entreprenör. Det krävs därför att det på objektiva grunder, och med hänsyn till tekniska skäl, endast är en entreprenör som kan utföra ett visst arbete för att undantaget ska kunna tillämpas.⁶⁰

<https://www.delphi.se/uploads/2018/08/120229-blandade-kontrakt-kristianpedersen-erikolsson.pdf>, 2015/16:195, sid. 363 samt sid. 948.

⁵⁹ EU-domstolens dom kommissionen mot Italien, C-385/02, punkterna 23–27.

⁶⁰ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, andra uppl., 2015, s. 259.

7.2.2 Undantag på grund av ensamrätt

För att tillämpa undantaget för ensamrätt, punkt 3, måste kommunen kunna visa att det inte är möjligt för någon annan att genomföra uppdraget. Det är inte tillräckligt att varan eller tjänsten är skyddad av ensamrätt.⁶¹ Det är således fråga om faktisk ensamrätt.⁶² En bedömning måste göras utifrån det enskilda fallet, men undantagen tolkas restriktivt, och det är kommunen som måste visa att villkoren för undantag är uppfyllda.

Av vad som framgår i La Scala-målet kunde inte den italienska kommunen välja avtalspart, eftersom det enligt italiensk lagstiftning enbart är markägaren som kan vara avtalspart när det gäller byggnation av allmänna anläggningar. EU-domstolen slog fast att det förhållandet att de upphandlande myndigheterna inte själva har möjlighet att välja avtalspart inte i sig rättfärdigar att direktivet inte skulle vara tillämpligt.⁶³

7.3 Praktiska frågeställningar som uppkommer vid upphandling

7.3.1 Vid upphandling behöver samordningsfrågor lösas

I de fall upphandling ska ske uppkommer frågan om hur samordningen bäst kan lösas. Problem som kan uppkomma rör både att samordna tider och att samordna med andra entreprenörer, maskiner och annan utrustning på plats. Det kan vara svårt för kommunen att i upphandlingsdokumenten ange rätt krav och veta när i processen utbyggnaden av de allmänna anläggningarna bäst kan ske.

Det finns flera sätt att lösa samordningsfrågorna som inte uppkommer enbart vid upphandling, utan även i de fall det finns flera fastigheter i området som ägs av olika exploatörer.

Exploatören deltar i förberedelserna av upphandlingen

En fråga har uppkommit om en exploatör kan lämna anbud i en upphandling trots att exploatören har deltagit i förberedelserna. Närmare bestämmelser om anbudsgivare som deltagit i förberedelserna finns i 4 kap. 8 § LOU. En eventuell dialog mellan exploatören och kommunen inför en upphandling måste vara förenlig med de grundläggande principerna, främst principerna om likabehandling och transparens. Det är viktigt att alla leverantörer behandlas lika och att inga ovidkommande hänsyn tas inför en upphandling eller senare i förfarandet. Det skulle kunna vara fallet om

⁶¹ Prop. 2015/16:195, sid. 998, jfr dom kommissionen mot Spanien, C-328/92, ECLI:EU:C:1994:178.

⁶² Se fotnot 27.

⁶³ EU domstolens dom La Scala, C-399/98, punkterna 71–75 och 99–103. Det framgår av domen att det inte innebär att kommunen och myndigheterna måste tillämpa upphandlingsregelverket själva. Rättsläget är i Sverige dock oklart. Se Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, vol. I, third edition, s. 6–245.

någon leverantör har fått mer information än de övriga eller fått för stort inflytande över utformningen av upphandlingsdokumentet och på så sätt blir gynnad.⁶⁴

Mer information finns på Upphandlingsmyndighetens webbplats.⁶⁵ Det finns även en vägledning om dialog och förhandling inom LOU och LUF som getts ut av Upphandlingsstödet på Kammarkollegiet.⁶⁶ Uppkommer frågor om till exempel konsultjäv eller korruption finns vägledningen *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?*⁶⁷

Innebär arbetet att exploatören utför projektering eller annat arbete mot en ersättning är detta i sig en tjänst som ska bedömas utifrån eventuell upphandlingsplikt enligt LOU.

7.3.2 Exploatörens möjligheter att lämna anbud

Vid upphandlingar av utbyggnad av allmänna anläggningar kan exploatören vilja delta och lämna anbud. Det finns en oro för att ett anbud från exploatören skulle kunna anses vara onormalt lågt med anledning av att exploatören i princip skulle kunna lägga ett nollanbud i och med att exploatören ändå står för finansieringen.⁶⁸

Av LOU följer att den upphandlande myndigheten ska förkasta anbud om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.⁶⁹ Det är också obligatoriskt att förkasta ett anbud om förklaringen innebär att leverantören inte skulle uppfylla sina miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Enligt förarbetena till LOU ska omständigheterna i det enskilda fallet vara avgörande för vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud, och ett så kallat nollanbud eller ett anbud med negativa priser innebär inte per automatik att anbudet är att anse som onormalt lågt.⁷⁰

Ett nollanbud eller ett anbud med negativa priser utlöser i princip alltid en utredningsskyldighet hos den upphandlande myndigheten, men även högre priser kan utlösa en utredningsskyldighet. En tillfredsställande förklaring kan exempelvis avse att leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder eller tekniska lösningar för att fullgöra kontraktet. Efter att en begärd förklaring lämnats av

⁶⁴ Se t.ex. EU-domstolens mål Fabricom SA, C-21/03 och C-34/03.

⁶⁵ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/dialog-och-innovation/dialog/>

⁶⁶ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/arkiv-publikationer-upphandlingsstodet-kammarkollegiet/dialog-och-forhandling/>, se även <https://www.skilkommentus.se/globalassets/kommentus/bilder/dialogens-yttre-granser.pdf>.

⁶⁷ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/aktuellt/nytt-stod-ska-forebygga-korruption-i-offentlig-upphandling/>. Se även förvaltningsrättens mål nr 4869-17 samt 5057-17.

⁶⁸ Jfr 6 kap. 40 § PBL.

⁶⁹ 16 kap. 7§ LOU (lag (2016:1145) om offentlig upphandling).

⁷⁰ Prop. 2015/16:195, s. 1114; HFD 2016, ref. 3 II.

anbudsgivaren ska den upphandlande myndigheten bedöma relevansen av förklaringarna och därefter fatta beslut om att godta eller förkasta anbudet.⁷¹

Såvitt gäller frågan om tillfredsställande förklaring framgår av EU-domstolens rättspraxis att det är anbudsgivaren som ska ge in bevisning som förklarar det låga priset.⁷² Anbudsgivaren är också den som har bäst tillgång till sådana uppgifter som kan tydliggöra att det egna anbudet är allvarligt menat. Alla relevanta faktorer som anbudsgivaren gjort gällande och som hänför sig till kontraktetsföremålet ska beaktas vid den upphandlande myndighetens granskning av huruvida ett anbud är onormalt lågt.⁷³

I rättspraxis har förklaringar som pekar på möjligheten att dra nytta av betydande skalfördelar eller pressande av vinstmarginaler för att på ett effektivare sätt kunna ta sig in på den aktuella marknaden ansetts som trovärdiga och seriösa.⁷⁴ Detsamma gäller förklaringar om att prissättningen grundas i tidigare omfattande erfarenhet av den upphandlande myndigheten som beställare, att anbudsgivaren har en synnerligen god ekonomisk ställning, att den upphandlande myndigheten anlitat anbudsgivaren under flera år samt att det är fråga om stora upphandlingar.⁷⁵ Det kan mot bakgrund av detta konstateras att förklaringar med noggranna och detaljerade redogörelser och som grundar sig på affärsmässighet rimligtvis leder till att anbudet inte förkastas.

Bortsett från frågan om finansiering kan exploitörens skäl även grunda sig på frågan om kostnad, kunskap och samordning. En befintlig exploitör torde kunna lägga ett lägre anbud än andra entreprenörer då exploitören i regel har relevant utrustning och arbetskraft på plats i området. Vidare har exploitören ofta ett kunskapsövertag över andra leverantörer då denne redan är bekant med projektet, vilket i sin tur kan motivera varför ett lägre anbud läggs. Dessa faktorer bör kunna vara en trovärdig förklaring till hur en exploitör kan inkomma med ett lågt eller mycket lågt anbud.

Bedömningen av huruvida ett anbud ska anses onormalt lågt måste göras i varje enskild upphandling i relation till upphandlingsföremålet. Bedömningen av om ett onormalt lågt anbud ska förkastas eller inte ska göras mot bakgrund av risken att leverantören inte levererar i enlighet med avtalet.

⁷¹ Denna tågordning stöds vidare av EU-domstolens rättspraxis, se dom av den 27 november 2001, Impresa Lombardini och Mantovani, i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640, punkt 55.

⁷² EU-domstolens dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, punkterna 28 och 29.

⁷³ Impresa Lombardini och Mantovani, punkt 82, och SAG ELV Slovensko, punkterna 29 och 30.

⁷⁴ EU-domstolens dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso, C-147/06 och C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277, punkt 26.

⁷⁵ HFD 2016, ref. 3 II.



Uppförande av samhällsfastigheter

8. Uppförande av vissa samhällsfastigheter

8.1 Bakgrund

Med samhällsfastigheter avses ”fastighet som brukas till övervägande del av skattefinansierad verksamhet och är specifikt anpassad för samhällsservice. Dessutom inkluderas trygghetsboende under begreppet samhällsfastigheter”. Exempel på samhällsfastigheter är fängelser, skolor, äldreboenden och sjukhus.⁷⁶ Plangenomförandeutredningen och regeringen använder begreppet social infrastruktur, men även begreppet välfärdsfastigheter förekommer.⁷⁷

Tidigare har kommuner i exploateringsavtal använt villkor som innebär att en exploatör är skyldig att uppföra eller bidra till kostnaderna för byggnader eller verksamheter som kommunen har ett lagstadgat ansvar att ombesörja.

Regeringen ansåg i propositionen om en enklare planprocess att det vore principiellt felaktigt att legalisera den typen av finansiering som omfattar sådana åtgärder som kommunen enligt lag är skyldig att tillhandahålla.⁷⁸ Det framgår därför numera av 6 kap. 41 § PBL att ett exploateringsavtal inte får innehålla ett åtagande för en byggherre eller en fastighetsägare att helt eller delvis bekosta byggnadsverk för vård, utbildning eller omsorg som kommunen har en skyldighet enligt lag att tillhandahålla.⁷⁹

Vid uppförande av till exempel en förskola som omfattas av 6 kap. 41 § PBL uppkommer det en annan typ av frågeställning än vid utbyggnad av allmänna anläggningar eftersom det inte är exploatören som står för finansieringen.

8.2 Byggentreprenad eller hyra

Av 3 kap. 19 § LOU framgår bland annat att LOU inte gäller för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt eller hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet. Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Av jordabalken 1 kap. 1 § framgår att fast egendom är jord som är indelad i fastigheter.

EU-domstolen fann i domen i målet *Impresa Pizzarotti* att ett avtal som hade som huvudsakligt syfte att ett byggnadsverk skulle uppföras, som motsvarade de behov som den upphandlande myndigheten angett, var ett byggentreprenadkontrakt och omfattades inte av hyresundantaget, även om det fanns vissa särdrag som var utmärkande för ett hyresavtal.⁸⁰ Det är kontraktets huvudsakliga syfte som avgör om

⁷⁶ Se vidare <https://www.fastighetsvarlden.se/notiser/sa-har-lyder-nya-definitionen-av-samhallsfastigheter/>.

⁷⁷ SOU 2012:91 samt prop. 2013/14:126, sid. 158.

⁷⁸ Prop. 2013/14:126, sid. 158.

⁷⁹ I utredningen *Ett snabbare bostadsbyggande*, SOU 2018:67, finns förslag om att ändra denna bestämmelse.

⁸⁰ Prop. 2015/16:195, sid. 968, samt EU-domstolens dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13. Se även EU-domstolens dom kommissionen mot Tyskland, C-536/07.

ett kontrakt ska betraktas som en byggtreprenad eller om det omfattas av hyresundantaget, inte hur stor ersättning leverantören får eller hur denna betalning sker.⁸¹

I ett avgörande från Kammarrätten hade en kommun tecknat avtal med en leverantör avseende hyra av lärosalar. Av det höga hyresbeloppet låg det nära till hands att anta att hyran var tänkt att täcka mer än som angetts i avtalet. Kammarrätten konstaterade att avtalet resulterat i att bostadsmoduler uppförts och att dessa moduler fick anses vara byggnadsverk. Eftersom byggnadsverken realiserats enligt kommunens krav gällde avtalet en byggtreprenad i den mening som avses i LOU. Elevboendet var av direkt ekonomiskt intresse för kommunen, med hänsyn till kopplingen till skolan. Elevboendet var därtill en förutsättning för verksamheten. Kommunens beslut att ordna elevboende syftade till att tilldela ett byggtreprenadkontrakt, och därtill fann kammarrätten att elevboendet och lärosalarna uppförts på kommunens uppdrag varför det rörde sig om en byggtreprenad på vilken LOU var tillämplig.⁸²

En uppfattning som framförts är att hyresundantaget endast är tillämpligt på redan uppförda byggnader, medan andra menar att undantaget borde kunna vara tillämpligt även om byggnaderna inte är uppförda men dels är av generell karaktär, dels att uppförandet inte är beroende av att den upphandlande myndigheten ska bli hyresgäst.

Upphandlingsmyndigheten instämmer i den senare uppfattningen. I LOU-direktivet används begreppet befintlig byggnad i syfte att klargöra att undantaget inte avser byggtreprenadkontrakt.⁸³ Begreppet befintlig byggnad bör alltså enligt Upphandlingsmyndigheten förstås i ljuset av definitionen av byggtreprenad i 1 kap. 9 § LOU. När en fastighet med allmänna kontorslokaler ska uppföras och tillhandahållas på marknaden, oavsett om en upphandlande myndighet eller enhet har ett intresse att ingå ett hyresavtal eller inte, kan normalt sett inte ett avtal om att hyra en del av dessa lokaler anses vara ett byggtreprenadskontrakt i LOU:s mening. Byggnaden kan i så fall inte anses vara uppförd för den upphandlande myndighetens/enhetens räkning, vilket innebär att hyresundantaget i stället bör vara tillämpligt.

Var gränserna går för när ett avtal rätteligen inte är ett hyresavtal utan har som huvudsakligt syfte att uppföra ett byggnadsverk är däremot svårare att uttala sig generellt om och är beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.⁸⁴

Det är således omständigheterna i varje enskilt fall som avgör om det föreligger ett upphandlingspliktigt byggtreprenadskontrakt eller om kontraktet ska betraktas som ett hyreskontrakt som är undantaget upphandlingsplikt.

⁸¹ EU-domstolens dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13.

⁸² Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 396-10.

⁸³ Prop. 2015/16:195, sid. 968; prop. 2006/07:128, sid. 290.

⁸⁴ Erik Olsson och Olle Lindberg, *Att vara eller inte vara – är det verkligen frågan? Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag* i *Europarättslig tidskrift* nr 3 2015.

8.3 Särskilt om kontrakt som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet

Om en kommun lämnar bidrag för att uppföra en byggnad kan upphandlingsplikten överföras till den privata aktören. Enligt 1 kap. 6 § i LOU ska privata organ som inte är en upphandlande myndighet i LOU:s mening ändå tillämpa LOU vid upphandling av kontrakt som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet.

Tre förutsättningar ska vara uppfyllda för att bestämmelsen ska bli tillämplig. För det första ska mer än hälften av kostnaden av kontraktet täckas av bidrag från en upphandlande myndighet. Begreppet ”bidrag” ska i detta sammanhang inte nödvändigtvis tolkas som endast bidrag i formell mening. En beställning i ett samprojekt mellan det allmänna och näringslivet där det allmänna står för mer än halva kostnaden kan omfattas.

För det andra ska kontraktets värde beräknas uppgå till minst de tröskelvärden som kommissionen fastställt. För det tredje ska kontraktet avse en byggtreprenad som avser sådana anläggningsarbeten som anges i bilaga I LOU, en byggtreprenad som gäller uppförande av sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål eller tjänster som har samband med en sådan byggtreprenad.

Den upphandlande myndigheten som lämnar bidrag har inte i sig någon skyldighet att genomföra en upphandling enligt lagen, men måste försäkra sig om att företaget som genomför byggtreprenaden verkligen följer lagen och genom avtalsuppföljningen tillförsäkras sig tillräcklig insyn.⁸⁵

I en dom från Högsta förvaltningsdomstolen konstaterades att den upphandlande myndigheten var rätt svarandepart i överprövningsprocessen, trots att myndigheten hade uppdragit åt fastighetsägaren att genomföra upphandlingen. Överenskommelsen innebar att fastighetsägaren skulle upphandla uppförande av en idrottsanläggning och att kommunen senare skulle förvärva anläggningen inklusive marken. Högsta förvaltningsdomstolen fann därför att kommunen hade ett väsentligt inflytande över upphandling, genomförande och avslutning.⁸⁶

I de fall en upphandlande myndighet ger ett ekonomiskt bidrag till den som ska upphandla kan det medföra, förutom en upphandlingsskyldighet, en skyldighet att anmäla stödet till kommissionen som ett statsstöd.

⁸⁵ Helena Rosén Andersson, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*; 3 kap. 2 § ÄLOU, sid. 221–222.

⁸⁶ RÅ 2004, ref. 48.

8.4 En separat samhällsfastighet ska uppföras

8.4.1 Kommunen ska bekosta och driva en samhällsfastighet

Om marken ägs av en exploatör kan kommunen låta exploatören eller en annan entreprenör uppföra en byggnad, till exempel en samhällsfastighet, efter kommunens anvisningar och sedan förvärva marken med den uppförda byggnaden i syfte att kommunen ska driva till exempel ett äldreboende.⁸⁷ Kommunens mer eller mindre detaljerade anvisningar kan framgå av exploateringsavtal eller annat sidoavtal. En sådan lösning är att se som ett byggentreprenadkontrakt. En prestation utförs för kommunen, och kriteriet ersättning är uppfyllt i de fall kommunen bekostar byggnaden. Situationen kan även uppkomma i samband med markanvisningsavtal eller vid annan upplåtelseform, till exempel en tomträtt.

Det är även huvudsakligen en byggentreprenad om en upphandlande myndighet låter ett byggföretag uppföra en byggnad efter egna anvisningar på annans mark för att sedan hyra byggnaden. Även i dessa fall torde kriteriet för kontrakt i LOU:s mening vara uppfyllt: Byggnaden uppförs efter kommunens anvisningar, och om kommunen har lämnat garantier om att hyra byggnaden är kriteriet ersättning uppfyllt. Lösningen innebär att kommunen upphandlar en entreprenör som på annans mark bygger något som någon annan än kommunen ska äga.

I dessa fall krävs det även att kommunen och markägaren har en överenskommelse om att en samhällsfastighet ska upphandlas och uppföras som kommunen ska hyra.

Mellan kommunen och markägaren bör det upprättas ett avtal som omfattar dels överlåtelsen av den upphandlade entreprenaden på fastighetsägaren, dels hyresfrågorna. Den upphandlande myndigheten bör säkerställa att den inte behåller ansvar för entreprenadarbetena efter överlåtelsen.

8.4.2 Privat aktör ska bekosta och driva en samhällsfastighet

Om byggnader i stället uppförs av exploatör till aktörer som ska driva en samhällsfastighet i privat regi beror upphandlingsplikten på omständigheterna i det enskilda fallet. Ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU anses föreligga om det finns ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och som avser utförande av en byggentreprenad. Definitionen av byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § punkt 3 LOU innebär att ett byggnadsverk realiserar enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet. Hur detaljerade anvisningar i exploateringsavtalet eller

⁸⁷ I 6 kap. 41 § PBL finns en begränsning vad gäller kommunens möjligheter att låta exploatör finansiera vissa samhällsfastigheter.

annat sidoavtal om byggnadens utformning ska eller kan vara för att en byggentreprenad ska anses uppföras åt den upphandlande myndigheten är oklart.⁸⁸

Myndighetstillsyn innebär inte i sig att kriteriet ekonomiska villkor är uppfyllt.⁸⁹ Om det till exempel i detaljplan står att en skolbyggnad ska uppföras men uppförandet inte åläggs exploitören i exploateringsavtalet eller annat avtal och kommunen inte heller ska ansvara för driften är villkoret för prestation som huvudregel inte uppfyllt. Kriteriet ersättning är inte heller uppfyllt om kommunen inte ställer garantier eller andra förmåner som direkt eller indirekt kan ses som ersättning.

Om kommunen äger mark och ska genomföra en markanvisning är försäljningen av mark i sig inte upphandlingspliktig, men ett upplägg tillsammans med andra transaktioner kan innebära att upphandlingsplikt ändå uppstår. Kammarrätten hade att ta ställning i ett mål där flera transaktioner som skedde vid olika tidpunkter, bland annat försäljning av mark, bedömdes tillsammans.⁹⁰

I de fall ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, samt att kontraktet innefattar en verksamhetsrisk som övertas av koncessionshavaren enligt 1 kap. 13 § LUK kan det i stället avse tilldelning av byggkoncession (se vidare avsnitt 5.2.2).

8.5 Samhällsfastighet i en bottenvåning i hus med flera våningar

I detaljplan eller exploateringsavtal kan anges att våningen längst ner i en flervåningsbyggnad ska användas till, till exempel förskola, det vill säga att en mindre del av en byggnad är avsedd som samhällsfastighet.

⁸⁸ EU-domstolens dom Helmut Müller, C-451/08, punkt 67. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. I, third edition, 6-251, 6-252.

⁸⁹ EU-domstolens dom Helmut Müller, C-451/08, punkt 58.

⁹⁰ Se även avsnittet "Bedömning av LOU:s tillämplighet vid utbyggnad av allmänna anläggningar i markanvisningsavtal" och kammarrätten i Stockholm, mål nr 2737-14. Se även förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 4784-16. En kommun hade genom anbudstävling sålt fastigheter till anbudsgivare som åtagit sig att bygga och driva vårdboende. Även om det rörde sig om en försäljning av fastighet ansågs kontraktet vara en byggentreprenad samt drift av boende eftersom kommunen i avtal vid anbudstävling hade uppställt ett antal detaljerade krav vad gäller utformning av det vård- och omsorgsboende som ska uppföras. Förvaltningsrätten ansåg att kommunen bl.a. genom anbudstävlingen har ansetts vidta åtgärder i syfte att tilldela ett byggentreprenadkontrakt.

8.5.1 Fråga om odelbart blandat kontrakt om kommunen uppför och driver samhällsfastighet

Det finns särskilda bestämmelser i LOU som rör så kallade blandade avtal, det vill säga avtal som omfattar både upphandlingspliktiga och icke upphandlingspliktiga delar. Se vidare avsnitt 7.1, *Fråga om blandat delbart kontrakt i LOU:s mening*.

I vissa fall kan det visa sig vara nödvändigt att lägga samman separata kontrakt och upphandla dem tillsammans, vid samma tidpunkt. Det är fråga om kontrakt som på grund av särskilda omständigheter med nödvändighet endast kan ingås med en enda entreprenör, så kallat ”odelbara blandade kontrakt”.⁹¹ Om det är den icke-upphandlingspliktiga delen som är det huvudsakliga syftet med kontraktet kan transaktionen i sin helhet genomföras utan upphandlingsförfarande.⁹²

Byggarbeten som endast är accessoriska och inte utgör kontraktets egentliga syfte kan inte medföra att ett kontrakt kvalificeras som ett offentligt byggentreprenadkontrakt.⁹³ De olika prestationernas ekonomiska värde är endast ett av flera kriterier som beaktas vid bedömning av det huvudsakliga syftet.⁹⁴

Om till exempel en förskola byggs på bottenvåningen i ett flerfamiljshus kan det vara att se som ett så kallat blandat kontrakt eftersom det avser både upphandlingspliktiga och icke upphandlingspliktiga delar, det vill säga både den del som rör förskolan (upphandlingspliktig) och den del som exploatören förfogar över, bostäder (icke-upphandlingspliktiga delar).

Ett sådant kontrakt skulle kunna anses vara ett odelbart blandat kontrakt då kontraktet enbart kan utföras av en och samma entreprenör, det vill säga den exploatör (eller dennes underentreprenör) som uppför fastigheten. Exploatören skulle därmed kunna uppföra byggnaden för kommunen om det anses vara en accessorisk del till kontraktets egentliga syfte. En fråga som kvarstår är om kommunen bör upphandla själva inredningen för att anpassa våningen till förskola. Det är sannolikt fallet.

En samlad bedömning behöver alltid göras utifrån det enskilda fallet för att förvissa sig om LOU är tillämplig eller inte.

⁹¹ EU-domstolens mål Jean Auroux, C-220/05, samt Club Hotel Loutraki AE, C-145/08 och C-149/08.

⁹² Regeringens proposition 2015/16:195, sid. 368.

⁹³ Andrea Sundstrand, *Offentliga byggentreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*, 2015 nr 1, sid. 60. När det gäller ”underordnad betydelse” hänvisas till EU-domstolens dom i målet Gestion Hotelera Internacional, C-331/92, pkt 29.

⁹⁴ Inom upphandlingsrätten tillämpas som regel en genomsynsprincip som innebär att konstlade upplägg som genomförts i syfte att kringgå upphandlingsskyldighet underkänns (se målet kommissionen mot Tyskland, C-480/06).

8.5.2 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Det kan därutöver finnas en möjlighet att i vissa fall tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas av tekniska skäl kan fullgöras av endast en viss leverantör enligt 6 kap. 14 § punkt 2 LOU. Undantag från LOU tolkas restriktivt, och det är den upphandlande myndigheten som åberopar undantaget som har bevisbördan för att det är tillämpligt (se avsnitt 7.2 om undantag av tekniska skäl eller ensamrätt).

Sammanfattningsvis kan sägas att för undantagets tillämplighet krävs i princip att den tilltänkta entreprenören är den ende som, på objektiva grunder och med hänsyn till tekniska skäl, kan utföra det aktuella arbetet.⁹⁵

Vid val av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering bör även statsstödsaspekterna beaktas. Se vidare under avsnitt 9.

8.6 Sammanfattning

Om en kommun avser låta bygga en samhällsfastighet på annans mark gäller som huvudregel LOU, och även om det finns garantiåtaganden från kommunen att hyra byggnaden efter uppförandet är LOU som regel tillämplig. Är det däremot en samhällsfastighet som uppförs av en aktör som ska driva den i privat regi är det viktigt att beakta omständigheterna i det enskilda fallet.

Uppförande av en förskola på en våning i ett större flervåningshus kan anses vara ett odelbart blandat kontrakt då kontraktet enbart kan utföras av en och samma entreprenör, det vill säga den exploatör (eller dennes underentreprenör) som uppför fastigheten. En fråga som kvarstår är om kommunen bör upphandla själva inredningen för att anpassa våningen till förskola. Det är sannolikt fallet.

Det kan därutöver finnas en möjlighet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas av tekniska skäl kan fullgöras av endast en viss leverantör enligt 6 kap. 14 § punkt 2 LOU. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att undantag föreligger, och en prövning görs i varje enskilt fall.

⁹⁵ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 2:a uppl., 2015, sid. 259.

The background consists of several overlapping, irregular polygons in two shades of purple: a dark purple and a light lavender. The shapes are scattered across the page, creating a modern, abstract geometric pattern. The text 'Statsstöd' is centered in the upper right area, set against the dark purple background.

Statsstöd

9. Statsstödsrättsliga hänsyn

I avsnittet Bakgrund beskrivs översiktligt EU:s statsstödsregler. I detta avsnitt beskrivs olika förfaranden för att säkerställa att det inte blir fråga om statligt stöd. Kontakta gärna Upphandlingsmyndigheten om statsstödsfrågor aktualiseras under exploateringsprocessen.

[Statsstöd – en översikt](#)

Om kommunen vill lämna statsstöd bör regeringen kontaktas enligt statsstödslagen.

9.1 När kan transaktioner med exploatören vara statsstöd?

Om en transaktion mellan kommunen och exploatören omfattar ersättning till exploatören bör det göras en bedömning av om det kan vara fråga om statsstöd från kommunen till exploatören.

Statsstöd uppkommer om ersättningen, eller en del av ersättningen, innebär att kommunen ger exploatören en fördel på ett sätt som kan påverka konkurrensen och handeln på den inre marknaden. Ersättningen kan både avse ökade utgifter från kommunen och minskade intäkter till kommunen. Det finns många exempel i svensk och europeisk praxis på att överlåtelse av tillgångar, varor och tjänster från en lokal eller regional myndighet kan utgöra statsstöd som kan påverka handeln och konkurrensen inom EU.

För att vara säker på att transaktionen inte bryter mot statsstödsreglerna kan en kommun eller en region (tidigare landsting) säkerställa att transaktionen inte ger exploatören en fördel.

Det är fråga om en fördel om ersättningen är mer gynnsam än den ersättning som exploatören skulle ha fått om kommunen hade varit en privat aktör. Ett annat sätt att uttrycka detta är att ifall priset är **marknadsmässigt** innebär ersättningen ingen fördel och därmed inget statsstöd.

Om ersättningen inte är marknadsmässig kan det vara fråga om statsstöd. Statsstöd som inte är godkänt på förhand av kommissionen genom exempelvis ett gruppundantag, måste anmälas till och godkännas av kommissionen innan det får lämnas.⁹⁶ Statsstöd som lämnas utan godkännande från kommissionen är olagligt, vilket betyder att kommunen kan bli tvungen att återkräva hela stödet inklusive ränta från exploatören. Att få ett stöd godkänt av kommissionen inom ramen för en exploateringsprocess kan vara både svårt och tidskrävande.

⁹⁶ Artikel 108.3 sista meningen i EUF-fördraget.

Det finns flera sätt för en kommun eller en region (tidigare landsting) att säkerställa att en transaktion är marknadsmässig. Marknadsmässighet kan uppnås genom en effektiv konkurrensutsättning inom ramen för en upphandling, genom ett annat konkurrensutsatt anbudsförfarande än en upphandling, eller genom en oberoende värdering. Dessa alternativ för att säkerställa marknadsmässighet och utesluta att det kan vara fråga om statsstöd beskrivs under rubrikerna a–c nedan.

a. Effektiv konkurrensutsättning genom upphandling

Om något av förfarandena som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling (och därmed de svenska upphandlingslagarna) följs kan villkoren i avtalet anses marknadsmässiga, förutsatt att alla villkor för användningen av respektive förfarande är uppfyllda. Kommissionen anser dock att det genom det valda förfarandet måste vara möjligt att fastställa ett marknadspris. Kommissionen anser exempelvis att det inte är möjligt att fastställa ett marknadspris om det förhandlade förfarandet använts utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling.

Kommissionen anser även att om endast ett anbud lämnas in är det osäkert om förfarandet kan användas för att fastställa ett marknadspris. Ett anbud kan dock vara tillräckligt för att garantera ett marknadspris om i) det finns särskilt starka garantier för utformningen av förfarandet som säkerställer en verklig och effektiv konkurrens och det inte är uppenbart att endast en aktör realistiskt sett kan lämna in ett trovärdigt anbud, eller ii) kommunen genom ytterligare åtgärder kontrollerar att resultatet motsvarar marknadspriset.

b. Annan effektiv konkurrensutsättning genom villkorslöst och öppet anbudsförfarande

Det ska röra sig om ett konkurrensutsatt, öppet, icke-diskriminerande och villkorslöst anbudsförfarande i enlighet med EUF-fördragets allmänna principer.

- Ett anbudsförfarande för försäljning av tillgångar, varor eller tjänster är villkorslöst när en potentiell köpare generellt har full frihet att förvärva exempelvis den mark som ska säljas och använda den för sina egna ändamål, oavsett om denna potentiella köpare driver viss affärsverksamhet eller inte. Om det uppställs som villkor att köparen åtar sig särskilda förpliktelser till förmån för kommunen eller med hänsyn till allmänintresset, som en privat säljare inte skulle ha krävt och som går utöver förpliktelser som härrör från allmän nationell lagstiftning eller ett beslut av planeringsmyndigheterna, kan anbudet inte betraktas som villkorslöst.
- Vid försäljning bör det enda relevanta kriteriet för att välja köpare enligt kommissionen vara det högsta priset, även med beaktande av de begärda kontraktvillkoren (till exempel säljarens försäljningsgaranti eller andra åtaganden efter en försäljning). Endast trovärdiga och bindande anbud bör beaktas. Det innebär inte att statsstödsreglerna inte medger andra hänsyn utan endast att anbudsprocessen i sig då inte är tillräcklig som garant för att priset som betalas inte utgör statligt stöd.

c. Oberoende värdering

Det räcker i princip med en oberoende expertvärdering utförd före förhandlingarna om överlåtelsen för att fastställa marknadsvärdet. En jämförande metod (jämförande analys i förhållande till en tänkt privat aktör i motsvarande situation) kan användas, eller så kan värdet av marken fastställas genom andra allmänt accepterade metoder. Även andra omständigheter kan läggas till grund för en bedömning att en viss transaktion är marknadsmässig.



*Förfaranden utan effektiv konkurrensutsättning, t. ex. där endast ett anbud lämnas, kräver säkerställande av marknadspris på annat sätt.

** Samtliga fem kriterier ska vara uppfyllda

Tidigare fanns ett meddelande från kommissionen om inslag av stöd vid offentliga myndigheters försäljning av mark och byggnader som gav intryck av att statsstödsreglerna reglerade förfarandet för försäljning av mark och fastigheter.⁹⁷ Det meddelandet upphävdes och ersattes av kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd från 2016, där det tydligare beskrivs att bedömningen ska göras mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Ett värderingsutlåtande men även andra omständigheter har betydelse för bedömningen. För att en oberoende värdering ska vara trovärdig krävs att den inte motsägs av andra omständigheter.

Dessa sätt för att fastställa marknadsvärdet är inte uttömmande. Om en annan metod krävs för att fastställa marknadsvärdet kan den också vara godtagbar. Det bör noteras att utfallet av värderingen beror på hur högt marknaden bedömer att slutpriset blir för de anläggningar eller byggnader som ska byggas eller utvecklas. När det gäller markpriser skiljer sig de inte bara åt mellan kommuner, utan också inom kommuner.⁹⁸

⁹⁷ Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid offentliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

⁹⁸ SKL cirkulär 14:46, *Riktlinjer för kommunala markanvisningar och exploateringsavtal*.

Av kommunernas riktlinjer för markanvisningar och exploateringsavtal bör framgå hur kommunen avser att säkerställa att överlåtelse av mark sker till marknadsmässigt pris. Det kan handla om att tydliggöra hur man går tillväga vid prissättning av mark, exempelvis i vilka sammanhang man tillämpar oberoende expertvärdering och hur man arbetar med öppna anbudsförfaranden.

Kommunernas förutsättningar för att lämna stöd regleras också i kommunallagen. Även om det inte skulle vara fråga om statsstöd i EU-rättslig mening kan en gynnsam ersättning komma i konflikt med kommunallagens bestämmelser. Det finns skillnader men också likheter mellan en bedömning av begreppet stöd i kommunallagen och en statsstödsrättslig bedömning. Ett exempel på likheter i bedömningen är Karlskrona kommuns avtal med NCC om försäljning av viss mark som beskrivs i faktarutan nedan:

RÅ 2010 ref. 119, Winn Hotels AB mot Karlskrona kommun

Karlskrona kommun ingick ett avtal med NCC om försäljning av mark för 5 000 000 kronor. Kommunen skulle bekosta saneringen av marken, men NCC skulle utföra marksaneringen mot en viss ersättning. NCC skulle vidare på annans mark anlägga och bekosta en parkeringsplats som gemensamt skulle utnyttjas av NCC och kommunen. NCC skulle även iordningsställa viss allmän mark till en kostnad av 2 600 000 kronor varav kommunen skulle betala hälften och NCC hälften. Winn erbjöd 5 500 000 kronor för marken som Winn höjde till 7 000 000 kronor efter att avtalet mellan kommunen och NCC blev känt. Avtalet med NCC hade inte föregåtts av något öppet anbudsförfarande eller någon oberoende värdering. Regeringsrätten fann att det konkurrerande anbudet och avsaknaden av en oberoende värdering visade att avtalet hade inneburit ett individuellt riktat stöd till NCC enligt 2 kap. 8 § kommunallagen. Till skillnad från underinstanserna som fann att avtalet även stod i strid med EU:s statsstödsregler tog Regeringsrätten inte ställning till frågan om beslutet även innebar ett otillåtet åsidosättande av anmälningsskyldigheten enligt 6 § lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas statsstödsregler.



Box 1194, 171 23 Solna
Besöksadress: Svetsarvägen 10
Telefon: +46 (0)8-586 217 00
E-post: info@uhmynd.se
upphandlingsmyndigheten.se