

OFFENTLIG-
PRIVAT
SAMVERKAN

Rättsliga förutsättningar och utmaningar

Tom Madell
& Tobias Indén

Skrifter från juridiska institutionen
vid Umeå universitet / Nr 22

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Skrifter från juridiska institutionen
vid Umeå universitet

Nr 22



Offentlig-Privat Samverkan

Rättsliga förutsättningar
och utmaningar

TOM MADELL & TOBIAS INDÉN

IUSTUS FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2010
ISSN 1404-9198
ISBN 978-91-7678-754-0
Omslag: Maria Lindhgren
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Tryck: Edita, Västerås 2010
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Föreliggande bok är huvudsakligen ett resultat av projektet Offentligt–privat partnerskap, offentlig upphandling och statsstöd – hur ska gränsen dras? (The Bumpy Playing field – The Relationship between Public-Private Partnership, Public Procurement and State Aid), finansierat av Konkurrensverket, dnr 1017/2005 och 529/2006. Delar av materialinsamlingen möjliggjordes genom projektet Kommunen som association – kommunmedlemmarnas ställning och befogade förväntningar på en offentlig sektor i förnyelse, vilket finansierades av Forskningsrådet för arbetsliv och socialvetenskap, FAS, dnr 2005-0001. Slutligen har tryckningsbidrag erhållits från Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Arbetet har fördelats så att Tobias Indén i huvudsak skrivit kapitel 4 rörande statsstöd medan Tom Madell skrivit övriga kapitel. Båda har dock tagit gemensamt ansvar för den slutgiltiga utformningen av boken.

Lagstiftning och material som tillkommit efter den 1 december 2009 har endast undantagsvis kunnat beaktas.

Umeå den 31 januari 2010

Tom Madell & Tobias Indén

Innehållsförteckning

FÖRORD 5

FÖRKORTNINGAR 13

1 INTRODUKTION 15

- 1.1 Inledning – offentlig-privat samverkan (OPS) 15
- 1.2 Kommunerna och välfärdspolitiken 16
- 1.3 PPP – en kort historik 20
- 1.4 OPS i en rättslig kontext 22
- 1.5 Terminologi 24
- 1.6 Avgränsning 25

2 OFFENTLIG-PRIVAT SAMVERKAN – BEGREPP OCH BAKGRUND 26

- 2.1 PFI – ett brittiskt påfund 26
 - 2.1.1 *Från PFI till PPP* 27
 - 2.1.2 *Användningen av OPS i Storbritannien* 28
 - 2.1.3 *Några brittiska erfarenheter* 29
- 2.2 Kärt barn har många namn ... 32
- 2.3 Begreppet OPS i en juridisk kontext 36
- 2.4 Två huvudgrupper av OPS 38
 - 2.4.1 *Avtalsmässig OPS – koncessionsmodellen* 38
 - 2.4.2 *Institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP) – joint-venturemodellen* 40
- 2.5 Ersättning till privata samarbetspartner vid OPS 44
 - 2.5.1 *Fastprisersättning* 45
 - 2.5.2 *Skuggtullar* 45
 - 2.5.3 *Brukaravgifter* 45
- 2.6 Traditionella entreprenader 46
 - 2.6.1 *Utförandeentreprenad* 46
 - 2.6.2 *Totalentreprenad och funktionsentreprenad* 46
- 2.7 Exempel på OPS avseende infrastruktursatsningar 48
 - 2.7.1 *Arlandabanan med flera infrastruktursatsningar* 48
 - 2.7.2 *Öresundsbron – en OPS?* 50

2.8	Exempel på OPS på kommunal eller regional nivå	52
2.8.1	<i>Karolinska sjukhuset</i>	52
2.8.2	<i>Simhallar m.m.</i>	53
2.8.3	<i>Finns det exempel på IOPP i Sverige?</i>	56
3	KOMMUNERNAS MÖJLIGHETER ATT DELTA SOM PART I OPS	58
3.1	Kommunernas ansvar för att tillhandahålla samhällelig service	58
3.2	Den kommunala självstyrelsen	59
3.3	Den kommunala kompetensen	60
3.3.1	<i>Kommunernas möjligheter att bedriva näringsverksamhet</i>	62
3.3.2	<i>Kommunernas möjligheter att lämna stöd till enskilda näringsidkare</i>	64
3.4	Kommunens möjligheter att överlåta verksamhet på andra	67
3.4.1	<i>Kommunal avtalskompetens</i>	67
3.4.2	<i>Legalitetsprincipen och den kommunala sektorn</i>	70
3.4.3	<i>Laglighetsprövning</i>	72
3.4.4	<i>Insyn, tillsyn och andra kontrollmöjligheter</i>	73
3.5	Kommunalrättsliga begränsningar vid OPS	75
3.5.1	<i>Kravet på god ekonomisk hushållning</i>	75
3.5.2	<i>Detaljplanefrågor och demokratiaspekter</i>	77
4	OPS OCH STATSSTÖDSREGLERNA	80
4.1	EU:s statsstödsregler	80
4.2	Förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget	81
4.2.1	<i>Statliga stöd</i>	82
4.2.2	<i>Selektivitet, snedvridning av konkurrensen och påverkan på samhandeln</i>	89
4.3	Undantag från förbudet	93
4.3.1	<i>Undantag enligt artikel 107.3 EUF-fördraget</i>	94
4.3.2	<i>Undantag med hänvisning till verksamhetens särskilda karaktär</i>	97
4.4	Den statsstödsrättsliga proceduren	98
4.4.1	<i>Återkrav av olagliga stöd</i>	100
4.5	Statsstödsreglerna och reglerna om offentlig upphandling	102

4.6	Försäljning av fast egendom och statsstödsreglerna	107
4.6.1	<i>Kommissionens meddelande om försäljning av mark och byggnader</i>	108
4.6.2	<i>Sävsjö kommuns överlåtelse av mark och byggnader till Ljunga Park AB</i>	111
4.6.3	<i>Åre kommuns fastighetsöverlåtelse till Konsum Jämtland</i>	116
4.7	Statsstödsreglerna och OPS	119
4.8	Sammanfattande slutsatser	123
5	OFFENTLIG UPPHANDLING OCH OPS	126
5.1	In house/ex house	127
5.2	Allmänna EU-rättsliga principer och innebörden av 1 kap. 9 § LOU	130
5.3	Upphandlingar under tröskelvärdena och av s.k. B-tjänster	131
5.4	Allmänt om byggentreprenader	134
5.4.1	<i>La Scalamålet</i>	135
5.4.2	<i>Undantag från reglerna om byggentreprenad</i>	136
5.4.3	<i>Marköverlåtelser i förhållande till offentlig upphandling – Eskilstunafallet</i>	138
5.5	Upphandlingsförfaranden över tröskelvärdena	140
5.5.1	<i>Tröskelvärdena</i>	140
5.5.2	<i>Öppet förfarande</i>	140
5.5.3	<i>Selektivt förfarande</i>	140
5.5.4	<i>Förhandlat förfarande med föregående annonsering</i>	141
5.5.5	<i>Förhandlat förfarande utan föregående annonsering</i>	141
5.5.6	<i>Några kommentarer</i>	143
5.6	Konkurrenspräglad dialog	144
5.6.1	<i>Särskilt komplicerade kontrakt</i>	146
5.6.2	<i>Annonsering</i>	148
5.6.3	<i>Urvalsförfarandet</i>	148
5.6.4	<i>Dialogen</i>	149
5.6.5	<i>Successiva steg</i>	151
5.6.6	<i>Klarlägganden, preciseringar och finjusteringar av anbud</i>	152
5.6.7	<i>Överprövning</i>	154
5.6.8	<i>Avslutande ord</i>	155

- 5.7 Upphandlingar som inte omfattas av direktiven 155
 - 5.7.1 *Förenklat förfarande* 157
 - 5.7.2 *Urvalsupphandling* 158
 - 5.7.3 *Förfrågningsunderlaget vid upphandlingar enligt 15 kap.* 158
 - 5.7.4 *Tidsfrister* 159
 - 5.7.5 *Annonsering m.m.* 160
 - 5.7.6 *Uteslutning av anbudsgivare eller anbudssökande* 160
 - 5.7.7 *Kvalificering av anbud* 161
 - 5.7.8 *Vilket anbud ska antas?* 161
 - 5.8 Överprövning, ogiltigförklarande, skadestånd och andra sanktioner 162
 - 5.8.1 *Överprövning* 163
 - 5.8.2 *Avtalsrättsliga konsekvenser av otillåtna upphandlingar* 165
 - 5.8.3 *Skadestånd* 167
 - 5.8.4 *Otillåtna direktupphandlingar, ogiltiga avtal och möjligheten till skadestånd* 169
 - 5.8.5 *Marknadsskadeavgift och tillsyn* 172
 - 5.9 Sammanfattande slutsatser 173
- 6 KONCESSIONER OCH OPS 175
- 6.1 Vilka särdrag utmärker en koncession? 175
 - 6.2 Koncession och auktorisation – tillstånd och godkännande 176
 - 6.3 Byggkoncessioner 178
 - 6.3.1 *Tillämpningsområdet* 179
 - 6.3.2 *Annonsering och tidsfrister för ansökan om att tilldelas en byggkoncession* 179
 - 6.3.3 *Underentreprenader* 180
 - 6.3.4 *Koncessionshavarens skyldigheter* 180
 - 6.3.5 *Företag som går samman och anknutna företag* 181
 - 6.3.6 *Undantag från upphandlingsreglerna vid kompletterande byggentreprenadkontrakt* 181
 - 6.4 Tjänstekoncessioner 182
 - 6.4.1 *Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU* 182
 - 6.4.2 *Tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt (entreprenad)* 185
 - 6.4.3 *Tjänstekoncessioner och de EU-rättsliga grundprinciperna* 190

- 6.4.4 *Finns det effektiva rättsmedel vid överklagande av tjänstekoncessioner?* 194
 - 6.5 Entreprenader, koncessioner och OPS – fördelar och nackdelar 196
 - 6.6 Sammanfattande slutsatser 198
- 7 OPS OCH MARKEXPLOATERING – ÖVERLÅTELSE AV OFFENTLIG EGENDOM 200
 - 7.1 Bakgrund 200
 - 7.2 Markexploatering – OPS i form av s.k. genomförande-, exploaterings- och markanvisningsavtal 201
 - 7.2.1 *Klassiska problem rörande genomförandeavtal* 205
 - 7.2.2 *La Scala-målet och upphandlingsreglernas inverkan på genomförandeavtal* 208
 - 7.3 Kommunala anvisningar av mark för bostadsändamål 211
 - 7.4 Fastighetsöverlåtelser i samband med framtagande av detaljplan 213
 - 7.5 OPS och marköverlåtelser 215
 - 7.6 Sammanfattande slutsatser 218
- 8 NÅGRA NORDISKA JÄMFÖRELSE 220
 - 8.1 Danmark 220
 - 8.1.1 *Generella bestämmelser om offentligt stöd* 220
 - 8.1.2 *Bestämmelser rörande avyttring av fast egendom* 220
 - 8.1.3 *Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal* 221
 - 8.1.4 *Danska exempel på OPS-projekt* 223
 - 8.2 Norge 225
 - 8.2.1 *Vägledning rörande avyttring av fast egendom* 225
 - 8.2.2 *Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal* 226
 - 8.2.3 *Norska exempel på OPS-projekt* 228
 - 8.3 Finland 232
 - 8.3.1 *Bestämmelser rörande avyttring av fast egendom* 232
 - 8.3.2 *Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal* 233
 - 8.3.3 *Finska exempel på OPS-projekt* 235
 - 8.4 Sammanfattning 237

9	AVSLUTANDE KOMMENTARER	240
9.1	Kommunalrättsliga begränsningar vid OPS	241
9.2	OPS och LOU	243
9.3	OPS och statsstödsreglerna	245
9.4	OPS i form av genomförandeavtal	246
9.5	När bör OPS användas?	249
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	252
	SAKREGISTER	273

Förkortningar

Ds	Departementsstencil
ERT	Europarättslig tidskrift
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
GPA	Government Procurement Agreement, handelsavtal under WTO-avtalet
IOPP	Institutionella offentlig-privata partnerskap
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KKV	Konkurrensverket
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
NAT	Nordisk administrativt tidsskrift
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
NPM	New Public Management
OPS	Offentlig-privat samverkan eller offentlig-privata samarbeten
OPP	Offentlig-privata partnerskap
PBL	Plan- och bygglag (1987:10)
POP	Privat-offentliga partnerskap
PPP	Public Private Partnerships
Prop.	Proposition
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)
SOU	Statens offentliga utredningar
TED	Tenders Electronic Daily
WTO	World Trade Organisation

1 Introduktion

1.1 Inledning – offentlig-privat samverkan (OPS)

Under de senaste decennierna har inte bara teorier om välfärdsstaten inter-
venerat på det privaträttsliga området i form av skydd för svagare part, kon-
sumentskydd etc., utan också marknadsekonomiska teorier, konkurrensme-
kanismer och organisationsmodeller har fått ett stort inflytande inom den
offentliga sektorn.

Den här utvecklingen har bl.a. inneburit ett förändrat synsätt vad gäller
det allmännas roll och funktion i samhället. Även det allmännas maktut-
övning har i vissa fall förändrats. För brittiskt vidkommande hävdas t.ex. att
det inte längre är möjligt att beskriva kommuner i termer av lokala myndig-
heter och deras befogenheter, eftersom deras traditionella uppgifter i många
fall överförts till olika agenturer, *agencies*, medan andra uppgifter lagts ut
på privata entreprenörer. Utvecklingen har rentav föranlett vissa forskare att
tala om ett paradigmskifte från *local government* till *local governance*. Den
offentliga byråkratin – med en hierarkisk styrningsmodell – har kommit att
ersättas eller kompletteras av andra mera horisontella styr- och reglerings-
processer som snarare handlar om att administrera fördelningen av offentliga
tjänster än att utföra dem i egen regi – dvs. en nätverksmodell.¹ Utvecklingen
ligger i linje med den globala trend som brukar kallas *New Public Manage-
ment*, NPM,² samt nationalekonomiska teorier om kontraktstyrning som
en modell för att trygga tillhandahållandet av offentliga tjänster.³

Till följd av ett ökat konkurrens- och privatiseringstänkande – oavsett
man väljer att benämna den utveckling som äger rum som marknadsanpass-
ning, avreglering, privatisering eller något annat – står det samtidigt klart att
ekonomiska intressen kommit att påverka det allmännas agerande mer än

¹ Se närmare bl.a. Craig, *Administrative law*, 2003, s. 167, samt Mörth & Sahlin-Andersson,
Privatoffentliga partnerskap, 2006, s. 21 f.

² Se t.ex. Greve, *New Public Management – en kort översikt över begrebets användelse og
udvikling*, 2002, s. 74 ff.

³ Se t.ex. Bryntse, *Kontraktstyrning i teori och praktik*, 2000, samt Andersson, *Konkurrens
på kommunala villkor; Om konkurrensutsättning och gränsen mellan marknad och byrå-
krati*, 2002.

tidigare.⁴ Frågor om maktutövning, tillgodoseendet av samhällliga intressen och målsättningar samt kompetensen att agera inom den offentliga sektorn har därmed också till viss del kommit att påverkas av privaträttsliga och marknadsekonomiska synsätt. Tidigare offentligrättsligt tillhandahållen service tillhandahålls i stor omfattning av enskilda entreprenörer och inom t.ex. den kommunala delas verksamheten ofta upp i resultatenheter som sinsemellan ”köper” och ”säljer” tjänster. Utvecklingen har bl.a. lett till förändringar som gör att det är svårt att dra en exakt gräns mellan de olika regelverken och utvecklingen har tagit sig olika uttryck på olika rättsområden.⁵

En annan faktor är att den generella utvecklingen inom såväl näringslivet som den offentliga sektorn har gått mot en projektorganisering, där fokus har legat på att utföra vissa tidsbegränsade projekt eller uppdrag.⁶

Till följd av svårigheterna att avgränsa vad som utgör offentlig rätt respektive privaträtt, det organisatoriska nytänkandet inom den offentliga sektorn med influenser från den marknadsekonomiska sfären samt den allmänna trenden att i större grad än tidigare inrikta verksamheten på olika projekt är det många gånger svårt att upprätthålla eller försvara uppdelningen i offentligt och privat. Vissa författare har därför pekat på framväxten av en offentlig sfär eller offentlig domän – *public domain* –, vilken skulle skära igenom stat, marknad och det civila samhället.⁷

1.2 Kommunerna och välfärdspolitiken

Även välfärdspolitiken har under ett antal år starkt influerats av marknadsökonomiska modeller och privata lösningar. Den borgerliga regeringen proklamerade vid regeringstillträdet 1991 den s.k. ”valfrihetsrevolutionen” inom välfärdssystemet och genomförde en rad strategiska lagändringar för att underlätta bl.a. entreprenader inom offentlig verksamhet.⁸ Konkurrensutsättning och privatisering av socialtjänsten var centrala inslag i diskussionen och i det syftet ändrades flera lagar i början av 1990-talet.⁹ Ändringarna

⁴ Se närmare t.ex. Indén, Marknadsstatens utveckling och kommunalrättens stagnation, 2009, s. 131–148, och Graver, Markedstaten som begrep og utfordring till forvaltningsretten, 2006, s. 196 ff.

⁵ Se även Madell, Gråzonen mellan offentlig rätt och privat rätt, 2002, s. 221–227, samt Madell, Privatiseringen och den rättsvetenskapliga forskningen, 2003, s. 583–593.

⁶ Se Mörth & Sahlin-Andersson, Privatoffentliga partnerskap, 2006, s. 15 och s. 23 f.

⁷ Se Mörth & Sahlin-Andersson, Privatoffentliga partnerskap, 2006, s. 19, och där anförda arbeten.

⁸ Se även SOU 2001:52, s. 78.

⁹ Vad gäller skälen för ändringarna se bl.a. prop. 1992/93:43.

innebar bl.a. att kommunerna på flera områden gavs ett uttryckligt lagstöd för att sluta avtal med annan om att utföra kommunens uppgifter. Inför anslutningen till EU antogs även ett omfattande regelverk rörande offentlig upphandling. Uppgifter som innefattar myndighetsutövning får dock enligt 11 kap. 6 § 3 st. Regeringsformen inte överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ utan stöd i lag. Både den politiska och juridiska frågan om och hur privata rättssubjekt kan anlitas inom olika områden, t.ex. socialtjänsten, är emellertid omstridd och det råder delade meningar mellan politiker och jurister om hur lagen ska tolkas. De ideologiska motsättningarna skymmer delvis de reella skillnader som finns mellan privat och offentlig verksamhet, t.ex. mellan ekonomiska och demokratiska principer.¹⁰

Privatisering av offentligrättsliga uppgifter har sedan frågan aktualiserades, inte minst sedan 1980-talet, varit politiskt kontroversiell och det är vid närmare analyser av lagligheten och lämpligheten av den här typen av frågor lätt att hitta exempel på att juridiska argument ställts mot politiska och ekonomiska utgångspunkter, där det kan vara svårt att särskilja laglighets- och lämplighetsfrågor. Inte minst har den kommunala självstyrelsen många gånger använts som slagträ i debatten.¹¹ Dessa meningsmotsättningar avspeglas också i lagstiftningsarbetet¹² och vid domstolarnas bedömningar av överklagade kommunala beslut.

Konflikten bottnar också i de ekonomiska svårigheter som bl.a. drabbade den offentliga verksamheten under 1980- och 1990-talen med ökade krav på besparingar och effektiviseringar av den offentliga sektorn.¹³ I flera utredningar¹⁴ gavs förslag på hur monopol skulle avskaffas, verksamheter konkurransutsättas, arbetsmetoder effektiviseras, resultatenheter upprättas, nya driftsformer utvecklas osv., för att på olika sätt marknadsanpassa den kommunala verksamheten. Initiativ till nya arbetsmetoder togs ofta av frivilliga organisationer.¹⁵ I kölvattnet av detta har det uppstått flera – såväl juridiskt

¹⁰ Se närmare Hollander & Madell, Socialtjänst på entreprenad – kan utredningar inom individ- och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag?, 2003, s. 15–46.

¹¹ För en beskrivning av den svenska utvecklingen mot konkurrensutsättning och marknadsanpassning, se bl.a. SOU 1991:104, samt Warnling-Nerep, Kommuners lag och domstols-trots, 1995, s. 25–150 och s. 226–261.

¹² Se även Lavin, Lagrådet och den offentliga rätten 1999–2001, 2001, s. 158.

¹³ Se även Tuori, Har förvaltningsrätten en framtid?, 2003, s. 553–573, samt Madell, Privatiseringen och den rättsvetenskapliga forskningens framtid, 2003, s. 583–593.

¹⁴ Se bl.a. SOU 1991:104 och SOU 1993:90.

¹⁵ Se Söderström m.fl., Privatiseringens gränser, 2001.

som politiskt – kontroversiella frågor, t.ex. vad gäller utförsäljning av kommunala bostadsföretag och överlämnande av driften av akutsjukhus till vinstdrivande vårdbolag. På dessa två områden har lagstiftaren tidigare funnit att privatiseringssträvandena gått för långt och därför genom s.k. stopplagstiftning ansett sig behöva begränsa den kommunala självstyrelsen.¹⁶

Begränsningar i den offentliga servicen är särskilt problematisk. Normeringen är flexibel och indragning eller begränsningar av insatser kan göras genom budgetbeslut, dvs. utan lagstiftningsåtgärder. Sociala tjänster ses då inte som sociala rättigheter eller som investeringar i människor utan uppfattas som konsumtionsvaror.¹⁷

Privatiseringsfrågorna har framförallt handlat om möjligheterna att skapa konkurrens och att ge privata aktörer en ökad roll i produktionen av offentliga tjänster. Syftet är också att ge brukarna större valmöjligheter. Privatiseringen har också rört finansieringen av tjänsterna.¹⁸ Privata entreprenörer som utför olika typer av kommunal verksamhet är det som oftast förknippas med privatisering. Det innebär att kommunen har myndighetsansvaret och entreprenören sköter själva driften; t.ex. ett särskilt boende eller hemtjänsten i ett distrikt i kommunen. Var gränsen går vad gäller att överlämna delar av myndighetsansvaret – t.ex. olika utredningsuppdrag – till en entreprenör är emellertid en mer komplex fråga.

Kommunerna har, historiskt sett, haft huvudansvaret för många offentliga åtaganden, inte minst inom det sociala området.¹⁹ Kommunerna har under senare år dessutom tagit över vård och service på allt fler områden som tidigare varit statens, t.ex. vad gäller insatser för äldre, funktionshindrade och psykiskt sjuka. I takt med välfärdsstatens utbyggnad har den kommunala sektorn vuxit i omfång och betydelse. Det kommunala ansvaret har blivit så omfattande att man i vissa sammanhang funnit det motiverat att använda

¹⁶ Se t.ex. lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag, och den tidsbegränsade lagen (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan; den sistnämnda var i kraft under tiden från 1 januari 2001 till och med den 31 december 2002. Se även Lavin, Lagrådet och den offentliga rätten 1999–2001, 2001, s. 40 ff., s. 44 ff., s. 60 f., s. 134, s. 155 f och s. 158, samt Warnling-Nerep, Betydelsen av konstitutionell rätt: Retroaktiv lagstiftning, kommunalt självstyre och europarättens inverkan, 1999, s. 379–414.

¹⁷ Se även Petersson, Rättsstaten; Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik, 1996, s. 59, samt prop. 2000/01:80, s. 81.

¹⁸ Se Söderström m.fl., Privatiseringens gränser, 2001, s. 129.

¹⁹ Se Vahlne Westerhäll, Statlig och kommunal styrning av social trygghet – försörjningsbehov som en rättssäkerhetsfråga, 2002, s. 22.

begreppet ”välfärdskommuner”.²⁰ Utmärkande drag för den svenska välfärdsmodellen är att offentliga bidrag är konstruerade som sociala rättigheter för enskilda samt att vård, omsorg och service till största delen är centralt styrd, offentligt organiserad och finansierad. Syftet med välfärdsinsatserna – de sociala rättigheterna – är att förebygga ojämlikhet och sociala problem samt att stimulera produktiva insatser i lönearbete.²¹

De senaste decenniernas förändringar av välfärdspolitiken i Sverige har, i likhet med vad som är fallet i andra länder, syftat till att begränsa den offentliga sektorns storlek samtidigt som målsättningen för välfärden behållits. Decentralisering och privatisering är olika metoder för att genomföra denna begränsning.²² Uppgifter läggs på regioner och kommuner för att avlasta den centrala statsmakten. Det är uppenbart att ett lokalt ansvarstagande för nationella socialpolitiska målsättningar skapar både praktiska och principiella problem. Ur ett kommunalpolitiskt perspektiv kan den kommunala demokratin bli en kuliss i de fall verksamheten är så starkt reglerad att den inte går att påverka genom kommunala beslut. Detta gäller särskilt skolan, äldre- och handikappomsorgen samt socialtjänstens individ- och familjeomsorg.²³ Staten har också många möjligheter att kontrollera och ingripa i den decentraliserade verksamheten. Den statliga tillsynen har dessutom fått ökad betydelse. Tillsynsbegreppet är dock diffust och tolkas olika av tillsynsmyndigheterna.²⁴ Utredningen om statens tillsyn av kommunerna visar på oklarheter i rättsstaten Sverige, särskilt med avseende på ansvarsfördelningen mellan staten och de lokala självstyrelseorganen.²⁵

Utvecklingen har samtidigt gått i en annan riktning och också i vissa fall inneburit en förändring av lagstiftningen från preciserade regler till främst målstyrning genom s.k. ramlagstiftning. I vilken mån utvecklingen inneburit ökad makt, handlingsfrihet och oberoende för kommunerna är emellertid osäkert och har också varierat från tid till annan. Det råder dock ingen tvekan om att kommunerna i och med införandet av kommunallagen (1991:900) fick ett betydligt större utrymme för att självständigt utforma sin interna

²⁰ Se bl.a. SOU 2001:52, s. 21–75.

²¹ Se Lindqvist, Organisation och välfärdspolitik, 1998, s. 9.

²² Se Petersson, Rättsstaten; Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik, 1996, s. 35.

²³ Framför allt brukar lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS, framhållas som ett exempel på en sådan för kommunerna betungande skyldighet.

²⁴ Se SOU 2002:14, s. 91 ff.

²⁵ Se Petersson, Rättsstaten; Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik, 1996, s. 55.

organisation – inte minst genom att statens medelstillelning gick från öronmärkta till generella statsbidrag. Detta innebar att kommunerna själva fick påverka och fördela resurserna.²⁶ Resursfrågor och frågan om vem som ska finansiera kommunernas ansvar för välfärden är centrala bakomliggande faktorer till diskussionen om och i vilken omfattning den offentliga verksamheten kan konkurrensutsättas och privatiseras. Bilden kan alltså sägas vara mångfasetterad och uppvisar i vissa fall en avsevärt större frihet för kommunerna att själva organisera den egna verksamheten – själv eller i samarbete med andra rättssubjekt – samtidigt som lagstiftaren i andra fall valt att ålägga kommunerna ett detaljerat ansvar för vissa uppgifter.

1.3 PPP – en kort historik

Som en direkt eller kanske naturlig följd av de ovan anförda utvecklingstendenserna och ideologierna – har under senare år olika typer av *Public Private Partnerships* (PPP), eller med svensk terminologi offentlig-privat samverkan (OPS), blivit ett populärt sätt att försöka tillgodose olika typer av samhällsliga behov. Vi har i samma takt svämmats över av arbeten som behandlar företeelsen. Det är med andra ord för tillfället ”inne” med OPS även om motiven för att använda sig av en sådan samverkan skiftar och många gånger kan vara diffusa.

Syftet med att använda olika typer av samverkans- eller partnerskapsmodeller har varierat och i vissa fall missbrukats genom att enbart ha haft som syfte att skjuta upp dagens kostnader till morgondagen. ”One could easily get the impression that ‘PPP’ de facto means ‘private power for public budgetary problems’ or – even more pointedly – ‘Prozac for public poverty’. However, it is also clear, that PPP arrangements can generate considerable positive economic effects by allowing an efficient sharing of the risks and costs and the required technical or managerial know-how between public and private actors.”²⁷

Någon större revolution – eller för den del något paradigmskifte – är det dock inte fråga om; avtalslösningar har under lång tid använts som ett nödvändigt verktyg för att lösa olika mellanhavanden mellan det allmänna och enskilda. Det är rent av så att det redan i det romerska riket användes koncessionslösningar vad gällde planering, byggande, finansiering, drift och

²⁶ Se SOU 2001:52, s. 63.

²⁷ Koenig & Wetzel, The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding, 2007, s. 5.

underhåll av t.ex. akvedukter och hamnar.²⁸ Även senare var det i Europa vanligt med olika typer av offentlig-privata samarbeten för att i koncessionsform genomföra och finansiera olika projekt – inte minst i Frankrike. Som ett exempel kan nämnas *Canal du Midi* i Toulouse som redan år 1666 byggdes och drevs av privata initiativ.²⁹

I stora delar av Europa var det under 1800-talet vanligt att infrastruktur-satsningar, t.ex. järnvägar, skedde i form av offentlig-privat samverkan. Några kända franska exempel är byggandet och driften av Eifeltornet samt Suezkanalen. Suezkanalen är med sin drygt 160 km långa sträckning världens längsta kanal för stora fartyg. Idén att skapa en segelbar förbindelse mellan Medelhavet och Röda havet lär vara flera tusen år gammal och flera försök att bygga en sådan har också gjorts genom historien. Tanken på en kanal återupptod i samband med Napoleonkrigen och den i Egypten stationerade franske diplomaten Ferdinand de Lesseps erhöi i november 1854 en koncession för kanalbygge från den egyptiske vicekungen Said Pascha. Ett par år senare bildade Lesseps bolaget *Compagnie Universelle du canal Maritime de Suez* för att driva projektet. Bygget påbörjades i april 1859 och kanalen var klar att tas i bruk efter ca tio år. Bolaget, som ägdes gemensamt av franska aktieägare (78 procent) och Egypten genom Said Pascha (22 procent) skulle enligt koncessionen sköta driften av kanalen och erhålla inkomsterna från detta men till slut överlämna den till Egypten år 1968. Efter att engelska intressen först förvärvat en stor minoritetspost av aktier i bolaget tog brittiska trupper efter ett par decennier kontrollen över området och så även kanalen, vilken till sist nationaliserades 1956 av Egyptens president Nasser.

Inte heller begreppet PPP är i sig någon ny företeelse – i USA har det använts sedan 1800-talet.³⁰ Fenomenet OPS kan alltså sägas ha varit en realitet i över 2 000 år, även om samlingsformerna och sätten att formalisera dessa med nödvändighet tagit sig olika uttryck. Samtidigt var det en tydlig tendens i många västeuropeiska länder under 1900-talet att det allmänna i allt större omfattning än tidigare övertog ansvaret för infrastruktur och andra

²⁸ Se t.ex. Blondeau, *La concession de service public*, 1929, s. 11, Bettinger, *La concession de service public et de travaux publics*, 1978, s. 2, Bezancon, *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé*, 2004, s. 284, samt Neergaard, *Public Service concessions and related concepts – the increased pressure from community law on member states' use of concessions*, 2007, s. 387–409, särskilt s. 399.

²⁹ Se Martimort, *Introduction to the IJLO Symposium on Public/Private Partnerships*, 2008, s. iii.

³⁰ Se Mörth & Sahlin-Andersson, *Privatoffentliga partnerskap*, 2006, s. 12 och s. 16, samt Bukh & Korsager, *Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab*, 2006, s. 9.

samhälleliga nyttigheter – inte minst mot bakgrund av framväxten av den s.k. välfärdsstaten. När man nu återigen börjar använda sig av OPS kan cirkeln sägas vara sluten. Lite tillspetsat skulle man i ett tvåtusenårigt perspektiv rent av kunna hävda att olika typer av samhällsservice som i huvudsak endast tillhandahålls av offentliga organ utgör en femtioårig parentes.

Det är emellertid viktigt att komma ihåg att de samarbetsformer som funnits i Norden inte behöver ha tagit sig identiska uttryck som de i andra delar av Europa, lika lite som partnerskap i USA behöver ha så mycket mer gemensamt med motsvarande företeelser i Europa än själva begreppsbyggnaden. Det torde vara rimligt att utgå från att historiska traditioner och den relation mellan stat och samhälle som finns i olika länder, i likhet med de begränsningar som därmed också kan följa av den nationella rättsordningen, påverkar förutsättningarna för olika samarbetsformer.³¹ Så är det också vad gäller förutsättningarna för den samverkan som redan finns eller som för närvarande utvecklas i Sverige i förhållande till de OPS som förekommer i Storbritannien eller i andra europeiska länder.

1.4 OPS i en rättslig kontext

OPS utgör ett samlingsbegrepp på många olika typer av avtalsreglerade samarbeten mellan det allmänna och enskilda företag och organisationer som på nationell eller internationell nivå tar sikte på att under en viss period tillsammans utföra ett visst projekt, t.ex. en tjänst som tillhandahålls allmänheten eller uppförandet av en byggnad eller anläggning som sedan ska användas för att tillgodose ett samhälleligt behov. Benämningen OPS är snarast att uppfatta som en metafor och indikerar att parterna samarbetar och i någon form delar på risker och förtjänster, i stället för att det rör sig om ett mera traditionellt uppdragsförhållande.³²

Ett generellt problem har varit att redogörelserna och analyserna rörande såväl *New Public Management* som OPS oftast tagit sin utgångspunkt i företagsekonomiska eller statsvetenskapliga analyser. Det har därför många gånger saknats en viktig dimension, nämligen den juridiska. Det är självfallet av stort värde att diskutera OPS ur ett organisatoriskt och ekonomiskt perspektiv för att belysa lämpligheten av sådana samarbeten, men vad gäller

³¹ Se Mörth, *Partnerskap och demokrati – en fråga om effektivitet eller deliberation*, 2006, s. 39 f., och där anförda arbeten.

³² Se Mörth & Sahlin-Andersson, *Privatoffentliga partnerskap*, 2006, s. 11 f. och s. 270, och de olika exempel som redovisas i framställningen.

förutsättningarna att faktiskt kunna bedriva ett samarbete blir de rättsliga begränsningar som kan tänkas finnas av direkt avgörande betydelse. Först om de rättsliga förutsättningarna för ett samarbete är uppfyllda kan en OPS komma till stånd. Saknas de rättsliga förutsättningarna enligt befintliga regler måste politikerna – om ekonomiska och statsvetenskapliga arbeten visar att ett sådant samarbete är önskvärt – försöka ändra regelverket så att det också skapas förutsättningar för den här typen av samverkan.

Som ett exempel kan kort nämnas det fall att en kommun och ett privat byggföretag enas om att exploatera ett markområde eller en anläggning som kommunen förfogar över. Av tradition har parterna i en sådan situation slutit ett genomförandeavtal med varandra, dvs. i praktiken en form av OPS. Frågan har dock varit om den här typen av överenskommelser kan ske på ett sådant informellt sätt eller om de rent av kan vara lagstridiga, t.ex. genom att reglerna om offentlig upphandling har åsidosatts. Det finns nämligen generellt sett fördelar med att upphandla byggtreprenader i förhållande till att sluta köpe- respektive exploateringsavtal med en på oklara grunder utvald köpare/exploator. Bortsett från att man följer gällande direktiv och EU-rättsliga grundprinciper så är en tydlig fördel att processen blir öppen och transparent samt att risken för bristande konkurrens och otillåtet gynnande av ett visst företag minskar. På motsvarande sätt minskar risken för att en kommun genom avtalet gör mer långtgående utfästelser, eller ställer mer långtgående krav på motparten, än vad som är möjligt ur ett rättsligt perspektiv. Det kan heller inte uteslutas att kostnaderna för skattebetalarna skulle bli lägre vid en offentlig upphandling i förhållande till en situation där ett utvalt företag redan från början är medvetet om att det besitter en monopolställning vad gäller att beräkna kostnader etc.

Såväl statsstöds- som upphandlingsreglernas starka vikt vid öppenhet i processen, utnyttjande av konkurrensen, förutsebarhet och möjligheter till prövning av upphandlingsbeslut ställer härvid tydliga procedurkrav på kommunernas agerande. Samtidigt måste det framhållas att ett system med rigida och byråkratiska anbudsprocesser också starkt begränsar möjligheterna till smidiga och flexibla lösningar vad gäller markexploatering och i vissa fall kanske rent av motverkar att man når en för kommunmedlemmarna så billig och effektiv lösning som möjligt.

Att kommuner har möjlighet att sluta olika typer av avtal utan att upphandlingsreglerna aktualiseras torde vara ställt utom allt tvivel, men den svåra uppgiften är att skilja dessa avtal från de entreprenader, koncessioner, genomförandeavtal och andra typer av OPS där kontraktstilldelning ska ske i enlighet med reglerna om offentlig upphandling – vilket inte alltid är ett

enkelt uppdrag. Det måste dock understrykas att en mängd rättsregler sätter gränserna för vad som är rättsligt möjligt att göra. Bortsett från att den nationella rättsordningen sätter gränser för vad som är rättsligt möjligt bör särskilt framhållas att den EU-rättsliga regleringen på området uppvisar en tydlig linje; reglerna om otillåtna statsstöd, offentlig upphandling och de begränsningar som finns för nationella särlösningar avseende tjänster av allmänt intresse markerar tydligt att alla typer av OPS ska konkurrensutsättas på ett transparent, likabehandlande, proportionellt och icke-diskriminerande sätt.³³

Syftet med den här framställningen är att försöka teckna de rättsliga begränsningar som finns vid olika typer av offentlig-privat samverkan mot bakgrund av såväl nationella som EU-rättsliga regler.

1.5 Terminologi

Vad gäller offentlig-privat samverkan förekommer en rikhaltig flora av termer och begrepp som i huvudsak endast är variationer på samma tema och i praktiken åsyftar samma fenomen. Som samlingsterm för det ämne som behandlas i föreliggande bok har vi valt att använda begreppet offentlig-privat samverkan eller OPS. En allmän redogörelse för de termer som förekommer ges i kapitel 2.

Inte heller när det gäller offentlig upphandling är terminologin enhetlig. När ett offentligt organ ska köpa in en vara, tjänst eller byggtreprenad används två olika benämningar; inom den klassiska sektorn används benämningen upphandlande myndighet medan upphandlande enhet används inom försörjningssektorn. Begreppet upphandling används i den här framställningen på själva upphandlingsförfarandet och alla moment som ingår däri, medan begreppet tilldelning av kontrakt får avse den upphandlande myndighetens beslut i fråga om val av leverantör. Som en generell benämning på de olika inköp av varor, tjänster och byggtreprenader som görs av en upphandlande myndighet används begreppet offentliga inköp.

³³ Se t.ex. Burnett, *Public-Private Partnerships (PPP) – A Decision Maker's Guide*, 2007, s. 8 och s. 67 ff., samt Bergström, *Privatoffentliga partnerskap och EU-rätten: krav på nytänkande*, 2009, s. 8 f.

1.6 Avgränsning

I den föreliggande framställningen ligger fokus på de rättsliga förutsättningarna för en OPS. Framställningen tar således inte sikte på hur OPS lämpligen bör utformas eller de avtalsrättsliga konsekvenserna. I huvudsak behandlas vidare endast den kommunala verksamheten. Det innebär att de OPS som t.ex. används på försvarsområdet faller utanför framställningen. De sistnämnda regleras dessutom till viss del numer av ett särskilt upphandlingsdirektiv; direktiv (2009/81/EG) om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet, vilket ska vara införlivat av medlemsstaterna senast den 21 augusti 2011.³⁴

³⁴ Se även tillkännagivande (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling samt SOU 2010:13.

2 Offentlig-privat samverkan – begrepp och bakgrund

”I have found it deeply interesting but deeply difficult to articulate to my own satisfaction the legal and constitutional basis of the PFI, or in other words to identify the nature and sources of the authority or powers under which the PFI is conducted.”¹

2.1 PFI – ett brittiskt påfund

I ett arbete om OPS är det logiskt att inledningsvis säga något om fenomenet *Private Finance Initiative*, PFI, eftersom det ofta framhålls som startskott för användandet av OPS.² Som konstaterades i det inledande avsnittet är OPS en gammal företeelse som i viss mån kommit i skymundan under den senare hälften av 1900-talet. Den här typen av samarbeten fick dock en nystart i Storbritannien 1992 då PFI inleddes som ett politiskt program för att uppmuntra tillhandahållandet av offentliga tjänster genom, eller med hjälp av, privata medel. Syftet var att utveckla de privatiseringssträvanden som gjordes under 1980-talet och låg helt i linje med den *Next Step*-politik som den konservativa regeringen drev.

Den offentliga förvaltningen skulle stöpas om och i enlighet med tankarna bakom *New Public Management* skulle framför allt den kommunala verksamheten förvandlas från *local government* till *local governance*, dvs. det allmänna skulle övergå från att vara en serviceleverantör till att enbart administrera fördelningen av de tjänster som i stället tillhandahålls av privata leverantörer. Vidare flyttades flera av kommunernas traditionella uppgifter över till andra administrativa enheter – *next steps agencies* – vilka ofta var underställda statlig kontroll.³

¹ Freedland, *Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame*, 1998, s. 291.

² Se Bovis, *The Private Finance Initiative (PFI) as the Prelude of Public Private Partnerships (PPPs)*, 2006, s. 24 ff.

³ Se bl.a. Craig, *Administrative law*, 2003, s. 167.

Man ska dock komma ihåg att Storbritannien i flera avseenden skiljer sig från vad vi är vana vid för svenskt vidkommande. Ett utmärkande drag för de brittiska kommunerna är att de bara har kompetens att ombesörja de uppgifter som uttryckligen följer av lag och någon allmän kompetens, som t.ex. gäller för svenska kommuner enligt 2 kap. kommunallagen, föreligger inte. Tvärtom utmärks det brittiska systemet av en stark statlig kontroll med stor misstänksamhet mot kommunernas resursanvändning, i synnerhet under de konservativa regeringarna från 1980 till 1997.⁴ De främsta kommunala uppgifterna i Storbritannien inskränker sig till utbildning, lokal miljö och planering, social service, polis och kollektivtrafik.

2.1.1 Från PFI till PPP

Den syn på kommunernas verksamhet som präglat Storbritannien efter Labours maktövertagande 1997 har varit mindre doktrinär än vad som var fallet under den konservativa regeringen och marknadslösningar har inte lika konsekvent setts som det bästa sättet att trygga tillgången till samhällstjänster. Tvärtom visade det sig att privata lösningar kunde vara såväl ineffektiva som olönsamma. Den konservativa politiken och retoriken har därför tonats ned och utgångspunkten för den offentliga servicen är enligt Labour-regeringen att den ska vara så ändamålsenlig och kostnadseffektiv som möjligt, vilket också ska styra vem som ska utföra den. Genom *the Local Government Act* 1999 infördes därför principen om *Best Value*, där syftet är att säkerställa ett så ändamålsenligt och effektivt tillhandahållande som möjligt av offentliga tjänster samtidigt som man ville värna lokal autonomi och individuella valmöjligheter.⁵ Samtidigt övergavs också begreppet PFI till förmån för PPP, vilket ansågs vara mindre kategoriskt. Det finns heller inte längre något krav på att det offentliga tjänsteutbudet måste privatiseras eller något krav på obligatorisk konkurrensutsättning, men det finns heller inget skäl att sköta en verksamhet i egen regi – eller *in house* – om det finns mer ändamålsenliga alternativ. Konkurrensutsättning och olika typer av OPS är därför bara ett verktyg – om än ett viktigt sådant – för att uppnå *Best Value* eller *value-for-money*.

De brittiska kommunerna är ständigt föremål för utvärderingar av utförandet den offentliga servicen. Detta görs genom överväganden av syftet med den aktuella tjänsten, genom jämförelser mellan hur olika kommuner utfört

⁴ Se Lidström, *Kommunsystem i Europa*, 2003, s. 53.

⁵ Se Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, 2001, s. 35 ff.

sina uppgifter, genom förfrågningar hos allmänheten och bedömningar av hur konkurrensen tillgodosätts. Det står dock klart att olika typer av OPS står högt upp på dagordningen för att säkerställa en förstklassig servicenivå, infrastruktur och för att stimulera ekonomisk tillväxt och förnyelse.⁶

2.1.2 Användningen av OPS i Storbritannien

För brittiskt vidkommande utgör OPS en offentlig upphandling som karakteriseras av det faktum att det krävs ett privat tillskjutande av särskilda tillgångar, t.ex. uppförande av olika byggnader. Dessa tillgångar kan sedan tillhandahållas genom att antingen hyras ut till det allmänna, direkt till brukarna eller genom en kombination av båda varianterna.⁷

Man har framför allt använt OPS på tre olika sätt. I det första fallet hyrs en viss byggnad eller anläggning av det allmänna, det allmänna kan med andra ord sägas köpa in tjänsten ”tillhandahållande av ändamålsenlig byggnad” från den enskilde parten. Det speciella, jämfört med andra upphandlingar av tjänster, kan sägas vara att tillhandahållandet av tjänsten är beroende av att det faktiskt finns en viss service som det allmänna efterfrågar, t.ex. en viss typ av byggnad som uppförts av motparten enbart i syfte att det allmänna ska hyra den. Ett typexempel på den här typen av avtal är att en privat intressent designar, finansierar, bygger och driver ett fängelse.⁸ Avtalet innebär med andra ord att samarbetet med en privat part drivs av finansiella syften, där det finns ett behov av privat medfinansiering av olika byggnader eller anläggningar, t.ex. idrottsarenor.⁹

I det andra fallet tillhandahålls anläggningen direkt till allmänheten. Här kan verksamheten snarast liknas vid en franchising av en offentlig service från det allmännas sida. Det allmänna tillgodoser ett behov av en viss typ av service till allmänheten genom att överlåta till ett privat företag att tillhandahålla den aktuella servicen till allmänheten, vilken också erlägger betalning för servicen direkt till det privata företaget. Jämfört med vanlig franchising är det typiska i den här situationen att servicen är beroende av att den privata parten förfogar över och tillhandahåller en allmännyttig tillgång. Ett typ-

⁶ Se Craig, *Administrative law*, 2003, s. 136 ff. och s. 174.

⁷ Se Freedland, *Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame*, 1998, s. 290 f.

⁸ Se Freedland, *Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame*, 1998, s. 290, Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, 2001, s. 5, samt Craig, *Administrative law*, 2003, s. 136.

⁹ Se t.ex. Madell, *Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeval*, 2005, s. 225–254.

exempel kan vara att det allmänna ger en koncession till en privat byggherre att bygga infrastrukturprojekt, t.ex. en motorvägsbro eller tunnel, där byggherren sedan ges möjlighet att utkräva vägtullar av dem som använder bron eller tunneln, eller en järnväg, där järnvägsföretaget sedan säljer biljetter till resenärerna.¹⁰

Det tredje fallet, där tillgångarna delvis nyttjas av det allmänna och delvis direkt av allmänheten, representerar det faktum att ”*contracting out*-modellen” kan kombineras på flera olika sätt, t.ex. genom s.k. *joint ventures*. Som ett exempel på en sådan kombination kan nämnas byggandet och driften av tunneln under engelska kanalen mellan Storbritannien och Frankrike, även om projektet som sådant förvisso är äldre än begreppet OPS.¹¹

2.1.3 Några brittiska erfarenheter

Ovanstående exempel ger inte en fullständig bild av det undanlidande koncept som OPS egentligen innebär, men den visar på några av de sätt på vilket den här typen av samarbeten använts i Storbritannien. Generellt sett står det klart att OPS representerar en betydande sammanblandning av offentligt beslutsfattande och parter som agerar inom ramen för marknadsekonomiska förutsättningar. Det går dock inte att komma ifrån att det ligger betydande offentliga intressen i bedömningen av verksamheten. För det första kan OPS skapa stora vinstmöjligheter för den privata avtalsparten. Det är därför av stor vikt att avtalsparten väljs ut på ett korrekt sätt i förhållande till konkurrenterna. För det andra ligger det ett offentligt intresse i att inte genom avtal binda upp den nuvarande eller framtida politiska majoritetens möjligheter i förhållande till vissa frågor på ett sätt som gör att avgörandet i praktiken hamnar hos det allmännas avtalspart.

Frågan är hur väl anpassad principen om ett avtals bindande verkan egentligen är i förhållande till det allmännas behov av att kunna frångå gjorda överenskommelser. En utgångspunkt är att OPS i första hand får prövas inom ramen för en laglighetsprövning eller andra offentlighetsrättsliga kontrollmekanismer. Problemet är dock för engelskt vidkommande att det bakomliggande skälet till att använda den här typen av överenskommelser huvudsakligen är av finansiell karaktär. Till följd av att regleringen är vag kan det också vara svårt för en enskild individ att visa att ett avtal är kompetensöverskridande

¹⁰ Se Freedland, *Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame*, 1998, s. 290 f., samt Craig, *Administrative law*, 2003, s. 136 f.

¹¹ Se Freedland, *Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame*, 1998, s. 291, Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, 2001, s. 5 f., samt Craig, *Administrative law*, 2003, s. 137.

och därmed också bör upphävas. Det kan till följd av samarbetets karaktär också vara svårt att i förstone se det offentlighetsrättsliga intresset och avgöra var gränsen går mellan politiska ställningstaganden och mera förvaltningsrättsligt beslutfattande.¹²

Den andra utgångspunkten är mera privaträttslig. Privat finansiering kan ofta ses som ett slags låneverksamhet, där den enskilde parten bekostar ett offentligt projekt mot att dennes verksamhet i slutändan genererar en vinst. Det finns inga garantier för att OPS leder till lägre kostnader för det allmänna än om det skulle låna pengar på ett traditionellt sätt för att sedan upphandla verksamheten, men det kan ju finnas andra fördelar och värden i att använda OPS-modellen, inte minst som en långsiktig investering i ett projekt. OPS måste alltså ses som ett tillägg till det allmännas ordinarie beläning och får inte utgöra en indirekt eller delvis dold ersättning för den.¹³

Användningen av OPS är så omfattande i Storbritannien att det kan vara frestande att använda sådana modeller för allehanda syften. Under årens lopp har ett antal kritiska röster höjts mot det utbredda användandet, vilket rent av har kallats ”*a new prerogative*”.¹⁴ Användandet av avtal är så utbrett att andra forskare kallat det för så starka termer som paradigmskifte, revolution eller ”*the cutting edge of administrative law*”.¹⁵

De brittiska kommunerna har getts vida ramar för att genom avtal konkurrensutsätta olika verksamheter och att använda avtal som ett sätt att genomdriva politiska beslut. Framför allt gäller det inom detalj- och stadsplanering, där kommunerna getts långtgående möjligheter att genom avtal begränsa och reglera detaljplanering och markanvändning. Kommunerna har rent av vissa möjligheter att genom avtal förmå de som söker olika bygglov eller planeringstillstånd att gå med på villkor som kommunen inte skulle ha möjlighet att kräva inom ramen för den uttryckliga lagstiftningen. Lagligheten har ifrågasatts,¹⁶ men förfarandet har i praxis befunnits vara tillåtet.¹⁷

¹² Se Freedland, *Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame*, 1998, s. 295.

¹³ Se Freedland, *Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame*, 1998, s. 300 f.

¹⁴ Se t.ex. Daintith, *Regulation by Contract: The New Prerogative*, 1979, s. 41–64, Arrowsmith, *Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities*, 1990, s. 277–292, samt Daintith, *Contractual Discretion and Administrative Discretion: A Unified Analysis*, 2005, s. 554–593.

¹⁵ Se Harlow & Rawlings, *Law and Administration*, 1997, s. 207.

¹⁶ Se Wade & Forsyth, *Administrative law*, 2000, s. 777 f.

¹⁷ Se *Good v. Epping Forest District Council* [1994] 1 W.L.R. 376 och *Tesco Stores Ltd. v. Secretary of State for the Environment* [1995] 1 W.L.R. 759 (HL).

När det gäller utförandet av offentliga tjänster och offentlig upphandling är kompetensen mera tydlig. Kommunerna var under den konservativa eran rent av alltid, under hot om sanktioner, skyldiga att upphandla sophantering, reparationer och andra liknande funktioner i konkurrens. Det drakoniska systemet mildrades av Labourregeringen genom införandet av nya regler där *best value* ska vara det vägledande. Kommunerna är, i likhet med andra offentliga organ, skyldiga att försöka tillgodose att utförandet av offentliga uppgifter ständigt förbättras med hänsyn till effektivitet, kostnad och ändamålsenlighet. För att få hjälp med att mäta hur effektivt en service utförs etc. är kommunerna skyldiga att konsultera statliga myndigheter – *the Secretary of State* – vid kvalitetssäkringsarbetet.¹⁸ Det finns en särskild myndighet, *the Audit Commission*, som kan genomföra kontroller av om verksamheten lever upp till de krav som ställs enligt lagen och utförandeplanerna ska också underställas *the best value authority's auditor*. *The Secretary of State* har vidare långtgående befogenheter att ingripa mot en kommun som inte lever upp till de uppställda kraven. Dessa bestämmelser ska dock ses mot bakgrund av en övergripande strategi för att förbättra den offentliga service som åligger kommunerna.¹⁹

Det har framhållits att offentlig-privat samverkan är av central betydelse för regeringens mål att åstadkomma en förstklassig offentlig service och infrastruktur samt för att främja ekonomisk tillväxt och förnyelse. Syftet är att genom samarbete skapa ett system som tar fram det bästa ur båda sektorerna för att tillhandahålla tjänster av så god kvalitet som möjligt. Ett sådant system anses kunna uppnås med hjälp av OPS genom tillhandahållandet av privat kapital för att finansiera bl.a. skolor, vägar, museer, polisstationer samt sport- och fritidsanläggningar.²⁰

Den exakta innebörden av en OPS och de rättsliga konsekvenser den kan få är beroende av vilken typ av projekt det är fråga om. Man måste göra en åtskillnad mellan de samarbeten där den private exploitören genomför ett projekt som kommunen sedan betalar för att utnyttja och de samarbeten där exploitören i praktiken erhåller en koncession, där ersättningen erhålls genom avgifter från dem som nyttjar den aktuella servicen. Många av de OPS som bedrivs av kommunerna och privata samarbetspartners i Storbritannien är dock beroende av att staten skjuter till medel för att täcka kommunernas

¹⁸ Se Wade & Forsyth, *Administrative law*, 2000, s. 778, samt Craig, *Administrative law*, 2003, s. 139–143.

¹⁹ Se Craig, *Administrative law*, 2003, s. 144.

²⁰ Se Craig, *Administrative law*, 2003, s. 145.

kostnader, eftersom kommunernas intäkter hur som helst till största delen kommer från statligt tillskjutna medel. Om det rör sig om OPS som kommunerna själva har möjlighet att ersätta utan statlig inblandning krävs i regel heller inget samtycke från statligt håll.²¹

Användandet av OPS innebär alltså en skillnad från en situation där det allmänna i form av en entreprenad kontrakterar ett företag för att uppföra t.ex. en fängelsebyggnad till ett samarbete där den privata parten inte bara uppför byggnaden utan också behåller äganderätten till den och dessutom ansvarar för driften.²²

Utvecklingen av OPS i Storbritannien ska också ses mot bakgrund av de svåra ekonomiska förhållanden som var utmärkande för statsfinanserna i slutet av 1980- och början av 1990-talen, samtidigt som byggnader och infrastruktur var i stort behov av en upprustning. Privat kapital var helt enkelt en nödvändighet för att kunna rusta upp dessa anläggningar. Alternativ finansiering är inte längre den huvudsakliga drivkraften bakom OPS i Storbritannien; i takt med att OPS-lösningarna gav goda erfarenheter har fokus flyttats och ligger numer på kvalitet och effektivitet. Privat finansiering är således inte längre det centrala i relationen, däremot är det fortfarande en nödvändig förutsättning för incitamentsstrukturen i en OPS.

Mellan år 1995 och 2008 slöts det 935 OPS-avtal i Storbritannien – de flesta inom hälso- och sjukvårdssektorn, men samverkan förekommer även inom utbildnings-, it-, och energisektorn, samt inom äldreomsorgen, polisen, försvaret och inom ramen för olika typer av infrastrukturprojekt – till ett totalt värde av 66 miljarder £.²³

2.2 Kärt barn har många namn ...

Som nämndes inledningsvis har det under lång tid funnits olika samarbeten mellan den offentliga och den privata sektorn; det allmänna har alltid varit en viktig beställare av privata tjänster och varor även om den stora expansionen skedde efter andra världskriget. För många privata leverantörer av varor

²¹ Se Craig, *Administrative law*, 2003, s. 145 f. För en australisk utblick vad gäller användningen av PPP, se Eames, O'Shea & Quick, *The Capacity of Government Owned Corporations and Local Governments to Enter Into Joint Ventures*, 2005, s. 378–412.

²² Se Davies, *Ultra Vires Problems in Government Contracts*, 2006, s. 103 f.

²³ Se Davis, *Financing PFI Projects in the UK in the Credit Crisis and State Aid*, 2009, s. 152. Se även den brittiska motsvarigheten till Riksrevisionen – the National Audit Office (NAO), <http://www.nao.org.uk/>.

och tjänster har det offentliga utgjort den potentiellt största samarbetspartnern.

I det perspektivet går det inte att påstå att OPS har sitt ursprung i 1990-talets Storbritannien, olika typer av samarbetsavtal har under över-skådlig tid setts som en nödvändighet i de flesta länder. Det nya i relationen är snarast att allt större vikt har lagts vid den initialt privata finansieringen av olika projekt, den långa avtalsperioden och i många fall även privat ägande av t.ex. byggnader som nyttjas av det allmänna till följd av att den bakomliggande ideologin om vem som egentligen ska äga tillgångarna har förändrats.²⁴

”Privatoffentliga partnerskap är inget nytt fenomen. Man kan hävda att partnerskap ofta handlar om nygamla former av nära relationer mellan privata och offentliga aktörer. Att involvera företag, branschorganisationer och fackföreningar i olika beslutsprocesser har historiskt sett varit mycket viktigt i många länder. Detta gäller särskilt för länder med en korporativistisk tradition. Begreppet partnerskap har ett tydligt anglosaxiskt ursprung och kan därför uppfattas som något nytt när det etableras partnerskap i EU eller när det bildas partnerskap för el-sektorn i Sverige. Partnerskap har emellertid varit viktigt för den svenska lokala näringspolitiken. Det nya skulle alltså vara att partnerskap också upprättas på andra samhällsnivåer och inom andra samhällssektorer, t.ex. inom hälsosektorn.”²⁵

När det gäller olika typer av samverkan mellan det allmänna och enskilda måste konstateras att begreppsbildningen är något diffus och inte helt konsekvent; ibland används engelsk terminologi och ibland svensk. Faktum är att det finns en uppsjö olika akronymer som används för att beskriva den här typen av samarbeten.

Den vanligaste samlingstermen på den här typen av samarbete mellan det allmänna och näringslivet eller olika frivilligorganisationer är PPP – *Public Private Partnerships* eller *Partenariat Public Privé* – men vad gäller den svenska översättningen finner vi minst tre olika varianter; OPP (offentlig-privata partnerskap)²⁶, OPS (offentlig-privat samverkan eller offentlig-privata samarbeten) samt POP (privat-offentliga partnerskap)²⁷. Vidare stöter man ibland på begreppen OPS Light eller partnering.

²⁴ Se även förordet i Bukh & Korsager, *Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab*, 2006, s. 9.

²⁵ Se Mörth & Sahlin-Andersson, *Privatoffentliga partnerskap*, 2006, s. 270 f.

²⁶ Se t.ex. *Offentligt-privat partnerskap*, utgiven av Sveriges Kommuner och Landsting 2005.

²⁷ Se t.ex. Mörth & Sahlin-Andersson (red.), *Privatoffentliga partnerskap*, 2006.

Trots de olika förkortningarna är betydelsen i huvudsak den samma; det rör sig om någon form av samarbete mellan offentliga och privata parter som är varaktiga över en viss tid och att parterna tillsammans samarbetar kring ett projekt – t.ex. ett gemensamt utvecklande av varor och tjänster – som är av vikt ur ett samhällligt intresse, men där finansiering och utförande inte nödvändigtvis behöver ske i offentlig regi samt där parterna fördelat risker och resurser. Det saknas en enhetlig definition av vad OPS egentligen innebär, men några drag kan sägas vara utmärkande för dessa partnerskap.

”Der er for det *første* tale om, at kernen i projektet er et bygge- eller anlægsprojekt, for det *andet* indtræder den offentlige part i en bestillerrolle, hvor det er de funktionskrav, byggeriet skal opfylde i relation til den fremtidige anvendelse, der udbydes. Bestillerrollen indebærer for det *trede*, at den offentlige part normalt ikke ejer byggeriet, men derimod blot betaler for brugen af det. Normalt vil byggeriet dog overgå til den offentlige sektor på et tidspunkt i fremtiden ... For den private part gælder det som et *fjerde* karakteristikum, at projektet skal finansieres med lånte midler, og for det *femte*, at projektet etableres som et særskilt selskab, hvis aktionærer normalt vil være de parter, som samarbejder om projektet – herunder udvikling, opførelse og efterfølgende drift. Som det *sjette* punkt skal det fremhæves, at partnerskabstanken er central, således at der i alle faser arbejdes sammen mod at realisere projektets målsætninger, og at samarbejdet også indebærer en eksplicit stillingtagen til, hvorledes konsekvenserne af både planlagte og uforudsete økonomiske hændelser skal bæres af de forskellige parter. Endelig, som et *syvende* punkt, vil OPP-projekter være funderet på en totaløkonomisk betragtning, hvor udviklings-, opførelses- og driftsfasen ses i sammenhæng, idet det normalt vil være den private part, der gennemfører projektet, ligesom denne også står for den efterfølgende drift og vedligeholdelse.”²⁸

Ett avtal om OPS tar ofta sikte på själva funktionen hos den anläggning eller den service som ska tillhandahållas och präglas av en mindre detaljstyrning från den upphandlande myndighetens sida.²⁹ När man talar om OPS är det i huvudsak byggtreprenader eller byggekoncessioner man avser, men det kan också vara fråga om en tjänstekoncession. Tjänstekoncessionerna omfattar oftast drift och underhåll men inte själva uppförandet av någon anläggning i egentlig mening, eftersom man utnyttjar redan befintlig infrastruktur eller därför att avtalet endast handlar om offentliga tjänster. Byggekoncessioner tar däremot sikte på utvecklingen av infrastruktur där den privata sektorn tar

²⁸ Bukh & Korsager, Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab, 2006, s. 18 f.

²⁹ Se även Nilsson, Nya vägar för infrastruktur; Offentlig-privat samverkan, 2009, s. 12 ff.

ansvar för att finansiera, bygga och sedan driva projektet. Vad gäller funktionsupphandlingar eller olika typer av genomförandeavtal används ibland termerna *OPS/OPP Light* eller *Partnering*.

Termerna DBO (*Design, Build and Operate*), DBFO (*Design, Build, Finance and Operate*), DBOO (*Design, Build, Own and Operate*), BROT (*Build, Rent, Operate and Transfer*), BOO (*Build, Own and Operate*), BOOT (*Build, Own, Operate and Transfer*), DBFMO (*Design, Build, Finance, Maintenance and Operate*), DCMF (*Design, Construct, Maintain and Finance*), BLT (*Build, Lease and Transfer*) eller BOT (*Build, Operate and Transfer*) betyder att en privat part bygger en anläggning och driver verksamheten för att sedan hyra ut anläggningen eller i vissa fall efter en tid överlåta den till den offentliga sektorn.³⁰ Dessa samarbetsformer är vanligen hänförliga till s.k. avtalsmässig OPS eller olika typer av koncessioner, med en exklusiv rätt för leverantören att under en viss tidsperiod exploatera anläggningen för att få kompensation för de kostnader denne haft för att finansiera, designa och uppföra densamma och de driftskostnader som denne har.

I korthet går upplägget ut på att den upphandlande myndigheten väljer ut en koncessionshavare att finansiera och bygga infrastruktur, medan företaget samtidigt ges en exklusiv rätt att använda anläggningen kommersiellt under en viss period, för att den efter periodens slut ska överföras till den upphandlande myndigheten, BOT (*Build, Operate and Transfer*). I vissa fall används i stället begreppet BTO (*Build, Transfer and Operate*). Denna akronym används för att understryka att äganderätten till infrastrukturen eller anläggningen överförs till den upphandlande myndigheten omedelbart efter den har färdigställts, medan koncessionshavaren ges rätt att driva anläggningen under en viss period. BOO (*Build, Own and Operate*) avser projekt där koncessionshavaren äger anläggningen permanent och inte är skyldigt att överföra den till den upphandlande myndigheten. BROT (*Build, Rent, Operate and Transfer*), BLOT (*Build, Lease, Operate and Transfer*) eller BOOT (*Build, Own, Operate and Transfer*) avser projekt där en koncessionshavare är engagerad för finansiering, byggande, drift och underhåll av en viss infrastruktur i utbyte mot rätten att under en viss tid ta ut avgifter från användarna. Enligt arrangemanget äger det privata företaget anläggningen och dess tillgångar tills den överförs till den upphandlande myndigheten.

³⁰ Jfr även s.k. *sale and lease back*-affärer vid köp av fastigheter där det i vissa fall varit osäkert om kommunens hantering av fastigheten i realiteten utgjort en pantsättning, vilken är otillåten enligt kommunallagen, eller en villkorad försäljning, vilken kan vara ogiltig enligt JB:s regler om fastighetsköp. Se SOU 1991:81, s. 218, s. 222 och s. 228.

Förutom förkortningar som används för att framhålla ägarförhållandena kan även andra förkortningar användas för att betona ett eller flera av de skyldigheter som återspeglas i koncessionen. Således används t.ex. uttrycket DBFO (*Design, Build, Finance and Operate*) för att understryka koncessionsinnehavarens extra ansvar för att utforma anläggningen och finansiera dess konstruktion.

2.3 Begreppet OPS i en juridisk kontext

”NOU vill påpeka att oavsett vad en upphandling kallas eller hur den skall finansieras måste den upphandlande enheten, efter det att den planerat vad som skall upphandlas, välja någon av de i LOU angivna upphandlingsförfarandena.”³¹

Lika lite som andra termer som försöker beskriva samarbeten mellan enskilda och det allmänna – t.ex. offentligrättsliga eller förvaltningsrättsliga avtal – besvarar begreppet OPS i sig några juridiska frågor; alltför många olikartade avtals- och samarbetsituationer rymms helt enkelt inom ramen för de olika typer av samarbetsformer som kan förekomma mellan det allmänna och enskilda rättssubjekt för att begreppet ska ha någon djupare innebörd än som just ett samlingsbegrepp på den här typen av företeelser.³²

Sett ur ett finansieringsperspektiv brukar OPS delas in i tre olika kategorier: fristående OPS (koncessioner) – där projektet i sin helhet finansieras av slutanvändarna –, partiellt fristående OPS – där projektet finansieras genom en kombination av avgifter från slutanvändarna och betalning från den upphandlande myndigheten – samt OPS avseende offentliga tjänster där betalningen uteslutande kommer från den upphandlande myndigheten.³³ När man talar om OPS eller någon av alla de andra akronymerna är det emel-

³¹ NOU dnr 2000/339-22, Yttrande över Ds 2000:65 Alternativ finansiering genom partnerskap. Jfr Konkurrensverket, PM om OPS, 2008-10-24, där det framhålls att "[s]ammanfattningsvis vill Konkurrensverket framhålla att entreprenadformen Offentlig-privat samverkan, OPS, inte idag är ett färdigutvecklat koncept. Det har använts i Sverige och det används ute i Europa. Klart är dock att förfarandet inte ska undantas från upphandlingsreglerna.”

³² Se även Tvarnø, *Nogle særlige karakteristika ved partneringaftaler i byggebranchen*, 2003, s. 366–371, Tvarnø, *Partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder*, 2003, s. 249–268, Krüger, *Autonomispørsmål ved offentlige anskaffelser*, 2004, s. 61–98, Krüger, *Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter*, 2004, s. 360–378, Tvarnø, *Public private partnership in the European Union*, 2005, s. 183–194, *Offentligt-privat partnerskap, Sveriges Kommuner och Landsting*, 2005, samt Bovis, *Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future*, 2005–06, s. 118.

³³ Se Burnett, *Public-Private Partnerships (PPP) – A Decision Maker's Guide*, 2007, s. 8 f.

lertid i juridisk mening som regel fråga om antingen en entreprenad eller en koncession vilka ska upphandlas i enlighet med LOU.

En rättsligt sett avgörande skillnad mot tidigare samarbeten är att fenomenet uppmärksammats på EU-rättslig nivå med en ökad tonvikt på fördrags- och konkurrensfrågor medan tyngdpunkten tidigare i stor utsträckning låg på en nationell nivå där de rättsliga frågeställningarna vanligen tog sin utgångspunkt i den klassiska uppdelningen mellan offentlig rätt och privaträtt.³⁴ Alla OPS ska därför bedömas mot bakgrund av EU-rättens bestämmelser och principer; förutom etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster enligt artiklarna 49 och 56 Fördraget om Europeiska unionens funktionsätt, EUF-fördraget, – med bl.a. krav på transparens, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande – blir även statsstöds- och upphandlingsreglerna av stor betydelse. Det råder ingen tvekan om att OPS som i realiteten innebär byggkoncessioner ska bli föremål för en offentlig upphandling enligt 13 kap. LOU, medan situationen vad t.ex. gäller tjänstekoncessioner är mer flytande.³⁵ Även om de sistnämnda faller utanför LOU, i likhet med såväl tjänste- som byggkoncessioner som faller utanför LUF, omfattas de dock alltid av EUF-fördraget och de grundläggande principerna.

Ett annat utmärkande drag för vissa OPS är att de i vissa fall sker i form av projektorienterade och formaliserade samarbeten av nätverkskaraktär, såväl på nationell som på internationell nivå. Ett sådant samarbete behöver inte ta sin utgångspunkt i att t.ex. tillhandahålla en viss tjänst; syftet kan även vara att på global nivå samarbeta kring frågor om klimat, fattigdomsbekämpning, hälsa osv. där syftet kan vara att utveckla nya policies och strategier.³⁶

Ytterligare en variant på OPS är de genomförande- eller exploateringsavtal som många gånger sluts inom kommuner för att exploatera ett visst område på ett så funktionellt sätt som möjligt. Såväl innan La Scalamålet som i efterspelet av det har emellertid anförts att upphandlingsreglerna motverkar sitt konkurrensstimulerande syfte om de blir allt för rigida vad gäller t.ex. genomförandeavtal. Flera forskare har på ett grundläggande plan varit

³⁴ Se t.ex. Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private*, 1974, Bernt, *Aftaler med stat og kommune*, 1981, samt Madell, *Det allmänna som avtalspart*, 1998.

³⁵ Se Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig (30.4.2004) samt Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005) 569 slutlig (15.11.2005). Se närmare http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm.

³⁶ Se Mörth & Sahlin-Andersson, *Privatoffentliga partnerskap*, 2006, s. 11 ff.

kritiska till användandet av de stelbenta och svårtillämpbara reglerna om offentlig upphandling av OPS-projekt och efterlyst direktivändringar som tar sikte på särskilda och legitima behov för denna förhållandevis vanliga lösning av offentliga uppgifter inom EU. Kritiken har framförts såväl mot direktiven som mot Kommissionens handhavande av området och bottnar i att upphandlingsreglerna är utformade för relativt standardiserade och enkla transaktioner, medan de flesta moderna OPS-projekt är av en mycket komplex natur som kräver betydligt mer sofistikerade upphandlingsregler.³⁷ Kommissionen har också flera gånger uppmärksammat problemen kring OPS.³⁸

Det finns ingen juridisk definition av begreppet OPS men Kommissionen beskriver i sin grönbok om "Offentlig-privata partnerskap och upphandling av koncessioner" fenomenet som avtalsförhållanden mellan offentlig och privat aktör som kännetecknas av förhållandevis lång varaktighet och där den privata parten tar på sig åtminstone en del av både finansieringen av och den ekonomiska risken för det produkt som parterna vill göra. Även i ett konventionellt avtalsförhållande tar leverantören en ekonomisk risk. Leverantören kan ju drabbas av oförutsedda händelser, reklamationer eller kalkylera sina kostnader felaktigt. I en OPS tar emellertid leverantören också på sig risker som normalt bärs av beställaren.

2.4 Två huvudgrupper av OPS

En indelning kan göras i två huvudgrupper av OPS, dels avtalsmässig OPS – eller koncessionsmodellen – där samarbetet uteslutande grundar sig på en avtalsmässig relation, dels institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP) – eller *joint-venture*modellen – som innebär ett samarbete mellan ett offentligt organ och en privat part inom ramen för en separat enhet.

2.4.1 Avtalsmässig OPS – koncessionsmodellen

Avtalsmässig – eller vertikal – OPS innebär att samverkan är reglerad i ett avtal enligt vilket den offentliga partnern t.ex. uppdrar åt ett företag att bygga en anläggning och sedan driva denna anläggning och uppbära intäkter. IOPP innebär å andra sidan att parterna blir delägare i en juridisk person,

³⁷ Se bl.a. Arrowsmith, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?*, 2000, s. 709–737.

³⁸ Se bl.a. Green Paper *Public Private Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward*, COM(96) 583 (27.11.1996) och *Commission's Communication, Public Procurement in the European Union*, COM(98) 143 final (11.03.1998).

normalt ett aktiebolag, varefter det bolaget får driva anläggningen och uppbära intäkterna.

Den avtalsenliga modellen för OPS eller koncessionsmodellen visar på att samarbetet mellan den offentliga och den privata sektorn enbart grundas på avtalsmässiga förbindelser. Det innebär olika gränssnitt där uppgifter och ansvar – inklusive utformning, finansiering, genomförande, renovering eller utnyttjande av ett arbete eller en tjänst – kan hänföras till den privata partnern. Det finns emellertid få bestämmelser i sekundärrätten som samordnar förfarandena för tilldelning av kontrakt som betecknas som koncessionsavtal i EU-rätten. När det gäller byggkoncessioner finns de regler som följer av 13 kap. LOU, däremot saknas motsvarande regler i LUF. De upphandlande myndigheterna har rätt att besluta hur man väljer en privat partner, även om de detta till trots måste garantera full överensstämmelse med de principer och regler som följer av EUF-fördraget. Även om tilldelning av tjänstekoncessioner faller utanför upphandlingsdirektiven³⁹ är en upphandlande myndighet vid en tilldelning av en tjänstekoncession bunden av de principer som följer av artikel 49 och 56 EUF-fördraget, särskilt principerna om öppenhet, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

De EU-rättsliga regler som tillämpas på upphandling av koncessioner här rör främst från allmänna skyldigheter. Vidare är det så att få av medlemsstaterna – trots att de är fria att göra det – har valt att anta nationella lagar för att fastställa allmänna och detaljerade regler för tilldelning av bygg- eller tjänstekoncessioner, vilket givetvis kan skapa problem för aktörer inom den inre marknaden. Bristen på samordning av de nationella lagarna kan nämligen bli ett hinder för verkligt öppnande av sådana projekt inom EU, särskilt om de är organiserade på transnationell nivå. Den rättsliga osäkerheten i samband med avsaknad av klara och samordnade bestämmelser kan dessutom leda till en ökning av kostnaderna för tilldelning av sådana projekt. Dessutom skulle man kunna hävda att målen för den inre marknaden, på grund av brist på effektiv konkurrens på marknaden, inte alltid skulle kunna uppnås.

Å andra sidan, när OPS upphandlas enligt vad som gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader eller tjänster måste en upphandlande myndighet alltid för att välja ut sin partner följa LOU. Av upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) följer att en upphandlande myndighet kan använda

³⁹ Direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) och direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet).

sig av s.k. konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av särskilt komplicerade upphandlingar.⁴⁰ Den konkurrenspräglade dialogen förslås införas i LOU per den 1 juli 2010.⁴¹ Se närmare avsnitt 5.6.

2.4.2 Institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP) – joint-venturemodellen

Ett IOPP utgör ett företag som gemensamt innehas av offentliga och privata parter och som vanligtvis har inrättats för att tillhandahålla tjänster till allmänheten, i synnerhet på lokal nivå. I syfte att klargöra tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling och koncessioner vad gäller institutionella – eller horisontella – offentlig-privata partnerskap, IOPP, eller *joint-venturemodellen*, har Kommissionen gett ut ett tolkningsmeddelande.⁴² Kommissionen konstaterar att det enligt EU-rätten står de offentliga myndigheterna fritt att välja om de vill driva en ekonomisk verksamhet i egen regi (*in house*) eller om de vill lämna över den till en utomstående part (*ex house*) inom ramen för en entreprenad eller en koncession. En sådan utomstående part kan utgöras av en separat blandekonomisk enhet som skapats inom ramen för en OPS och som har till syfte att verkställa ett upphandlingskontrakt eller en koncession.⁴³

Det centrala är dock att en sådan – till viss del offentligägd – enhet omfattas av samma bestämmelser som privata leverantörer och därför också måste agera på samma konkurrensneutrala villkor och t.ex. lämna anbud på offentliga upphandlingskontrakt eller koncessioner.⁴⁴ Om *in house* se närmare avsnitt 5.1 nedan.

”Privata aktörers bidrag till [ett] IOPP består, förutom att bidra med kapital eller andra anläggningstillgångar, i att aktivt delta i verkställandet av de

⁴⁰ Det är t.ex. inte ovanligt att vissa OPS kan bestå av ett hundratal separata överenskommelser som tillsammans utgör grunden för samarbetet, se Burnett, *Public-Private Partnerships (PPP) – A Decision Maker’s Guide*, 2007, s. 12 f.

⁴¹ Se lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009.

⁴² Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661 (05.02.2008).

⁴³ Även vad gäller IOPP varierar terminologin och formerna för samarbeten inom medlemsstaterna och man återfinner bl.a. offentlig-privata föreningspartnerskap, gemensamma företag, blandekonomiska företag, samriskföretag, kooperationsmodeller och andra typer av *joint ventures*. Se även Bergström, *Privatoffentliga partnerskap och EU-rätten: krav på nytänkande*, 2009, s. 16.

⁴⁴ Se Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005)569 slutlig (15.11.2005).

arbetsuppgifter som tilldelats den blandekonomiska enheten och/eller i driften av den blandekonomiska enheten. Enbart kapitaltillskott från en privat finansör till ett offentligt företag utgör däremot inte ett IOPP. Följaktligen gäller detta meddelande inte den sistnämnda situationen.”⁴⁵

Lika lite som vid kontraktuell OPS finns vid IOPP några specifika bestämmelser på EU-rättslig nivå som reglerar själva bildandet av dessa, men givetvis aktualiseras principen om likabehandling och artiklarna 49 och 56 EUF-fördraget om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster etc. på samma sätt som om en offentlig myndighet överläter driften av en ekonomisk verksamhet – genom en offentlig upphandling eller en koncession – på en tredje part.⁴⁶ Det följer också av EU-domstolens praxis att det faktum att ett privat företag – tillsammans med en offentlig myndighet – ingår som en delägare i ett bolag utesluter att verksamheten kan anses drivas *in house* och att reglerna om offentliga upphandlingskontrakt och koncessioner därför blir tillämpliga.⁴⁷ Det avgörande vad gäller upphandlingslagstiftningen är emellertid inte enbart en tredje parts aktiva deläggande i ett offentligt företag, utan redan en upphandlande myndighets vilja att i framtiden öppna för att en aktör i den privata sektorn kan gå in som delägare i en filial till den upphandlande myndigheten.⁴⁸ En direkt tilldelning av ett offentligt kontrakt eller en koncession till ett offentligt företag är med andra ord uteslutet om avsikten är att öppna för möjligheten att låta privata enheter gå in som delägare i det offentliga företaget under dessa kontrakts löptid.

Enligt Kommissionen bildas ett IOPP vanligtvis på två olika sätt. För det första kan det ske genom att ett nytt företag bildas, där kapital gemensamt skjuts till av den upphandlande myndigheten/enheten och den privata parten – eller av flera upphandlande myndigheter eller flera privata partners – och att ett offentligt upphandlingskontrakt eller en koncession genom ett upphandlingsförfarande tilldelas denna nybildade blandekonomiska enhet. För det andra kan en privat partner gå in som delägare i ett befintligt offentligt företag som genomför en verksamhet som tidigare erhållits *in house*.

Oberoende av hur ett IOPP har bildats åläggs emellertid den upphandlande myndigheten, i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling och koncessioner, att följa ett konkurrensneutralt och transparent förfarande

⁴⁵ Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661 (05.02.2008).

⁴⁶ Se mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 61.

⁴⁷ Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 49, samt mål C-231/03, *Coname*, p. 26.

⁴⁸ Se mål C-410/04, *ANAV*, p. 30 ff.

vid valet av privat partner. En upphandlande myndighet får således aldrig ”tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelas halvoffentliga bolag.”⁴⁹

Kommissionen konstaterar att man för att uppfylla kraven på transparens bör tillämpa ett dubbelt upphandlingsförfarande; en första upphandlingsrunda där man väljer ut den eller de privata parter som ska ingå i det samägda bolaget samt en andra upphandlingsrunda där det samägda bolaget tillsammans med privata konkurrenter deltar i anbudsgivningen rörande det aktuella uppdraget. Ett sådant förfarande kan dock många gånger vara praktiskt ogenomförbart och dessutom helt förta syftet med att bilda det gemensamma bolaget om en konkurrent skulle lämna ett förmånligare anbud vid den andra upphandlingsrundan.

Ett möjligt sätt att bilda ett IOPP i överensstämmelse med de EU-rättsliga principerna och samtidigt undvika de problem som följer av ett dubbelt förfarande, är därför att den privata partnern väljs ut inom ramen för ett konkurrensutsatt och överblickbart förfarande, vars *ändamål* är det offentliga upphandlingskontrakt eller den koncession som ska tilldelas den blandekonomiska enheten och den privata partnerns driftsmässiga bidrag för att verkställa dess uppdrag eller dennes administrativa bidrag till styrningen av den blandekonomiska enheten. Efter att en privat partner valts ut bildas den blandekonomiska enheten varpå tilldelningen av det offentliga upphandlingskontraktet eller koncessionen sker. Om det rör sig om ett uppdrag som faller inom ramen för upphandlingslagstiftningen ska den privata parten väljas ut med något av de förfaranden som följer av dessa regler. Även om det är fråga om en tjänstekoncession eller ett kontrakt som inte faller under LOU:s tillämpningsområde måste EUF-fördragets grundläggande principer iakttas.⁵⁰

Principerna om likabehandling och icke-diskriminering innebär att det finns en skyldighet till öppenhet som innebär att varje potentiell anbudsgivare ska garanteras en grad av offentlighet som är tillräcklig för att marknaden ska kunna öppnas för konkurrens.⁵¹ Enligt Kommissionen innebär denna skyldighet inom ramen för bildandet av ett IOPP att den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling eller i de tekniska specifikationerna

⁴⁹ Kommissionen citerar EU-domstolens uttalande i mål C-29/04, *Kommissionen mot Österrike*, p. 42.

⁵⁰ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661 (05.02.2008), s. 5 f.

⁵¹ Se mål C-324/98, *Telaustria*, p. 62, samt mål C-458/98, *Parking Brixen*, p. 49.

lämnar en mängd grundläggande information. Information bör bl.a. lämnas om att det offentliga upphandlingskontrakt eller koncessionen ska tilldelas en planerad blandekonomisk enhet. Den upphandlande myndigheten måste också ange stadgarna för den blandekonomiska enheten, aktieägaravtalet och övriga handlingar som avser att reglera såväl det kontraktsmässiga förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och den privata partnern som förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och den blandekonomiska enhet som ska bildas.

Anbudsinfordran bör även innehålla erforderliga uppgifter om den planerade varaktigheten av det offentliga upphandlingskontrakt som ska genomföras eller den koncessionstid som gäller. Med hänsyn till principen om insyn och överblickbarhet är det enligt Kommissionen nödvändigt att i anbudshandlingarna tydligt ange möjligheterna till förlängning eller ändring av det offentliga upphandlingskontraktet eller koncessionen och möjligheterna att tilldela nya arbetsuppgifter och vilka villkor som gäller för deras tillämpning. Det centrala är att informationen är tillräckligt detaljerad för att garantera likabehandling och effektivitet i anbudsinfordran.⁵²

I likhet med andra upphandlingskontrakt gäller givetvis också att ett IOPP inte kan erhålla nya upphandlingskontrakt eller att några större förändringar av de avtalsvillkor som nämns i kravspecifikationerna heller inte kan göras utan att ett nytt upphandlingsförfarande genomförs.⁵³

*Joint-venture*modellen eller metoden att använda sig av ett samriskföretag inom ramen för en OPS innebär alltså att man skapar en enhet som ägs gemensamt av den offentliga och den privata partnern. Det gemensamma företaget har till uppgift att säkerställa leveransen av ett arbete eller en tjänst till gagn för allmänheten. Den offentliga parten kan i sin egenskap av aktieägare och genom tillsättandet av representanter i företagets beslutsfattande organ bibehålla en relativt hög grad av kontroll över företagets utveckling. Ett IOPP skapas antingen genom att ett offentligt och ett privat organ skapar en enhet som ägs gemensamt eller genom att den privata parten går in som ägare i ett befintligt och offentligt ägt företag. Det privata bidraget till ett IOPP består – förutom bidrag i form av kapital eller andra tillgångar – i

⁵² Se Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661 (05.02.2008), s. 7 f.

⁵³ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661 (05.02.2008), s. 9, samt mål C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*, p. 50.

att aktivt delta i driften av de kontrakt som tilldelas den offentliga och privata företag och/eller hanteringen av offentlig-privata företag. Det bakomliggande syftet med att tillskapa den här typen av samriskföretag är att privat kapital eller *know-how* tillförs för att tillgodose utförandet av en offentlig nytthet.

Vad gäller förändringar i ett avtal om IOPP gäller principiellt att ett IOPP måste hålla sig inom ramen för sitt ursprungliga syfte. Skulle den upphandlande myndigheten vilja ändra tilldelningsvillkor i efterhand, är den skyldig att ange en sådan möjlighet och villkoren för den i annonsen eller i förfrågningsunderlaget samt ange ramen för en sådan villkorsändring. Syftet är att de företag som är intresserade får kännedom om möjligheten och på så sätt står på jämställd fot när de ska utforma sina anbud.

2.5 Ersättning till privata samarbetspartner vid OPS

Eftersom en OPS inte bara syftar till att uppföra en byggnad eller anläggning utan även innebär att den privata leverantören under ett antal år ansvarar för den fortsatta driften och underhållet, är ett utmärkande drag att vid en OPS – till skillnad från traditionella entreprenader – att den upphandlande myndigheten inte erlägger ersättning vid byggnadens eller anläggningens färdigställande, utan att ersättningen erläggs fortlöpande under den period som avtalet avser. Det är också här som den ideologiska skiljelinjen mellan OPS och traditionella entreprenader blir tydligast, dvs. ska den upphandlande myndigheten ersätta projektet i och med att det är färdigställt, eller ska ersättningen periodiseras över hela avtalsperioden. Med andra ord, ska den upphandlande myndigheten själv låna upp pengar för att betala i dag eller är det leverantören som initialt ska stå för finansieringen för att den upphandlande myndigheten sedan gör fortlöpande avbetalningar under avtalsperioden.

Hur den upphandlande myndigheten väljer att ersätta leverantören vid en OPS är givetvis även beroende av vilken typ av projekt som avses, men i huvudsak används tre olika modeller: fastprisersättning, s.k. skuggavgifter eller skuggtullar samt brukaravgifter, där de två förstnämnda varianterna är skattefinansierade och erläggs av den upphandlande myndigheten.⁵⁴

⁵⁴ Se närmare Nilsson, *Nya vägar för infrastruktur; Offentlig-privat samverkan*, 2009, s. 46 f.

2.5.1 Fastprisersättning

En fastprisersättning utgår varje år under hela avtalstiden från den upphandlande myndigheten med ett i förväg fastställt belopp. En sådan ersättning kan ses som avbetalning på ett lån till leverantören eller som erläggandet av en hyra som vederlag för tillhandahållandet av anläggningen. Lite förenklat kan sägas att om avtalet löper över 25 år, motsvarar det årliga vederlaget en tjugofemtedel av kostnaderna för att uppföra, driva och underhålla byggnaden eller anläggningen. Ersättningen kan också kombineras med möjligheter till bonus vid särskilt goda resultat eller prisavdrag vid brister i villkorsuppfyllandet.

2.5.2 Skuggtullar

Skuggtullar eller skuggavgifter baseras också på en fortlöpande ersättning som den upphandlande myndigheten erlägger till leverantören. En sådan ersättning är direkt kopplad till antalet nyttjare av anläggningen. Om det t.ex. rör sig om ett vägprojekt kan således ersättningen kopplas till den faktiska mängden fordon som passerar och den kan således också komma att variera från år till år.

2.5.3 Brukaravgifter

En OPS där finansiering sker via brukaravgifter har vanligtvis formen av en koncession där leverantören inte får betalt för tillhandahållandet av en anläggning eller en tjänst av den upphandlande myndigheten. Leverantörens intäkter kommer i stället från rätten att få exploatera anläggningen eller tjänsten och vinsten blir därmed också beroende av i vilken utsträckning anläggningen eller tjänsten nyttjas av tredje man. Leverantören bär därmed också risken för att den produkt som levereras också blir ekonomiskt lönsam. Vinstmöjligheterna ska därför stå i proportion till den risk denne tar; ju större risk desto större vinstmöjligheter.

Man kan likna koncessionstanken vid den risk amerikanska advokater tar när de driver klienters krav på skadestånd och inte får betalt om de förlorar men får en rejäl provision om de vinner målet. I en OPS där beställaren är en kommun har ofta kommunen krav som begränsar leverantörens frihet att utforma produkten utifrån rent kommersiella hänsyn. Kommunen kan ställa krav på att t.ex. ett badhus som leverantören ska bygga och sedan driva ska vara riktat till allmänheten och inte bara vissa samhällsgrupper, att skolor och föreningar ska ha rätt att nyttja badhuset vissa tider, att avgifterna inte får vara för höga etc. Då kan det vara nödvändigt att kommunen också till-

skjuter ett bidrag, vilket inte måste innebära att avtalsförhållandet förlorar sin koncessionskaraktär så länge bidraget från kommunen inte är så stort att det så att säga eliminerar leverantörens risk.

2.6 Traditionella entreprenader

Det finns en mängd olika termer som beskriver olika entreprenadformer. Nedan beskrivs kortfattat de för framställningen mest intressanta huvudformerna, utförandeentreprenad och funktionsentreprenad.⁵⁵

2.6.1 *Utförandeentreprenad*

Utförandeentreprenad, eller generalentreprenad, utgör den traditionella upphandlingsformen, där den upphandlande myndigheten ansvarar för detaljprojektering och därefter upphandlar själva utförandet. Oftast upphandlas flera olika moment i projektet. Rör det sig om ett större projekt kan upphandlingen delas upp i flera led. Först genomför den upphandlande myndigheten en upphandling som syftar till att välja ut en projektör som mot bakgrund av den upphandlande myndighetens översiktiga beskrivning utför själva projekteringen, t.ex. avseende vilka saneringsarbeten som behöver göras, eventuella markförstärkningar, behovet och ändamålet med eventuella byggnader och anläggningar samt övriga arbetsmoment som är nödvändiga för att genomföra projektet. Projekteringen och däri ingående specifikationer ligger sedan till grund för den anbudsförfrågan som den upphandlande myndigheten gör för att kunna utse den entreprenör som ska tilldelas uppdraget att genomföra projektet.

2.6.2 *Totalentreprenad och funktionsentreprenad*

Vid en totalentreprenad upphandlar den upphandlande myndigheten en entreprenör som ansvarar för såväl detaljprojektering som byggande. Entreprenörens åtagande vad gäller projektering är ofta begränsat, uttryckt som ”styrd totalentreprenad” och ”utförandeentreprenad med konstruktionsansvar”.

En funktionsentreprenad – eller en funktionsentreprenad med helhetsåtagande – är i allt väsentligt en totalentreprenad men innefattar efter det att anläggningen tagits i bruk även ett underhållsåtagande, vanligen uttryckt som förlängd garantitid, vilket kan ses som ett steg mot ett livscykel-tän-

⁵⁵ För en utförlig beskrivning av olika entreprenadformer, se Höök, *Entreprenadjuridik*, 2008.

kande. En funktionsentreprenad innebär därför också ett förfarande som till sin karaktär ligger nära OPS och omfattar i likhet med en OPS såväl projektering och byggande som drift och underhåll, medan den stora skillnaden anses ligga vid ersättningen. Vid en funktionsentreprenad erläggs vederlaget för investeringen – i likhet med vad som gäller vid utförandeentreprenader – till leverantören när anläggningen färdigställts, medan leverantören vid en OPS initialt finansierar anläggningen för att sedan fortlöpande erhålla ersättning under avtalsperioden. Motivet för att använda en funktionsentreprenad anses ofta vara att kostnaden kommer att bli lägre än vid en OPS, eftersom den upphandlande myndigheten har möjlighet att låna pengar till en förmånligare ränta än vad en kommersiell aktör vanligtvis kan göra.

Det som entreprenören tillhandahåller kan alltså betraktas som en ”tjänst”, dvs. att projektera, bygga och sedan tillhandahålla infrastruktur under överenskommen tid. Det kan också förekomma avtal där en del av ersättningen även utbetalas under drifttiden och ersättningens storlek beror på kvalitén på den ”tjänst” som tillhandahålls. Om inte kontrakterade funktionskrav uppfylls, t.ex. om anläggningen inte har avsedd tillgänglighet, görs avdrag på ersättningen. En funktionsentreprenad kan i en sådan situation sägas ha de flesta av de egenskaper som vanligen tillskrivs ett OPS-projekt, i vart fall torde det vara funktionsentreprenader med ett helhetsåtagande som avses med den något intetsägande termen *PPP Light*.

Även om funktionsentreprenader inte är så frekvent använda finns det trots allt exempel på entreprenader som utformats som en funktionsentreprenad med ett helhetsåtagande. Ett sådant exempel är utbyggnaden av Norrortsleden norr om Stockholm. Upphandlingsförfarandet påbörjades i mars 2003, avtal tecknades med NCC i mars 2005 och leden togs därefter i bruk under 2008. Entreprenaden utformades som en nykonstruktion av en sju km lång mötesfri motortrafikled med en planerad byggtid på tre år samt ett drift- och underhållsåtagande under ytterligare 15 år. En fast ersättning erlades till entreprenören i samband med färdigställandet av vägen, medan drift- och underhållskostnaderna ersätts fortlöpande med ett indexreglerat fast pris – med ett eventuellt avdrag för det fall att funktionen skulle visa sig ha brister.

De krav som uppställs på den färdiga vägens egenskaper är i huvudsak utformade som detaljerade beskrivningar av de egenskaper som den färdiga anläggningen bör ha. Det centrala är därför att varje funktionskrav ska vara mätbart. Man har därmed försökt nå en rimlig riskfördelning mellan parterna och utföraren ersätts enligt avtalet. Av avtalet framgår också de gemensamma mål som överenskommit mellan parterna samt hur eventuella kon-

flikter mellan dem ska hanteras. Genom att välja en funktionsupphandling med ett helhetsåtagande har Vägverket bedömt att nettoeffekten för projektet – totalkostnaden beräknades uppgå till 573 miljoner kr – till följd av den flexibilitet som funktionsupphandlingen innebar samt riskfördelningen mellan parterna blev sju procent lägre än om projektet utformats som en traditionell utförandeentreprenad.⁵⁶

2.7 Exempel på OPS avseende infrastruktursatsningar

Med den terminologi och de definitioner som används på OPS står det klart att det vad gäller infrastruktursatsningar endast rör sig om ett fåtal sådana projekt i Sverige där staten ingått ett samarbete med privata intressenter.

2.7.1 Arlandabanan med flera infrastruktursatsningar

Vad gäller infrastruktursatsningar brukar det framhållas att det i Sverige endast finns en OPS; Arlandabanan, dvs. delar av de järnvägsspår som byggdes för att transportera flygresenärer mellan Stockholm central och Arlanda flygplats. Efter genomförd upphandling tecknades 1994 ett avtal mellan staten och ett konsortium bestående av svenska, brittiska och franska företag, Arlanda Link Consortium, ALC. Konsortiet bildade därefter bolaget A-Train AB. Avtalet är konstruerat som en koncession där konsortiet finansierade och byggde järnvägen mot en ensamrätt för A-Train AB att driva verksamheten under 45 år, dvs. till 2040, med en option till förlängning om ytterligare tio år. Järnvägen som sådan överlämnades till staten när den var färdigbyggd men arrenderas av operatören, medan tågen ägs av operatören som också sköter trafiken. Företaget har enligt avtalet rätt att köra upp till sex dubbelturer per timme mellan Centralstationen och de två stationer på Arlanda flygplats som A-Train trafikerar. Bolaget har även fria händer att sätta pris på tågbiljetterna. A-Train AB har också rätt till ersättning från andra trafikoperatörer som bedriver kompletterande eller konkurrerande trafik till och från Arlanda station, dvs. den station på Arlanda som trafikeras av regionalstågen.⁵⁷

Två tredjedelar av investeringskostnaderna finansierades av konsortiet medan en tredjedel bestod i ett s.k. villkorlån från staten. Till följd av att

⁵⁶ Se närmare Nilsson, *Nya vägar för infrastruktur; Offentlig-privat samverkan*, 2009, s. 41–45.

⁵⁷ Se även Nilsson, *Nya vägar för infrastruktur; Offentlig-privat samverkan*, 2009, s. 49–55.

projektet finansieras genom biljettintäkter bär A-Train enligt avtalet all intäktsrisk och huvuddelen av kostnadsrisken. Flera faktorer har påverkat de prognoser om antalet resenärer som gjordes i början av 1990-talet negativt och det har därför varit svårt att nå lönsamhet i verksamheten, även om A-Train AB sedan år 2005 trots allt kunnat uppvisa ett överskott. Det har framhållits att Arlandabanan lyft en stor kostnadsbörda från den offentliga sektorn och man därigenom minskat de samhällsekonomiska kostnaderna i förhållande till om verksamheten skulle ha skattefinansierats.

ALC sålde i januari 2004 A-Train till Macquarie Group, en australisk investmentbank som specialiserat sig på den här typen av infrastrukturprojekt och som bedriver liknande verksamheter på en mängd olika platser i världen.

Det finns även skäl att peka på de förslag till OPS-projekt som lämnades av Vägverket, Banverket samt Statens väg- och transportforskningsinstitut, VTI, under 2007.⁵⁸ Dessa myndigheter äskade hos näringsdepartementet om att få finansiera fyra vägar och fyra järnvägsträckor med privata medel inom ramen för en OPS. Tanken var att privata företag skall bygga och sköta driften av vägar eller järnvägar och att staten sedan skulle hyra vägen av företaget under ett bestämt antal år.

De fyra mest prioriterade järnvägslinjer som fanns i förslaget var sträckan Mölnlycke–Bollebygd; Ostlänken, dvs. sträckan Linköping–Södertälje samt förgreningen ned till Oxelösund; Norrbotniabanan, dvs. sträckan Umeå–Luleå; samt delar av Simrishamnsbanan, närmare bestämt sträckan Malmö–Dalby. Vidare föreslogs också kombiterminaler och anslutningar till hamnar vara sådana prioriterade projekt. Därutöver fanns ytterligare åtta järnvägslinjer på önskelistan. För dessa projekt föreslogs emellertid regional medfinansiering.

De fyra mest prioriterade vägsträckor som fanns i förslaget var Sundsvall Syd, dvs. den nya dragningen av E4 förbi Sundsvall; E22 Hurva–Kristianstad; Riksväg 50 Motala–Mjölby; samt Södertörnsleden söder om Stockholm. Dessa projekt bedömdes röra investeringskostnader i storleksordningen 1,1 till 2,5 miljarder kr.

Därutöver fanns även ytterligare åtta vägsträckor på önskelistan, bl.a. det s.k. Umepaketet (E4 och E12). Det anfördes dock att dessa projekt till viss del skulle kunna komma att utformas som regionala medfinansieringsprojekt.

⁵⁸ Banverket, VTI & Vägverket, En svensk modell för offentlig-privat samverkan vid infrastrukturinvesteringar, 2007.

2. Offentlig-privata samarbeten – begrepp och bakgrund

Banverket och Vägverket skissade även på tre olika ersättningsmöjligheter vid de föreslagna OPS-projekten: skattefinansiering, brukaravgifter/vägtullar⁵⁹ samt intressentfinansiering.⁶⁰ Det huvudalternativ som Banverket och Vägverket förespråkade var skattefinansiering, även om brukaravgifter skulle kunna användas i vissa speciella fall. I de av regeringen i januari 2008 presenterade riktlinjerna rörande infrastrukturpolitiken för de närmaste åren saknades emellertid beslut om de föreslagna OPS-projekten. Skälet uppgavs vara att staten ansåg sig kunna låna kapital på förmånligare villkor än privata aktörer och att OPS-lösningar generellt sett binder upp offentliga medel för en lång tid framöver.

2.7.2 Öresundsbron – en OPS?

Öresundsbron framhålls ibland som ett exempel på OPS, men det får anses vara tveksamt om det i sig storslagna projektet egentligen går att hänföra till ett samarbete mellan offentliga och privata parter.

Den danska och svenska regeringen tecknade i mars 1991 ett avtal om en fast förbindelse över Öresund. Avtalet godkändes av den svenska riksdagen i juni och av det danska folketinget i augusti samma år. I januari 1992 bildades Øresundsbro Konsortiet genom ett konsortialavtal mellan A/S Øresundsforbindelsen och Svensk-Danska Broförbindelsen SVEDAB AB, som innebär att bolaget ägs till hälften av danska staten och till hälften av svenska staten. SVEDAB ägs av den svenska staten (genom näringsdepartementet) genom Vägverket och Banverket (50 procent vardera) medan A/S Øresund ägs till 100 procent av Sund og Bælt Holding A/S som i sin tur ägs av den danska staten (genom Trafikministeriet). Øresundsbro Konsortiets huvuduppgift är att äga och driva Øresundsbron så att de lån som finansierat byggandet och den inledande driftsperioden kan återbetalas. Øresundsbro Konsortiet har en självständig styrelse och ledning. Styrelsen består av åtta medlemmar där

⁵⁹ Dvs. en motsvarande lösning som gäller för Arlanda Express, Öresundsbron eller det system med "bompengar" som finns i Norge. Problemen uppstår då för det fall att det finns alternativa vägar eller transportmöjligheter – uppfattas priset vara för högt väljer resenärerna andra alternativ, t.ex. längre resväg på avgiftsfria vägar eller att ta bilen i stället för tåget. Det sistnämnda kan möjligen vara ett problem vad gäller att locka privata finansörer, men annars torde väl det vara ett gyllene exempel på en väl fungerande konkurrenssättning.

⁶⁰ T.ex. om en viss fastighetsägare eller en industri har ett så stort intresse i en förbättrad infrastruktur att den är beredd att finansiera hela eller delar av den. Sådana exempel återfinns bl.a. avseende delar av tunnelbanenätet i Köpenhamn och vad gäller vissa bussterminaler i Helsingfors. Det rör sig alltså i dessa fall om olika typer av avtalslösningar mellan parterna, vanligen olika typer av exploaterings- eller genomförandavtal.

SVEDAB AB och A/S Øresund utser fyra styrelsemedlemmar var. Styrelsearbetet leds av en ordförande och Sverige och Danmark ska växelvis vartannat år nominera ordförande och vice ordförande. Den dagliga verksamheten leds av en verkställande direktör. Ägarförhållandena för Øresundsbro Konsortiet finns närmare beskrivna i det svensk-danska regeringsavtalet från 1991 samt i det konsortialavtal som ingåtts mellan SVEDAB AB och A/S Øresund.

Øresundsbron binder samman Själland och Skåne med motorväg och järnväg. Förbindelsen är cirka 16 km lång och består av tre delar: en 3 510 meter lång sänktunnel mellan en konstgjord halvö i Kastrop i Danmark och den konstgjorda ön Peberholm; den 4 055 meter långa ön Peberholm, som binder samman tunneln och bron; och en 7 845 meter lång bro mellan Peberholm och Lernacken söder om Malmö. Högbrodelen är världens längsta snedkabelbro för både motorväg och järnväg.

I juli 1995 skrev Øresundsbro Konsortiets kontrakt med Øresund Tunnel Contractors – ett konsortium bestående av svenska, franska, brittiska, danska och holländska företag – om att bygga sänktunneln med plats för motorväg med två körfält i vardera riktningen och en dubbelspårig järnväg samt en servicetunnel. Kontraktet är värt 3,8 miljarder DKK. Samma dag skrivs kontrakt med Øresund Marine Joint Venture – ett konsortium bestående av danska, holländska och amerikanska företag – om muddringsarbeten och uppbyggnad av den konstgjorda ön. Detta kontrakt var värt 1,4 miljarder DKK. I slutet av november samma år skrivs avslutningsvis kontrakt med Sundlink Contractors – ett konsortium bestående av svenska, danska och tyska företag – om att bygga högbron och de två anslutningsbroarna i två plan med motorvägen i det övre planet och järnvägen i det undre. Kontraktet var värt 6,3 miljarder DKK. I mars 2000 överlämnades bron till Øresundsbro Konsortiet av entreprenören Sundlink Contractors och i april överlämnades tunneln och den konstgjorda ön Peberholm av entreprenörerna Øresund Tunnel Contractors och Øresund Marine Joint Venture. Bron invigdes officiellt den 1 juli 2000. Den totala kostnaden för att bygga Øresundsbron uppgick till omkring 20 miljarder danska kronor, vilket finansieras med hjälp av lån på den in- och utländska kapitalmarknaden. Lånen betalas tillbaka efterhand genom intäkter som kommer från de avgifter som kunderna betalar för att passera bron.⁶¹

⁶¹ Se närmare <http://osb.oeresundsbron.dk>.

Øresundsbro Konsortiet kan sägas vara ett infrastruktursamarbete mellan Sverige och Danmark i form av ett *joint venture* och ett exempel på en byggkoncession, men så mycket offentlig-privat samverkan är det inte fråga om.⁶²

2.8 Exempel på OPS på kommunal eller regional nivå

Inte heller inom kommuner och regioner är det speciellt vanligt med renodlade OPS-projekt i Sverige – i vart fall inte projekt som brukar definieras eller uppfattas som OPS, även om ett stort antal av de genomförandeavtal som sluts i praktiken torde vara det. Det finns dock exempel på avtal som definieras som OPS.

2.8.1 Karolinska sjukhuset

Stockholms läns landsting beslutade i juni 2008 att bygga en ny sjukhusbyggnad i anslutning till Karolinska Institutet – Nya Karolinska Solna – som en OPS. Den arkitekttävling som genomfördes ledde till att landstingsstyrelsen i augusti 2006 fattade beslut om vilket förslag – Forum Karolinska – som skulle ligga till grund för den fortsatta planeringen. Projektkostnaden får uppgå till maximalt 14,1 miljarder kr, sjukhuset ska ha en yta om 335 000 kvadratmeter och ska vara klart för inflyttning i december 2015. Syftet är att det nya universitetssjukhuset ska bedriva vård, forskning och utbildning av yppersta kvalitet. Genom en OPS är tanken att man ska hitta optimala förutsättningar för fastighetsinvestering, fastighetsförvaltning och service-tjänster.⁶³

Projektet ska upphandlas genom ett förhandlat förfarande och kontraktstiden ska uppgå till 30 år från det att anläggningen färdigställts. Projektet innehåller flera stora moment och ett antal olika frågor, men i grova drag gäller att den upphandlande myndigheten utformar de funktionella krav som man önskar ställa på anläggningen samt ansvar för plan- och byggfrågor bereds på ett erforderligt sätt och att nödvändiga tillstånd erhålls. Det konsortium som tilldelas kontraktet ska bilda ett bolag som bygger, finansierar, äger och förvaltar den färdiga anläggningen samt under kontraktstiden ansvarar för drift- och underhåll. Bolaget kan i sin tur upphandla under-

⁶² Se även Gorton, Några juridiska spörsmål i anslutning till Øresundsbroprojektet, 2000, s. 87–106.

⁶³ Se Nilsson, Nya vägar för infrastruktur; Offentlig-privat samverkan, 2009, s. 56–60.

entreprenörer som ansvarar för de olika delarna i kontraktet. Landstinget kommer under den tid kontraktet löper att erlägga ersättning för de tjänster bolaget tillhandahåller och efter avtalstidens slut övergår äganderätten av anläggningen till landstinget.

2.8.2 *Simhallar m.m.*

Såväl Sollefteå kommun som Tyresö kommun har valt OPS vid upphandlandet av nya simhallar. Sollefteå kommun valde att använda sig av det i svensk rätt ännu inte implementerade förfarandet konkurrenspräglad dialog i sin upphandling av en byggkoncession avseende projektering, byggnation och drift av en friskvårdsanläggning med simhall i Sollefteå tätort.⁶⁴ Av det beskrivande dokumentet framgår att motivet för att använda sig av en byggkoncession bl.a. är att flytta affärsriskerna till leverantörerna och att kunna lägga ut ett helhetsansvar för både byggande, finansiering och drift på experter inom området mot en årlig ersättning från kommunen. Skälet för att använda den konkurrenspräglade dialogen är dels att den anses vara anpassad för OPS, dels för att upphandlingen avser en byggkoncession, vilket möjliggör en mer flexibel upphandling än vanliga entreprenadkontrakt.

Kommunen ställer som krav att anläggningen ska inkludera en 25-metersbassäng samt att anläggningen skall dimensioneras för ca 140 000 besök om året. I övrigt är leverantören fri att föreslå innehåll och utförande. Kommunen anger vidare att byggkoncession är ett kontrakt av samma slag som ett byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att leverantörens ersättning består i rätten att under en längre tid få exploatera anläggningen alternativt dels en sådan rätt, dels betalning. Såväl byggnation som drift anges huvudsakligen komma att finansieras genom intäkter från andra än kommunen, främst besökarna. Kommun uppställer dock vissa krav vad gäller öppettider och prisnivåer och förbehåller sig även rätten att reservera tid i simhallen för skolor och föreningar. Kommunen är därför beredd att betala ett årligt bidrag till leverantören. Bidragets storlek är ett av två kriterier som utvärderas i anbudsprövningen.

Som ett kvalificeringskrav anger kommunen att leverantören bl.a. ska ha en stabil finansiell och ekonomisk ställning, att leverantören ska ha dokumenterade resurser, kompetens och relevant erfarenhet, samt att leverantören ska ge exempel på att denne under de senaste fem åren har byggt simhallar,

⁶⁴ Sollefteås upphandling är efter drygt två år inne i slutfasen och tilldelningsbeslut förväntas bli fattat under 2010, varför sekretess fortfarande råder. Redogörelsen bygger därför på annons och beskrivande dokument.

friskvårdsanläggningar eller andra anläggningar för idrott eller rekreation. Vidare anges att kommunen kommer att bjuda in samtliga sökanden som uppfyller kvalificeringskraven och att dialogen kommer att bedrivas i successiva steg, vilket innebär att antalet leverantörer som deltar i dialogen successivt kan komma att reduceras.

Vad gäller utvärderingskriterierna anges att kommunen kommer att göra en helhetsbedömning av den lösning som leverantören erbjuder. I bedömningen kommer kommunen att bedöma utformning och innehåll i friskvårdsaktiviteter och övrigt utbud, hur leverantören kommer att finansiera byggnation och drift, hur troligt det är att anläggningen kommer att bli ekonomiskt bärkraftig samt åtgärder för att hålla nere underhålls- och energikostnader (*life cycle*). Vidare anges att kommunen avser att bidra ekonomiskt till anläggningen med ett så litet bidrag som möjligt, dels för att hålla nere sina egna kostnader, dels därför att reglerna om byggkoncession kräver att leverantören huvudsakligen finansierar både byggnation och drift av anläggningen genom andra intäkter.

Under rubriken utvärderingsmodell anges att kommunen kommer att betygssätta utförandet enligt en betygsskala från noll till tio. Det eller de anbud som erbjuder det bästa utförandet får betyget tio vilket ger noll procent i påslag på det årliga bidrag som leverantören begär. Övriga anbud får 15 procents påslag på det årliga bidrag som anbudsgivaren begär för varje betygsteg under tio. Anbud som får betyget fem eller lägre för utförande kan komma att förkastas. Anbud med det lägsta justerade bidraget antas. En förutsättning för avtal är dock att det finns anbud som i och för sig är godtagbara bl.a. med tanke på kommunens ekonomiska förutsättningar. Finner kommunen att projektet skulle bli för dyrt eller de förslag som lämnas inte är intressanta av andra skäl kommer kommunen att avbryta upphandlingen. Ett beslut att avbryta upphandlingen kommer naturligtvis ges en utförlig motivering.

Även Tyresö kommun har valt att ersätta den befintliga simhallen med en ny anläggning för bad och simning med tillhörande upplevelse- och rekreativmöjligheter genom en OPS som ska upphandlas med hjälp av en konkurrenspräglad dialog.⁶⁵ Kommunens avsikt med upphandlingen är att träffa avtal om en långsiktig byggkoncession där kommunen har ett antal baskrav på den nya anläggningen och de tjänster som där ska kunna tillhandahållas kommunen mot avtalad ersättning. I övrigt är leverantören fri att föreslå innehåll och utförande. Kommunen anger i det beskrivande dokumentet att

⁶⁵ Se Tyresö kommun, Beskrivande dokument, Badanläggning, dnr 2007-KS158, samt bilaga Grundkrav.

den kommer att fästa stor vikt vid anläggningens attraktionskraft samt anläggningens yttre gestaltning. Den entreprenör som vinner upphandlingen förutsätts själv, eller i partnerskap, finansiera och uppföra den nya anläggningen.

Definitionen av byggkoncessioner, motiveringen till varför man valt att använda sig av en konkurrenspräglad dialog samt uppräknningen av kvalificeringskrav är identisk med vad som gäller för Sollefteå kommun. Kommunen anger härvid även att den kommer att följa reglerna om konkurrenspräglad dialog i det Klassiska direktivet (2004/18/EG) och även i övrigt vinnlägga sig om att genomföra upphandlingen på ett sätt som säkerställer leverantörernas rätt till likabehandling, transparens och proportionalitet. Vidare följer en uppräknning av detaljerade kvalitetskriterier, bl.a. avseende anläggningens funktionalitet för tjänster till kommunen, kvalitet och ändamålsenlighet på tjänster till kommunen, extern gestaltning (efter eventuell komplettering) och kommersiellt serviceutbud samt hur kvalitetskriterierna kommer att bedömas. En intresseanmälan om att delta i den konkurrenspräglade dialogen skulle vara kommunen tillhanda den 22 november 2007. Tilldelningsbeslutet fattades i november 2009 där ett privat bolag gavs rätt att under 25 år, med möjlighet till förlängning i ytterligare fem år, äga, driva och ansvara för bygget av badanläggningen. Anläggningskostnaden är beräknad till 155 miljoner kronor och kommunen erlägger ca 14 miljoner kronor per år som betalning för ett antal grundtjänster, medan den privata parten disponerar övrig tid.⁶⁶

I sammanhanget bör påpekas att Tyresö redan 2006 slöt ett avtal om OPS avseende ett gruppboende för äldre i kommunen. Anläggningen inrymmer 52 lägenheter, varav kommunen under en tioårsperiod kommer att hyra 25 lägenheter. Avtalet ger också möjlighet för kommunen att årligen utöka med ytterligare fem lägenheter i takt med att behovet av platser för särskilt boende ökar. Kontraktsvärdet under tioårsperioden beräknades uppgå till mellan 150 och 250 miljoner kronor beroende på i vilken utsträckning kommunen väljer att utöka antalet placeringar utöver de första 25 platserna. Det finns dessutom en möjlighet att förlänga avtalet med ytterligare fem år. De platser som Tyresö kommun inte utnyttjar kommer den privata parten att erbjuda andra kommuner för placering av äldre med omvårdnadsbehov.

Den upphandlingsmodell som kommunen valde innebär att vårdgivaren svarar för finansiering, byggande, ägande och drift av det nya äldreboendet.

⁶⁶ Se <http://www.idg.se/2.1085/1.268321/tyreso-valjer-simhallsbolaget>.

Anbudsgivarna hade stor frihet att utforma sina förslag utifrån egna erfarenheter av att driva andra äldreboenden samtidigt som kommunen förbehöll sig full tillsyn över och full insyn i verksamheten.

2.8.3 Finns det exempel på IOPP i Sverige?

Som framgått ovan finns det – även om de i vissa fall inte benämns som OPS – exempel på kontraktuell OPS i Sverige. Vad gäller IOPP är det emellertid svårare att hitta konkreta exempel. Som ett exempel kan möjligen nämnas de planer Södertälje kommun har att bilda ett gemensamt bolag med byggbolaget PEAB för att bl.a. skapa lärlingsplatser och arbete åt arbetslösa.

Våren 2009 tecknade det kommunala bolaget Telge och Peab en avsiktsförklaring, ett s.k. *Letter of intent*, med avsikten att bilda ett gemensamt byggföretag, Peab Telge, där Telge föreslås äga 49 procent av aktierna, medan Peab kommer att äga 51 procent. Den 6 oktober 2009 beslutade koncernstyrelsen om inriktningen att starta ett byggbolag med Peab. Syftet är att ge arbetslösa Södertäljebor, försörjningsstödstagare och flyktingar en möjlighet till utbildning, praktik och arbete samtidigt som företaget bygger bostäder i Södertälje på marknadsekonomiska grunder. Det anfördes att Södertäljes situation är extraordinär, med en hög arbetslöshet och en stor andel flyktingar samtidigt som det finns en stor efterfrågan på bostäder i kombination med få eller inga byggherrar som har för avsikt att uppföra nya lägenheter. Affärsidén är att Peab Telge ska bygga bostäder med hjälp av personer som idag står utanför arbetsmarknaden.⁶⁷ Dessa bostäder ska inte förvaltas av bolaget utan säljas vidare antingen som bostadsrätter eller till ett förvaltningsbolag som hyresrätter. Som skäl för att välja Peab som samarbetspartner anføres att Peab redan äger en fastighet i Södertälje där bostäder skulle kunna byggas relativt omgående.⁶⁸

Det framhålls att bolaget inte ska utföra byggnationerna för kommunens eller det kommunala bolagets räkning eller att någon form av subventionering från kommunen kommer att ske. Det är emellertid viktigt att påminna om det tolkningsmeddelande Kommissionen meddelat om hur en offentlig myndighet ska förfara när den tillsammans med en privat partner vill starta ett bolag som ska utföra en tjänst åt det offentliga. Enligt tolkningsmedde-

⁶⁷ Kommunen har i samband härmed även tagit initiativ till att bilda bolaget Telge Manpower jobbstart.

⁶⁸ Se Södertälje kommun, tjänsteskrivelse 2009-10-10, Dnr KS09/384.

landet ska både valet av den privata partnern och den tjänst som ska utföras för att leva upp till principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet samt ömsesidigt erkännande upphandlas enligt de EU-rättsliga bestämmelserna. Det är dock möjligt att anskaffa både den privata partnern och tjänsten i en och samma offentliga upphandling.⁶⁹

Även om olika typer av samarbetsavtal mellan kommuner och privata företag mycket väl kan utgöra framgångsrecept i olika situationer måste avtalen först konkurrensutsättas enligt gällande lagstiftning. Det avtal som kommer att tecknas mellan Södertälje kommun och PEAB förefaller utgöra typexempel på avtal som inte lagligen kan tecknas utan föregående konkurrensutsättning.

Som andra exempel på när en kommun eller ett kommunalt bolag äger ett bolag tillsammans med en privat aktör kan nämnas Haparanda – Bottenvikens Reningsverk AB⁷⁰ och SEKAB.⁷¹ Det får dock anses vara tveksamt om det sistnämnda faller in under definitionen för ett IOPP.

⁶⁹ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661 (05.02.2008).

⁷⁰ Se <http://www.skl.se/artikeldokument.asp?C=497&A=15170&FileID=100312&NAME=OffentligtPrivatPartnerskap.pdf>, s. 9–10.

⁷¹ Se <http://www.sekab.com/default.asp?id=1481&refid=1435>.

3 Kommunernas möjligheter att delta som part i OPS

3.1 Kommunernas ansvar för att tillhandahålla samhällelig service

För att sätta in OPS i en svensk kontext och för att beskriva de incitament som kan finnas för att ingå i den typen av samarbeten är det av vikt att kort redogöra för kommunernas ansvar för att tillgodose samhälleliga behov, deras möjligheter att själva organisera sin verksamhet och deras möjligheter att lösa dessa behov med hjälp av privata parter.

Svenska kommuners utveckling hänger i stor utsträckning ihop med välfärdssamhällets framväxt. Framför allt från 1940-talet, då folkhemstanken började realiseras, har kommunerna haft en nyckelroll vad gäller samhällelig service. Från 1940-talet och fram till 1980-talet växte svenska kommuner kraftigt för att kunna genomföra den välfärdspolitik som formades nationellt. Kommunsammanslagningarna på 1950-talet respektive 1970-talet gjordes för att skapa funktionsdugliga förvaltningsenheter som skulle kunna genomföra de reformer som ingick i den framväxande nationellt präglade välfärden.¹ Sammantaget har primärkommunerna ansvar för ungefär hälften av den offentliga sektorn i ekonomiska termer mätt.

Svenska kommuner kan alltså betraktas som genomförare av en sammanhållen välfärdspolitik. Den statliga regleringen av kommuners organisation luckrades upp i samband med 1991 års kommunallag. Syftet med kommunallagsförändringen var bl.a. att ge kommunerna större frihet så att de skulle kunna utforma verksamheten på ett så effektivt sätt som möjligt utifrån de lokala förutsättningarna. På så sätt förväntas den kommunala verksamheten kunna åstadkomma en likvärdig samhällsservice, samtidigt som samhällsorganisationen präglas av lokal demokratisk legitimitet och en närhet mellan beslutsfattare och medborgare.²

¹ Se Ekström von Essen, Folkhemmets kommun; Socialdemokratiska idéer om lokalsamhället 1939–1952, 2003.

² SOU 2003:123, s. 9.

3.2 Den kommunala självstyrelsen

En fråga som i praktiken stundtals vållar problem är var gränsen går mellan möjligheten att inom ramen för den lokala demokratin fatta självständiga beslut och de skyldigheter som ålagts kommunerna med stöd av lag. Lokalt självstyre har i en eller annan form funnits i Sverige så långt bakåt som vi kan komma i skrivna källor. Även om regleringen av de kommuner vi har idag har sin grund i 1862 års kommunalförordningar har synen på kommunernas möjligheter till självbestämmande och vilka uppgifter de ska ombesörja över tid förändrats.

I 1 kap. 1 § 1 st. Regeringsformen stadgas att all offentlig makt i Sverige utgår från folket. Den svenska folkstyrelsen bygger på den fria åsiktsbildningen och allmän och lika rösträtt. Den förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statskick och genom kommunal självstyrelse. Bestämmelsen utgör emellertid endast en principiell utgångspunkt medan 8 kap. 5 § Regeringsformen stadgar att grunderna för ändringar i rikets indelning i kommuner samt grunderna för kommunernas organisations- och verksamhetsformer och för den kommunala beskattningsrätten bestäms i lag, i likhet med föreskrifter om kommunernas befogenheter i övrigt och om deras åligganden.³ Man skulle därför kunna säga att kommunal självstyrelse i Sverige i stor utsträckning är en funktion för att realisera demokratin. Hur den funktionen och hur kommunerna ska utformas avgörs enligt 1 kap. 4 § Regeringsformen av riksdagen genom lagstiftning. Det är i sammanhanget av central betydelse att framhålla legalitetsprincipen såsom den följer av 1 kap. 1 § 3 st. Regeringsformen, nämligen att det offentliga beslutsfattandet alltid måste ske i enlighet med gällande lagstiftning.

Förhållandet mellan staten och den kommunala självstyrelsen präglas av en helhetssyn och staten och kommunerna samverkar på skilda områden och i olika former för att uppnå gemensamma mål och arbets- och befogenhetsfördelningen mellan stat och kommun förändras därför också i takt med samhällsutvecklingen. Även i motiven till kommunallagen framhålls att den kommunala självstyrelsen i grunden handlar om en princip för relationen mellan staten och den kommunala nivån och att den aldrig kan vara total.⁴ Regeringsformen ger alltså stöd för att riksdagen genom lag bestämmer grunderna för kommunernas och landstingens organisation, deras verksamhetsformer samt för den kommunala beskattningen.⁵ Ansvarsfördelningen mellan upp-

³ Se även prop. 1973:90, s. 231.

⁴ Se prop. 1990/91:117, s. 23.

⁵ Se Gustafsson, *Kommunal självstyrelse*, 1999, s. 18.

gifterna är dock mycket flexibel och växlar över tid. Även om det är kommunerna och landstingen som ansvarar för skötseln av vissa verksamhetsområden så är det dock riksdagen som genom lagstiftning drar upp riktlinjerna för verksamheten – ibland genom ganska detaljerade föreskrifter.

Europarådet antog den 15 oktober 1985 en konvention om kommunal självstyrelse som är ratificerad av de flesta av Europarådets medlemsstater.⁶ Konventionen är dock inte bindande för signatärmakterna och innehåller heller inga stadganden om sanktioner. Sverige anslöt sig till konventionen 1989. Vid ratificeringen gjordes bedömningen att det inte behövdes några ändringar i den svenska lagstiftningen.⁷

Den närmare innebörden av den kommunala självstyrelsen är dock något undanglidande och så som bestämmelserna i Regeringsformen är utformade synes det ytterst vara riksdagen som sätter gränserna för det kommunala självbestämmandet. Samtidigt är föreställningen om kommunal självstyrelse en levande realitet i svenskt samhällsliv. I Grundlagsutredningens betänkande om en reformerad grundlag föreslås att kommunerna ges ett eget kapitel i Regeringsformen, där det framgår att kommunerna sköter lokala och regionala angelägenheter på den kommunala självstyrelsens grund. Det framgår vidare att de närmare bestämmelserna om dessa uppgifter ges i lag, men att en inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte bör gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den. Några tydliga riktlinjer för förhållandet mellan stat och kommun eller för den kommunala självstyrelsens innebörd finns dock inte.⁸

3.3 Den kommunala kompetensen

Kommunen kan i egenskap av självständig juridisk person ingå avtal med såväl andra juridiska personer som enskilda individer, anställa personal, äga fast och lös egendom samt uppträda som part i allmän domstol. Även om vissa likheter finns är dock kommunerna på ett flertal sätt säregna juridiska personer som skiljer sig från vanliga privaträttsliga subjekt, då kommunalrättsliga regler i vissa fall kan komplicera avtalsrelationen. Först och främst har den kommunala existensen ett konstitutionellt stöd, men även de kommunala befogenheterna är till stor del lagreglerade – antingen enligt kommunallagen eller enligt speciallagstiftning.

⁶ De länder som inte ratificerat konventionen är Andorra, Monaco och San Marino.

⁷ Se prop. 1988/89:119 samt Gustafsson, *Kommunal självstyrelse*, 1999, s. 46 ff.

⁸ Se SOU 2008:125, s. 97 och s. 537 ff.

När det gäller kommunens kompetens skiljer man i regel mellan allmän kompetens och speciell kompetens.⁹ Den allmänna kompetensen grundar sig på de allmänna kompetensregler som finns i kommunallagen, medan den speciella kompetensen utgår från de åligganden som stadgas i speciallagstiftning. Gränserna för den kommunala kompetensen är i stor utsträckning dragna genom en omfattande rättspraxis rörande laglighetsprövning av kommunala beslut. Besvär över beslut som fattats med stöd av speciallagstiftning överklagas i regel enligt reglerna rörande förvaltningsbesvär i förvaltningslag (1986:223) och även här är praxis av stor vikt när det gäller att dra gränserna för kommunens handlingsfrihet.

I 2 kap. 1 § kommunallagen uttrycks den kommunala kompetensen som att en kommun eller landstingskommun har rätt att själv vårda angelägenheter som har anknytning till dess område och som inte ska skötas av staten eller någon annan. Kommunen får med andra ord inte handha annan tillkommande verksamhet. Övriga faktorer av vikt är allmänintresset, förbudet mot understöd till enskilda samt lokaliseringsprincipen. Allmänintresset eller intresseprincipen är i sig ett ganska vagt kriterium på vad kommunala angelägenheter innebär och det är svårt att, innan RegR slutligen avgjort ett visst ärende, uttala sig om vilka verksamheter som faller inom allmänintresset och därmed i vilken utsträckning avtal kan ingås. I korthet kan sägas att en beslutad åtgärd, för att vara kompetenslig, ska tillgodose ett utifrån samhällseliga synpunkter till kommunen knutet allmänt intresse. Lokaliseringsprincipen innebär att kommunens angelägenheter ska ha anknytning till den egna kommunens område eller till kommunmedlemmarna.¹⁰

Den allmänna kompetensbestämmelsen i 2 kap. 1 § kommunallagen innefattar bl.a. ett principiellt förbud mot att ge understöd, andra typer av vederlagsfria prestationer eller eftergifter till enskilda individer, om inte kommunen eller landstinget enligt lag har skyldighet att göra en sådan prestation eller på någon särskild kommunalrättslig grund har rätt att göra så. Orsaken är att det vanligtvis inte kan anses vara av allmänt intresse att sådant understöd lämnas.

⁹ Se närmare bl.a. prop. 1990/91:117, Marcusson, Mot en ny kommunalrätt, 1992, Warnling-Nerep, Kommuners lag- och domstolstrots, 1995, Bohlin, Kommunalrättens grunder, 2007, Lindquist, Kommunala befogenheter, 2005, Kommunallagen; kommentarer och praxis, 2006, samt de rättsfall som redovisas i dessa arbeten.

¹⁰ RegR fann t.ex. i RÅ 2003 ref. 98 att den kommunala kompetensen överskridits då en kommun deltagit i en anbudsgivning om ambulanstransporter, eftersom en sådan uppgift åvilade landstinget. Numera är däremot kommunerna kompetenta att engagera sig i dylik verksamhet med stöd av lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.

3.3.1 Kommunernas möjligheter att bedriva näringsverksamhet

För att en kommun ska vara kompetent att engagera sig på näringslivets område krävs inte endast att de villkor som följer av 2 kap. 1 § kommunallagen är uppfyllda, kommunen måste också beakta regleringen i 2 kap. 7 §. Kommunen får därför endast driva viss näringsverksamhet om verksamheten syftar till att tillhandahålla kommunmedlemmarna allmännyttiga anläggningar eller tjänster. Utgångspunkten är också att sådan verksamhet, i likhet med vad som gäller ifråga om annan kommunal verksamhet, ska tillhandahållas med beaktande av den självkostnadsprincip som följer av 8 kap. 3 c § kommunallagen. Med andra ord får inte en kommun driva affärsföretag i vinstsyfte, varför 2 kap. 7 § kommunallagen vanligtvis anses ge uttryck för ett förbud för kommunerna att engagera sig i spekulativ verksamhet – vilket dock inte utesluter att verksamheten planeras med en viss osäkerhetsmarginal, där följderna kan bli ett mindre överskott.¹¹

Förbudet mot att bedriva spekulativ verksamhet hindrar inte heller kommunerna från att bedriva verksamhet i egen regi, genom kommunala bolag eller genom olika typer av samverkan med enskilda, om verksamheten avser tillhandahållande av allmännyttiga anläggningar eller tjänster såsom el- och gasverk, va-anläggningar och bussbolag. En sådan möjlighet följer också av artikel 106 EUF-fördraget och bestämmelserna om tjänster av allmänt intresse, vilka bl.a. ska trygga sociala ändamål. Dessa tjänster anses så viktiga att de ibland går före konkurrensreglerna. I vitboken om tjänster av allmänt intresse anför Kommissionen bl.a. att inte heller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse omfattas av bestämmelserna i fördraget, när det är nödvändigt för att de skall kunna fullgöra sitt uppdrag av allmänt intresse.¹² Enligt EU-rätten är det vid händelse av en målkonflikt viktigare att dessa tjänster utförs effektivt än att konkurrensreglerna tillämpas.

Frågan faller till viss del tillbaka på artikel 14 EUF-fördraget som stadgar att det allmänna vid tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter och att det kan göras utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 93, 106 och 107 EUF-fördraget.

Även om ett bolag utför en tjänst som faller utanför artikel 14 följer ändå av artikel 106 att företaget kan anförtros en ensamrätt att tillhandahålla en

¹¹ Se även Bohlin, Kommunalrättens grunder, 2007, s. 104–113.

¹² Se Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén – Vitbok om tjänster av allmänt intresse, KOM(2004)374 slutlig, p. 3.2.

tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Artikel 18 i direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling stadgar vidare att upphandlingsreglerna inte gäller för tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet – t.ex. en kommun – tilldelar en annan upphandlande myndighet – t.ex. ett kommunalt bolag – på grundval av en ensamrätt som denna har enligt lag eller annan författning. Detta undantag från upphandlingsreglerna återspeglas i 1 kap. 7 § LOU.

Även om en sådan verksamhet visserligen mycket väl kan bedrivas av enskild har kommunen ofta fördelar då det gäller att t.ex. dra vatten- och elledningar, eftersom detta ofta måste göras i anslutning till kommunal gatumark. Om däremot ett privatägt företag driver verksamhet som tillgodoser ett allmänt intresse, får kommunen genom lån, borgen eller på något annat sätt oftast understödja verksamheten, om företaget uppfyller de villkor som kommunen ställer upp. Bestämmelsen sätter alltså gränser för kommunens möjligheter att delta i ett IOPP, dvs. att äga bolag tillsammans med enskilda.

Vidare utgör självkostnadsprincipen en begränsning med innebörd att en kommun inte får lägga ett avgiftsuttag på en nivå där en vinst uppstår. Principen hänger nära samman med det förbud mot att driva s.k. spekulativ verksamhet som följer av 2 kap. 7 § kommunallagen. Syftet är att förhindra att kommunerna utnyttjar den monopolsituation som de ofta befinner sig i när de bedriver näringsverksamhet. Principen anses dock inte vara tillämplig inom en kommuns långivande eller fastighetsförvaltande verksamhet och inte heller då kommunen överlåter eller upplåter t.ex. fast egendom, vilket motiveras med att kommunerna enligt 8 kap. 2 § kommunallagen ska förvalta sina medel och sin egendom på ett sätt som medför god avkastning, men normerar i övrigt som utgångspunkt all avgiftsbelagd kommunal verksamhet.¹³ Speciallagstiftning kan däremot sätta principen ur spel, vilket gjorts t.ex. ifråga om kommunal produktion av och handel med el om verksamheten bedrivs i privaträttslig form, 7 kap. 2 § ellagen (1997:857), och ifråga om den verksamhet en kommun kan bedriva med stöd av lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.

Självkostnadsprincipen sträcker sig också längre än likställighetsprincipen eftersom den är normerande för all kommunal avgiftsättning och därför även gäller i förhållande till andra än enbart kommunmedlemmar. Den innebär dock inte att avgifterna aldrig får överstiga kostnaderna. Ett visst överuttag

¹³ Se Ds 1993:16, s. 14.

accepteras, såvida avgifterna inte till väsentlig eller påtaglig del överskrider den för verksamheten beräknade kostnaden. Inom vissa specialreglerade områden finns särskilda regler om självkostnaden som avgiftstak.¹⁴

3.3.2 Kommunernas möjligheter att lämna stöd till enskilda näringsidkare

Även om den kommunala verksamheten håller sig inom den lagliga ramen för den allmänna kompetensen tillkommer andra principer som ytterligare kan begränsa kommunens rätt att ingå i en OPS eller IOPP.

En för vårt vidkommande central regel är den kommunala likställighetsprincipen.¹⁵ I 2 kap. 2 § kommunallagen fastslås att kommunen, om det inte finns sakliga skäl för annan bedömning, ska behandla sina medlemmar lika när dessa befinner sig i samma situation. Principen anses grundläggande för all kommunal verksamhet och innebär att vissa kommunmedlemmar inte får gynnas eller missgynnas i förhållande till andra. Lika avgift ska alltså utgå för lika prestation. Förutom att likställighetsprincipen bara gäller de egna medlemmarna, krävs även att kommunen träder i direkt kontakt med sina medlemmar i sin egenskap av övergripande organ. Detta kan ske genom tillhandahållande av olika prestationer eller genom uttag av ekonomiska bidrag från kommunmedlemmarna. Varje kommunmedlem har då rätt att komma i åtnjutande av den aktuella prestationen, medan kommunen har en skyldighet att presteras.¹⁶

Särbehandling anses inte vara tillåten annat än på rent objektiva grunder. I relationen till kommunmedlemmarna inskränker principen möjligheterna till individuella avtalslösningar eller särbehandlingar. Även när en kommun köper eller säljer fastigheter eller vidtar andra åtgärder för att sköta sin förmögenhetsförvaltning är den inte bara skyldig att se till vad som är bäst för effektiviteten och ekonomin i den egna organisationen, även här aktualiseras likställighetsprincipen indirekt; för att det inte ska vara fråga om en särbehandling är huvudregeln att kommunen måste överlåta kommunal egendom till marknadspris. Endast vid rena internttransaktioner – exempelvis till ett

¹⁴ Så är t.ex. fallet i 11 kap. 5 § 3 st. PBL och 8 kap. 2 § SoL. För en närmare genomgång av självkostnadsprincipen, se bl.a. Warnling-Nerep, Kommuners lag- och domstolströts, 1995, s. 212–216.

¹⁵ För en allmän redogörelse av likställighetsprincipen och förbudet att ge understöd till enskilda, se t.ex. Lindquist, Kommunala befogenheter, 2005, s. 55–64, samt Bohlin, Kommunalrättens grunder, 2007, s. 94–97 och s. 113–120.

¹⁶ Se prop. 1990/91:117, s. 149 f. Se även Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalslut och rättsverkningar, 2000, s. 56 f.

helägt kommunalt bolag – medges undantag från kravet på att en försäljning ska göras till marknadspris.¹⁷

Likställighetsprincipen aktualiseras alltså endast om det finns ett nyttjandekollektiv, annars är kommunen skyldig att tillgodose kommunens ekonomiska intressen. Som en generell förutsättning för den kommunala verksamheten följer av 8 kap. 1 § kommunallagen att kommunerna ska ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller i form av kommunala bolag. Kommunerna ska enligt 8 kap. 2 § kommunallagen också förvalta sina medel på ett sådant sätt att kraven på god avkastning och betryggande säkerhet tillgodoses. Kraven på god ekonomisk hushållning medför också att en kommun vid t.ex. en fastighetsförsäljning ur kommunallagens perspektiv är skyldig att försöka få ut ett så bra pris som möjligt.

Även om särbehandling inte anses vara tillåten annat än på rent objektiva grunder har likställighetsprincipen ett mer begränsat tillämpningsområde än de i Regeringsformen stadgade objektivitets- och likhetsprinciperna, eftersom kommunen för andra än kommunmedlemmar har möjlighet att kräva en högre avgift för en viss prestation.¹⁸ I relationen till kommunmedlemmarna inskränker alltså principen möjligheterna till individuella lösningar eller särbehandlingar.¹⁹ När en kommun å andra sidan anställer personal, gör upphandlingar, köper eller säljer fastigheter eller vidtar andra åtgärder för att sköta sin förmögenhetsförvaltning är den dock skyldig att se till vad som är bäst för effektiviteten och ekonomin i den egna organisationen.

En svår fråga är var gränsen för det tillåtna går när det gäller kommunernas stöd till det enskilda näringslivet och vad som ska anses utgöra en individuell respektive generell stödåtgärd. Genom 2 kap. 8 § 1 st. kommunallagen har en kodifiering skett ifråga om kommunernas och landstingens rätt till att vidta allmänt näringslivsbefrämjande åtgärder. Bestämmelsen riktar sig mot den del av näringslivet som traditionellt är förbehållen den enskilda företagsamheten. I likhet med vad som i allmänhet följer för den kommunala verksamheten ska även den här typen av stödåtgärder avse angelägenhe-

¹⁷ Se även Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 9 f. och s. 25 f., samt Sveriges Kommuner och Landsting, Kommunallagen; Kommentarer och praxis, 2006, s. 64 ff.

¹⁸ Se t.ex. RÅ 1987 ref. 17, som rörde plats i småbåtshamn. Kommunen ansågs här ha befogenhet att differentiera avgift med hänsyn till om båtplatsinnehavaren var kommunmedlem eller inte.

¹⁹ Se t.ex. Kommunallagen; Kommentarer och praxis, 2006, s. 76 f.

ter av allmänt intresse och ha anknytning till kommunens eller landstingets område eller dess medlemmar. Sådana allmänt näringsfrämjande åtgärder anses i regel vara tillåtna ifråga om upplåtelse av lokaler för småindustri, anordnande av mark, teknisk service, tillhandahållande av rådgivning eller ett kommunalt engagemang i utställningar, mässor osv.

Stöd till enskilda näringsidkare får dock endast lämnas om det finns ”synnerliga skäl”, 2 kap. 8 § 2 st. kommunallagen. Vad som ska anses utgöra synnerliga skäl anges i förarbetena vara beroende av samhällsutvecklingen.²⁰ Exempel på godkänt stöd kan vara olika ekonomiska bidrag som ges för att motverka bortfall av enskild service i glesbygden, t.ex. livsmedel och bensin, eller för att trygga tillgången på hotellplatser i kommunen, medan stödet inte får avse arbetslöshetsbetingade åtgärder.²¹ Även fastighetsöverlåtelser kan användas i syfte att stimulera näringslivet så länge som detta betraktas som en angelägenhet av allmänt intresse. Det finns dock ingen uttrycklig reglering i kommunallagen av hur marknadspriset ska fastställas eller uttryckligt krav på konkurrensutsättning. Huvudregeln är dock att kommunala subventioner till enskilda företag är otillåtna. Frågan om en åtgärd ska anses främja kommunens näringsliv får i princip bedömas utifrån en rimlighetsbedömning mellan kommunens bidrag och det förväntade slutresultatet.

Här bör även påminnas om de kompetensbegränsningar som följer av artikel 107 och 108 EUF-fördraget om förbud om otillåtna statsstöd och att kommuner och landsting enligt 6 § lag (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statstödsregler att är skyldiga att lämna upplysningar till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer om alla former av stöd som planeras och som kan bli föremål för prövning av Kommissionen. Utöver kommunallagens regler inskränker sålunda även reglerna om otillåtna statsstöd, konkurrensbegränsande och konkurrensstörande åtgärder och reglerna om offentlig upphandling kommunens möjligheter att agera.²² Huvudregeln är att kommunala subventioner till enskilda företag är otillåtna. Vid en bedömning måste man bl.a. dra en gräns mot statens roll vad gäller regionalpolitik, väga in konkurrensrättsliga aspekter och analysera förhållandet till det EU-rättsliga regelverket. Dessa regler behandlas i kapitel 4.

²⁰ Se prop. 1990/91:117, s. 153.

²¹ Se prop. 1990/91:117, s. 116 f., och den praxisgenomgång som görs i Warnling-Nerep, Kommuners lag- och domstolstrots, 1995, s. 219–225.

²² Se bl.a. Indén & Madell, Allmännyttig verksamhet eller missbruk av dominerande ställning?, 2002–03, s. 34–56.

3.4 Kommunens möjligheter att överlåta verksamhet på andra

3.4.1 Kommunal avtalskompetens

Stödet för att fatta beslut och att använda sig av avtalslösningar, exempelvis fastighetsöverlåtelser, vilar på den kompetens som följer av det grundlagsfästa kommunala självstyret och rättshandlingsförmågan följer av den kompetens som stadgas i kommunallagen. Vid försäljningar och köp av fast egendom är kommuner och landsting skyldiga att följa kommunallagens regler om bl.a. kompetens, vari ingår ett förbud att ge understöd åt enskild utan stöd av lag, 2 kap. 1 § kommunallagen, likställighetsprincipen, 2 kap. 2 § kommunallagen samt förbudet att ge individuellt inriktat näringslivsstöd om det inte föreligger synnerliga skäl för det, 2 kap. 8 § 2 st. kommunallagen. Till följd av reglernas allmänna karaktär har kommuner och landsting enligt de kommunalrättsliga reglerna i praktiken en avsevärd frihet att i sin verksamhet överlåta och förvärva fast egendom, så länge det sker inom ramen för en god medelsförvaltning. Av förarbetena framgår därför också att den kommunala självkostnadsprincipen, 8 kap. 3 c § kommunallagen, inte är tillämplig vid kommunens medelsförvaltning eller vid förvaltning av kommunal egendom, exempelvis köp och försäljning av fast egendom.²³

Som framgår ovan är kommunernas befogenhet att sluta avtal beroende av de lagstadganden som styr dess verksamhet, de anslag som finns för ändamålet och de villkor som knyts till dessa, samt de anvisningar, instruktioner och villkor som givits av högre myndigheter. Det offentlighetsrättsliga regelverket bestämmer således gränserna för kompetensen att ingå avtal, genom att ett avtal inte får ingås i strid med de lagar som styr myndighetens verksamhet. En analys av ett rättsförhållande måste därför ta sin utgångspunkt i de offentlighetsrättsliga författningarna när det gäller att fastställa vad kommunen kan avtala om, vem som har befogenhet att sluta avtalet och vilka rättsverkningar som kan följa av eventuella kompetensöverskridanden.²⁴

Kommunen är sålunda skyldig att se till att de tjänster som åligger den att tillhandahålla också tillhandahålls och den kan i egenskap av huvudman för verksamheten heller inte avsäga sig ansvaret för att sådan verksamhet

²³ Se prop. 1993/94:188, s. 83. Se även Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 31 f., samt Kommunallagen; Kommentarer och praxis, 2006, s. 352 f.

²⁴ Se närmare Madell, Det allmänna som avtalspart, 1998, samt Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda, 2000.

tillhandahålls till de kommunmedlemmar som berörs.²⁵ Att en kommun är skyldig att tillhandahålla viss verksamhet utgör vanligtvis inget hinder mot att även enskilda bedriver sådan verksamhet, t.ex. skolverksamhet. Även om driften av verksamheten överlämnats till enskild kvarstår kommunen som huvudman. Kommunen fattar beslut om mål, inriktning, omfattning och kvalitet samt ansvarar för uppföljning, utvärdering och eventuella kompletterande insatser som gäller verksamheten. Det kontrakt som slutits efter en genomförd upphandling sätter ramen för driften av verksamheten.

Den specialreglerade verksamheten utgör den största delen av det som kommunen har att ombesörja, åtminstone ekonomiskt. Den oreglerade eller fakultativa verksamheten bygger på kommunens rätt att driva verksamhet inom ramen för den allmänna kompetensen.²⁶ Det föreligger därför ingen juridisk möjlighet att tvinga en kommun att driva eller finansiera sådan verksamhet, vilket medför att sådana verksamheter med fördel kan utföras av privata intressenter.²⁷

Eftersom kommunal verksamhet för vilken det föreskrivits en viss ordning inte får överlämnas till ett enskilt rättssubjekt – oavsett om denna föreskrivits enligt kommunallagen eller speciallagstiftning – kan det därför sägas finnas ett kärnområde som avgränsar det kommunala huvudmannaskapet. Till detta kärnområde räknas den ålagda myndighetsutövningen mot enskilda, det ålagda ansvaret i form av obligatoriskt huvudmannaskap eller andra preciserade förpliktelser, huvudmannaskapet över den kommunala förvaltningen enligt kommunallagen samt det förväntade ansvaret för att lokala förhållanden är acceptabla för befolkning och näringsliv.²⁸

Funktionellt skiljer man inom kommuner mellan myndighetsutövning, andra offentliga förvaltningsuppgifter samt privaträttsligt agerande.²⁹ Vad gäller kommunal myndighetsutövning anses sådan förekomma främst i nämndernas verksamhet på det specialreglerade området. Som exempel kan nämnas beslut om beviljande av bygglov eller beslut som rör detaljplaneringen inom ramen för plan- och bygglagstiftningen. Det är därför generellt sett inga

²⁵ Som exempel på sådan specialreglerad verksamhet kan nämnas socialtjänst, hälso- och sjukvård, omsorg till funktionshindrade, plan- och byggnadsväsende, skolväsende och förskoleverksamhet, vissa miljöskyddsuppgifter och räddningstjänst.

²⁶ Som exempel på frivilliga verksamheter kan nämnas kultur- och fritidsverksamhet, t.ex. att driva simhallar eller idrottsarenor.

²⁷ Se Hallgren m.fl., Kommunala driftentreprenader; Konkurrensutsättning inom äldre- och handikappomsorg, skola, fritid och kultur, 1997, s. 33.

²⁸ Se Marcusson, Mot en ny kommunalrätt, 1992, s. 122.

²⁹ Se Marcusson, Mot en ny kommunalrätt, 1992, s. 141. Se även Björkman & Riberdahl, Det kommunala förtroendeuppdraget, 1997, s. 39 f.

hinder mot att utföra driften av en kommuns enligt speciallagstiftning ålagda uppgifter på entreprenad. Om verksamheten rör en uppgift som innefattar myndighetsutövning måste emellertid ett sådant överlämnande ha lagstöd, se t.ex. 2 kap. 5 § SoL.

I 3 kap. 16 § kommunallagen föreskrivs att kommuner efter beslut av fullmäktige får lämna över vården av kommunal angelägenhet, för vars handhavande inte särskild ordning föreskrivs, till enskild. Utrymmet för att överlämna genomförandet av kommunal uppgift är därför stort och kommunerna har som huvudregel rätt att använda sig av privaträttsliga subjekt för bedrivande av sin verksamhet.³⁰

När driften av verksamhet som kommunen på ett eller annat sätt ansvarar för överläts på enskild, uppstår frågan om befogenheten att överlåta eller att bedriva denna. Kompetensfrågan kan aktualiseras på tre olika sätt. Bortsett från entreprenader som tilldelats i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling kan en kommun vilja samarbeta med enskilda eller offentlig-rättsliga subjekt i en verksamhet eller på annat sätt stödja dessa ekonomiskt, men kommunen kan även överföra sin verksamhet på kommunala bolag.³¹ I det första fallet är kommunen fortfarande huvudman och några kompetenssenliga problem uppstår därför vanligen inte.

Bolagsbildning innebär alla de fall där kommunen medverkar i eller skapar ett eget privaträttsligt subjekt. Huvudmannskapet kan här ha övergått till bolaget som kan svara för såväl produktion, reglering som finansiering. Vissa begränsningar finns dock i 3 kap. 16–19 §§ kommunallagen, vilka innebär att kommunen i praktiken har det övergripande ansvaret för verksamheten. Att kommunal verksamhet överlämnas till ett bolag medför att flera kommunalrättsliga regler ersätts av privaträttsliga. Det går t.ex. inte att överklaga bolagets beslut. För bolag, föreningar och stiftelser gäller dock offentlighetsprincipen om kommunen anses utöva ”ett bestämmande inflytande” över verksamheten, dvs. om kommunen genom aktier eller på annat sätt förfogar över röstmajoriteten, 3 kap. 16 § 3 st. kommunallagen. Sådan verksamhet står även under JO:s tillsyn såvitt avser tillämpningen av offentlighetsprincipen.³² Saknar kommunen befogenhet att driva viss verksamhet får den givetvis inte heller bedriva sådan verksamhet i ett kommunalt bolag.³³ Vad gäller

³⁰ Se Marcusson, *Mot en ny kommunalrätt*, 1992, s. 142, och Marcusson, *Avtal mellan det allmänna och enskilda*, 1993, s. 57. Se även prop. 1992/93:43, bl.a. s. 8 ff. och s. 20 ff.

³¹ Se närmare Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, 2004.

³² Se prop. 1993/94:48, s. 16–23. Se även bet. 1997/98:KU13, s. 7 f.

³³ Se t.ex. Losman & Löfving, *Kommunala driftsformer*, 1992, s. 18 f.

en kommuns möjligheter att köpa tjänster av ett kommunalt bolag utan att detta föregås av en offentlig upphandling se redogörelsen för de s.k. Teckalkriterierna nedan i avsnitt 5.1.

3.4.2 Legalitetsprincipen och den kommunala sektorn

Legalitetsprincipen kan sägas vara en grundläggande och utmärkande princip för en rättsstat. Den kommer till uttryck i 1 kap. 1 § 3 st. Regeringsformen, där det heter att den offentliga makten ”utövas under lagarna”. Detta innebär att alla offentliga organ – riksdagen, regeringen, domstolar, förvaltningsmyndigheter och kommuner – är bundna av, och måste rätta sig efter, gällande lagar i sin verksamhet. Legalitetsprincipen sätter alltså en definitiv gräns för vad samtliga offentliga organ får göra.

Inte heller om det inom ett område saknas speciella lagregler uppställda för hur en fråga ska avgöras, har en kommun eller en myndighet någon obegränsad frihet att själv bestämma om möjligheten att fatta beslut. Om det allmänna på detta sätt kan anses ha överskridit sin beslutanderätt brukar man tala om *détournement de pouvoir* eller illojal maktanvändning. De offentlig-rättsliga skyddsprinciperna riktar sig främst mot otillbörligt agerande inom ramen för myndighetsutövning, men principen om illojal maktanvändning kan även komma att aktualiseras när en kommun disponerar över sin egendom, ingår avtal eller om kommunen använt sin beslutanderätt på ett otillständigt sätt.

De regler som ger kommunen dess kompetens anger i regel också de gränser som rättsordningen sätter för olika typer av åtgärder. Det torde också stå klart att en kommun inte kan överskrida dessa gränser genom att använda sig av avtal. De begränsningar som finns för exempelvis myndighetsutövning skyddar inte bara medborgarna mot otillbörliga ingrepp, de kan också ses som regler för vad som anses vara det bästa för samhället. Det har i såväl svensk som utländsk doktrin antagits att illojal maktanvändning kan bestå i att det allmänna använder sin maktposition för att främja ett visst privat-ekonomiskt eller fiskalt intresse. En myndighet får exempelvis inte ta betalt för sin myndighetsutövning såvida inte stöd för detta föreligger i författning. Som en följd av detta räknas det alltså som otillbörligt att ett offentligt organ utan författningsstöd begär en förmån i utbyte mot myndighetsutövning. Det spelar ingen roll om det krävda gäller till förmån för det allmänna eller till någon enskild. Ett klassiskt exempel är om en ansökan om bygglov bifalls först om den sökande, såsom genom ett genomförandeavtal, förpliktat sig att ekonomiskt bidra till någon kommunal verksamhet, se t.ex. NJA 1980 s. 1. En kommun saknar därför möjlighet att genom avtal ålägga motpart

mer långtgående förpliktelser än vad som är möjligt enligt indispositiv lagstiftning.³⁴

Kommunerna kan inom ramen för sin verksamhet hyra ut fastigheter, köpa eller sälja egendom, driva affärsverksamhet etc. – dvs. ägna sig åt privat verksamhet i varierande utsträckning. Kommunernas agerande med privaträttsliga medel måste emellertid hänföras till den offentliga förvaltningen, eftersom de företräder de indirekta uppdragsgivarna, medborgarna. De offentlighetsrättsliga spärrensarna och kontrollreglerna ska därvid garantera att verksamheten sköts på ett acceptabelt sätt. Dessa offentlighetsrättsliga regler och principer drar upp vissa linjer av betydelse för det allmännas möjligheter att ingå avtal. När inget stöd ges i specialförfattningarna bestäms gränserna för kommunernas avtalslutande utifrån den kommunala kompetensen och principen om myndigheternas ”fria skön”. Även i dessa fall erbjuder dock läran om illojal maktanvändning ett visst skydd mot det allmännas möjligheter att fatta beslut som kränker den enskildes rättssäkerhet. Såväl legalitets-, objektivitets- som likhetsprincipen torde kunna innefattas i begreppet illojal maktanvändning, eftersom det är fråga om en form av maktmissbruk om det allmänna genom att sluta avtal med enskild kringgår de offentlighetsrättsliga möjligheterna att förplikta den enskilde till motsvarande åtaganden, oavsett om det rör sig om myndigheter eller kommunala församlingars beslutsfattande.

Det är således nödvändigt att vid bedömningen av ett avtal, där det allmänna uppträder som avtalspart, även ta i beaktande de offentlighetsrättsliga begränsningar som kan föreligga. Det offentlighetsrättsliga regelverket begränsar för det första kompetensen att ingå avtal, genom att ett avtal för det första inte får ingås i strid med de lagar som styr myndighetens verksamhet. För det andra får avtal i vissa fall inte ingås utan lagstöd.

Sålunda blir det offentlighetsrättsliga regelverket och de offentlighetsrättsliga skyddsprinciperna av betydelse när det gäller att bedöma rättsverkningarna av ett ingånget avtal i förhållande till det allmännas möjligheter att genom sin normgivningsrätt ensidigt ändra förutsättningarna för detta, se t.ex. NJA 1981 s. 269.

³⁴ Även det allmänna torde i vissa typer av avtal, i samma utsträckning som enskilda, få avvika från dispositiva regler, trots att det innebar att motparten ålaggs längre gående förpliktelser än enligt civilrättsliga lagar som innehåller dispositiva regler, t.ex. vid köp enligt köplagen och de regler som gäller för avlämnande. Att sedan vissa offentlighetsrättsliga regler och principer i vissa fall kan tänkas inskränka möjligheterna till avtalslut är en annan sak.

3.4.3 Laglighetsprövning

En av de viktigaste förstärkningarna av den enskildes position i förhållande till det allmänna är att den förstnämnde som en rättssäkerhetsgaranti i regel har rätt att överklaga beslut som det allmänna fattar. Ett förvaltningsbeslut eller ett kommunalt beslut kan liksom avtal vara behäftade med fel som medför att beslutet är angripbart. Detta innebär att det kan undanröjas eller ändras vid överklagande till högre instans. Man brukar skilja mellan laglighetsprövning av kommunala beslut, som vanligtvis anförs hos förvaltningsrätten³⁵ med stöd av 10 kap. kommunallagen, och överklagande av beslut enligt 22 § FL, som anförs med stöd av specialförfattningar.

Laglighetsprövning av beslut från de beslutande kommunala organen anförs av kommunmedlem,³⁶ oavsett om denne personligen berörs av beslutet eller inte. Enligt 10 kap. 2 § kommunallagen är framförallt beslut av fullmäktige, kommunstyrelse eller de olika nämnderna överklagbara, om beslutet när det gäller de sistnämnda inte är av rent förberedande eller verkställande art.³⁷

Laglighetsprövningen utgör ett instrument för medborgarkontroll av den egna kommunen, där angripbarheten begränsar sig till en prövning av om beslutet tillkommit i laga ordning eller om beslutet faller inom ramen för fullmäktiges kompetensområde, 10 kap. 8 § 1 st. kommunallagen, och omfattar inte dess lämplighet. Domstolen kan därför om ett överklagat beslut finns vara lagstridigt endast upphäva detta, men inte göra ändringar i dess innehåll, 10 kap. 8 § 2 st. kommunallagen. Vad gäller laglighetsprövning förutsätter överklagbarhet enligt 10 kap. 2 § kommunallagen att det är fråga om ett beslut som protokollförts och justerats. Huvudregeln är att laglighetsprövning gäller om inte särskilda föreskrifter i annan författning än kommunallagen reglerar frågan om överklagande, 10 kap. 3 § kommunallagen.³⁸ Sak-

³⁵ Efter den 15 februari 2010 kallas första instansen i allmän förvaltningsdomstol förvaltningsrätt, se lagen (2009:773) om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

³⁶ Även staten eller annan kommun som äger fastighet i den aktuella kommunen räknas i sin egenskap av fastighetsägare som kommunmedlem och kan därför få till stånd en laglighetsprövning av beslut som fattats av kommunen. Även kommunstyrelsen kan, i egenskap av kommunen som markägare, genom förvaltningslagens regler överklaga ett beslut av den egna byggnadsnämnden.

³⁷ Se även Indén, Marknadsstatens utveckling och kommunalrättens stagnation, 2009, s. 141 ff.

³⁸ Regler om laglighetsprövning av kommunala beslut finns även i 1 kap. 19 § och 2 kap. 9 § lagen (1979:411) om ändringar i Sveriges indelning i kommuner och landsting. Vissa i 16 kap. 3 § SoL uppräknade beslut överklagas utifrån förvaltningslagens regler, medan lagens

nas bestämmelser om överklagandemöjligheterna i specialförfattning som rör kommunala förvaltningsmyndigheter blir därmed kommunallagens regler vanligtvis tillämpliga.

För ett ingånget avtal torde framförallt en laglighetsprövning kunna bli av stor betydelse om exempelvis ett fullmäktigebeslut att ingå ett avtal överklagas av kommunmedlem. Risken finns då att förvaltningsdomstolen upphäver fullmäktiges beslut och att avtalet därmed inte kan fullgöras till sitt innehåll.

I RÅ 2001 ref. 18 fann RegR att ett beslut att avbryta en offentlig upphandling – för att i stället ombesörja driften i egen regi – inte kunde bli föremål för överklagande enligt LOU, men att beslutet däremot kunde bli föremål för laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen. Praxis har dock numer ändrats och i RÅ 2005 ref. 62 fann domstolen – mot bakgrund av mål C-92/00, *Hospital Ingenieure*, och mål C-15/04, *Koppensteiner* – att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla möjlighet till rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut att avbryta en upphandling, samt att en sådan prövning inte får begränsas till att endast avse frågan om huruvida beslutet om avbrytande varit av godtycklig art. LOU:s bestämmelser om överprövning ska därför även tillämpas på beslut om avbrytande av upphandling.

3.4.4 *Insyn, tillsyn och andra kontrollmöjligheter*

Rätten till insyn är en betydelsefull princip vad gäller det allmännas verksamhet. Det anses vara en viktig garanti för myndigheternas pliktuppfyllelse att deras verksamhet är underkastad insyn såväl från kontrollerande myndigheter som från allmänheten. Insyn garanteras först och främst genom offentlighetsprincipen, vilken med stöd av främst TF ger allmänheten möjlighet till insyn i förvaltningen. Principen fungerar som rättssäkerhetsgaranti framförallt genom att anmärkningsvärda beslut kan bringas till allmänhetens kännedom genom massmedias förmedling, men även genom att envar kan begära att få ta del av ett dokument. En myndighet som fattar ett felaktigt beslut löper därför risk att avslöjas, och därmed att utsätta sig för offentlig kritik.³⁹ Inte minst är insyn och offentlighet av stor betydelse för den kommunala verksamheten, där kommunala förehavanden i stor utsträckning kan påverka väljarnas benägenhet att ge de sittande politikerna ett fortsatt förtroende.

övriga beslut kan angripas genom laglighetsprövning.

³⁹ Se Strömberg, Allmän förvaltningsrätt, 2003, s. 158.

Insynen och tillsynen från de kontrollerande myndigheterna – vilka bl.a. utgörs av överordnade myndigheter, särskilda kontrollorgan såsom JO, JK och Riksrevisionen – möjliggörs genom inspektioner, men även genom rapporter som de beslutande organen själva är skyldiga att avge. Undersökningar kan ibland även föranledas av anmälningar från enskilda. Insynen är visserligen en viktig garanti för en effektiv och lagenlig förvaltning, men i bakgrunden står även möjligheten till ingripanden av olika slag. Det kan röra sig om nya direktiv för förvaltningsverksamheten, rättelse av felaktiga beslut eller i vissa fall utkrävande av ansvar för begångna felaktigheter.⁴⁰

Vid entreprenadavtal är det vanligt att den upphandlande myndigheten förbehåller sig rätt till insyn i den verksamhet som avtalet rör. Även i de fall lagstiftningen inte dragit upp några riktlinjer för vad som ska gälla t.ex. för en till entreprenör överläten verksamhet har det ansetts nödvändigt att genom avtal reglera det allmännas möjligheter till insyn, inflytande samt kontroll över verksamheten.

Ett av de starkaste argumenten mot att kommunerna lägger ut delar av sin verksamhet på bolag har varit att medborgarnas möjligheter till insyn försvinner genom att verksamheten övergår i privaträttslig form. Offentlighetsprincipen gäller dock för privaträttsliga subjekt där kommunen anses utöva ”ett bestämmande inflytande” över verksamheten, exempelvis inom ramen för ett IOPP äger aktier eller på annat sätt förfogar över röstmajoriteten, 2 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och 3 kap. 16 § 3 st. kommunallagen. Verksamheten står även under JO:s tillsyn såvitt avser tillämpningen av offentlighetsprincipen.

Genom 3 kap. 19 § och 19 a § kommunallagen har kommunerna ålagts ett ansvar för att tillgodose allmänhetens möjligheter till insyn i kommunal verksamhet som bedrivs på entreprenad av en extern utförare, oavsett om det handlar om ett kommunalt eller privatägt bolag. Om en kommun eller ett landsting sluter avtal med någon annan än med kommunala företag enligt 3 kap. 17 och 18 §§ kommunallagen om att denne ska utföra en kommunal angelägenhet ska kommunen eller landstinget beakta intresset av att genom avtalet tillförsäkras information som gör det möjligt för allmänheten att få insyn i hur angelägenheten utförs. Kravet på att tillförsäkra allmänhetens insyn gäller dock bara för det fall att det är vården av en kommunal angelägenhet som överlämnats och gäller därför inte om det endast rör sig om olika typer av begränsade stödfunktioner som lagts ut på entreprenad, t.ex. lokalvård och fastighetsskötsel.

⁴⁰ Se Stromberg, Allmän förvaltningsrätt, 2003, s. 158.

I motiven anfördes att kravet på information inte får utformas så att det snedvrider konkurrensen mellan berörda aktörer.⁴¹ I entreprenadavtalet bör därför en avvägning göras mellan å ena sidan allmänhetens intresse av hur verksamheten bedrivs och å andra sidan entreprenörens intresse av att inte behöva lämna ut viss information. Ett för långtgående krav på insyn kan möjligen inverka negativt på ett företags vilja att lämna anbud, vilket i sin tur kan leda till att möjligheterna till konkurrens begränsas. Uppgiftsskyldigheten bör därför tolkas mot bakgrund av de direktiv som rör offentlig upphandling, vilka är avsedda att skydda en leverantör från att behöva lämna ut uppgifter som kan betraktas som företagshemligheter eller tekniska hemligheter. Vidare måste entreprenadavtalet, vad gäller möjligheterna till insyn, utformas på ett sätt som beaktar de regler i personuppgiftslagen (1998:204), PuL, som rör information som innehåller personuppgifter.

Vidare föreslog regeringen även att fullmäktige ska ta ställning till vissa beslut i kommunala företag. Av 3 kap. 17 § kommunallagen följer att om en kommun eller ett landsting lämnar över värden av en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag eller en kommunal stiftelse ska fullmäktige se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.⁴² En sådan skyldighet försvinner dock vid IOPP.

3.5 Kommunalrättsliga begränsningar vid OPS

En självklar utgångspunkt vad gäller en kommuns möjlighet att sluta avtal om OPS är att avtalsslutandet måste ligga inom kommunens befogenhet enligt vad som följer av kommunallagens regler, men också av de bestämmelser som följer av de andra lagar som riktar sig till och som reglerar olika delar av den kommunala verksamheten. Även i de fall ett avtalsupplägg faller inom ramen för den allmänna kompetensen kan det finnas skäl att analysera situationen mot bakgrund av andra bestämmelser som kan begränsa den kommunala avtalskompetensen.

3.5.1 *Kravet på god ekonomisk hushållning*

Det allmänna kan ha olika motiv till att vilja inleda en OPS. Bland de vanligaste torde vara att budgetläget inte medger att en kommun har de ekonomiska förutsättningarna att förverkliga olika projekt på egen hand, t.ex. nya

⁴¹ Se prop. 2001/02:80, s. 104 f.

⁴² Se prop. 2001/02:80, s. 104 f.

idrottsarenor eller simhallar, vilket normalt sett innebär en stor investering samtidigt som möjligheterna att få kostnadstäckning är begränsade.

Som en generell förutsättning för den kommunala verksamheten följer av 8 kap. 1 § kommunallagen att kommunerna ska ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller i form av kommunala bolag. Kommunerna ska enligt 8 kap. 2 § kommunallagen också förvalta sina medel på ett sådant sätt att kraven på god avkastning och betryggande säkerhet tillgodoses. Kommunallagens krav på god ekonomisk hushållning kan därför sätta hinder i vägen för uppförandet av nya arenor. Enligt 8 kap. 12 § kommunallagen ska löpande kostnader täckas av löpande intäkter. Kommunen får därför inte ge sig in på ekonomiskt riskfyllda äventyr. Då kommunen heller inte får gå med underskott enligt 8 kap. 4 § kommunallagen – varför kostnaderna helt ska täckas av den kommunala budgeten – kanske man i stället får nöja sig med att reparera eller upprusta befintliga arenor. Samtidigt begränsar även den kommunala självkostnadsprincipen i 8 kap. 3 c § kommunallagen och förbudet för kommunen att bedriva näringsverksamhet med vinstsyfte kommunens handlingsutrymme.

Det finns givetvis en tanke bakom kommunallagens regler om en försiktig ekonomisk hushållning, nämligen att hushålla med kommunmedlemmarnas pengar, men de kan samtidigt också uppfattas som hämmande för kommunens möjligheter att utvecklas. Därför finns det i den här typen av situationer ett behov av att försöka få in riskvilligt kapital utifrån, t.ex. från det privata näringslivet.

Ett annat skäl för en kommun att vilja ingå i en OPS kan vara en föreställning om att är att en sådan samverkansform kan skapa förutsättningar för högre kvalitet och lägre kostnader än vad som är möjligt inom ramen för att driva en verksamhet i egen regi eller genom att välja en traditionell driftentreprenad.

OPS-projekt kännetecknas ju – som framgår ovan i kapitel 2 – av att den privata partnern går in med eget riskkapital med förhoppningen att investeringen ska ge en god avkastning genom att leverantören driver den anläggning som har byggts och dessutom tillgodogör sig de intäkter som anläggningen genererar. Den omständigheten att den privata partnern tar på sig en del av den ekonomiska risken för exempelvis ett arenabygge innebär att denne också anses ha ett förstärkt egenintresse i att arenan byggs på ett kostnadseffektivt sätt, att tidsramarna hålls så att arenan snabbt kan generera intäkter samt att den blir attraktiv för publik, hyresgäster, arrangörer m.fl. Eftersom leverantören måste underhålla anläggningen har han dessutom särskild anledning att bygga med hög kvalitet från början.

Eftersom OPS ofta handlar om stora byggprojekt måste leverantören som regel också låna pengar till sin investering. OPS-projekt är ofta ett treparts-förhållande där upphandlande myndigheten/kommunen, leverantören och finansiären, vanligtvis en bank, utgör aktörerna. Det innebär att leverantören och hans affärsidé inte bara granskas av den upphandlande myndigheten utan också av en bank eller annat låneinstitut – vilket förhoppningsvis torde kunna borga för en förstärkt kontroll av att projektet är genomtänkt och ekonomiskt bärkraftigt.

Samtidigt bör påpekas att det också finns risker med OPS-lösningar. OPS innebär i regel långvariga avtalsrelationer och det är givetvis svårt att förutse konsekvenserna av så långvariga kontrakt. En idrottsarena eller en simhall måste drivas under lång tid och när avtalet tar slut får kommunen ta över ansvaret. Kommunen kan då välja att konkurrensutsätta driften på nytt eller fortsätta att driva anläggningen i egen regi. Först då får man egentligen svaret på om den ursprungliga kalkylen var tillräckligt genomtänkt eller om arenan kommer att medföra en ekonomisk belastning för kommunen.

3.5.2 *Detaljplanefrågor och demokratiaspekter*

OPS-projekt som på ett eller annat sätt kräver att det fattas detaljplanebeslut kan indirekt få konsekvenser för det demokratiska beslutsfattandet. Även om det kommunala planmonopolet förutsätter att kommunen från tid till annan har möjlighet att ersätta den befintliga detaljplanen med en ny. Det kan därför inte uteslutas att en koncessionsinnehavare som t.ex. byggt och driver en motorväg och vars intäkter är beroende av hur många som nyttjar motorvägen också är mer eller mindre beroende av det inte sker några förändringar som påverkar möjligheterna att bilister väljer att använda den aktuella motorvägen. Även om det inte kan uteslutas är det därför inte så troligt att det allmänna tio år in på koncessionstiden vill anlägga en järnväg på samma sträcka, eftersom det ofrånkomligen kommer att ta ifrån koncessionsinnehaven en del av hans kundunderlag.

Ur ett demokratiperspektiv går det inte att komma ifrån att avtal som sträcker sig över en lång tidsperiod kan te sig problematiska. Såväl regeringen som kommunfullmäktige får sin legitimitet från människor, oavsett vi väljer att karaktärisera dem som medborgare eller om vi mer prosaiskt identifierar dem som väljare. Legitimiteten upphör om och när den valda församlingen förlorar sitt stöd, t.ex. efter ett val eller under andra omständigheter. Ett avtal som sträcker sig över lång tid fortsätter dock ofta att löpa länge efter det att den valda församling som slöt avtalet förlorat sitt mandat att fatta beslut, oberoende av om det har stöd av en nyvald församling eller inte.

Som ett extremt exempel kan nämnas ett beslut av delstatsregeringen i South Australia under 1999 att sluta ett avtal med ett företag i Hongkong avseende tillhandahållande av el i delstaten de kommande 200 åren. Det är ingen större tvekan om att ett sådant avtal undergräver demokratin och under lång tid mer eller mindre åsidosätter såväl möjligheter till politiska beslut som medborgarinflytande.⁴³

Men om man nu anser att möjligheterna överväger riskerna så inställer sig nästa problem, nämligen hur man kan upphandla ett OPS-projekt. Eftersom den privata partnern inte bara förväntas leverera en anläggning, t.ex. en idrottsarena, utan också medverka till att finansiera den och stå den ekonomiska risken för arenan vill denne sannolikt komma in tidigt i upphandlingsprocessen. Den privata partnern vill troligen inte bara få möjlighet att lämna anbud utan också ha möjlighet att påverka utformningen av kravspecifikationen. Denne kan ha synpunkter på hur arenan ska utformas för att locka tillräckligt många besökare, hyresgäster etc. men också hur riskfördelningen ska se ut och på vilka villkor denne är beredd att ta på sig en del av investeringen. Det kan röra sig om hur många år partnern ska få driva anläggningen, men det kan också handla om andra villkor och intäktsmöjligheter som till exempel rätten att få exploatera kringliggande mark.

LOU saknar emellertid regler som möjliggör en sådan tidig dialog mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. I LOU finns i och för sig vid sidan av de vanliga upphandlingsformerna öppen och selektiv upphandling också ett förhandlat upphandlingsförfarande, men ett förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering får i den klassiska sektorn endast användas i vissa i lagen angivna undantagsfall. Upphandling av byggkoncessioner får genomföras som förhandlad upphandling men det har hittills inte varit så vanligt att de upphandlande myndigheterna i Sverige har valt byggkoncessioner som en variant för att upphandla OPS-projekt.

Även om man får upphandla ett OPS-projekt genom förhandlad upphandling finns det andra problem. I en förhandlad upphandling får förhandling ske först på ett relativt sent stadium i upphandlingsprocessen – först då det finns både en kravspecifikation och ett anbud – och förhandlingsresultatet får inte i väsentligt avseende avvika från förutsättningarna i dessa två dokument. Har kommunen i annonsen angett att man vill upphandla ett entreprenadkontrakt kan man heller inte ändra detta till en byggkonces-

⁴³ Saunders & Yam, *Government regulation by contract: Implications for the rule of law*, 2004, s. 57 f.

sion under förhandlingen. Då får man i stället avbryta upphandlingen och annonsera en ny upphandling som denna gång avser en byggkoncession.

För att slippa hamna i den här typen av situationer är det inte helt osannolikt att den upphandlande myndigheten tar kontakter med näringslivet innan den inleder upphandlingen. Problemet med att göra så är att man ofta behöver föra mycket ingående diskussioner, vilket i sin tur medför en uppenbar risk för att den upphandling som därefter följer kan anklagas för att vara riggad för en viss leverantör och därmed strida mot den grundläggande EU-rättsliga principen om likabehandling.

Det kan också tänkas att initiativet kommer från en privat intressent som uppvaktar kommunen med en innovativ idé. Problemet för den upphandlande myndigheten är att anamma idén utan att samtidigt bryta mot LOU.⁴⁴

Strama budgettyglar i kombination med faktiska lokala behov och en löst hållen plan- och bygglagstiftning kan alltså ge upphov till situationer där en kommunal beslutsfattare kan lockas att kringgå de för den här typen av ändamål relativt svårhanterliga upphandlingsreglerna. Ett sådant åsidosättande av regelverket kan dock medföra allvarliga rättsliga konsekvenser. En upphandlande myndighet som inte följer LOU riskerar att drabbas av överprövningar och skadeståndskrav. En kommun kan också, för det fall att frågan inte ska prövas enligt LOU, drabbas av överklaganden för att t.ex. ha överskridit de begränsningar som följer av 2 kap. 8 § kommunallagen om förbud mot gynnande av enskild. Vidare bör påpekas att den leverantör som gynnats på ett otillbörligt sätt genom att tilldelats OPS-projektet kan drabbas av de återgångskrav som följer av de EU-rättsliga statsstödsreglerna.

⁴⁴ Jfr Indén, Utmanande rätt eller rätten att utmana – ett dansk privatiseringsinitiativ i en svensk kontext, 2005, s. 283–300.

4 OPS och statsstödsreglerna

4.1 EU:s statsstödsregler

”PPPs correctly conceived must respect in particular (i) Articles 43 and 49 EC on the freedom of establishment and freedom to provide services, (ii) the principles of transparency, equal treatment of potential bidders, non-discrimination, proportionality, mutual recognition of procedures and open access to competition, the public procurement Directives and (iii) Articles 86 and 87 and the other State aid provisions.”¹

Inte endast den interna svenska rätten, såsom kommunallagen, reglerar det allmännas möjligheter att medverka i OPS. Bortsett från att OPS omfattas av reglerna om offentlig upphandling måste även EU:s statsstödsregler beaktas. EU:s statsstödsregler återfinns i artikel 107 och artikel 108 EUF-fördraget vari Kommissionen ges möjlighet att kontrollera att medlemsstaterna inte vidtar åtgärder som skadar konkurrensen, under förutsättning att det inte finns goda skäl för att acceptera den aktuella stödåtgärden. EU:s statsstödsregler syftar till att förhindra att någon av marknadens aktörer ges oförtjänta fördelar, varför de ska bidra till upprätthållandet av konkurrensneutralitet. Statsstödsreglerna kompletterar således den centrala konkurrensrätten – såsom den kommer till uttryck i artikel 101 och artikel 102 EUF-fördraget – på så sätt att de hindrar det allmänna från att exempelvis gynna företag från den egna medlemsstaten eller att stödja ineffektiva företag som annars hade tvingats lämna marknaden. Vidare blir statsstödsreglerna många gånger av betydelse vid de olika intressekonflikter som kan uppstå mellan reglerna om offentlig upphandling och en mer eller mindre uttalad politisk vilja att ingå i en OPS och däri ingående avtalsvillkor.²

Artikel 107.1 EUF-fördraget definierar i stor utsträckning Kommissionens kontrollmöjligheter. De statsstödsrättsliga utgångspunkterna är att

¹ Battista, *The respect of State aid rules in PPPs*, 2007, s. 70. Se även Mehta, *State aid and Procurement in PPPs – Two Faces of a Single Coin?*, 2007, s. 141.

² Se Bovis, *How should services of general interest be financed: Does the relation between state aids and market forces reveal a link with Public Private Partnerships?*, 2007, s. 153 ff.

medlemsstaterna inte ska lämna stöd till företag och att eventuella stödåtgärder som en medlemsstat likväl avser att vidta ska anmälas till Kommissionen i enlighet med artikel 108.3 EUF-fördraget innan de verkställs så att den kan genomföra en bedömning om åtgärderna är förenliga med statsstödsreglerna eller inte.³ Följaktligen inbegriper EU-rätten inte endast ett förbud mot statliga stöd, utan också både en anmälningsskyldighet och ett s.k. *stand still*-krav, eller med andra ord ett genomförandeförbud.

Om en medlemsstat har för avsikt att vidta en åtgärd som uppfyller de kriterier för att utgöra ett statligt stöd som följer av artikel 107.1 EUF-fördraget finns det ändå en möjlighet att få åtgärden godkänd om den är förenlig med den inre marknaden. Således kan också Kommissionen med stöd av artikel 107.2 eller 107.3 bevilja undantag från det generella förbudet. Dessutom kan undantag beviljas med hänvisning till att det aktuella stödet lämnas för att ett företag ska kunna tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse.

4.2 Förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget

Förbudet mot statliga stöd i artikel 107.1 EUF-fördraget är generellt tillämpligt och kan därför aktualiseras i alla situationer då något annat inte följer av fördraget. Som nämnts definieras statliga stöd i artikel 107.1, varför åtgärder som inte uppfyller de i artikeln uppställda rekvisiten inte heller omfattas av den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3. Av bestämmelsen följer att "[o]m 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."

Inledningsvis ska nämnas att frågan huruvida en åtgärd är ett sådant statligt stöd som omfattas av artikel 107.1 EUF-fördraget ska avgöras utifrån en objektiv tolkning varför syftet med en viss åtgärd eller hur parterna uppfattar åtgärden är irrelevant.⁴ Syftet med en viss åtgärd kan dock vara av betydelse när det ska avgöras om åtgärden kan undantas från det generella förbudet med stöd av artikel 107.3.

³ Jfr Quigley & Collins, *EC State Aid Law and Policy*, 2003, s. 1.

⁴ Se mål C-83/98, *Ladbroke Racing*, p. 25, mål T-98/00, *Linde AG*, p. 40, och mål T-152/99, *HAMSA*, p. 159.

4.2.1 Statliga stöd

I samband med en tillämpning av statsstödsreglerna ska begreppet stöd ges en vid tolkning, varför det inte endast inrymmer direkta subventioner. I mål 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen*, uttalade EU-domstolen att:

”Enligt normalt språkbruk betraktas en subvention som en kontant- eller naturaförmån som beviljas till stöd för ett företag vid sidan av betalningen, från köparen eller användaren, för varor eller tjänster som företaget producerar.

Stödåtgärder är ett mycket närliggande begrepp där emellertid den målinriktade karaktären betonas så att stödåtgärder framstår som särskilt avsedda för att uppnå ett bestämt mål, vilket i allmänhet inte skulle kunna uppnås utan bistånd utifrån.

Begreppet stödåtgärd är dock mer allmänt än begreppet subvention eftersom det omfattar inte enbart konkreta förmåner som själva subventionerna utan även ingripanden som på olika sätt minskar de kostnader som normalt belastar företagets budget och som därigenom, utan att det är fråga om subventioner i strikt bemärkelse, är av samma karaktär och har identiskt lika effekter.”⁵

I mål 61/79, *Denkavit*, definierade domstolen begreppet stöd som varje åtgärd ”varigenom medlemsstaterna för att genomföra sina egna ekonomiska och sociala mål genom ensidiga och självständiga beslut ger företag eller andra rättssubjekt tillgång till medel eller fördelar som skall främja förverkligandet av de eftersträlvade ekonomiska eller sociala målen.”⁶

Följaktligen kan en mängd åtgärder rymmas inom begreppet stöd såsom möjligheten till förmånlig finansiering, exempelvis genom räntefria lån alternativt lån med låg ränta eller olika typer av lånegarantier. Andra exempel på åtgärder som kan utgöra stöd i statsstödsrättslig mening är åtgärder som medför att ett företag eller en typ av verksamhet får skattelättnader, antingen genom direkt skattereduktion eller genom införandet av förmånliga avskrivningsregler.⁷

Även om utbetalning av skadeståndsersättning vanligtvis inte utgör ett stöd i EU-rättslig mening, i och med att en sådan ersättning endast syftar till att kompensera företaget för den förlust ett tidigare statligt agerande

⁵ Mål 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*.

⁶ Mål 61/79, *Denkavit*, p. 31.

⁷ Beträffande svenska förhållanden kan Kommissionens beslut 30.06.2004 (KOM(2004)2200 fin), Energiskatt på el som förbrukas av tillverkningsindustrin (ärende N 156/2004), EUT 2005/C 137/05, nämnas. Kommissionen underkände i beslutet den svenska nollskattesats som gällde på energi för tillverkningsindustrin.

förorsakat,⁸ kan en sådan åtgärd träffas av artikel 107.1 EUF-fördraget om exempelvis skadeståndsanspråket är ogrundat. Också när en statlig ersättning utgår som kompensation för att ett företag går miste om en ekonomisk fördel eller rättighet, som i sig själv konstituerar ett statsstöd, omfattas åtgärden av stödbegreppet i artikel 107.1.⁹

Att avgöra huruvida direkta stöd lämnas från det allmänna till ett företag, exempelvis i form av en skattesubvention, vållar som utgångspunkt inga problem. I många fall är det däremot svårare att avgöra om en viss åtgärd är ett stöd i statsstödsrättslig mening. Avgörande för huruvida en viss åtgärd är ett stöd är som nämnts om mottagaren fått en fördel som den inte skulle ha uppburit under normala omständigheter på marknaden – annorlunda uttryckt om den offentliga aktören agerat ekonomiskt rationellt. För att avgöra om en det föreligger ett stöd i ett enskilt fall måste således ställning tas till om det aktuella företaget fått en ekonomisk fördel som det inte skulle ha fått under normala marknadsmässiga villkor.¹⁰

Om en offentlig aktör både verkar som myndighet i den mening att den reglerar marknaden samtidigt som den också agerar som ett företag på marknaden ska dess roll som myndighet beaktas vid avgörandet om den gynnar det egna företaget på ett sätt som medför att det rör sig om ett stöd i enlighet med artikel 107.1 EUF-fördraget.

Som exempel kan nämnas mål T-475/04, i vilket Tribunalen kom till slutsatsen att den reduktion av avgifter för beviljande av 3G-licenser som beviljades företagen *Société française du radiotéléphone* och *France Télécom* (vilket senare blev *Orange France*) inte utgjorde ett statsstöd. Även om de aktuella tillgångarna i form av ett allmänt frekvensutrymme hade ett ekonomiskt värde ansåg både Kommissionen och Tribunalen att man skulle beakta att den aktuella medlemsstaten inte bara ägde de ifrågavarande resurserna utan att man också reglerade den aktuella marknaden. Medlemsstaten var därför fri att själv välja licenstagare utan att utnyttja ett öppet auktionsförfarande. Under förutsättning att alla potentiella operatörer behandlades på ett likartat sätt förelåg därför inget statsstöd.

I samband med fastställandet om det om det föreligger ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget måste först och främst noteras att det är situationen i den egna medlemsstaten som är avgörande för om

⁸ Se de förenade målen 106–120/87, *Asteris*, p. 24.

⁹ Kommissionens beslut 20.03.1996, 96/34/EG, EGT 1996/L 180/31, p. 6. Se också Wegener-Jessen, *Forbudet mod statsstøtte i EU*, 2003, s. 176 f.

¹⁰ Se t.ex. mål C-39/94, *La Poste*, p. 60, mål C-256/97, *DM Transport*, p. 22, och mål T-46/97, *SIC*, p. 78.

företaget är gynnat eller inte. Det går således inte att utgå ifrån situationen i andra medlemsstater, i och med att man därigenom skulle behöva jämföra olika faktiska och legala situationer. Det kan följaktligen vara fråga om ett stöd om en medlemsstat försöker kompensera för konkurrensnackdelar som företag i den egna medlemsstaten har jämförts med andra medlemsstater.¹¹ Man måste inte heller kunna slå fast hur stort ett visst stöd är för att det ska anses vara ett sådant gynnande som omfattas av definitionen i artikel 107.1.¹²

Då ett statligt stöd som huvudregel ska bedömas på grundval av dess effekt och inte utifrån dess syfte, utgör det faktum att det allmänna väljer att tillskjuta kapital eller dylikt till ett offentligt företag inget hinder för att tillämpa artikel 107.1 EUF-fördraget. Därav följer att det i varje enskilt fall måste fastställas om det allmännas engagemang kännetecknas av ett kommersiellt intresse eller om åtgärden motiveras av ett offentligt intresse och i sådana fall bör anses som en typ av statligt ingrepp i form av offentlig maktutövning.¹³

För att skilja de två kategorierna av åtgärder från varandra har Kommissionen och EU-domstolen tillämpat kriteriet om en privat investerares beteende på en konkurrensutsatt marknad. Därför har också EU-domstolen definierat begreppet stöd som sådana åtgärder som leder till att ett företag får en ekonomisk fördel vilken det inte hade erhållit under normala marknadsmässiga förhållanden, vilket är ett uttryck för den s.k. marknadsekonomiska investeringsprincipen.¹⁴ Principen bygger på EU-domstolens dom i mål 234/84, *Belgien mot Kommissionen*.¹⁵

EU-domstolen har uttalat att det vid fastställandet om ett statligt stöd föreligger måste bedömas om stödgivaren agerar på villkor som skulle accepteras av en kommersiell aktör. Om så är fallet föreligger inget stöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget.¹⁶ Vid avgörande om det föreligger ett stöd måste således utrönas huruvida en viss åtgärd hade kunnat förväntas vidtas av en kommersiell aktör med siktet inställt på normal avkastning.

EU-domstolen har också preciserat att till skillnad från många privata investerare är inte medlemsstaterna lika måna om en omedelbar avkastning

¹¹ Se Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 31.

¹² Jfr mål C-200/97, *Ecotrade*, p. 41.

¹³ Se t.ex. Wegener Jessen, *Forbudet mod statsstøtte i EU*, 2003, s. 208.

¹⁴ Se t.ex. mål 234/84, *Belgien mot kommissionen*, p. 13, mål 40/85, *Belgien mot kommissionen*, p. 13, samt mål C-39/94, *La Poste*, p. 60.

¹⁵ Mål 234/84, *Belgien mot kommissionen*, p. 13.

¹⁶ Se t.ex. de förenade målen 67, 68 och 70/85, *van der Kooy*, p. 28.

på det insatta kapitalet, varför medlemsstaternas uppträdande inte direkt kan jämföras med hur många privata investerare skulle ha agerat under motsvarande förhållanden. Följaktligen behöver nödvändigtvis inte offentliga investerare eftersträva omedelbar avkastning för att dess engagemang inte ska omfattas av stödbegreppet.¹⁷ Av principen framgår emellertid att statliga åtgärder som inte syftar till att generera vinst, även på lång sikt, ska bedömas i förhållande till statsstödsreglerna i och med att en normal privat investerare inte skulle ha vidtagit de aktuella åtgärderna under motsvarande premisser.¹⁸

Om en offentlig aktör redan är aktieägare i ett företag kan nya investeringar behövas för att säkra företagets fortlevnad. Kapitaltillskott i en sådan situation kan också anses vara förenliga med den marknadsekonomiska investeringsprincipen i större utsträckning än nyinvesteringar i ett motsvarande företag.¹⁹ I samband med avgörandet om ett aktieäggande utgör ett statligt stöd ska jämförelsen göras med ett privat holdingbolag eller företagsgrupp som agerar utifrån en strukturpolicy som efterfrågar vinst på längre sikt.²⁰

Om en offentlig aktör agerar tillsammans med en eller flera privata investerare i samma ärende och på motsvarande villkor är utgångspunkten att medlemsstaten agerar i enlighet med den marknadsekonomiska investeringsprincipen.²¹ Som ett för svensk del belysande exempel på en tillämpning av den marknadsekonomiska investeringsprincipen kan nämnas Kommissionens beslut i ärende N 791/2006, *Business Case Norrköping*.²² I ärendet hade Kommissionen att ta ställning till om Norrköpings kommuns engagemang i ett marknadsföringsbolag som hade till uppgift att ingå avtal med olika flygbolag omfattades av EU:s statsstödsregler. Norrköpings kommun ägde direkt och indirekt 50 procent av aktierna i marknadsföringsbolaget.

Marknadsföringsbolaget bjöd in kommunen, sina privata delägare och ett antal externa privata företag att delta i en s.k. risk- och utvecklingsfond. Syftet med fonden var att genom ett riskdelningsavtal kunna erbjuda flygopera-

¹⁷ Se t.ex. mål C-305/89, *Alfa Romeo*, p. 20. Se också Kommissionens riktlinjer, Tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EEG-fördraget på offentliga myndigheters deläggande, EU:s bulletin 9-1994 (ej längre gällande).

¹⁸ Se mål C-303/88, *ENI-Lanerossi*, p. 22, de förenade målen T-126-127/96, *BFM*, p. 80 och mål T-234/95, *Stahlgesellschaft*, p. 121.

¹⁹ Se t.ex. Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 43 f.

²⁰ Se Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 43.

²¹ Se t.ex. mål T-296/97, *Alitalia*, p. 81.

²² Kommissionens beslut 10.07.2007 (K(2007) 3274 slutlig), *Business Case Norrköping* (ärende N 791/2006), EUT 2007/C 227/06.

törer vid flygplatsen tillfälliga garantier för att utbudet av flygtjänster skulle kunna utvecklas, vilket i sin tur skulle skapa gynnsammare förhållanden för att stimulera konkurrenskraft och tillväxt i regionen. Genom riskdelningsavtalen skulle den risk som uppstarten av en ny rutt är förenad med för den aktuella flygoperatören kunna delas mellan denne och investerarna. Norrköpings kommun hade beslutat att investera maximalt tre miljoner kronor i fonden som totalt skulle innehålla över sex miljoner kronor. De privata investerarna skulle göra motsvarande investering som kommunen på samma villkor.

Med hänvisning till att beslutet att inrätta fonden togs gemensamt av kommunen och det privata näringslivet samtidigt som de privata företagens investeringar inte på något sätt gynnades kom Kommissionen till slutsatsen att det offentliga kapitaltillskottet inte utgjorde ett stöd då kommunen agerade på samma villkor som de privata företagen.

Då en offentlig aktör agerar som kreditgivare och utan objektivet godtagbara skäl beviljar lån till ett företag på villkor som är mer gynnsamma, exempelvis i form av en låg ränta, än de villkor en privat långivare kan förväntas acceptera föreligger ett stöd. Stödet anses i en sådan situation uppgå till skillnaden mellan den ränta som företaget betalar och den marknadsmässiga räntan.²³ Om stödmottagaren överhuvudtaget inte skulle ha kunnat få det aktuella lånet på den öppna marknaden anses lånet som sådant utgöra ett stöd.²⁴

Då en medlemsstat i stället för att lämna en kredit lämnar en kreditgaranti måste den garantiavgift som företaget erlägger vara marknadsmässig för att det inte ska röra sig om ett stöd i statsstödsrättslig mening.²⁵ Det eventuella stödet anses också beviljat vid den tidpunkt då garantin medgavs och inte då garantin tas i anspråk.²⁶ Att en garanti inte behöver aktualiseras spelar ingen roll vid bedömningen om det rör sig om ett stöd i och med att kreditgarantin som sådan medför att stödmottagaren får betala en lägre ränta än utan den aktuella garantin. Om en offentlig aktör beviljar en garanti på villkor som inte är marknadsmässiga, dvs. då stödbegreppet är uppfyllt, anses stödbeloppet uppgå till skillnaden mellan den avgift för garantin som företaget erlägger och den avgift de borde ha erlagt med beaktande av vad motsvarande

²³ Se t.ex. mål T-16/96, *Cityflyer Express*, p. 53.

²⁴ Se mål T-234/95, *Stahlgesellschaft*, p. 184.

²⁵ Se t.ex. mål C-200/97, *Ecotrade*, p. 43.

²⁶ Se avsnitt 2.1 i Kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT 2008/C 155/10.

garanti hade kostat på den öppna marknaden. Om motsvarande garanti inte hade kunnat erhållas på den öppna marknaden är stödbeloppet det samma som skillnaden mellan den ränta som stödmottagaren erlägger med garantin jämfört med den ränta som hade varit gällande utan den aktuella garantin.²⁷ Under vissa villkor kan också hela det garanterade lånebeloppet anses utgöra ett stöd.²⁸

Alla statliga garantier behöver emellertid inte utgöra stöd. Förutsatt att låntagaren har en sund finansiell ställning, garantin är knuten till en bestämd finansiell transaktion, avser ett fastställt högsta belopp, inte täcker mer än 80 procent av det utestående lånet eller den finansiella förpliktelsen och har en begränsad varaktighet samt om låntagaren betalar marknadspris för garantin – vilket ska återspegla garantibeloppet och garantins varaktighet, den säkerhet som låntagaren ställer, låntagarens finansiella ställning, verksamhetssektor och framtida utsikter, andelen betalningsförsummelser och andra ekonomiska faktorer – träffas garantin inte av förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget.²⁹

Som nämnts kan även andra typer av statliga åtgärder utgöra stöd i enlighet med artikel 107.1 EUF-fördraget. Exempelvis anses det röra sig om ett stöd om en medlemsstat säljer fast egendom till ett pris som inte motsvarar marknadspriset. Statsstodsreglernas tillämpning ifråga om offentlig försäljning av fast egendom behandlas nedan i avsnitt 4.6.

Också vid försäljning av andra offentliga tillgångar, inklusive *goodwill*, måste villkoren motsvara de villkor en privat försäljare skulle ha accepterat för att det inte ska röra sig om ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget.³⁰ Stödbegreppet är dessutom uppfyllt om en medlemsstat säljer tjänster till ett visst företag till underpris. I en sådan situation måste det pris den offentliga aktören tillämpar jämföras med marknadspriset – vilket inte alltid låter sig göras i och med att det ofta saknas privata företag att jämföra med.³¹ Tjänster som tillhandahålls inom ramen för en myndighets normala verksamhet anses däremot inte utgöra ett statligt stöd även om en

²⁷ Se Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 47.

²⁸ Se mål C-288/96, *JAKO*, p. 31.

²⁹ Se avsnitt 3.2 i Kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT 2008/C 155/10.

³⁰ Se mål T-613/97, *UFEX*. Domen upphävdes dock av EG-domstolen i de förenade målen C-341–342/06 P, *UFEX*, med hänvisning till att det inte var bevisat att de aktuella tillgångarna överlätits utan ersättning och att konkurrensen inte påverkats. EG-domstolen uttalade dock inte att *good will* inte skulle beaktas vid värderingen. Se också Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 53.

³¹ Se Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 54.

sådan tjänst tillhandahålls till underpris.³² Sådana tjänster torde dock vara ovanliga, men kan eventuellt förekomma vid tillståndsgivning eller vid tillhandahållande av olika upplysningar eller utredningar.

Även vid offentliga inköp är utgångspunkten att det inte föreligger något stöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget.³³ Ett offentligt inköp kan däremot utgöra ett stöd om det inte görs utifrån objektiva och öppna kriterier. Följaktligen måste man i ett enskilt ärende först och främst fastställa om det finns ett verkligt behov av den aktuella varan eller tjänsten. Om så inte är fallet kan det indikera att det föreligger ett gynnande. Därtill måste undersökas om den aktuella transaktionen utförts på normala affärsrättsliga villkor.³⁴ Har det offentliga inköpet genomförts efter ett öppet förfarande, exempelvis genom en upphandling i enlighet med LOU, anses den offentliga aktören som utgångspunkt ha agerat på ett sätt som utesluter att det föreligger ett stöd. Om ett inköp däremot gjorts utan att det offentliggjorts måste avgöras om villkoren för inköpet var sådana som normalt kännetecknar liknande transaktioner.³⁵

Enligt ordalydelsen av artikel 107.1 EUF-fördraget omfattas endast stöd som utgår från staten eller med hjälp av statliga medel av fördragets statsstödsbestämmelser. Även om rekvisiten tycks vara alternativa har domstolen slagit fast att båda rekvisiten ska vara uppfyllda.³⁶ För att ett stöd ska omfattas av artikeln fordras därför att stödet dels utgår till följd av statens handlande, dels att det finansieras med statliga medel.

Vid tillämpningen av EU-rättens regler om statsstöd innefattar inte begreppet stat endast det centrala statsorganet, utan det inbegriper även regionala och lokala myndigheter. Således inkluderas stöd som utgår från både svenska kommuner och landsting av fördragets kontrollregler under förutsättning att även övriga rekvisit är uppfyllda. Likaså kan stöd som lämnas av offentliga företag träffas av förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget.³⁷

³² Se Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 55.

³³ Se Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 55.

³⁴ Se de förenade målen T-116 och 118/01, *P & O European Ferries*, p. 118. Se också t.ex. mål T-14/96, *BAI*, och de förenade målen C-442 och 471/03 P, *P & O European Ferries*.

³⁵ Se Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 55 f. Se även O'Keefe & Branton, *State Aid and Urban Regeneration: A UK Perspective*, 2007, s. 485.

³⁶ Se t.ex. mål C-379/98, *PreussenElektra*, p. 58. Se också Nicolaidis m.fl., *State Aid Policy in the European Community: A Guide for Practitioners*, 2005, s. 12-14.

³⁷ Se t.ex. mål 248/84, *Tyskland mot Kommissionen*, p. 17, de förenade målen 127, 129 och 148/99, *Territorio Histórico de Álava m.fl.*, p. 142, mål C-88/03, *Portugal mot kommissionen*, p. 55, och mål T-358/94, *Air France*, p. 56.

Förbudet mot statliga stöd kan även aktualiseras då privata organ engagerar sig på marknaden under förutsättning att de administrerar ett stöd som härrör från statliga medel. För att ett stöd som kanaliseras genom ett privat organ som inte är upprättat av staten för att administrera den aktuella åtgärden ska kunna träffas av förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget fordras däremot att staten *de jure* eller *de facto* har en sådan kontroll att det privata organet inte självständigt hade kunnat fatta det aktuella beslutet att gynna ett visst företag.³⁸ Då stödåtgärder kanaliseras genom privata organ behöver det däremot inte närmare utredas huruvida det är de statliga resurserna som kommer mottagarna av stödet tillgodo eller om stödet utgår från organets egna medel. Enligt EU-domstolens praxis är det tillräckligt att visa att stödorganet kunnat frigöra egna medel till följd av att staten tillfört resurser till organet, varför en medlemsstat inte kunnat undgå fördragets regler om statsstöd genom att betala ut medel via offentliga eller privata organ.³⁹ Både offentliga och privata organ som administrerar stödåtgärder anses följaktligen vara en del av staten.⁴⁰

För att förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget ska aktualiseras krävs vidare att det ifrågavarande stödet utgår med statliga medel. I likhet med vad som gäller ifråga om begreppet *stat* ska också begreppet statliga medel ges en vid tolkning. Det är därför inte endast stöd som utgår från statsbudgeten som kan träffas av bestämmelsen, utan även stöd som utgår med kommunala och regionala medel omfattas. Stöd som ges med hjälp av statliga resurser föreligger emellertid inte endast då en stödgivare betalar ut medel – utan även en åtgärd i form av en reduktion av intäkter för staten kan konstituera ett stöd som utgår med hjälp av statliga medel. För att artikel 107.1 ska aktualiseras fordras som nämnts därför inte att staten drabbas av en ekonomisk börda.⁴¹

4.2.2 *Selektivitet, snedvridning av konkurrensen och påverkan på samhandeln*

För att förbudet mot statsstöd ska aktualiseras krävs inte bara att en viss åtgärd konstituerar ett statligt stöd, åtgärden måste dessutom vara både selektiv och påverka konkurrensen samtidigt som samhandelskriteriet är uppfyllt.

Med att en åtgärd ska vara selektiv ska förstås att åtgärden gynnar vissa företag eller viss produktion. Allmänna åtgärder som syftar till att öka den

³⁸ Se t.ex. Iversen m.fl., *Regulering av konkurrens* i EU, 2008, s. 435 f.

³⁹ Se mål C-303/88, *ENI-Lanerossi*, p. 14, och mål C-305/89, *Alfa Romeo*, p. 15.

⁴⁰ Mål 78/76, *Steinicke & Wenlig*, p. 21. Se även de förenade målen 67, 68 och 70/85, *van der Kooy*, p. 35, samt mål C-305/89, *Alfa Romeo*, p. 13.

⁴¹ Se t.ex. mål 290/83, *Credit Agricole*, p. 14.

ekonomiska utvecklingen inom en medlemsstat, exempelvis genom skattesänkningar eller förmånliga avskrivningsregler, träffas därför inte av förbudet om de kommer alla företag som agerar inom medlemsstaten tillgodo.

För att tillämpa selektivitetsrekvisitet måste först begreppen företag och produktion definieras i förhållande till artikel 107 EUF-fördraget. För att förbudet i artikel 107.1 ska aktualiseras krävs att den ifrågavarande stödåtgärden gynnar ett företag. Företagsbegreppet ska i likhet med vad som gäller i samband med en tillämpning av den centrala konkurrensrätten ges en vis innebörd. I mål C-41/90, *Höfner*, slog EG-domstolen som nämnts fast att "... begreppet företag inom ramen för konkurrensrätten omfattar varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering".⁴²

I samband med avgörandet om företagsbegreppet är uppfyllt är det oväsentligt om den aktuella verksamheten ägs av offentliga eller privata intressenter. Konkurrensreglerna, inklusive artikel 107.1 EUF-fördraget, ska tillämpas oavsett vem som äger verksamheten.⁴³ Detta utesluter dock inte att det tas hänsyn till stödmottagarens karaktäristika då det avgörs om den aktuella åtgärden skulle ha vidtagits under normala betingelser på marknaden.⁴⁴ Motsvarande gäller ifråga om stöd som lämnas till ett företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Det faktum att en aktör anförtröts att tillhandahålla sådana tjänster utesluter inte att företagsbegreppet är uppfyllt. Däremot kan eventuellt den aktuella åtgärden helt falla utanför förbudet i artikel 107.1 med hänvisning till att det inte föreligger något gynnande om vissa av EU-domstolen uppställda villkor är tillgodosedda.⁴⁵ En sådan åtgärd kan också under förutsättning att vissa av Kommissionen definierade villkor är uppfyllda undantas från den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3.⁴⁶

Förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget kan således aktualiseras om den som gynnas av en viss åtgärd bedriver ekonomisk eller kommersiell verksamhet oavsett i vilken form verksamheten bedrivs, hur den finansieras eller

⁴² Se mål C-41/90, *Hofner*, p. 21.

⁴³ Se t.ex. de förenade målen T-228 och 233/99, *Westdeutsche Landesbank*.

⁴⁴ Se Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 37.

⁴⁵ Se mål C-280/00, *Altmark*.

⁴⁶ Se Kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT 2005/L 312/67 (Kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG).

vem som äger den.⁴⁷ Ett undantag från den i övrigt vida tolkningen av företagsbegreppet är myndighetsutövning. Då offentliga medel överförs mellan olika statsorgan för att användas vid myndighetsutövning kan därför sådana åtgärder inte träffas av förbudet i artikel 107.1.⁴⁸

I vissa situationer kan ett stöd som lämnas till ett företag inte bara gynna det företaget utan stödet kan då också indirekt gynna ett annat företag. I sådana fall anses båda företagen vara stödmottagare. Som exempel kan nämnas en situation där ett stöd till ett företag beviljas under förutsättning att det också kommer andra företag tillgodo. Indirekta stöd enligt ovan kan också komma att träffas av förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget oavsett om värdena av varje enskilt stöd understiger de värden som följer av den s.k. *de minimis*-förordningen.⁴⁹

Med stöd till viss produktion avses åtgärder som gynnar vissa specifika sektorer, exempelvis stöd som utgår till alla företag verksamma inom textilindustrin i en medlemsstat. Om ett stöd däremot gynnar alla sektorer kan åtgärden som nämnts inte träffas av förbudet – i sådana situationer är inte selektivitetsrekvisitet uppfyllt i och med att de möjliga stödmottagarna då inte specificeras. Åtgärder som tillgodoser alla medlemsstatens företag, eller alla typer av produktion, omfattas således inte av förbudet.⁵⁰

För att ett stöd ska omfattas av förbudet krävs endast att dess verkningar är selektiva, varför stödet till sin utformning inte nödvändigtvis behöver vara selektivt. Således kan en åtgärd som vid en första anblick är generell istället framstå som selektiv i ljuset av dess verkningar.⁵¹

Ytterligare ett rekvisit som måste vara uppfyllt för att förbudet mot statsstöd i artikel 107.1 EUF-fördraget ska kunna tillämpas är att det aktuella stödet ska snedvrída eller hota att snedvrída konkurrensen. I och med att förbudet mot statsstöd aktualiseras såväl då konkurrensen snedvríds som då den hotar att snedvrídas, behöver effekten av ett stöd på kort sikt inte leda till att konkurrensen påverkas. Således kan en åtgärd som leder till att ett företag kan bibehålla sin marknadsandel, eller då ett stöd leder till att nya

⁴⁷ Enskilda företagare såsom tandlakare kan utgöra företag i konkurrensrättslig mening, se mål C-172/03, *Heiser*. Även s.k. *non profit*-organisationer kan omfattas av företagsbegreppet i de delar de tillhandahåller varor eller tjänster på marknaden, se mål C-222/04, *Cassa di Risparmio*.

⁴⁸ Se t.ex. Iversen m.fl., *Regulering av konkurrens i EU*, 2008, s. 445 f. och Wegener Jessen, *Forbudet mod statsstøtte i EU*, 2003, s. 208.

⁴⁹ Se de förenade målen C-280-282/99 P, *Mocita m.fl.* och mål T-354/99, *Kuwait Petroleum*.

⁵⁰ Se mål C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, p. 36.

⁵¹ Se t.ex. mål C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, p. 41.

aktörer hindras ta sig in på marknaden träffas av förbudet. För att förbudet ska kunna tillämpas krävs det därför endast att det existerar en potentiell konkurrens på marknaden och att stödet hotar att snedvrیدا denna.⁵²

Om ett företag tar emot ett statligt stöd och företagets ställning därmed stärks i förhållande till dess konkurrenter inom EU antar EU-domstolen inte bara att stödet riskerar påverka konkurrensen, utan domstolen utgår också ifrån att stödet påverkar handeln mellan medlemsstater.⁵³ EU-domstolen har dessutom givit båda rekvisiten en vidsträckt tolkning.

Samhandelskriteriet torde regelmässigt vara uppfyllt då en stödmottagare bedriver export till en annan medlemsstat. Även i situationer där stödmottagaren inte bedriver sådan export, men då den typ av produkt som stödmottagaren tillverkar är föremål för gränsöverskridande handel, är med stor sannolikhet samhandelskriteriet uppfyllt. I sådana fall riskerar ett statligt stöd att medföra att exporterande företag i andra medlemsstater får svårare att avsätta sina produkter i den medlemsstat där det privilegierade företaget verkar.⁵⁴

Kommissionen har däremot ansett att stöd under ett visst belopp normalt inte påverkar vare sig konkurrensen eller samhandeln i en sådan utsträckning att förbudet aktualiseras. I förordning 1998/2006/EG har Kommissionen därför undantagit små stödbelopp från förbudet, s.k. *de minimis*-stöd.⁵⁵

De minimis-regeln ska enligt artikel 1 i förordningen som huvudregel tillämpas på stöd till företag inom alla sektorer.⁵⁶ Förordningen innebär att Kommissionen utgår ifrån att stöd som understiger 200 000 euro under en treårsperiod inte uppfyller samtliga kriterier i artikel 107.1 EUF-fördraget.⁵⁷ Ett företag kan därför ta emot sammanlagt 200 000 euro under en treårsperiod (avseende stöd till företag verksamma inom vägtransportsektorn gäller som *de minimis*-belopp 100 000 euro) utan att stödet måste anmälas till Kommissionen för godkännande innan det verkställs. Om en stödåtgärd

⁵² De förenade målen C-62/87 och C-72/87, *Exécutif régional wallon*, p. 14–15.

⁵³ Mål 730/79, *Philip Morris*, p. 11.

⁵⁴ Mål 102/87, *Frankrike mot kommissionen*, p. 19 och mål C-303/88, *ENI-Lanerosi*, p. 27.

⁵⁵ Förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT 2006/L 379/05.

⁵⁶ Det finns emellertid enligt artikel 1 områden på vilka förordningen inte ska tillämpas, bl.a. rör det sig om sådana verksamheter som avser produktion, bearbetning eller marknadsföring av de produkter som förtecknas i bilaga I till fördraget, dvs. främst stöd till jordbruks- och fiskerinäringen. En tillämpning av förordningen utesluts också på exportrelaterade stöd, och stöd som förutsätter att inhemska produkter används på bekostnad av importerade produkter. För fler undantag se artikel 1 i förordningen.

⁵⁷ Artikel 2 i förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT 2006/L 379/05.

däremot medför att beloppet överskrider ska hela stödet anmälas till Kommissionen för godkännande, dessutom måste genomförandeförbudet då också iakttas.

Ifråga om kreditgarantier innehåller *de minimis*-förordningen särskilda beräkningsregler. Det allmänna taket på 200 000 euro per treårsperiod ersätts därför enligt artikel 2.4 d av ett särskilt tak då värdet av en kreditgaranti ska beräknas under vilket utgångspunkten är att åtgärden vare sig snedvrider konkurrensen eller påverkar handeln mellan medlemsstater. Enligt den särskilda regleringen rörande kreditgarantier anses garantiordningar på 1 500 000 euro ha en bruttobidragsekvivalent motsvarande det allmänna taket för stöd av mindre betydelse, dvs. 200 000 euro under en treårsperiod.⁵⁸ Om det garanterade lånebeloppet inte överskrider 1 500 000 euro per företag, samtidigt som garantin inte omfattar mer än 80 procent av själva lånet, omfattas således en kreditgaranti som utgångspunkt inte av EU:s statsstödsregler.

I sammanhanget ska däremot observeras att alla kreditgarantier som inte uppfyller villkoren i *de minimis*-förordningen inte nödvändigtvis konstituerar otillåtna statsstöd. Även om det garanterade lånebeloppet överstiger 1 500 000 euro för ett enskilt företag utgör själva kreditgarantin inget stöd om låntagaren betalar ett marknadspris för garantin.⁵⁹

4.3 Undantag från förbudet

Som nämnts är huvudregeln att alla stöd som uppfyller rekvisiten i artikel 107.1 EUF-fördraget är förbjudna i och med att de principiellt anses vara oförenliga med den inre marknaden. Sådana stöd kan likväl omfattas av något av EU-rättens undantag vilka regleras i artikel 107.2 och 107.3. Dessutom kan vissa stöd komma att undantas från förbudet i artikel 107.1 som en följd av stödåtgärdernas särskilda karaktär – stöd som lämnas till företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse behöver inte nödvändigtvis träffas av förbudet i artikel 107.1.

Ifråga om artikel 107.2 EUF-fördraget föreligger en skyldighet för Kommissionen att bevilja undantag för stöd av social karaktär som ges till enskilda

⁵⁸ Den metod och de uppgifter som används för att beräkna det särskilda garantitaket ska inte tillämpas ifråga om företag i svårigheter i den mening som avses i gemenskapens riktlinjer om statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter, se p. 15 i ingressen till förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT 2006/L 379/05.

⁵⁹ Jfr avsnitt 3.2 i Kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT 2008/C 155/10.

konsumenter, för stöd som utgår för att avhjälpa skador till följd av naturkatastrofer och stöd som avser att uppväga de ekonomiska nackdelar näringslivet i vissa delar av Tyskland drabbats av till följd av Tysklands delning.

Till skillnad från möjligheten till undantag enligt artikel 107.2 EUF-fördraget är de möjligheter till undantag som följer av artikel 107.3 av större praktisk betydelse för Kommissionen och medlemsstaterna. I artikel 107.3 specificeras vilka typer av stöd som kan godkännas av Kommissionen, variden vägledande principen är att stöden ska medverka till att uppnå mål av för EU gemensamt intresse. De stöd som kan gynnas av undantaget går att hänföra till regionalstöd, horisontella stöd och vissa sektorsspecifika stöd.

I det följande ska de möjligheter till undantag från förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget som är av ett visst intresse i sammanhanget behandlas relativt övergripande. Dels behandlas de undantagsmöjligheter som följer av artikel 107.3, dels de möjligheter till undantag som kan aktualiseras till följd av att den gynnade verksamheten är av en viss karaktär – nämligen att den avser tillhandahållande av tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse.

4.3.1 *Undantag enligt artikel 107.3 EUF-fördraget*

I artikel 107.3 EUF-fördraget återfinns en uppräknning av i vilka fall Kommissionen får bevilja undantag från förbudet i artikel 107.1. I likhet med övriga EU-rättsliga undantag ska även dessa tolkas restriktivt. Även om Kommissionens mål är att begränsa de statliga stöden godkänner den regelmässigt vissa typer av stödåtgärder. För att undantag ska beviljas krävs att stödet är förenligt med den inre marknaden, dvs. att EU:s syften och intressen gynnas av stödet. Följaktligen är medlemsstatens eller mottagarens intresse inte av någon betydelse vid avgörandet om undantag ska beviljas.⁶⁰ De mål av gemensamt europeiskt intresse som kan motivera statliga stöd är också av olika karaktär – i huvudsak är det däremot av ett gemensamt intresse att öka den ekonomiska effektiviteten och att vidta åtgärder för att främja rättvisa. Det kan således anses vara av ett allmänt europeiskt intresse att främja välfärd genom att vidta åtgärder för att hantera marknadsmisslyckanden och vidta åtgärder för att uppnå sociala och politiska målsättningar i form av exempelvis hållbar utveckling, miljöhänsyn samt social- och regional sammanhållning.⁶¹

Då Kommissionen ska avgöra om en planerad stödåtgärd är förenlig med den inre marknaden utgår den ifrån ett avvägningstest där Kommissionen

⁶⁰ Se Iversen m.fl., *Regulering av konkurrens i EU*, 2008, s. 467.

⁶¹ Jfr Wegener Jessen, *Forbudet mod statsstøtte i EU*, 2003, s. 291.

väger stödets positiva effekter när det gäller att nå ett mål av gemensamt intresse mot dess eventuella negativa bieffekter, såsom snedvridning av handel och konkurrens. Avvägningstestet görs i tre steg, varvid de två första stegen syftar till att undersöka huruvida det aktuella stödet har några positiva effekter, medan det tredje steget tar sikte på stödets negativa effekter. Därefter görs en avvägning mellan de positiva och de negativa effekterna.⁶²

Avvägningstestet är strukturerat på följande sätt:

1) Har stödåtgärden ett klart definierat mål av gemensamt intresse (exempelvis tillväxt, sysselsättning, sammanhållning, miljö eller energisäkerhet)?

2) Är stödet utformat så att detta mål av allmänt intresse kan nås, dvs. är stödets syfte att åtgärda ett marknadsmisslyckande, eller finns det ett annat mål?

a) Är statligt stöd det rätta instrumentet på politikområdet i fråga?

b) Uppstår det en stimulans effekt, dvs. kommer stödet att ändra företagets agerande?

c) Är stödåtgärden proportionerlig; dvs. skulle samma ändring av handlingsmönstret kunna uppnås med mindre stöd? Om marknadskrafterna, utan statlig intervention, kan främja de aktuella intressena ska således Kommissionen inte heller bevilja undantag från förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget.⁶³

3) Är snedvridningen av konkurrensen och effekterna på handeln begränsade så att den sammanlagda avvägningen blir positiv?

Enligt artikel 107.3 (a) EUF-fördraget kan undantag beviljas då stöd utgår för att främja ekonomisk utveckling i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarig brist på sysselsättning. I mål 248/84, *Kommissionen mot Tyskland*, uttalade domstolen att den ekonomiska värderingen i dessa fall skulle göras utifrån EU som helhet.⁶⁴ Enligt artikel 107.3

(b) kan undantag från förbudet även medges om en stödåtgärd syftar till att genomföra viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi.

⁶² Se Kommissionens dokument, Handlingsplan för statligt stöd – mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009, KOM(2005) 107 slutlig.

⁶³ Mål 730/79, *Philip Morris*, p. 16 och 17.

⁶⁴ Mål 248/84, *Tyskland mot Kommissionen*, p. 19.

I artikel 107.3 (c) EUF-fördraget regleras en möjlighet till undantag som knyter nära samman med punkt (a). I punkt (c) framgår att undantag kan beviljas även då stödet ska underlätta utvecklingen av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, utan något krav på att situationen ska vara onormal eller allvarlig i förhållande till den inre marknaden som helhet.⁶⁵ Även om undantaget i punkt c, till skillnad från undantaget i punkt a, utgår ifrån nationella förhållanden måste det aktuella stödet främja EU:s intresse.⁶⁶ Ett stöd kan inte heller medges med hänvisning till bestämmelsen om stödet påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot EU:s intresse.

Som argument för att stöd kan medges för att underlätta utvecklingen av vissa näringsverksamheter har anförts att det aktuella stödet måste syfta till att utveckla en hel näringssektor och inte bara enskilda företag verksamma inom den aktuella sektorn. Huruvida Kommissionens praxis ger uttryck för samma ståndpunkt är däremot mer tveksamt.⁶⁷

Som nämnts kan även stöd som syftar till att underlätta utvecklingen av vissa regioner accepteras som förenliga med den inre marknaden med hänvisning till punkt (c). För att ett stöd ska kunna utgå på den grunden fordras däremot att den aktuella regionen är missgynnad i förhållande till andra regioner i den aktuella medlemsstaten. Vilka områden i Sverige som kan undantas med hänvisning till bestämmelsen i punkt (c) följer av den s.k. regionalstödskartan.⁶⁸ Ett stöd kan därför inte undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget om det utgår för att underlätta utvecklingen av andra regioner än de som anges i regionalstödskartan.

I artikel 107.3 (d) EUF-fördraget regleras möjligheterna att bevilja stöd till kulturella ändamål så länge det aktuella stödet inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset. Ytterligare en möjlighet till undantag följer av punkt (e) som ger Rådet kompetens att efter förslag från Kommissionen besluta om undantag även vid andra former av stöd än vad som stadgas av artikel 107.3.

För att underlätta bedömningen huruvida undantag enligt artikel 107.3 EUF-fördraget ska kunna beviljas i särskilda situationer har också Kommissionen genom rådets förordning 994/98/EG givits kompetens att utfärda s.k.

⁶⁵ Se von Qutitzow, *State Measures Distorting Free Competition in the EC*, 2002, s. 161.

⁶⁶ Se t.ex. Aldestam, *EC State aid rules applied to taxes*, 2005, s. 124.

⁶⁷ Jfr Aldestam, *EC State aid rules applied to taxes*, 2005, s. 124 f.

⁶⁸ Kommissionens beslut 20.12.2006 (K (2006) 6719 slutlig), *Regionalstödscharta 2007–2013* (ärende N 431/2006), EUT 2007/C 34.

gruppundantagsförordningar. Den gruppundantagsförordning som numera gäller slår i stor utsträckning fast under vilka villkor en medlemsstat inte behöver anmäla ett stöd innan det verkställs i enlighet med artikel 108.3.⁶⁹

4.3.2 Undantag med hänvisning till verksamhetens särskilda karaktär

Vissa stöd av social karaktär kan däremot undantas från en tillämpning av EU:s statsstödsregler, oavsett bestämmelsen i artikel 107.3 EUF-fördraget, med hänvisning till att ett stöd behövs för att ett företag ska kunna tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse. Denna möjlighet till undantag från statsstödsreglerna grundar sig inte endast på artikel 106.2 utan har också utvecklats i praxis.⁷⁰

För att en tjänst ska anses vara av ett allmänt ekonomiskt intresse, och följaktligen kunna komma ifråga för undantag med hänvisning till verksamhetens särskilda karaktär, fordras normalt att det föreligger en skyldighet för företaget ifråga att tillhandahålla den aktuella tjänsten på likvärdiga villkor till samtliga medborgare,⁷¹ samt att tjänsten skiljer sig från annan ekonomiskt verksamhet samtidigt som den inte hade kunnat tillvaratas på acceptabla villkor på den öppna marknaden.⁷² Som typiska exempel på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan nämnas avfallshantering, postdistribution och ambulanstransporter.⁷³

Enligt EU-domstolens praxis på statsstödsområdet behöver en kompensation som lämnas till ett företag för att detta ska kunna tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse som ålagts företaget inte alltid konstituera ett stöd i fördragets mening, varför det i formellt hänseende kan vara tveksamt att tala om ett egentligt undantag. Ett krav för att en kompensation för ett tillhandahållande av en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse inte ska utgöra ett stöd, och därför inte heller behöver anmälas till Kommissionen innan den verkställs, är däremot att de kriterier som uppställdes av EU-domstolen i *Altmark* eller de krav som följer av Kommissionens beslut

⁶⁹ Se förordning (EG) nr 800/2008 av den 6 augusti 2008 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 87 och 88 i fördraget (allmän gruppundantagsförordning), EUT 2008/L 214/03.

⁷⁰ Se främst mål C-280/00, *Altmark*.

⁷¹ Se Steinicke, *Privilegerede virksomheder og EU-Retten*, 2002, s. 88 f.

⁷² Icke-officiellt dokument från Kommissionen, *Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd*, 12/11/2002, s. 8, p. 22.

⁷³ Se mål C-203/96, *Chemische Afvalstoffen*, C-320/91, *Corbeau* respektive mål C-475/99, *Ambulanz Glockner*. Se också t.ex. Christensen m.fl., *Konkurrenzeretten i EU*, 2005, s. 820.

av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG-fördraget (numera artikel 106.2 EUF-fördraget) är uppfyllda.⁷⁴

I ett enskilt ärende måste således först avgöras den verksamhet som gynnas kan rymmas inom begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Om så är fallet måste därefter analyseras huruvida ett det aktuella stödet utgör en kompensation för utförande av en sådan tjänst enligt de kriterier som utvecklats av EU-domstolen i *Altmark*.⁷⁵ Om förutsättningarna för undantag enligt *Altmark* inte är uppfyllda återstår att undersöka huruvida undantag från anmälningsplikten kan medges med hänvisning till Kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG (numera artikel 106.2 EUF-fördraget). I händelse av att något av de nämnda undantagen inte kan aktualiseras anses ett stöd föreligga, vilket medför att åtgärden som huvudregel ska anmälas till Kommissionen så att denna ska kunna bedöma om det aktuella stödet är förenlighet med den inre marknaden. Vid en sådan bedömning kan Kommissionen pröva den aktuella åtgärden också i förhållande till artikel 106.2.

4.4 Den statsstödsrättsliga proceduren

I syfte att åstadkomma en effektiv kontroll på statsstödsområdet har medlemsstaterna ålagts att anmäla nya planerade stödåtgärder till Kommissionen. Dessutom undersöker Kommissionen löpande existerande stödåtgärders förenlighet med den inre marknaden. Dessa åtgärder regleras i artikel 108 EUF-fördraget och i den procedurförordning⁷⁶ som antagits av Rådet.⁷⁷ Procedurförordningen reglerar även Kommissionens kontroll- och reaktionsmöjligheter i händelse av att en medlemsstat inte anmäler ett eventuellt statligt stöd till Kommissionen.

Den anmälningsplikt som gäller för nya stöd innebär att en medlemsstat ska underrätta Kommissionen inför varje planerad ny stödåtgärd eller ändring av sådan. Kommissionen ska således få möjlighet att lämna sina synpunkter på stödets förenlighet med den inre marknaden innan det verkställs.

⁷⁴ Mål C-280/00, *Altmark*, respektive Kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG.

⁷⁵ Se nedan avsnitt 4.5.

⁷⁶ Förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget, EGT 1999/L 83/01 (Procedurförordningen).

⁷⁷ För en genomgång av förordningen se Sinnaeva, *State Aid Procedures: Developments Since the Entry Into Force of the Procedural Regulation*, 2007, s. 965–1033.

Anmälningssplikten är dock inte absolut, undantag från anmälningssplikten kan medges under förutsättning att något av de undantag som följer av EU-rätten kan aktualiseras.⁷⁸

Nya stöd omfattas dock inte endast av en anmälningssplikt, utan de är som nämnts även underkastade ett genomförandeförbud i enlighet med artikel 108.3 EUF-fördraget och artikel 3 i Procedurförordningen.⁷⁹ Genomförandeförbudet innebär att en medlemsstat inte får genomföra en planerad stödåtgärd innan Kommissionen godkänt den eller anses få ha godkänt den. Även stöd som inte anmälts till Kommissionen och stöd som verkställts i strid med genomförandeförbudet anses vara oförenliga med den inre marknaden. I artikel 1 (f) i Procedurförordningen definieras också ett olagligt stöd som ett "... nytt stöd som införs i strid med artikel [108.3] i fördraget".

Kommissionen granskar vanligtvis anmälda steg i två steg. Först genomförs en preliminär granskning som sedan i vissa fall åtföljas av en formell granskning. Vid den preliminära granskningen bildar sig Kommissionen en inledande uppfattning om den anmälda stödåtgärden är förenlig med den inre marknaden. Den preliminära proceduren kan då avslutas genom att Kommissionen fattar beslut om att den anmälda stödåtgärden inte utgör ett stöd i den bemärkelse som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget, eller att åtgärden utgör ett stöd men att den ska beviljas undantag.

Om Kommissionen efter en preliminär granskning är tveksam till om en anmäld stödåtgärd är tillåten eller inte kan den inleda en formellt förfarande. I sådana fall kan Kommissionen inhämta fler uppgifter angående stödåtgärden, men även ta del av information från andra intresserade parter. Kommissionens hållning publiceras därför i EUT, där intresserade parter uppmanas att avge synpunkter i det aktuella ärendet. Efter en formell granskning kan Kommissionen besluta att den anmälda åtgärden inte utgör ett stöd eller att åtgärden visserligen utgör ett stöd men att den inte är oförenlig med den inre marknaden. Ett beslut om godkännande av ett stöd kan också villkoras på så sätt att stödet endast anses tillåtet om medlemsstaten vidtar särskilt angivna

⁷⁸ Se ovan avsnitt 4.3.

⁷⁹ I mål 120/73, *Gebrüder Lorenz*, p. 8, slog EG-domstolen fast att *stand still*-kravet i artikel 88.3 EG (numera artikel 108.3 EUF-fördraget) har direkt effekt. Nationella domstolar kan följaktligen vara nödgade att göra en egen bedömning angående huruvida en viss åtgärd omfattas av artikel 107.1 EUF-fördraget, se mål C-345/02, *Pearle*, p. 31. Se också Simonsson, *On the Emerging Obligation for Member State Authorities to Supervise and Enforce EC State Aid Law*, 2006, s. 233–256.

åtgärder. Kommissionen kan även fatta ett negativt beslut, dvs. besluta att det anmälda stödet inte är förenligt med den inre marknaden och således inte heller är tillåtet.⁸⁰

Oanmälda stöd som kommer till Kommissionens kännedom genom upplysningar eller klagomål från andra medlemsstater eller konkurrenter ska enligt artikel 11 i Procedurförordningen undersökas av Kommissionen. Efter en preliminär granskning kan Kommissionen även i dessa fall gå vidare med en formell undersökning. Således skiljer sig proceduren vid granskning av oanmälda stöd inte nämnvärt från den procedur som iakttas vid en granskning av anmälda stöd.

4.4.1 Återkrav av olagliga stöd

Rättsverkningarna av att ett stöd strider mot förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget är att beslutet om att lämna det ifrågavarande stödet ska upphävas och att redan utbetalat stöd ska betalas tillbaka.

Av artikel 14 i Procedurförordningen följer att Kommissionen ska fatta beslut om återkrav om förutsättningarna för ett sådant beslut är förhanden. Rekvisiten som måste vara uppfyllda för att ett beslut om återkrav ska fattas är att det handlar om ett nytt stöd; stödet ska vara olagligt och således inte heller förenligt med den inre marknaden; stödet ska ha betalats ut; preskriptionstiden får inte ha löpt ut; samt att kravet på återbetalning inte får strida mot någon generell EU-rättslig princip.

Preskriptionstiden, vilken är tio år och löper från den tidpunkt då stödmottagaren tillerkändes det olagliga stödet, regleras i artikel 15 i Procedurförordningen. Om ett stöd utgått i flera poster räknas preskriptionstiden från då varje enskild post betalades ut. Preskriptionstiden avbryts genom varje åtgärd som genomförs av Kommissionen angående det aktuella stödet. Dessutom avbryts preskriptionstiden då en annan medlemsstat vidtar någon åtgärd i frågan.⁸¹

Det är den medlemsstat som vidtagit den aktuella stödåtgärden som är adressat för Kommissionens beslut om återkrav. EU-rätten reglerar dock inte hur själva återkravet ska genomföras, vilket istället överläts åt de nationella rättsordningarna. Medlemsstaterna måste därför ha regler som möjliggör återkrav av olagliga stöd. Således får inte nationella regler göra genomförandet av ett återkrav praktiskt omöjligt.⁸² Dessutom fordras att "... med-

⁸⁰ Artikel 7.2–5 i Procedurförordningen.

⁸¹ Se Iversen m.fl., *Regulering av konkurrens i EU*, 2008, s. 413.

⁸² Se t.ex. mål C-142/87, *Tubemeuse*, p. 61, mål C-5/89, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 12,

lemsstaten ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att återkräva stödet från mottagaren”.⁸³

Att en medlemsstat stöter på oväntade problem vid verkställandet av Kommissionens beslut om återkrav utgör i sig ingen grund för att underlåta att genomföra åtgärden. Om svårighet uppstår kan istället Kommissionen underrättas för att denna tillsammans med medlemsstaten ska kunna lösa de aktuella problemen.⁸⁴

Om en medlemsstat inte följer ett av Kommissionen fattat beslut om återkrav kan frågan bli föremål för en fördragsbrottstalan efter att Kommissionen eller en annan medlemsstat anhängiggjort en sådan talan hos EU-domstolen enligt artikel 108.2 EUF-fördraget.⁸⁵

Hur ett återkrav av ett otillåtet statsstöd ska genomföras enligt svensk rätt är beroende av om det rör sig om ett statligt eller kommunalt stöd. Medan återkrav av stöd från statliga myndigheter regleras i förordning (1988:764) regleras återkrav av stöd som lämnats av en kommun eller ett landsting i lag (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapens konkurrens- och statsstödsregler. Nedan berörs endast återkrav av kommunala stöd.⁸⁶

En kommun som har för avsikt att vidta en åtgärd som omfattas av artikel 107.1 EUF-fördraget ska enligt 6 § lag (1994:1845) upplysa regeringen om den tilltänkta åtgärden innan den verkställs. Inom den svenska regeringen administreras anmälningar av stöd av varje enskilt fackdepartement, men Näringsdepartementet har en samordnande funktion. Det är sedan näringsdepartementets uppgift att anmäla åtgärden till Kommissionen och att sköta kontakterna med denna.

Den i sammanhanget mest väsentliga bestämmelsen återfinns däremot i 7 §, vilken reglerar regeringens möjlighet att upphäva ett kommunalt stödbeslut och hur rättelse av ett redan verkställt beslut ska genomföras. Av paragrafens första stycke framgår att regeringen kan upphäva ett kommunalt beslut om att vidta en stödåtgärd i händelse av att Kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft, eller som EU-domstolen, anses funnit strida mot artikel 107 EUF-fördraget. Andra stycket reglerar rättelse av ett upphävt kommunalt beslut om stöd som redan verkställts, dvs. hur ett återkrav ska

och mål C-24/95, *Alcan*, p. 24.

⁸³ Artikel 14.1 i Procedurförordningen.

⁸⁴ Mål C-261/99, *Kommissionen mot Frankrike*, p. 24 och mål C-404/97, *Kommissionen mot Portugal*, p. 40.

⁸⁵ Mål 70/72, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 13.

⁸⁶ För en kort genomgång av återkrav av statliga stöd se Indén, Svenska regler om återkrav av olovligt utbetalt statsstöd, 2007, s. 69–71.

genomföras. Regeln om återgång i 1994 års lag är i det närmaste en kopia av den bestämmelse som gällde enligt EES-lagen. Av förarbetena till EES-lagen framgick att en eventuell fråga om återbetalningskrav av kommunala stöd får "... lösas inom ramen för en sedvanlig tillämpning av offentligrättsliga och civilrättsliga regler."⁸⁷ Det var också av den anledningen lagstiftaren valde att låta tillämpa återgångsregeln i 10 kap. 15 § kommunallagen även då ett otillåtet statsstöd ska återkrävas. Av 10 kap. 15 § kommunallagen följer däremot inte annat än att rättelse av ett beslut som upphävts ska genomföras av det kommunala organ som fattat beslutet i den mån det är möjligt. I praktiken har detta inneburit att många kommunala åtgärder som föregåtts av ett beslut som sedermera upphävts efter en laglighetsprövning alltjämt stått sig.

Ytterligare en komplikation i sammanhanget är att reglerna om återkrav förutsätter att regeringen, efter att Kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller efter det att EU-domstolen funnit att ett stöd strider mot statsstödsreglerna i fördraget, fattar beslut om återkrav. Som en följd av att de svenska reglerna om återkrav förutsätter att regeringen i varje enskilt fall fattar beslut i ärendet först efter att Kommissionen eller EU-domstolen slagit fast att den aktuella åtgärden är olaglig har de svenska domstolarna däremot inte givits några nationella verktyg att fatta beslut om återkrav innan det aktuella stödet granskats av Kommissionen eller EU-domstolen. Således kan inte heller de svenska reglerna ge genomförandeförbudet tillräcklig effekt.⁸⁸

4.5 Statsstödsreglerna och reglerna om offentlig upphandling

När kommuner – liksom andra organisationer inom den offentliga sektorn – agerar som köpare finns ett specifikt regelverk i form av främst LOU och LUF att falla tillbaka på. Bestämmelserna om offentlig upphandling enligt LOU och LUF inbegriper ett omfattande regelsystem för offentliga inköp där prisbildning via konkurrensutsättning är grundstenen för fördelandet av offentliga kontrakt. Här finns också ett förfarande kring vilka instanser som hanterar oegentligheter i samband med upphandling. I korthet kan sägas att statsstödsreglerna i första hand tar sikte på det allmännas beteende i egenskap av investerare eller kreditgivare medan reglerna om offentlig upphandling huvudsakligen ser till hur det allmänna agerar i sin egenskap av beställare av varor och tjänster.

⁸⁷ Prop. 1991/92:170, s. 157.

⁸⁸ Se t.ex. Indén, Svenska regler om återkrav av olovligt utbetalt statsstöd, 2007, s. 75.

Trots dessa bakomliggande skillnader i regelverken finns ett samband mellan statsstödsreglerna och reglerna om offentlig upphandling; och även de förstnämnda torde kunna aktualiseras för det fall att exploateringsavtal slutits med en exklusiv entreprenör utan föregående konkurrensutsättning. Kommissionen har t.ex. som ett verktyg i sin bedömning av om ett otillåtet statsstöd enligt artikel 107.1 EUF-fördraget betalats ut i samband med privatisering av offentlig verksamhet sett till om de krav på öppenhet, transparens och anbudsförfarande som gäller vid offentlig upphandling har följts. Statsstödsreglerna är vidare skilda från de direktivreglerade upphandlingsreglerna och kan också komma in som en ”andra kontroll” av ett förfarande. Ett avtal som inte följer de regler som ska användas vid en normal kommersiell transaktion – exempelvis felaktig prissättning vid fastighetsförsäljning eller felaktigheter begångna vid offentlig upphandling – kan därför innebära ett brott mot statsstödsreglerna.⁸⁹

I mål C-94/99, *ARGE*, medförde diverse subventioner att vissa leverantörer kunde ge lägre anbud än de leverantörer som inte hade getts sådana subventioner. Domstolen fann emellertid att den likabehandlingsprincip som förelåg enligt direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, utan uttryckligt stöd, inte åsidosatts enbart på den grunden att företag som beviljats subventioner tilläts delta i upphandlingsförfarandet. Domstolen konstaterade att statsstöd i sig inte utgör en dold diskriminering eller begränsning av den fria rörligheten för tjänster i den mening som avses i nuvarande artikel 56 EUF-fördraget. I mål T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mot Kommissionen*, fann dock Tribunalen att ett företag som getts ett uppdrag att tillhandahålla tjänster som det egentligen inte finns något behov för kan utgöra ett otillåtet stöd.⁹⁰

Om upphandlingsreglerna överskridits vid beslutet att tilldela ett kontrakt kan förfarandet i första hand bli föremål för en överprövning i allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 1 § LOU. Som jämförelse kan nämnas ett fall där en kommun avtalat om anskaffning av marknadsföringstjänster utan att ha tillämpat bestämmelserna i LOU trots att så borde ha skett. RegR fann

⁸⁹ Se närmare Bartosch, *The relationship between public procurement and state aid surveillance – the toughest standard applies?*, 2002, s. 551–576, Hillger, *The Award of a Public Contract as State Aid within the Meaning of Article 87(1) EC*, 2003, s. 109–130, Doern, *The Interaction between EC Rules on Public Procurement and State Aid*, 2004, s. 97–129, samt Bovis, *Financing Services of General Interest, Public Procurement and State Aids: the Delineation between Market Forces and Protection in the European Common Market*, 2005, s. 1–27.

⁹⁰ Se även Battista, *The respect of State aid rules in PPPs*, 2007, s. 73.

i RÅ 2005 ref. 10 med hänvisning till EU-domstolens dom i mål C-26/03, *Stadt Halle*,⁹¹ att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran. Eftersom avtalet innefattade ett ställningstagande från kommunens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita en viss leverantör utgjorde inte den omständigheten att ett avtal redan förelåg något hinder för en överprövning.

Bedömningen kan tänkas bli den samma även vad gäller byggtreprenader, men det kan i vissa fall också vara så att överprövningsmöjligheten är stängd, exempelvis i de fall ett avtal om fastighetsöverlåtelse slutits enligt de formkrav som finns i jordabalken och arbeten kan ha påbörjats på ett sätt som gör att det blir svårt att avbryta det pågående projektet.⁹² I så fall har enligt LOU hittills endast återstått en prövning i allmän domstol av om en konkurrent som rätteligen skulle ha vunnit kontraktet vid en upphandling har rätt till skadestånd av den upphandlande enheten.

I sammanhanget ska också nämnas att tilldelning av tjänstekoncessioner inte är ett oreglerat område trots att de är undantagna från LOU:s tillämpningsområde. I samband med tilldelning av tjänstekoncessioner måste en myndighet beakta inte bara de allmänna EU-rättsliga principerna, såsom de principer som följer av artikel 49 och 56 EUF-fördraget, utan också EU:s statsstödsregler. Det faktum att LOU:s regler rörande överprövning inte ansetts vara tillämpliga då en upphandlande myndighet tilldelat en koncession utan föregående upphandling innebär således inte att frågan inte kan bli föremål för prövning i och med att bl.a. statsstödsreglerna kan aktualiseras – vilket kan medföra att en exploitör får betala tillbaka det stöd som denne kan anses ha erhållit till följd av att ett genomförandeavtal ingåtts utan föregående konkurrensutsättning.

Det kan också noteras att även kommuner kan bli skadeståndsskyldiga vid överträdelser av artikel 108.3 i förening med artikel 107.1 EUF-fördraget. I de förenade målen C-6/90 och C-9/90, *Francovich*, konstaterade EU-domstolen att en medlemsstat i princip kunde bli skadeståndsskyldig och

⁹¹ EU-domstolen likställde i målet ett beslut att inte inleda ett upphandlingsförfarande med ett beslut att avsluta en påbörjad upphandling, se även mål C-92/00, *Hospital Ingenieure*, p. 37, och mål C-15/04, *Koppensteiner*, samt RÅ 2005 ref. 62. Jfr tidigare uppfattning i RÅ 2001 ref. 18. Se även Sundstrand, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, 2006, s. 254 ff. och s. 355 ff.

⁹² Se även mål C-126/03, *Kommissionen mot Tyskland*.

förpliktas att utge ersättning för skador som den kunde ha orsakat enskilda genom åsidosättande av EU-rätten. EU-rättens fulla verkan skulle äventyras och skyddet för de rättigheter som erkänns i dessa regler skulle försvagas om enskilda inte hade haft möjlighet att få skadestånd då deras rättigheter har kränkts genom en överträdelse av EU-rätten som kan tillskrivas en medlemsstat. Möjligheten att erhålla skadestånd från en medlemsstat är oundgänglig i synnerhet om reglernas fulla verkan är beroende av att staten vidtar åtgärder och om till följd därav de enskilda i avsaknad av sådana åtgärder inte vid nationella domstolar kan göra gällande de rättigheter som tillkommer dem enligt EU-rätten. En sådan princip var enligt domstolen en väsentlig del av fördragets systematik och nödvändig för att garantera europarättens fulla effektivitet.⁹³ Det är viktigt att påpeka att EU-domstolen inte har ställt upp något självständigt krav på att en medlemsstat ska ha förfarit vårdslöst för att skadestånd ska utgå. I de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, uttalade domstolen att nationella skadestandsregler – så länge överträdelsen är tillräckligt klar – inte får göra bedömningen beroende av om de organ som kan tillskrivas överträdelsen agerat uppsåtligt eller vårdslöst.⁹⁴

De nationella domstolarna har dock ansetts kunna undersöka om den skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till hans förfogande. Med risk för att annars själv behöva stå för skadan ska skadelidande visa en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning.⁹⁵

Risken för att det allmänna riskerar bryta mot upphandlingsreglerna eller EU:s statsstödsregler då man anskaffar varor och tjänster på den öppna marknaden minimeras avsevärt om man väljer leverantör efter ett öppet anbuds-förfarande. Genom ett sådant förfarande säkerställs vanligtvis att det företag som anförtratts att tillhandahålla de aktuella varorna eller tjänsterna inte särbehandlas genom att det väljs ut som leverantör på skönsmässiga grunder likväl som ett sådant förfarande också minskar risken för att leverantören överkompenseras.

Det finns ett flertal situationer där det anses föreligga statsstöd på grund av att det allmänna köper utförande av allmännyttiga tjänster från privata

⁹³ Se de förenade målen C-6/90 och 9/90, *Francovich*, p. 33 ff.

⁹⁴ Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 79 f.,

⁹⁵ Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 84 f. Se även SOU 1999:139, s. 230 f., där det anförs att en "skadelidande leverantör skall vidta skaliga åtgärder för att begränsa sin skada och att han, om han själv försummar det, får bära en motsvarande del av förlusten".

leverantörer. Frågan ställdes på sin spets i målet *Altmark* där EU-domstolen utvecklade fyra villkor för bedömningen huruvida avtal om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse med det offentliga kan anses innefatta statsstöd.⁹⁶

a) För det första, om de tjänster som leverantören ska utföra inte har definierats ordentligt genom författning eller avtal.

b) För det andra, om kriterierna för beräkning av ersättning inte har fastställts i förväg på ett objektiva och öppet sätt, dvs. det saknas begränsningar ifråga om förpliktelseernas omfattning, eller beräkning av ersättning, innebär alltså definitionsmissigt statsstöd.

c) För det tredje, om ersättningen till tjänsteleverantören överstiger vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och rimlig vinst (överkompensation).

d) För det fjärde måste det allmänna för att freda sig från ett antagande om statsstöd visa antingen att leverantören valts ut genom ett offentligt anbuds-förfarande eller genom s.k. *benchmarking* visa att ersättningen motsvarar de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag skulle ha haft, innefattande rimlig vinst.

Nämnda praxis från EU-domstolen har stor betydelse för kommuner och landsting som upphandlar tjänster från den privata sektorn. Investeringar av statliga eller kommunala organ bör regelmässigt analyseras i förhållande till EU:s statsstödsregler. Om ett offentligt organ gör en investering på motsvarande villkor som en privat investerare under marknadsmässiga förhållanden är det inte fråga om statsstöd. Om det stödmottagande företaget är lönsamt eller inte är inte i sig av avgörande betydelse. Däremot ska frågan beaktas vid bedömningen av om den offentliga investeraren har agerat som en privat investerare i en marknadsekonomi eller om det mottagande företaget har beviljats ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor. I det senare fallet utgör investeringen statsstöd.⁹⁷

⁹⁶ Se mål C-280/00, *Altmark*, p. 88–94.

⁹⁷ Se förenade målen T-228/99 och T-233/99, *Westdeutsche Landesbank*, p. 207–210.

Samtidigt bör framhållas att EU-rätten som utgångspunkt godtar s.k. *de minimis*-stöd.⁹⁸ Det är dock viktigt att komma ihåg att det inte är värdet av ett kontrakt i sig som träffas av beloppsgränsen – det kan i princip vara hur högt som helst – utan inslaget av statsstöd.⁹⁹

Alla stöd vars värde överstiger de belopp som anges i *de minimis*-förordningen behöver dock inte nödvändigtvis vara förbjudna i och med att det generella förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget är behäftat med flera undantag.¹⁰⁰ Dessa möjligheter till undantag utgår dels ifrån att en medlemsstat kan genomföra en planerad stödåtgärd utan föregående anmälan med stöd av exempelvis gruppundantagsförordningen, dels att Kommissionen efter en anmälan kan bevilja undantag med stöd av exempelvis artikel 107.3 EUF-fördraget.

4.6 Försäljning av fast egendom och statsstödsreglerna

Ett område som är av särskilt intresse i sammanhanget är hur EU:s statsstödsregler kan tillämpas i samband med offentlig försäljning av fast egendom – inte minst beroende på att det inte är ett ovanligt inslag i många offentlig-privata samarbeten. Det allmännas försäljning omfattas inte av LOU och staten och kommunerna behöver därför heller inte följa bestämmelserna om konkurrensutsättning i LOU när de säljer olika varor och tjänster. Det finns emellertid en förordning om försäljning av statlig fast egendom. Enligt 21 § förordningen ska all sådan försäljning ske genom konkurrensutsättning på offentlig auktion eller genom ett anbudsförfarande. Först om detta inte har gett något resultat, kan myndigheten vända sig direkt till en spekulant.¹⁰¹ Det offentliga försäljningar kan i vissa fall även omfattas av bestämmelserna i den nya konfliktlösningsregeln i konkurrenslagen.¹⁰²

Som tidigare nämnts kan statsstödsreglerna aktualiseras om en medlemsstat säljer fast egendom till ett företag; exempelvis om priset understiger marknadspriset. I en sådan situation anses stödet utgöra skillnaden mellan

⁹⁸ Jfr förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT 2006/L 379/05.

⁹⁹ Se även Koenig & Kiefer, *The Logic of Infrastructure Funding under EC State Aid Law*, 2004, s. 393–398, Koenig & Kiefer, *Public Funding of Infrastructure Projects under EC State Aid Law*, 2005, s. 415–424, samt O’Keeffe, *Public Private Partnerships, Local Authorities and State Aid*, 2007, s. 24.

¹⁰⁰ Jfr ovan avsnitt 4.3.

¹⁰¹ Se förordningen (1996:1190) om överlåtelse av statens fasta egendom, m.m.

¹⁰² Se 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen (2008:579). Se även Indén, *Konkurrensrätten och den offentliga säljverksamheten – en ny konfliktlösningsregel*, 2009–10, s. 286–295.

det erlagda priset och marknadspriset. I sammanhanget ska också nämnas att även andra omständigheter än försäljningspriset kan utgöra stöd i samband med att en offentlig aktör säljer fast egendom. Exempelvis kan omständigheterna vid betalningen utgöra stöd även om beloppet i sig motsvarar marknadspriset – om villkoren för betalningen inte motsvarar de villkor som en privat försäljare normalt hade accepterat kan stödbegreppet vara uppfyllt.

4.6.1 *Kommissionens meddelande om försäljning av mark och byggnader*

För att begränsa det antal transaktioner som Kommissionen kan tvingas att undersöka har den utarbetat en allmän vägledning – Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader.¹⁰³

Vägledningen syftar till att beskriva ett enkelt förfarande som ger medlemsstaterna möjlighet att hantera överlåtelse av mark och byggnader på ett sätt som automatiskt utesluter inslag av statligt stöd, att klarlägga vilka typer av överlåtelse av mark och byggnader som bör anmälas till Kommissionen för att avgöra om stödet är förenligt med den inre marknaden samt att ge Kommissionen möjlighet att snabbt behandla eventuella klagomål avseende eventuella stöd i samband med överlåtelse av mark och byggnader.

Av vägledningen framgår att det mest önskvärda alternativet är att en överlåtelse av mark och byggnader äger rum efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbuds förfarande – av s.k. auktionstyp – till ett brett urval av tänkbara köpare, där det bästa eller det enda anbudet antas. Att försäljningen ska vara villkorlös hindrar dock inte att säljaren kan infoga särskilda överlåtelsevillkor som går ut på att den framtida ägaren ska åta sig särskilda förpliktelser om dessa skyldigheter härrör från allmän inhemsk lagstiftning eller är en följd av beslut av planeringsmyndigheterna – eller baserar sig på beslut som går ut på att skydda och bevara miljö och folkhälsa – till förmån för samhällsnyttan i allmänhet.

Det bör poängteras att det inte finns något uttryckligt hinder mot att förutsättningarna för en överlåtelse av ett visst markområde är förenad med olika typer av villkor, t.ex. markområdets framtida användningsområde eller krav på särskild bebyggelse. Det centrala måste vara att alla presumtiva budgivare vet förutsättningarna för överlåtelsen och utifrån det kan göra en rimlig bedömning av värdet.

¹⁰³ Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader, EGT 97/C 209/03. Se även Kommissionens riktlinjer för statligt stöd för regionala ändamål, EGT 98/C 74/06, ändrade genom 2000/C 258/06.

Som ett alternativ till överlåtelse utan villkorslöst anbudsförfarande anför Kommissionen att en oberoende expertvärdering genomförs av en eller flera oberoende värderingsmän före förhandlingarna om överlåtelsen för att fastställa marknadsvärdet på grundval av allmänt accepterade marknadsindikatorer och värderingsstandarder. Det fastställda priset anses då vara det lägsta försäljningspris som kan avtalas utan att det kan anses föreligga någon form av statligt stöd. En sådan värderingsman bör vara oberoende vid fullgörandet av sina uppgifter, det vill säga offentliga myndigheter bör inte ha rätt att utfärda föreskrifter beträffande resultatet av värderingen. Kommissionen framhåller att statliga värderingsinstitut och tjänstemän och anställda i det allmänna tjänst kan betraktas som oberoende förutsatt att otillbörlig påverkan på deras resultat på ett effektivt sätt utesluts. Om det är uppenbart att det pris som fastställts av värderingsmannen inte kan erhållas, får en avvikelse på högst fem procent från detta pris anses överensstämja med marknadsvillkoren.

Även vid en oberoende värdering får överlåtelsevillkoren omfatta särskilda förpliktelser som är förbundna med fastigheten för att tillvarata samhällsintresset förutsatt att alla tänkbara köpare är skyldiga och i princip i stånd att uppfylla dem. Det framhålls att den ekonomiska nackdelen av sådana förpliktelser bör utvärderas separat av oberoende värderingsmän och får räknas av mot försäljningspriset. Däremot får inte förpliktelser som åligger alla markägare enligt lag – exempelvis erläggande av skatter och avgifter – räknas av mot anskaffningspriset.

För att kunna tillvarata ett visst samhällsintresse är det alltså viktigt att värderingen – i likhet med om den aktuella marken bjuds ut till försäljning vid en öppen och offentlig auktion – sker mot bakgrund av att fastigheten är begränsad till visst ändamål och inte till det maximala värdet oavsett ändamål. Här blir givetvis den detaljplan som gäller för området, eller i de flesta fall den plan som kommunen avser att anta för fastigheten, av stor betydelse för värderingen.

Av vägledningen framgår också att medlemstaterna är skyldiga att göra en anmälan till Kommissionen vid alla överlåtelser som inte skett på grundval av ett öppet och villkorslöst anbudsförfarande, där det bästa eller enda anbudet antagits eller som i avsaknad av ett sådant förfarande skett till ett pris som ligger under marknadsvärdet sådant det fastställts av oberoende värderingsmän. Tribunalen gjorde en närmast identisk bedömning i mål T-274/01, *Valmont Nederland BV*.

Sveriges Kommuner och Landsting har upprättat ett cirkulär, 2007:8, rörande tillämpningen av EU-rättens statsstödsregler vid kommuners och landstings försäljning och köp av mark och byggnader. Avsikten med cirku-

läret är att dels ge en redogöra för statsstodsreglernas betydelse och tillämpning vid överlåtelse och förvärv av fast egendom, dels ge ett underlag till hur dessa frågor kan hanteras.

I cirkuläret konstateras att kommuner och landsting till följd av kommunallagens utformning för att kunna utforma detaljplaner på ett ändamålsenligt sätt i samband med fastighetsförsäljningar ansetts ha en stor frihet att själva utforma sin prispolitik och därvid tillämpa en politik som innebär att fastigheter försäljs till ett pris som understiger ett förväntat marknadspris, exempelvis vid markfördelning ur kommunal tomtkö samt i de fall kommunen genom försäljningen finansierar olika kommunala nyttigheter såsom simhallar och idrottsanläggningar. Samtidigt konstateras att statsstodsreglerna förbjuder sådant stöd som kan anses konkurrensbegränsande. Ett sådant exempel på otillåtet statsstöd kan just vara försäljning av offentlig egendom till ett pris som understiger marknadsvärdet eller förvärv till ett pris som överstiger marknadspriset.

Sveriges Kommuner och Landsting finner i sitt cirkulär att en analys av den EU-rättsliga statsstodsaspekten alltid bör föregå en försäljning av offentliga tillgångar eller ett förvärv som kan komma att gynna viss produktion eller vissa företag. Om inte ett villkorslöst anbudsförfarande används vid en försäljning eller om försäljningen inte föregås av en oberoende expertvärdering föreligger en anmälningsplikt till regeringen genom näringsdepartementet.

Avslutningsvis ges i cirkuläret två exempel på försäljningssituationer där en analys av statsstodsreglerna är nödvändig. Som ett led i att tillvarata allmänna intressen kan en kommunal överlåtelse av en fastighet vara förknippad med en mängd reservationer och inskränkningar av förvärvarens möjligheter att fritt förfoga över den förvärvade egendomen. Det kan exempelvis röra sig om en kulturhistoriskt intressant byggnad eller en fastighet där det bedrivs en viss verksamhet och där kommen som ett villkor för överlåtelsen kräver att förvärvaren ska underhålla och vårda byggnaden på ett visst sätt eller att förvärvaren ska fortsätta att bedriva den befintliga verksamheten. Vid den här typen av överlåtelse – vilka till följd av de särskilda villkor som omgärdar överlåtelsen ofta sker till ett pris som är lägre än vad ett normalt marknadspris skulle vara till följd av de åtaganden som förvärvaren åtar sig i köpekontraktet – är det av stor vikt att försäljningen sker på ett öppet, konkurrensneutralt och transparent sätt. Det torde regelmässigt gå att tillämpa ett villkorslöst anbudsförfarande, där kommunens samtliga villkor för försäljningen klart framgår för samtliga intressenter. Skulle kommunen uppställa långtgående krav som en förutsättning för överlåtelsen

kan det enligt cirkuläret inte uteslutas att det kan bli fråga om en upphandlingssituation, eftersom det då handlar om att utföra en uppgift för kommunens räkning.

Vad gäller offentliga överlåtelse eller förvärv som görs i samband med nyexploateringar av områden, där kommunen agerar i egenskap av såväl markägare som planläggande myndighet och dessutom är huvudman för gator, allmänna platser och VA-anläggningar m.m., torde försäljningar och förvärv enligt Sveriges Kommuner och Landsting vanligtvis ske till uppskattade marknadsvärden, men på grund av den omfattande grad av komplexitet som ofta kännetecknar exploateringsavtal kan det i praktiken uppstå svårigheter att tillämpa Kommissionens principer. I cirkuläret rekommenderas därför att en oberoende expertvärdering görs; i vart fall vid större projekt eller i de fall där det kan antas föreligga motstridiga exploateringsintressen. Risken måste annars anses vara stor för att det kan uppstå en misstanke om att det rör sig om ett otillåtet stöd.

4.6.2 Sävsjö kommuns överlåtelse av mark och byggnader till Ljunga Park AB

Det kan i sammanhanget vara av intresse att nämna ett fall som rörde ett ifrågasatt kommunalt stöd till en hotellanläggning i Sävsjö. I ett överlåtelseavtal daterat den 27 augusti 1999 överlät Sävsjö kommun del av fastigheten Sävsjö 12:1 med ett område om ca 70 000 kvm med tillhörande byggnader för en köpeskilling om 500 000 kronor till företaget Ljunga Park AB. Köparen utfäste sig genom avtalet att renovera byggnaden i enlighet med av kommunen uppställda krav och kommunen förband sig att upprätta en ny detaljplan för området. Med pantbrev som säkerhet medgav även kommunen köparen ett amorteringsfritt lån om 1 000 000 kronor med en löptid på fem år och med en ränta på sex procent. Kommunen förband sig även att bekosta renoveringsarbeten med 3 500 000 kronor exklusive moms till en byggentreprenör – ett företag som ägdes av en av intressenterna i Ljunga Park AB.

Markområdet var bebyggt med en sanatoriebyggnad, uppförd 1907 och förmodligen norra Europas största träbyggnad, ett garage samt en s.k. överläkarvillan, uppförd på 1920-talet. Efter att ha använts som bl.a. vårdhem och därefter som flyktingförläggning hade anläggningen i stort sett varit outnyttjad från och med 1994 fram till dess att den överläts till Ljunga Park. Fastigheten hade varit i kommunens ägo sedan början 1990-talet. Köparens avsikt med förvärvet var att etablera restaurang- och cateringverksamhet samt att därefter även starta hotellrörelse. Kommunfullmäktige godkände överlåtelsen genom beslut den 30 augusti 1999. I april 2000 beviljades bygglov för

ombyggnad av huvudbyggnaden samt för ändrad användning till hotell- och restaurangförelse.

Ägaren till Stadshotellet i Sävsjö, EK, överklagade kommunens beslut av den 30 augusti 1999 och anförde bl.a. att kommunen genomförde en fastighetsaffär som skulle resultera i förlust och extra upplåning med ett belopp som minst skulle komma att uppgå till 4,3 miljoner kronor. Han anförde vidare att kommunen beslutat att inte genom annonsering bjuda ut marken till försäljning och att en konkurrensutsatt försäljning skulle ha inbringat minst 2,5 miljoner i köpesumma och att kommunens lån om en miljon kronor till köparen dessutom var att betrakta som ett företagsstöd, inte minst beroende på den överretablering av storkök och näringsställen som sedan tidigare fanns i kommunen. Sävsjö kommun yrkade att överklagandet skulle avslås då den kulturhistoriskt viktiga byggnaden i stort sett stått tom under flera år och att kommunens driftkostnader för den oanvända byggnaden var år uppgått till omkring 500 000 kronor. En undersökning som kommunen gjort 1997 visade att en total renovering av sanatoriebyggnaden skulle kosta omkring 20 000 000 kronor. Med hänsyn till kommunens ekonomiska läge framstod det som orealistiskt att kommunen skulle genomföra en sådan renovering i egen regi. Kommunen anförde vidare att de under 1990-talet gjort flera fruktlösa försök, bl.a. via mäklare, att sälja sanatoriet. Kommunen hävdade därför att överenskommelsen inte till någon del innebar ett individuellt riktat stöd till enskild näringsidkare och för det fall att det ändå skulle anses föreligga ett sådant stöd, den med stöd av lagen (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet skulle vara berättigad till att vidta de aktuella åtgärderna.

Länsrätten fann att avtalet förvisso belastade kommunen med kostnader om över fyra miljoner kronor men att kommunen samtidigt frigjorde sig från betungande driftskostnader och att en rivning av huset skulle ha inneburit en än större kostnad för kommunen. Eftersom kommunens tidigare försök att överlåta fastigheten inte hade lyckats ansåg länsrätten därför inte att uppgörelsen utgjorde något otillåtet stöd till en enskild näringsidkare. Samma bedömning gjordes avseende kommunens bidrag till renoveringskostnaderna till ett av köparen närstående byggbolag. Kommunens agerande att inte annonsera ut fastigheten kunde möjligen anses vara olämpligt men ansågs inte vara olagligt.¹⁰⁴ Såväl kammarrätten¹⁰⁵ som RegR¹⁰⁶ vägrade prövnings-

¹⁰⁴ Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 2039-99).

¹⁰⁵ Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2000-03-14 (mål nr 469-2000).

¹⁰⁶ Se RegR:s beslut 2000-07-27 (mål nr 2933-2000)

tillstånd. EK ansökte om resning bl.a. med hänvisning till att ingen av de rättsliga instanserna inhämtat Kommissionens godkännande enligt 6 § lag (1994:1845) samt Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03). Kammarrätten konstaterade att det inte fanns någon skyldighet för förvaltningsdomstol att lämna dylika upplysningar eller inhämta sådant godkännande, varför någon grund för resning inte visats varvid ansökan avlogs.¹⁰⁷

Även två andra kommunmedlemmar – SS och MA – överklagade kommunens beslut av den 30 augusti 1999 om att godkänna det aktuella överlåtelseavtalet. De anförde i huvudsak samma grunder som i det ovan redovisade fallet och länsrätten avskog överklagandet.¹⁰⁸ Även i det här fallet vägrade såväl kammarrätten¹⁰⁹ som RegR¹¹⁰ prövningstillstånd.

Den 29 maj 2000 fattade Sävsjö kommun beslut om att starta utbetalningarna för renoveringsarbetet i enlighet med vad som följde av överlåtelseavtalet. EK överklagade kommunens beslut och yrkade att det skulle upphävas med hänvisning till att det stred mot såväl 2 kap. som 8 kap. kommunallagen samt konkurrenslagstiftningen. Vidare anförde han att kommunen inte beaktat upphandlingslagstiftningen samt att kommunen borde ha anmält försäljningen till Kommissionen enligt bestämmelserna i lag (1994:1845). Länsrätten fann att kommunens beslut innefattade ett sådant stöd till en enskild näringsidkare som strider mot bestämmelserna i 2 kap. 8 § kommunallagen och upphävde därför det överklagade beslutet.¹¹¹ Kommunen överklagade avgörandet och yrkade att kammarrätten skulle undanröja länsrättens dom och fastställa att fullmäktiges beslut skulle gälla.

Kammarrätten anförde att överlåtelsen måste ses i hela sitt sammanhang. Med hänvisning till att kommunen genom överlåtelsen blir befriad från årliga underhållskostnader och med hänsyn till intresset av att bevara huvudbyggnaden i ursprungligt skick kunde villkoren enligt kammarrätten inte anses medföra ett otillbörligt gynnande av en enskild näringsidkare. Därmed ansåg kammarrätten att det heller inte fanns någon grund för påståendet att kommunen brutit mot 6 § lag (1994:1845) eller mot de bestämmelser som numera återfinns i artiklarna 50.2 (h), 107.1 och 108.3 EUF-fördraget.

¹⁰⁷ Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2003-03-22 samt beslut 2005-02-09 (mål nr 803-2002).

¹⁰⁸ Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 1991-99).

¹⁰⁹ Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2000-03-14 (mål nr 402-2000).

¹¹⁰ Se RegR:s beslut 2000-07-27 (mål nr 2310-2000)

¹¹¹ Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1239-00).

Kammarrätten ändrade därför länsrättens dom och godkände fullmäktiges beslut.¹¹² RegR beslutade att inte meddela prövningstillstånd.¹¹³

I likhet med fullmäktiges beslut från den 30 augusti 1999 överklagade SS och MA även fullmäktiges beslut av den 29 maj 2000. Länsrätten fann även här att det överklagade beslutet stred mot 2 kap. 8 § kommunallagen och att det heller inte visats att det var förenligt med lagen (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet och upphävde därför beslutet.¹¹⁴ Kommunen överklagade avgörandet och i likhet med det föregående fallet ändrade kammarrätten länsrättens dom och godkände fullmäktiges beslut.¹¹⁵ RegR beslutade att inte meddela prövningstillstånd.¹¹⁶

Sävsjö kommuns försäljning av sanatoriet överklagades även till Marknadsdomstolen. I MD 2001:25 yrkade en person att Marknadsdomstolen skulle fastställa att Sävsjö kommun genom beslut av fullmäktige den 29 maj 2000 angående betalningar till ett av den ene av intressenterna i Ljunga Park ägt byggföretag agerat i strid mot bestämmelsen om upplysningsskyldighet i 6 § lag (1994:1845). Mannen framställde även yrkanden om skadestånd och konkurrensskadeavgift. Marknadsdomstolen fann att enligt 1 § 1 st. 2 p. lag (1970:417) om marknadsdomstol m.m. handlägger den förvisso mål och ärenden enligt lag (1994:1845), men avvisade mannens ansökan eftersom den fann att reglerna i lagen förvisso ger Marknadsdomstolen behörighet att tillämpa konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 EG (numera artiklarna 101 och 102 EUF-fördraget), men att lagen i övrigt inte innehåller några bestämmelser vari Marknadsdomstolen nämns. Domstolen ansågs sig därför inte vara behörig att ta upp mål om kommunala stödåtgärder till prövning. Yrkandena om konkurrensskadeavgift och skadestånd togs inte heller upp med motiveringen att det endast är Konkurrensverket som får väcka sådan talan, medan skadestandsfrågor prövas i allmän domstol. Marknadsdomstolen skriver dock ingenting om i vilken domstol man väcker talan för brott mot 6 § lag (1994:1845).

I MD 2002:1 yrkade EK bl.a. att Marknadsdomstolen skulle fastställa att Sävsjö kommun agerat i strid med 6 § lagen (1994:1845) samt att Marknadsdomstolen skulle meddela omedelbart förbud för Ljunga park AB att bedriva viss verksamhet. Marknadsdomstolen avvisade ansökan med hänvisning till att reglerna i lagen förvisso gav Marknadsdomstolen behörighet

¹¹² Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3889-2000).

¹¹³ Se RegR:s beslut 2002-05-15 (mål nr 4735-2001).

¹¹⁴ Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1144-00).

¹¹⁵ Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3888-2000).

¹¹⁶ Se RegR:s beslut 2002-05-15 (mål nr 5208-2001).

att tillämpa konkurrensreglerna i artikel 81 respektive 82 EG (numera artikel 101 respektive 102 EUF-fördraget), men att lagen i övrigt inte innehöll några bestämmelser vari Marknadsdomstolen nämns. Domstolen ansågs sig – i likhet med MD 2001:25 – därför inte vara behörig att ta upp mål om kommunala stödåtgärder till prövning då det ansågs uppenbart att det förelåg rättegångshinder. I enlighet härmed konstaterade Marknadsdomstolen även att det heller inte ankom på domstolen att avgöra huruvida staten åsatt sina förpliktelser enligt EU-rätten.

Kommissionen tog i en skrivelse från 11 januari 2002 till den svenska regeringen (statligt stöd CP 127/01) upp ett klagomål från EK, där det ifrågasattes om kommunen i strid med gällande regler gynnat en näringsidkare i samband med att denne med stöd från kommunen låtit bygga om ett sanatorium som denne fått köpa av kommunen till ett hotell. Kommissionen begärde den 18 oktober 2002 att kommunen tog fram en expertbedömning i efterhand av villkoren för överlåtelsen. Kommunen gav fastighetsvärderingsföretaget Bryggan i uppdrag att uppskatta marknadsvärdet per den 27 augusti 1999. Bryggan konstaterade att marknadsvärdet är det mest sannolika priset vid en försäljning på en öppen och fri marknad och att ett värde i första hand bör bedömas genom jämförelser av andra försäljningar av liknande objekt. Eftersom det saknas jämförelseobjekt gjorde Bryggan en s.k. marknadssimulering varvid man försökte utgå från hur en presumtiv köpare skulle ha resonerat vid köpetillfället.

Bryggan fann att det sammanlagda värdet efter en ombyggnad skulle uppgå till omkring 8 700 000 kr, men att den totala renoveringskostnaden skulle uppgå till ett belopp mellan 15–20 miljoner kronor. Bryggan räknade även på ett alternativscenario baserat på vad det skulle det kosta att riva sanatoriet och behålla överläkarvillan. Bryggans beräkningar visade att en sådan beräkning skulle ge egendomen ett värde på minus 2 000 000 kronor. Det ekonomiskt sett mest lönsamma alternativet skulle därför ha varit att riva sanatoriebyggnaden.¹¹⁷

Den värdering som gjordes genom kommunens försorg tillsändes Kommissionen som på grundval av näringsdepartementets upplysningar fann att värderaren var tillräckligt oberoende och erfaren för att uppfylla kraven i Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03). Kommissionen konstaterade att egendomen hade överlåtits till ett pris av 500 000 kr, att ett

¹¹⁷ Se Bryggan, Utlåtande rörande marknadsvärdet av fastigheten Sävsjö 12:21 i Sävsjö kommun per 27 augusti 1999. Stockholm 2003-01-16 (Per-Olof Johansson & Lars Frojd).

villkor för köpet var att Sävsjö kommun skulle låta renovera egendomen för 3 500 000 kronor innan avtalet genomfördes samt att avtalet även innefattade ett amorteringsfritt lån om 1 000 000 kronor. Värdet skulle på så sätt uppgå till minus 3 000 000 kronor enligt Bryggans marknadssimulering och till minus 2 000 000 enligt Bryggans alternativa scenario. Kommissionen fann därför att värderingen uppfyllde de krav man kunde ställa på den och att försäljningen inte hade skett i strid med Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03). Kommissionen fann att även om alternativscenariot antydde att det kunde finnas inslag av statligt stöd skulle stödbeloppet ligga nära det då gällande minimibeloppet, dvs. 1 000 000 kronor och därmed falla utom ramen för artikel 87 EG (numera artikel 107 EUF-fördraget). Ärendet avslutades därför utan åtgärd.¹¹⁸

Det kan även nämnas att Konkurrensverket nyligen funnit att Sävsjö kommun genom att sluta avtal med Ljunga Park avseende hotell-, restaurang- och turismelever inom gymnasieskolans Hotell- och Restaurangprogram utan föregående upphandling brutit mot LOU. Avtalet omfattade perioden 2009-07-01–2024-06-30 och kunde bringas att upphöra i förtid tidigast från 2018-06-30. Kommunen anförde att avtalet enligt 1 kap. 6 § 1 p. LOU var undantaget från LOU:s tillämpningsområde eftersom det huvudsakligen var fråga om ett hyresavtal, då avtalets centrala innehåll utgjordes av lokalerna och den utrustning som fanns i dessa. Konkurrensverket fann dock att det var fråga om ett tjänstekontrakt som inom ramen för undervisning och yrkesutbildning borde ha upphandlats enligt 15 kap. LOU.¹¹⁹

4.6.3 Åre kommuns fastighetsöverlåtelse till Konsum Jämtland

Ett annat och mera aktuellt fall där överlåtelse av offentlig egendom till privata parter ställts under Kommissionen granskning enligt artikel 88.2 EG (numera artikel 108.2 EUF-fördraget) rör Åre kommuns marköverlåtelse till Konsum Jämtland. Inför det att Åre skulle arrangera VM i utförsåkning behövde detaljplanerna för Åre centrum ändras. Mitt i centrum låg bl.a. en konsumbutik. Åre kommun ville inom ramen för en mer omfattande bytesaffär förvärva den aktuella marken och erbjöd Konsum att i stället köpa en annan fastighet i området för en krona. Genom ett e-postmeddelande av den 23 augusti 2005 inkom emellertid konkurrenten Lidl – som önskade etablera

¹¹⁸ Kommissionens beslut 2003-05-13 COMP H3/EP/GS/lc (2003) A/31598D/198.

¹¹⁹ Se Konkurrensverkets beslut 2009-07-15, Dnr 148/2009.

sig i Åre – med ett anbud på 6,6 miljoner kronor för den sistnämnda fastigheten. Anbudet uppmärksammades i lokalmedierna.

Efter anbudet från Lidl ökade försäljningspriset successivt från 1 krona till 2 miljoner kronor och den 15 oktober 2005 beslutade kommunfullmäktige i Åre att sälja tomtmarken till Konsum för det sistnämnda beloppet. Försäljningen föregicks inte av något anbudsförfarande utan var enligt kommunen ett led i en flera år lång planeringsprocess där tanken aldrig var att någon annan köpare än Konsum var tilltänkt för den aktuella marken.

Transaktionen överklagades till Länsrätten i Jämtlands län. Kommunen anförde dels att försäljningen var en kommunal angelägenhet för att i enlighet med kommunens planer uppnå optimal samhällsnytta, dels att den inte hade någon skyldighet att infordra anbud vid försäljning av fast egendom. Slutligen anförde kommunen att försäljningspriset var skäligt och att Lidl's erbjudande inkom i slutet av en flerårig plan- och beslutsprocess. Länsrätten fann att försäljningen måste ses mot bakgrund av kommunens omlokaliseringar av verksamheter och näringsidkare och att det inte framkommit att Åre kommun genom beslutet gynnat Konsum eller att beslutet skulle innebära ett sådant stöd som avsågs i artikel 87.1 EG (numera artikel 107.1 EUF-fördraget), varför överklagandet avsågs.¹²⁰ Kammarrätten fann dock att försäljningen stred mot såväl 2 kap. 8 § 2 st. kommunallagen som artikel 88.3 EG (numera artikel 108.3).¹²¹

Genom ett klagomål som registrerades den 14 november 2005 informerades Kommissionen om Åre kommuns försäljning, som påstods omfatta olagligt statligt stöd. Enligt klaganden var inte Lidl's anbud kopplat till några särskilda villkor. Kommunen skulle därmed ha kunnat ingå ett köpeavtal med Lidl som helt motsvarade det som ingicks med Konsum. Klaganden menade därför att de två anbuden var direkt jämförbara. De systematiska prishöjningarna till följd av Lidl's anbud visade att kommunens avsikt varit att sälja marken under marknadsvärdet. Klaganden hävdade vidare att kommunen inte erbjudit Lidl någon alternativ lokalisering och därför utgjorde försäljningen till Konsum ett etableringshinder för Lidl.

Kommissionen fann på grundval av de uppgifter som lämnats att förekomsten av statligt stöd i enlighet med innebörden i artikel 87.1 EG (numera artikel 107.1 EUF-fördraget) inte kunde uteslutas. Med beaktande av de tillgängliga uppgifterna verkade det tvärtom troligt att det pris Konsum be-

¹²⁰ Länsrättens i Jämtlands län dom 2006-05-24 (mål nr 791-05).

¹²¹ Kammarrättens i Sundsvall dom 2008-04-09 (mål nr 1715-06). Att märka är att Kammarrättens avgörande kom efter det att Kommissionen meddelat sitt slutliga beslut i ärendet.

talade för marken låg under marknadsvärdet och att offentliga medel därmed hade använts. Anbudet från Konsum och Lidl verkade vara direkt jämförbara och inga särskilda villkor verkade heller vara kopplade till Lidls anbud. Höjningarna av försäljningspriset efter det att Lidl tillkännagav sitt anbud ansågs också stödja slutsatsen.

Kommissionen konstaterade också att om offentliga medel på ett eller annat sätt förekommer i en transaktion med ett företag finns det heller inga tvivel om att det gynnar företaget och därmed snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna. I det aktuella fallet påverkades en stor internationell aktör – Lidl – då en direkt konkurrent tagit emot offentliga medel som Lidl inte haft tillgång till. Den berörda sektorn, detaljhandelsförsäljning av livsmedel och dagligvaror, är öppen för handel inom den inre marknaden och eftersom en internationellt aktiv konkurrent inom EU har påverkats, kunde det inte uteslutas att också handeln mellan medlemsstaterna påverkas.

Kommissionen konstaterade därför att försäljningen av marken inte gjorts i enlighet med bestämmelserna i Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader,¹²² eftersom försäljningen inte utfördes genom ett villkorslöst anbudsförfarande samtidigt som de svenska myndigheterna heller inte hade bevisat att en oberoende expertvärdering av marken gjorts. Eftersom försäljningen inte hade anmälts ansåg Kommissionen preliminärt att Sverige underlåtit att uppfylla sin skyldighet att, i enlighet med artikel 88.3 EG (numera artikel 108.3 EUF-fördraget) i god tid informera Kommissionen så att den kunde lämna synpunkter på eventuella planer på att bevilja eller ändra stöd och att stödåtgärden därför måste behandlas som ett olagligt statligt stöd enligt artikel 87.1 EG (numera artikel 107.1 EUF-fördraget). Kommissionen uppmanade därför Sverige att, inom ramen för förfarandet i artikel 88.2 EG (numera artikel 108.2 EUF-fördraget), inkomma med synpunkter och tillhandahålla alla upplysningar som kan bidra till undersökningen av åtgärden.¹²³ Upplysningarna skulle, om det var möjligt, särskilt innehålla formella bevis på en oberoende värdering av marken som visade att transaktionspriset låg i linje med marknadspraxis, formella bevis som visade att transaktionen ingick som ett led i ett antal marktransaktioner som tillsammans var finansiellt neutrala

¹²² Se Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03).

¹²³ Uppmaning att inkomma med synpunkter enligt artikel 88.2 i EG-fördraget (ärendet C 35/2006 (ex NN 37/2006)), Försäljning av tomtmark under marknadspris, EUT 2006/C 204/03.

för Åre kommun, motivering till transaktionens förenlighet med EU:s regler om statligt stöd – särskilt reglerna om statligt regionalstöd –, samt en förklaring av eventuella kvalitativa skillnader mellan Lidl's anbud och det köpeavtal som ingicks med Konsum.

Enligt de svenska myndigheterna var inte kommunen skyldig att inleda ett anbudsförfarande vid försäljningen. Försäljningspriset fastställdes på grundval av informella kontakter med lokala experter och en angränsande kommun och på en värdering av Ernst & Young Real Estate. De svenska myndigheterna anförde vidare att försäljningen till Konsum var ett led i ett antal marktransaktioner som bl.a. omfattade Konsums försäljning av mark i ett annat område i Åre som kommunen hade för avsikt att använda för andra utvecklingsändamål. Genom försäljningen av marken flyttade Konsum sin verksamhet vilket gjorde det möjligt för kommunen att uppnå sin målsättning. Om Lidl's anbud hade godtagits skulle inte kommunen ha kunnat fullfölja den nya utvecklingsplanen, då Konsum skulle ha fortsatt sin verksamhet i de gamla lokalerna. I köpekontraktet nämns emellertid ingen annan försäljning av mark och inte heller värdet på den mark Konsum sålde i det andra området i Åre.

Den 30 januari 2008 avslutade Kommissionen ärendet och fattade ett negativt beslut och krävde att det otillåtna stödet skulle återkrävas.¹²⁴ Kommissionens beslut har av Konsum Nord överklagats till Tribunalen.¹²⁵

4.7 Statsstödsreglerna och OPS

Det är inte bara i Sverige som det ibland har varit tveksamt om större exploateringar och komplicerade överenskommelser i en detaljplanerad miljö ska vara föremål för offentliga upphandlingar eller inte. Även i andra länder har man tidigare uttryckt viss tveksamhet om en sådan konkurrensutsättning är nödvändig.

”For such contracts there is a doubt whether the procurement rules apply at all. The problem with complex Development Contracts is that very often the actual works or services provided are incidental to the overall development of the site, which are often of a very large scale indeed.¹²⁶ There is also some

¹²⁴ Se Kommissionens beslut 30.01.2008 (C (2008) 311 slutlig) om det statliga stöd som Sverige har genomfört till förmån för Konsum Jamtland ekonomisk förening (ärende C 35/2006 (ex NN 37/2006)), EUT 2008/L 126/3.

¹²⁵ Se mål T-244/08, *Konsum Nord mot kommissionen*.

¹²⁶ Se mål C-331/92 *Gestion Hotelera Internacional SA mot Comunidad Autonoma de Canarias Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria Gran Casino de Las Palmas SA*, p. 25 och 26,

doubt as to whether the contract is performed for the benefit of the contracting authority at all once the land is transferred at market value to the economic operator or PPP before the development commences.¹²⁷ While recent case law suggests a change in approach where complex development contracts are now regarded as works contracts which will need to be procured,¹²⁸ the scope of this change has yet to be seen. As the economic risk tends to lie with the contracting authority in such cases, it is likely that future decisions will require procurement in such contracts.¹²⁹

Även om Kommissionens meddelande rörande offentlig upphandling och OPS¹³⁰ var ett viktigt steg på vägen för att reda ut hur marknadsaktörerna ska agera vid olika typer av partnerskap och koncessioner inom den inre marknaden återstår en del frågetecken i förhållande till EU:s grundläggande regler rörande statsstöd. I samtliga fall då infrastruktur inte uteslutande ägs och drivs av det allmänna, utan istället är föremål för någon form av OPS blir det aktuellt att analysera hur statsstödsreglerna på olika sätt kan aktualiseras. En sådan analys av om någon enskild getts ett otillåtet statsstöd måste alltid göras mot bakgrund av (1) vem som är brukare eller slutanvändare av infrastrukturen, (2) vem som äger respektive driver verksamheten samt slutligen (3) hur ägarförhållandena ser ut. Inte inom någon av dessa tre kategorier får en enskild ges ett stöd som överstiger vad som är rimligt på den aktuella marknaden.¹³¹

Det är också viktigt att påpeka att en sådan analys inte bara tar sikte på själva avtalsslutet, utan omfattar hela den livscykel som gäller inom ramen för en OPS. Ett sätt att minimera risken för otillåtna stöd är därför att göra en korrekt kontraktstilldelning enligt LOU, där alla de olika avtalsmomenten ingår. Det är också av central betydelse att olika modifierationer av avtalet som görs under den långa tidsram som en OPS vanligtvis omfattar kan leda till att det blir fråga om ett otillåtet statsstöd. En sådan risk kan givetvis minimeras genom att det i avtalet i möjligaste mån slås fast hur man ska förhålla sig till de förändrade parametrar som kan uppstå. En sådan preci-

¹²⁷ Se mål C-399/98, *La Scala*, p. 100.

¹²⁸ Se mål C-220/05, *Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne*, där det framhölls att ett utvecklingsavtal inom ett detaljplanerat stadsområde var att anses som en byggentereprenad.

¹²⁹ Mehta, *State aid and Procurement in PPPs – Two Faces of a Single Coin?*, 2007, s. 143.

¹³⁰ Se Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005) 569 slutlig (15.11.2005).

¹³¹ Se Koenig & Wetzel, *The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding*, 2007, s. 5.

sering kan dock samtidigt få till följd att det blir svårt att göra nödvändiga förändringar eller justeringar under avtalsperioden.¹³²

Vidare bör framhållas att det alltid är av vikt att analysera om infrastruktur – såsom en företagspark, idrottsarenor, vägar eller kanaler – riktar sig till och kan nyttjas av alla och en var oavsett verksamhetssektor på ett icke-diskriminerande sätt. Har vägar eller lokaler uppförts med offentliga medel enbart för att komma ett fåtal personer eller viss verksamhet till nytta kan det vara fråga om ett otillåtet statsstöd enligt artikel 107.1 EUF-fördraget, såvida inte brukaren betalar ett marknadsmässigt pris för förmånen att få nyttja anläggningen. Situationen blir den samma, om än möjligen lite mer komplex, för det fall att infrastrukturen inte är i offentlig ägo utan i stället har uppförts, ägs och drivs inom ramen för en OPS.

Vad gäller frågan om vem som äger eller driver en viss verksamhet eller infrastruktur inom ramen för en OPS blir den centrala frågan givetvis om den privata samarbetspartnern valts ut på ett öppet och icke-diskriminerande sätt och om den ersättning det allmänna utger är marknadsmässig. Som anfördes ovan kan dessa villkor tillgodoses om valet av partner skett genom ett offentligt upphandlingsförfarande. Det finns dock situationer då ett upphandlingsförfarande kan vara uteslutet till följd av att marken där den aktuella infrastrukturen ska uppföras sedan tidigare är i privat ägo eller att andra fastighetsrättsliga rättigheter är knutna till den aktuella marken.¹³³

Det finns således ett fåtal situationer där Kommissionen accepterat en s.k. *low-profit principle*. I dessa situationer har det ansetts vara tillräckligt om den privata ägaren eller operatören av marken och infrastrukturen saknat möjlighet att göra någon vinst – eller i vart fall en mycket begränsad sådan – eller om en eventuell vinst använts till återinvestering i form av underhåll av infrastrukturen. En sådan skyldighet för den privata parten har därför ansetts kunna motverka korssubventionering till följd av att vinster som härrör från offentliga medel överförs till den privata sektorn.¹³⁴ Det går dock inte, till följd av de fåtaliga exempel som finns, att uttala sig om hur långt ett sådant

¹³² Se Battista, *The respect of State aid rules in PPPs*, 2007, s. 74. Se även Davis, *Financing PFI Projects in the UK in the Credit Crisis and State Aid*, 2009, s. 154 f.

¹³³ Se Koenig & Wetzels, *The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding*, 2007, s. 8 f.

¹³⁴ Se t.ex. Kommissionens beslut 25.11.1998 (1999/646/EG) om Tysklands åtgärder till förmån för InfraLeuna Infrastruktur und Service GmbH, EGT 1999/L 260/1, p. 11 ff., och Kommissionens beslut 16.06.2004 (2005/170/EG), om det stöd som Belgien, Nederländerna och Tyskland planerar att genomföra till förmån för konstruktion av en rörledning för transport av propen från Rotterdam till Ruhrområdet via Antwerpen (ärendet C 67-69/03), EUT 2005/L 56/15, p. 11, 58 och 63.

här undantag från upphandlingsreglerna sträcker sig. Vidare torde principen efter *Altmark*¹³⁵ i stor utsträckning vara överspelad. Frågan är också om det uppkommer några andra fördelar för den privata parten – ett privat företag skulle knappast vilja tillhandahålla viss infrastruktur om möjligheten att generera ett överskott är begränsad. Man måste också bedöma situationen i förhållande till slutanvändarna, dvs. drabbas andra alternativ på ett negativt sätt till följd av den privata partens möjlighet att tillhandahålla infrastrukturen. Det finns följaktligen en rad invändningar mot att ge en privat part möjlighet att utveckla och driva en infrastruktur utan att först konkurrensutsätta uppdraget. Det centrala är inte om den privata parten går med vinst eller inte utan om verksamheten konkurrerar med andra aktörer på marknadsmässiga villkor.¹³⁶

I det kanske mest centrala fallet rörande OPS – *London Underground Public Private Partnership* – understryker Kommissionen vikten av ett öppet, transparent och icke-diskriminerande förfarande vid partnerskap rörande infrastrukturprojekt. Om ett projekt blivit föremål för ett korrekt upphandlingsförfarande anses också den kompensation som det allmänna betalar till den privata parten vara marknadsmässig och utesluter därför också att det rör sig om ett otillåtet statsstöd enligt artikel 107.1 EUF-fördraget.¹³⁷ Det finns även anledning att tro att de principer som slås fast i *Altmark* går att modifiera så att de sträcker sig längre än att bara omfatta tjänster av allmänt intresse.¹³⁸

Den tredje frågan av intresse för en bedömning av statsstöd i förhållande till OPS är hur delägarförhållandena och fördelningen av förmåner ser ut. Skulle delägarna av en verksamhet åtnjuta en förmån som inte tillkommer

¹³⁵ Se mål C-280/00, *Altmark*, p. 92 ff.

¹³⁶ Se även Koenig & Wetzel, *The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding*, 2007, s. 9.

¹³⁷ Se Kommissionens beslut 2.10.2002 (C(2002)3578fin), *London Underground Public Private Partnership* (ärende N 264/2002), EGT 2002/C 309/15. Se även Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 2005, s. 604 ff., samt Battista, *The respect of State aid rules in PPPs*, 2007, s. 76. För några år sedan beslutade den brittiska regeringen att omorganisera finansieringen och driften av Londons tunnelbana. Därför bildades ett antal OPS, varvid privata aktörer inbjöds att lägga bud på moderniseringen av tunnelbanans infrastruktur. Tågtrafiken sköts fortfarande av det statsägda organet *London Underground Plc* (LUL). Infrastrukturföretagen är skyldiga att underhålla, modernisera och byta ut tåg och annan infrastruktur i Londons tunnelbana, för vilket LUL betalar en avgift – *Infrastructure Service Charge* – i enlighet med bestämmelserna i det 30-åriga serviceavtalet mellan LUL och infrastrukturföretagen. Till följd av Londons tunnelbanans struktur kommer varje infrastruktur företag att sköta olika linjer.

¹³⁸ Se Koenig & Wetzel, *The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding*, 2007, s. 10 f.

andra användare av en viss infrastruktur, t.ex. genom att erlægga lägre avgifter för samma service, kan även det strida mot artikel 107.1 EUF-fördraget.¹³⁹

För att undvika att komma i konflikt med statsstödsreglerna är det också av vikt att synkronisera de medel som skjuts till av det allmänna vid ett OPS-projekt i förhållande till de privata medel som tillförs; de sistnämnda bör helt enkelt föregå de förstnämnda. Vidare är det också viktigt att fördela vinsten i förhållande till de ekonomiska risker som tas av respektive part. På samma sätt bör man generellt sett vara försiktig vid användandet av s.k. *step-in*-klausuler – exempelvis klausuler som stadgar att en ny finansär kan ersätta den ursprunglige om avkastningen sjunker under en viss nivå –, eftersom en ny finansär som träder in i partnerskapet kan erhålla fördelar utan att tidigare deltagit i konkurrensutsättningen. Samtidigt kan liknande klausuler ofta vara en förutsättning för att en privat part över huvud ska vilja delta i ett OPS-projekt och kan dessutom vara en garant för att medel även i framtiden kommer att tillskjutas projektet. Dessutom måste möjligheten att använda *step-in*-klausuler anges redan i förfrågningsunderlaget och under upphandlingsprocessen – på så sätt kan man argumentera för att alla potentiella anbudsgivare behandlats på ett likvärdigt och konkurrensneutralt sätt och att alla haft vetskap om möjligheten att det med tiden kan komma in en ny aktör i projektet som dessutom måste agera i enlighet med vad som följer av villkoren för det vinnande anbudet.¹⁴⁰

4.8 Sammanfattande slutsatser

Som nämnts tar statsstödsreglerna i första hand tar sikte på det allmännas beteende i egenskap av investerare eller kreditgivare medan reglerna om offentlig upphandling huvudsakligen ser till hur det allmänna agerar i sin egenskap av beställare av varor och tjänster. Till skillnad från vad som är fallet med EU:s statsstödsregler är upphandlingsreglerna också minst sagt detaljerade, samtidigt som de på ett nationellt plan dessutom innehåller relativt tydliga regler rörande hur oegentligheter i samband med en upphandling ska hanteras.

Även om det således finns avgörande skillnader mellan regelverken syftar de båda till att hindra medlemsstaterna från att påverka konkurrensen

¹³⁹ Se Kommissionens beslut 25.11.1998 (1999/646/EG) om Tysklands åtgärder till förmån för InfraLeuna Infrastruktur und Service GmbH, EGT 1999/L 260/1, p. 12 ff.

¹⁴⁰ Se O’Keeffe, *Public Private Partnerships, Local Authorities and State Aid*, 2007, s. 22. Se även Steinicke, *Public Contracts Through Procurement – Can There Still Be State Aid?*, 2009, s. 136–163.

genom att gynna företag inte minst från den egna medlemsstaten. Genom att agera i enlighet med upphandlingsreglerna, så sätt att man iakttar principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet samt ömsesidigt erkännande, kan offentliga myndigheter i samband med ingående av exempelvis exploateringsavtal i stor utsträckning förvissa sig om att man inte bryter mot EU:s statsstödsregler. Statsstödsreglerna som följer av fördraget är vidare skilda från upphandlingsreglerna och kan därför komma in som en ”andra kontroll” av ett förfarande. Ett avtal som inte följer de regler som ska användas vid en normal kommersiell transaktion – exempelvis felaktig prissättning vid fastighetsförsäljning eller felaktigheter begångna vid en offentlig upphandling – kan således under vissa förutsättningar angripas med stöd av artikel 107.1 EUF-fördraget.

Om upphandlingsreglerna överskridits vid slutandet av ett genomförandebrev kan förfarandet i första hand bli föremål för en överprövning enligt 16 kap. LOU. I vissa fall är den vägen däremot i praktiken stängd, exempelvis i de fall ett köpeavtal enligt de formkrav som finns i jordabalken redan slutits varvid de aktuella arbetena också har påbörjats på ett sätt som gör att det blir svårt att avbryta det pågående projektet.¹⁴¹ I så fall återstår enligt LOU endast en prövning av om en konkurrent som rätteligen skulle ha vunnit kontraktet vid en upphandling har rätt till skadestånd av den upphandlande myndigheten.

Här kan emellertid också statsstödsreglerna aktualiseras, vilket i sin tur kan medföra att exploatören får betala tillbaka det stöd som denne kan anses ha erhållit till följd av genomförandebrevet. En upphandlande myndighet som ingår avtal utan föregående konkurrensutsättning kan således komma att bryta inte endast mot upphandlingslagstiftningen utan också mot EU:s statsstödsregler.

Till skillnad från vad som gäller enligt kommunallagen, av vilken det endast följer att det organ som fattat ett beslut som senare upphävs i domstol efter en laglighetsprövning ska rätta det felaktiga beslutet i den utsträckning det är möjligt, innehåller EU-rätten betydligt mer kännbara sanktioner.

Om Kommissionen eller EU-domstolen finner att ett bidrag eller annan form av stöd strider mot EUF-fördragets statsstödsregler ska det otillåtna stödet återbetalas med ränta. Det är således främst det företag som mottagit ett stöd som riskerar drabbas i händelse av att stödet står i strid med EU-rätten. Om det råder osäkerhet ifråga om en viss åtgärd utgör ett statstöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget bör det aktuella företaget

¹⁴¹ Se mål C-126/03, *Kommissionen mot Tyskland*.

innan de exempelvis ingår ett tvivelaktigt avtal med en kommun antingen konsultera näringsdepartementet eller anmäla åtgärden till Kommissionen.

De är följaktligen alltid viktigt att ha artiklarna 107 och 108 EUF-fördraget och deras restriktiva hållning till enskilda stödåtgärder i åtanke i samband med olika typer av OPS – allt för att inte endast riskera att olika projekt fördyras och försenas utan också för att både det offentliga och de privata samarbetsparterna inte ska drabbas av ekonomiska förluster.

5 Offentlig upphandling och OPS

Offentliga inköp är reglerade via lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, samt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Med offentlig upphandling avses enligt 2 kap. 13 § LOU de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader. Vidare följer av 1 kap. 9 § LOU att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Konkurrensutsättningen sker genom att offentliga inköp avseende leverans av varor eller tjänster annonseras. Därefter specificeras i ett så kallat förfrågningsunderlag modellen för konkurrensutsättning. I huvudsak tillämpas slutna budgivning, vilket i korthet innebär att intresserade leverantörer lämnar in ett förseglat anbud i vilket pris och andra för tilldelningen på förhand specificerade faktorer för tilldelning presenteras. I förfrågningsunderlaget måste den upphandlande myndigheten specificera vad inköpet avser och vad som kommer att vara avgörande för vem som får kontraktet. Det senare innebär att en upphandlande myndighet måste lista vilka faktorer som är avgörande för tilldelning och hur dessa viktas mot varandra. I princip handlar det om pris kontra kvalitativa och miljömässiga faktorer. I samband med upphandlingen kan en upphandlande myndighet välja mellan olika upphandlingsförfaranden. Dessa skiljer sig dels i den dimensionen att olika förfaranden tillämpas beroende på hur stor upphandlingen är, det vill säga vilka värden den förväntas omsätta, dels med avseende på att begränsa konkurrensen genom att tillämpa ett förfarande där endast inbjudna leverantörer får inkomma med anbud.

De OPS som omfattas av upphandlingsdirektiven och LOU går huvudsakligen att kategorisera i fyra olika grupper: tjänstekontrakt, byggentreprenader (avsnitt 5.4), byggkoncessioner (avsnitt 6.2) samt tjänstekoncessioner (avsnitt 6.3).

5.1 In house/ex house

Då en upphandlande myndighet, i stället för att konkurrensutsätta driften av en viss verksamhet, väljer att utföra de aktuella uppgifterna i egen regi behöver någon offentlig upphandling givetvis inte genomföras. Om en uppgift kan skötas internt talas vanligtvis om *in house*-verksamhet. Vare sig reglerna om offentlig upphandling eller de allmänna EU-rättsliga principerna, kan enligt EU-domstolen aktualiseras då en myndighet väljer en sådan lösning.¹ *In house*-produktion omfattas följaktligen inte av upphandlingsreglerna, i motsats till vad som gäller angående s.k. *ex house*-produktion, och det står därför t.ex. en kommun helt fritt att själv avgöra om den väljer att konkurrensutsätta en verksamhet eller att tillhandahålla den i egen regi.

Någon definition av begreppet *in house* finns inte i direktiven, men en utgångspunkt är att det rör sig om *in house* om både beställaren och utföraren befinner sig inom samma juridiska enhet, t.ex. om det rör sig om olika enheter inom en myndighet. En kommunal nämnd kan därför "köpa" en tjänst av en annan del av den kommunala förvaltningen utan att någon upphandling behöver aktualiseras. Inte heller om en kommunal enhet låter en annan del av kommunen utföra en tjänst inom ramen för en beställar- och utförarmodell behöver således upphandlingsreglerna beaktas. Det rör sig med andra ord i dessa fall om en s.k. intraprenad.

Vidare finns det inget som hindrar att flera upphandlande myndigheter eller enheter tillsammans genomför en upphandling och överlåter till den ena av dem att sköta det praktiska, utan föregående upphandling. Det är även möjligt för övriga upphandlande myndigheter eller enheter att ersätta den som sköter det praktiska för dess kostnader, utan att det anses vara ett köp enligt upphandlingsbestämmelserna. EU-domstolen fastställde i *Kommissionen mot Tyskland* att EU:s regelverk om offentlig upphandling inte omfattar samarbete om offentliga upphandlingar mellan upphandlande myndigheter eller enheter, där en av dem åtar sig att utföra vissa uppgifter utan syfte att generera vinst.²

Skulle å andra sidan leverantören befinna sig utanför den kommunala enheten måste däremot upphandlingsreglerna som huvudregel följas. EU-domstolen har emellertid genom de s.k. *Teckal*-kriterierna³ utvidgat *in house*-

¹ Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 48.

² Se mål C-480/06, *Kommission mot Tyskland*, p. 57 ff. Se även Pedersen & Olsson, *Commission v Germany: A new Approach on In-house Providing?*, 2010, s. 33–45.

³ Kriterierna presenterades första gången i mål C-107/98, *Teckal*, där 45 kommuner tillsammans ägde ett bolag, AGAC.

bestämmelserna till att under särskilda villkor omfatta även externa rättssubjekt och undantag från upphandlingsplikten kan därför medges om den upphandlande myndigheten har kontroll över det aktuella företaget motsvarande en sådan kontroll som man har över den egna verksamheten, samtidigt som leverantören utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten.⁴

Kriterierna som uppställs för att det ska rör sig om *in house* är inte helt klara – även om de senaste årens avgöranden från EU-domstolen i viss utsträckning förtydligat rättsläget. Problem som måste beaktas i sammanhanget är dock vilken typ av kontroll den upphandlande myndigheten ska kunna ha över leverantören och vad som avses med huvuddelen av verksamheten.

EU-domstolen har således i ett stort antal domar,⁵ bl.a. det vägledande målet C-107/98, *Teckal*, slagit fast att en kommun eller en sammanslutning av kommuner – så länge en privat part inte är inblandad – får ge ett kontrakt till ett bolag som den eller de äger utan att det föregås av en offentlig upphandling. Vad gäller frågan om en OPS, eller snarast ett IOPP, kan rymmas inom ramen för kontrollkriteriet konstaterade EU-domstolen i mål C-26/03, *Stadt Halle*, att det aldrig kan röra sig om *in house* då en leverantör till viss del är privatägd, oavsett om den upphandlande myndigheten äger den allra största delen, 75 procent, av företaget. Begreppet *in house* utgår från den s.k. instruktionsbefogenheten och har hämtats från bolagsrätten. Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv är ett dotterbolag sålunda inte att betrakta som självständigt om moderbolaget har rätt att bestämma över dotterbolaget.⁶

Samtidigt har RegR i det s.k. SYSAV-målet, RÅ 2008 ref. 26, konstaterat att det undantag från offentlig upphandling som EU-domstolen medger enligt *Teckal* inte är möjligt i Sverige utan uttryckligt lagstöd. RegR höll med EU-domstolen om att nationell lagstiftning kan medge undantag från upphandling, men att sådana undantagsbestämmelser inte tagits in i LOU. RegR fann därför att en kommun inte kan köpa varor eller tjänster från ett helägt bolag utan att affären först konkurrensutsatts i en offentlig upphand-

⁴ Vad gäller det s.k. verksamhetskriteriet, se närmare mål C-340/04, *Carbotermo*, samt mål C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparación y Manipulación de Correspondencia*.

⁵ Se t.ex. mål C-26/03, *Stadt Halle*, mål C-231/03, *Coname*, mål C-458/03, *Parking Brixen*, mål C-532/03, *Kommissionen mot Irland*, mål C-29/04, *Kommissionen mot Österrike*, mål C-410/04, *ANAV*, mål C-340/04, *Carbotermo*, mål C-220/05, *Aurox*, mål C-295/05, *Asemfo*, mål C-220/06, *Correos*, mål C-371/05, *Kommissionen mot Italien*, mål C-324/07, *Coditel Brabant*, mål C-573/07, *Sea*, och mål C-17/09, *Kommissionen mot Tyskland*. Vidare väntar mål C-91/08, *Wall*, på att avgöras.

⁶ Se t.ex. Jones & Sufrin, *EC Competition Law*, 2008, s. 141 ff.

ling – vilket är en strängare bedömning än vad som följer av EU-domstolens praxis.

För att lösa situationen har regeringen föreslagit en temporär lagstiftning som anpassar svensk lag till EU-domstolens tolkning. De undantag från upphandling vid köp från hel- eller delägda (interkommunala) aktiebolag, kommunförbund eller andra utförandeorgan som EU-domstolen godkänt föreslås gälla från den 1 juli 2010 till den 1 januari 2013.⁷

EU-domstolens praxis har alltså gradvis förtydligat och utvidgat kommunernas möjligheter att själva välja hur de vill organisera sin verksamhet. Kontrollkriteriet är emellertid inte helt logiskt ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv, men ligger väl i linje med de möjligheter en kommun i enlighet med såväl kommunalagens regler som konventionen om lokalt och regionalt självstyre måste anses ha för att reglera sin verksamhet på ett så funktionellt sätt som möjligt – utan att för den skull behöva lägga över driften av en viss verksamhet på enskilda aktörer.⁸ EU-rätten beskylls ofta i sin strävan att uppnå en effektiv konkurrens för att vara blind för den kommunala verksamheten och den kompetens att organisera den egna verksamheten på ett funktionellt sätt som bl.a. följer av konventionen om kommunal och regionalt självstyre. EU-rätten sägs helt enkelt lida av *Kommunalblindheit*.⁹ EU-domstolens avgöranden i de femtontal avgöranden som preciserar Teckalkriterierna utgör dock ett gott exempel på motsatsen.

Samtidigt är det så att de inte helt logiska effekterna av EU-domstolens praxis blir att om en kommun finner det mest ändamålsenligt och funktionellt att tillgodose ett visst behov genom ett IOPP, där kommunen äger 99 procent av aktierna, måste en upphandling göras, medan en sådan inte behöver göras om kommunen går in som aktieägare med 1 procent av aktierna i ett bolag som till 99 procent ägs av andra kommuner. Man kan med fog fråga sig om inte EU-domstolens utvidgning av kontrollkriteriet snarast är att se som en rättsfiktion som syftar till att föröka legitimera att situationen kan anses vara *in house*, snarare än en reell kontroll över verksamheten.¹⁰

⁷ Se Ds 2009:36 och prop. 2009/10:134.

⁸ Se närmare Steinicke, Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis, 2009, s. 260–273.

⁹ Se t.ex. Faber, Die Zukunft kommunaler Selbstverwaltung, Deutsches Verwaltungsblatt 1991, s. 1132, Schefold, Zur Gestalt der Regionen, 2005, s. 292 not 23, s. 293 not 25, och s. 306 not 76.

¹⁰ Se Steinicke, Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis, 2009, s. 272 f.

5.2 Allmänna EU-rättsliga principer och innebörden av 1 kap. 9 § LOU

Sedan Sveriges anslutning till EU är svenska upphandlande myndigheter inte endast skyldiga att iakttä de bestämmelser som följer av den nationella upphandlingslagstiftningen, de måste också beakta bl.a. de allmänna EU-rättsliga principer som följer av EUF-fördraget, 1 kap. 9 § LOU. De allmänna EU-rättsliga principerna – såsom principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparensprincipen, proportionalitet samt ömsesidigt erkännande – ska inte bara iakttas i samband med att upphandlande myndigheter genomför upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde,¹¹ de ska beaktas i alla situationer en upphandlande myndighet har för avsikt att anskaffa något s.k. *ex house* – dvs. då den upphandlande myndigheten vänder sig till marknaden för att få ett behov tillgodosett.¹²

I och med att de allmänna principerna långt ifrån är lika detaljerade som bestämmelserna i direktiven råder det däremot viss osäkerhet ifråga om hur de aktuella principerna ska tillämpas vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

En av de viktigaste EU-rättsliga principerna är principen om icke-diskriminering, vilken följer av artikel 18 EUF-fördraget. Principen är också utgångspunkten för fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. De aktuella bestämmelserna är förpliktigande för alla medlemsstater och alla offentliga organ i medlemsstaterna – varför alla upphandlande myndigheter har att iakttä de aktuella bestämmelserna. I mål C-324/98, *Telaustria*, slog domstolen fast att upphandlande myndigheter var tvungna att iakttä de allmänna EU-rättsliga principerna även då de agerade utanför direktivens område, särskilt avseende förbudet mot diskriminering p.g.a. nationalitet.¹³ I mål C-275/98, *Unitron*, uttalade EU-domstolen att upphandlande myndigheter måste försäkra sig om att förbud mot diskriminering iakttas. Enligt EU-domstolen måste således en upphandlande myndighet förvissa sig om att upphandlingsförfarandet kännetecknas av ett lämpligt mått av insyn till fördel för alla potentiella anbudsgivare.

En annan i sammanhanget relevant EU-rättslig princip är proportionali-

¹¹ Direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) och direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet).

¹² Se t.ex. mål C-324/98, *Telaustria*, mål C-231/03, *Coname* och mål C-458/03, *Parking Brixen*.

¹³ Se mål C-324/98, *Telaustria*, p. 62. Se också de forenade målen C-147/06 och C-148/06, *SECAP och Santorso m.fl.*

tetsprincipen. Upphandlande myndigheter har att beakta proportionalitetsprincipen i samband med att den avgör hur en upphandling ska utformas; inte minst i situationer där den aktuella upphandlingen faller utanför de EU-rättsliga upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. En upphandlande myndighet är därför skyldig att utforma upphandlingsprocessen på så sätt att processen ger möjlighet till att upprätthålla och kontrollera konkurrensen, t.ex. i samband med eventuella förhandlingar.

Principerna om likabehandling, insyn och ömsesidigt erkännande syftar till att säkra att konkurrensförhållandena upprätthålls och att den upphandlande myndigheten inte begränsar företags möjligheter att på lika villkor komma i beaktande som leverantörer i samband med offentliga upphandlingar, medan proportionalitetsprincipen också skyddar den upphandlande myndigheten från att behöva tillämpa en upphandlingsprocedur som ställer allt för långtgående krav på den samma.

5.3 Upphandlingar under tröskelvärdena och av s.k. B-tjänster

Det är endast vid offentliga inköp av varor eller tjänster där det sammanlagda värdet överstiger ett visst tröskelvärde, vilket varierar beroende på om det är en vara, tjänst eller byggtreprenad, som man avser att köpa in som upphandlingsdirektiven blir direkt tillämpliga. Sverige är därför endast skyldigt att särskilt reglera offentliga inköp av varor och tjänster över dessa tröskelvärden. Inköp under tröskelvärdena faller därför också – såväl enligt de tidigare upphandlingsdirektiven som enligt direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG – utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde.

Tröskelvärdena revideras vartannat år enligt upphandlingsdirektiven och GPA. Tröskelvärdenas storlek, och hur man ska beräkna dem, regleras i 3 kap. LOU. I 3 kap. 1 § LOU görs en hänvisning till Kommissionens förordning avseende aktuella tröskelvärden.¹⁴ Beräkningen utgår från Euro jämfört med särskilda dragningsrätter och amerikanska dollar under perioden 1 september 2007 till och med 31 augusti 2009. För de medlemsstater som inte har Euro som valuta, fastställs motvärden i nationella valutor.¹⁵

För centrala statliga myndigheters upphandling av varor och tjänster enligt LOU ligger tröskelvärdet på 125 000 euro, vilket motsvarar 1 243 375 kr, och

¹⁴ Se Kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

¹⁵ Se tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

för andra myndigheter – dvs. kommuner och landsting samt offentligt ägda företag – ligger tröskelvärdet på 193 000 euro, vilket motsvarar 1 919 771 kr. För bygg- och anläggningskontrakt ligger tröskelvärdet på 4 845 000 euro, vilket motsvarar 48 193 215 kr.

Vid upphandlingar inom ramen för LUF och direktiv 2009/81/EG om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet ligger tröskelvärdet för upphandlande enheter vid varu- eller tjänstekontrakt på 387 000 euro, vilket motsvarar 3 849 489 kr, medan byggtreprenadkontrakt även inom LUF har samma tröskelvärde som vad gäller för bygg- och anläggningskontrakt enligt LOU.

Det är inte tillåtet att dela upp en upphandling för att hamna under tröskelvärdet. Vidare har det föreslagits att gränsen för direktköp fastställs till 15 procent av tröskelvärdet för alla typer av upphandlingar, dvs. 287 966 kr för upphandlingar enligt LOU och 577 423 kr för upphandlingar enligt LUF.¹⁶

Det ovan anförda innebär emellertid inte att inköp som inte omfattas av direktiven i sin helhet faller utanför EU-rättens tillämpningsområde. De upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal är som nämnts skyldiga enligt 1 kap. 9 § LOU att beakta EUF-fördragets grundläggande bestämmelser, exempelvis reglerna om etableringsfrihet, likabehandling och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 49 och 56 EUF-fördraget.¹⁷

Det är inte bara inköp under tröskelvärdena som helt eller delvis faller utanför det EU-rättsliga regelverket. Det samma gäller för de s.k. B-tjänster som räknas upp i upphandlingsdirektivets (2004/18/EG) bilaga II avdelning B, vilka enligt direktivets artikel 21 endast är underkastade relativt få regler – artikel 32, artikel 34 samt artikel 43 –, exempelvis rätten att annonsera i den europeiska databasen *Tenders Electronic Daily*, TED,¹⁸ även om någon sådan skyldighet egentligen inte föreligger. Även om den upphandlande myndigheten utnyttjar möjligheten att annonsera i TED så är den inte tvungen att följa de procedurregler som följer av upphandlingsdirektiven.

Att de allmänna EU-rättsliga principerna ska iakttas då en svensk upphandlande myndighet genomför en upphandling som inte omfattas av upphandlingsdirektiven följer dessutom av bestämmelserna i 15 kap. LOU. Bestämmelserna i 15 kap. LOU är utformade för att motsvara de regler som

¹⁶ Se förslaget till 15 kap. 3 § LOU, lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009.

¹⁷ Se t.ex. mål C-59/00, *Vestergaard*, samt Andrea Sundstrand, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, 2006, s. 253.

¹⁸ Se <http://ted.eur-op.eu.int/>.

gäller för upphandlingar över tröskelvärdena,¹⁹ samtidigt som de svenska regler som är normerande för upphandlingar över tröskelvärden ska motsvara direktivens bestämmelser.²⁰ Följaktligen är såväl de bestämmelser som återfinns i upphandlingsdirektivet som de allmänna EU-rättsliga principerna av stort intresse även vid upphandlingar som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU stadgar bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Bestämmelsen ger således uttryck bl.a. för den likabehandlingsprincip som också återfinns i artikel 2 i upphandlingsdirektivet. Likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU kan dels användas som tolkningsunderlag i samband med tillämpningen av andra bestämmelser i LOU, dels som utfyllnad då lagstöd saknas.²¹ I Kammarrättens i Jönköping dom av den 10 juli 2009, mål nr 953-09, uttalas också att:

”De i [1 kap. 9 § LOU] angivna principerna grundar sig på de gemenskapsrättsliga grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet (transparens). Upphandlande myndighet är skyldig att beakta dessa principer oavsett om det avtal som upphandlingen i fråga avser omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på det aktuella området eller inte.”

Av EU-domstolens praxis framgår att bestämmelser som anpassats till EU-rätten – och det direktivstyrda området – såväl ska tolkas som tillämpas i enlighet med denna. Ett annat synsätt skulle nämligen kunna medföra att bestämmelser med samma innehåll skulle ges olika innehåll, vilket skulle medföra ett åsidosättande av såväl transparens som rättssäkerhet.²² Slutligen bör påpekas att det i utredningen om införandet av de nya rättsmedelsdirektiven uttryckligen sägs att ”bestämmelserna i 15 kap. i LOU och LUF ska tolkas i ljuset av de direktivstyrda bestämmelserna.”²³ Det är rent av så att ”[ä]ven om vissa upphandlingar är undantagna enligt 1 kap. LOU, t.ex. tjänstekoncessioner, ska principerna i 1:9 ändå tillämpas.”²⁴

¹⁹ Se t.ex. SOU 2006:28, s. 235. Det finns för närvarande ett förslag till förändringar av bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF, vilka foreslås träda i kraft den 1 juli 2010. Se lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009.

²⁰ Se t.ex. SOU 2005:22, s. 177.

²¹ Se Slavicek, *Upphandlingens olika ansikten*, 2002, s. 22.

²² Se mål C-14/83, *von Colson*, mål C-28/95, *Leur-Bloem*, och NJA 1998 s. 873 samt Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2009, s. 49.

²³ SOU 2009:30, s. 257.

²⁴ Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2009, s. 412.

5.4 Allmänt om byggtreprenader

Avtal varigenom en kommun säljer en eller flera fastigheter till en byggtreprenör samtidigt som denne erhåller en rätt att själv exploatera marken, ansågs i Sverige tidigare utgöra sedvanlig fastighetsförsäljning och därför inte omfattas av LOU.²⁵ Så har t.ex. varit fallet vad gäller genomförandavtal där en upphandlande myndighet, vanligtvis en kommun, säljer en fastighet till en byggtreprenör, varefter entreprenören åtar sig att uppföra en byggnad på fastigheten enligt enhetens specifikationer samtidigt som den upphandlande myndigheten förbinder sig att hyra fastigheten med tillhörande byggnad. I underrättspraxis har dock befunnits att en sådan avtalskonstruktion utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt enligt såväl upphandlingsdirektiven som LOU.²⁶ Om det däremot rörde sig om en situation där det var fråga om ett kommunalägt markområde som skulle exploateras och marken skulle vara kvar i kommunal ägo, rådde heller inte tidigare någon tvekan om att exploateringen skulle upphandlas.²⁷

Om de svenska reglerna på området tidigare var otydliga definieras byggtreprenadkontrakt i 2 kap. 3 § LOU numer som ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i den utförliga förteckningen i lagens bilaga 1, eller medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.²⁸

Av 3 kap. 8 § LOU följer att vid beräkningen av värdet av ett byggtreprenadkontrakt ska såväl kostnaden för entreprenaden som värdet av varor och tjänster som den upphandlande myndigheten tillhandahåller entreprenören för att entreprenaden ska kunna fullgöras räknas in. Värdet av varor och tjänster som inte krävs för att entreprenaden ska kunna fullgöras får inte

²⁵ Se NOU info december 2002, s. 8 f.

²⁶ Se Kammarrättens i Göteborg dom 1999-10-08 (mål nr 3859-1999), som rörde ett beslut av fullmäktige att utan föregående upphandling godkänna vissa överenskommelser med ett privat byggbolag, vars värde uppgick till ca 32 miljoner kr. Kommunstyrelsen verkställde trots domstolens avgörande beslutet. JO fann i arende 3497-2000 att kommunstyrelsen på ett anmärkningsvärt sätt gjort sig skyldigt till ett oriktigt handlande. Se även Warnling-Nerep, *Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?*, 2006–07, s. 388 f., och där anförd praxis.

²⁷ Se närmare Madell, *Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandavtal*, 2005, s. 225–254, samt Madell, *Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig-privata partnerskap?*, 2007, s. 35–59.

²⁸ Jfr definitionen i artikel 1(2) (a–b) i upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

ingå i beräkningen av värdet, om det skulle medföra att lagens regler om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga på upphandlingen av dessa varor och tjänster.

Syftet med reglerna är bl.a. att undanröja hinder för etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster inom bygg- och anläggningsområdet för att på så sätt skapa en effektiv konkurrens. Det kan därför tyckas självklart att t.ex. genomförandeavtal ska upphandlas enligt LOU, men fullt så enkelt ter det sig emellertid inte alltid i praktiken. OPS kan många gånger innehålla element som faller in under olika typer av upphandlingar – såväl byggtreprenader som upphandling av funktioner eller tjänster – och där kanske flera fristående upphandlingar egentligen skulle behöva göras för att tillgodose de olika behoven. Oavsett dessa svårigheter torde det emellertid stå klart att upphandlingsreglerna inte medger några undantag vid byggtreprenader.²⁹

5.4.1 *La Scalamålet*

Milano kommun antog under 1990-talet ett byggnadsutvecklingsprogram under namnet "Projekt Scala 2001". Det innebar bl.a. byggandet av den s.k. Bicoccateatern. Enligt ett till programmet bifogat avtal skulle utförandet anförtros privata exploatörer som redan var verksamma i Bicoccaområdet. Enligt avtalet skulle exploatören och markägaren – *Pirelli* – bära angivna utsmyckningskostnader och på egen bekostnad utföra vissa byggarbeten. *Milano Centrale Servizi* – *Pirellis* samarbetspartner – tog sig an själva byggandet av Bicoccateatern. Teatern skulle uppföras mot avdrag på den bygglovsavgift *Pirelli* var skyldig Milano kommun för Bicoccaprojektet. Avdragsmöjligheten stadgades i italiensk plan- och bygglag. Två olika arkitektsammanslutningar begärde i italiensk domstol överprövning av anskaffningen av entreprenadarbetena. Lombardiets administrativa domstol vände sig till EU-domstolen för att utröna om en nationell lagstiftning som tillåter bygglovsinnehavare att utföra en byggtreprenad mot nedsättning av bygglovsavgiften var förenlig med direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader.

EU-domstolen slog i mål C-399/98, *La Scala*,³⁰ fast att Byggdirektivet skulle tillämpas när en markägare, tillika exploatör, tar sig an ett stadsutvecklingsprojekt mot att den lokala myndigheten medger avdrag på hela eller delar av en bygglovsavgift som annars skulle ha erlagts. EU-domstolen ut-

²⁹ Se SOU 2005:22, s. 244 f. Se även Hane, De nya upphandlingsdirektiven, 2005, s. 68 f.

³⁰ Mål C-399/98, *Ordine degli Architetti delle province di Milano*.

talade i målet att de definitioner som görs i Byggdirektivet bör vara av avgörande betydelse vid bedömningen av huruvida det rör sig om ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses i direktivet och att samtliga rekvisit för att det skulle vara fråga om en byggentreprenad var uppfyllda. Det rörde sig enligt domstolen om ett *kontrakt med ekonomiska villkor* som slöts *skriftligt* mellan en *leverantör* och en *upphandlande myndighet* som syftade till *utförande av en byggentreprenad* såsom det definierades i direktivet.³¹ EU-domstolen ansåg bl.a. att byggnadsutvecklingsprogrammet och det bifogade avtalet utgjorde tillräcklig grund för att kunna konstatera att ett skriftligt kontrakt existerade. EU-domstolen påtalade att även om uppförandet av byggnader regleras i nationell plan- och bygglagstiftning med annat syfte än direktivet, betyder detta inte att det inte skulle tillämpas. EU-domstolen påtalade också att de grundläggande syftena med direktivet var att konkurrensutsätta tilldelningen av offentliga byggkontrakt.

Domen klargör att nationella regler om myndighetsutövning inte utesluter tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling. EU-domstolen anförde att den omständigheten att avtalet var ett offentlighetsrättsligt avtal och att det hade inslag av myndighetsutövning inte hindrade att det fanns ett sådant avtalsförhållande som föreskrevs i direktivet, utan tvärtom talade denna omständighet för detta. Domstolen konstaterade att direktivet utgjorde ett hinder för en nationell stadsplaneringslagstiftning som tillåter att den som innehar bygglov eller godkänd plan för markexploatering, utan beaktande av de förfaranden som föreskrivs i direktivet, direkt uppför en anläggning mot att hela eller delar av avgiften för bygglovet avräknas när värdet av detta arbete motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet.

5.4.2 Undantag från reglerna om byggentreprenad

Enligt 1 kap. 6 § 1 p. LOU omfattas inte bl.a. kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet av upphandlingslagstiftningen. Med fastighet avses det som enligt jordabalken, JB, utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden ska också anses utgöra en fastighet. Detsamma gäller sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ JB, om de tillhör byggnadens ägare. Bestämmelsen bygger

³¹ Se även bl.a. NOU info december 2001, s. 16, Svenska kommunförbundets cirkulär 2003:109 samt Pedersen, Ramavtal och offentlig upphandling – nya bestämmelser för den klassiska sektorn, 2005, s. 44 f.

på artikel 16 i upphandlingsdirektivet (2004/18/EG), där undantag görs för kontrakt som avser förvärv eller hyra av mark, befintliga byggnader, annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom. Det är av central betydelse att man valt formuleringen befintliga byggnader, vilket har som syfte att markera att undantaget inte omfattar byggentreprenadkontrakt.³²

Frågan om vilka undantag som kan göras med hänvisning till undantagsbestämmelsen har under lång tid ansetts vara oklar. På samma sätt har avtal varigenom en kommun säljer en eller flera fastigheter till en byggentreprenör samtidigt som denne erhåller en rätt att själv exploatera marken i enlighet med de föreskrifter och specifika krav som kommunen ställer upp, ansetts utgöra sedvanlig fastighetsförsäljning och därför inte omfattas av reglerna om offentlig upphandling – trots att det hela tiden varit en förutsättning för avtalet att kommunen sedan kommer att hyra den uppförda byggnaden. Orsaken var bl.a. den oklara gränsdragningen mellan byggentreprenader och det undantag avseende upphandling av tjänster som fanns i 5 kap. 1 § 1 st. 1 p. LOU (1992:1528).³³

I underrättspraxis har det emellertid länge stått klart att en sådan avtalskonstruktion utgör ett byggentreprenadkontrakt som ska tilldelas enligt reglerna i LOU.³⁴ Ett uppförande av en byggnad i enlighet med den upphandlande myndighetens riktlinjer omfattas därför inte av hyresundantaget såvida inte det är fråga om byggnader av mera ”generell karaktär”, dvs. byggnader som även andra än den upphandlande myndigheten kan tänka sig att nyttja på samma sätt. Rör det sig däremot om byggnader som har en speciell karaktär, såsom busstationer, brandstationer, skolor, sjukhus, värmekraftverk eller liknande är det i regel uppenbart att dessa uppförs för den upphandla myndighetens räkning.³⁵

Som ett exempel kan nämnas ett fall där staden Köln – utan att tillämpa ett offentligt upphandlingsförfarande – hade slutit ett avtal med ett företag, *Grundstücksgesellschaft Köln Messe*, om bygge av fyra mässhallar och efterföljande uthyrning av dessa till staden under 30 år. Huvudkontraktet var värt ungefär 600 miljoner euro, bestående av månadshyrorna under de år som kontraktet löper. EU-domstolen fann att Tyskland därför hade brutit mot

³² Se även prop. 2006/07:128, s. 289 f.

³³ Se närmare Madell, Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeavtal, 2005, s. 225–254, samt Madell, Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig-privata partnerskap?, 2007, s. 35–59, och där angivna källor.

³⁴ Se Kammarrättsens i Göteborg dom 1999-10-08 (mål nr 3859-1999).

³⁵ Se Kammarrättsens i Göteborg dom 2009-02-27 (mål nr 7477-08).

reglerna om offentlig upphandling genom att underlåta att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet.³⁶

Som ett annat exempel på gränsdragningen mellan ett hyresavtal och ett byggtreprenadkontrakt kan nämnas ett fall som prövats av Konkurrensverket. Ett kommunalägt bolag slöt ett nyttjanderättsavtal med ett fastighetsbolag om att under 15 år hyra lokaler för trafikskola samt förvaring och användande av en lastbilssimulator i en byggnad som skulle uppföras av det sistnämnda bolaget. Förfarandet föregicks inte av någon upphandling och det kommunala bolaget återopade 1 kap. 6 § 1 p. LOU, dvs. att kontrakt avseende hyresrätt inte omfattas av LOU, som stöd för sitt ställningstagande. Konkurrensverket fann att avtalet utgjorde ett byggtreprenadkontrakt och att det kommunala bolaget borde ha tillämpat ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande enligt 15 kap. LOU då de tilldelade kontraktet. Som skäl angavs bl.a. att det inte var fråga om hyra av en befintlig byggnad samt att byggnaden planerats för den upphandlande myndigheten och att den uppförts enligt kommunens krav och specifikationer. Kontraktet utgjorde därför i enlighet med 2 kap. 3 § LOU ett byggtreprenadkontrakt.³⁷

5.4.3 Marköverlåtelse i förhållande till offentlig upphandling – Eskilstunafallet

Det har under årens lopp varit mycket vanligt att kommuner sluter genomförandeavtal med enskilda parter för att tillgodose behovet av olika anläggningar för att fylla behov inom kommunen. Som ett massmedialt uppmärksammat exempel kan nämnas det s.k. Eskilstunafallet. Eskilstuna kommun godkände under hösten 2000 ett samarbetsavtal med ett stort byggbolag. Syftet med samarbetsavtalet var för kommunens vidkommande att det byggdes moderna tävlings- och träningsarenor för fotboll, speedway och friidrott, att det skulle byggas ca 1 100 bostäder i centrala lägen samt att det uppfördes nya lokaler för att förstärka befintliga köpcentra.³⁸

Det upprättades därefter två som exploateringsavtal benämnda ramavtal mellan kommunen och exploatören. Genom avtalen utfäste sig kommunen att sälja vissa fastigheter till exploatören med syftet att exploatören skulle erhålla byggrätter för bostäder och affärsområden. Köpeskillingen uppgick till 61 miljoner kronor och exploatören tog på sig all risk för förekomst av

³⁶ Se mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*.

³⁷ Se Konkurrensverkets beslut 2009-10-06, Dnr 613/2008.

³⁸ Se även Madell, *Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeavtal*, 2005, s. 225–254, samt Madell, *Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig-privata partnerskap?*, 2007, s. 35–59, och i dessa arbeten anvisad litteratur.

eventuella markföreningar, arkeologiska utgrävningar osv. samt samtliga kostnader för planläggning och exploatering av områdena. Kommunen förband sig att under minst 25 år hyra de tre idrottsanläggningarna som exploatören skulle uppföra på angivna fastigheter. Hyran motsvarade kostnaden för kapitalet och anläggningskostnaden skulle också ha en avskrivningstid på 25 år. Kommunen skulle svara för drift och underhåll av anläggningarna.

I exploateringsavtalen åtog sig exploatören att inom planlagda områden bekosta och anlägga gator, allmänna platser samt vatten- och avloppsanordningar. Dessa områden skulle efter färdigställandet utan kostnad överlämnas till kommunen. Kommunen behöll sin rätt att ta ut lagstadgade avgifter för dessa anläggningar, men exploatören gavs rätt att avräkna ett belopp motsvarande bolagets kostnader för sitt anläggningsarbete till den del ersättningen hänförde sig till de lokala allmänna anläggningar som exploatören anlagt. Den del av avgiften som hänförde sig till generella anläggningar, t.ex. reningsverk, var exploatören skyldig att betala.

Samarbetet blev uppmärksammat i medierna och anmäldes till Kommissionen. Anmälaren ansåg att avtalen stred mot konkurrensreglerna och att det var ett brott mot direktiven om offentlig upphandling. Kommissionen fann vid sin prövning att kommunen vid tilldelningen av byggtreprenadkontraktet inte följt bestämmelserna i det då gällande Byggdirektivet. Kommissionen ansåg därför att avtalen mellan kommunen och exploatören stred mot direktivet i de delar som avtalen innebar dels att exploatören skulle uppföra idrottsanläggningar som kommunen utfäste sig att hyra, dels att exploatören skulle anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar.³⁹ I fyra av de totalt fem detaljplanerade områden som omfattades av exploateringsavtalet var arbetena påbörjade eller avklarade, vilket medförde att en rättelse i praktiken var omöjlig att göra, medan det i ett av områdena fortfarande var möjligt att åstadkomma en rättelse. Exploatören gick med på att ändra exploateringsavtalet för det området på så sätt att arbetena skulle upphandlas. Efter att dessa åtgärder vidtagits fann Kommissionen att rättelse vidtagits.⁴⁰

³⁹ Se Kommissionens formella underrättelse om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbete (KOM:s ref nr SG(2002) D/220815, ärendenr 2001/4764).

⁴⁰ Se även Sveriges Kommuner och Landsting, cirkulär 2003:109, rörande La Scala-domens konsekvenser för kommunernas exploateringsavtal, samt Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 47. Jfr även exemplet med idrottsparken i Sundsvall, se närmare Nilsson, Nya vägar för infrastruktur; Offentlig-privat samverkan, 2009, s. 63–66.

5.5 Upphandlingsförfaranden över tröskelvärdena

5.5.1 Tröskelvärdena

Som nämnts återfinns bestämmelserna om tröskelvärden i 3 kap. LOU. Överstiger värdet av det upphandlade föremålet det tröskelvärde som gäller i det särskilda fallet följer som huvudregel vissa särskilda regler, bl.a. ska annonsering ske via databasen *Tenders Electronic Daily*, TED.

För upphandlingar över tröskelvärdena kan för svenskt vidkommande än så länge fyra olika upphandlingsförfaranden tillämpas: öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering. Vidare föreslås ett femte förfarande, konkurrenspräglad dialog, införas från och med den 1 juli 2010.⁴¹ Eftersom den konkurrenspräglade dialogen tillkommit för att i huvudsak fylla de behov som finns vid upphandlingar av OPS behandlas den i ett eget avsnitt, avsnitt 5.6, medan övriga upphandlingsförfaranden endast beskrivs översiktligt.

5.5.2 Öppet förfarande

Öppet förfarande innebär enligt 4 kap. 1 § LOU en upphandling med annonseringsskyldighet där alla potentiella och intresserade leverantörer får lämna anbud. Förfarandet består då av infordrande av anbud varefter de ställda kraven på leverantören och upphandlingsföremålet prövas. Öppet förfarande är, i likhet med selektivt förfarande, huvudregeln vid upphandlingar över tröskelvärdena.

5.5.3 Selektivt förfarande

Ett selektivt förfarande innebär ett tvåstegsförfarande och består först av en skyldighet att annonsera för intresseanmälan. Ett urval görs därefter i enlighet med de krav som ställts på leverantören. Av de leverantörer som antar inbjudan väljs ett antal ut som uppfyller de kvalifikationskrav den upphandlande myndigheten uppställt. Efter urvalet sker en inbjudan till de utvalda leverantörerna att ge anbud. Dessa får sedan, om de vill, lämna anbud.

Ett selektivt förfarande är i huvudsak ett praktiskt motiverat förvarande för att slippa hantera en stor mängd anbud. Väljs det selektiva förfarandet inom den klassiska sektorn får antalet anbudsgivare som kommer att inbjudas till att lämna anbud begränsas, under förutsättning att det görs på objektiva grunder.

⁴¹ Se lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009.

5.5.4 Förhandlat förfarande med föregående annonsering

Förhandlat förfarande med föregående annonsering regleras i 4 kap. 2–4 §§ LOU. Även ifråga om det förhandlade förfarandet får den upphandlande myndigheten bjuda in ett visst antal leverantörer varefter förhandlingar uppställs med en eller flera av anbudsgivarna. Ett förhandlat förfarande går alltså i stort sett till på samma sätt som vid ett selektivt förfarande, men antagande av anbud sker först efter förhandling med en eller flera tänkbara leverantörer. Upphandlingsförfarandet får endast användas i vissa fall och under särskilda omständigheter.

Utgångspunkten är enligt 4 kap. 2 § LOU att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering bara får användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller av andra skäl inte kan godtas, under förutsättning att (a) avtalsvillkoren i förhållande till den föregående upphandlingsomgången inte ändras på något väsentligt sätt, (b) det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det i vissa undantagsfall inte går att ange något totalpris i förväg, (c) det rör sig om finansiella – t.ex. försäkrings-, bank- och investeringstjänster – och intellektuella tjänster – exempelvis projektering av anläggningar – där det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller (d) det rör sig om en byggtreprenad, som endast har forsknings-, provnings-, eller utvecklingsändamål och som inte syftar till att nå lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, dvs. det som upphandlas får inte vara avsett att användas i ekonomiska syften.

Som jämförelse kan nämnas att förhandlat förfarande med föregående annonsering regelmässigt används vid upphandlingar inom försörjningssektorerna, eftersom de upphandlande enheterna fritt får välja förfarande.

5.5.5 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

En upphandlande myndighet får i vissa fall enligt 4 kap. 5 § LOU använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt. Men det är även i sådana situationer viktigt att alla anbudsgivare behandlas lika. Som skäl för att använda ett förfarande utan föregående annonsering krävs att: (a) det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats in några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren kvarstår, (b) det som ska upphandlas, av tekniska, konstnärliga eller upphovsrättsliga skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör, eller (c) om synnerlig och oförutsebar brådskan gör att det är omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt

eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vid ett förhandlat förfarande krävs vanligen att minst tre anbudsgivare deltar, förutsatt att det finns så många lämpliga deltagare.

Enligt 4 kap. 8 § 1 st. LOU gäller vissa särskilda regler vid tilldelning av kontrakt som avser kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller ingår i det ursprungliga kontraktet om (a) kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, (b) de ska utföras av den ursprungliga leverantören, (c) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller (d) de kan avskiljas och är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas. Vad gäller nya byggtreprenader eller tjänster som är en upprepning av tidigare byggtreprenader eller tjänster under förutsättning får förfarandet användas förutsatt att (a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande, (b) att arbetena tilldelas samma leverantör, (c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet, (d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., samt (e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Det är dock viktigt att komma ihåg att det sammanlagda värdet av kontraktet enligt 4 kap. 8 § 2 st. LOU inte får överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde och att förfarandet enligt 4 kap. 8 § 3 st. LOU endast får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

I 4 kap. 9 § LOU finns också en bestämmelse som slår fast att man får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det rör sig om tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt som följer på en projektävling som anordnats enligt 14 kap. LOU, under förutsättning att kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren av tävlingen.

Som ett exempel på när man inte fick använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inom försörjningssektorn kan nämnas mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*. Det offentliga företaget DEI hade tilldelat en leverantör ett kontrakt avseende konstruktionen av ett transportbandsystem för värmekraftverket Megalopolis. Som skäl angavs att man haft rätt att göra så eftersom endast den valde leverantören kunde utföra de aktuella arbetena med hänsyn dels till de särskilda egenskaperna hos den produkt som skulle transporteras och den underliggande jorden i området, dels till

att det var nödvändigt att koppla samman transportbanden med de redan befintliga. Vidare hävdades att det var mycket brådskande.

EU-domstolen inledde med att påminna om att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är en undantagsbestämmelse som ska tolkas strikt samt att den som vill tillämpa ett sådant förfarande också har bevisbördan för att undantagsbestämmelserna är tillämpliga. EU-domstolen ansåg att den grekiska regeringen inte på ett övertygande sätt visat att de aktuella arbetena på grund av tekniska skäl endast kunnat utföras av den valda leverantören. Inga av de åberopade omständigheterna visade att den valda leverantören var det enda företag inom EU som hade nödvändiga kunskaper för att kunna utföra de aktuella arbetena. Inte heller kunde man påvisa synnerlig brådskande till följd av någon omständighet som inte kunnat förutses. Grekland hade således underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet.

Som ett annat exempel kan nämnas mål C-84/03, *Kommissionen mot Spanien*, där EU-domstolen fann att Spanien inte införlivat direktiv 93/36/EEG om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor och direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten på rätt sätt eftersom det inte tillräckligt tydligt framgick att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är en undantagsbestämmelse och att det heller inte framgick att en viktig förutsättning var att de ursprungliga villkoren inte ändrades.

5.5.6 Några kommentarer

Ur ett juridiskt perspektiv kan alltså flera alternativa upphandlingsförfaranden väljas. Vid valet av upphandlingssätt bör antalet potentiella anbudsgivare beaktas. Förväntas ett stort antal leverantörer vilja lämna anbud ska valet av ett öppet förfarande vägas mot administrativa kostnader av att hantera ett stort antal anbud. Om den upphandlande myndigheten har god kännedom om marknaden och dess aktörer och hur många leverantörer det finns och vilka av dessa som kan komma att lämna konkurrenskraftiga anbud kan ett selektivt eller förhandlat förfarande vara att föredra. Ur ett ekonomiskt perspektiv handlar det om att bjuda in ett tillräckligt stort antal anbudsgivare för att effekten på priset av ytterligare en anbudsgivare ska vara försumbar. Men, det är förstås inte bara viktigt att bjuda in rätt antal anbudsgivare – det är också ur kvalitetssynpunkt viktigt att bjuda in rätt anbudsgivare.

I mål C-87/94, *Kommissionen mot Belgien*, påpekade EU-domstolen att upphandlingsdirektiven kan ge den upphandlande myndigheten en viss valmöjlighet då det gäller upphandlingsform. Men när väl en inbjudan att lämna anbud under en visst upphandlingsförfarande har gått ut till potentiella leve-

rantörer, är den upphandlande myndigheten tvungen att följa de regler som gäller för detta förfarande fram till dess att upphandlingen avslutats. Den upphandlande myndigheten får alltså inte byta upphandlingsförfarande hur som helst.

Principen att upphandlingsformen inte får ändras bör även gälla för de fall då den upphandlande myndigheten valt upphandlingssätt, och angett detta i det förfrågningsunderlag som skickats ut till anbudsgivare. Valet av vilken upphandlingsform som ska tillämpas avgörs med hänsyn till kraven på lika-behandling och transparens, konkurrensförutsättningar och upphandlingens art och omfattning.

5.6 Konkurrenspräglad dialog

Kommissionen har flera gånger uppmärksammat svårigheten att tillämpa ett traditionellt upphandlingsförfarande vid olika typer av samarbetsformer mellan det allmänna och enskilda. För att tillmötesgå kraven på en smidigare lösning ges därför i artikel 29 upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) medlemsstaterna en frivillig möjlighet att föreskriva att den upphandlande myndigheten får använda sig av en s.k. konkurrenspräglad dialog i stället för ett öppet eller ett selektivt förfarande vid särskilt komplicerade kontrakt, dvs. i de fall där ett traditionellt upphandlingsförfarande objektivt sett inte medger tilldelning av kontrakt.

Förfarandet är alltså tänkt att tillämpas i situationer där en tillämpning av de traditionella upphandlingsreglerna skulle motverka sitt syfte – t.ex. om det inte är möjligt att i de tekniska specifikationerna ange vad som krävs för att tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Även om den konkurrenspräglade dialogen kan erbjuda ett alternativ till ett förhandlat upphandlingsförfarande överlappar bestämmelserna om olika upphandlingsförfaranden till viss del varandra och möjligheterna till att använda en konkurrenspräglad dialog begränsas också av andra regler i direktivet. Utformningen av reglerna möttes därför tidigt av kritik.⁴²

⁴² Se t.ex. Brown, *The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil you know?*, 2004, s. 160–177, Krüger, *Ban-On-Negotiations in Tender Procedures: Undermining Best Value for Money?*, 2004, s. 397–436, Treumer, *Competitive dialogue*, 2004, s. 178–186, Evers Hjelmberg m.fl., *EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder*, 2005, s. 225–232, Hane, *De nya upphandlingsdirektiven*, 2005, s. 67–72, Rubach-Larsen, *Competitive Dialogue*, 2005, s. 67–79, Steinicke, *Konkurrencepræget dialog – præsentation af en ny bestemmelse i udbudsreglerne*, 2005, s. 273–286, Bovis, *Public Procurement in the European Union: Les-*

Av definitionen i artikel 1(11)(c) i direktivet samt av den föreslagna bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU framgår att med konkurrenspräglad dialog avses ”ett förfarande som varje ekonomisk aktör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har inbjudits att delta i detta förfarande, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena bjuds in att lämna”.⁴³

Enligt artikel 29 ska den upphandlande myndigheten offentliggöra ett meddelande om upphandling där den anger sina behov och krav. Efter att den upphandlande myndigheten valt ut anbudssökande enligt bestämmelserna i artiklarna 44–52 ska denne inleda en dialog med dessa, där dialogens syfte ska vara att identifiera och definiera hur behoven bäst ska kunna tillgodoses. Efter att ha identifierat och jämfört de lösningar som framkommit genom dialogen, ska den upphandlande myndigheten därefter uppmana anbudssökandena att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av de faktorer och lösningar som specificerats under dialogen.

I lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet⁴⁴ föreslås genom utförliga regler i 4 kap. 10–21 §§ LOU att möjligheterna till en konkurrenspräglad dialog införs även i svensk rätt. Förfarandet ska kunna användas vid upphandling såväl inom som utanför det direktivstyrda området.

Den konkurrenspräglade dialogen inleds i fall där den upphandlande myndigheten inte objektivt kan definiera de tekniska medel som bäst motsvarar deras behov och mål, eller i fall där den inte objektivt kan definiera de rättsliga och/eller finansiella formerna för ett projekt. Förfarandet tillåter de upphandlande myndigheterna att inleda en dialog med de sökande för att hitta lösningar som kan tillgodose dessa behov. I slutet av denna dialog kommer de sökande att inbjudas att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som framkommit under dialogen. Dessa anbud ska innehålla alla de faktorer och villkor som krävs för att genomföra projektet. Den upphandlande myndigheten ska sedan bedöma anbuden på grundval av de angivna tilldelningskriterierna. Den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan sedan uppmanas att klargöra vissa aspekter av anbudet eller bekräfta åtaganden som anges, förutsatt att detta främst inte leder till ändringar av väsentliga delar i anbudet.

sons from the Past and Insights to the Future, 2005–06, s. 122, samt Burnett, Public-Private Partnerships (PPP) – A Decision Maker’s Guide, 2007, s. 90–93.

⁴³ Se lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009.

⁴⁴ Se även SOU 2006:28.

Den konkurrenspräglade dialogen är tänkt att tillgodose de behov av flexibilitet i diskussioner med kandidater på alla aspekter av kontraktet som kan behövas för att precisera innehållet, samtidigt som dessa diskussioner genomförs i enlighet med principerna om öppenhet och likabehandling, och därmed inte äventyrar de rättigheter som fördraget ger de ekonomiska aktörerna. Förfarandet bygger på föreställningen att strukturerade urvalsmetoder under alla omständigheter bör skyddas, eftersom dessa bidrar till att objektivitet och integritet i det förfarande som leder till valet av en operatör – vilket i sin tur anses garantera en sund hushållning med offentliga medel och minska risken för metoder som saknar insyn och stärker den rättssäkerhet som krävs.

En i sammanhanget relevant fråga är om det redan idag går upphandla en OPS med hjälp av en konkurrenspräglad dialog, fast än upphandlingsformen ännu inte införts i svensk lagstiftning. Slutsatsen torde vara att en upphandlande myndighet mycket väl kan upphandla en koncession – antingen en bygg- eller en tjänstekoncession – med hjälp av en konkurrenspräglad dialog, trots att vi ännu inte infört regler för konkurrenspräglad dialog i den svenska upphandlingslagstiftningen. Anledningen är att upphandlingar av koncessioner inte måste följa den strikta procedur som gäller vid upphandling av entreprenad.

Problemet uppstår emellertid om den upphandlande myndigheten under dialogen stannar för en annan lösning än en koncession, t.ex. en traditionell entreprenad. Då blir man troligen tvungen att avbryta upphandlingen och påbörja ett nytt förfarande och då välja någon av de upphandlingsformer som finns i LOU.

Det ansågs inte nödvändigt att införa möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog inom försörjningssektorerna, eftersom det ändå står de upphandlande enheterna fritt att använda ett förhandlat förfarande.

5.6.1 Särskilt komplicerade kontrakt

Konkurrenspräglad dialog får endast användas för upphandling av särskilt komplicerade kontrakt där öppet eller selektiv upphandling inte medger tilldelning av kontrakt, förslaget till 4 kap. 10 § LOU. Ett kontrakt anses vara särskilt komplicerat om den upphandlande myndigheten inte kan definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3 § LOU som kan tillgodose myndighetens behov eller ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt, förslaget till 4 kap. 11 § LOU.

Det blir således upp till varje upphandlande myndighet att själv bedöma om konkurrenspräglad dialog kan användas vid en upphandling. Myndighetens bedömning ska vara objektiv, vilket innebär att myndigheten har att

utföra en egenkontroll av sin kapacitet att i stället genomföra upphandlingen med tillämpning av ett öppet eller selektivt förfarande.

Den konkurrenspräglade dialogen är alltså tänkt att fylla den upphandlande myndighetens behov vid tekniskt komplicerade kontrakt, t.ex. större integrerade projekt för transportinfrastruktur eller konstruktion av ett eller flera stora datornätverk eller vid OPS – där kontrakten kan vara såväl tekniskt som rättsligt och finansiellt komplicerade.

Konkurrenspräglad dialog kan t.ex. användas av en upphandlande myndighet som inte på förhand kan bestämma om upphandlingen rör ett renodlat koncessionskontrakt som endast delvis regleras av upphandlingsdirektiven eller ett traditionellt upphandlingskontrakt. Genom att upphandla enligt reglerna för konkurrenspräglad dialog kan den upphandlande myndigheten således säkerställa att upphandlingen genomförs i enlighet med EU-rättsliga bestämmelser.

Vad gäller utformningen av förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar framgår av artikel 23 i upphandlingsdirektivet hur de tekniska specifikationerna ska vara preciserade. Med avseende på konkurrenspräglad dialog blir särskilt artikel 23(3) (b, c och d) av betydelse. Med tanke på den osäkerhet som finns om det slutliga resultatet av en OPS innan man inlett en dialog med tillänkta exploitörer är det svårt att precisera de parametrar i form av prestanda eller funktionskrav som vanligen krävs.

Slutligen finns en svårhanterad begränsning i upphandlingsdirektivets beaktandesats 31. Där stadgas nämligen något kryptiskt att upphandlande myndigheter som genomför särskilt komplicerade projekt objektivt sett kan vara oförmögna att specificera vilka medel som kan tillgodose deras behov eller bedöma vad marknaden kan erbjuda i form av tekniska eller finansiella och rättsliga lösningar. Det centrala är att konkurrensen inte snedvrids eller begränsas och att inte de grundläggande delarna av anbudet ändras till nackdel för den som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Om den upphandlande myndigheten objektivt har kunnat fastställa att upphandlingen rör ett särskilt komplicerat kontrakt och att den därmed också har möjlighet att använda reglerna för konkurrenspräglad dialog är myndigheten relativt fri att bestämma formerna för dialogens genomförande. Förfarandet vid en konkurrenspräglad dialog innehåller i huvudsak tre faser: annonsering av förfarandet, dialogen och anbudsgivningen.

5.6.2 Annonsering

En konkurrenspräglad dialog inleds genom att den upphandlande myndigheten i en annons uppmanar leverantörer att anmäla sitt intresse att få delta i dialogen. I annonsen eller ett ”beskrivande dokument” ska myndigheten tydligt och objektivt ange vad man vill göra eller vilka resultat den upphandlande myndigheten vill uppnå, förslaget till 4 kap. 12 § LOU. Det är av vikt att bl.a. myndighetens behov och krav, minimikrav på leverantörernas tekniska och ekonomiska kapacitet, kriterier för inbjudan till dialog samt kriterierna för tilldelning av kontrakt framgår. Tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar ska vara minst 37 dagar.⁴⁵

Det beskrivande dokumentet kan, till skillnad från en kravspecifikation, även beskriva alternativa tänkbara lösningar. Man kan t.ex. skriva att man vill ha ett större och modernare fotbollsstadium och att detta kan tillgodoses på olika sätt, som att den befintliga arenan byggs om eller att det byggs en helt ny arena. Man kan också öppna upp för att arenan även kan inkludera andra attraktioner eller funktioner och att ett kontrakt kan innebära andra motprestationer än rent pekuniära, som t.ex. rätt att exploatera annan mark.

Beskrivningen av kontraktsföremålet behöver alltså inte vara lika preciserad i en konkurrenspräglad dialog. Men det finns naturligtvis ramar även här. Man kan inte annonsera om att man vill bygga ett äventyrsbad och under dialogen ändra detta till en motorväg.

I annonsen eller det beskrivande dokumentet behöver den upphandlande myndigheten heller inte ha bestämt sig för om man ska ingå ett traditionellt entreprenadkontrakt eller en byggkoncession. I den här fasen får den upphandlande myndigheten anlita rådgivare för att få hjälp att utforma diverse tekniska kravspecifikationer, så länge inte rådgivningen kan tänkas ge någon av de presumtiva anbudsgivarna en fördel.

5.6.3 Urvalsförfarandet

Bland de leverantörer som anmäler sitt intresse att delta i upphandlingen väljer därefter den upphandlande myndigheten ut ett antal som valts ut med tillämpning av 10 och 11 kap. LOU. Direktivet stadgar inget minimiantal, men i likhet med vad som generellt gäller vid offentlig upphandling ska antalet utvalda anbudsgivare uppgå till minst tre, under förutsättning att det finns minst tre som uppfyller minimikraven på ekonomisk och teknisk kapacitet.

⁴⁵ Se lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009, s. 215.

Den omständigheten att det inte finns så många sökanden innebär dock inte att upphandlingen måste avbrytas. Vid stora infrastrukturprojekt med stora krav på privat finansiering kan det ju faktiskt vara så att det i realiteten inte finns så många kandidater att välja mellan. För det fall att det finns leverantörer som inte väljs ut att delta i dialogen ska dessa snarast möjligt skriftligen underrättas om att de inte valts ut och vilka skälen för detta är.

5.6.4 Dialogen

När urvalet är klart inbjuder den upphandlande myndigheten de leverantörer som kvalificerat sig att delta i dialogen, förslaget till 4 kap. 13 § LOU. Den upphandlande myndigheten inleder därefter själva dialogen, vars syfte är att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Det är just möjligheten att föra en dialog med leverantörer på ett tidigt stadium, det vill säga innan den upphandlande myndigheten närmare har bestämt sig för vad man vill ha och innan det finns några anbud, som gör upphandlingsformen speciell. En konkurrenspräglad dialog innebär att myndigheten på ett objektivt och ickediskriminerande sätt får diskutera alla relevanta aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena, inte bara teknisk utformning utan också priser, paketlösningar och eventuella riskfördelningar. Under dialogen bestämmer sig den upphandlande myndigheten för vilken lösning han vill ha och också om avtalet ska vara ett entreprenadkontrakt eller en byggkoncession.

Mot bakgrund av syftet med att kunna använda sig av en konkurrenspräglad dialog ligger det i sakens natur att en upphandlande myndighet bör ha möjlighet att använda de lösningar som leverantörerna presenterat under dialogen. Direktivet ger emellertid inte något uttryckligt stöd för det. Dialogen ska emellertid, enligt Kommissionen, genomföras individuellt med envar av deltagarna i dialogen på grundval av de idéer och lösningar som den ifrågavarande leverantören presenterat.

Den upphandlande myndigheten är under dialogen skyldig att se till att leverantörerna behandlas lika och att särskilt beakta att upplysningar inte lämnas ut på ett sådant sätt att vissa leverantörer gynnas i förhållande till andra. Ett centralt moment i dialogfasen är att dialogen förs i enrum med varje deltagare och att dessa ges samma information, t.ex. tekniska specifikationer eller andra viktiga grundförutsättningar för projektet. Det är också viktigt att såväl den upphandlande myndigheten som de olika anbudsgivarna följer de riktlinjer som fanns i annonsen eller i de "beskrivande dokument" som upprättats innan upphandlingen inleddes. Den upphandlande myndigheten får heller inte utan samtycke avslöja en viss deltagares lösning eller

annan konfidentiell information för de andra deltagarna, artikel 29(3). Om samtycke lämnas kan en lösning dock bli föremål för allmän diskussion.

Direktivet innehåller, som ett utflöde av likabehandlingsprincipen, en regel om att upphandlande myndigheter i synnerhet inte ska särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra. En motsvarande regel gäller vid förhandlat förfarande med annonsering. I en konkurrenspräglad dialog är en upphandlande myndighet dessutom förbjuden att röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller att, utan samtycke från en deltagare, röja annan slags konfidentiell information som denne lämnat. Det finns även en generell bestämmelse om konfidentialitet, som gäller vid all slags upphandling enligt direktivet.

Det kommer alltså att finnas ett särskilt skydd för affärshemligheter som en leverantör lämnar ut under den konkurrenspräglade dialogen. Detta skydd är särskilt viktigt om affärshemligheten inte skulle skyddas av patent eller upphovsrätt. Kommissionen konstaterar dessutom att konkurrenspräglad dialog är det enda direktivstyrda upphandlingsförfarande som skyddar idéer som inte har immaterialrättsligt skydd. Direktivets regler om konfidentialitet kompletterar därför redan befintliga bestämmelser om sekretess m.m. i 19 kap. 1 § och 3 § 2 st. samt 31 kap. 16–19 §§ offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Lagskydd för affärshemligheter innebär att upphandlande myndighet och leverantör kan föra en öppen dialog utan rädsla för att vad Kommissionen kallar för ”*Cherry-picking*”, det vill säga att den upphandlande myndigheten plockar ”russinen ur kakan” eller fritt väljer godbitarna ur de olika förslagen.

I de upphandlingar där den upphandlande myndigheten bedömer att den kommer att ha behov av att använda de lösningar som presenterats av deltagarna i dialogen – vilket vid komplicerade kontrakt torde vara normalfallet – måste den upphandlande myndigheten således utverka samtycke från deltagarna till att använda deras föreslagna lösningar. Den upphandlande myndigheten måste i så fall ange redan i annonsen eller i det beskrivande dokumentet att accept av en inbjudan att delta i förfarandet även innebär att leverantören lämnat ett samtycke till att presenterade lösningar används av myndigheten. Ett krav på samtycke får emellertid endast ställas när det är förenligt med konkurrensrättsliga regler.

Ett alternativ till att infordra samtycke från deltagarna är att genomföra en teknisk dialog innan det egentliga upphandlingsförfarandet inleds för att få råd vid utarbetandet av kravspecifikationen. En förutsättning är dock att sådana råd inte leder till hinder för konkurrensen genom att en viss leve-

rantör ges en så stor fördel ur konkurrenssynpunkt att upphandlingen kan ifrågasättas ur ett likabehandlingsperspektiv.

Den upphandlande myndigheten fortsätter dialogen så länge som detta behövs, förslaget till 4 kap. 15 § LOU. Eftersom utrymmet att förhandla är begränsat när väl anbud har lämnats är det viktigt att inte avsluta dialogen för tidigt. I princip ska alla frågetecken vara utraderade och alla viktiga detaljer utredda, exempelvis ska omfattning, utförande, prisbild och riskfördelning vara bestämt innan den upphandlande myndigheten avslutar dialogen. Den upphandlande myndigheten ska då också informera de kvarvarande anbudsgivarna om att dialogen är avslutad och uppmana dem om att lämna in sina slutliga anbud mot bakgrund av den lösning eller de lösningar som preciserats under dialogen, förslaget till 4 kap. 16 § LOU. Dessa ska vara minst tre till antalet, förutsatt att det finns så många anbudsgivare. Utseendet av det vinnande anbudet måste ske i enlighet med vad som angavs i annonsen. Slutligen måste den vinnande anbudsgivaren lämna de ytterligare uppgifter eller klargöranden som det kan finnas behov för.

Anbuden ska prövas enligt utvärderingsgrunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” – det är således inte tillåtet att använda utvärderingsgrunden ”lägsta pris” i en konkurrenspräglad dialog, förslaget till 4 kap. 19 § LOU. Utvärderingskriterierna ska dessutom redan ha angivits i annonsen och/eller det beskrivande dokumentet, förslaget till 4 kap. 18 § LOU. Den upphandlande myndigheten måste alltså redan i annonsen ha bestämt sig för vilka utvärderingskriterier man vill använda i utvärderingen av anbuden trots att man då inte vet vilket upplägg man kommer att begära in anbud på.

Av förslaget till 4 kap. 21 § LOU följer att den upphandlande myndigheten får bestämma att priser eller betalning ska ges till deltagarna i dialogen.

5.6.5 *Successiva steg*

Vidare följer av förslaget till 4 kap. 14 § LOU att den upphandlande myndigheten bör tillåtas att genomföra upphandlingen i successiva steg. Det innebär att antalet leverantörer som deltar successivt reduceras vartefter deras lösningar bedöms inte längre vara intressanta. En förutsättning för att få föra dialogen i successiva steg är att detta angetts i annonsen. Den upphandlande myndigheten är också skyldig att snarast möjligt skriftligen underrätta en leverantör om att dennes lösning har uteslutits och om skälen för detta.⁴⁶

⁴⁶ Se lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009, s. 215.

En poäng med möjligheten att successivt utesluta lösningar som inte är intressanta är att den upphandlande myndigheten på detta sätt kan renodla anbudsfasen så att anbudena avser samma slag av lösning. Man undviker därmed att i anbudsutvärderingen behöva jämföra äpplen med päron.

5.6.6 *Klarlägganden, preciseringar och finjusteringar av anbud*

Eftersom konkurrenspräglad dialog är avsedd att användas vid upphandlingar där det på grund av upphandlingens komplexitet inte är möjligt att på förhand bestämma t.ex. vilken teknisk lösning som bäst tillgodoser myndighetens behov och varje anbudsgivare dessutom förväntas lämna anbud på grundval av den lösning eller de lösningar som respektive anbudsgivare har presenterat under dialogen – och inte på en av den upphandlande myndigheten i förväg utvald lösning – kommer det att finnas behov av att genomföra förhandlingar även efter anbudsgivningen.

När väl anbudet har lämnats finns det endast begränsade möjligheter att ändra anbudet. Av förslaget till 4 kap. 17 § LOU framgår att "[d]en upphandlande myndigheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga och precisera sitt anbud. Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte innebära att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det påverkar konkurrensen eller leder till diskriminering."

Möjligheten att ändra ett anbud är därför mer begränsad i en konkurrenspräglad dialog än vad som gäller vid ett förhandlat förfarande med annonsering. Vid det sistnämnda förfarandet får den upphandlande myndigheten förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbudet till de krav som den upphandlande myndigheten har angett.

Det finns dock vissa problem vad gäller innebörden i att precisera innehållet i anbudet. Huvudsaken torde vara att de justeringar eller preciseringar som görs inte strider mot eller förändrar innebörden av vad som följer av annons och förfrågningsunderlag på ett sätt som gör att konkurrenterna diskrimineras.⁴⁷ Det är därför viktigt att påminna om att de grundläggande principer som följer av EUF-fördraget måste efterlevas – de upphandlande myndigheterna måste alltid behandla leverantörer på ett transparent, likvärdigt och icke-diskriminerande sätt i enlighet med 1 kap. 9 § LOU.

⁴⁷ Se även Bovis, *The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships*, 2006, s. 15 f.

Det kan ifrågasättas om de restriktiva reglerna för ändring av anbud vid konkurrenspräglad dialog kommer att fungera i praktiken. Om EU-domstolen inte medger en relativt vittgående möjlighet att ändra lämnade anbud vid konkurrenspräglad dialog finns en risk för att tilldelning av kontrakt inte kommer att kunna ske på grundval av anbuden, varför förfarandet kan behöva avbrytas. Möjligheten att övergå till ett förhandlat förfarande är samtidigt mer begränsad vid avbrytande av en konkurrenspräglad dialog än vid avbrytande av ett öppet eller selektivt förfarande. Om en konkurrenspräglad dialog behöver avbrytas kan det därför många gånger få till följd att upphandlingen i sin helhet får göras om.

Det är därför av stor vikt att dialogfasen inte avslutas för tidigt. Dialogen måste genomföras på ett sådant sätt att den upphandlande myndigheten faktiskt kan anta en av de presenterade lösningarna när dialogen väl avslutas och de formella anbuden ska lämnas.

Man ska heller inte bortse från att de begränsade möjligheter som finns att ändra i anbud leder till att antalet anbudsgivare kan komma att begränsas och att det i realiteten i vissa fall kanske endast blir en leverantör som bjuds in att lämna anbud. Av upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) följer visserligen ett krav på att verklig konkurrens ska kunna garanteras i anbudsförfarandet, men vid själva anbudsgivningen finns – till skillnad från vad som gäller vid inbjudan att delta i en dialog – inte något minimikrav om minst tre leverantörer. Det vore också orimligt att uppställa ett sådant krav om det inte finns så många lämpliga lösningar eller anbudssökande. Det kan i sådana fall vara tillräckligt att endast en deltagare bjuds in att lämna anbud.

Det finns därför en risk att en upphandlande myndighet – bl.a. mot bakgrund av de begränsade möjligheter som finns att ändra anbuden – väljer att utforma dialogen så att det i praktiken endast kommer att återstå endast en anbudsgivare. Vid ett sådant förfarande kommer den konkurrenspräglade dialogen att tillämpas på ett sätt som är snarlikt det förhandlade förfarandet. Anbudsförfarandet och beslutet om tilldelning av ett kontrakt vid konkurrenspräglad dialog skulle i sådana situationer endast reduceras till formalia.

Vidare följer av förslaget till 4 kap. 20 § LOU att den upphandlande myndigheten får uppmana den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges där. En sådan precisering eller ett sådant bekräftande får dock inte leda till att väsentliga delar av anbudet eller inbjudan ändras, att konkurrensen snedvrids, eller diskriminering. Efter det att ett tilldelningsbeslut har fattats, är det således endast möjligt att justera eller precisera vissa aspekter i det vinnande anbudet eller att få vissa åtaganden

i anbudet bekräftade. Det är därför t.ex. inte möjligt att efter tilldelningsbeslutet förhandla med endast en leverantör. En sådan möjlighet finns däremot vid ett förhandlat förfarande med annonsering, så länge anbudet inte ändras i grundläggande delar.⁴⁸

Även under tiden efter tilldelningsbeslutet framstår det därför som om det finns vidare möjligheter att ändra ett anbud vid ett förhandlat förfarande med annonsering än vid konkurrenspräglad dialog. Eftersom behovet av att kunna ändra ett vinnande anbud kan antas vara mer påtagligt vid upphandlingar av särskilt komplicerade upphandlingskontrakt – där konkurrenspräglad dialog är ett anvisat förfarande – kan det ifrågasättas om det är ändamålsenligt med en så restriktiv regel för ändring av vinnande anbud vid detta förfarande. Frågan är om inte den restriktiva regleringen snarare motverkar sitt syfte.

5.6.7 Överprövning

Det kommer naturligtvis att vara möjligt för leverantörer att överpröva en konkurrenspräglad dialog. Upphandlingsutredningen ser sex typer av beslut som är särskilt kritiska ur ett överprövningsperspektiv.⁴⁹ För det först kan en överprövning av beslutet att använda upphandlingsformen konkurrenspräglad dialog begäras. Förutsättningen för att använda konkurrenspräglad dialog är ju att det är fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt och att den upphandlande myndigheten anser att användningen av öppen eller selektiv upphandling inte kan tillämpas. Även beslutet att välja ut vissa leverantörer men inte andra till dialogen, dvs. urvalet, är naturligtvis kontroversiellt särskilt för den leverantör som inte väljs ut.

Givetvis kan även beslut som syftar till att utesluta en lösning under dialogen om denna förs i successiva steg överprövas. Om en deltagande leverantör endast föreslagit en lösning innebär en uteslutning av dennes lösning att också leverantören utesluts från den fortsatta dialogen. Vidare kan beslutet att avsluta dialogen bli föremål för en överprövning. En leverantör kan anse att dennes lösning inte har diskuterats klart och att han därför inte har blivit likabehandlad. Ett bra sätt att undvika en sådan situation är att vara överens med leverantören om att dialogen kan avslutas.

⁴⁸ Se Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 2005, s. 604 ff., samt Kommissionens beslut 2.10.2002 (C(2002)3578fin), London Underground Public Private Partnership (ärende N 264/2002), EGT 2002/C 309/15.

⁴⁹ Se SOU 2006:28, s. 123.

Även beslut att låta leverantören ändra sitt slutliga anbud om detta går utöver vad som anges i lagen kan överprövas. Slutligen kan en överprövning komma att ske av tilldelningsbeslutet, dvs. valet av anbud och leverantör.

5.6.8 *Avslutande ord*

Risken är att reglerna om en konkurrenspräglad dialog kan bli svårtillämpade som ett alternativ vad gäller upphandling av genomförandeavtal, med de relativt komplicerade tekniska specifikationer och individuella lösningar som kan aktualiseras i det enskilda fallet. Området för en tillämpning av konkurrenspräglad dialog förefaller förvisso vara något bredare i den grönbok som Kommissionen presenterade någon månad efter det att direktivet slutgiltigt lagts fram än vad som följer av direktivet. Där anges uttryckligen bl.a. att ett syfte med bestämmelserna var att öppna upp möjligheterna för OPS.⁵⁰

Om reglerna rörande konkurrenspräglad dialog skulle införas i Sverige återstår det dock att se i vilken omfattning de kommer att tillämpas och om de är utformade på ett ändamålsenligt sätt. Om EU-domstolen intar en restriktiv inställning vid tolkningen av reglerna kan upphandlande myndigheter vara benägna att använda förhandlat förfarande med annonsering när det är möjligt i stället för det mer formaliserade förfarandet i form av en konkurrenspräglad dialog. Ett sådant agerande kan också te sig logiskt om man tidigare använt ett sådant förfarande och är förtrogen med hur det går till. Vidare ska man ha i åtanke att OPS ofta är tänkt att genomföras i form av en koncession och med tanke på i hur liten omfattning LOU:s regler om byggkoncession används ska man kanske inte heller överdriva behovet av en konkurrenspräglad dialog som lösning på de problem som vidhäftar OPS-projekt.

5.7 Upphandlingar som inte omfattas av direktiven

Även om EU-rätten inte kräver av Sverige att reglera upphandlingar under tröskelvärdena har den svenska lagstiftaren, i likhet med vad som gäller s.k. B-tjänster – dvs. tjänster som man inte ansett vara av central betydelse för gränsöverskridande verksamhet –, valt att göra det. Till skillnad från direktiven kan därför den svenska upphandlingslagstiftningen anses tillhandahålla i viss mån heltäckande regler.

⁵⁰ Se Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig (30.4.2004), bl.a. p. 13 och p. 25–27.

Genom att följa den svenska upphandlingslagstiftningen minimerar man därför risken att bryta mot någon av EU-rättens allmänna principer, dvs. främst principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet samt ömsesidigt erkännande, vilka ska genomsyra all offentlig upphandling.

I många andra europeiska länder har man däremot valt att endast göra upphandlingsdirektiven till nationell rätt varför man i regel inte har några speciella regler för upphandlingar under tröskelvärdena. För dessa medlemsstater är det däremot viktigt att iakttas de allmänna principer som följer av EU-rätten. Således kan t.ex. inte en upphandlande myndighet som huvudregel låta bli att upphandla en vara eller tjänst under förevändning att tröskelvärdena inte är uppfyllda. På något sätt, främst genom att följa de regler som finns i direktiven, måste därför myndigheten verka för att EUF-fördragets allmänna bestämmelser och principer följs.

Upphandlingar under tröskelvärdena och av s.k. B-tjänster regleras i 15 kap. LOU respektive 15 kap. LUF. I kapitlet anges bl.a. vilka av lagens övriga bestämmelser som ska tillämpas på upphandlingar som inte omfattas av direktiven. Däremot behöver inte alla de bestämmelser som normalt ska tillämpas iakttas varför förfarandet förenklas något vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

Enligt de svenska upphandlingsreglerna ska som huvudregel därför alltid en upphandling göras. Men förfarandet ser alltså olika ut beroende på vilka värden det rör sig om. Således behöver inte upphandlingsproceduren göras så komplicerad om upphandlingen endast är av ringa värde eller avser en B-tjänst, medan samtliga bestämmelser måste iakttas om det rör sig om stora belopp.

Vilka tjänster som är s.k. B-tjänster framgår av LOU:s bilaga 3: t.ex. hotell- och restaurangtjänster, järnvägstransport, sjötransport, juridiska tjänster, rekryteringstjänster, utbildning, hälsovård och socialtjänster, fritids- och idrottsverksamhet samt kulturverksamhet samt övriga tjänster – som huvudregel gäller att alla tjänster som inte uttryckligen räknas upp som A-tjänster är B-tjänster.

De bestämmelser som ska tillämpas även på upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster är: (a) de allmänna principerna – speciellt kravet på likabehandling och transparens, (b) definitionerna enligt 2 kap., (c) undantagen från upphandlingslagstiftningen (försvarsprodukter m.m.), (d) dynamiska inköpssystem, samt (e) regler om direktupphandling.

Även om tröskelvärdena är uppfyllda behöver inte alltid alla kontrakt upphandlas. Exempelvis kan man på försvarsområdet i viss mån undanta

anskaffning av varor och tjänster från upphandlingsförfarandet utan att bryta mot reglerna, artikel 10 i upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) samt 15 kap. LOU.⁵¹

Upphandlingsförfarandet är i det närmaste identiskt reglerade i 15 kap. LOU respektive 15 kap. LUF. Den enda egentliga skillnader är att tidsfristen för att meddela Kommissionen att man genomfört en upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena är 60 dagar i LUF i stället för 45 dagar som är fallet enligt LOU.

Upphandlingar enligt 15 kap. LOU ska göras genom antingen förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

5.7.1 Förenklat förfarande

Ett förenklat förfarande är enligt definitionen i 2 kap. 24 § LOU ett förfarande där alla potentiella leverantörer har rätt att delta. Förenklat förfarande är också den upphandlingsform som ska användas i normalfallet. Anbud infordras genom annons eller skrivelser; däremot behöver annonseringen inte ske genom EU:s officiella organ, TED. Den upphandlande myndigheten ska vända sig till så många leverantörer som behövs för att tillräcklig konkurrens ska uppnås med hänsyn tagen till upphandlingens storlek och karaktär.

Leverantör som inte tillfrågats har rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer. En upphandlande myndighet kan således inte vägra lämna ut anbudsunderlag om någon leverantör begär det innan tiden för att lämna anbudet gått ut.

Deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får också i vissa fall förhandla med en eller flera anbudsgivare. Om förhandling ska användas måste det framgå av förfrågningsunderlaget. Förhandling ska dock endast användas (a) när det är svårt att utforma ett fullständigt förfrågningsunderlag, (b) när den upphandlande myndigheten bedömer att affärsmässigt godtagbara villkor inte kan uppnås som en direkt följd av att konkurrens saknas eller är otillräcklig, (c) när den upphandlande myndigheten bedömer att ett utvecklings- och produktionsuppdrag måste läggas ut trots att stor osäkerhet föreligger beträffande kostnaderna, (d) när upphandlingen avser en tilläggsbeställning och villkoren inte regleras i det ursprungliga avtalet, eller (e) när upphandlingen avser en produkt eller ett system som ska anpassas till ett befintligt system eller en befintlig produkt

⁵¹ Se även direktiv (2009/81/EG) om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet, vilket ska vara införlivat av medlemsstaterna senast den 21 augusti 2011.

och det är av stor vikt att samordning sker. Förhandlingar får dock inte äga rum med en leverantör som inte uppfyller samtliga skall-krav.⁵²

I vissa särskilt angivna fall kan att en upphandlande myndighet vända sig till en leverantör för infordrande av anbud utan föregående annonsering (dvs. genomföra en direktupphandling). Detta kan ske (a) då det vid ett annonserat förfarande inte lämnats några anbud (eller lämpliga anbud) under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungliga kontraktsvillkoren inte väsentligen ändrats, (b) om det för sig om s.k. särskilda varor, dvs. varor som endast framställs för forskning, utveckling, experiment eller studier under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte, (c) om det som ska upphandlas endast kan framställas av en viss leverantör, t.ex. p.g.a. tekniska eller konstnärliga skäl, eller p.g.a. en ensamrätt av något slag, samt (d) om det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra tekniska eller ekonomiska olägenheter. Det rekommenderas dock att inte alltid vända sig till samma krets av leverantörer.

5.7.2 Urvalsupphandling

Vid farhågor om att ett förenklat förfarande skulle leda till en i förhållande till värdet på det som ska upphandlas allt för kostsam administration kan som ett alternativ till det förenklade förfarandet den upphandlande myndigheten i stället välja att genomföra en s.k. urvalsupphandling.

Enligt definitionen i 2 kap. 28 § utgör ett urvalsförfarande ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, varefter den upphandlande myndigheten gör ett urval av anbudssökanden.

I likhet med upphandlingar enligt det förenklade förfarandet ska en ansökningsinbjudan publiceras genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Den upphandlande myndigheten inbjuder därefter vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera av leverantörerna.

5.7.3 Förfrågningsunderlaget vid upphandlingar enligt 15 kap.

Inte heller vid upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektivet får förfrågningsunderlaget leda till att vissa leverantörer gynnas, t.ex. genom att förfrågningsunderlaget hänvisar till ett visst patent, en viss teknisk speci-

⁵² Se mål C-243/89, *Stora Belt*.

fikation eller en särskild tillverkningsprocess. Följaktligen måste ett förfrågningsunderlag vara icke-diskriminerande.

Tekniska specifikationer och liknande får däremot förekomma om det inte finns något annat sätt som tillräckligt bra beskriver det som man avser att upphandla. Om så sker ska det däremot alltid följas av lydelsen ”eller likvärdig”. Som nämnts måste det också av förfrågningsunderlaget framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling – även om det snarast är en presumtion att förhandlingsförfarandet ska användas vid upphandlingar under tröskelvärdena.

Av 15 kap. 9 § framgår att några av de bestämmelser angående kommunikation mellan potentiella leverantörer och den upphandlande myndigheten som gäller för upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektivet även ska tillämpas på upphandlingar som inte direkt träffas av direktivets bestämmelser.

Exempelvis ska en upphandlande myndighet välja om kommunikationen mellan parterna ska ske per post, telefax, eller något annat elektroniskt medel, eller en kombination av dessa. Dessutom får en anbudsansökan också göras per telefon. De kommunikationsmedel som väljs måste däremot vara allmänt tillgängliga.

Oavsett vilken form av kommunikation som väljs ska den upphandlande myndigheten förvara och behandla alla uppgifter på ett säkert sätt, så att alla uppgifter bevaras till dess att anbudena ska öppnas. Även om anbudena inkommer i elektronisk form får den upphandlande myndigheten därför inte ta del av innehållet i anbudena. Alla anbud ska också öppnas vid samma tidpunkt.

5.7.4 Tidsfrister

Anbudsgivare och anbudssökande ska ges skälig tid att lämna sina anbud eller ansökningar. Tidsfristen får däremot aldrig vara kortare än tio dagar från det att annonsering skedde, 15 kap. 9 § LOU.

Av bestämmelsen kan man dra slutsatsen att de tidsfrister som får användas är beroende av vilken typ av vara eller tjänst man vill upphandla. Avser upphandlingen en klart definierad vara, t.ex. en viss typ av kontorsmaterieell, som inte heller kostar speciellt mycket är det mycket som talar för att tidsfristen kan vara tämligen kort, men minst tio dagar. Om man istället har för avsikt att köpa in ett avancerat datorprogram som beräknas vara av ett större värde – men som ändå ligger under tröskelvärdena – måste tidsfristen vara betydligt längre.

På denna punkt skiljer sig tidsfristerna de regler som gäller för upphandlingar över tröskelvärdena. I sådana ärenden är tidsfristerna betydligt längre

(aldrig mindre än 22 dagar, men allt som oftast antingen 36, 40 eller 52 dagar beroende på vilken upphandlingsform som tillämpas och om en s.k. förhandsannonsering gjorts).

5.7.5 Annonsering m.m.

Även vid upphandlingar enligt 15 kap. måste annonsering ske, men inte i samma utsträckning som vid upphandlingar över tröskelvärdena. T.ex. behöver annonsen inte skickas för publicering till Kommissionens organ. Däremot måste annonsen vara allmänt tillgänglig, såsom t.ex. www.ajour.se eller motsvarande. Även andra former av annonsering kan i vissa fall accepteras under förutsättning att tillräcklig konkurrens uppnås. Därför är det t.ex. inte tillräckligt att annonsera i lokaltidningen, eller på den egna hemsidan.

I annonsen, ansökningsinbjudan eller förfrågningsunderlaget ska anges hur anbud får lämnas och den dag då anbud senast ska ha kommit in till myndigheten. I sammanhanget ska poängteras att det inte är poststämpeln som gäller utan att handlingarna verkligen ska ha kommit till myndigheten innan tidsfristens utgång.

Det måste också framgå hur länge ett anbud ska anses vara bindande. En anbudsgivare är bunden av sitt anbud ända fram till dess att den tidsfrist som angivits i förfrågningsunderlaget eller i annonsen löpt ut – vilket gäller oavsett om anbudsgivaren får beslut om att kontraktet tilldelats någon annan.

Skälet för en sådan ordning torde vara att upphandlingar ska fungera mer rationellt i händelse av att något fel begåtts under resans gång. Vid händelse av en överprövning kan därför kontraktet tilldelas "tvåan" utan att upphandlingen behöver göras om.

Då anbuden väl öppnats och uppenbara skriv- och räknefel uppmärksammas är det tillåtet att låta en potentiell leverantör rätta sådana fel och brister. Om det inte föreligger någon risk för att en leverantör gynnas framför andra kan den upphandlande myndigheten också låta en potentiell leverantör förtydliga eller komplettera ett anbud.

5.7.6 Uteslutning av anbudsgivare eller anbudssökande

En anbudsgivare eller anbudssökande får uteslutas från att delta i upphandlingen om de förutsättningar som anges i 10 kap. 2–3 §§ LOU är uppfyllda. Det rör sig t.ex. om fall där leverantören har gått i konkurs – eller har ansökt om att gå i konkurs – eller tillsvidare har inställt sina betalningar, inte har betalat socialförsäkringsavgifter eller skatt i en sådan utsträckning som krävs eller underlåtit att lämna uppgifter som styrker att leverantören uppfyller de angivna kraven. Likaså kan en leverantör uteslutas om denne lämnar felak-

tiga uppgifter angående skatteskulder m.m. Om den upphandlande myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för vissa i 10 kap. 1 § LOU särskilt uppräknade brott – t.ex. korruption och penningtvätt – ska leverantören uteslutas från att delta i upphandlingen.⁵³

5.7.7 *Kvalificering av anbud*

En upphandlande myndighet kan också uppställa sociala- eller miljömässiga hänsyn i viss utsträckning, t.ex. att vissa särskilda miljöhänsyn ska beaktas. Sådana krav får däremot inte vara diskriminerande varför man inte kan uppställa som krav att en viss vara ska vara närproducerad eller kräva att en vara är miljömärkt med exempelvis ”Svanen”, i och med att ett sådant krav eventuellt skulle kunna utesluta utländska företag som visserligen uppfyller de miljömässiga målen, men saknar den svenska certifieringen.

Att uppställa som krav att endast svensk arbetskraft ska användas för att utföra en viss tjänst är också diskriminerande varför ett sådant krav inte kan accepteras som förenligt upphandlingslagstiftningen.

De krav som uppställs får inte heller vara mer långtgående än vad som krävs för att målen man ställt upp ska uppnås – vilket skulle innebära att kraven på likabehandling och transparens skulle åsidosättas.

Om man ändå vill uppställa som krav att sociala- eller miljömässiga hänsyn ska beaktas måste det anges i annonsen, ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

5.7.8 *Vilket anbud ska antas?*

Precis som vid andra upphandlingar ska det anbud som har det lägsta priset, eller i övrigt är det mest ekonomiskt fördelaktiga, antas. Vilket av det anförda som gäller ska också framgå av annonsen, ansökningsinbjudan eller förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten ska för att kunna avgöra vad som är det mest ekonomiskt fördelaktiga ange vilka kriterier som ska vara avgörande, t.ex. kvalitet, miljöhänsyn, service, eventuella garantier, leveransvillkor och pris.

Antingen ska det anges hur de olika kriterierna förhåller sig till varandra vid bedömningen, s.k. viktning, alternativt ska det framgå vilket kriterium som är viktigast följt av det näst viktigaste osv., dvs. kriterierna ska uppställas i prioritetsordning. Om en anbudsgivare däremot lämnar ett onormalt lågt

⁵³ För att styrka sådana uppgifter finns en blankett som ifylls av skatteverket (SK4820 alt. SK 4820B).

anbud kan den upphandlande myndigheten förkasta anbudet om leverantören inte kan ge en bra förklaring till prissättningen.

I händelse av att en upphandling gjorts av B-tjänster ska resultatet av upphandlingen anmälas till Kommissionen under förutsättning att värdet minst uppgått till tröskelvärdet.

5.8 Överprövning, ogiltigförklarande, skadestånd och andra sanktioner

För att säkerställa att upphandlingsreglerna efterlevs är det nödvändigt med effektiva sanktioner mot överträdelser. EU-rätten ställer därför inte endast krav på den svenska rätten att reglera hur upphandlande myndigheter ska gå tillväga i samband med själva upphandlingen, utan den kräver också att den svenska lagstiftningen ger eventuella förfördelade leverantörer en viss miniminivå av möjligheter till prövning.

I de rättsmedelsdirektiv⁵⁴ som samordnar förfarandet vid prövning av överträdelser av upphandlingsdirektiven påpekas vikten av att det på nationell nivå dels ges möjlighet för staten att ingripa mot felaktiga upphandlingar, dels ges möjlighet för en enskild leverantör som missgynnats av den felaktiga upphandlingen att kräva ersättning.⁵⁵

Direktiven lämnar dock relativt stor frihet till medlemsstaterna att själva utforma hur en effektiv prövning ska gå till. I huvudsak kan de tillgängliga rättsmedlen sägas bestå av två olika delar, dels en prövning före avtalets ingående – vilken väsentligen syftar till att inom rimlig tid rätta till överträdelser av procedurreglerna –, dels en prövning efter avtalets ingående – vilken normalt endast omfattar skadestånd.

Rättsmedelsdirektiven beskriver de medel som står till buds för leverantörerna att tillämpa om de anser att en upphandlande myndighet eller enhet inte följer gällande regelverk, det vill säga bestämmelser om överprövning och skadestånd. I samband med att de nya upphandlingsdirektiven trädde i kraft initierades även en översyn av rättsmedelsdirektiven. I stället för att

⁵⁴ Direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (klassiska sektorn), direktiv 92/13/EEG om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (försörjningssektorerna) samt direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

⁵⁵ Jfr artikel 2 Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG).

anta nya rättsmedelsdirektiv, valde EU att anta ett kompletterande rättsmedelsdirektiv.⁵⁶ De tre rättsmedelsdirektiven gäller således tillsammans, vilket innebär en del tolkningssvårigheter, även om de är tänkta att komplettera varandra. Det kompletterande rättsmedelsdirektivet skulle ha varit införlivat av medlemsstaterna per den 20 december 2009, men i lagrådsremissen föreslår regeringen riksdagen att bestämmelserna i direktivet ska vara införlivade i LOU och LUF per den 1 juli 2010.⁵⁷

5.8.1 Överprövning

Enligt rättsmedeldirektiven åligger det medlemsstaterna att se till att det finns erforderliga verktyg för att på ett så tidigt stadium som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser av upphandlingsreglerna eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen.

Av förslaget till 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser att denne lidit eller kan komma att lida skada får i en framställning ansöka om överprövning eller överprövning av ett avtals giltighet i allmän förvaltningsdomstol,⁵⁸ dvs. det vill säga förvaltningsrätt⁵⁹, kammarrätt och Regeringsrätten. Något krav på att leverantören ska vara anbudssökande eller anbudsgivare uppställs inte. Som leverantör och därmed initialt taleberättigad anses den vara som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.⁶⁰ En ansökan om överprövning får enligt förslaget till 16 kap. 3 § LOU prövas fram till dess att kontrakt föreligger och tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten i enlighet med 9 kap. 9 §

⁵⁶ Se direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

⁵⁷ Se lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009.

⁵⁸ Se lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009. En leverantör ska vara berättigad till rättslig hjälp när den upphandlande myndigheten genom brott mot LOU förhindrat leverantören från att delta i upphandlingen. En leverantör som känt till upphandlingen men inte inkommer med ansökan i tid har i normalfallet inte ansetts ha lidit eller kunna komma att lida skada. Se Hentze & Sylvén, *Offentlig Upphandling*, 1998, s. 348.

⁵⁹ Efter den 15 februari 2010 kallas första instansen i allmän förvaltningsdomstol förvaltningsrätt (tidigare länsrätt), se lagen (2009:773) om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar.

⁶⁰ Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 41. Möjligheten tillkommer enligt domstolen ”var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan”.

eller 15 kap. 19 § LOU underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet. Har rätten fattat ett interimistiskt beslut enligt förslaget till 16 kap. 10 § LOU är fristen för överprövning i stället tio dagar från det att rätten upphävt beslutet.

Ett problem vid otillåtna direktupphandlingar, t.ex. OPS eller genomförandeavtal som slutits trots att de borde ha föregåtts av en offentlig upphandling, är att det har saknas effektiva sanktioner mot upphandlande myndigheter. I de fall en överprövning har berott på att kontraktstilldelningar skett utan någon föregående annonsering har tidigare vanligtvis endast skadeståndssanktionen stått till buds – eftersom ett avtal redan slutits ansågs överprövningsmöjligheten under lång tid vara stängd.⁶¹

En förändring på den senare punkten skedde genom RÅ 2005 ref. 10, där Nyköpings kommun slutit ett avtal med Ryanair, innebärande att flygbolaget under en period om tio år skulle tillhandahålla kommunen ”marknadsföringsinsatser/nyttigheter” i form av reklam och omnämnande av kommunen som besöksplats och etableringsort för företag m.m. Avtalet hade inte föregåtts av någon annonsering eller konkurrensutsättning.

RegR hade att ta ställning till huruvida det kontrakt som ingåtts mellan Nyköpings kommun och Ryanair utgjorde hinder mot att ansökan prövades. I likhet med underinstanserna menade RegR att avtalet ingåtts utan att bestämmelserna i LOU tillämpats trots att så borde ha skett. På frågan om det ingångna avtalet utgjorde hinder för överprövning hänvisade RegR till EU-domstolens dom i mål C-26/03, *Stadt Halle*. I målet uttalade EU-domstolen bland annat att artikel 1.1 i Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) ska tolkas så att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattas utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt ett beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt ska hänföras till det materiella tillämpningsområdet.⁶²

RegR konstaterade att avtalet mellan Nyköpings kommun och Ryanair innefattade ett ställningstagande från kommunens sida att anlita flygbolaget som leverantör vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande. Enligt domstolen utgjorde därför det faktum att ett avtal redan förelåg inte något

⁶¹ Se närmare Björklund & Madell, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, 2008, s. 578–602.

⁶² Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 41.

hinder för överprövning enligt LOU.⁶³ RegR:s avgörande får till följd att otillåtna direktupphandlingar i teorin kan överprövas utan begränsning i tid.⁶⁴ Utgången är rimlig; skulle ett slutet avtal anses utgöra ett hinder skulle möjligheten till överprövning ha begränsats kraftigt vid sådana förfaranden.⁶⁵ Problemet med en sådan lösning är bara att effekterna av ett upphävande skulle kunna omintetgöras för det fall att projektet redan fullbordats.

Vikten av fungerande rättsmedel har poängterats på EU-rättslig nivå och i syfte att ytterligare effektivisera förfarandet lade Kommissionen fram ett förslag om ändring i rättsmedelsdirektiven, vilket antogs den 15 november 2007.⁶⁶ Förändringarna är inriktade mot åtgärder före avtalets ingående och syftar i första hand till att komma åt problemet med kontraktstilldelningar utan föregående annonsering. De svenska lagförslagen behandlas i Ds 2009:30 samt i lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet och föreslås träda ikraft den 1 juli 2010.

5.8.2 *Avtalsrättsliga konsekvenser av otillåtna upphandlingar*

Av artikel 2.6 i Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) framgår att det är upp till nationell rätt att fastställa vilka verkningar ett förfarande enligt artikel 2.1 ska få på ett redan ingånget avtal. Medlemsstaterna gavs därmed en möjlighet att införa bestämmelser med obligationsrättsliga konsekvenser för det fall att avtal slutits.⁶⁷ I svensk rätt valde lagstiftaren att inte ge allmän förvaltningsdomstol möjlighet att bryta upp ingångna avtal om offentliga inköp med stöd av LOU. I propositionen till 1992-års LOU angavs uttryckligen att "det inte vore en tillfredsställande ordning att ett civilrättsligt bindande kontrakt som sluts efter det att beslut om en leverantör fattats ska kunna upphävas i administrativ ordning."⁶⁸

⁶³ Notera här att domstolen inte uppger huruvida upphandlingskontrakt foreligger eller om avgörande faktor för målets utgång varit att något upphandlingsmeddelande inte lämnats.

⁶⁴ Jfr Pedersen, Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna – Några kommentarer till Europeiska kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv, 2006, s. 581.

⁶⁵ Se prop. 2001/02:142, s. 74 f. och s. 78. Se även Warnling-Nerep, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots? 2006–07, s. 407.

⁶⁶ Se KOM (2006) 195 slutlig, Förslag till europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling.

⁶⁷ Se Evers Hjelmberg, m.fl., EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, 2005, s. 370.

⁶⁸ Prop. 1992/93:88, s. 101.

Lagstiftaren har även senare konstaterat att avtal som inte föregåtts av ett korrekt genomfört upphandlingsförfarande därmed inte behöver vara civilrättsligt ogiltiga. Ett bärande skäl angavs vara de praktiska problem som kan uppstå om den grundläggande påföljden vid civilrättslig ogiltighet är återgång av avtalet: ”I den mån en avtalad prestation redan fullgjorts är återgång i praktiken normalt inte möjlig vid tjänsteupphandling och ofta inte heller vid varuupphandling med hänsyn till att köparen ofta redan har förbrukat eller på annat sätt använt sig av varan. Ogiltigheten är sålunda en ofta opraktisk påföljd som bör användas med viss försiktighet”.⁶⁹

Konsekvenserna av att en förvaltningsdomstol beslutar att en felaktigt genomförd upphandling ska göras om trots att avtal redan slutits kan även bli att en upphandlande myndighet riskerar bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats kontraktet. Efter ett beslut att upphandlingen ska göras om kan myndigheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet, varför detta kan behöva avbrytas. I syfte att undvika sådan skadeståndsskyldighet rekommenderades därför den upphandlande myndigheten att ingå ett villkorat avtal.⁷⁰ Sådana villkor torde dock leda till en avsevärd osäkerhet för den leverantör som tilldelats ett kontrakt och det är därför inte heller sannolikt att en upphandlande myndighet skulle välja att använda sådana villkor.

Enligt Kommissionen bör effektiva, proportionella och avskräckande påföljder föreskrivas för de upphandlande myndigheter som inte iakttar tidsfristen ifråga om att teckna avtal med den leverantör som tilldelats kontraktet. För det fall att rättsmedelsdirektiven föreskriver att en medlemsstat ska se till så att otillbörliga beslut av de upphandlande myndigheterna ska kunna ogiltigförklaras anser Kommissionen att det bör föreskrivas att även de avtal som ingås i strid med de i förslaget till ändring av rättsmedelsdirektiven angivna tidsfristerna ska sakna verkan, artikel 2f.2. De exakta följderna av att avtalet anses sakna verkan, t.ex. vad gäller krav på återbetalning av de belopp som den upphandlande myndigheten eventuellt betalat ut, lämnade dock Kommissionen till de nationella domstolarna att besluta.⁷¹

⁶⁹ Prop. 2001/02:142, s. 74 f.

⁷⁰ Se prop. 2001/02:142, s. 78.

⁷¹ Se KOM (2006) 195 slutlig, ingressen p. 13. Enligt Pedersen så innebär detta att parternas prestationer i princip ska återgå, se Pedersen, *Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna – Några kommentarer till Europeiska kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv, 2006*, s. 590 f.

5.8.3 Skadestånd

I de förenade målen C-6/90 och C-9/90, *Francovich*, konstaterade EU-domstolen att en medlemsstat i princip kunde bli skadeståndsskyldig och förpliktas att utge ersättning för skador som den kunde ha orsakat enskilda genom åsidosättande av EU-rätten. En sådan princip var enligt domstolen en väsentlig del av fördragets systematik och nödvändig för att garantera europarättens fulla effektivitet.⁷² Det är viktigt att påpeka att EU-domstolen inte har ställt upp något självständigt krav på att en medlemsstat ska ha förfarit vårdslöst för att skadestånd ska utgå. I de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, uttalade domstolen att nationella skadeståndsregler – så länge överträdelsen är tillräckligt klar – inte får göra bedömningen beroende av om de organ som kan tillskrivas överträdelsen agerat uppsåtligt eller vårdslöst.⁷³

De nationella domstolarna har dock ansetts kunna undersöka om den skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till dennes förfogande. Med risk för att annars själv behöva stå för skadan ska skadelidande visa en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning.⁷⁴

I Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) behandlas skadeståndet endast kortfattat. I den direkta regleringen i artikel 2.1c sägs enbart att medlemsstaterna ska se till så att en prövning enligt direktivet omfattar en behörighet för den prövande instansen att ge ersättning åt en person som skadats av en överträdelse. Rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna (92/13/EEG) innehåller utöver en liknande reglering även en särskild regel om kostnader som leverantör haft för att lägga anbudet. I p. 10 ingressen till Rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna (92/13/EEG) föreskrivs att den som begärt skadestånd för kostnader avseende utarbetande av ett anbud, eller andra kostnader för att delta i ett upphandlingsförfarande, ska få sina kostnader täckta utan att behöva visa att denne skulle ha fått kontraktet om överträdelse inte hade skett. Bestämmelsen i artikel 2.7 Rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna (92/13/EEG) innebär att det – för det fall överträdelse skett och skadestånd begärs för kostnader i samband med anbudet – ska vara

⁷² Se de förenade målen C-6/90 och 9/90, *Francovich*, p. 33 ff.

⁷³ Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 79 f.,

⁷⁴ Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 84 f. Se även SOU 1999:139, s. 230 f., samt NJA 1998 s. 873 och NJA 2007 s. 349.

tillräckligt om leverantören kan visa att denna haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet.

Den särskilda regel avseende det negativa kontraktsintresset som anges ovan återfanns tidigare i 7 kap. 7 § LOU (1992:1528). Paragrafen stadgade att "[a]nbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling enligt 4 kap. LOU är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen". För att få ersättning för kostnader i samband med anbudet behövde leverantören således endast visa att överträdelse skett och att han skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, en möjlighet som minskats i och med överträdelsen. Bestämmelsen har i praxis, trots att den uttryckligen enbart gällde upphandlingar inom försörjningssektorerna, anförts gälla även på upphandlingar inom den klassiska sektorn.⁷⁵

Motsvarande bestämmelse återfinns numer i 16 kap. 7 § LUF. Med hänsyn till den rättspraxis som utvecklats ifrågasatte Lagrådet om bestämmelsen överhuvudtaget behövdes. Lagrådet påpekade även att tillämpningen av bestämmelsen, med hänsyn till dess samband med 7 kap. 6 § LOU (1992:1528) var oklar och att dess räckvidd därför borde belysas. Regeringen instämde i Lagrådets uppfattning men sköt frågan om bestämmelsen behövs och om i så fall en motsvarande bestämmelse bör tas in i LOU på framtiden med hänsyn till de förestående ändringarna i Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG).⁷⁶

I förslaget till nya rättsmedel preciseras bestämmelserna och det stadgas i 16 kap. 20 § LOU att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör och i 16 kap. 21 § LOU att en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en offentlig upphandling är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

En skadeståndstalan ska enligt den föreslagna 16 kap. 22 § LOU väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 16 kap. 15 § LOU, dvs. inom ett år från det att möjligheten till överprövning förfallit.

⁷⁵ Se NJA 2000 s. 712.

⁷⁶ Se prop. 2006/07:128, s. 565.

5.8.4 *Otillåtna direktupphandlingar, ogiltiga avtal och möjligheten till skadestånd*

Möjligheten att uppnå full ersättning för skador till följd av överträdelse av upphandlingslagstiftningen är en nödvändighet för att Sverige ska kunna leva upp till kravet på full implementering av EU-rätten.⁷⁷ I diskussionen kring en upphandlande myndighets skadeståndsansvar får man inte glömma att beakta vilka intressen regleringen är tänkt att skydda. Även om skadeståndet är tänkt att ge visst rättsligt skydd åt den enskilde syftar det i första hand till att säkra procedurreglernas genomslag och därigenom bidra till att offentliga medel inte används till att snedvrída konkurrensen på den inre marknaden. Kravet på snabba och effektiva rättsmedel visar att det i första hand är konkurrensutsättning som ska komma ifråga om upphandlingsförandet visat sig felaktigt.

Att endast lämna missnöjda leverantörer med en möjlighet att föra en skadeståndstalan i allmän domstol som enda utväg innebär inte någon ny konkurrensutsättning och är alltså inte heller någon önskvärd utveckling vad gäller de otillåtna direktupphandlingarna. Ändringarna av Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) är tänkt att stävja de otillåtna direktupphandlingarna och ge en ökad möjlighet till överprövning på ett tidigt stadium.

Effekterna av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning, men kan t.ex. medföra ett retroaktivt upphörande av alla de skyldigheter som följer av avtalet eller att upphävandet enbart begränsas till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. Vid det senare alternativet ska medlemsländerna föreskriva alternativa sanktioner som att den upphandlande myndigheten åläggs avgifter eller att avtalstidens längd förkortas.

Enligt lagrådsremissen om nya rättsmedel föreslås att det i 16 kap. 15 § LOU införs bestämmelser som stadgar att domstolen vid en överprövning ska ha rätt att besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet t.ex. slutits utan föregående annonsering, om de angivna tidsfristerna för kontraktsgåendet åsidosatts eller om de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts samt detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Undantag från ogiltighet föreligger enligt den föreslagna bestämmelsen i 16 kap. 16 § LOU bl.a. om avtalet bör bestå med

⁷⁷ Jfr Evers Hjelmberg m.fl., EU-udbudsretten – udbudsdirektivet för offentlige myndigheder, 2005, s. 373, samt Wahl, Offentlig upphandling och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera?, 1997–98, s. 624 f.

hänsyn till ett allmänintresse. Den föreslagna bestämmelsen får följaktligen till följd att ett avtal som slutits utan att det föregåtts av en offentlig upphandling, t.ex. en OPS eller ett genomförandeavtal, i sin helhet ska upphävas av domstolen, såvida inte ett allmänintresse skulle tala för något annat.

I promemorian framhålls att huvudregeln enligt allmänna avtalsrättsliga principer i svensk rätt är att ogiltighet medför att prestationer som redan har utförts ska gå åter. Om redan utförda prestationer inte kan gå åter ska förmögenhetsläget återställas som det var innan det ogiltiga avtalet slöts. Det saknas därför enligt promemorian skäl att inom upphandlingslagstiftningen avvika från den enligt allmänna avtalsrättsliga principer gällande huvudregeln. Det framhålls vidare att en leverantör allmänt sett torde ha större intresse av att föra talan om ogiltighet av avtal om bifall till talan skulle innebära en chans för leverantören att vid en förnyad upphandling tilldelas hela kontraktet och inte bara det som eventuellt inte redan har fullgjorts. Med denna lösning skulle enligt promemorian inga alternativa sanktioner utöver ogiltigförklaringen behövas.⁷⁸

Förslaget reser dock vissa praktiska invändningar. I likhet med vad som gäller ifråga om möjligheterna till återgång vid upphävda kommunala beslut torde en fullständig rättelse i vissa fall svår att genomföra. Som exempel kan nämnas det vid genomförandeavtal inte helt osannolika fallet att en byggnad redan är halvfärdig eller rent av färdig när domstolen förklarar avtalet som ogiltigt. I de situationer där en prestation inte kan gå åter torde det därför vara mera lämpligt med alternativa sanktioner.

Den uttryckliga bestämmelsen om att ogiltigförklara ett avtal måste dock anses vara en nyhet i svensk rättstradition som tidigare varit relativt liberal vad gäller möjligheterna att låta lagstridiga avtal fortsätta att löpa.⁷⁹ Givetvis väcker förslaget även frågor om en leverantör som slutit ett avtal som sedan ogiltigförklaras av förvaltningsdomstol bör ha rätt till skadestånd eller inte. Enligt de föreslagna bestämmelserna i LOU gäller generellt att en upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i LOU ska ersätta leverantören för den skada som kan ha uppstått, så även den som först tilldelats ett kontrakt. Vidare gäller att en leverantör kan få ersättning enligt det negativa kontraktsintresset om åsidosättandet menligt har påverkat dennes möjligheter att tilldelas kontraktet. Talan om skadestånd måste väckas i allmän domstol inom ett år från det att avtalet slöts.

⁷⁸ Se Ds 2009:30.

⁷⁹ Jfr NJA 1997 s. 93.

När det å andra sidan gäller frågan om skadestånd till en leverantör som slutit ett avtal genom en otillåten direktupphandling och där avtalet sedan ogiltigförklarats anförs i promemorian att frågan torde "få bedömas enligt allmänna regler om rätt till skadestånd vid avtals ogiltighet. Det framstår som naturligt att vid en bedömning i ett enskilt fall även beakta att det huvudsakliga ansvaret för att upphandlingsreglerna följs vilar på den upphandlande myndigheten eller enheten. Om den upphandlande myndigheten eller enheten förfarit försumligt och leverantören varit i god tro avseende avtalets förenlighet med upphandlingslagstiftningen, torde det innebära att leverantören har rätt till ersättning för sina kostnader och för utebliven vinst. Om leverantören varit i ond tro framstår det som mer tveksamt om leverantören har rätt till skadestånd."⁸⁰ Något behov av särskild lagstiftning anses därför inte föreligga. I lagrådsremissen uttalas dock att "[r]egeringen anser att det är rimligt att det finns möjlighet att få skadestånd för en leverantör som lider skada på grund av att en upphandlande myndighet eller enhet under en upphandling har begått ett fel som medfört att avtalet förklarats ogiltigt. Inte minst preventiva skäl talar för en sådan ordning. Skadeståndsbestämmelserna i 16 kap. 5 § LOU och 16 kap. 6 § LUF är till sin ordalydelse tillämpliga även på en sådan situation och det bedöms lämpligt att en leverantör som lidit skada på grund av att ett avtal har förklarats ogiltigt ska kunna ansöka om skadestånd enligt de bestämmelserna. Någon lagändring är därför inte nödvändig. Bestämmelserna om ogiltighet innebär att nya situationer kan uppkomma. Det kan tänkas att en leverantör som har ingått ett avtal och börjat fullgöra enligt detta har haft andra kostnader än en leverantör som inte har tilldelats kontraktet. Som exempel kan nämnas att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med uppsägningstid oaktat att leverantörens avtal med myndigheten har förklarats ogiltigt. Det kan även uppkomma kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. I vilken mån skadestånd ska utgå i ett enskilt fall får även fortsättningsvis bli en fråga för rättstillämpningen."⁸¹

I lagrådsremissen anges vidare att de kriterier för skadeståndsskyldighet och skadeståndets beräkning som HD fastställt i sin praxis bör kunna ge vägledning även för bedömningen av de nytillkomna fallen, dvs. en ersättning bör enligt vad som slagits fast i NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349 som regel utgå med uppskattat skäligt belopp, med hänsyn till bl.a. överträdelsens

⁸⁰ Ds 2009:30, s. 153.

⁸¹ Lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009, s. 211.

karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst. Det anförs vidare att vid den skälighetsbedömning som ska göras bör frågan om en leverantör varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens överträdelse kunna beaktas.

Avvägningen mellan olika intressen förefaller vara rimlig, men till följd av den magra rättspraxis som finns på området får rättsläget vad gäller frågan om god eller ond tro anses vara något svårbedömd. Det kan därför inte uteslutas att det under viss tid kommer att kunna råda viss osäkerhet på området.⁸² Samtidigt visar förslaget att det inte föreligger någon tvekan om vem som bär det huvudsakliga ansvaret för att man underlåtit att genomföra en offentlig upphandling och reglerna får därför anses ha en rimligare riskfördelning än vad som t.ex. är fallet vid otillåtna statsstöd. Som exempel kan nämnas att det vid en fastighetsförsäljning som genomförts som ett led i ett exploateringsavtal utan att fastigheten eller kontraktet som sådant utannonserats på ett erforderligt sätt, är köparen eller den entreprenör som erhållit det otillåtna stödet den part som också blir återbetalningsskyldig – medan det offentliga organ som också är en central part i avtalet och ansvarig för den uppkomna situationen vanligen helt går fri från ansvar.

Överlag måste möjligheterna att ogiltigförklara avtal som slutits till följd av en otillåten direktupphandling anses vara en positiv utveckling. Det kan på goda grunder antas att de otillåtna direktupphandlingarna kommer att minska, åtminstone vid mer omfattande avtal – det torde inte finnas någon leverantör som är beredd att ta risken att t.ex. sluta ett genomförandeavtal om denne vet att avtalet kan komma att upphävas. Eftersom det dessutom i de allra flesta fall torde vara uppenbart för alla inblandade parter att leverantören egentligen skulle ha valts ut genom ett offentligt upphandlingsförfarande, torde det också kunna vara svårt att i en skadeståndprocess mot den upphandlande myndigheten kunna hävda god tro.

5.8.5 *Marknadsskadeavgift och tillsyn*

I lagrådsremissen om nya rättsmedel på upphandlingsområdet förslås vidare att det införs regler om marknadsskadeavgift. Av den föreslagna 17 kap. 1 § LOU följer att Konkurrensverket vid allmän förvaltningsdomstol ska kunna ansöka om att en upphandlande myndighet påförs en marknadsskadeavgift för det fall att allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att lagstadgad avtalsspärr inte

⁸² Se närmare Madell, *Det allmänna som avtalspart*, 1998, bl.a. avsnitt 6.5, och Madell, *Avtal mellan kommuner och enskilda*, avsnitt 4.6, samt de lagförslag som lades fram och den argumentation som anfördes i SOU 1994:136.

iakttagits, om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, eller om en upphandlande myndighet har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering.

Marknadsskadeavgiften ska enligt den föreslagna 17 kap. 3 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

En ansökan om att påföra marknadsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft och ska betalas till tillsynsmyndigheten inom trettio dagar från det att avgörandet har vunnit laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet. Om marknadsskadeavgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften för indrivning, de föreslagna 17 kap. 5–9 §§ LOU.

Förslaget måste anses vara positivt och torde kunna öka de upphandlande myndigheternas respektive enheternas strävan att agera i enlighet med reglerna om offentlig upphandling. Genom möjligheterna till ogiltigförklarande av avtal som slutits vid en otillåten direktupphandling samt införandet av marknadsskadeavgift införs de sanktionsmöjligheter som hittills saknats vid offentlig upphandling.

5.9 Sammanfattande slutsatser

Det råder ingen tvekan om att OPS vanligtvis utgörs av en byggentreprenad, ett utförande av en tjänst, en byggkoncession eller en tjänstekoncession. I samtliga dessa fall ska de regler som följer av de EU-rättsliga grundprinciperna respektive de regler som följer av upphandlingsdirektiven efterlevas. EU-domstolens praxis i t.ex. mål C-399/98, *La Scala*, och mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, uppvisar i likhet med införandet av möjligheterna till ett särskilt upphandlingsförfarande – konkurrenspräglad dialog – en enhetlig linje; OPS i vad form den vara månde ska upphandlas i enlighet med de EU-rättsliga grundprinciperna.

OPS i form av genomförandeavtal innehåller ofta villkor som går ut på att exploitören ska avstå mark som behövs för allmän plats samt att denna ska utföra och bekosta anläggandet av gator och vägar samt anordningar för vatten och avlopp, vilka efter färdigställandet ska överlåtas till kommunen. Som motprestation avstår kommunen från att ta ut avgifter för dessa anläggningar från exploitören som denne i egenskap av fastighetsägare skulle vara skyl-

dig att erlægga. Genomförandavtalen innehåller många gånger även andra villkor som innefattar olika typer av arbeten i anslutning till projektet som kan anses ske på uppdrag av kommunen, men där någon direkt avräkning – eller kvittning mot lagstadgade avgifter – inte sker. Förfarandet grundas på syftet med bestämmelserna i bl.a. plan- och bygglagen (1987:10), PBL, med flera lagar. Dessa villkor påminner i stor utsträckning om de villkor som prövades i *La Scala*. På samma sätt skulle ett genomförandavtal med villkor som indirekt går ut på att exploatören får betalt av kommunen för att bygga olika anläggningar kunna ses som ett köp av en byggentreprenad eller en byggkoncession och därför som huvudregel behöva föregås av ett offentligt upphandlingsförfarande, oavsett om värdet av upphandlingen överskrider tröskelvärdet eller inte.⁸³

⁸³ Se även Kommissionens formella underrättelse om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbete (KOM:s ref nr SG(2002) D/220815, ärendenr 2001/4764), Sveriges Kommuner och Landsting, cirkulär 2003:109, rörande *La Scalamodens* konsekvenser för kommunernas exploateringsavtal, samt Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 47.

6 Koncessioner och OPS

6.1 Vilka särdrag utmärker en koncession?

En av grundtankarna bakom en koncession är att det inte utgår någon särskild ekonomisk kompensation från den upphandlande myndigheten till koncessionshavaren. I koncessionen ligger därför en rätt att hämta ekonomisk kompensation ur själva koncessionen mot bakgrund av de villkor som gäller för koncessionen.

Det finns i huvudsak tre utmärkande kriterier för en koncession. För det första ska tredje man utgöra målgrupp för den service som koncessionen omfattar, snarare än den upphandlande myndigheten. För det andra ska tjänsten tillgodose ett allmänt intresse. För det tredje ska koncessionshavaren bära den ekonomiska risken för projektet. En avgörande skillnad vad gäller koncessioner i förhållande till offentliga upphandlingskontrakt är alltså att den ekonomiska risken går över på koncessionshavaren. Vid traditionella offentliga upphandlingskontrakt bär leverantören således endast en risk för att gjorda investeringar och driftkostnader överstiger den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande.¹

Även vid offentliga upphandlingskontrakt vilar normalt vissa risker på uppdragstagaren, t.ex. risken för att lagstiftningen kan ändras under avtalstiden på ett sätt som lägger extra kostnader på entreprenören, kanske främst avseende ändrade miljökrav eller skattesatser. Sådana risker utgör dock alltid vad som faller inom de affärsmässiga överväganden som en anbudsgivare bör beakta och är ingenting som bara uppkommer vid en koncession. Offentliga upphandlingar där en entreprenör ges garantier om full kostnadstäckning för det fall att denne utför arbetet tillfredsställande, kan således inte heller anses utgöra tilldelning av en koncession. De risker som ska föreligga för att det ska anses föreligga ett koncessionsförhållande är i stället de risker som är förenade med projektfinansieringen, dvs. den "ekonomiska risken". Vid tilldelning av alla typer av koncessionsavtal är de upphandlande myndigheterna

¹ Se mål C-360/96, *BFI Holding*, samt mål C-324/98, *Telaustria*. Se även Bovis, *The Notion of Public Concession as a component of Public Private Partnerships*, 2007, s. 13 ff.

givetvis också skyldiga att följa de grundläggande principerna i EUF-fördraget avseende transparens, likabehandling, ömsesidigt erkännande, icke-diskriminering och proportionalitet.²

6.2 Koncession och auktorisation – tillstånd och godkännande

När en enskild utövare ska tillhandahålla offentlig service krävs vanligen någon form av godkännande av dennes verksamhet eller i vissa fall ett tillstånd från en statlig myndighet att bedriva verksamheten, t.ex. grundskola. När tillståndsgivningen sker med stöd av lag och inte har en direkt koppling till finansieringen kan det sägas föreligga en koncession. I de fall en kommun själv är den som ska pröva utövarens lämplighet att utföra en viss uppgift – i vissa fall i enlighet med de krav som är uppställda enligt lag – talar man i regel om godkännande eller auktorisation.³ Det bör dock påpekas att terminologin inte är helt konsekvent och att det anförts att begreppet auktorisation ska reserveras för lagreglerad tillståndsgivning, dvs. i praktiken synonymt med begreppet koncession i ovanstående betydelse.⁴ Oavsett om begreppen auktorisation och koncession går att använda synonymt eller inte vid tillståndsgivning kan vi konstatera att det utan stöd av uttryckliga lagregler i vart fall går att använda begreppet (kommunalt) godkännande.

Regler om byggkoncessioner återfinns i 13 kap. LOU samt i artiklarna 56–65 i upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).⁵ Byggkoncessioner definieras i artikel 1.3 – i huvudsak i likhet med vad gäller sedan tidigare, 1 kap. 5 § LOU – som ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet utgörs endast av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Problemet i Sverige är dock att koncessioner oftast betraktats som ett slags delegation; ett tillståndsbeslut där någon getts en form av monopolställning. Vad gäller statlig tillståndsgivning kan t.ex. nämnas nätkoncessioner – dvs. områdes- eller linjekoncessioner – enligt 2 kap. ellagen (1997:857).⁶ Där-

² Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000).

³ Se Svenska kommunförbundet, Valfrihet och kundvalssystem i kommunal verksamhet – underlag för lokala bedömningar, 2001, s. 35.

⁴ Se SOU 2001:31, s. 240.

⁵ Se SOU 2005:22.

⁶ För en utförlig redogörelse för dessa koncessioner och hur processen rörande tillståndsgivningen går till, se närmare SOU 2009:48.

emot har det inte varit så vanligt med den här typen av lösningar inom kommunal verksamhet. Skälet till det är nog bl.a. att hitta i synen på den skarpa skillnad mellan avtal och myndighetsutövning som finns i svensk rätt; tillstånd kräver beslut och beslut kräver ett uttryckligt lagstöd, medan avtal kan slutas av vilket rättssubjekt som helst så länge det har rättskapacitet.⁷

I ett svenskt perspektiv är det därför en skillnad mellan en avtalsreglering, vilket är det vanliga vid genomförandeavtal (och som är fullt möjligt på kommunal nivå eftersom en kommun är ett rättssubjekt med rättshandlingsförmåga), och ett tillstånd om någon form av koncession, vanligen någon form av drifttillstånd, t.ex. kärnkraft eller annan energiproduktion (vilket är förbehållet staten att fatta beslut om och lämna tillstånd till).

Höjs blicken till EU-rättslig nivå så dras inte samma skarpa gräns mellan avtal och beslut när man talar om koncessioner: "A public works concession is an act (whether by contract or unilateral) whereby a public authority delegates to a private organisation the task of designing, constructing, financing, maintaining and operation an infrastructure and/or service for a predetermined extended period".⁸ Det anses således utmärkande för koncessionsavtal att de innehåller såväl inslag av myndighetsutövning som förmögenhetsrättslig avtalskompetens.⁹

Kommissionen har uttalat att "[ä]ven i samband med offentliga upphandlingskontrakt kan det ibland förekomma att en del av risken vilar på uppdragstagaren. De risker som är förenade med projektfinansieringen, den ekonomiska risken, är dock karaktäristiska för just koncessioner. Denna risk, som i hög grad hänger samman med de intäkter som koncessionshavaren kan få genom nyttjandet av anläggningen, utgör därmed en viktig skillnad mellan koncessioner och offentliga upphandlingskontrakt."¹⁰

När det gäller genomförandeavtal skulle man alltså kunna tänka sig en OPS i form av såväl en byggentreprenad som en byggkoncession. Oavsett vilket ska

⁷ Se närmare Fi2004/2588, s. 6, NOU, Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig (30.4.2004), s. 2, samt Offentligt-privat partnerskap 2005, s. 29.

⁸ Opinion of the Economical and Social Committee on the 'Strengthening of the law governing concessions and public/private partnership (PPP) contracts', EGT 01/C 14/97, p. 4.1.3.

⁹ Se Graver, Konesjoner og konkurrensse – om krav fra fellesskapretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelse, 2004, s. 227

¹⁰ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000).

enligt gällande bestämmelser en upphandling göras.¹¹ Att inte alls infordra anbud vid tilldelning av koncessioner strider mot kraven i EUF-fördraget och mot principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.¹²

6.3 Byggkoncessioner

I EU:s upphandlingsdirektiv talar man om två slags koncessioner: byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. Upphandlingslagstiftningens definition av en byggkoncession är ”ett kontrakt av samma slag som ett byggentreprenadkontrakt men som innebär att ersättning helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja anläggningen”, 2 kap. 4 § LOU. I artikel 1(d)(4) upphandlingsdirektivet 2004/18/EG definieras en byggkoncession som ”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning”.¹³

Utgångspunkten vad gäller såväl byggkoncessioner som tjänstekoncessioner är att den upphandlande myndigheten inte ska erlagga någon ersättning till koncessionshavaren. I definitionen för en byggkoncession ligger att leverantören tar på sig risken för att tillräckligt många kommer vilja nyttja den anläggning som han byggt, t.ex. genom att i vart fall en väsentlig del av leverantörens intäkt utgörs av brukaravgifter. De nationalekonomiska utgångspunkterna är – i likhet med alla typer av OPS – att om en leverantör har ansvaret för att såväl konstruera och bygga som att driva en anläggning, t.ex. en idrottsarena eller en simhall, på kommersiella grunder finns det förutsättningar för bättre kvalitet, kostnadseffektivitet och kundnöjdhet.¹⁴ En viktig grundförutsättning för en väl fungerande koncession är därför att det finns en marknad med brukare som är villig att betala för det som tillhandahålls.

Däremot finns det inget krav på att brukaren måste erlagga avgifter etc. direkt till koncessionshavaren. Det kan även föreligga en koncession i de fall hela ersättningen kommer från den upphandlande myndigheten så länge ersättningen är relaterad till hur många som nyttjar den aktuella motorvägen,

¹¹ Se även Lilli, *Konkurrensutsettning av kommunale oppgaver når kommunen opptrer med to hatter*, 2004, s. 43–71.

¹² Se mål C-410/04, *ANAV*, och mål C-231/03, *Coname*.

¹³ Samma definition av byggkoncessioner görs i 2 kap. 4 § LUF respektive artikel 1 (d)(3a) försörjningsdirektivet (2004/17/EG).

¹⁴ Se t.ex. Martimort & Pouyet, *To build or not to build: Normative and positive theories of public-private partnerships*, 2008, s. 393–411.

bron, vägtunneln, järnvägen, simhallen etc. Den ekonomiska risken kommer i sådana fall ändå att ligga på koncessionshavaren och den upphandlande myndigheten blir mest att se som ett mellanled mellan brukarna och koncessionshavaren.

6.3.1 Tillämpningsområdet

Gränsdragningen mellan vad som är en byggkoncession och vad som är en traditionell entreprenad är viktig eftersom byggkoncessioner får upphandlas på ett mer flexibelt sätt. Den upphandlande myndigheten torde t.ex. vara friare vad gäller möjligheten att välja upphandlingsförfarande. En upphandling av byggkoncession kan dock – precis som alla offentliga upphandlingar – bli föremål för en överprövnings- eller en skadeståndstalan enligt 16 kap. LOU.

I likhet med tjänstekoncessioner saknas explicita regler om byggkoncessioner i försörjningsdirektivet 2004/17/EG samt LUF. Av 1 kap. 11 § LUF följer att lagen inte är tillämplig vid tilldelning av byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner som beviljas för sådan verksamhet som uttryckligen omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 1 kap. 4–10 §§ LUF.

Däremot finns uttryckliga regler om byggkoncessioner i det i upphandlingssammanhang kortfattade 13 kap. LOU. De bygger på de bestämmelser om byggkoncessioner som finns i artiklarna 56–65 upphandelsdirektivet.¹⁵ Även om byggkoncessioner definieras i såväl direktivet som LOU sägs däremot inget om vad en byggkoncession typiskt sätt ska innehålla. Värdet av koncessionen ska dock enligt 13 kap. 1 § LOU beräknas enligt de regler för entreprenader som generellt gäller enligt 3 kap. LOU.¹⁶

6.3.2 Annonsering och tidsfrister för ansökan om att tilldelas en byggkoncession

Enligt 13 kap. 2 § LOU ska en upphandlande myndighet, på samma sätt som vid entreprenader, annonsera upphandling av byggkoncessioner i TED i enlighet med vad som framgår av Kommissionens förordning (EG) nr 1564/2005.¹⁷ Av 13 kap. 3 § LOU följer att tidsfristen för att komma in med ansökningar om att tilldelas en byggkoncession ska vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, men att dessa tidsfrister får förkortas om annonsen i enlighet med 8 kap.

¹⁵ Se SOU 2005:22.

¹⁶ Se även Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s. 384 f.

¹⁷ Se www.simap.eu.int.

5 § LOU utarbetas eller skickas elektroniskt eller förlängas med stöd av 8 kap. 7 § LOU, om förfrågningsunderlaget inte tillhandahållits inom stipulerade tidsfrister.

6.3.3 *Underentreprenader*

Underentreprenader regleras i 13 kap. 4 § LOU där det stadgas att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget får ange som villkor att den som ansöker om att tilldelas en koncession ska lägga ut minst 30 procent av kontraktsvärdet på tredje man, med möjlighet för de sökande att öka denna andel, eller att sökandena i sina anbud anger hur stor andel av koncessionens totala värde som de avser att lägga ut på tredje man. En koncessionshavare har rätt att lägga ut arbete på tredje man eller underentreprenörer om denne så önskar och bestämmelsen framgår att en upphandlande myndighet även får ställa krav på att minst 30 procent – dvs. upp till hela kontraktsvärdet – ska läggas ut någon annan än koncessionshavaren. Motsatsvis framgår alltså att en upphandlande myndighet däremot inte får kräva att endast en mindre andel av kontraktet läggs ut på tredje man. Om den upphandlande myndigheten däremot inte uppställt något minimikrav har givetvis en koncessionshavare möjlighet att lägga ut mindre andel av koncessionsvärdet på tredje man. Syftet med kravet om fördelning av koncessionskontraktet bottnar i en önskan att underlätta för medlemsstaterna att stimulera – i praktiken inhemska – små eller medelstora företags möjligheter att få ta del av stora kontrakt. Bakgrunden är att det vid byggkoncessioner oftast handlar om mycket stora kontrakt, vilket också begränsar antalet presumtiva anbudsgivare och genom att uppställa den här typen av villkor kan man öka konkurrensen i underentreprenörsledet.¹⁸

6.3.4 *Koncessionshavarens skyldigheter*

I 13 kap. 5 § LOU stadgas att om den som tilldelas en byggkoncession är ett rättssubjekt som inte själv är en upphandlande myndighet – dvs. ett privat företag eller ett konsortium av privata eller offentligt ägda företag som inte faller in under definitionen av upphandlande myndighet i 2 kap. 19 § LOU –, så ska kontraktet innehålla villkor om att koncessionshavaren har en skyldighet att annonsera upphandlingen i enlighet med vad som gäller enligt 7 kap. 1 § LOU, om denne avser att tilldela tredje man ett byggentreprenadkontrakt som överstiger tröskelvärdet.¹⁹ Någon annonsering behövs

¹⁸ Se även Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s. 386 ff.

¹⁹ Det finns en stor mängd rättspraxis rörande vad som utgör en upphandlande myndighet

dock inte i de fall den upphandlande myndigheten enligt 4 kap. 5 eller 8 § LOU själv har haft möjlighet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.²⁰

Tidsfrister ska anges i enlighet med vad som följer av 8 kap. LOU, framför allt bestämmelserna i 8 kap. 3 § samt 5–7 §§ LOU.

6.3.5 Företag som går samman och anknutna företag

Av 13 kap. 6 § följer att om flera företag går samman för att erhålla en byggkoncession, ska inte något av dem anses som tredje man. Detsamma gäller ett anknutet företag. En uttömmande förteckning över dessa företag ska bifogas ansökan om att tilldelas en byggkoncession.

6.3.6 Undantag från upphandlingsreglerna vid kompletterande byggtreprenadkontrakt

Av 1 kap. 8 § LOU följer även att det finns vissa undantag från upphandlingsreglerna vad gäller kompletterande byggtreprenadkontrakt i samband med byggkoncessioner. Av bestämmelsen följer nämligen att LOU inte ska tillämpas på kompletterande byggtreprenader som vare sig ingår i det ursprungliga koncessionsprojektet eller det ursprungliga kontraktet om sådana genom oförutsedda omständigheter har blivit nödvändiga för arbetets utförande enligt beskrivningen i koncessionsprojektet eller kontraktet. Vidare krävs att kontraktet tilldelas den ursprungliga leverantören, om de kompletterande arbetena inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet, eller om de är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas. Undantaget gäller dock inte om det sammanlagda värdet av kontraktet överstiger hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

Trots att möjligheten finns och trots att regler om byggkoncessioner fanns med redan i den tidigare gällande upphandlingslagstiftningen finns det i Sverige med undantag av Arlandabanan veterligen inga exempel på renodlade OPS-projekt i form av byggkoncessioner.

respektive ett offentlighetsorgan, se t.ex. målen 31/87, *Beentjes*, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.*, C-323/96, *Kommissionen mot Belgien*, C-353/96, *Kommissionen mot Irland*, C-306/97, *Connemara Machine Turf*, C-360/96, *BFI Holding*, C-324/98, *Telaustria*, C-380/98, *University of Cambridge*, C-223/99 och C-260/99, *Agorà och Excelsior*, C-237/99, *Kommissionen mot Frankrike*, C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, C-214/00, *Kommissionen mot Spanien*, C-283/00, *Kommissionen mot Spanien*, C-18/01, *Korhonen m.fl.*, C-373/00, *Truley*, C-126/03, *Kommissionen mot Tyskland*, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk m.fl.*, samt C-393/06, *Ing. Aizer*. Se även Ds 2009:36.

²⁰ Se även Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s. 388 ff.

När det gäller genomförandeavtal kan man dock i många fall se upplägg som en tilldelning av en byggkoncession. Oavsett om det handlar om en byggkoncession eller en byggtreprenad ska dock enligt gällande bestämmelser en upphandling göras.²¹

6.4 Tjänstekoncessioner

En OPS behöver inte nödvändigtvis handla om stora infrastruktur- eller anläggningsprojekt, den kan lika gärna föreligga i mer småskaliga projekt. En OPS kan vidare ha formen av en tjänstekoncession, där det allmänna överlåtit åt en enskild tjänsteleverantör att driva en viss verksamhet. Sådana exempel på OPS kan vara driften av simhallar, gym, idrotts- och campingplatser, restaurangverksamhet, utförande av sotningstjänster eller parkeringsövervakning. Ett annat exempel är Stockholms stads avtal med ett företag om drift av lånecykelsystem i Stockholms innerstad, där företaget mot ersättning erbjuder lånecyklar till allmänheten. Företaget får även rätt att uppbära reklamintäkter från reklamplatser i direkt anslutning till cykelstationerna. I fall som dessa och där leverantören står den ekonomiska risken och enbart får ersättning i relation till antalet besökare, och det också är tredje man som betalar för tjänsten, kan det alltså anses vara fråga om en tjänstekoncession. Det centrala för den upphandlande myndigheten är att överväga vad som skapar den bästa möjliga affären för den upphandlande myndigheten vad gäller att få en viss tjänst utförd; en entreprenad eller en koncession. Är det så att det i realiteten saknas ekonomiska förutsättningar för att marknaden fullt ut ska kunna finansiera en tjänst som den upphandlande myndigheten vill ha utförd, är det bättre att välja en entreprenad – risken är annars stor att leverantören inte förmår tillhandahålla tjänsten.

6.4.1 Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU

En tjänstekoncession är en koncession vars syfte är att tillhandahålla en allmännyttig tjänst. En tjänstekoncession måste i likhet med vad som anfördes ovan innehålla ett rätt för koncessionshavaren att ekonomiskt utnyttja sina tjänster gentemot användarna samtidigt som den ekonomiska risken för verksamheten övergår från den upphandlande myndigheten till leverantören. Generellt sett används tjänstekoncessioner på verksamheter som är

²¹ Se även Lilli, Konkurrensutsettning av kommunale oppgaver når kommunen opptrer med to hatter, 2004, s. 43–71.

förenade med särskilda eller exklusiva rättigheter.²² Upphandling av tjänstekoncessionskontrakt tillämpas även på verksamheter som kan falla inom det allmännas ansvarsområde, på grund av verksamhetens karaktär, ändamål och de regler verksamheten omfattas av.²³

I de nya upphandlingsdirektiven saknas bestämmelser om tilldelningsförfarandet vid tjänstekoncessioner. Det infördes dock en definition i artikel 1(d)(4) som stadgar att en tjänstekoncession är ”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.” Av 2 kap. 17 § LOU följer att med tjänstekoncession ”avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten”.²⁴ Medan ett offentligt tjänstekontrakt innebär att en leverantör, mot en ekonomisk motprestation från den upphandlande myndigheten, åtar sig att utföra en tjänst för en upphandlande myndighets räkning, utgör vid en tjänstekoncession en eventuell ersättning från den upphandlande myndigheten inte den huvudsakliga delen av ersättningen.²⁵ Avgörande för en tjänstekoncession är att koncessionshavaren, dvs. den leverantör som blir tilldelad kontraktet, tar en betydande ekonomisk risk samt får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt.²⁶

I mål C-458/03, *Parking Brixen*, ansågs det således vara fråga om en koncession avseende allmännyttiga tjänster när en offentlig myndighet tilldelade en tjänsteleverantör driften av en offentlig avgiftsbelagd parkeringsplats, när tjänsteleverantören som motprestation fick ersättning av tredje man för användningen av parkeringsplatsen.²⁷ I ett fall där ingen ersättning utgick från kommunen har driften av en gästhamn ansetts utgöra en tjänstekoncession.²⁸

²² Se artikel 106 EUF-fördraget. Se även t.ex. C-324/98, *Telaustria*, p. 14–16, och mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 7–9.

²³ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2, 8 st. Jfr generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-360/96, *BFI Holding*, respektive generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-108/98, *RI.SAN srl mot Commune d'Ischia*. Se även <http://europa.eu/scadplus/leg/sv/lvb/l22011.htm>.

²⁴ Samma definition av tjänstekoncessioner görs i 2 kap. 18 § LUF respektive artikel 1 (d) (3b) försörjningsdirektivet (2004/17/EG).

²⁵ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2, 6 st., samt mål 458/03, *Parking Brixen*, p. 39.

²⁶ Se mål C-324/98, *Telaustria*, p. 58.

²⁷ Se även Kammarrättens i Stockholm dom (mål 4374-05) samt NOU:s yttrande dnr 2005/0121-29.

²⁸ Se Kammarrättens i Stockholm dom 2006-02-08 (mål nr 340-06).

I mål C-323/03, *Kommissionen mot Spanien*, ansågs en tjänstekoncession av färjetrafik som löpte över tjugo år, med en rätt till tio års förlängning, vara otillåten, eftersom det i underlaget fanns otillåtna krav på erfarenhet av färjetrafik i just det aktuella området. Dessutom innebar den avtalade tidsperioden en otillåten inskränkning för företag i andra medlemsstater i friheten att tillhandahålla tjänster.

Tjänstekoncessioner regleras dock inte i vare sig LOU, LUF eller i direktiven, 1 kap. 2 § 4 st. LOU. I 1 kap. 12 § LOU stadgas dock att: ”om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, ska den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten ska iakttä principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt”.

Det följer av praxis att en upphandlande myndighet är skyldig att följa EUF-fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen mot förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet, bl.a. vad gäller skyldigheten att lämna insyn.²⁹

Eftersom medlemsstaterna inte lyckades enas om tillämpliga upphandlingsbestämmelser rörande tjänstekoncessioner³⁰ arbetade Kommissionen som nämnts ovan fram en Grönbok om PPP och koncessioner.³¹ I grönboken konstateras att det system som följer av fördragets bestämmelser kan innefatta skyldigheter för den upphandlande myndigheten bl.a. vid valet av privat partner och offentliggörandet av tjänstekoncessionen. Syftet med grönboken var emellertid att skapa diskussion kring behovet av en särskild reglering på EU-rättslig nivå för OPS-projekt och koncessioner snarare än en bindande lagstiftning avseende tjänstekoncessioner. Efter det att medlemsstaterna getts möjlighet att yttra över Grönboken lade Kommissionen fram ett meddelande i november 2005.³² Kommissionen uttalade i meddelandet att lagstiftning är det bästa sättet att reglera tilldelning av tjänstekoncessioner.

Det är dock viktigt att komma ihåg att även om inte tjänstekoncessioner uttryckligen regleras av LOU gäller givetvis de allmänna principerna om

²⁹ Se mål C-324/98, *Telaustria*.

³⁰ Se Bovis, *The Notion of Public Concession as a component of Public Private Partnerships*, 2007, s. 15 f., och där angivna källor.

³¹ Se Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig (30.4.2004).

³² Se Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005) 569 slutlig (15.11.2005).

likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande enligt 1 kap. 9 § LOU även för tilldelning av en tjänstekoncession.³³ För att förvissa sig om att konkurrensneutralitet uppnås kan det därför vara nödvändigt att i brist på andra uttryckliga regler tillämpa 15 kap. LOU även på upphandlingar av tjänstekoncessioner.³⁴

Koncessioner ska således annonseras, men för att det ska vara fråga om en koncession ska den ekonomiska risken övergå till koncessionshavaren då denne inte får betalt av den upphandlande myndigheten eller enheten utan i stället får en rätt att ta betalt av användarna – däremot kan en viss ersättning utgå från den upphandlande myndigheten eller enheten i syfte att hålla nere biljettpriser etc. Det bör även påpekas att det för närvarande i svensk rätt saknas uttryckliga regler för en överprövning av tjänstekoncessioner och att Regeringsrätten i ett fall rörande sotningstjänster har konstaterat att tjänstekoncessioner inte utgör upphandlingskontrakt och att någon överprövning enligt LOU därför inte kan göras.³⁵

6.4.2 *Tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt (entreprenad)*

Gränsdragningen mellan om det är fråga om ett kontrakt avseende tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt kan stundtals vara svår att dra.³⁶ En viktig praktisk skillnad mellan tjänstekoncessioner och offentliga tjänstekontrakt är att en tjänstekoncession innebär att tjänsteleveransen riktar sig till allmänheten, medan ett normalt tjänstekontrakt innefattar leveranser till den upphandlande myndigheten – även om dessa tjänster i slutändan riktar sig till brukarna. Ett sätt att skilja mellan ett kontrakt avseende tjänstekoncession och ett upphandlingskontrakt avseende tjänster är att använda det s.k. nyttjanderättskriteriet.³⁷ Kriteriet består av två faktorer, nämligen placeringen av ansvaret och placeringen av risken. Endast om såväl ansvaret som

³³ Se t.ex. mål C-324/98, *Telaustria*, C-231/03, *Coname*, C-264/03, *Kommissionen mot Frankrike*, samt C-458/03, *Parking Brixen*. Se även Treumer, *Recent Trends in the Case Law from the European Court of Justice*, 2005, s. 24–27.

³⁴ Jfr Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2009, s. 381 f.

³⁵ Se RÅ 2008 not. 101. Däremot yttrade sig NOU i målet och uttalade mot bakgrund av bl.a. praxis från EU-domstolen att den svenska domstolen borde överväga om domstolen har en skyldighet att pröva frågan huruvida tilldelningen av en eventuellt tjänstekoncession har skett i enlighet med EU-rättens grundläggande principer.

³⁶ Se även Konkurrensverkets rapportserie 2008:4, s. 138–139.

³⁷ Se mål C-360/96, *BFI Holding*, p. 25. Jfr Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2.

riskan för verksamheten ligger hos leverantören anses nyttjanderättskriteriet vara uppfyllt och det rör sig därmed om en tjänstekoncession.³⁸

Ett utmärkande drag för en tjänstekoncession är även ansvarsplaceringen för verksamheten och för dess användare. Utöver ansvaret för verksamheten åtar sig även leverantören även ansvaret mot dem som utnyttjar de tjänster som tillhandahålls inom ramen för verksamheten.³⁹ I mål C-272/91, *Lottomatica*, konstaterade domstolen att ansvaret för en verksamhet måste övergå på koncessionshavaren för att det ska anses röra sig om en tjänstekoncession.⁴⁰

Eftersom medlemsstaterna inte kunde enas om definitionen av tjänstekoncessioner i de gamla upphandlingsdirektiven infördes heller aldrig bestämmelser om dessa. Som framgått ovan fanns däremot en definition och vissa publiceringsbestämmelser för byggkoncessioner. Genom domen i mål C-324/98, *Telaustria*, klargjorde EU-domstolen emellertid vad som kunde anses karakterisera en tjänstekoncession.

”Ett skriftligt oneröst avtal mellan ett företag, som enligt en medlemsstats lagstiftning särskilt har anförtrots att tillhandahålla en telekommunikationstjänst och som är helägt av offentliga myndigheter i denna medlemsstat, och ett privat företag ... omfattas av rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. Trots att ett sådant avtal omfattas av direktiv 93/38 omfattas det, på EU-rättens nuvarande stadium, ändå inte av direktivets tillämpningsområde, bland annat på grund av att vederlaget från det förstnämnda företaget till det sistnämnda företaget består i att det sistnämnda företaget får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt.”⁴¹

EU-domstolens avgörande ska dock inte tolkas som att de upphandlande myndigheterna därmed fritt kunde tilldela tjänstekoncessioner – tvärtom påpekade EU-domstolen uttryckligen att EUF-fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet skulle beaktas. En sådan princip förutsatte bl.a. att de upphandlande myndigheter som vill tilldela en tjänstekoncession över tröskelvärdena måste offentliggöra denna.

³⁸ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2.

³⁹ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.1.2 samt avsnitt 2.2.

⁴⁰ Se mål C-272/91, *Lottomatica*, p. 33.

⁴¹ Se mål C-324/98, *Telaustria*.

Efter *Telaustria* har EU-domstolen vid flera tillfällen avgjort mål som behandlat tilldelning av tjänstekoncessioner.⁴² I mål C-234/03, *Contse m.fl.*, konstaterade domstolen att de i målet aktuella kontrakten inte, såsom den spanska regeringen hävdade, utgjordes av tjänstekoncessioner. Anledningen var dels att det inte skedde någon övergång av de risker som var förenade med tillhandahållandet av den aktuella tjänsten, dels att den spanska hälso- och sjukvårdsförvaltningen betalade ersättning för tjänsten. I mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, konstaterade domstolen att ett avtal med en överenskommelse om att en fast avgift ska betalas, utgör ett avtal med ekonomiska villkor och därmed ett offentligt tjänstekontrakt, vilket skulle upphandlas enligt direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. För att det ska vara fråga om en tjänstekoncession måste således koncessionshavaren i huvudsak få ersättning från tredje man. I mål C-206/08, *WAZV Gotha*, uttalade domstolen att det är fråga om en tjänstekoncession om uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den själv utförde tjänsten, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation.

I målen fastställer EU-domstolen att de allmänna kriterier som måste vara uppfyllda för att det ska vara fråga om en koncession även gäller för att ett tjänstekontrakt ska anses utgöra en tjänstekoncession, nämligen (1) antingen en rätt att utnyttja tjänsten, eller (2) dels rätt att utnyttja tjänsten, dels betalning samt att (3) leverantören bär den ekonomiska risken för verksamheten.

Det avgörande är att koncessionshavaren inte får den huvudsakliga ersättningen av den upphandlande myndigheten, utan att det är användarna eller brukarna av tjänster som också i huvudsak ska betala för dessa. Det saknar dock betydelse hur det hela i praktiken administreras. Om ersättningen görs beroende av antalet användare och den ekonomiska risken kvarstannar hos koncessionshavaren får ersättning betalas ut i efterhand.⁴³ Att ersättningen betalas av den upphandlande myndigheten till koncessionshavaren saknar därför betydelse. Däremot är det oklart om den upphandlande myndigheten i sin tur måste samla in pengarna från brukarna, t.ex. genom vägtullar eller avgifter för kollektivtrafik.

⁴² Se t.ex. mål C-358/00, *Buchhandler-Vereinigung*, mål C-231/03, *Coname*, mål C-234/03, *Contse m.fl.*, mål C-458/03, *Parking Brixen*, mål C-323/03, *Kommissionen mot Spanien*, mål C-410/04, *ANAV*, samt mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*.

⁴³ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.1.2, 10 st. jfr. NOU 2001-03-21, s. 4.

”In fact, there is no objective definition of how much risk a private partner must accept for the transaction to be classified as concession as opposed to a public contract. As is clear from the definitions in Art 1(3) and Art 1(4) of Directive 2004/18, the fact that the private partner is guaranteed to receive a pre-agreed amount of payment in addition to the right to earn other income of which the level is not guaranteed does not, per se, prevent the transaction being classified as a concession. But, clearly, if the extent of the guaranteed amount were to be, say, 60 % of the total expected income of the private partner, this would raise questions about the extent to which the private partner was accepting risk.”⁴⁴

Vid ett offentligt tjänstekontrakt behöver som nämnts en leverantör inte oro sig för affärsrisken på samma sätt som en innehavare av ett tjänstekoncessionskontrakt. Givetvis kan även offentliga tjänstekontrakt innebära ekonomiska risker. Dessa hänför sig emellertid oftast till om leverantörens investeringar och driftkostnader överstiger den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande. En sådan risk anses dock inte utgöra affärsrisk som avses vad gäller tjänstekoncessioner. Inte heller risker som hänger samman med ändrad lagstiftningen – t.ex. avseende skatter eller miljö – anses utgöra den typ av ekonomiska affärsrisker som gäller vid tjänstekoncessioner.⁴⁵

Som ett belysande exempel på det sistnämnda kan anföras mål C-234/03, *Contse m.fl.* Den spanska hälso- och sjukvårdsförvaltningen genomförde två upphandlingar av tjänster avseende hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd. Den upphandlande myndigheten erlade ersättning för tjänsten i kombination med att den upphandlande myndigheten ansvarade för alla skador som kunde uppstå till följd av brister i tjänsten. EU-domstolen fann att det inte rörde sig om en tjänstekoncession eftersom risken ansågs kvarstanna hos den upphandlande myndigheten.⁴⁶

Även ersättningen spelar en viktig roll vid fastställandet av om ett kontrakt avser en tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt. En alltför generös ersättning från en upphandlande myndighet kan leda till att affärsrisken övergår från koncessionshavaren till den upphandlande myndigheten.⁴⁷ I mål C-458/03, *Parking Brixen*, konstaterade domstolen att koncessionsinnehavarens ersättning till största del ska bestå av de betalningar som erläggs

⁴⁴ Se Burnett, *Public-Private Partnerships (PPP) – A Decision Maker’s Guide*, 2007, s. 70.

⁴⁵ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.1.2.

⁴⁶ Se mål C-234/03, *Contse*, p. 22.

⁴⁷ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2.

av de medlemmar av allmänheten som utnyttjar tjänsten i fråga och inte av betalningar från den upphandlande myndigheten.⁴⁸ I mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, fann domstolen att det inte rörde sig om en tjänstekoncession till följd av att den huvudsakliga ersättningen betalades av den upphandlande myndigheten samt att den ersättning som leverantören erhöll av användarna ansågs vara obetydlig.⁴⁹

Av definitionen av tjänstekoncessioner i 2 kap. 17 § LOU framgår att kontrakt avseende tjänstekoncessioner kan vara konstruerade på två olika sätt. Antingen rör det sig om en rätt att utnyttja tjänsten eller dels en sådan rätt, dels betalning. Medan den förstnämnda varianten är relativt enkel att bedöma kan däremot den senare medföra vissa gränsdragningsproblem. Det finns nämligen ingen uttalad regel som bestämmer ersättningens storlek för det fall att koncessionshavaren har rätt att erhålla viss ersättning från den offentliga parten.⁵⁰ Det enda riktmärke som finns är att storleken på ersättningen inte får sättas så högt att leverantören inte längre anses bära risken för verksamheten. I så fall kan risken för verksamheten i stället anses ligga på den upphandlande myndigheten, varför det blir fråga om ett tjänstekontrakt.⁵¹ Som anfördes ovan fann EU-domstolen i mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, att det inte var fråga om en tjänstekoncession då ersättningen från den upphandlande myndigheten uppgick till ett så pass högt belopp samtidigt som de beräknade inkomsterna från tredje man var för obetydliga i sammanhanget.⁵²

I vissa fall kan det även föreligga en skyldighet för en tjänstekoncessionsinnehavare att erlægga en s.k. koncessionsavgift till den upphandlande myndigheten. Ett sådant upplägg förtar emellertid inte karaktären av tjänstekoncession.⁵³ Som ett svenskt exempel på när ett sådant upplägg bedömts falla inom ramen för en tjänstekoncession kan nämnas att driften av en gästbåthamn var att betrakta som en tjänstekoncession då kommunen beslutat att låta ett bolag sköta driften av en gästbåthamn samtidigt som detta årligen skulle betala ett arrende till kommunen.⁵⁴ Samtidigt har kammarrätten i ett

⁴⁸ Se mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 40.

⁴⁹ Se mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, p. 36.

⁵⁰ Se Konkurrensverkets rapport – Konkurrensen i Sverige 2007, s. 98.

⁵¹ Se mål C-324/98, *Telaustria*, p. 33.

⁵² Se mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, p. 39–40.

⁵³ Se t.ex. mål C-458/03, *Parking Brixen*, samt mål C-358/00, *Deutsche Bibliothek*. Se även Steinicke och Groesmeyer, 2008, s. 239.

⁵⁴ Se Kammarrättens i Stockholm dom 2006-02-08 (mål nr 340-06).

annat fall funnit att ett avtals huvudsakliga syfte och innebörd var att ett företag, Medic, skulle tillgodose en kommuns behov av träningsutrustning i ett idrottshus och att leveransen av dessa skulle ske på ett sätt som till sin karaktär var att anse som leasing. Kammarrätten fann att avtalet i det aktuella fallet omfattades av bestämmelserna i LOU men att någon upphandling aldrig gjorts. Upphandlingen var därför inte avslutad och rättelse skulle ske. Kammarrätten saknade därför anledning att ta ställning till frågan om det var fråga om en tjänstekoncession eller inte.⁵⁵

I Sverige saknas bestämmelser om tilldelning av tjänstekoncessioner, men för att inte åsidosätta de EU-rättsliga grundprinciperna enligt EUF-fördraget måste även upphandlingar av tjänstekoncessioner konkurrensutsättas på ett öppet och icke-diskriminerande sätt, men eftersom en sådan upphandling inte omfattas av LOU saknar en missgynnad leverantör möjlighet att begära överprövning av upphandlingen enligt LOU.

6.4.3 *Tjänstekoncessioner och de EU-rättsliga grundprinciperna*

I mål C-196/08, *Acoset*, preciserar EU-domstolen i ett förhandsbesked vad som gäller vid tilldelningen av tjänstekoncessioner och relationen till artiklarna 49, 56 och 106 EUF-fördraget. I juli 2002 slöt den regionala provinsen Ragusa och kommunerna belägna i området Iblei ett samarbetsavtal som innebar bildandet av en lokal myndighet med ansvar för den integrerade vattenförsörjningen i Ragusa, ATO. ATO:s styrande organ, konferensen, beslutade i enlighet med nationell lagstiftning i mars 2004 att tjänsten i fråga skulle tillhandahållas av ett ”bolag som har både privata och offentliga ägare i vilket det allmänna är majoritetsägare”. I juni 2005 godkände konferensen utkastet till aktiebolagets stiftelseurkund, dess bolagsordning och utkastet till överenskommelse om hur tjänsten skulle tillhandahållas, var det framgick att tillhandahållandet av den integrerade vattenförsörjningstjänsten, genom direkt tilldelning och med ensamrätt, skulle anförtros det bolag med både privata och offentliga ägare som skulle bildas – operatören.

Därefter offentliggjordes ett meddelande om anbudsinfordran för val av en näringsidkare som privat minoritetsägare, som med ensamrätt skulle anförtros uppdraget att driva den integrerade vattenförsörjningstjänsten och utföra därmed sammanhängande arbeten. I kravspecifikationerna föreskrevs

⁵⁵ Se Kammarrättens i Stockholm dom 2007-02-14 (mål nr 797-06). Nämnden för offentlig upphandling (NOU) avgav ett yttrande i målet och anslöt sig vad gäller tillämpningen av tjänstekoncessioner till de uttalanden som gjorts av EG-domstolen, NOU:s dnr 2006/0068-29.

bl.a. att ”de arbeten som ska utföras är de som omfattas av den treåriga verksamhetsplanen, i dess i anbudet ändrade och/eller kompletterade lydelse, och av det i områdesplanen tidigare planerade informationsutkastet ...” och ”arbeten som inte utförs direkt av den privata delägaren ska tilldelas genom ett sådant konkurrensutsatt anbudsförfarande som föreskrivs i lag.” I anbudsförfarandet deltog tre tillfälliga konsortier. Efter att en anbudsgivare uteslutits och en annan valde att dra sig ur anbudsförfarandet återstod endast Acoset. I oktober 2007 beslutade konferensen att ogiltigförklara det aktuella anbudsförfarandet samt att den integrerade vattenförsörjningstjänsten i Ragusa skulle tillhandahållas genom ett konsortium. Kort därefter underrättades Acoset om att anbudsförfarandet hade ogiltigförklarats.

Den hänskjutande domstolen önskade få klarhet i huruvida artiklarna 49, 56 och 106 EUF-fördraget utgör hinder för direkt tilldelning av uppdraget att tillhandahålla en offentlig tjänst som förutsätter att vissa bygg- och anläggningsarbeten utförs dessförinnan till ett bolag som har både privata och offentliga ägare och som har bildats för att tillhandahålla denna tjänst, vilket utgör bolagets enda verksamhetsföremål, och den privata delägaren väljs ut genom ett offentligt anbudsförfarande, efter att det kontrollerats att denne uppfyller de finansiella, tekniska, operativa och administrativa kraven med avseende på den tjänst som ska tillhandahållas och innehållet i ansökan avseende de specifika prestationer som ska utföras har beaktats.

Domstolen konstaterade att prövningen av frågan huruvida en verksamhet ska kvalificeras som ”tjänstekoncession” eller ”offentligt tjänstekontrakt” uteslutande ska ske enligt EU-rätten⁵⁶ samt att skillnaden mellan ett offentligt tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i ersättningen för att tillhandahålla tjänsterna.⁵⁷ Ett offentligt tjänstekontrakt innebär att ersättningen betalas direkt av den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören, medan en tjänstekoncession föreligger när ersättningen består i rätten att utnyttja tjänsten och leverantören bär risken som är förbunden med att tillhandahålla de aktuella tjänsterna.

I likhet med den italienska regeringen konstaterar EU-domstolen att det aktuella förfarandet avser en tilldelning av ett uppdrag att administrera en offentlig tjänst genom en koncession på 30 år, i fråga om vilken den huvudsakliga ersättningen består i möjligheten att ta ut en avgift från användarna,

⁵⁶ Se mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, p. 31.

⁵⁷ Se bl.a. mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 39, mål C-437/07, *Kommissionen mot Italien*, p. 29 och 31, samt mål C-206/08, *WAZV Gotha*, p. 51, 59 och 68.

vilken i anbudsförfarandet anges som ersättning för den tjänst som tillhandahålls.⁵⁸

EU-domstolen konstaterar att det är ostridigt att utförandet av arbeten i anslutning till administrationen, med ensamrätt, av den integrerade vattenförsörjningstjänsten i målet vid den nationella domstolen har en underordnad karaktär i förhållande till det huvudsakliga syftet med koncessionen, vilket är att tillhandahålla den nämnda tjänsten varför denna inte kan kvalificeras som en byggkoncession.⁵⁹

Domstolen konstaterar vidare att principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet bl.a. innebär en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principerna iakttas. Skyldigheten syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att sådan offentlighet föreligger att upphandlingen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska. Det följer vidare av artikel 106.1 EG att medlemsstaterna inte får ha nationella bestämmelser enligt vilka tjänstekoncessioner kan tilldelas utan anbudsinfordran – eftersom en sådan tilldelning strider mot de grundläggande principerna i EUF-fördraget.

Däremot är det inte möjligt att tillämpa artiklarna 18, 49 och 56 EUF-fördraget om den koncessionsgivande offentliga myndigheten utövar en kontroll över den enhet som innehar koncessionen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning samtidigt som denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den myndighet som innehar den.⁶⁰ I ett sådant fall är en anbudsinfordran inte obligatorisk även om medkontrahenten är en juridisk person fristående från den upphandlande myndigheten. Att ett privat företag ingår som delägare i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter därmed alltid att den upphandlande myndigheten kan anses utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning.⁶¹ Så är även fallet med koncessionen i det aktuella målet då den privata delägaren ska inneha 49 procent av aktiekapitalet i det bolag med både privata och offentliga ägare som har tilldelats den aktuella koncessionen.⁶²

⁵⁸ Se även mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 40, mål C-410/04, *ANAV*, p. 16, samt mål C-324/07, *Coditel Brabant*, p. 24.

⁵⁹ Se även mål C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, p. 26–28.

⁶⁰ Se mål C-410/04, *ANAV*, p. 18–24.

⁶¹ Se bl.a. mål C-573/07, *Sea*, p. 36.

⁶² Se även Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP),

Domstolen anser därför att även om en tilldelning av en tjänstekoncession utan anbudsinfordran framstår som oförenlig med de EU-rättsliga principerna, kan detta vara tillåtet om valet av den privata delägaren och valet av kriterier för att välja den privata delägaren skett i enlighet med dessa, eftersom de intresserade näringsidkarna – utöver sin förmåga att bli delägare – framför allt ska visa sin tekniska kapacitet att tillhandahålla tjänsterna och de fördelar av ekonomiskt och annat slag som följer av deras anbud. Vidare konstateras att i den mån som kriterierna för valet av den privata delägaren inte endast avser tillfört kapital utan även avser delägarens tekniska kapacitet och innehållet i dennes anbud avseende de specifika prestationer som ska utföras, och delägaren, som i det aktuella fallet, anförtros den operativa verksamheten avseende den aktuella tjänsten och således administrationen av denna, kan valet av koncessionshavare anses följa indirekt av valet av den nämnda delägaren, vilket i så fall har skett med iakttagande av EU-rättens principer.

Ett andra anbudsförfarande för att välja koncessionshavare är i sådana fall inte funktionellt och därmed inte motiverat. Om den upphandlande myndigheten skulle välja att använda ett förfarande i två steg för att först utse den privata delägaren i det halvoffentliga bolaget för att därefter tilldela bolaget den aktuella koncessionen skulle det kunna avvähålla privata aktörer och myndigheter från att bilda institutionella offentlig-privata partnerskap, på grund av den tid det tar att genomföra sådana förfaranden och den rättsliga osäkerheten vad beträffar tilldelningen av koncessionen till den privata delägaren, som utsetts dessförinnan. Det krävs emellertid att ett bolag som har både privata och offentliga ägare ska behålla samma verksamhetsföremål under hela koncessionstiden och alla väsentliga förändringar av kontraktet medför att anbud måste inhämtas.⁶³

Domstolen fann därför att artiklarna 49, 56 och 106 EUF-fördraget inte utgör hinder för en direkt tilldelning av uppdraget att tillhandahålla en offentlig tjänst som förutsätter att vissa bygg- och anläggningsarbeten utförs dessförinnan, såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, till ett bolag som har både privata och offentliga ägare och som har bildats specifikt för att tillhandahålla en offentlig tjänst, vilket utgör bolagets enda verksamhetsföremål, och vars privata delägare väljs ut genom ett offentligt anbudsförfarande, efter att det kontrollerats att denne uppfyller de finansiella, tekniska, operativa och administrativa kraven med avseende på den tjänst som ska tillhandahållas och efter att innehållet i anbudet avseende de specifika prestationer som

KOM(2007)6661 (05.02.2008), s. 4.

⁶³ Se även mål C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, p. 34.

ska utföras har beaktats, under förutsättning att det aktuella upphandlingsförfarandet överensstämmer med principerna om fri konkurrens, insyn och likabehandling som enligt EUF-fördraget gäller för koncessioner.⁶⁴

Ett sätt för en upphandlande myndighet att se till att den inte gör fel genom att anse att upphandlingen rör en tjänstekoncession, där LOU inte är tillämplig, medan den i själva verket rör en entreprenad som borde ha upphandlats är att faktiskt göra en offentlig upphandling i enlighet med LOU, i vart fall i enlighet med 15 kap. LOU.

”There is nothing, of course, in the Public Procurement Directives to prevent a public authority from applying the more widely drawn regulations for public contracts even where the transaction is a concession. This is common practice in the UK and helps to reduce the risk of misapplication of the Public Procurement Directives.”⁶⁵

För att komma till rätta med de oklarheter som kan uppstå till följd av de olika regler som gäller för upphandling av tjänster och varor, byggentreprenader, byggkoncessioner och tjänstekoncessioner har det också föreslagits att det bästa vore att skapa identiska procedurregler för dessa, vilket skulle motverka oklarheter till följd av om det är fråga om en entreprenad eller en koncession.⁶⁶

6.4.4 *Finns det effektiva rättsmedel vid överklagande av tjänstekoncessioner?*

En central fråga vid överprövningar av såväl offentliga upphandlingar som tjänstekoncessioner är om det finns några effektiva rättsmedel att tillgå för en leverantör som anser sig ha blivit orättvist åsidosatt vid en tilldelning av ett tjänstekoncessionskontrakt. Av EU-domstolen praxis gäller som en grundläggande rättsprincip att enskilda personer har rätt till ett effektivt rättsligt skydd av de rättigheter de har enligt EU:s rättsordning⁶⁷ – ett sådant rättskydd omfattar givetvis även tjänstekoncessioner.⁶⁸ Eftersom det saknas EU-rättsliga bestämmelser om överprövningen av ett tjänstekoncessionsförfarande samt då det i övrigt saknas bestämmelser för tjänstekoncessioner, är

⁶⁴ Se mål C-196/08, *Acoset*.

⁶⁵ Burnett, *Public-Private Partnerships (PPP) – A Decision Maker’s Guide*, 2007, s. 71, not 114.

⁶⁶ Se Burnett, *Public-Private Partnerships (PPP) – A Decision Maker’s Guide*, 2007, s. 80.

⁶⁷ Se bl.a. mål C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, samt mål 222/86, *Heylens*.

⁶⁸ Se Pedersen, *Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna – några kommentarer till Europeiska kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv*, 2006, s. 579.

det medlemsstaternas uppgift att tillhandahålla nödvändiga regler och förfaranden för att garantera ett effektivt rättsligt skydd.⁶⁹

Oavsett det rör sig om ett offentligt upphandlingsförfarande eller om tilldelning av en tjänstekoncession måste den upphandlande myndigheten motivera sina beslut för att den anbudsgivare som anser sig skadad ska kunna överklaga avslaget.⁷⁰ Möjligheten till överklagande följer av skyddet av de mänskliga rättigheter vilket omfattas av Europakonventionen om skydd för mänskliga rättigheter, EKMR.⁷¹

Inhemska bedömningar rörande möjligheterna att få en koncessionstilldelning överprövad

Frågan är då vilka överprövningsmöjligheter som finns vid tilldelning av tjänstekoncessioner. Eftersom LOU undantar tjänstekoncessioner från lagens tillämpningsområde, faller även överprövningsmöjligheten enligt LOU automatiskt bort vid upphandling och tilldelning av tjänstekoncessionskontrakt. Således fann RegR i en fråga rörande en tjänstekoncession att uppdraget i målet inte ansågs utgöra ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening och att någon överprövning enligt LOU inte kunde göras varför det också saknades anledning att gå in på frågan om det överklagade bolagets rätt att ansöka om överprövning. RegR fastställde därmed att kontrakt avseende tjänstekoncessioner inte kan prövas i enlighet med LOU:s överprövningsregler.⁷² Frågan är därför vilka överprövningsmöjligheter som egentligen finns gällande kontrakt avseende tjänstekoncessioner.

Här bör framhållas att det i förarbetena till LOU anfördes att "[d]en omständigheten att de grundläggande principerna skall iakttas vid ett anbuds-förfarande i samband med en tjänstekoncession innebär att avtalet kan bli föremål för prövning av talan om skadestånd på nationell nivå."⁷³

Fördragsbrottstalan

En eventuell möjlighet för en förfördelad leverantör som saknar möjlighet att överpröva ett tjänstekoncessionskontrakt på nationell nivå att åtminstone få någon form av moralisk rättelse är att få till stånd en fördragsbrottstalan. Kommissionen har enligt artikel 17 i Fördraget om europeiska unionen

⁶⁹ Se prop. 2008/09:29, s. 51.

⁷⁰ Se mål 222/86, *Heylens*, p. 15.

⁷¹ Se mål C-340/89, *Vlassopoulou*, p. 22 samt mål 222/86, *Heylens*, p. 14. Se även Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 3.1.6.

⁷² RÅ 2008 not. 101.

⁷³ Prop. 2006/07:128, s. 183.

bl.a. till uppgift att övervaka att medlemsstaterna iakttar sina skyldigheter mot EU-rätten. Om Sverige befinns bryta mot EU-rätten genom att inte tillhandahålla erforderliga rättsmedel kan Kommissionen därför komma att föra en fördragsbrottstalan mot Sverige enligt artikel 258 EUF-fördraget.⁷⁴

Möjligheterna att erhålla skadestånd

Eftersom möjligheterna till överprövning förefaller vara obefintliga och en eventuell fördragsbrottstalan inte hjälper en förfördelad leverantör som inte fått sin sak prövad återstår att pröva om Francovich-doktrinen kan medföra någon möjlighet till ersättning.⁷⁵ En stat kan enligt doktrinen bli skadeståndsskyldig vid överträdelser av EU-rätten under förutsättning att tre kriterier är uppfyllda: staten ska ha överträtt en EU-rättslig regel som är avsedd att skapa rättigheter för enskilda, överträdelserna av EU-rätten ska vara tillräckligt klar, och det ska finnas ett direkt orsakssamband mellan överträdelserna och skadan.

Doktrinen gäller även för bestämmelser som saknar direkt effekt men där det föreligger en rättighet för enskilda. Nationell rätt får t.ex. inte inskränka friheten att tillhandahålla tjänster och en medlemsstat ska därför se till att enskilda personer ersätts för eventuell skada de åsamkats – t.ex. en leverantör som inte behandlats på ett korrekt sätt vid upphandlingen av en tjänstekoncession förutsatt att den upphandlande myndigheten uppfyller ovanstående kriterier. Problemet är emellertid att det saknas såväl EU-rättsliga bestämmelser som behandlar överprövningen av ett koncessionsförfarande som uttryckliga bestämmelser för tjänstekoncessioner. Även om det förvisso är ett ansvar för varje medlemsstat att tillhandahålla erforderliga rättsmedel får möjligheten till ersättning anses vara något långsökt, även om den inte helt kan uteslutas.

6.5 Entreprenader, koncessioner och OPS – fördelar och nackdelar

En OPS innebär som nämnts ett långsiktigt avtal mellan den offentliga sektorn (eventuellt tillsammans med andra intressenter) och en leverantör, t.ex. ett företag eller ett konsortium, om uppförande och tillhandahållande av en offentlig tjänst. Tjänsten kan vara att tillhandahålla en väg eller järn-

⁷⁴ Se prop. 2006/07:128, s. 183.

⁷⁵ Se de förenade målen C-6/90 och 9/90, *Francovich*, samt mål C-46/93, *Brasserie du pêcheur*. Se även prop. 2006/07:128, s. 183.

väg, ett sjukhus m.m. Det privata projektbolaget ansvarar för att finansiera och bygga den infrastruktur som krävs och sedan leverera de efterfrågade tjänsterna under en förutbestämd tidsperiod, ofta 20–30 år. Anläggningen återgår därefter till det offentliga.

Även om det allmänna som tidigare anförts har bättre förutsättningar än en privat aktör att erhålla lån till en förmånlig ränta anses det ändå finnas skäl till varför en bygg- eller tjänstekoncession skulle kunna vara en förmånligare lösning än en funktionsentreprenad. Nilsson framhåller tre förhållanden som skulle kunna tala till fördel för en sådan form av OPS. För det första framhålls att eftersom ett projektbolag vanligtvis nödgas ordna finansiering via banker eller andra kreditinstitut kommer de senares fortlöpande granskning av projekten i sig att minska risken för kostnadsöverskridanden. För det andra anförts att den långa tidsperiod som en OPS omfattar medför att parterna från tid till annan kommer att behöva omförhandla innehållet i avtalet. Parterna anses vid en sådan omförhandling ha ett starkare ömsesidigt beroendeförhållande, t.ex. vad gäller funktionen hos olika tekniska lösningar, än vad som är fallet vid ett avtal om funktionsentreprenad – vilket skulle bidra till att minska kostnaderna för projektet. För det tredje anses att ett för ändamålet särskilt bildat projektbolag bidrar till att avgränsa risktagandet i förhållande till om risken legat kvar hos ett moderbolag. Risken skulle därmed avgränsas för varje delägare vilket också skulle möjliggöra för fler företag eller konsortier att lämna anbud vid upphandlingen. Sammantaget framhålls att dessa tre omständigheter i förhållande till funktionsentreprenader vid en koncession skulle kunna generera så pass låga kostnader att det skulle uppväga den skillnad i upplåningskostnad som gäller mellan det allmänna och privata aktörer.⁷⁶

Själva betalningen från det offentliga till projektbolaget kan ta sig flera olika former. En variant är att ersättningen utgår med ett i förväg bestämt belopp per år över kontraktstiden, en betalning kopplad till levererad tjänst och dess kvalitet. En annan variant som inte sällan används i fråga om olika trafikrelaterade frågor är att ersättningen tar sig form av en s.k. skuggtull, vilket innebär att ersättningen helt eller delvis görs avhängig av antalet fordon som trafikerar vägen eller järnvägen. En tredje variant är att ersättningen baseras på någon form av brukaravgift.

Vad gäller exempelvis trafiklösningar bör framhållas att de flesta avtal om OPS numer utformas utifrån tillgänglighetsprincipen, dvs. att ersättning utgår till största delen baserat på hur tillgänglig anläggningen är. Tillämp-

⁷⁶ Se Nilsson, *Nya vägar för infrastruktur; Offentlig–privat samverkan*, 2009, s. 14 f.

ningar där projektbolaget bär en intäktsrisk genom att uppbära brukaravgifter eller att ha ersättningen kopplad till skuggtullar har minskat i omfattning. Orsakerna är dels att entreprenörerna har svårt att hantera dessa risker, dels att sådana konstruktioner kan leda till ej avsedd allokering av trafikflöden inom eller mellan trafikslag.

Ett av huvudmålen med OPS är att åstadkomma en ändamålsenlig riskfördelning mellan det offentliga och projektbolaget. Risker ska bäras av den part som har bäst förutsättningar att hantera dem. Däri ligger också den stora skillnaden mellan koncessioner och entreprenader.

6.6 Sammanfattande slutsatser

Det finns två typer av koncessioner – byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. Medan de förstnämnda regleras i LOU faller de sistnämnda utanför såväl LOU som LUF. Även om tjänstekoncessioner förvisso faller utanför upphandlingsdirektiven omfattas de av de grundläggande principerna i EUF-fördraget, vilket i praktiken innebär att för att inte riskera att åsidosätta dessa principer måste en offentlig upphandling ändå göras i enlighet med vad som följer av LOU.

Gränsdragningen mellan om det är fråga om ett kontrakt avseende tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt kan stundtals vara svår att dra. Det finns emellertid i huvudsak tre utmärkande kriterier för en koncession. För det första ska tredje man utgöra målgrupp för den service som koncessionen omfattar, snarare än den upphandlande myndigheten. För det andra ska tjänsten tillgodose ett allmänt intresse. För det tredje ska koncessionshavaren bära den ekonomiska risken för projektet. En avgörande skillnad med koncessioner i förhållande till offentliga upphandlingskontrakt är alltså att den ekonomiska risken i huvudsak går över på koncessionshavaren. En viktig praktisk skillnad mellan tjänstekoncessioner och offentliga tjänstekontrakt är därför att en tjänstekoncession innebär att tjänsteleveransen riktar sig till allmänheten, medan ett normalt tjänstekontrakt innefattar leveranser till den upphandlande myndigheten – även om dessa tjänster i slutändan riktar sig till brukarna.

Ett sätt att skilja mellan ett kontrakt avseende tjänstekoncession och ett upphandlingskontrakt avseende tjänster är att använda det s.k. nyttjanderättskriteriet.⁷⁷ Kriteriet består av två faktorer, nämligen placeringen av ansvaret

⁷⁷ Se mål C-360/96, *BFI Holding*, p. 25. Jfr Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2.

och placeringen av risken. Endast om såväl ansvaret som risken för verksamheten ligger hos leverantören anses nyttjanderättskriteriet vara uppfyllt och det rör sig därmed om en koncession.⁷⁸ I mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, konstaterade domstolen att det för att det ska vara fråga om en tjänstekoncession måste koncessionshavaren i huvudsak få ersättning från tredje man. I mål C-206/08, *WAZV Gotha*, uttalade domstolen att det är fråga om en tjänstekoncession om uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den själv utförde tjänsten.

I mål C-458/03, *Parking Brixen*, konstaterade domstolen att koncessionsinnehavarens ersättning till största del ska bestå av de betalningar som erläggs av de medlemmar av allmänheten som utnyttjar tjänsten i fråga och inte av betalningar från den upphandlande myndigheten.⁷⁹ I mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, fann domstolen att det inte rörde sig om en tjänstekoncession till följd av att den huvudsakliga ersättningen betalades av den upphandlande myndigheten samt att den ersättning som leverantören erhöll av användarna ansågs vara obetydlig.⁸⁰

⁷⁸ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2.

⁷⁹ Se mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 40.

⁸⁰ Se mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, p. 36.

7 OPS och markexploatering – överlåtelse av offentlig egendom

7.1 Bakgrund

Ett inte helt ovanligt upplägg när en kommun har ett behov av att det byggs en ny simhall eller en ny idrottsarena eller liknande är att mark överlåts till en privat intressent som inom ramen för ett genomförandavtal åtar sig att uppföra den aktuella anläggningen. Sådana överlåtelser av kommunal egendom och kommunala fastigheter regleras idag inte av någon specifik lag. Det är i stället som anfördes ovan kommunallagen respektive det EU-rättsliga regelverket – inte minst statsstödsreglerna enligt artiklarna 107–109 EUF-fördraget – som anger ramarna för den här typen av överlåtelser.¹ Organisationen kring avyttring av offentligt ägda fastigheter är därför av största intresse. Boverket och Statskontoret visar i varsin studie dessutom på variation i hur markanvisning på kommunal nivå går till. Av rapporterna framgår också att konkurrensutsättning tillämpas endast undantagsvis.²

Som utvecklas nedan är det vid utbyggnad av nya områden för bostäder eller arbetsplatser vanligt att kommunen använder s.k. designtävlingar, arkitekttävlingar eller markanvisningstävlingar som ett sätt att infordra anbud på områdets bebyggande, varefter den planerade exploateringen konkurrensutsätts genom ett entreprenadavtal. Ett annat förfaringssätt har varit att förhandlingar förts direkt med ett större byggföretag, s.k. direktanvisning, och att relationen mellan parterna ansetts utgöra två olika delar; i det första skedet sker en traditionell fastighetsöverlåtelse och i det andra skedet upprättas ett exploateringsavtal. Eftersom det då rör sig om privatägd mark har en konkurrensutsättning av entreprenaden bland vissa inte ansetts vara nödvändig.

Det måste dock framhållas att överlåtelser av kommunal mark och byggnader till enskilda ska göras på marknadsmässiga villkor. Av såväl ett med-

¹ Kapitlet bygger i stor utsträckning på vad som presenterats i Madell & Lundberg, Skall vi singla slant? Om försäljning av offentliga tillgångar, 2008.

² Se Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, och Statskontoret, Granskning av ärendehantering av markanvisningen i sex kommuner, 2005.

delande från Kommissionen³ som Tribunalens dom i mål T-274/01, *Valmont Nederland BV*, följer att överlåtelse av mark ska ske först efter ett vederbör-ligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbudsförfarande – av auktionstyp –, där det bästa eller enda anbudet per definition antas vara en försäljning till marknadspris och således inte utgöra statligt stöd. Som alternativ till ett auktionsförfarande kan användas en oberoende expertvärdering av en eller flera värderingsmän för att fastställa markvärdet innan förhandlingarna om överlåtelse inleds.

7.2 Markexploatering – OPS i form av s.k. genomförande-, exploaterings- och markanvisningsavtal

Det allmänna har enligt Regeringsformen en skyldighet att trygga rätten till bl.a. hälsa, arbete, bostad och utbildning. Av detta följer också att kommunerna måste arbeta aktivt för att nå uppställda mål om ett väl fungerade lokalsamhälle, vilket för svenskt vidkommande omfattar exempelvis bostadsförsörjning, näringsliv och infrastruktur samt kommunmedlemmarnas möjligheter att få tillträde till idrottsanläggningar och simhallar m.m. Syftet med kommunens planläggning är en strävan efter att styra och planera byggandet och markanvändningen inom kommunen. Planen definierar om en viss miljö får ändras eller om den bör bevaras. Planen bestämmer också om området får bebyggas. Genom beslutet att fastställa en detaljplan skapas samtidigt stora ekonomiska värden. Eftersom detaljplanen verkar långt in i framtiden, är det viktigt att miljökonsekvenser och andra konsekvenser som förorsakas av planen utreds på ett erforderligt sätt. Strävan är att markägarna ska behandlas rättvist. Det är dock ofrånkomligt att ekonomiska värden kan komma att fördelas ojämnt mellan markägarna, eftersom den främsta uppgiften i planläggningen är att uppnå en god kvalitet i själva markanvändningen. För markägarna är detaljplanebeslutet alltså särskilt viktigt, men beslutet påverkar inte bara de aktuella markägarnas rättigheter – även allmänna intressen berörs. I Boverkets studie av kommunal markanvisning uttryckte kommuner en viss frustration över att den långsamma process som ändringar i detaljplanen kräver ibland bromsar utvecklingen.⁴

³ Se Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader, EGT 97/C 209/03.

⁴ Se Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005.

Eftersom detaljplaneringen innebär en betydande utövning av offentlig makt bör vissa krav ställas på planläggningen. Således måste det föreligga en öppenhet i processen i förhållande till medborgarna men också rättsskyddet för enskilda markägare är centralt. Markägarna, olika intressegrupper och kommunmedlemmar måste därför ha möjlighet till inflytande i planprocessen. För att kunna exploatera mark på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt krävs att kommunen på ett eller annat sätt samarbetar med det lokala näringslivet samt berörda fastighetsägare. Samtidigt uppträder kommunen med sina olika organ i en mängd olika skepnader under exploateringsprocessen; som markägare, beställare av byggentreprenader, myndighetsutövare, innehavare av ett lagstadgat planmonopol, tillstånds- och tillsynsmyndighet samt avtalspart.⁵ Det är viktigt att komma ihåg att planmonopolet ger kommunen en mängd legala verktyg för att reglera och kontrollera nybyggnation och annan fysisk planering; de viktigaste utgörs av översiktsplaner, detaljplaner, områdesplaner och fastighetsplaner.

I Sverige har användandet av genomförandeavtal vid plangenomförande från mitten av 1950-talet fått en avsevärt ökad omfattning. På 1980-talet började man tala om ”förhandlingsplanering”. Förfarandet har dock kritiserats ur ett demokratiperspektiv. Under de senaste åren har det blivit mer vanligt att kommunerna försöker koppla avtalen till planeringsprocessen och använda dem som styrinstrument för genomförande av planer. Vid ”förhandlingsplaneringen” har demokratiaspekterna understrukits genom en tidsmässig samordning av avtals- och planeringsprocessen. Man har förutsatt, att avtalen måste vara villkorade av – och fordrat att avtalen bör underordnas – planeringsprocessen.

Det finns en mängd bestämmelser som reglerar kommunal markexploatering, planering och byggande och de rättsliga förutsättningarna i relationen mellan kommunen och fastighetsägare, exploatörer och entreprenörer. Det har under lång tid varit vanligt att samverkans- eller genomförandeavtal ingås mellan en kommun och en exploatör för att tillgodose olika stadsplaneringsbehov och olika typer av samverkansavtal eller s.k. förhandlingsplanering är för många kommuner ett viktigt inslag i exploateringsprocessen.

Genom ett eller flera avtal preciseras samarbetet mellan en kommun och en exploatör genom att fastställa gemensamma mål eller helt eller delvis

⁵ Se även Madell, Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, 1998, Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalsslut och rättsverkningar, 2000, samt Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 7.

reglera parternas rättigheter och skyldigheter i samband med en markexploatering och själva genomförandet av exploateringen. Lite förenklat kan sägas att det i huvudsak handlar om två centrala avtalsmoment vid en markexploatering: ett genomförandeavtal som reglerar förhållandet mellan kommunen och byggherren, t.ex. villkor för fastighetsöverlåtelsen, och entreprenadavtalet som reglerar själva utförandet av exploateringen. För det fall att det rör sig om mark som ursprungligen ägs av ett privat rättssubjekt blir, som nämnts ovan, reglerna om offentlig upphandling tillämpliga i de fall det rör sig ett uppförande av en anläggning för det allmännas räkning som gör att det avtalet klassas som en byggentreprenad.⁶

Rätten att sluta genomförandeavtal följer indirekt av det kommunala planmonopolet och de utgångspunkter som finns i plan- och bygglagen (1987:10), PBL, samt lagen (1994:847) om tekniska egenskapskrav på byggnadsverk. Ytterligare grunder av betydelse för kommunens befogenheter att i ett genomförandeavtal kräva exploateringsersättningar i samband med olika typer av infrastrukturförändringar kan hittas i kommunens möjligheter att utkräva va-avgifter enligt lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster, VAL, lagen (1939:608) om enskilda vägar, lagen (1995:1649) om byggande av järnväg, ellagen (1997:857), lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, anläggningslagen (1973:1149) och lagen (1977:439) om kommunal energiplanering. Andra begränsningar kan även följa av t.ex. miljöbalken (1998:808), MB, och lagen (1988:950) om kulturminnen.

Vidare bör påminnas om kommunens möjligheter till markåtkomst genom tvångsförvärv – t.ex. i form av äganderätt, nyttjanderätt eller servitut – och den ersättning som i sådana fall ska utgå enligt de bestämmelser som följer av bland annat expropriationslagen (1972:719), fastighetsbildningslagen (1970:988), FBL, och ledningsrättslagen (1973:1144). Möjligheterna till expropriation kan många gånger vara den enda möjlighet som står till buds om en kommun vill exploatera ett markområde utan att en exploatör väljs ut på ett konkurrensneutralt sätt.

Slutligen finns det i sammanhanget även skäl att påminna om lagen om exploateringssamverkan (1987:11), som bland annat ger fastighetsägare möjlighet att i samverkan utföra nödvändiga gemensamma anläggningar, t.ex. gator och va-ledningar som sedan ska lämnas över till den huvudman som ska ansvara för driften. Lagstiftningen är emellertid komplicerad och har

⁶ Se även Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 165.

heller inte ansetts vara ändamålsenlig som plangenomförandeinstrument. Lagen har därför endast tillämpats i ett fåtal fall.⁷

De frågor som kan bli föremål för reglering genom avtal är bland annat villkoren för marköverlåtelse eller markupplåtelse, vad som ska byggas och när det ska byggas. Vidare kan avtalas vem som ska betala olika exploateringskostnader och vem som ska ansvara för kommunaltekniska anläggningar. Avtalen är vanligtvis kopplade till en detaljplan – antingen en befintlig detaljplan eller genom att avtalet mer eller mindre utgör en förutsättning för att en detaljplan med visst innehåll ska antas och vinna laga kraft. Avtalen kan även användas för att komplettera bestämmelser i detaljplan eller bestämmelser i författningar som rör genomförandet av bebyggelseexploatering. Med den utformning av detaljplaneförfarandet som följer av PBL är det många gånger en nödvändighet att upprätta ett genomförandevalt innan ändringen av detaljplanen om exploateringen ska utföras av en privat intressent.

Terminologin är inte konsekvent men som en gemensam term för de olika avtal som förekommer på området kan användas genomförandevalt. Dessa kan sedan delas in i exploateringsavtal, när byggherren eller exploatören äger den aktuella fastigheten eller fastigheterna, och markanvisnings- eller markupplåtelseavtal, när kommunen är ursprunglig ägare till marken men i samband med uppgörelsen också överlåter marken.⁸ Vad gäller exploateringsavtal visar bl.a. *La Scala* att upphandlingsreglerna kan aktualiseras, medan såväl statsstödsregler som upphandlingsreglerna så gott som alltid torde träffa markanvisningsavtalen.

Genomförandevalten kan användas som ett komplement till bestämmelserna i detaljplanen och bestämmelserna i de författningar som rör genomförandet. Avtalet kan även utformas som ett styrinstrument för hela genomförandet, från det att detaljplanen antas i kommunen tills dess att den planerade bebyggelsen färdigställts. Genomförandevaltet kan också begränsas bara till att reglera sådana åtgärder som behövs för att åstadkomma färdig tomtmark.

PBL innehåller inga regler om genomförandevalt, men frågan om reglering borde ske genom lagstiftning berördes i förarbetena.⁹ Föredraganden ansåg – i likhet med vad som föreslogs i betänkandet – att användandet av genomförandevalt inte borde regleras, eftersom det skulle vara svårt att lag-

⁷ Se SOU 2005:77, s. 582 ff.

⁸ Se t.ex. SOU 1994:36, s. 310. Se även Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 165, samt Kalbro & Smith, *Exploateringsavtal; Lagstöd, tillämpning och förslag till nya principer*, 2008, s. 1 f.

⁹ Se SOU 1979:66, s. 394 f.

tekniskt utforma generella föreskrifter. Sådana allmänt hållna regler ansågs knappast utgöra något effektivt skydd för en motpart utöver det som redan förelåg enligt avtalslagen (1915:218).¹⁰

Genomförandeavtalen behandlas betydligt mer kortfattat i den senaste översynen av PBL. PBL-kommittén konstaterar att genomförandeavtal regelmässigt ingås mellan kommuner och exploitörer och att det ”i olika sammanhang framförts att förutsättningar och innehåll i dessa avtal bör regleras i lag. Den frågan har dock ansetts ligga utanför kommitténs uppdrag.”¹¹ Frågan är dock inte mindre komplicerad idag än vad den var för några decennier sedan och den förtjänar en utförlig genomgång, framför allt mot bakgrund av den osäkerhet rörande avtalens innehåll som faktiskt följer av PBL, men också mot bakgrund av det EU-rättsliga regelverket och dess krav på lika-behandling och transparens. Den tradition av förhandlingsplanering som vuxit fram under lång tid kan många gånger vara svår att förena med den konkurrensutsättning och det upphandlingsförfarande som gäller för olika infrastrukturprojekt.

7.2.1 Klassiska problem rörande genomförandeavtal

Det har under lång tid och vid ett antal tillfällen ifrågasatts om förhandlingsplanering är laglig och framförts kritik mot att lagstiftningen är oklar och inte anpassad till det förfarande som vuxit fram.¹² Kritiken har bland annat bestått i det faktum att PBL saknar regler om genomförandeavtal och att kommunens handlingsfrihet på plan- och bygglagens område begränsas av en mängd bestämmelser, inte bara de offentlighetsrättsliga reglerna utan även förfaranderegler i upphandlingslagstiftningen och de begränsningar som följer av avtalslagen.¹³ Vidare har ofta anförts att den demokratiska processen vid förhandlingsplanering sätts ur spel och att en enskild exploitörs intressen kan komma att prioriteras framför allmänhetens och enskilda sakägares möjligheter att påverka ett planförslag.¹⁴

Av 6 kap. 26 och 30 §§ PBL framgår att det inom områden med detaljplan

¹⁰ Se prop. 1985/86:1, s. 228.

¹¹ Se SOU 2005:77, s. 586 f.

¹² Se t.ex. Gustafsson & Riberdahl, *Är förhandlingsplanering laglig?*, 1991, s. 208 ff.

¹³ Se Madell, *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, 1998.

¹⁴ Så framhölls t.ex. i RÅ 2004 not. 61, som rörde rättsprövning av beslut om antagande av detaljplan som hade föregåtts av ett exploateringsavtal med segaren i en anbuds- och arkitekt-tävling, vilken även gavs i uppdrag att utarbeta detaljplanen. RegR fann det inte framgå av omständigheterna att beslutet skulle strida mot någon rättsregel och förklarade att beslutet skulle stå fast.

är kommunen som är huvudman för allmänna platser samt för underhållet av gator och sådana andra allmänna platser som kommunen är huvudman för, t.ex. allmänna parker. Enligt 6 kap. 19–22 §§ PBL kan emellertid en kommun, enligt vissa förutsättningar, i genomförandeavtal kräva att exploatör ska avstå mark som behövs för allmän plats. Kommunen har dessutom möjlighet att kräva att exploatören ska bekosta anordningar för vatten och avlopp samt anläggandet av gator och vägar för att sedan utan ersättning överlämna dessa till kommunen om det är ”skäligt med hänsyn till den nytta byggherren har av exploateringen”. I 6 kap. 31–38 §§ PBL finns regler som gör det möjligt för en kommun att ta ut kostnader för att anlägga eller förbättra gator eller andra allmänna platser från fastighetsägare och boende. Dessa kostnader ska fördelas mellan fastigheterna efter skälig och rättvis grund.

Det är naturligt att en kommun har rätt att genom ett genomförandeavtal erhålla samma prestationer från en exploatör som den har möjlighet att framtvunga genom direkt tillämpning av lag. På samma sätt är det självklart att kommunen till följd av legalitetsprincipen i 1 kap. 1 § 3 st. Regeringsformen inte har möjlighet att genom ett avtal avvika från vad som regleras i tvingande lagbestämmelser. Vidare gäller generellt för kommunal verksamhet att kommunen, i avsaknad av bestämmelser som uttryckligen stadgar något annat, enligt den s.k. likställighetsprincipen som återfinns i 2 kap. 2 § kommunallagen ska behandla kommunens innevånare på ett likartat sätt. I praktiken betyder det att kommunen måste välja att fördela kostnader för gator och allmänna platser på skattebetalarkollektivet eller på de fastighetsägare – eller boendekollektiv – som är direkt berörda av dem. Den kommunala likställighetsprincipen begränsar därmed, åtminstone teoretiskt, kommunens befogenhet att träffa avtal då hänsyn måste tas till andra ägare av fast egendom i kommunen. Även om en exploatör ”frivilligt” skulle samtycka till att betala andra kostnader än vad som stadgas enligt lag eller på ett sätt som sätter likställighetsprincipen ur spel strider ett sådant avtal mot legalitetsprincipen, eftersom lagstöd för att kräva det överenskomna beloppet saknas.¹⁵

Även planavgifter och bygglovsavgifter ska enligt 11 kap. PBL tas ut genom den taxa som fastställts i kommunen. I det fall exploatören i ett genomförandeavtal skulle åta sig att betala de faktiska kostnaderna för kommunens planläggning – vilka kan avvika från den taxa som fastställts – ska även avgiften reduceras med motsvarande belopp, RÅ 1997 ref. 109.¹⁶

¹⁵ Se t.ex. RÅ 1968 ref. 8 och NJA 1980 s. 1.

¹⁶ Jfr även Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 168.

Den avgörande skillnaden mellan exploateringsavtal och markanvisningsavtal är alltså att i det första fallet äger den privata parten redan den mark som är föremål för avtalet medan det i det andra fallet är kommunen som ursprungligen äger marken, men som genom avtalet också överlåter marken till motparten. I det första fallet ligger därför fokus i huvudsak på själva planarbetet och hur parterna gemensamt kan verka för en för alla inblandade parter attraktiv förändring av detaljplanen. I det andra fallet ingår det i kommunens förhandlingsposition att köparen efter förvärvet ska exploatera det förvärvade marken i enlighet med vad parterna enats om i avtalet. Om förvärvet sker före eller efter en detaljplaneändring är därför i dessa fall vanligtvis av mindre betydelse, även om det givetvis även här finns en mängd olika varianter på avtalskonstruktioner, t.ex. samverkansavtal eller andra typer av mer eller mindre oförpliktande föravtal och avsiktsförklaringar.

Det är också viktigt att komma ihåg att reglerna om offentlig upphandling såsom de framgår av LOU som regel aktualiseras i samband med ingående av genomförandeavtal. När det gäller sådana avtal är det nämligen många gånger svårt att se en fastighetsöverlåtelse som något som är fristående från den verksamhet som sedan förväntas bedrivas på fastigheten eller de tjänster som exploitören som en förutsättning för överlåtelsen ska utföra för kommunens räkning. Även om det offentlighetsrättsliga regelverket sätter gränserna för vilka överenskommelser kommunen kan göra och vilka avtal som kan slutas, sätter de bestämmelser som följer av reglerna om offentlig upphandling gränserna för hur kommunen ska gå till väga. Eftersom exploitören/köparen kan sägas utföra något som ligger i kommunens intresse och som kanske kommer att nyttjas av kommunen eller kommunmedlemmarna kan det många gånger därför vara så att kommunen måste låta ett upphandlingsförfarande föregå avtalet.

Även om det går att inom ramen för det nationella regelverket rörande plan- och byggfrågor bestämma gränsen för vilka krav kommunen kan ställa på en exploitör föreligger vissa svårigheter vad gäller att kontrollera efterlevnaden av lagen. Det torde inte vara särskilt vanligt att motparten väcker talan i och med att denne själv har ett starkt ekonomiskt intresse av att exploateringen genomförs.¹⁷

¹⁷ Konkurrenterna är i regel också tysta; det finns ju inga garantier för att en domstol dömer i enlighet med överklagandet och varför i så fall riskera att inte komma ifråga nästa gång en exploatering ska genomföras? Se även Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 171 f.

7.2.2 *La Scala*-målet och upphandlingsreglernas inverkan på genomförandeavtal

Som anförts ovan har det s.k. *La Scala*-målet i stor utsträckning bidragit till att medlemsstaterna fått upp ögonen för att genomförandeavtal i praktiken utgör entreprenadavtal som faller in under upphandlingsreglerna.¹⁸ I *La Scala*-målet slog EU-domstolen fast att det då gällande Byggdirektivet (93/37/EEG) ska tillämpas när en markägare, tillika exploitör, tar sig an ett stadsutvecklingsprojekt mot att den lokala myndigheten medger avdrag på hela eller delar av en bygglovsavgift som annars skulle ha erlagts, något som var möjligt enligt italiensk rätt.¹⁹

EU-domstolen påtalade också att ett av de grundläggande syftena med Byggdirektivet var att konkurrensutsätta tilldelningen av offentliga byggkontrakt. Det var därför inte tillåtet att sluta ett avtal med markägarna om att de skulle utföra vissa infra- och servicestrukturarbeten, utan att först använda sig av ett offentligt upphandlingsförfarande.²⁰

Mot bakgrund av *La Scala* kan slutsatsen dras att de flesta genomförandeavtal i realiteten innehåller moment som gör att de utgör byggentreprenader eller byggkoncessioner i den mening som avses i upphandlingsdirektiven.²¹ Kommunerna måste därför i de flesta fall använda sig av de regler som gäller för offentlig upphandling eftersom ovan nämnda kriterier torde vara uppfyllda i de allra flesta fallen. I vart fall torde det vara så vid genomförandeavtal som innebär att markägaren eller exploitören ska ombesörja eller bekosta en offentlig angelägenhet och där kommunen anses bidra med någon form av motprestation, t.ex. en utfästelse att mot vederlag och under en viss tid nyttja anläggningen. Ett liknande resonemang anförts av Arrowsmith som mot bakgrund av utgången i *La Scala* till och med menar att ett bygglov kan ses som en motprestation som ingår som en del i ett ömsesidigt förpliktande avtal mellan två parter och att reglerna om offentlig upphandling därför i praktiken alltid ska tillämpas på genomförandeavtal.²² *La Scala* visar därut-

¹⁸ Se mål C-399/98, *La Scala*. Målet behandlas ovan i avsnitt 5.4.1.

¹⁹ Se även bland annat NOU info december 2001, s. 16, Svenska kommunförbundets cirku-
lär 2003:109 samt Pedersen, Ramavtal och offentlig upphandling – nya bestämmelser för den
klassiska sektorn, 2005, s. 44 f.

²⁰ Se även Madell, Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförande-
avtal, 2005, s. 225–254, samt Madell, Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig-
privata partnerskap?, 2007, s. 35–59, och i dessa arbeten anvisad litteratur.

²¹ Samma slutsats görs för norskt vidkommande, se Forsynings- og administrasjonsdeparte-
mentet, Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2006, s. 27 ff.

²² Se Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 2005, avsnitt 6.203–6.204.
Se även NOU 2003:14, s. 156 ff., och Ot.prp. nr. 22 (2004-2005), Om lov om endringer i

över tydligt att olika avräkningar för utfört arbete på de avgifter som annars skulle ha erlagts talar för att kommunen utför en motprestation.

Det förefaller alltså vara så att ju mer specifika krav en kommun ställer på viss markanvändning – oavsett om det rör sig om idrottsarenor, busstationer, köpcentra, badhus eller bostäder – desto mer får detaljplanen en karaktär av upphandling. Rör det sig å andra sidan bara om ett önskemål om att marken – efter en överlåtelse av kommunal mark – ska bebyggas med en viss anläggning kan det vara fråga om en traditionell villkorad fastighetsförsäljning som ska ske enligt de villkor som gäller för överlåtelser av mark. I dessa fall blir inte upphandlingsreglerna tillämpliga vid valet av byggherre, däremot ska en upphandling givetvis göras om kommunen önskar nyttja de tjänster som kommer att tillhandahållas vid anläggningen.

Gränsdragningen är dock inte enkel att besvara och *La Scala* klargör vidare att nationella regler om myndighetsutövning inte utesluter tillämpningen av EU-direktiven om offentlig upphandling. EU-domstolen anför att den omständigheten att avtalet är ett offentlighetsrättsligt avtal och att det har inslag av myndighetsutövning inte hindrar att det finns ett sådant avtalsförhållande som föreskrivs i artikel 1 a) Byggdirektivet (93/37/EEG), utan tvärtom talar denna omständighet för detta. Ett avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och entreprenör utgör nämligen i flera medlemsstater ett administrativt avtal, vilket som sådant omfattas av offentlig rätt.

Sammanfattningsvis konstaterade domstolen att direktivet utgör hinder för en nationell stadsplaneringslagstiftning som tillåter att den som innehar bygglov eller godkänd plan för markexploatering, utan beaktande av de förfaranden som föreskrivs i Byggdirektivet, direkt uppför en anläggning mot att hela eller delar av avgiften för bygglovet avräknas när värdet av detta arbete motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet.

Sveriges Kommuner och Landsting anför i cirkulär 2003:109 – som en kommentar till *La Scala* – att arbeten som avser uppförande av gemensamma

plan- och bygningsloven (utbyggingsavtaler), s. 28 ff., <http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/regpubl/otprp/20042005/Otprp-nr-22-2004-2005-.html?id=394611>. Det bör nämnas att man i de norska motiven till plan- och bygningsloven diskuterade möjligheterna att uttryckligen skriva in att upphandlingsreglerna inte var tillämpliga vid genomförandeavtal, eftersom ett sådant undantag skulle leda till att avtalsprocessen blev smidiagre. Förslaget ledde dock inte till lagstiftningen eftersom det inte ansågs kunna uteslutas att det stred mot EG-rättens regler om diskriminering. Samtidigt konstaterades att en uttrycklig hänvisning till reglerna om offentlig upphandling var överflödig, eftersom upphandlingsreglernas existens fick antas vara allmänt känd i kommunerna och i byggbranschen.

anläggningar bör upphandlas i konkurrens. För de fall att de kommunaltekniska arbetena endast skulle kunna utföras av en viss entreprenör skulle ett lämpligt upphandlingsförfarande enligt cirkuläret vara ett så kallat förhandlat upphandlingsförfarande. En sådan situation skulle kunna föreligga för det fall att de gemensamma anläggningarna av en eller annan anledning måste utföras i teknisk samordning med exploatörens egna arbeten. I så fall får ett särskilt avtal upprättas beträffande dessa kommunaltekniska arbeten. Avtalet skulle sedan kunna kombineras med ett exploateringsavtal där dessa arbeten inte ingår. Man bör dock komma ihåg att ett förhandlat förfarande endast utgör ett undantag från de upphandlingsförfaranden som vanligtvis ska tillämpas och att bevisbördan för att det verkligen är fråga om en undantagsituation vilar på kommunen.

För det fall att kommunen äger den mark som ska exploateras förordas i cirkuläret att en anbudstävling genomförs, varvid fastighetsförsäljningen kombineras med en offentlig upphandling av entreprenaden. En annan variant skulle kunna vara att anordna en formgivningstävling i enlighet med upphandlingsreglerna, där tävlingen kan gälla stadsplaneringen.

Dilemmat är att upphandlingslagstiftningen – strikt tolkad i enlighet med *La Scala* – inte är anpassad till de förhållanden som kan uppkomma vid markexploatering. En upphandlingsskyldighet kan i många fall vara svår att efterleva inte minst till följd av det faktum att det kan vara en förutsättning för att kunna genomföra en detaljplaneändring att exploatören kommer in i processen på ett så tidigt stadium som möjligt.

Att märka är även att domstolen i *La Scala*, p. 100, menar att bestämmelserna är uppfyllda om en markägare eller en exploatör själv använder sig av upphandlingsreglerna när den upphandlar exploateringen av området. Med ett sådant synsätt behöver inte själva genomförandeaftalet upphandlas. Det framhålls i cirkuläret att en sådan lösning inte är användbar vid kommunala exploateringar; bortsett från det faktum att det är tveksamt om den tilltänkte exploatören själv kan vara anbudsgivare medför kommunallagens bestämmelser att det inte är möjligt att delegera det kommunala beslutsfattandet till enskild. Ett förfarande där exploatören utesluts från att själv delta i anbudsgivningen torde dock i många fall kunna leda till negativa ekonomiska konsekvenser för projektet. Vidare faller hela finessen med genomförandeaftalet, eftersom exploatören riskerar att förlora den fördel som kan ligga i att ha helhetsansvaret för de olika delarna i projektet. Ett alternativ kan vara att man inom ramen för genomförandeaftalet mellan kommunen och exploatören, delat upp ansvaret så att kommunen sköter upphandlingen. Även om det förvisso kan bli en ganska otyplig lösning skulle exploatören kunna delta i

ett öppet och transparent anbudsförfarande som uppfyller de krav som ställs i upphandlingsdirektivet.

Som ett exempel på ett fall när en kommun ansetts kunna lämna över upphandlingen av en byggtreprenad till en privat part kan nämnas RÅ 2004 ref. 48. Karlskrona kommun och ett privat företag hade undertecknat en ramöverenskommelse om att en byggnation av ett idrottscentrum skulle äga rum efter det att kommunen förvärvat det aktuella området. Företaget skulle låta uppföra anläggningarna varefter dessa skulle överlämnas till kommunen. På uppdrag av kommunen skulle bolaget även ombesörja upphandlingen av en byggtreprenad avseende själva uppförandet. Kommunen skulle därefter, med utgångspunkt i de inkomna anbuden, fatta det slutliga beslutet om entreprenadens igångsättning eftersom slutligt antagande av anbud och projektstart ansågs kräva kommunala beslut avseende såväl bygglov som finansiering. Efter att bolaget meddelat att det på uppdrag av kommunen, efter en som ett öppet förfarande genomförd upphandling, fattat beslut om tilldelning av kontrakt för delentreprenader begärde en leverantör överprövning av beslutet. Kommunen och inte bolaget ansågs inta ställning som part i målet, till följd av att den betalade mer än hälften av kostnaderna för entreprenaden och dessutom hade ett väsentligt inflytande på projektets genomförande. Fallet visar dock att en privat part ansetts kunna utföra själva upphandlingen, även och det slutliga tilldelningsbeslutet måste fattas av kommunen.

7.3 Kommunala anvisningar av mark för bostadsändamål

I en av Boverket utförd studie av kommunala anvisningar av mark för bostadsändamål konstateras att det förekommer en mängd olika försäljnings- och prissättningsmetoder. För det mesta säljs exempelvis villatomter genom en kommunal tomtkö eller genom ett anbudsförfarande, men ofta använder kommunen flera olika metoder för markanvisning. Vid en anbuds-försäljning används i huvudsak en öppen budgivning, medan kommunerna vid anvisning av mark vanligen använder sig av någon form av direktanvisningar, även om det förvisso även här kan förekomma olika anbuds- eller tävlingsvarianter.²³

²³ Se Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 9.

Vid försäljning av villatomter genom den kommunala tomtkön valde ungefär hälften av de undersökta kommunerna (13 stycken i södra Sverige) att i förväg bestämma ett fast tomtpris, varefter de lämnades över till tomtkön för försäljning, medan lika många kommuner frångick tomtkön för att genom ett anbudsförfarande kunna sälja marken. Tillvägagångssättet vad gäller anbudsförfarandet skiljer sig dock mellan kommunerna och det förekommer såväl öppen som slutna budgivning. Även vid försäljning av mark för flerbostadshus används flera olika förfaranden; anbud, direktanvisning markanvisningstävling och tomträtt. Av dessa förefaller direktanvisning av mark vara den vanligaste vilket förmodligen hänger ihop med att det då är lättast för kommunen att inom ramen för en förhandling ställa olika typer av motkrav på motparten. Endast två av de tillfrågade kommunerna uppger att de använder ett anbudsförfarande, medan markanvisningstävlingar uppges vara något vanligare.²⁴

Statistik från Statistiska Centralbyrån visar på relativt stor variation i entreprenadform (sätt att tilldela kontrakt) vid byggande av flerbostadshus.²⁵ I undersökningen mellan åren 2002 och 2003 som omfattar cirka 15 000 lägenheter i Sverige framgår att sättet att tilldela kontrakt dessutom varierar beroende på om entreprenaden genomförs av en stor eller liten byggherre. Noteras bör att 95 procent av företagen inom denna bransch är att betrakta som små eller medelstora. De resterande fem procentenheterna utgörs av företag som är avsevärt större än dessa. Andelen lägenheter där byggkontrakten tilldelas under konkurrensutsättning är noterbart högre när byggherren är liten. Större byggherrar använder sig istället av förhandling eller bygger själva. Att det senare är avsevärt mer förekommande bland större byggherrar förklaras av Konkurrensverket som en naturlig följd av att de i högre utsträckning har kapacitet att bygga själva.²⁶

En övervägande majoritet av de cirka 15 000 lägenheterna har byggts på mark som sedan fem år tillbaka ägdes av byggherren själv (hur den ursprungligen förvärvats framgår inte av rapporten från Konkurrensverket) medan cirka en fjärdedel av marken förvärvats av en kommun. Det föreligger inte någon skillnad i fördelningen av lägenheter mellan små och stora byggherrar betingat på hur marken förvärvats, små och stora byggherrar har byggt ungefär hälften var.

²⁴ Se Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 10 f., och s. 39–47.

²⁵ Se Konkurrensverket, Konkurrensen i Sverige 2006.

²⁶ Se Konkurrensverket, Konkurrensen i Sverige 2006.

Men, om vi övergår till uppgifter på hur kontraktet tilldelats betingat på att marken är förvärvat från en kommun finns det skäl att fundera kring huruvida LOU följts eller inte. Totalt byggdes 3 633 lägenheter på mark som förvärvats av en kommun och 85 procent av dessa kontrakterades under en icke konkurrensutsatt tilldelningsform, dvs. egen regi eller direkt förhandling. Motsvarande siffra gällande mark som ägdes av byggherren själv sedan fem år tillbaka är 62 procent. Det tycks med andra ord vara mer vanligt förekommande med konkurrensutsättning inom den privata sektorn än inom kommunerna i detta avseende.

7.4 Fastighetsöverlåtelser i samband med framtagande av detaljplan

Inledningsvis bör framhållas två typfall av markexploatering där kommunen ursprungligen äger den mark som ska överlåtas på en exploatör och förutsättningarna för överlåtelsen.²⁷ I det första fallet äger kommunen marken utan att den blivande köparen, exploatören, medverkar vid upprättandet av detaljplanen. I det andra fallet medverkar exploatören aktivt vid framtagandet av detaljplanen.

Ett sätt för kommunen att arbeta i det första fallet är därför att upprätta en flexibel detaljplan, dvs. en plan som anger relativt grova ramar för hur marken ska användas och där detaljprövningen sker i samband med en bygglovsansökan. En sådan plan måste dock uppfylla de minimikrav som följer av plan- och bygglagen. Vem som ska få tillgång till marken har vanligen brukat bestämmas antingen via en s.k. direktanvisning²⁸ – efter att ha jämfört olika byggherrars förslag – eller efter en markanvisningstävling mellan olika deltagande byggherrar. Därefter regleras i ett markanvisningsavtal de förutsättningar som ska gälla vid överlåtelsen, t.ex. vilken mark som ska överlåtas på exploatören, vilka områden som ska upplåtas för gemensamhetsanläggningar, vägar och ledningar och så vidare samt eventuell mark som ska utgöra allmänna platser och som därför ska förbli i kommunens ägo. Vidare reglerar avtalet pris vid markförvärvet och andra ekonomiska frågor, utformning av

²⁷ Se närmare Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 218–223.

²⁸ Direktanvisning är den vanligaste metoden vid uppförande av hyres- eller bostadsrättsshus. Skälet är att en sådan metod ger kommunen störst inflytande över processen. Se Boverket, *Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsandamål*, 2005, s. 12.

anläggningen samt utförandet av olika åtgärder för gemenskapsanläggningar med mera.²⁹

I det andra fallet samarbetar kommunen och en exploatör redan från början med att arbeta fram förutsättningarna för en marköverlåtelse och att ta fram en detaljplan för det av kommunen ägda området. Ett sådant förfarande har alltså den egenheten att kommunens samarbetspartner utses innan arbetet med detaljplanen startar, varpå markanvisningsavtalet med alla detaljer ingås. När detaljplanearbetet är färdigt ingås därefter det slutliga marköverlåtelseavtalet mellan parterna. Det är värt att notera att det sistnämnda förfarandet – vid en studie av planprocessen under 2000-talet i sex kommuner, däribland Stockholm, Göteborg och Malmö – uppges användas i 65 procent av fallen, medan exploatören var ursprunglig ägare i 30 procent av de undersökta fallen.³⁰ Mot bakgrund av undersökningen inställer sig därmed två centrala frågor; har den aktuella exploatören valts ut att samarbeta med kommunen på ett konkurrensneutralt sätt och hur fastställs försäljningspriset på ett marknadsmässigt sätt.

Huvudregeln enligt kommunallagen är, som framgår ovan av kapitel 3, att en kommun i princip måste tillämpa en marknadsmässig prissättning vid överlåtelse av mark. Samtidigt är kommunernas principer för att fördela mark till olika typer av byggnation ofta informella och svåröverskådliga. Inte sällan saknas såväl motivering som dokumentation rörande valet av en viss exploatör eller byggherre för ett visst byggprojekt. Vidare ligger ansvaret för markanvisningar i stor utsträckning hos enskilda tjänstemän. I praktiken förefaller det mot bakgrund av den ovan anförda undersökningen vara så att det i de flesta fall är privata intressenter – ofta i form av de stora byggföretagen – som svarar för den fysiska planeringen av byggbar mark inom kommunerna.³¹

”En detaljplan som utformas för ett specifikt byggprojekt blir ofta detaljstyrande och skraddarsys till den planerade markanvändningen, ofta utifrån en tänkt exploatörs behov. När detaljplaner kopplas till enskilda projekt finns det en ökad risk för att andra faktorer än dem som ska beaktas enligt lagstiftningen får en roll i prövningen. ... Det faktum att ett kommunalt beslut att inte ändra eller upprätta en detaljplan normalt inte kan överklagas på ett ändamålsenligt sätt bidrar till risken för godtyckliga och svåröverskådliga

²⁹ Se Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 218 f.

³⁰ Se Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 219 f. med hänvisningar.

³¹ Se även Konkurrensverket, *Konkurrensen i Sverige 2006*, s. 197.

planarbeten i kommunerna.”³² Det är således inte bara konkurrensrättsliga frågor som aktualiseras, även kommunmedlemmarnas möjligheter att agera inom ramen för den lokala demokratin kan i viss mån sättas ur spel.

Konkurrensverket föreslår därför att kommunerna som regel bör använda markanvisningstävlingar vid tilldelning av byggbar mark, i stället för genom direktanvisning, vilket kan medföra en viss godtycklighet vid tilldelningsbesluten.³³ Som konstateras ovan i kapitel 3 sätter emellertid ett stort antal detaljerade bestämmelser gränserna för hur kommunen kan agera vid överlåtelser av egendom. När det gäller överlåtelser av fast egendom är de omfattande regler som omgärdar detaljplaneringsfrågor av central betydelse. Förfarandet vid s.k. förhandlingsplanering och markanvisning har alltid varit komplicerat och medfört stora tidsutdräkter. Vidare sätter det offentlighetsrättsliga regelverket gränserna för vilka krav på motprestationer som en kommun kan ställa på en motpart i samband med överlåtelsen. En vanlig uppfattning i kommunerna är också att det är planprocessen snarare än marknadsprisnivåerna som utgör ett hinder för ökat byggande av t.ex. bostäder.³⁴

7.5 OPS och marköverlåtelser

Det finns i samband med överlåtelser av kommunal egendom skäl att säga något om OPS. En kommun kan givetvis ha olika motiv till att vilja inleda ett OPS-projekt, exempelvis kan de ekonomiska förutsättningarna att förverkliga projektet på egen hand saknas. Det saknas emellertid en juridisk definition av begreppet OPS och ofta går det att sätta likhetstecken mellan OPS och genomförandeavtal. Som exempel på kommunala projekt som i debatten ofta benämns OPS kan nämnas byggandet av nya idrottsarenor och simhallar. Samma begränsningar som i allmänhet gäller enligt EUF-fördraget och kommunallagen med flera lagar gäller även för OPS. På motsvarande sätt träffas dessa projekt av statsstödsreglerna och reglerna om offentlig upphandling.³⁵

OPS utgör alltså ett samlingsbegrepp på många olika typer av avtalsreglerade samarbeten mellan det allmänna och enskilda företag och organisatio-

³² Konkurrensverket, Konkurrensen i Sverige 2006, s. 87.

³³ Se Konkurrensverket, Konkurrensen i Sverige 2006, s. 208 f. Dessa synpunkter framförs även av Konkurrensverket i dess yttrande över PBL-kommitténs betänkande, SOU 2005:77.

³⁴ Se Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 12 och s. 18.

³⁵ Se t.ex. Battista, The respect of State aid rules in PPPs, 2007, s. 70–79.

ner som tar sikte på att under en viss period tillsammans utföra ett visst projekt, exempelvis en tjänst som tillhandahålls allmänheten eller uppförandet av en byggnad eller anläggning som sedan ska användas för att tillgodose ett samhällsligt behov.³⁶

Såväl statsstöds- som upphandlingsreglernas starka vikt vid öppenhet i processen, utnyttjande av konkurrensen, förutsebarhet och möjligheter till prövning av upphandlingsbeslut ställer härvid tydliga krav på kommunernas agerande. Samtidigt måste det framhållas att ett system med rigida och byråkratiska anbudsprocesser också starkt begränsar möjligheterna till smidiga och flexibla lösningar vad gäller markexploatering och i vissa fall kanske rent av motverkar att man når en för kommunmedlemmarna så billig och effektiv lösning som möjligt.

Det finns också skäl att höja ett varnande finger vad gäller riskerna med OPS. Den här typen av projekt innebär ofta långvariga avtalsrelationer och det är svårt att förutse konsekvenserna av så långa tidsramar som det kan handla om – det kan i många fall röra sig om så lång tid som 25 år. En idrottsarena måste drivas under lång tid och när koncessionsavtalet tar slut får kommunen ta över ansvaret. Kommunen kan då välja att konkurrensutsätta driften på nytt eller fortsätta att driva anläggningen i egen regi. Då får man hoppas att den ursprungliga kalkylen var genomtänkt så att arenan inte är uttjänt och enbart blir en ekonomisk belastning för kommunen.

Men om man nu anser att möjligheterna överväger riskerna så inställer sig nästa problem, nämligen hur man kan upphandla ett OPS-projekt. Eftersom den privata partnern inte bara förväntas leverera en anläggning, t.ex. en fotbollsarena eller en simhall, utan också medverka att finansiera den och stå den ekonomiska risken för arenan vill denne sannolikt komma in tidigt i upphandlingsprocessen. Den privata partnern vill sannolikt inte bara få lämna anbud utan också ha möjlighet att påverka utformningen av kravspecifikationen. Denne kan ha synpunkter på hur arenan ska utformas för att locka tillräckligt många besökare, hyresgäster etc., men också hur riskfördelningen ska se ut och på vilka villkor han är beredd att ta på sig en del av investeringen. Det kan röra sig om hur många år den privata partnern ska få driva anläggningen men det kan också handla om andra villkor och intäktsmöjligheter som exempelvis rätten att få exploatera kringliggande mark.

³⁶ Se Mörth & Sahlin-Andersson, *Privatoffentliga partnerskap; Styrning utan hierarkier och tvång?* 2006, s. 11 f. och s. 270, och de olika exempel som redovisas i framställningen.

Som framgår ovan saknas emellertid regler som möjliggör en sådan tidig dialog mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. I LOU finns i och för sig numer inte bara ett förhandlat upphandlingsförfarande utan även konkurrenspräglad dialog. Såväl förhandlad upphandling med föregående annonsering som konkurrenspräglad dialog får inom den klassiska sektorn dock endast användas undantagsvis. Också upphandlingar av byggkoncessioner får genomföras som förhandlade upphandlingar eller konkurrenspräglad dialog; men svenska OPS-projekt har hittills inte i någon större omfattning utformats som byggkoncessioner.

Även om man får upphandla ett OPS-projekt genom förhandlad upphandling finns det andra problem. I en förhandlad upphandling får förhandling ske först på ett sent stadium i upphandlingsprocessen – först då det finns både en kravspecifikation och ett anbud. Förhandlingsresultatet får inte heller i väsentligt avseende avvika från förutsättningarna i kravspecifikationen eller anbudet. Har kommunen i annonsen angett att man vill upphandla ett entreprenadkontrakt kan man inte heller ändra detta till en byggkoncession under förhandlingen. Då får man i stället avbryta upphandlingen och annonsera en ny upphandling som denna gång avser en byggkoncession. Då finns det större möjlighet att komma in tidigare i processen vid en konkurrenspräglad dialog, men för att ett sådant förfarande ska få användas måste den upphandlande myndigheten visa att något annat förfarande inte var möjligt att använda.

För att slippa hamna i situationer som denna kanske den upphandlande myndigheten tar kontakt med näringslivet innan den inleder upphandlingen. Problemet med att göra så är att man ofta behöver föra mycket ingående diskussioner och risken är då uppenbar att den upphandling som därefter följer kan anklagas för att vara konstruerad för en viss leverantör och därmed strida mot den grundläggande EU-rättsliga principen om likabehandling. Kanske kan de föreslagna reglerna om konkurrenspräglad dialog underlätta den här typen av OPS, men grundproblemen är i princip de samma som vid all markexploatering och andra fastighetsöverlåtelser.³⁷

Det finns när det gäller olika typer av OPS-lösningar många skäl att vara försiktig. En upphandlande myndighet som inte följer LOU riskerar att drabbas av överprövningar och skadeståndskrav. Vidare leder de föreslagna reglerna om ogiltigförklarande av avtal som slutits till följd av otillåtna direktupphandlingar att ett genomförandeavtal kan komma att ogiltigförklaras.

³⁷ Se Madell, *Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig-privata partnerskap?*, 2007, s. 35–59.

Även om upphandlingen skulle hålla sig inom ramen för LOU kan en kommun komma att drabbas av överklaganden rörande brott mot t.ex. statsstödsreglerna till följd av fel vid fastighetsöverlåtelser som utgör en del i OPS.³⁸

7.6 Sammanfattande slutsatser

OPS används ofta vid markexploatering. I de fall kommunen är ursprunglig ägare till den mark som ska överlätas för att sedan exploateras finns i huvudsak två typfall. I det första fallet äger kommunen marken utan att den blivande köparen, exploitören, medverkar vid upprättandet av detaljplanen. I det andra fallet medverkar exploitören aktivt vid framtagandet av detaljplanen.

Ett sätt för kommunen att arbeta i det första fallet är därför att upprätta en flexibel detaljplan, dvs. en plan som anger relativt grova ramar för hur marken ska användas och där detaljprövningen sker i samband med en bygglovsansökan.

Vem som ska få tillgång till marken har vanligen brukat bestämmas antingen via en s.k. direktanvisning – efter att ha jämfört olika byggherrars förslag – eller efter en s.k. markanvisningstävling mellan olika deltagande byggherrar. Därefter regleras genom OPS i ett markanvisningsavtal de förutsättningar som ska gälla vid överlåtelsen, t.ex. vilken mark som ska överlätas på exploitören, vilka områden som ska upplätas för gemensamhetsanläggningar, vägar och ledningar och så vidare samt eventuell mark som ska utgöra allmänna platser och som därför ska förbli i kommunens ägo. Vidare reglerar avtalet pris vid markförvärvet och andra ekonomiska frågor, utformning av anläggningen samt utförandet av olika åtgärder för gemenskapsanläggningar med mera.

I det andra fallet samarbetar kommunen och en exploitör redan från början med att arbeta fram förutsättningarna för en marköverlåtelse och att ta fram en detaljplan för det av kommunen ägda området. Ett sådant förfarande har alltså den egenheten att kommunens samarbetspartner utses innan arbetet med detaljplanen startar, varpå markanvisningsavtalet med alla detaljer ingås. När detaljplanearbetet är färdigt ingås därefter det slutliga marköverlåtelseavtalet mellan parterna. Mot bakgrund av undersökningen inställer sig därmed två centrala frågor; har den aktuelle exploitören valts ut att samarbeta med kommunen på ett konkurrensneutralt sätt och hur fastställs försäljningspriset på ett marknadsmässigt sätt.

³⁸ Se Madell, Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeavtal, 2005, s. 225–254.

Ur ett kommunalrättsligt perspektiv ska försäljningar av kommunal egendom göras till marknadspris. Praxis visar dock att om kommunen väljer att frångå reglerna är det svårt – för att inte säga nästan omöjligt – att få till stånd en rättelse genom de kommunalrättsliga reglerna om laglighetsprövning om överlåtelsen verkställts. Eftersom sådana överlåtelser många gånger även står i strid mot statsstödsreglerna blir effekten att överlåtelsen som sådan förblir gällande, men att det företag som förvärvat marken till underpris blir skyldig att betala tillbaka det otillåtna stödet, dvs. skillnaden mellan den köpeskilling som erlagts och det faktiska marknadspriset. Som framgår av kapitel 4 ska marknadspriset alltid fastställas genom ett villkorslöst anbudsförfarande eller genom en oberoende expertvärdering enligt Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

Genomförandeavtal innehåller ofta moment av såväl fastighetsöverlåtelser som de särskilda villkor som ska gälla för markexploateringen. I de delar OPS innebär dels att exploatören ska uppföra anläggningar som kommunen utfäster sig att hyra, dels att exploatören ska anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar är de – som framgår av kapitel 5 – enligt såväl inhemsk som EU-rättslig praxis att betrakta som tilldelning av offentliga byggtreprenadkontrakt eller byggkoncessioner som ska upphandlas enligt LOU, oavsett om kommunen först överlätit fastigheten eller inte. Har avtalet medfört att exploatören ekonomiskt sett gynnats i förhållande till konkurrenterna kan statsstödsreglerna aktualiseras även i dessa fall.

8 Några nordiska jämförelser

8.1 Danmark

8.1.1 *Generella bestämmelser om offentligt stöd*

Av kapitel 3 a 11 a § den danska konkurrenanceloven, lovbekendtgørelse nr 1027 af 21/08/2007 (med senare ändringar), följer att Konkurrenserådet kan begära att otillåtna statsstöd ska upphöra eller betalas tillbaka för de fall att de snedvrider konkurrensen eller står i strid med offentliga regleringar. Beslut om upphörande och återgång ska därefter beslutas av den för den aktuella verksamheten ansvariga ministern.

8.1.2 *Bestämmelser rörande avyttring av fast egendom*

I Danmark finns bestämmelser rörande såväl statens som kommunernas avyttring av fast egendom. För statens vidkommande finns ett cirkulär (Cirkulære 2002-12-13 nr. 158), medan det för kommunernas vidkommande dels finns en bestämmelse i lov om kommunernes styrelse, lovbekendtgørelse nr. 581 af 24/06/2009, dels finns en förordning, bekendtgørelse 1991-06-20 nr. 472,¹ till vilken det även är kopplat en allmän vägledning (vejledning 2004-06-28 nr. 60).

I likhet med Sverige gäller även i Danmark som kommunalrättsliga grundprinciper dels att kommunen ska handha ekonomiska medel på ett försvarbart sätt, dels ett allmänt förbud för kommunen att utan särskilt lagstöd gynna enskilda medborgare eller företag. Fast egendom ska därför uttryckligen som huvudregel också säljas till det högsta värde som kan uppnås – marknadsvärdet.

Av 68 § lov om kommunernes styrelse följer att ”[s]alg af kommunens faste ejendomme må ikke ske uden forudgående offentligt udbud. Indenrigs- og sundhedsministeren kan fastsætte regler om fremgangsmåden ved offentligt udbud samt regler om, at visse salg kan ske uden offentligt udbud.

Stk. 2. Reglerne i stk. 1 gælder ikke ved salg af fast ejendom til gennemførelse af offentligt støttet byggeri i henhold til lov om almene boliger samt støttede private andelsboliger m.v. og lov om støttede private ungdomsboliger.”

¹ Se <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=52110>.

Bekendtgørelsen slår i 1 § på motsvarande sätt fast att överlåtelse av kommunens fasta egendom, om inte något annat uttryckligen följer av lag, endast får ske genom en offentlig försäljning. Försäljningen ska enligt 3 § annonseras. Av bestämmelsen följer även att försäljningen kan ske till ett fastställt pris, förutsatt att detta utgör marknadspris. Skulle flera anbudsgivare ha lämnat in identiska högsta bud står det kommunen fritt att välja ett av dem, alternativt att genom lottdragning avgöra vem som ska få förvärva marken, om det inte framkommer att någon av anbudsgivarna är beredd att höja sitt anbud.

Kommunen kan dock undantagsvis sälja till ett lägre pris om det skulle krävas för att tillvarata ett lagstadgat kommunalt intresse. Av 6 § 2 st. bekendtgørelsen följer att en försäljning kan göras till en anbudsgivare som inte har det högsta anbudet för det fall att det krävs för att kunna tillgodose ett sakligt grundat kommunalt intresse. Även här är det emellertid av stor vikt att de potentiella köparna behandlas på ett likvärdigt sätt och att kommunen är tydlig med vilka kriterier som ska väga tyngst vid värderingen av olika anbud, om inte dessa uttryckligen följer av lag.

Av 1 § cirkuläret framgår att huvudregeln är att även försäljning av statligt ägd fast egendom ska ske till marknadspris och att man vid försäljningen ska försäkra sig om att försäljningen inte innebär ett otillåtet statsstöd mot bakgrund av de principer som följer av Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

8.1.3 Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal

I Danmark talar man i *lov om planlægning (planloven)* 2007-06-21 nr. 813² om *byomdannelseområder*.³ Begreppet omfattar äldre industri- och hamnområden och så vidare som kan omvandlas till bostadsområden. En sådan omvandling har dock i praktiken många gånger visat sig vara problematisk, eftersom det ofta råder komplexa äganderättsförhållanden i dessa områden och att områdena också ofta består av en blandning av nedlagda och pågående verksamheter. Därtill kommer olika kommunalpolitiska intressen och hänsyn av intresse för det aktuella området, bland annat fördelningen av kostnader mellan kommunen och dess privata motparter rörande social och teknisk infrastruktur i samband med exempelvis byggande av bostäder,

² Se <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=13152>.

³ Se även Kalbro, Thomas, *Finansiering infrastruktur; Svenska exploateringsavtal i jämförelse med Danmark, Finland, Nederländerna, Norge, Storbritannien, Tyskland och USA*, 2009, s. 23 ff.

men även olika typer av ekonomiskt stöd till de privata parterna. I detta ligger givetvis kommunens möjligheter att agera inom ramen för sina dubbla roller som förvaltningsmyndighet och som offentligrättslig association med samma typ av rättskapacitet och rättshandlingsförmåga som andra juridiska personer.⁴

I undantagsfall kan också en försäljning av kommunal mark till ett värde som understiger marknadsvärdet vara tillåten, förutsatt att kommunen kan visa att den ”rabatt” som tillkommer köparen i förhållande till marknadspriset motsvaras av ett mervärde av kommunalt intresse av motsvarande storlek, exempelvis om köparen förbinder sig att uppföra en viss typ av byggnad. En bedömning av en sådan försäljning kräver ett visst inslag av pragmatism, men det torde vara ställt utom tvivel att ”det kommunala intresset” i sig aldrig utgör ett *carte blanche* för den här typen av transaktioner. Som huvudregel ska också en fastighetsförsäljning göras i enlighet med det förfarande som följer av reglerna om offentlig upphandling. Ett undantag gäller dock för bolag som bildats för att ombilda industriområden till bostadsområden. För att enskilda aktörer ska ha ett intresse i att ingå som delägare i ett sådant *joint venture*-bolag, ett så kallat *byomdannesselskab*, tillsammans med en kommun med stöd av lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber 2006-06-08 nr. 548⁵ har det ansetts att dessa bolag måste vara undantagna från kravet att tillämpa upphandlingsreglerna vid fastighetsöverlåtelser.⁶

Den danska Klagenævnet for Udbud har i ett fall bedömt en kommunal marköverlåtelse som i realiteten innebar en exploatering för det allmännas räkning. Frågan var uppe till prövning vid två tillfällen, den 29 januari respektive slutligt avgörande den 18 juli 2002. Ärendet – som påminner om det ovan berörda Eskilstunafallet – rörde frågan om uppförandet av byggnader på Farum Park (stadion) och Farum Arena (sporthall) skulle ha upphandlats i enlighet med Byggdirektivet (93/37/EEG).

Såväl Farum Park som Farum Arena ägdes av Farum kommun, men såldes som led i ett så kallat *sale and lease back*-arrangemang till Finansieringsinstituttet for Industri og Håndværk A/S (FIH). I fråga om Farum Park sålde kommunen den till FIH i februari 1999 efter att FIH och en entreprenör erbjudit sig att förvärva egendomen samt att utföra de aktuella byggnatio-

⁴ Se närmare Tophøj Sørensen, Offentlige-private partnerskaber og byomdannelse, 2007, s. 269 ff.

⁵ Se <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=27322>.

⁶ Se Tophøj Sørensen, Offentlige-private partnerskaber og byomdannelse, 2007, s. 275 f. och s. 284.

nera. Arrangemanget gick i huvudsak ut på att parterna samtidigt slöt ett hyresavtal, där kommunen skulle hyra anläggningen under 20 år för att därefter kunna köpa tillbaka anläggningen om den så önskade. Hyran motsvarade FIH:s ränta för ett lån med en avskrivningstid på 20 år. Kommunen hyrde därefter ut anläggningen till Farum Boldklub A/S.

När det gällde Farum Arena sålde kommunen i januari 2000 en fastighet till FIH. Syftet med försäljningen var att FIH skulle uppföra en sporthall på fastigheten och att kommunen därefter skulle hyra anläggningen. Upplägget var i princip det samma som vad gällde Farum Park, det vill säga det rörde sig även här om ett *sale and lease back*-arrangemang.

I avgörandet från den 29 januari 2002 fastslog Klagenævnet for Udbud att de arbeten som utfördes av exploatören (FIH) skulle ha upphandlats i enlighet med Byggdirektivet (93/37/EEG) och att Farums kommun överträtt regelverket. I avgörandet från den 18 juli 2002 slog Klagenævnet fast – mot bakgrund av bland annat utgången i C-237/99, *Kommissionen mot Frankrike*, och C-399/98, *La Scala* – att Farum kommune överträtt Byggdirektivet som en följd av att kommunen vid ingåendet av de aktuella *sale and lease back*-arrangemangen med motparten eller vid sina efterföljande godkännanden av byggprojekten vare sig försäkrade sig om att byggtreprenaderna bjöds ut i enlighet med upphandlingsdirektivet eller såg till att kommunen i egenskap av byggherre själv kunnat tillämpa upphandlingsreglerna.

8.1.4 Danska exempel på OPS-projekt

I Danmark finns flera exempel på områden där man använt sig av olika varianter av OPS, t.ex. skolor,⁷ vägar,⁸ särskilda boenden,⁹ samt vid bildandet av s.k. byomdannelsesselskab.¹⁰

I Danmark utarbetade Erhvervs- og Byggestyrelsen redan 2004 ett standardavtal rörande OPS, Offentlig Privat Partnerskab-basiskontrakt.¹¹ Avtalet är i första hand tänkt att fungera som en ram och som en inspirationskälla för hur arbetet ska gå till och vad de parter som har för avsikt att ingå i en OPS bör beakta. Vidare bygger avtalet på att samarbetet preciseras i bilagor som ska upprättas, t.ex. avseende de juridiska villkoren, sanktioner vid bristande

⁷ Se Lopdrup & Staun, OPP i praksis: En ny skole i Vildbjerg, 2006, s. 76–101.

⁸ Se Ahmt & Petersen, Motorvejen til Sønderborg, 2006, s. 102–125.

⁹ Se Grønbjerg, Palleesen & Weisser Øhlenschläger, Handicapboliger og daginstitution i Græsted: samlet udbud af anlæg og drift, 2006, s. 142–164.

¹⁰ Se Uldall, Offentlig-privat samarbejde i byomdannelse, 2006, s. 165–181.

¹¹ Erhvervs- og Boligstyrelsen, Offentlig Privat Partnerskab, Basiskontrakt, April 2004. Se http://www.ebst.dk/file/1411/basiskontrakt_opp.pdf.

uppfyllelse samt prisförhållanden osv. Standardavtalet riktar sig i huvudsak mot byggprojekt och har därför endast ett begränsat användningsområde för andra typer av OPS, t.ex. infrastrukturprojekt osv. Det tar vidare i första hand sikte på själva byggfasen och behandlar i mera begränsad omfattning själva driften av anläggningen.¹²

Den privata partnern i en OPS kommer så gott som alltid att utgöras av ett aktiebolag som tillkommit enbart för att utföra det aktuella projektet. Vid en upphandling av ett projekt i form av en OPS lämnas anbud vanligtvis av ett konsortium med representanter för de mest centrala inslagen i projektet, t.ex. byggtreprenör, finansiella parter och parter som kommer att stå för drift och underhåll. Dessa parter kommer sedan att utgöra aktieägare i OPS-aktiebolaget. Internationellt sett är det vanligt att en finansiellt stark investerare äger huvuddelen av aktierna. Det här får också som följd att den upphandlande myndigheten inte kommer att ha en direkt avtalsrelation med entreprenören eller leverantören av drift och underhåll. Den offentliga parten har tilldelat uppdraget och tecknat avtal med det aktuella konsortiet, alternativt OPS-aktiebolaget, som i sin tur sluter avtal med en totalentreprenör, sluter avtal om drift och underhåll med den part som ska utföra själva servicen, sluter avtal med den finansiella parten eller långgivaren samt sluter avtal med tekniska och juridiska rådgivare.¹³

En annan variant på partnerskap som används i Danmark är s.k. partnering. ”Grundideen bag partnering er at inddrage projektets partner/partnere på et tidligt tidspunkt med en aftale om i fællesskab at udvikle et godt projekt inden for en given økonomisk ramme. I partnering inddrages såvel bløde elementer såsom workshoper, brugerinddragelse og bløde succeskriterier som mere hårde elementer, fx targetpris med tilknyttede økonomiske incitament, open-book-kalkulationer og – de sædvanlige – pris, tid og kvalitet. Erfaringerne fra partnering er gode, og det kunne være relevant og interessant at forene det bedste fra partnering og OPP i et projekt.”¹⁴

I Danmark infördes möjligheterna att använda förfarandet konkurrenspräglad dialog den 1 januari 2005.¹⁵ Redan innan utgången av 2006 hade tolv upphandlingsförfaranden med konkurrenspräglad dialog initierats, däribland ett rörande en OPS i samband med byggandet av en ny skola i Trehøje

¹² Se även Korsager, Udbuddet og kontrakten, 2006, s. 208 ff.

¹³ Se Korsager, Udbuddet og kontrakten, 2006, s. 213 ff.

¹⁴ Korsager, Udbuddet og kontrakten, 2006, s. 210 f.

¹⁵ Se även http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=2203 samt <http://www.udbudsportalen.dk/Cases/Erfaringsartikler/Erfaringer-med-udbudsformen-konkurren-cepraget-dialog/>

kommune. Skolan skulle finansieras, byggas, ägas och underhållas av leverantören under en avtalsperiod på 30 år, medan kommunen årligen skulle erlägga ett årligt vederlag för möjligheten att nyttja skolbyggnaderna. Tolv konsortier ansökte om att delta i dialogen varefter slutligen fem valdes ut.¹⁶ Som ett annat exempel kan nämnas att Odense kommun valde att använda en konkurrenspräglad dialog vid uppförandet av ett musik- och teaterhus. Även det här projektet var organiserat som en OPS, där leverantören även till viss del skulle ansvara för verksamheten. Avslutningsvis kan nämnas att man i Århus använde en konkurrenspräglad dialog vid ombyggnaden av Danmarks största sjukhus. I upphandlingen ingick bl.a. byggstyrning, arkitektur, inredning, riskhantering, vägnät, logistik, arbetsgång och sjukhusteknologi.¹⁷ Det danska *Klagenævnet for Udbud* har vid ett par tillfällen prövat om den upphandlande myndigheten haft fog för att använda förfarandet konkurrenspräglad dialog, inget av fallen rörde dock markexploatering eller byggtreprenader.¹⁸

8.2 Norge

8.2.1 Vägledning rörande avyttring av fast egendom

Inte heller i Norge omfattar reglerna om offentlig upphandling köp eller försäljning av fast egendom, men även Norge omfattas enligt EES-avtalet av statsstödsreglerna¹⁹ och för att minska risken för att reglerna åsidosätts har den norska staten utfärdat en instruktion rörande avyttring av statligt ägd egendom, den s.k. *Avhendingsinstruksen*,²⁰ i de fall en viss överlåtelse inte regleras av lag.

Av instruktionen framgår inledningsvis att all försäljning av offentlig egendom bör ske i enlighet med vad som följer av EUF-fördragets regler om otillåtna statsstöd. Av instruktionens avsnitt 2.1 följer att fast egendom som överläts till enskilda ska säljas till marknadspris om inte annat bestämts av *Stortinget*. Det står dock enligt avsnitt 3 klart att en försäljning ska göras på

¹⁶ Se Lopdrup & Staun, OPP i praksis: En ny skole i Vildbjerg, 2006, s. 76–101.

¹⁷ Se även Gunnehill, Konkurrenspräglad dialog – hämmande eller konkurrensfrämjande?, 2007, s. 843–846

¹⁸ Se närmare Steinicke, Anvendelsen af konkurrencepræget dialog i forbindelse med udbud af bygge- og anlægsopgaver, 2009, 289–300.

¹⁹ Se <http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/stotteveilederen.pdf> för en utförlig tolkning av statsstödsreglernas närmare innebörd.

²⁰ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/Lover-og-regler/retningslinjer/1997/Avhendingsinstruksen.html?id=272394>.

det sätt som medför det mest fördelaktiga resultatet för staten, oavsett försäljningen sker i egen regi eller om den ombesörjs av en fastighetsmäklare. Huvudregel är att avyttringen ska ske till högstbjudande genom en offentlig budgivning. Av avsnitt 4 framgår att regeln endast kan frångås om det skulle vara ekonomiskt mer fördelaktigt att avyttra egendomen till någon annan än den som avgett det högsta budet och att köpehandlingarna bör innehålla alla de eventuella villkor som kan gälla för överlåtelsen av fastigheten.

8.2.2 Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandavtal

I kap. XI-A den norska *plan- och bygningsloven* (lov 14 juni 1985 nr. 77) finns sedan den 1 juli 2006 bestämmelser om genomförandavtal, s.k. *utbyggingsavtaler*.²¹ Av definitionen i § 64 följer att med en *utbyggingsavtale* avses ett avtal mellan kommunen och en fastighetsägare eller en exploatör om exploatering av ett område, som bygger på den kommunala planlagstiftningen och som gäller genomförandet av en kommunal detaljplan. Som förutsättning för att kunna använda *utbyggingsavtaler* gäller enligt § 64a att det måste finnas stöd i kommunala beslut som anger i vilka situationer ett sådant avtal är en förutsättning för en utbyggnad och som synliggör kommunens krav och förväntningar på en exploatering av området.²²

Saknas ett beslut om att ett *utbyggingsavtal* utgör en förutsättning för exploateringen av ett visst område får heller inget avtal slutas med någon exploatör. Sådana beslut måste dessutom uttryckligen fattas av *kommunestyret* och får därför inte delegeras. Skälet är att alla förutsättningar ska vara kända för berörda markägare och potentiella exploatörer genom att de ska vara politiskt slutbehandlade och att beslutet dessutom ska kunna bli föremål för en laglighetsprövning. Däremot kan slutandet av själva genomförandevalet delegeras – antingen till andra kommunala organ eller till andra myndigheter som är medaktörer inom plan- och byggnadsområdet. Det centrala är alltså att det finns en förutsebarhet vad gäller förutsättningarna för ett genomförandavtal, samtidigt som det i motiven understryks att ett sådant beslut inte begränsar kommunens möjligheter att inom ramen för sitt lagstadgade planmonopol fatta nya beslut rörande området.²³

²¹ Kapitlet infördes genom lov 27 mai 2005 nr. 30.

²² Se även Kalbro, Thomas, Finansiering infrastruktur; Svenska exploateringsavtal i jämförelse med Danmark, Finland, Nederländerna, Norge, Storbritannien, Tyskland och USA, 2009, s. 37 ff.

²³ Se närmare Ot.prp. nr. 22 (2004-2005), Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler), s. 62–71, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/regpubl/otprp/>

Vidare stadgas vad gäller avtalsinnehållet i § 64 b bl.a. att ett *utbyggingsavtal* kan avse förhållanden som kommunen reglerat i ”*kommuneplan, reguleringsplan eller bebyggelsesplan*”, det vill säga de olika typer av ”planer” som följer av kommunens planmonopol enligt plan- och bygglagstiftningen. Därutöver kan avtalet också reglera att markägaren eller exploatören helt eller delvis ska bekosta anläggningar som är nödvändiga för att kunna genomföra ett detaljplanebeslut. Sådana åligganden måste dock vara rimliga i förhållande till genomförandets art och omfattning samt i förhållande till kommunens bidrag till genomförandet av den aktuella planen och skyldigheter enligt avtalet. De kostnader som belastar exploatören måste alltså stå i proportion till den belastning exploateringen leder till för kommunen. De förutsättningar för exploateringen som slagits fast i respektive plan med stöd i det offentlighetsrättsliga regelverket sätter också gränserna för vilka prestationer kommunen genom genomförandeavtalet kan kräva av en motpart. De införda bestämmelserna har alltså medfört en uttrycklig begränsning av de krav som kan ställas på motparten.

Vad gäller ärendehandläggning och offentlighet följer av § 64 c att kommunen ska kungöra att den önskar påbörja förhandlingar om ett *utbyggingsavtal*. I vissa fall ska även ett färdigt avtalsförslag som arbetats fram med stöd av § 64 b 2 och 3 st. läggas fram för offentlig granskning under 30 dagar. Kommunen kan dock inte med bindande verkan ingå ett *utbyggingsavtal* så länge det inte finns en antagen plan för området.

Som nämns ovan måste förutsättningarna för att sluta ett genomförandeavtal först slås fast genom ett kommunalt beslut som kan bli föremål för en laglighetsprövning. Av § 64 d följer därmed också att *utbyggingsavtal* som sådana inte kan överklagas. Av intresse är dock att bestämmelsen sträcker sig längre än så; inte ens motparten ges någon rätt att inleda någon process mot kommunen med anledning av avtalet. För norskt vidkommande anförs att det förvisso råder oklarhet i frågan om i vilken utsträckning *utbyggingsavtal* i själva verket är en byggtreprenad som mot bakgrund av mål C-399/98, *La Scala*, ska bli föremål för ett offentligt upphandlingsförfarande, men att kommunerna för att vara på den säkra sidan kan använda sig av de regler som gäller för offentlig upphandling.²⁴

Norge förfaller ha använt sig av genomförandeavtal i en än större omfattning än vad som varit fallet i Danmark och Sverige. Skillnaden mellan Norge

20042005/Otrp-nr-22-2004-2005-.html?id=394611.

²⁴ Se Forsynings- och administrationsdepartementet, Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2006, s. 27 ff.

och dess grannländer hänger samman med rollfördelningen mellan kommunerna och den privata sektorn, där den privata sektorn av tradition förefaller ha spelat en mer framträdande roll i förhållande till framtagandet av detaljplaner m.m. Det har för norskt vidkommande rentav anförts att "[u]nder hänvisning til frivillighet i avtaleinngåelsen og såkalte 'vinn-vinn-situasjoner', har det blitt akseptert at avtalene kan gå lenger i å 'pålegge' utbyggere/grunneiere forpliktelser enn det som følger av lov, eller av den forvaltningsrettslige læren om vilkår. Denne læren tilsier at det kan stilles vilkår til begunstigende offentlige vedtak så lenge vilkårene ikke er urimelig tyngende eller mangler saklig sammenheng med vedtaket. Vilråene må heller ikke medføre misbruk av forvaltningsmyndighet, for eksempel ved usaklig forskjellsbehandling."²⁵ Genomförandeavtalen har ingåtts med stöd av de krav som följer av plan- och bygningsloven, men till följd av att även kommunerna bidragit med prestationer har de motprestationer som kommunen krävt av motparten vanligtvis inte uppfattats som oskäligen i förhållande till 36 § i den norska avtalslagen.²⁶ För att ändå motverka att en kommun till följd av planmonopolet skulle kunna ställa alltför långtgående krav på en motpart valde man trots detta att införa regler om förutsättningarna för att sluta genomförandeavtal i plan- och bygglagstiftningen.

8.2.3 *Norska exempel på OPS-projekt*

Som ett norskt exempel på OPS avseende infrastruktur kan nämnas de tre provprojekt inom vägsektorn som Stortinget beslutade att genomföra under 2001, nämligen utbyggnaden av sträckorna E39 Klett–Bårdshaug, E39 Lyngdal–Flekkefjord samt E18 Grimstad–Kristiansand. Privata intressenter skulle här ansvara för finansiering, utbyggnad, drift och underhåll av en vägsträcka som efter en tid skulle tillfalla staten. Erfarenheterna visade sig vid en utvärdering i huvudsak vara bra, även om byggkostnaden som sådan inte blev lägre än vad som skulle ha blivit fallet vid en byggentreprenad. Som den största fördelen med projekten nämns den flexibilitet som frikopplingen från den offentliga budgeten medförde, medan vägtullar framhålls som en samhällsekonomiskt ofördelaktig lösning.²⁷

²⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005), Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler), s. 14, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/regpubl/otprp/20042005/Otprp-nr-22-2004-2005-.html?id=394611>.

²⁶ *Lov 31 mai. Nr. 4 1918 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer, endret ved lov 4 mars 1983 nr. 4.*

²⁷ Se närmare Eriksen m.fl., *Evaluering av OPS i vegsektoren*, 2007.

Som ett kommunalt exempel på OPS kan nämnas Høybråten skole.²⁸ I samband med att skolan stod inför ett omfattande och genomgripande renoveringsbehov fattade Oslo *bystyre* beslut om att om- och utbyggnaden av skolan skulle genomföras som ett OPS-projekt. Ett kontrakt avseende bl.a. försäljning av skolbyggnaderna, arrendeavtal, projektfinansiering, renovering av befintliga byggnader samt uppförande av nya, drift och underhåll, olika tilläggstjänster – bl.a. i form av tillhandahållande av vissa varor – och återgång av arrendeavtalet tilldelades en samarbetspartner efter en upphandling med förhandlat förfarande.

Parterna bestod av SG Finans AS i egenskap av förvärvare av de byggnader som utgör skolan. SG Finans AS engagerade i sin tur Skanska Norge AS för att genomföra byggprojektet samt att under avtalsperioden ansvara för drift och underhåll. Säljare och enligt avtalet sedermera hyresgäst är Undervisningsbygg Oslo KF, ett kommunalt bolag som ägs av Oslo kommun, vilket också arrenderar ut den fastighet där skolan är belägen till Høybråten Eiendomsselskap ANS – ett av SG Finans AS helägt bolag. Under avtalstiden – dvs. byggtiden plus 24 år – disponerar Undervisningsbygg skollokalerna 24 timmar per dygn och efter avtalstiden slut ska – förutsatt att hyresgästen säger upp avtalet med sex månaders varsel – skolbyggnaderna överlåtas till Undervisningsbygg till ett belopp motsvarande sista årshyran.

Vad gäller avtalet bör framhållas att det består av flera olika moment och avtal vilka sammantaget utgör själva avtalet om OPS. Till saken hör också att alla separata avtal var kopplade till varandra, vilket gjorde att alla var tvungna att skrivas under för att avtalsbundenhet skulle uppkomma. Således ingår även överlåtelsen av skolbyggnaderna i upphandlingen, även om försäljningen som sådan faller utanför upphandlingsreglerna. Själva hyran av skollokalerna medför sedan att OPS-projektet ses som ett tjänstekontrakt, medan de varor som tillhandahålls gör att det i vissa delar är fråga om ett varukontrakt. Frågan är då om det inte också ingår moment i avtalet som gör att det enligt direktivets definition också kan bli fråga om en byggentreprenad – det är ju trots allt fråga om omfattande renovering av befintliga byggnader och uppförande av nya byggnader som ska utföras av den privata parten. Det får mot bakgrund av mål C-399/98, *La Scala*, tveklöst anses vara fråga om en byggentreprenad;²⁹ även om det är SG Finans AS som slutit avtalet med Skanska Norge AS så är det Undervisningsbygg Oslo KF som

²⁸ Redogörelsen för OPS-projektet Høybråten skole bygger i sin helhet på Lindseth, Offentlig privat samarbeid – i lys av «OPS-avtalene for Høybråten skole», 2009.

²⁹ Se mål C-44/96, *Mannesmann Anlagenbaus Austria*, p. 42 ff.

måste anses vara uppdragsgivare.³⁰ I det aktuella fallet överlät också Undervisningsbygg ansvaret för att byggtreprenaden genomfördes på ett korrekt sätt till SG Finans – det anförda skulle alltså kunna tyda på att det är fråga om en byggtreprenad snarare än ett tjänstekontrakt.

Samtidigt går det inte att komma från att upplägg av den här karaktären i realiteten innebär att det är fråga om en *sale and lease back*-affär.³¹ En anknytande fråga blir då också om den hyra som Undervisningsbygg ska erlagga i praktiken innebär finansiering av de bygg- och anläggningsarbeten som utförs på fastigheten. I det aktuella avtalet är hyran tudelad och utgörs av dels en finansieringsdel, dels en del som är kopplad till drift och underhåll. Finansieringsdelen baseras på de samlade projektkostnaderna, SG Finans' kostnader för förvärvet av de befintliga byggnaderna samt räntor. Slutsatserna blir att SG Finans täcker alla kostnader för köp och byggtreprenaden, medan Undervisningsbygg kommer att täcka dessa kostnader plus ränta under avtalsperioden, dvs. i realiteten betala av kostnaderna för renovering, byggtreprenad samt drift- och underhållskostnader under den tidsperiod – 24 år efter färdigställandet – som avtalet löper. Det är därför uppenbart att det även är fråga om en finansiell tjänst, jfr 2 kap. 18 § LOU samt bilaga 2, Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster), kategori 6 b).

Den centrala frågan ur ett upphandlingsperspektiv blir att avgöra vad som utgör den huvudsakliga innebörden i avtalet för på så sätt kunna bestämma om det blir fråga om en upphandling av ett tjänstekontrakt, en byggtreprenad eller ett varukontrakt. Av den rubricering som i det aktuella fallet satts på OPS-projektet – *Leiekontrakt* – framgår att den huvudsakliga förpliktelsen åtminstone av den upphandlande myndigheten anses vara själva nyttjandet av skolbyggnaderna. Av EU-rättslig praxis följer emellertid att när ett kontrakt innehåller såväl delar som rör offentliga byggtreprenadkon-

³⁰ Se bl.a. mål C-220/05, *Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne*, p. 36, och de praxis hänvisningar som görs.

³¹ Se även Lindquist, *Kommunala befogenheter*, 2005, s. 155 f., som för svenskt vidkommande framhåller att det som ett led i *sale and lease back*-affärer vid försäljning av fastigheter varit osäkert om kommunens hantering av fastigheten utgjort en pantsättning, vilken enligt 8 kap. 13 § kommunallagen är otillåten, eller en villkorad försäljning, vilken är ogiltig enligt JB:s regler om fastighetsköp. I SOU 1991:81 fann utredaren att kommunala *sale and lease back*-affärer utan tvekan stred mot det kommunala pantsättningsförbudet i de fall affären utgör en säkerhetsöverlåtelse. Se a.a. s. 222 och s. 228. Även vid en *sale and lease back*-affär med köpoption på fast egendom anses ett kompetensrättsligt hinder föreligga för kommunen. Se a.a. 218. Det bör även påminnas om att det kommunala pantsättningsförbud som gäller enligt 8 kap. 13 § kommunallagen, i avsevärd omfattning förlorat sin betydelse i takt med att kommuner och landsting överfört egendom till kommunala bolag. Pantsättningsförbudet gäller därmed endast för de kommunägda aktierna, inte bolagens egendom.

trakt, som delar som rör andra slags offentliga kontrakt, ska det huvudsakliga föremålet för kontraktet ligga till grund för klassificeringen av vilken typ av kontrakt det är fråga om. Fastställande ska därför ske med beaktande av de huvudprestationer som överväger och som, som sådana, är karakteristiska för kontraktet i motsats till de prestationer som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär och som är obligatoriska på grund av kontraktets själva ändamål. I detta avseende är de olika prestationernas respektive värde endast ett kriterium av flera som ska beaktas vid fastställandet.³²

En bedömning av vad som utgör den huvudsakliga förpliktelsen måste givetvis göras i varje enskilt fall, men såväl i fallet med Høybråten skole som i det ovan anförda Eskilstunafallet torde den huvudsakliga och nödvändiga förutsättningen för det framtida hyreskontraktet vara att anläggningarna faktiskt uppförs, samtidigt som kostnaderna för renovering och nybyggnationer blir styrande för den hyra som kommunen kommer att erlægga. Det mesta torde enligt vår mening tyda på att den huvudsakliga förpliktelsen är att kategorisera som en byggtreprenad.³³ Oavsett om man väljer att klassificera upphandlingen som en byggtreprenad eller ett tjänstekontrakt, eller i vissa fall möjligen en byggkoncession, är det ett odiskutabelt faktum att den här typen av avtal – i Sverige ofta kallade exploateringsavtal – utgör en OPS som ska upphandlas.

I Norge är den konkurrenspräglade dialogen genom forskrift om offentliga anskaffelser 2006-04-07 Nr 402 införd sedan den 1 januari 2007.³⁴ Det är dock oklart i vilken omfattning den använts.³⁵ Frågor rörande förfarandets efterlevnad har dock prövas i *Klagenemnda for offentlige anskaffelser*, KOFA, vid ett tillfälle. I ett fall rörande inköp av ett elektroniskt medlemsregister fann Klagenemnda att den upphandlande myndigheten överträtt bestämmelserna då prisförhandlingar hade hållits efter det att dialogfasen var avslutad och leverantörerna lämnat in sina slutliga anbud, KOFA avgörande nr 2008/98.³⁶

³² Se bl.a. mål C-331/92, *Gestion Hotelera*, p. 29, mål C-220/05, *Jean Auroux m.fl.*, p. 37, samt mål C-412/04, *Kommissionen mot Italien*, p. 47–49.

³³ Vilket också är den slutsats som konstateras i Lindseth, *Offentlig privat samarbeid – i lys av «OPS-avtalene for Høybråten skole»*, 2009, s. 132.

³⁴ Se även Forsynings- og Administrationsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2006, s. 178–183.

³⁵ Den har dock använts i något fall, se t.ex. http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=2372.

³⁶ Se <http://www.kofa.no>.

8.3 Finland

8.3.1 Bestämmelser rörande avyttring av fast egendom

I Finland saknas uttryckliga bestämmelser om offentliga överlåtelser av fast egendom. Finlands kommunförbund har emellertid angett riktlinjer för kommunernas företagsstöd och markpolitik.³⁷ Kommunens markanskaffning och tomtöverlåtelse har traditionellt betraktats ur både bostads- och näringspolitiskt perspektiv, men det konstateras i riktlinjerna att för det fall en överlåtelse sker till ett företag (oavsett det är offentligt eller privat) bör frågan mot bakgrund av det EU-rättsliga regelverket även bedömas ur konkurrensrättsligt perspektiv. Främjandet av en sund konkurrens på den inre marknaden gör att markaffärer mellan kommuner och företag omfattas av EU:s reglering av statligt stöd. Riktlinjerna bygger därför också i stor utsträckning på Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

Även om Kommissionens meddelande tar sikte på överlåtelser av fast egendom finns ett intressant fall från Finland rörande överprissättning i samband med köp. Genom beslut i fallet C 37/2004 (ex NN 51/2004) förpliktade Kommissionen den 20 oktober 2005 finska staten att återkräva det statsstöd som *Componenta Abp* enligt Kommissionen olagligt beviljats av Högfors stad. Bakgrunden var att Högfors stad som ett led i en fastighetsinvesteringsaffär köpte hälften av aktierna i företaget *Karkkilan Keskustakiinteistö Oy*. Staden var sedan tidigare hälftenägare i företaget men köpte nu den andra hälften av aktierna av den andra delägaren *Componenta Abp*. Bolaget ägde bland annat markområden och köpesumman som uppgick till 2,4 miljoner euro bestod av aktier och lånearrangemang. Enligt Kommissionens beslut innebar köpesumman statsstöd som stred mot EU:s regler bl.a. i form av övervärdering av priset på markområdena. Stödet skulle därför i sin helhet inklusive räntor återkrävas av *Componenta Abp*. Företaget överklagade Kommissionens beslut till Tribunalen som gjorde en motsatt bedömning av frågan och ogiltigförklarade Kommissionens beslut.³⁸

Det finska kommunförbundet konstaterar att i situationer där en fastighetsaffär görs mellan kommunen och ett företag och företaget är verksamt på den internationella marknaden inom branschen uppfylls i allmänhet per automatik de tre första kriterierna för statligt stöd som anges i artikel 107.1 EUF-fördraget. Således bör kommunerna bedöma affären också med tanke

³⁷ Se http://www.kommunerna.net/k_perussivu.asp?path=255;264;66370;66399;118820.

³⁸ Se mål T-455/05, *Componenta mot Kommissionen*.

på reglerna för statsstöd då t.ex. detalj- och partihandeln, industriföretag, byggfirmor och fastighetsinvesteringsbolag är parter i affären. En viktig fråga vid bedömningen är då det fjärde kriteriet, det vill säga om affären riskerar snedvrída konkurrensen på den inre marknaden. Den springande punkten blir om försäljningsprocessen är öppen och om prissättningen vilar på en tillförlitlig grund.

Kommunförbundet konstaterar att de finska kommunerna enligt nuvarande praxis vanligtvis säljer planlagda affärs- och industritomter eller byggnader till företag genom ett direkt förhandlingsförfarande, vilket lämnar utrymme för tolkning av om priset är rätt och förfarandet är neutralt i förhållande till alla potentiella köpare. Mot bakgrund av såväl *Componenta* som det ovan anförda Årefallet konstateras att det kan finnas många oklara kommunala fastighetsaffärer i "gråzonen" för tillämpningen av statsstödsreglerna och att reglerna för att motverka osund konkurrens och för att stabilisera fastighetsmarknaden behöver bli tydligare, principerna för överlåtelse av handelsplatser klarare, prissättningen behöver bli transparent och processen mer öppen.

8.3.2 Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal

Genom den finska markanvändnings- och bygglagen (5.2.1999/132) infördes en lagbestämmelse om markanvändningsavtal.³⁹ Det anfördes dock i litteraturen att de införda bestämmelserna inte var tillräckliga, utan att gränserna för det rättsligt möjliga tydligare borde klargöras.⁴⁰ Genom lag (13.3.2003/222) infördes ett nytt kapitel med detaljerade regler om ersättning för kommunernas kostnader för samhällsbyggande i 12 a kap. markanvändnings- och bygglagen.⁴¹

I 91 a § regleras markägares skyldighet att delta i kostnaderna för samhällsbyggande. Bestämmelsen stadgar att de markägare inom ett område som detaljplaneras och som har "avsevärd nytta" av detaljplanen är skyldiga att delta i kommunens kostnader för samhällsbyggande i enlighet med bestämmelserna i kapitlet. Syftet är att sluta avtal om fördelningen av kostnaderna med markägaren. Dessa markanvändningsavtal regleras i 91 b §, där det stad-

³⁹ Se <http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1999/19990132?search%5Btype%5D=pika&search%5Bpika%5D=markanv%C3%A4ndnings>.

⁴⁰ Se Mäkinen, Markanvändningsavtal och planläggning, 2001, s. 54–71.

⁴¹ Se även Kalbro, Finansiering infrastruktur; Svenska exploateringsavtal i jämförelse med Danmark, Finland, Nederländerna, Norge, Storbritannien, Tyskland och USA, 2009, s. 25–30.

gas att även om parterna ingår ett markanvändningsavtal saknas möjlighet att med bindande verkan avtala om innehållet i kommunens detaljplaner, vilket skulle åsidosätta kommunernas kompetens att fatta beslut. Ett markanvändningsavtal kan således ingås med för parterna bindande verkan först när ett utkast eller förslag till plan offentliggjorts. Detta hindrar dock inte möjligheterna att sluta avtal om inledande av planläggning. Vidare stadgas att parterna genom markanvändningsavtal – utan hinder av bestämmelserna om utvecklingskostnadsersättning – även kan ingå mer utförliga överenskommelser om parternas inbördes rättigheter och skyldigheter. Information om markanvändningsavtal ska ges i samband med att en plan utarbetas. Slutligen betonas vikten av öppenhet i processen och intressenterna möjligheter att erhålla information.

Kommunernas rätt till utvecklingskostnadsersättning behandlas i 91 c §, där det framgår att om någon överenskommelse inte nåtts med markägaren kan kommunen från denne ta ut en sådan andel av de uppskattade kostnaderna som motsvarar den värdestegring som har uppstått på grund av de ändrade användningsmöjligheterna. Även andra markägare får påföras utvecklingskostnadsersättning om de anses ha haft sådan avsevärd nytta av detaljplanen.

Vidare anges vad som ska anses innefattas i kommunernas kostnader för samhällsbyggande i 91 d §. Som kostnader för samhällsbyggande räknas bl.a. anskaffnings-, planerings- och byggnadskostnader för gator, parker och andra allmänna områden markförvärvskostnader för uppförande av allmänna byggnader som i väsentlig utsträckning betjänar planområdet. Kostnaderna ska vara skäligen med tanke på områdets karaktär och förhållanden och kommunen ska sträva efter att senast inom tio år från det att beslutet om fastställande av kostnadsersättning har vunnit laga kraft vidta åtgärderna.

I 91 h § anges att innan utvecklingskostnadsersättning fastställts ska ett utlåtande om beslutsförslaget begäras av lantmäteribyrån och beslutsförslaget ska dessutom delges de markägare som förslaget gäller, vilka också har rätt att anföra invändningar mot förslaget inom 30 dagar. Av 91 k §, följer vidare att kommunen och markägaren kan komma överens om att utvecklingskostnadsersättningen i stället för vederlag i pengar helt eller delvis betalas i form av ett jordområde eller annan egendom.

Om kommunen ändrar detaljplanen eller tomtindelningen på ett sådant sätt att grunderna för utvecklingskostnadsersättningen väsentligen faller bort, ska kommunen enligt 91 m § besluta att inte ta ut någon utvecklingskostnadsersättning. Skulle ersättningen av en utvecklingskostnadsersättning framstå som oskälig på grund av en väsentlig ändring i grunderna för faststäl-

landet av den, kan kommunen enligt 91 n § helt eller delvis bevilja befrielse från betalning av den. Skulle grunderna för utvecklingskostnadsersättningen ha förändrats endast i ringa mån ska utvecklingskostnadsersättningen vid debiteringen enligt 91 o § rättas för att motsvara det förändrade läget.

Av 91 p § följer att kommunen ska föra en förteckning över utvecklingskostnadsersättningarna och sända in den tillsammans med en förteckning över fastigheterna till tingsrätten för anteckning i lagfarts- och inteckningsregistret.

I 14 kap. regleras frågor om kommunens skyldigheter att utge ersättning till följd av genomförandet av generalplaner och detaljplaner. Behöver en markägare inte avstå ett gatuområde utan att få ersättning i enlighet med 104 § eller behöver markägaren avstå ett betydligt mindre område, kan kommunen enligt 105 § bestämma att markägaren ska betala en skälig ersättning, s.k. ersättning för gatuområde, medan ersättning till följd av genomförande av detaljplaner regleras i 106 §.

Av 108 § följer att kommunen ska ersätta markägaren för byggnader, träd, planteringar och anläggningar på områden som övergår till kommunen. Om överföringen av ett område till kommunen utan ersättning vållar markägaren särskild skada och detta med hänsyn till omständigheterna kan anses oskäligt, ska kommunen ersätta skadan. Lagen är densamma om en rätt som hänför sig till området förfaller och detta vållar innehavaren av rätten skada. För förlust av en bygglats eller grustäkt betalas ersättning på det sätt som bestäms i inlösningslagen. Av 109 § följer också att ett slutet avtal om genomförande av en generalplan eller en detaljplan och om ersättning, binder detta fastighetens senare ägare.

8.3.3 Finska exempel på OPS-projekt

Som ett finskt exempel på OPS rörande infrastruktur kan nämnas motorvägsprojektet Helsingfors–Lahtis som genomfördes redan på 1990-talet och som anges vara det första projektet i Norden som baserar sig på ett livscykelperspektiv och principen om en hållbar utveckling.⁴² I stället för en traditionell entreprenad slöts 1997 ett omfattande serviceavtal i form av OPS som – utöver ett överlämnande av vägsträckan från det finska vägverket till vägöretaget *Tieyhiö Nelosie Oy* – reglerade planering, byggande och underhåll av den aktuella vägsträckan som officiellt invigdes 13 oktober 1999.

Projektet beställdes av det finska vägverket medan de privata investeringarna utgjordes av *Skanska Infrastructure Development AB* och *John Laing*

⁴² Se <http://www.nelostie.net/?id=26>.

Infrastructure Ltd, där *Skanska Infra Oy* stod som avtalspart. Genom att projektet utfördes i form av en OPS beräknas det ha kunna genomföras på omkring fem år snabbare tid än vid en traditionell entreprenad. Motorvägen var dessutom färdigställd nästan ett år före utsatt tid.⁴³

I upplägget ligger också ett nära samarbete mellan vägföretaget och de kommuner som berörs av motorvägen, vilken skapts som en trafikkorridor som ligger parallellt med järnvägen mellan Kerava och Lahti. Företaget ansvarar för underhållet fram till 30 augusti 2012 då avtalet löper ut. Motorvägen kommer då att överlämnas till det finska vägverket och en ersättning baserad på antalet användare av vägen kommer att utgå från den finska staten.

Som ett liknande infrastrukturprojekt som drivs i form av OPS kan nämnas motorvägen Muurla–Lohja (E 18).⁴⁴ Motorvägen invigdes i mars 2009 och projektet upphandlades genom ett förhandlat förfarande. Avtalsperioden löper över 25 år – från och med 2005 till 2030 – och kontraktet omfattar utöver planering, finansiering och byggande även det löpande underhållet, dvs. även vinterunderhåll och omasfaltering av vägbanan.

Vad gäller OPS inom den kommunala sektorn kan nämnas att det finländska kommunförbundet 2005 lade upp en hemsida med syfte att presentera uppgifter som är intressanta för kommunerna och länkar till källor med information om samarbete mellan det offentliga och det privata.⁴⁵ Hittills finns emellertid bara en länk utlagd; en förstudie om hur regionala vattentjänster bäst kunde tillhandahållas och utvecklas inom ramen för en regional serviceenhet som sköter alla uppgifter som hör till användningen och underhållet, medan kommunerna fortfarande skulle äga och fatta besluten i VA-verken och fastställa priserna.⁴⁶ Kommunförbundet konstaterar att den största delen av byggprojekten i kommunerna verkställs genom entreprenad, men att det vid sidan av de traditionella formerna för upphandling håller på att utvecklas mer övergripande verksamhetsmodeller, med ett avtal som innefattar planering, byggande, skötsel, underhåll samt finansiering av projektet. Utöver det ovan anförda byggandet av Lahtis motorväg nämns även uppförandet av skol- och idrottslokaler i Esbo som ett exempel som kan utgöra OPS.

⁴³ Se <http://www.nelostie.net/?id=22>.

⁴⁴ Se <http://e18.pp-viestinta.fi/english/index.html>.

⁴⁵ Se http://www.kommunerna.net/k_perussivuvu.asp?path=255;264;21373;63066;63078.

⁴⁶ Se http://www.kommunerna.net/k_perussivuvu.asp?path=255;264;66370;66399;116436.

Möjligheten att använda upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog infördes i Finland den 1 juni 2007 genom lag om offentlig upphandling 30.3.2007/348. Det är dock oklart i vilken omfattning den använts.

8.4 Sammanfattning

Vid en nordisk jämförelse kan konstateras att de flesta länderna har haft att hantera liknande problem som Sverige vad gäller frågan om prissättning vid fastighetsöverlåtelse från kommuner till enskilda, hur markexploatering ska ske på ett smidigt och transparent sätt samtidigt som en OPS ska upphandlas på ett korrekt sätt.

I Danmark finns bestämmelser rörande såväl statens som kommunernas avyttring av fast egendom. I likhet med Sverige gäller även i Danmark som kommunalrättsliga grundprinciper dels att kommunen ska handha ekonomiska medel på ett försvarbart sätt, dels ett allmänt förbud för kommunen att utan särskilt lagstöd gynna enskilda medborgare eller företag. Fast egendom ska därför uttryckligen som huvudregel också säljas till det högsta värde som kan uppnås – marknadsvärdet – genom en offentlig försäljning eller till ett på förhand fastställt marknadspris. Kommunen kan dock undantagsvis sälja till ett lägre pris om det skulle krävas för att tillvarata ett sakligt grundat kommunalt intresse. Även här är det emellertid av stor vikt att de potentiella köparna behandlas på ett likvärdigt sätt och att kommunen är tydlig med vilka kriterier som ska väga tyngst vid värderingen av olika anbud om inte dessa uttryckligen följer av lag. Kommunen ska vid försäljningen försäkra sig om att överlåtelsen sker mot bakgrund av de principer som följer av Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

I Norge har staten för att undvika överträdelser av statsstödsreglerna utfärdat en instruktion rörande avyttring av statligt ägd egendom, den s.k. *Avhendingsinstruksen*, för de fall en viss överlåtelse inte regleras av lag. Av instruktionen framgår att all försäljning av offentlig egendom bör ske i enlighet med vad som följer av EG-fördragets regler om otillåtna statsstöd. Fast egendom som överläts till enskilda ska därför säljas till marknadspris eller på det sätt som medför det mest fördelaktiga resultatet för staten, vanligtvis ska avyttringen ske till högstbjudande genom en offentlig budgivning. För det fall det skulle vara ekonomiskt mer fördelaktigt att avyttra egendomen till någon annan än den som avgett det högsta budet kan en överlåtelse ske till ett pris som understiger det högsta.

I Finland saknas uttryckliga bestämmelser om offentliga överlåtelser av

fast egendom. Finlands kommunförbund har emellertid angett riktlinjer för kommunernas företagsstöd och markpolitik. Riktlinjerna bygger därför också i stor utsträckning på Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader.⁴⁷

I de flesta av våra nordiska grannländer har man infört särskilda regler avseende förutsättningarna för att sluta genomförandeavtal. I Danmark har man t.ex. infört regler om s.k. *byomdannelseområder*, dvs. äldre industri- och hamnområden m.m. som kan omvandlas till exempelvis bostadsområden. Som huvudregel ska en fastighetsförsäljning inom ramen för ett genomförandeavtal göras i enlighet med det förfarande som följer av reglerna om offentlig upphandling. Ett undantag gäller dock för bolag som bildats för att ombilda industriområden till bostadsområden. För att enskilda aktörer ska ha ett intresse i att ingå som delägare i ett s.k. *byomdannesselskab*, tillsammans med en kommun har det ansetts att dessa bolag måste vara undantagna från kravet att tillämpa upphandlingsreglerna vid fastighetsöverlåtelser.

I den norska *plan- og bygningsloven* finns sedan den 1 juli 2006 bestämmelser om s.k. *utbyggingsavtaler*, dvs. ett avtal mellan kommunen och en fastighetsägare eller en exploatör om exploatering av ett område, som bygger på den kommunala planlagstiftningen och som gäller genomförandet av en kommunal detaljplan. Dessa avtal måste ha stöd i kommunala beslut som anger i vilka situationer ett sådant avtal är en förutsättning för en utbyggnad och som synliggör kommunens krav och förväntningar på en exploatering av området. Skälet är att alla förutsättningar ska vara kända för berörda markägare och potentiella exploatörer genom att de ska vara politiskt slutbehandlade och att beslutet dessutom ska kunna bli föremål för en laglighetsprövning. Ett *utbyggingsavtal* kan reglera att markägaren eller exploatören helt eller delvis ska bekosta anläggningar som är nödvändiga för att kunna genomföra ett detaljplanebeslut. Sådana åligganden måste dock vara rimliga i förhållande till genomförandets art och omfång samt i förhållande till kommunens bidrag till genomförandet av den aktuella planen och skyldigheter enligt avtalet. De kostnader som belastar exploatören måste alltså stå i proportion till den belastning exploateringen leder till för kommunen. De förutsättningar för exploateringen som slagits fast i respektive plan med stöd i det offentlighetsreglerade regelverket sätter också gränserna för vilka prestationer kommunen genom genomförandeavtalet kan kräva av en motpart. De

⁴⁷ Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader, (97/C 209/03).

införda bestämmelserna har alltså medfört en uttrycklig begränsning av de krav som kan ställas på motparten.

I och med att avtalen måste fastställas genom ett kommunalt beslut som kan bli föremål för en laglighetsprövning följer också att *utbyggingsavtaler* som sådana inte kan överklagas; inte ens motparten ges någon rätt att inleda en process mot kommunen med anledning av avtalet. För att inte riskera att bryta mot den bedömning som följer av mål C-399/98, *La Scala*, har anförts att kommunerna bör använda sig av de regler som gäller för offentlig upphandling.

I Finland infördes för några år sedan 12 a kap. markanvändnings- och bygglagen som utförligt reglerar möjligheterna att utta ersättning för kommunernas kostnader för samhällsbyggande. Av bestämmelserna följer uttryckligen att en kommun kan ingå avtal om planläggning och om genomförandet av planerna, s.k. markanvändningsavtal. I markanvändningsavtalen kan dock inte med bindande verkan avtalas om innehållet i planerna. Ett markanvändningsavtal kan ingås med bindande verkan för parterna först när ett utkast eller förslag till plan har varit offentligt framlagt. Av bestämmelserna följer också att kommunen och markägaren kan komma överens om att utvecklingskostnadsersättningen helt eller delvis betalas i form av ett jordområde eller annan egendom. I 14 kap. markanvändnings- och bygglagen regleras ersättning till enskilda till följd av genomförandet av generalplaner och detaljplaner.

Erfarenheter från OPS finns i våra nordiska grannländer och den konkurrenspräglade dialogen är också införd i Danmark, Norge och Finland. Danmark förefaller vara det land som i störst utsträckning använt sig av såväl OPS som den konkurrenspräglade dialogen. Även om resultatet från dessa samarbeten överlag förefaller vara positiva vad gäller den flexibilitet som förfarandet medger, är det troligen för tidigt att dra några definitiva slutsatser av de erfarenheter som gjorts.

9 Avslutande kommentarer

Offentlig-privat samverkan, OPS, utgör ett samlingsbegrepp på många olika typer av avtalsreglerade samarbeten mellan det allmänna och enskilda företag och organisationer som på nationell eller internationell nivå tar sikte på att under en viss period tillsammans utföra ett visst projekt, t.ex. en tjänst som tillhandahålls allmänheten eller uppförandet av en byggnad eller anläggning som sedan ska användas för att tillgodose ett samhällsligt behov. Benämningen OPS indikerar att de olika aktörerna samarbetar och att det inte rör sig om ett rättsförhållande med någon form av över- eller underordning eller ett mera traditionellt uppdragsförhållande. Begreppet bör därför snarast ses som en metafor för allehanda former för samverkan mellan det allmänna och enskilda, oavsett det rör sig om en OPS eller en IOPP. Om en kommun vill delta i en OPS tillsammans med en privat part finns dock en mängd regler att förhålla sig till, bl.a. den offentlighetsrättsliga regleringen och de begränsningar som den ger vad gäller möjligheten till avtalsingående, de begränsade möjligheter att gynna enskilda som följer av statsstödsreglerna samt de formkrav som gäller vid offentlig upphandling.

Om en kommun sätter upphandlingsbestämmelserna ur spel riskerar det att få till följd att invånarna ges mindre valuta för sina skattepengar, eftersom det i så fall blir svårt att kontrollera om det faktiskt är den bästa och mest effektiva leverantören som kommer att utföra tjänsterna eller leverera de efterfrågade varorna. Det finns även en uppenbar risk att kommunen blir tvungen att göra om hela upphandlingsprocessen om en domstol fastställer att den har genomfört en otillåten direktupphandling och ogiltigförklarar avtalet. Kommunen riskerar även långa och dyra skadestandsprocesser. Vidare riskerar den upphandlande myndigheten, för det fall att de föreslagna reglerna träder i kraft, att drabbas av en sanktionsavgift.

Inte heller de företag som en kommun utan konkurrensutsättning ingår avtal med står utan risk. Om kommunen inte valt ut det aktuella företaget som samarbetspartner genom ett öppet anbudsförfarande är det mycket som tyder på att företaget gynnats på ett sätt som står i strid med EU-rättens statsstödsregler. Därmed tar också företag som ingår olika typer av samarbetsavtal med kommuner utan föregående anbudsförfarande stora ekonomiska risker i och med att dessa kan komma att behöva betala tillbaka ett belopp motsvarande det aktuella gynnandet till kommunen.

9.1 Kommunalrättsliga begränsningar vid OPS

En självklar utgångspunkt vad gäller en kommuns möjlighet att sluta avtal är att avtalslutandet måste ligga inom kommunens befogenhet enligt vad som följer av kommunallagens regler, men också av de bestämmelser som följer av de andra lagar som riktar sig till och som reglerar den kommunala verksamheten.

Det allmänna kan ha olika motiv till att vilja inleda en OPS, bland de vanligaste torde vara att budgetläget inte medger att en kommun har de ekonomiska förutsättningarna att förverkliga olika projekt på egen hand, t.ex. nya idrottsarenor eller simhallar, vilket normalt sett innebär en stor investering samtidigt som möjligheterna att få kostnadstäckning är begränsade.

Som en generell förutsättning för den kommunala verksamheten följer av 8 kap. 1 § kommunallagen (1991:900) att kommunerna ska ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller i form av kommunala bolag. Kommunerna ska enligt 8 kap. 2 § kommunallagen också förvalta sina medel på ett sådant sätt att kraven på god avkastning och betryggande säkerhet tillgodoses. Samtidigt begränsar även den kommunala självkostnadsprincipen i 8 kap. 3 c § kommunallagen och förbudet för kommunen att bedriva näringsverksamhet med vinstsyfte kommunens handlingsutrymme. Kommunallagens krav på god ekonomisk hushållning kan därför sätta hinder i vägen för uppförandet av nya idrottsarenor etc. Enligt 8 kap. 12 § kommunallagen ska löpande kostnader täckas av löpande intäkter. Kommunen får därför inte ge sig in på ekonomiskt riskfyllda äventyr. Då kommunen heller inte får gå med underskott enligt 8 kap. 4 § kommunallagen – varför kostnaderna helt ska täckas av den kommunala budgeten – kanske man i stället får nöja sig med att reparera eller upprusta befintliga arenor.

Det finns givetvis en tanke bakom kommunallagens regler om en försiktig ekonomisk hushållning, nämligen att hushålla med kommunmedlemmarnas pengar, men de kan samtidigt också uppfattas som hämmande för kommunens möjligheter att utvecklas. Därför finns det i den här typen av situationer ett behov av att försöka få in riskvilligt kapital utifrån, t.ex. från det privata näringslivet.

Ett annat skäl för en kommun att vilja ingå i en OPS kan samtidigt vara att en sådan samverkansform kan skapa förutsättningar för högre kvalitet och lägre kostnader än vad som är möjligt inom ramen för att driva en verksamhet i egen regi eller genom att välja en traditionell driftentreprenad.

En OPS kännetecknas av att den privata partnern går in med eget riskkapital

med förhoppningen att investeringen ska ge en god avkastning genom att leverantören driver den anläggning som har uppförts och dessutom tillgodogör sig de intäkter som anläggningen genererar. Den omständigheten att den privata partnern tar på sig en del av den ekonomiska risken för arenabygget innebär att denne också anses ha ett förstärkt egenintresse i att arenan byggs på ett kostnadseffektivt sätt, att tidsramarna hålls så att arenan snabbt kan generera intäkter samt att den blir attraktiv för publik, hyresgäster, arrangörer m.fl. Eftersom leverantören måste underhålla anläggningen har han dessutom särskild anledning att bygga med hög kvalitet från början.

Eftersom OPS ofta handlar om stora byggprojekt måste leverantören som regel också låna pengar till sin investering. OPS-projekt är ofta ett trepartsförhållande där den upphandlande myndigheten/kommunen, leverantören och finansiären, vanligtvis en bank, utgör aktörerna. Det innebär att leverantören och dennes affärsidé inte bara granskas av den upphandlande myndigheten utan också av en bank eller annat låneinstitut – vilket förhoppningsvis torde kunna borge för en förstärkt kontroll av att projektet är genomtänkt och ekonomiskt bärkraftigt.

Samtidigt bör påpekas att det också finns risker med OPS-lösningar. OPS innebär i regel långvariga avtalsrelationer och det är givetvis svårt att förutse konsekvenserna av så långvariga kontrakt. En idrottsarena eller en simhall måste drivas under lång tid och när avtalsperioden är till ända får kommunen ta över ansvaret. Kommunen kan då välja att konkurrensutsätta driften på nytt eller fortsätta att driva anläggningen i egen regi. Först då får man egentligen svaret på om den ursprungliga kalkylen var tillräckligt genomtänkt eller om arenan kommer att medföra en ekonomisk belastning för kommunen.

En OPS som på ett eller annat sätt kräver att det fattas detaljplanebeslut kan även indirekt få konsekvenser för det demokratiska beslutsfattandet. Det kommunala planmonopolet förutsätter att kommunen från tid till annan har möjlighet att ersätta den befintliga detaljplanen med en ny. Det kan därför inte uteslutas att en koncessionsinnehavare som t.ex. byggt och driver en anläggning och vars intäkter är beroende av hur många som nyttjar anläggningen också är mer eller mindre beroende av det inte sker några förändringar som eventuellt påverkar möjligheterna för att bilisterna väljer att använda den aktuella motorvägen. Även om det inte kan uteslutas är det därför inte så troligt att det allmänna tio år in på koncessionstiden på begäran av andra intressenter vill anlägga liknande anläggningar på samma sträcka, eftersom det ofrånkomligen kommer att ta ifrån koncessionsinnehaven en del av dennes kundunderlag.

Ur ett demokratiperspektiv eller legitimitetsperspektiv går det därför inte att komma ifrån att avtal som sträcker sig över en lång tidsperiod ter sig problematiska. Såväl regeringen som kommunfullmäktige får sin legitimitet från människor, oavsett vi väljer att karaktärisera dem som medborgare eller om vi mer prosaiskt identifierar dem som väljare. Legitimiteten upphör om och när den valda församlingen förlorar sitt stöd, t.ex. efter ett val eller under andra omständigheter. Ett avtal som sträcker sig över lång tid fortsätter ofta att löpa länge efter det att den valda församling som slöt avtalet förlorat sitt mandat att fatta beslut, oberoende av om det har stöd av en nyvald församling eller inte. Ett avtal som sträcker sig över långa tidsperioder kan därför i viss utsträckning anses avtal undergräva demokratin och under lång tid mer eller mindre åsidosätta såväl möjligheter till politiska beslut som medborgarinflytande.

9.2 OPS och LOU

Om man nu anser att möjligheterna med en privat finansiering överväger riskerna så inställer sig nästa problem, nämligen hur man kan upphandla ett OPS-projekt. Det råder nämligen ingen tvekan om att alla OPS faller under reglerna om offentlig upphandling.¹ Eftersom den privata partnern inte bara förväntas leverera en anläggning, t.ex. en idrottsarena, utan också medverka till att finansiera den och stå den ekonomiska risken för att arenan vill denne sannolikt komma in tidigt i upphandlingsprocessen. Den privata partnern vill nämligen inte bara få lämna anbud utan också ha möjlighet att påverka utformningen av kravspecifikationen. Denne kan ha synpunkter på hur arenan ska utformas för att locka tillräckligt många besökare, hyresgäster etc. men också hur riskfördelningen ska se ut och på vilka villkor denne är beredd att ta på sig en del av investeringen. Det kan röra sig om hur många år denne ska få driva anläggningen, men det kan också handla om andra villkor och intäktsmöjligheter som t.ex. rätten att få exploatera kringliggande mark.

Lagen om offentlig upphandling, LOU, saknar emellertid regler som möjliggör en sådan tidig dialog mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. I LOU finns i och för sig vid sidan av de vanliga upphandlingsformerna öppen och selektiv upphandling också ett förhandlat upphand-

¹ Se närmare Kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig (30.4.2004), Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005) 569 slutlig (15.11.2005) samt Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007) 6661 (05.02.2008).

lingsförfarande. Förhandlad upphandling med föregående annonsering får, till skillnad från vad som gäller inom försörjningssektorn, inom den klassiska sektorn endast användas i vissa i LOU angivna undantagsfall. Upphandling av byggkoncessioner får genomföras som förhandlad upphandling, men det har hittills inte varit så vanligt att de upphandlande myndigheterna i Sverige har valt byggkoncessioner som en variant för att upphandla OPS-projekt.

Även om man får upphandla ett OPS-projekt genom förhandlad upphandling finns det andra problem. I en förhandlad upphandling får förhandling ske först på ett relativt sent stadium i upphandlingsprocessen – först då det finns både en kravspecifikation och ett anbud – och förhandlingsresultatet får inte i väsentligt avseende avvika från förutsättningarna i dessa två dokument. Har kommunen i annonsen angett att man vill upphandla ett entreprenadkontrakt kan man heller inte ändra detta till en byggkoncession under förhandlingen. Då får man i stället avbryta upphandlingen och annonsera en ny upphandling som denna gång avser en byggkoncession. Den konkurrenspräglade dialogen kan säkert användas som ett bra alternativ vid upphandlingar av OPS, men man ska samtidigt ha i åtanke att den konkurrenspräglade dialogen endast undantagsvis får användas, dvs. om det är omöjligt att använda något av de andra upphandlingsförfarandena.

Strama budgettyglar i kombination med faktiska lokala behov, innovativa exploatörer och en löst hållen plan- och bygglagstiftning kan alltså ge upphov till situationer där en kommunal beslutsfattare kan lockas att kringgå de för den här typen av ändamål relativt svårhanterliga upphandlingsreglerna. Ett sådant åsidosättande av regelverket kan dock medföra allvarliga rättsliga konsekvenser. En upphandlande myndighet som inte följer LOU riskerar att drabbas av överprövningar, beslut om ogiltigförklarande av avtal som slutits genom en otillåten direktupphandling, skadeståndskrav och eventuella sanktionsavgifter.

För det fall det trots allt inte skulle röra sig om en offentlig upphandling kan en kommun också drabbas av överklaganden för att t.ex. ha överskridit de begränsningar som följer av 2 kap. 8 § kommunallagen om förbud mot gynnande av enskild. Vidare bör påpekas att den leverantör som gynnats på ett otillbörligt sätt genom att tilldelas OPS-projektet kan drabbas av de återgångskrav som följer av de EU-rättsliga statsstödsreglerna.

9.3 OPS och statsstödsreglerna

Statsstödsreglerna tar i första hand sikte på det allmännas beteende i egenskap av investerare eller kreditgivare medan reglerna om offentlig upphandling huvudsakligen ser till hur det allmänna agerar i sin egenskap av beställare av varor och tjänster. Till skillnad från vad som är fallet med EU:s statsstödsregler är upphandlingsreglerna också minst sagt detaljerade samtidigt som de på ett nationellt plan också innehåller relativt tydliga regler rörande hur oegentligheter i samband med en upphandling ska hanteras.

Även om det således finns avgörande skillnader mellan regelverken syftar de båda till att hindra medlemsstaterna från att påverka konkurrensen genom att gynna företag inte minst från den egna medlemsstaten.

Genom att agera i enlighet med upphandlingsreglerna, och därigenom iaktta principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande, kan upphandlande myndigheter i samband med ingående av exempelvis exploateringsavtal i stor utsträckning förvissa sig om att man inte bryter mot EU:s statsstödsregler. Statsstödsreglerna såsom de följer av EUF-fördraget är vidare skilda från upphandlingsreglerna och kan därför komma in som en ”andra kontroll” av ett förfarande. Ett avtal som inte följer de regler som ska användas vid en normal kommersiell transaktion – t.ex. felaktig prissättning vid fastighetsförsäljning eller felaktigheter begångna vid offentlig upphandling – kan således angripas med stöd av artikel 107.1 EUF-fördraget.

Om Kommissionen eller EU-domstolen finner att ett bidrag eller annan form av stöd strider mot EUF-fördragets statsstödsregler ska det otillåtna stödet återbetalas med ränta. Det är således främst det företag som mottagit ett stöd som riskerar drabbas i händelse av att stödet står i strid med EU-rätten. Om det råder osäkerhet ifråga om en viss åtgärd utgör ett statstöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget bör det aktuella företaget innan de exempelvis ingår ett tveivelaktigt avtal med en kommun antingen konsultera näringsdepartementet eller anmäla åtgärden till Kommissionen.

De är därför viktigt att ha artiklarna 107 och 108 EUF-fördraget och deras restriktiva hållning till enskilda stödåtgärder i åtanke i samband med olika typer av OPS – allt för att inte endast riskera att olika projekt fördras och försenas utan också för att både det offentliga och de privata samarbetsparterna inte ska drabbas av ekonomiska förluster.

9.4 OPS i form av genomförandevalt

OPS används ofta vid markexploatering. I de fall kommunen är ursprunglig ägare till den mark som ska överlätas för att sedan exploateras finns i huvudsak två typfall. I det första fallet äger kommunen marken utan att den blivande köparen, exploitören, medverkar vid upprättandet av detaljplanen. I det andra fallet medverkar exploitören aktivt vid framtagandet av detaljplanen.

Ett sätt för kommunen att arbeta i det första fallet är därför att upprätta en flexibel detaljplan, dvs. en plan som anger relativt grova ramar för hur marken ska användas och där detaljprövningen sker i samband med en bygglovsansökan.

Vem som ska få tillgång till marken har vanligen brukat bestämmas antingen via en s.k. direktanvisning – efter att ha jämfört olika byggherrars förslag – eller efter en så markanvisningstävling mellan olika deltagande byggherrar. Därefter regleras genom OPS i ett markanvisningsavtal de förutsättningar som ska gälla vid överlåtelsen, t.ex. vilken mark som ska överlätas på exploitören, vilka områden som ska upplåtas för gemensamhetsanläggningar, vägar och ledningar och så vidare samt eventuell mark som ska utgöra allmänna platser och som därför ska förbli i kommunens ägo. Vidare reglerar avtalet pris vid markförvärvet och andra ekonomiska frågor, utformning av anläggningen samt utförandet av olika åtgärder för gemenskapsanläggningar med mera.

I det andra fallet samarbetar kommunen och en exploitör redan från början med att arbeta fram förutsättningarna för en marköverlåtelse och att ta fram en detaljplan för det av kommunen ägda området. Ett sådant förfarande har alltså den egenheten att kommunens samarbetspartner utses innan arbetet med detaljplanen startar, varpå markanvisningsavtalet med alla detaljer ingås. När detaljplanearbetet är färdigt ingås därefter det slutliga marköverlåtelseavtalet mellan parterna. Mot bakgrund av undersökningen inställer sig därmed centrala två frågor; har den aktuella exploitören valts ut att samarbeta med kommunen på ett konkurrensneutralt sätt och hur fastställs försäljningspriset på ett marknadsmässigt sätt.

Ur såväl ett EU-rättsligt som ett kommunalrättsligt perspektiv ska försäljningar av kommunal egendom göras till marknadspris.² Praxis visar dock att om kommunen väljer att frångå reglerna är det svårt – för att inte säga nästan omöjligt – att få till stånd en rättelse genom de kommunalrättsliga reglerna

² Se Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C. 209/03).

om laglighetsprövning om överlåtelsen verkställt. Eftersom sådana överlåtelser många gånger även står i strid mot statsstödsreglerna blir effekten att överlåtelsen som sådan förblir gällande, men att det företag som förvärvat marken till underpris blir skyldig att betala tillbaka det otillåtna stödet, dvs. skillnaden mellan den köpeskilling som erlagts och det faktiska marknadspriset.

Genomförandeavtal innehåller ofta moment av såväl fastighetsöverlåtelser som de särskilda villkor som ska gälla för markexploateringen. I de delar OPS innebär dels att exploitören ska uppföra anläggningar som kommunen utfäster sig att hyra, dels att exploitören ska anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar är de enligt såväl nationell³ som EU-rättslig praxis⁴ att betrakta som tilldelning av offentliga byggtreprenadkontrakt eller byggkoncessioner som ska upphandlas enligt LOU, oavsett om kommunen först överlåtit fastigheten eller inte.⁵ För det fall kommunen är den ursprungliga ägaren till den mark som ska överlåtas ska ske aktualiseras alltid kommunallagens och EUF-fördragets krav på marknadsvärde vid försäljningen. När det gäller genomförandeavtal är det svårt att se en fastighetsöverlåtelse som något som är fristående från den verksamhet som sedan förväntas bedrivas på fastigheten eller de tjänster som exploitören som en förutsättning för överlåtelsen ska utföra för kommunens räkning.

Ett problem är dock att upphandlingsreglerna inte är helt anpassade till behovet av att på ett tidigt stadium i processen kunna föra en dialog med de eventuella byggherrar som kan tänkas vara intresserade av att exploatera ett markområde – som med nödvändighet dessutom förutsätter en mängd olika separata avtal och myndighetsbeslut. Samtidigt utgör de flesta genomförandeavtal en byggkoncession eller en byggtreprenad och då ska en upphandling göras. Vad som många gånger efterlyses är därför smidiga och förenklade

³ Se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom 1999-10-08 (mål nr 3859-1999), och Kammarrättens i Göteborg dom 2009-02-27 (mål nr 7477-08).

⁴ Se t.ex. mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, mål C-399/98, *La Scala*, mål C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, mål C-231/03, *Coname*, mål C-234/03, *Conise m.fl.*, mål C-323/, *Kommissionen mot Spanien*, mål C-458/03, *Parking Brixen*, mål C-410/04, *ANAV*, mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, mål C-347/06, *ASM Brescia*, mål C-300/07, *Hans & Christophorus*, mål C-324/07, *Coditel Brabant*, mål C-437/07, *Kommissionen mot Italien*, mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, mål C-196/08, *Acoset*, samt mål C-206/08, *WAZV Gotha*.

⁵ Vad gäller tjänstekoncessioner, se t.ex. RÅ 2008 not. 101, Kammarrättens i Stockholms beslut 2005-07-04 (mål nr 4374-05), Kammarrättens i Stockholm beslut 2006-02-08 (mål nr 340-06), samt Kammarrättens i Stockholm dom 2007-02-14 (mål nr 797-06).

regler som tillgodoser kraven på insyn och öppenhet samtidigt som de medger en större flexibilitet vid upphandlingen.

Vidare bör poängteras de relativt allmänt hållna förutsättningar som enligt plan- och bygglagstiftningen gäller för möjligheterna att genom genomförandeavtal förplikta motparten att utföra olika mot prestationer. En jämförelse visar att man i övriga Norden infört relativt detaljerade bestämmelser för vilka krav som gäller vid markexploatering och genomförandeavtal. En sådan utförlig reglering ökar otvivelaktigt förutsebarheten om vilka krav som får ställas på motparten och vilka förutsättningar som gäller, till skillnad från vad som blir fallet vid en odetaljerad lagstiftning där en fråga kan behöva prövas i domstol för att slutgiltigt bli besvarad.

Samtidigt kan det å andra sidan vara så att Sverige som – till skillnad från de Nordiska grannländerna – inte i plan- och bygglagen med fler lagar uttryckligen har reglerat förutsättningarna för genomförandeavtal många gånger kan ha goda och flexibla förutsättningar för att upphandla OPS. Ju öppnare regler att förhålla sig till, desto mindre blir kanske risken för att bryta mot dem. Oavsett vilket tillvägagångssätt som väljs så ska dock processen alltid leva upp till de EU-rättsliga kraven på bl.a. likabehandling och transparens. Ett sätt att tillgodose dessa är att alltid använda sig av de regler som följer av LOU och LUF och att i likhet med vad som görs i våra grannländer koppla alla detaljplanebeslut, bygglov osv. till upphandlingsprocessen.⁶

Stadsplanering är emellertid en komplicerad fråga där ett anbudsförfarande inte nödvändigtvis behöver genomföras i samtliga tillfällen då en upphandlande myndighet har behov av att villkora en fastighetsförsäljning. En kommun måste ha möjlighet att uppställa vissa villkor när den överlåter en fastighet – t.ex. att marken ska bebyggas inom två år – utan att behöva följa LOU. Det bör vidare påpekas att de lokala och regionala myndigheternas roll har stärkts i och med att Lissabonfördraget trädde i kraft. Rätten till regionalt och lokalt självstyre erkänns numer i EU:s primärrätt genom artikel 4.2 i EU-fördraget som stadgar att EU ”ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret.”

En allt för långtgående tolkning av upphandlingsreglerna kan, såsom generaladvokat Paolo Mengozzi påpekar i sitt förslag till avgörande i mål C-451/08, medföra en risk för att all stadsplaneringsverksamhet kan anses

⁶ Se t.ex. Lindseth, Offentlig privat samarbete – i lys av «OPS-avtalene for Høybråten skole», 2009.

omfattas av upphandlingsdirektivet. ”Direktivets omfattande och ambitiösa syften, vilka visserligen ska hållas i minnet vid tolkningen av direktivet, ska dock inte anses innebära att direktivets tillämpningsområde kan utvidgas utan begränsningar, med stöd av målet med denna rättsakt.”⁷ Annars riskerar man att ”all stadsplaneringsverksamhet lyder under direktivets bestämmelser: åtgärder som reglerar möjligheterna att uppföra bygganläggningar förändrar nämligen per definition, även på ett väsentligt sätt, värdet på den mark som de avser.”⁸

9.5 När bör OPS användas?

Fenomenet OPS är förvisso av gammalt datum men avspeglar framför allt en trend som de senaste 15 åren spridit sig inom Europa. Inom EU har det vidtagits en rad åtgärder för att öka investeringar i infrastrukturen, t.ex. för det transeuropeiska transportnätet, inom forskning, innovation och utveckling samt vad gäller tillhandahållandet av tjänster av allmänt intresse, samtidigt som medlemsstaterna i olika omfattning använder sig av OPS för att underlätta sådana projekt. Budgetnedskärningar inom den offentliga sektorn har lett till en politisk drivkraft att använda den privata sektorn för att tillhandahålla offentliga tjänster. OPS har rent av uppfattats som ett viktigt rättsligt instrument för tillhandahållandet av offentliga tjänster och som det mest innovativa gränssnittet mellan den offentliga och den privata sektorn genom samarbeten som syftar till att leverera infrastruktur och tjänster inom områden som omfattar transport, folkhälsa, utbildning, offentlig säkerhet, avfallshantering och vattenförsörjning, där ett utmärkande drag är att den privata sektorn förväntas bära en betydande ekonomisk risk.

Fenomenet OPS kan även ses som ett försök att införa kontraktstyrning vid tillhandahållande av offentliga tjänster. Även om den offentliga sektorn alltid i viss utsträckning har varit beroende av den privata sektorn för att fullt ut tillgodose offentliga uppgifter har dessa strävanden mångfaldigats de senaste decennierna. Det är mot den bakgrunden man också måste se OPS – som en institutionaliserad mekanism för att engagera den privata sektorn i tillhandahållandet av offentliga tjänster, inte bara genom finansiering men främst genom driften av tillgångar. Den privata sektorn tar därmed ett direkt ansvar i allmänhetens tjänst, som en del av sina avtalsförpliktelser *vis-à-vis* den offentliga sektorn. Motivet och avsikten bakom en sådan strategi foku-

⁷ Mål C-451/08, Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, p. 35.

⁸ Mål C-451/08, Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, p. 36.

serar på de fördelar som anses följa som ett resultat av den privata sektorns inblandning i tillhandahållandet av offentliga tjänster, där effektiviseringar, kvalitetsförbättringar, innovationer, valuta för pengarna och flexibilitet ses som de viktigaste, dvs. en allmänt sett bättre fördelning av offentliga kapitalresurser.

En central tankegång i OPS-projekt är helhetssynen, där avtalet inkluderar och integrerar hela samarbetsprocessen, dvs. allt från projektering, byggandet, riskfördelning, drift och underhåll till den servicefunktion som projektet handlar om. Oavsett man använder sig av OPS eller traditionella entreprenader är det viktigt att komma ihåg att detta inte ändrar på det faktum att det rör sig om ett avtalsförhållande mellan den privata och offentliga sektorn. Den privata parten är emellertid inte längre enbart en leverantör till den offentliga sektorn, utan för det fall det rör sig om en koncession är den snarare att se som en partner.

Offentlig-privat samverkan bör ses för vad den många gånger är, dvs. ett konceptverktyg för den offentliga förvaltningen. I själva verket bör OPS kunna jämföras med offentligt finansierade system, både kvalitativt och kvantitativt. Först då kan man bedöma med rimlig säkerhet ett sådant samarbets fördelar och inverkan på tillhandahållandet av offentliga tjänster. Det är emellertid viktigt att minnas att alla försök till kontraktstyrning bör ske genom ett system som garanterar ansvarsskyldighet, öppenhet och konkurrenskraft. Ett sådant system för tillhandahållandet av offentliga tjänster är inkaplade i systemet för offentlig upphandling, som förväntas vara den lämpligaste leveransprocessen för OPS. Tilldelning av kontrakt eller val av samarbetspartner omfattas av direktiven om offentlig upphandling, som innebär ett disciplinerat, öppet och – åtminstone vid mer standardiserade upphandlingar – relativt snabbt system för tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt. Vad som återstår är alltså att ta fram övergripande riktlinjer för utbyggnaden av privata finanser i tillhandahållandet av offentliga tjänster och relevant lagstiftning, som ger offentliga myndigheter möjlighet till den här typen av kontraktstyrning. En sådan lagstiftning måste dock syfta till en förenkling och standardisering, men samtidigt ske i linje med reglerna om tilldelningen av traditionell offentlig upphandling. Man bör dock alltid ha i åtanke att det inte är ett självändamål att öka antalet OPS, utan det mervärde för samtliga intressenter – eller mer valuta för pengarna – som kan skapas. Det är därför viktigt att bedöma i vilka situationer som en OPS torde ge ett mervärde i stället för en traditionell entreprenad.

Som en fördel med OPS anförs bl.a. kortare byggtider, minskade kostnadsöverdrag och ett stärkt entreprenörskap inom infrastrukturektorn. Samtidigt

är transaktionskostnaderna många gånger betydligt högre än vid traditionella entreprenader och de långa avtalstiderna leder inte sällan till att de ekonomiska förutsättningarna är svåra att överblicka, vilket i sin tur kan leda till att behovet av omförhandlingar är stort. Även om det inte finns något entydigt svar på frågan när man lämpligen använder sig av en OPS-modell så borde de generella förutsättningarna för ett samarbetsprojekt givetvis vara innehållet i aktiviteten, brukarnas behov och den organisatoriska kompetensen hos såväl den offentliga som den privata parten. En annan viktig förutsättning är att det bör röra sig om relativt stora projekt för att inte transaktionskostnaderna – bl.a. den upphandlande myndighetens planering och projektering i förhållande till den privata finansieringen och riskfördelningen – ska bli för stora. Som en tumregel har i Danmark anförts att 100 miljoner danska kronor utgör en rimlig brytpunkt. Även samarbetets löptid är en viktig faktor att ta ställning till vid frågan om ett projekt lämpar sig för en OPS eller inte. För många byggprojekt kan 25–30 år vara lämpliga tidsramar för hur länge samarbetet ska pågå, men om samarbetet även innefattar teknik som kan utvecklas snabbt, t.ex. IT-lösningar, är det inte säkert att OPS är en lämplig modell för att tillgodose det behovet. Inte heller finns det undersökningar som kan påvisa att OPS under ett längre tidsperspektiv minskar den upphandlande myndighetens kostnader i förhållande till traditionella entreprenader.⁹

⁹ Se Vestergaard, *Bedre byggeri gennem partnerskaber*, 2006, s. 42 f. Se även Nilsson, *Nya vägar för infrastruktur; Offentlig-privat samverkan*, 2009, s. 87–91.

Käll- och litteraturförteckning

1 Officiellt tryck m.m.

1.1 Riksdagstryck

Ds 2000:65, Alternativ finansiering genom partnerskap.

Ds 2009:30, Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet.

Ds 2009:36, Upphandling från statliga och kommunala företag.

Lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, överlämnad till Lagrådet den 17 december 2009

Prop. 1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.

Prop. 1985/86:1 med förslag till ny plan- och bygglag.

Prop. 1988/89:119 om godkännande av den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse.

Prop. 1990/91:117 om en ny kommunallag.

Prop. 1992/93:43 Ökad konkurrens i kommunal verksamhet.

Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling.

Prop. 1993/94:188 Lokal demokrati.

Prop. 2000/01:80 Ny socialtjänstlag m.m.

Prop. 2001/02:80 Demokrati för det nya seklet.

Prop. 2001/02:142 ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m.

Prop. 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem.

Prop. 2009/10:134 Upphandling från statliga och kommunala företag.

SOU 1979:66 Ny plan- och bygglag. Del 2. Betänkande av PBL-utredningen.

SOU 1991:104 Konkurrens inom den kommunala sektorn. Delbetänkande av konkurrenskommittén.

SOU 1993:90 Lokal demokrati i utveckling. Slutbetänkande av Lokaldemokratikommittén.

SOU 1994:36 Miljö och fysisk planering. Delbetänkande av Plan- och byggutredningen.

SOU 1994:136 Statliga myndigheters avtal. Betänkande av Utredningen om statliga myndigheters avtal.

SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling. För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. Delbetänkande av Upphandlingskommittén.

- SOU 2001:52, Välfärdstjänster i omvandling. Forskarantologi från Kommittén Välfärdsbokslut.
- SOU 2002:14, Statlig tillsyn. Granskning på medborgarnas uppdrag. Delbetänkande av Tillsynsutredningen.
- SOU 2003:123, Utvecklingskraft för hållbar välfärd. Betänkande av Ansvarskommittén.
- SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler. Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004.
- SOU 2005:77, Får jag lov? Om planering och byggande. Slutbetänkande av PBL-kommittén.
- SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2. Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004.
- SOU 2008:125, En reformerad grundlag. Betänkande av Grundlagsutredningen.
- SOU 2009:48, Koncessioner för el- och gasnät. Slutbetänkande av Energinätsutredningen.
- SOU 2010:13, Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Betänkande av Försvars- och säkerhetsupphandlingsutredningen.

1.2 EU-rättsligt material

- Green Paper Public Private Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, COM(96) 583 (27.11.1996).
- Commission's Communication, Public Procurement in the European Union, COM(98) 143 final (11.03.1998).
- Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (2000/C 121/02).
- Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000).
- Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig (30.4.2004).
- Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén – Vitbok om tjänster av allmänt intresse, KOM(2004)374 slutlig.
- Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005) 569 slutlig (15.11.2005)
- Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007) 6661 (05.02.2008).

2 Litteratur

- Ahmt, Tom & Petersen, Svend, Motorvejen til Sønderborg, i: Bukh, Per Nikolaj, & Korsager, Torben (red.), Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab, Børsens Forlag, København 2006, s. 102–125.
- Aldestam, Mona, EC State aid rules applied to taxes – An analysis of the selectivity criterion, Iustus, Uppsala 2005.
- Andersson, Fredrik, Konkurrencens på kommunala villkor; Om konkurrensut-sättning och gränsen mellan marknad och byråkrati, Svenska kommun-förbundet, Stockholm 2002.
- Arrowsmith, Sue, Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities, 106 Law Quarterly Review [1990], s. 277–292.
- Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?, 37 Common Market Law Review [2000], s. 709–737.
- Bacon, Kelyn, European Community Law of State Aid, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Banverket, VTI & Vägverket, En svensk model för offentlig-privat samverkan vid infrastrukturinvesteringar, rapport 2007.
- Bartosch, Andreas, The relationship between public procurement and state aid surveillance – the toughest standard applies?, 39 Common Market Law Review [2002], s. 551–576.
- Battista, Jasmin, The respect of State aid rules in PPPs, 2 European Public Private Partnership Law Review [2007], s. 70–79.
- Bergström, Maria, Privatoffentliga partnerskap och EU-rätten: krav på nytänkande, Nordiske Organisasjonsstudier 2009, s. 8–29.
- Bernt, Jan Fridthjof, Avtaler med stat og kommune. Forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter. Kompetansespørsmål og rettsvirkninger. Universitetsforlaget, Bergen 1981.
- Bettinger, Christian, La concession de service public et de travaux publics, Berger-Levrault, Paris 1978.
- Bezancon, Xavier, 2000 ans d'histoire du partenariat public-privé: pour la réalisation des équipements et services collectifs, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, Paris 2004.
- Björklund, Daniel & Madell, Tom, Skadestånd vid offentlig upphandling, SvJT 2008, s. 578–602.

- Björkman, Ulla & Riberdahl, Curt, *Det kommunala förtroendeuppdraget*, Publica, Stockholm 1997.
- Blondeau, Ange, *La concession de service public, Étude d'histoire du droit administratif*, Allier, Grenoble 1929.
- Bohlin, Alf, *Kommunalrättens grunder*, Norstedts, Stockholm 2007.
- Boverket, *Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål*, Boverket juni 2005.
- Bovis, Christopher, *Financing Services of General Interest, Public Procurement and State Aids: the Delineation between Market Forces and Protection in the European Common Market*, *Journal of Business Law* 2005, s. 1–27.
- Bovis, Christopher, *Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future*, *12 Columbia Journal of European Law* [2005–06], s. 53–123.
- Bovis, Christopher, *The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships*, *1 European Public Private Partnership Law Review* [2006], s. 14–18.
- Bovis, Christopher, *The Private Finance Initiative (PFI) as the Prelude of Public Private Partnerships (PPPs)*, *1 European Public Private Partnership Law Review* [2006], s. 24–32.
- Bovis, Christopher, *The Notion of Public Concession as a component of Public Private Partnerships*, *2 European Public Private Partnership Law Review* [2007], s. 12–16.
- Bovis, Christopher, *How should services of general interest be financed: Does the relation between state aids and market forces reveal a link with Public Private Partnerships?*, *2 European Public Private Partnership Law Review* [2007], s. 153–173.
- Brown, Adrian, *The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil you know?* *13 Public Procurement Law Review* [2004], s. 160–177.
- Bryntse, Karin, *Kontraktssyrning i teori och praktik*, Lund Business Press, Lund 2000. Ak. Avh.
- Bukh, Per Nikolaj, & Korsager, Torben (red.), *Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab*, Børsens Forlag, København 2006.
- Bull, Thomas, *Föreskrift eller förhandling? Avtalet som styrmedel – ett konstitutionellt perspektiv*, *NAT* 2003, s. 341–61.

- Burnett, Michael, *Public-Private Partnerships (PPP) – A Decision Maker's Guide*, European Institute of Public Administration, Maastricht 2007.
- Christensen, Andreas, Heide-Jørgensen, Caroline, Hjelmberg, Simon Evers, Langseth, Jan Magne, Poulsen, Sune T., Bach Ryhl, Charlotte Friis & Schovsbo, Jens, *Konkurrenceretten i EU*, 2. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2005.
- Craig, Paul, *Administrative Law*, Thomson/Sweet & Maxwell, 5th ed., London 2003.
- Daintith, Terence, *Regulation by Contract: The New Prerogative*, 32 *Current Legal Problems* [1979], s. 41–64.
- Daintith, Terence, *Contractual Discretion and Administrative Discretion: A Unified Analysis*, 68 *Modern Law Review* [2005], s. 554–593.
- Davies, Anne C. L., *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford Socio-Legal Studies, Oxford University Press, Oxford 2001.
- Davies, Anne C. L., *Ultra Vires Problems in Government Contracts*, 122 *Law Quarterly Review* [2006], s. 98–123.
- Davis, Alan, *Financing PFI Projects in the UK in the Credit Crisis and State Aid*, 4 *European Public Private Partnership Law Review* [2009], s. 152–157.
- Doern, Alik, *The Interaction between EC Rules on Public Procurement and State Aid*, 13 *Public Procurement Law Review* [2004], s. 97–129.
- Ekström von Essen, Ulla, *Folkhemmet kommun; Socialdemokratiska idéer om lokalsamhället 1939–1952*, Atlas, Stockholm 2003.
- Eriksen, Knut Sandberg, Minken, Harald, Steenberg, Glenn, Sunde, Thorleif & Hagen, Karl-Erik, *Evaluering av OPS i vegsektoren*, TØI-rapport 890/2007, Oslo 2007.
- Evers Hjelmberg, Simon, Jakobsen, Peter Stig & Poulsen, Sune Troels, *EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2005.
- Faber, Angela, *Die Zukunft kommunaler Selbstverwaltung*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1991, s. 1126–1135.
- Falk, Jan-Erik & Pedersen, Kristian, *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, *Jure*, Stockholm 2004.
- Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, *Jure*, Stockholm 2009.
- Freedland, Mark, *Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame*, *Public Law* 1998, s. 288–307.
- Friedner, Lars, *Staten som part i tvistemål*, *FT* 1992, s. 499–505.

- Gorton, Lars, Några juridiska frågor i anslutning till Öresundsbroprojektet, i: Rätten (om)kring Øresund, red. Boel Flodgren och Ruth Nielsen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2000, s. 87–106.
- Graver, Hans Petter, Konesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser, Lov og Rett 2004, s. 224–244.
- Greve, Carsten, New Public Management – en kort oversikt over begrebet anvendelse og utvikling, NAT 2002, s. 74–90.
- Grønberg, Christian, Pallesen, Klaus & Weisser Øhlenschläger, Ny, Handicapboliger og daginstitution i Græsted: samlet udbud af anlæg og drift, i: Bukh, Per Nikolaj, & Korsager, Torben (red.), Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab, Børsens Forlag, København 2006, s. 142–164.
- Gunnehill, Carl Henrik, Konkurrencespræglad dialog – hæmmende eller konkurrencesfræmjende? ERT 2007, s. 825–849.
- Gustafsson, Agne, Kommunal selvstyrelse, SNS Förlag, 7:e uppl., Stockholm 1999.
- Gustafsson, Annika & Riberdahl, Curt, Är förhandlingsplanering laglig?, PLAN 1991, s. 208 ff.
- Hane, John, De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 61–77.
- Harlow, Carol, & Rawlings, Richard, Law and Administration, Butterworths, 2nd ed., London 1997.
- Henriksson, Linnéa, Om orsaker till marknadsorientering i kommuner i Finland och Sverige, NAT 2003, s. 54–76.
- Hentze, Margareta & Sylvén, Hans, Offentlig Upphandling, Norstedts, Stockholm 1998.
- Hillger, Jens, The Award of a Public Contract as State Aid within the Meaning of Article 87(1) EC, 12 Public Procurement Law Review [2003], s. 109–130.
- Hollander, Anna & Madell, Tom, Socialtjänst på entreprenad – kan utredningar inom individ- och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag?, FT 2003, s. 15–46.
- Höök, Rolf, Entreprenadjuridik, Norstedts, 5:e uppl., Stockholm 2008.
- Indén, Tobias, Utmanande rätt eller rätten att utmana – ett dansk privatiseringsinitiativ i en svensk kontext, FT 2005, s. 283–300.
- Indén, Tobias, Svenska regler om återkrav av olovligt utbetalt statsstöd, i: Svensk rätt i EU – en antologi, Edström, Örjan (red.), Iustus, Uppsala 2007, s. 69–71.
- Indén, Tobias, Kommunen som konkurrent, Iustus, Uppsala 2008. Ak. avh.

- Indén, Tobias, Marknadsstatens utveckling och kommunalrättens stagnation, FT 2009, s. 131–148.
- Indén, Tobias, Konkurrensrätten och den offentliga säljverksamheten – en ny konfliktlösningsregel, JT 2009–10, s. 286–295.
- Iversen, Bent, Wegener Jessen, Pernille, Mortensen, Bent Ole, Steinicke, Michael & Engsig Sørensen, Karsten, Regulering av konkurrence i EU, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2008.
- Jones, Alison & Sufrin, Brenda, EC Competition Law, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Kalbro, Thomas, Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation, Norstedts, 3:e upplagan, Stockholm 2007.
- Kalbro, Thomas & Smith, Peter, Exploateringsavtal; Lagstöd, tillämpning och förslag till nya principer, KTH, TRITA-FAT Rapport 4:104, Stockholm 2008.
- Kalbro, Thomas, Finansiering infrastruktur; Svenska exploateringsavtal i jämförelse med Danmark, Finland, Nederländerna, Norge, Storbritannien, Tyskland och USA, KTH, TRITA-FAT Rapport 4:10X, Stockholm 2009.
- O’Keeffe, David, Public Private Partnerships, Local Authorities and State Aid, 2 European Public Private Partnership Law Review [2007], s. 17–24.
- O’Keeffe, David & Branton, Jonathan, State Aid and Urban Regeneration: A UK Perspective, European State Aid Law Quarterly 2007, s. 484–498.
- Kleineman, Jan, De offentligrättsliga rättssubjektens avtalskompetens – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod, JT 1994–95, s. 936–971.
- Kleineman, Jan, Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträdande, JT 1997–98, s. 808–813.
- Koenig, Christian & Kiefer, Susanne, Public Funding of Infrastructure Projects under EC-State Aid Law, European State Aid Law Quarterly 2005, s. 415–424.
- Koenig, Christian & Wetzel, Julia, The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding, 2 European Public Private Partnership Law Review [2007], s. 5–11.
- Konkurrensverket, Värda och skapa konkurrens; Vad krävs för ökad konsumentnytta?, Konkurrensverkets rapportserie 2002:2. Stockholm 2002.
- Konkurrensverket, Konkurrensen i Sverige 2006, Stockholm 2006.
- Konkurrensverket, Offentlig upphandling, ramavtal och auktionsteori, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:4. Stockholm 2006.
- Korsager, Torben, Udbuddet og kontrakten, i: Bukh, Per Nikolaj, &

- Korsager, Torben (red.), Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab, Børsens Forlag, København 2006, s. 200–215.
- Krüger, Kai, Autonomispørsmål ved offentlige anskaffelser, i: Udførelse av offentlig opgave via kontrakt, red. Naundrup Olesen, Karsten & Steinicke, Michael, Jurist og Økonomforbundets forlag, København 2004, s. 61–98.
- Krüger, Kai, Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter, Lov og Rett 2004, s. 360–378.
- Krüger, Kai, Ban-On-Negotiations in Tender Procedures: Undermining Best Value for Money? 4 Journal of Public Procurement [2004], s. 397–436.
- Lavin, Rune, Lagrådet och den offentliga rätten 1999–2001, Juristförlaget i Lund, Lund 2001.
- Lever, Jeremy, The EC State Aid Regime: Need for Reform, i: The Law of State Aid in the European Union, red. Biondi, Andrea, Eeckhout, Piet & Flynn, James, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 303–321.
- Lidström, Anders, Kommunsystem i Europa, Liber, 2:a uppl., Stockholm 2003.
- Lilli, Marco, Konkurransutsettning av kommunale oppgaver når kommunen opptrer med to hatter, Lov og Rett 2004, s. 43–71.
- Lindquist, Ulf, Kommunala befogenheter, Norstedts, 6:e uppl., Stockholm 2005.
- Lindqvist, Rafael, Organisation och välfärdspolitik, i: Lindqvist, Rafael, (red.) Organisation och välfärdsstat, Studentlitteratur, Lund 1998, s. 9–24.
- Lindseth, Anne Kristin, Offentlig privat samarbeid – i lys av «OPS-avtalene for Høybråten skole», Universitetet i Oslo, Det Juridiske Fakultet, Institutt for privatrett, Skriftserie 174, 2009.
- Lopdrup, Kurt & Staun, Preben, OPP i praksis: En ny skole i Vildbjerg, i: Bukh, Per Nikolaj, & Korsager, Torben (red.), Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab, Børsens Forlag, København 2006, s. 76–101.
- Losman, Sten & Löfving, Carl, Kommunala driftsformer, Publica, Stockholm 1992
- Madell, Tom, Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, Norstedts, Stockholm 1998. Ak. avh.
- Madell, Tom, Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalsslut och rättsverkningar, Norstedts, Stockholm 2000.

- Madell, Tom, Caveat commune – en ny syn på kommunal verksamhet?, TFR 2001, s. 747–88.
- Madell, Tom, Kvalitetsgarantier inom kommunal verksamhet, SvJT 2002, s. 483–513.
- Madell, Tom, Gråzonen mellan offentlig rätt och privaträtt – forskning i dag, FT 2002, s. 221–227.
- Madell, Tom, Privatiseringen och den rättsvetenskapliga forskningens framtid, FT 2003, s. 583–93.
- Madell, Tom, Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeavtal, i: Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna, Mäkinen, Eija (red.), Tammerfors 2005, s. 225–254.
- Madell, Tom, Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig–privata partnerskap?, i: Svensk rätt i EU – en antologi, Edström, Örjan (red.), Iustus, Uppsala 2007, s. 35–59.
- Madell, Tom, Är kundvalssystem med auktorisation inom vård- och omsorgssektorn förenliga med upphandlingsreglerna?, i: Öka konsumentnyttan inom vård och omsorg – förslag för konkurrens och ökat företagande, Konkurrensverkets rapportserie: 2007:3, s. 123–202.
- Madell, Tom & Lundberg, Sofia, Skall vi singla slant? Om försäljning av offentliga tillgångar, Konkurrensverket, Stockholm 2008.
- Marcusson, Lena, Mot en ny kommunalrätt. Om den rättsliga regleringen av kommunal verksamhet. Iustus, Uppsala 1992.
- Marcusson, Lena, Avtal mellan det allmänna och enskilda, i: Utvecklingslinjer inom avtalsrätten, Sandgren, Claes, (red.), Norstedts, Stockholm 1993, s. 51–64.
- Martimort, David, Introduction to the IJLO Symposium on Public/Private Partnerships, 26 International Journal of Industrial Organization [2008], s. iii–iv.
- Martimort, David & Pouyet, Jerome, To build or not to build: Normative and positive theories of public–private partnerships, 26 International Journal of Industrial Organization [2008], s. 393–411.
- Mathiassen, Jørgen, Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private, Juristforbundets forlag, København 1974. Ak. avh.
- Mehta, Jayant, State aid and Procurement in PPPs – Two Faces of a Single Coin?, 2 European Public Private Partnership Law Review [2007], s. 141–152.

- Mäkinen, Eija, Markanvändningsavtal och planläggning, Retfærd 2001, s. 54–71.
- Mörth, Ulrika & Sahlin-Andersson, Kerstin (red.), Privatoffentliga partnerskap; Styrning utan hierarkier och tvång?, SNS förlag, Stockholm 2006.
- Mörth, Ulrika, Partnerskap och demokrati – en fråga om effektivitet eller deliberation?, i: Mörth, Ulrika & Sahlin-Andersson, Kerstin (red.), Privatoffentliga partnerskap; Styrning utan hierarkier och tvång?, SNS förlag, Stockholm 2006, s. 38–56.
- Neergaard, Ulla, Public Service concessions and related concepts – the increased pressure from community law on member states’ use of concessions, Public Procurement Law Journal 2007, s. 387–409.
- Nicolaidis, Phedon, Kekelekis, Mihalis & Buyskes, Philip, State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners. EIPA Code 2005/03, 2005.
- Nilsson, Jan-Eric, Nya vägar för infrastruktur; Offentlig–privat samverkan, SNS Förlag, Stockholm 2009.
- NOU dnr 2000/339-22, Yttrande över Ds 2000:65 Alternativ finansiering genom partnerskap.
- NOU info december 2001.
- NOU info december 2002.
- NOU info mars 2004.
- NOU info juni 2004.
- NOU info oktober 2004.
- NOU info mars 2005.
- NOU dnr 2005/0121-29
- NOU dnr 2006/0068-29.
- NOU, EG-kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, 2004-06-17, Dnr 2004/0143-22.
- Offentligt–privat partnerskap, Sveriges Kommuner och Landsting, Stockholm 2005.
- Pedersen, Kristian, Ramavtal och offentlig upphandling – nya bestämmelser för den klassiska sektorn, ERT 2005, s. 42–60.
- Pedersen, Kristian, Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna – några kommentarer till Europeiska kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv, ERT 2006, s. 575–592.
- Pedersen, Kristian & Olsson, Erik, *Commission v Germany: A new Approach on In-house Providing?* 19 Public Procurement Law Review [2010], s. 33–45.

- Petersson, Olof, Rättsstaten; Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik, Norstedts, Stockholm 1996.
- Quigley, Coner & Collins, Anthony, EC State Aid Law and Policy, Hart Publishing, Oxford 2003.
- von Quitzow, Carl Michael, State Measures Distorting Free Competition in the EC, Kluwer Law International, Haag 2002.
- Roe, Sally & Lessenich, Christof, Defence Procurement – Commission Proposals and EDA Code of Conduct, 1 European Public Private Partnership Law Review [2006], s. 33–35.
- Rubach-Larsen, Anne, Competitive Dialogue, i: The New EU Public Procurement Directives, Nielsen, Ruth & Treumer, Steen (red.), Djøf Publishing, København 2005, s. 67–79.
- Saunders, Cheryl, & Yam, Kevin K. F., Government regulation by contract: Implications for the rule of law, 15 Public Law Review [2004], s. 51–70.
- Schefold, Dian, Zur Gestalt der Regionen, i: Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg zum siebzigsten Geburtstag, Eds. Charlotte Gaitanides et al, Nomos, Baden-Baden 2005, s. 288–308.
- Simonsson, Ingeborg, State Aid Supervision and Enforcement in Sweden, ERT 2006, s. 622–643.
- Sinnaeva, Adinda, State Aid Procedures: Developments Since the Entry Into Force of the Procedural Regulation, CMLR [2007], s. 965–1033.
- Slavicek, Michael, Upphandlingens olika ansikten, ERT 2002, s. 15–34.
- Statskontoret, Granskning av ärendehanteringens av markanvisningen i sex kommuner. Dnr 2005/395-5, 2005.
- Statskontoret, Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal (s.k. avknoppning) – kommunalrättsliga och EG/EU-rättsliga aspekter, Dnr 2008/59-5.
- Stattin, Daniel, Kommunal aktiebolagsrätt, LitteraturCompagniet AB, Stockholm 2004
- Steinicke, Michael, Privilegerede virksomheder og EU-Retten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002.
- Steinicke, Michael, Tilbudsindhenting i bygge- og anlægssektoren, Nyt Juridisk Forlag, København 2003.
- Steinicke, Michael, Konkurrencepræget dialog – præsentation af en ny bestemmelse i udbudsreglerne, i: Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005, Godsk Pedersen, Hans Viggo (red.), Jurist og Økonomforbundets forlag, København 2005, s. 273–286.
- Steinicke, Michael & Groesmeier, Lise, EU's Udbudsdirektiver med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2008.

- Steinicke, Michael, Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis, i: Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2009, s. 260–273.
- Steinicke, Michael, Public Contracts Through Procurement – Can There Still Be State Aid?, i: The Pros and Cons of Competition in/by the Public Sector, Konkurrenceverket 2009, s. 136–163.
- Steinicke, Michael, Anvedelsen af konkurrencepræget dialog i forbindelse med udbud af bygge- og anlægsopgaver, i: Festskrift til Dansk Selskab for Byggeret, København 2009, 289–300.
- Strömberg, Håkan, under medverkan av Bengt Lundell, Allmän förvaltningsrätt, Liber, 22 uppl., Malmö 2003.
- Sundstrand, Andrea, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, Norstedts, Stockholm 2006.
- Svenska kommunförbundet, Valfrihet och kundvalssystem i kommunal verksamhet – underlag för lokala bedömningar, Stockholm 2001.
- Svenska kommunförbundets cirkulär 2003:109.
- Sveriges Kommuner och Landsting, Kommunallagen; Kommentarer och praxis, 2006.
- Söderström, Lars, m.fl., Privatiseringens gränser; Perspektiv på välfärdspolitiken, Välfärdspolitiska rådets rapport 2000, SNS förlag, Stockholm 2001.
- Tophøj Sørensen, Michael, Offentlige-private partnerskaber og byomdannelse, i: Festskrift til Orla Friis Jensen, Fast Ejendoms Ret – synsvinkler & synspunkter, Ramhøj, Lars (red.), Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2007, s. 269–289.
- Treumer, Steen, Competitive dialogue, 13 Public Procurement Law Review [2004], s. 178–186.
- Treumer, Steen, Recent Trends in the Case Law from the European Court of Justice, i: The New EU Public Procurement Directives, Nielsen, Ruth & Treumer, Steen (red.), Djøf Publishing, København 2005, s. 17–28.
- Tuori, Kaarlo, Har förvaltningsrätten en framtid?, FT 2003, s. 553–73.
- Tvarnø, Christina D., Nogle særlige karakteristika ved partneraftaler i byggebranchen, UfR B 2003, s. 366–371.
- Tvarnø, Christina D., Partneraftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder, i: Julebog 2003, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2003, s. 249–268.
- Tvarnø, Christina D., Public private partnership in the European Union, i: The New EU Public Procurement Directives, Nielsen, Ruth & Treumer, Steen (red.), Djøf Publishing, København 2005, s. 183–194.

- Ulfvarson Östlund, Maria, Avtal för markexploatering – en strukturanalys av åtaganden, Fastighetsteknik, Kungliga Tekniska Högskolan, Stockholm 2002. Ak. avh.
- Uldall, Mads, Offentlig-privat samarbejde i byomdannelse, i: Bukh, Per Nikolaj, & Korsager, Torben (red.), Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab, Børsens Forlag, København 2006, s. 165–181.
- Vahlne Westerhäll, Lotta, Statlig och kommunal styrning av social trygghet – försörjningsbehov som en rättssäkerhetsfråga, i: Vahlne Westerhäll, Lotta, (red.), Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten, Norstedts, Stockholm 2002, s. 22–47.
- Vestergaard, Thomas, Bedre byggeri gennem partnerskaber, i: Bukh, Per Nikolaj, & Korsager, Torben (red.), Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab, Børsens Forlag, København 2006, s. 35–54.
- Wade, William, & Forsyth, Christopher, Administrative law, Oxford University Press, 8th ed., Oxford 2000.
- Wahl, Nils, Offentlig upphandling och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera?, JT 1997–98, s. 619–625.
- Warnling-Nerep, Wiweka, Kommuners lag- och domstolströts; En undersökning av legaliteten i den kommunala förvaltningen, gränserna för den kommunala självstyrelsen samt statens möjligheter att utöva kontroll och ställa kommuner till ansvar, Juristförlaget, Stockholm 1995.
- Warnling-Nerep, Wiweka, Betydelsen av konstitutionell rätt: Retroaktiv lagstiftning, kommunalt självstyre och europarättens inverkan, i: Festskrift till Fredrik Sterzel, Iustus, Uppsala 1999, s. 379–414.
- Warnling-Nerep, Wiweka, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolströts?, JT 2006–07, s. 384–407.
- Wegener Jessen, Pernille, Forbudet mod statsstøtte i EU, Forlaget Thomson, København 2003.

3 Rättspraxis och övriga avgöranden

3.1 EU-domstolens och Tribunalens avgöranden

Mål 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg, Svensk specialutgåva, s. 69

Mål 70/72, Kommissionen mot Tyskland, REG 1973, s. 813

Mål 120/73, Gebrüder Lorenz GmbH mot Tyskland och Land/Rheinland/Pfalz, REG 1973, s. 1471

Mål 78/76, Steinicke & Weinlig mot Tyskland, REG 1977, s. 565

Mål 61/79, Amministrazione delle finanze dello Stato mot Denkvit italiana Srl., REG 1980, s. 1205

Mål 730/79, Philip Morris Holland BV mot Kommissionen, REG 1980, s. 2671

Mål 290/83, Kommissionen mot Frankrike, REG 1985, s. 439

Mål 234/84, Belgien mot kommissionen, REG 1986, s. 2321

Mål 248/84, Tyskland mot Kommissionen, REG 1987, s. 4013

Mål 40/85, Belgien mot kommissionen, REG 1986, s. 2321

Förenade målen 67, 68 och 70/85, Kwerkerij Gebroeders van der Kooy BV m.fl. mot Kommissionen, REG 1988, s. 219

Mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten, REG 1988 s. 4635

Förenade målen C-62/87 och C-72/87, Exécutif régional wallon och SA Glaverbel mot Kommissionen, REG 1988, s. 1573

Mål 102/87, Frankrike mot kommissionen, REG 1988 s. 4067

Förenade målen 106–120/87, Asteris AE m.fl. mot Grekland och Europeiska ekonomiska gemenskapen, REG 1988 s. 5515

Mål C-142/87, Belgien mot Kommissionen, REG 1990, s. I-959

Mål C-303/88, Italien mot Kommissionen, REG 1991, s. I-1433

Mål C-5/89, Kommissionen mot Tyskland, REG 1990 s. I-3437

Mål C-305/89, Italien mot Kommissionen, REG 1991, s. I-1603

Mål C-41/90, Klaus Höfner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH, REG 1991, s. I-1979

Förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich, REG 1991, s. I-05357

Mål C-320/91, Brottmål mot Paul Corbeau, REG 1993, s. I-2533

Mål C-331/92, Gestión Hotelera Internacional SA mot Comunidad Autónoma de Canarias m.fl., REG 1994, s. I-1329

Förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie och Factortame III, REG 1996, s. I-1029

- Mål C-39/94, Syndicat français de l'Express international (SFEI) m. fl. mot La Poste m.fl., REG 1996, s. I-3547
- Mål T-358/94, Compagnie nationale Air France mot Kommissionen, REG 1996, s. II-2109
- Mål C-24/95, Land Rheinland-Pfalz mot Alcan Deutschland GmbH., REG 1997, s. I-1591
- Mål C-28/95, A. Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2., REG 1997, s. I-4161
- Mål T-234/95, DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH mot Kommissionen, REG 2000, s. II-2603
- Mål T-14/96, Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mot Kommissionen, REG 1999, s. II-139
- Mål T-16/96, Cityflyer Express Ltd mot Europeiska kommissionen, REG 1998, s. II-757
- Mål C-44/96, Mannesmann Anlagenhaus Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GesmbH, REG 1998, s. I-73
- Förenade målen T-126-127/96, Breda Fucine Meridionali SpA (BFM) och Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiera (EFIM) mot Europeiska kommissionen, REG 1998, s. II-3437
- Mål C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV m.fl. mot Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, REG 1998, s. I-4075
- Mål C-288/96, Tyskland mot Kommissionen, REG 2000, s. I-8237
- Mål C-323/96, Kommissionen mot Belgien, REG 1998, s. I-5063
- Mål C-353/96, Kommissionen mot Irland, REG 1998, s. I-8565
- Mål C-360/96, BFI Holding, REG 1998, s. I-6821
- Mål T-46/97, SIC - Sociedade Independente de Comunicação SA mot Europeiska kommissionen, REG 2000, s. II-2125
- Mål C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, REG 1998, s. I-5357
- Mål C-200/97, Ecotrade Srl mot Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS), REG 1988, s. I-7907.
- Mål C-256/97, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), REG 1999, s. I-3913
- Mål T-296/97, Alitalia - Linee aeree italiane SpA mot Europeiska kommissionen, REG 2000, s. II-3871
- Mål C-306/97, Connemara Machine Turf, REG 1998, s. I-8761
- Mål C-404/97, Kommissionen mot Portugal, REG 2000, s. I-4897
- Mål T-613/97, Union française de l'express (UFEX), DHL International

- SA, Federal express international (France) SNC och CRIE SA mot Kommissionen, REG 2006, s. II-1531
- Mål C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA och Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, REG 1999, s. I-5697
- Mål C-83/98, Franska republiken mot Ladbroke Racing Ltd och Europeiska kommissionen, REG 2000, s. I-3271
- Mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121
- Mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S, REG 1999, s. I-8291
- Mål C-324/98, Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, REG 2000, s. I-10745
- Mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, REG 2000, s. I-8377
- Mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035
- Mål C-399/98 Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti och Leopoldo Freyrie mot Commune Milano, REG 2001, s. I-5409
- Mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft, REG 2000, I-11037
- Mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH mot Finanzlandesdirektion für Kärnten, REG 2001, s. I-8365
- Förenade målen T-127, 129 och 148/99, Territorio Histórico de Álava m.fl., REG 2002, s. II-1275
- Mål T-152/99, Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA) mot Kommissionen, REG 2002, s. II-3049
- Förenade målen C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior, REG 2001, s. I-3605
- Förenade målen T-228 och 233/99, Westdeutsche Landesbank mot Kommissionen, REG 2003 s. II-435
- Mål C-237/99, Kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-939
- Mål C-261/99, Kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-2537
- Förenade målen C-280–282/99 P, Moccia Irme SpA, Ferriera Lamifer SpA och Ferriera Acciaieria Casilina SpA mot Kommissionen REG 2001, s. I-4717
- Förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank mot kommissionen, REG 2003, s. II-435
- Mål T-354/99, Kuwait Petroleum (Nederland) BV mot Kommissionen, REG 2006, s. II-1475
- Mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617

- Mål C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner mot Landkreis Südwestpfalz, REG 2001, s. I-8089
- Mål C-59/00, Vestergaard, REG 2001, s. I-9505
- Mål C-92/00, Hospital Ingenieure, REG 2002, s. I-5553
- Mål T-98/00, Linde AG mot Kommissionen, REG 2002, s. II-3961
- Mål C-214/00, Kommissionen mot Spanien, REG 2003, s. I-4667
- Mål C-280/00, Altmark Trans, REG 2003, s. I-7747
- Mål C-283/00, Kommissionen mot Spanien, REG 2003, s. I-11697
- Mål C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, REG 2002, s. I-4685
- Mål C-373/00, Adolf Truley, REG 2003, s. I-1931
- Mål C-18/01, Korhonen m.fl., REG 2003, s. I-5321
- Förenade målen T-116 och 118/01, P & O European Ferries (Vizcaya), SA (T-116/01) och Diputación Foral de Vizcaya (T-118/01) mot Kommissionen, REG 2003, s. II-2957
- Mål T-274/01, Valmont Nederland BV, REG 2004, s. II-3145
- Mål C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy mot Imatran kaupunki, REG 2003, s. I-12139
- Mål C-345/02, Pearle BV m.fl. mot Hoofdbedrijfschap Ambachten, REG 2004, s. I-7139
- Mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1
- Mål C-88/03, Portugal mot kommissionen, REG 2006, s. I-7115
- Mål C-126/03, Kommissionen mot Tyskland, REG 2004, s. I-11197
- Mål C-172/03, Wolfgang Heiser mot Finanzamt Innsbruck, REG 2005, s. I-1627
- Mål C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti och Padania Acque SpA, REG 2005, s. I-7287
- Mål C-234/03, Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, REG 2005, s. I-9315
- Mål C-323/03, Kommissionen mot Spanien, REG 2006, s. I-2161
- Förenade målen C-442 och 471/03 P, P & O European Ferries (Vizcaya) SA (C-442/03 P) och Diputación Foral de Vizcaya (C-471/03 P) mot Europeiska kommissionen, REG 2006, s. I-4845.
- Mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8612
- Mål C-532/03, Kommissionen mot Irland, REG 2007, s. I-11353
- Mål C-15/04, Koppensteiner, REG 2005, s. I-4855
- Mål C-29/04, Kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705
- Mål C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze mot Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato och Cassa di Risparmio di San Miniato SpA., REG 2006, s. I-289

- Mål C-340/04, Carbotermo SpA, Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio, AGESP, REG 2006, s. I-4137
- Mål C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA, REG 2006, s. I-3303
- Mål C-412/04, Kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-619
- Mål C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne, REG 2007, s. I-385
- Mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales mot Transformación Agraria SA och Administración del Estado (Asemfo), REG 2007, s. I-2999
- Mål C-371/05, Kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-110
- Mål C-382/05, Kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-6657
- Mål T-455/05, Componenta mot Kommissionen, REG 2008, s. II-336
- Förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP och Santorso m.fl., REG 2008, s. I-3565
- Mål C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado (Correos), REG 2007, s. I-12175
- Mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl. mot GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, REG 2007, s. I-11173
- Förenade målen C-341–342/06 P, Chronopost SA och La Poste mot Union française de l'express (UFEX) m.fl., REG 2008, s. I-4777
- Mål C-347/06, ASM Brescia SpA mot Comune di Rodengo Saiano, REG 2008, s. I-5641
- Mål C-393/06, Ing. Aiger, REG 2008, s. I-2339
- Mål C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, REG 2008, s. I-4401
- Mål C-480/06, Kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-000
- Mål C-258/07, Kommissionen mot Sverige, REG 2007, s. I-000
- Mål C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuh-technik mot AOK Rheinland/Hamburg, REG 2009, s. I-000
- Mål C-324/07, Coditel Brabant, REG 2008, s. I-000
- Mål C-437/07, Kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-153
- Mål C-536/07, Kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-000
- Mål C-573/07, Sea Srl mot Comune di Ponte Nossa, REG 2009, s. I-000
- Mål C-196/08, Acoset SpA mot Conferenzia Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa m.fl., REG 2009, s. I-000
- Mål C-206/08, WAZV Gotha, REG 2009, s. I-000
- Mål T-244/08, Konsum Nord mot kommissionen, ännu ej avgjort

Mål C-451/08, Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, ännu ej avgjort

Mål C-17/09, Kommissionen mot Tyskland, REG 2010, s. I-000

3.2 Kommissionens beslut

Kommissionens beslut 20.03.1996 (96/34/EG), EGT 1996/L 180/31

Kommissionens beslut 25.11.1998 (1999/646/EG) om Tysklands åtgärder till förmån för InfraLeuna Infrastruktur und Service GmbH, EGT 1999/L 260/1

Kommissionens beslut 2.10.2002 (C(2002)3578fin), London Underground Public Private Partnership (ärende N 264/2002), EGT 2002/C 309/15

Kommissionens beslut 13.05.2003, COMP H3/EP/GS/lc (2003) A/31598D/198

Kommissionens beslut 16.06.2004 (2005/170/EG), om det stöd som Belgien, Nederländerna och Tyskland planerar att genomföra till förmån för konstruktion av en rörledning för transport av propen från Rotterdam till Ruhrområdet via Antwerpen (ärende C 67-69/03), EUT 2005/L 56/15

Kommissionens beslut 30.06.2004 (KOM(2004)2200 fin), Energiskatt på el som förbrukas av tillverkningsindustrin (ärende N 156/2004), EUT 2005/C 137/05

Uppmaning att inkomma med synpunkter enligt artikel 88.2 i EG-fördraget, (ärende C 35/2006 (ex NN 37/2006)), Försäljning av tomtmark under marknadspris, EUT 2006/C 204/03

Kommissionens beslut 20.12.2006 (K (2006) 6719 slutlig), Regionalstöds-karta 2007-2013 (ärende N 431/2006), EUT 2007/C 34

Kommissionens beslut 10.07.2007 (K(2007) 3274 slutlig), Business Case Norrköping (ärende N 791/2006), EUT 2007/C 227/06

Kommissionens beslut 30.01.2008 (C (2008) 311 slutlig) om det statliga stöd som Sverige har genomfört till förmån för Konsum Jämtland ekonomisk förening (ärende C 35/2006 (ex NN 37/2006)), EUT 2008/L 126/3

3.3 Avgöranden från Högsta domstolen

NJA 1980 s. 1

NJA 1981 s. 269

NJA 1997 s. 93

NJA 1998 s. 873

NJA 2000 s. 712

NJA 2007 s. 349

3.4 Avgöranden från Regeringsrätten

- RÅ 1968 ref. 8
- RÅ 1987 ref. 17
- RÅ 2001 ref. 18
- RÅ 2003 ref. 98
- RÅ 2004 ref. 48
- RÅ 2004 not. 61
- RÅ 2005 ref. 10
- RÅ 2005 ref. 62
- RÅ 2008 ref. 26
- RÅ 2008 not. 101
- Regeringsrättens beslut 2000-07-27 (mål nr 2310-2000)
- Regeringsrättens beslut 2000-07-27 (mål nr 2933-2000)
- Regeringsrättens beslut 2002-05-15 (mål nr 4735-2001)
- Regeringsrättens beslut 2002-05-15 (mål nr 5208-2001)

3.5 Marknadsdomstolens avgöranden

- MD 2001:25
- MD 2002:1

3.6 Avgöranden från kammarrätterna

- Kammarrättens i Göteborg dom 1999-10-08 (Mål nr 3859-1999)
- Kammarrättens i Jönköping beslut 2000-03-14 (mål nr 402-2000)
- Kammarrättens i Jönköping beslut 2000-03-14 (mål nr 469-2000)
- Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3888-2000)
- Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3889-2000)
- Kammarrättens i Jönköping beslut 2003-03-22 samt beslut 2005-02-09 (mål nr 803-2002)
- Kammarrättens i Stockholm beslut 2005-07-04 (mål nr 4374-05)
- Kammarrättens i Stockholm beslut 2006-02-08 (mål nr 340-06)
- Kammarrättens i Stockholm dom 2007-02-14 (mål nr 797-06)
- Kammarrättens i Sundsvall dom 2008-04-09 (mål nr 1715-06)
- Kammarrättens i Göteborg dom 2009-02-27 (mål nr 7477-08)
- Kammarrättens i Jönköping dom 2009-07-10 (mål nr 953-09)

3.7 Rättsfall från länsrätterna

Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 1991-99)

Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 2039-99)

Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1144-00)

Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1239-00)

Länsrättens i Jämtlands län dom 2006-05-24 (mål nr 791-05)

3.8 JO-avgöranden

JO:s ärende Dnr 3497-2000

3.9 Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverkets beslut 2009-07-15, Dnr 148/2009, Sävsjö kommuns avtal med Ljunga Park avseende reastaurangskola

Konkurrensverkets beslut 2009-10-06, Dnr 613/2008, AB Nybro Brunns avtal avseende trafikskola och köp av lastbilssimulator

3.10 Engelsk rättspraxis

Good v. Epping Forest District Council [1994] 1 W.L.R. 376

Tesco Stores Ltd. v. Secretary of State for the Environment [1995] 1 W.L.R. 759 (HL)

4 Övrigt

Södertälje kommun, tjänsteskrivelse 2009-10-10, Dnr KS09/384.

Sollefteå kommun, annons och beskrivande dokument, upphandling 2007.

Tyresö kommun, Beskrivande dokument, Badanläggning, dnr 2007-KS158.

Erhvervs- og Boligstyrelsen, Offentlig Privat Partnerskab, Basiskontrakt, April 2004. Se http://www.ebst.dk/file/1411/basiskontrakt_opp.pdf.

Bryggan, Utlåtande rörande marknadsvärdet av fastigheten Sävsjö 12:21 i Sävsjö kommun per 27 augusti 1999. Stockholm 2003-01-16 (Per-Olof Johansson & Lars Fröjd)

Sakregister

A

- allmän kommunal kompetens 61
- allmänintresse 61
- allmännyttiga anläggningar 62
- Altmark 97
- anmälningsplikt 81, 98
- anmälningskyldighet 81, 118
- auktorisering 176
- avtalskompetens 60, 67
- avvägningstest 94

B

- blandekonomisk enhet 41, 43
- brukaravgifter 44, 45
- B-tjänster 155, 156
- byggentreprenad 23, 39, 104, 134
- byggkoncession 37, 178
- bygglov 68
- bygglovsavgift 206
- byggrätt 138

D

- de minimis*-stöd 92
- detaljplan 77
- detaljplanering 68, 202
- direktanvisning 200
- drifttillstånd 177

E

- ekonomisk verksamhet 90
- entreprenadavtal 74, 75
- etableringsfrihet, principen om 41
- ex house 127
- existerande stöd 98
- exploatering 139

- exploateringsavtal 23, 37, 103, 138
- exploateringsersättning 203
- exploateringsprocess 202
- export 92

F

- fastighetsförsäljning 65, 67, 103, 104, 107, 200, 213, 215, 247
- funktionsentreprenad 46, 47
- förbud att bedriva spekulativ verksamhet 241
- förbud att engagera sig i spekulativ verksamhet 62, 63
- förbud att understödja enskild 61, 67
- förbud mot statsstöd, tillämpningsområdet 81
- fördragsbrottstalan 101
- förenklat förfarande 157
- företag, konkurrensrättslig definition 90
- företagshemligheter 75
- förhandlat förfarande 141
- förhandlingsplanering 205
- förmögenhetsförvaltning 64

G

- garantiavgift 86
- generalentreprenad 46
- genomförandeavtal 23, 37, 177, 182, 200, 202, 247
- genomgörandeavtal 138
- god ekonomisk hushållning 65
- goodwill* 87
- gruppundantag 97

- H**
horisontella stöd 94
- I**
icke-diskriminering, principen om 42, 57, 130, 185, 245
illojal maktanvändning, 70
In house 127
institutionella offentlig-privata partnerskap 38, 40
intraprenad 127
IOPP, 38, 40, 41, 42, 44, 56, 63, 64, 74, 129
- J**
justeringar av anbud 152
- K**
kommersiell verksamhet 90
kommunal angelägenhet 69
kommunal kompetens 60, 67
kommunal näringsverksamhet 62
kommunal självstyrelse 59, 60
kommunala bolag 65, 69
koncession 41, 175, 176
koncession, definition 175
koncessionsavgift 189
konkurrensneutralitet 80, 123, 185
konkurrenspräglad dialog 40, 144, 155
konkurrensutsättning 16, 200, 240
kontrollkriteriet 129
korssubventionering 121
kreditgaranti 86
kreditgivare 123
kreditgivning 86
kärnområden, kommunala 68
- L**
La Scala 135, 204, 208, 209
laglighetsprövning 72
legalitetsprincipen 70, 71, 206
letter of intent 56
likabehandlingsprincipen 37, 39, 41, 42, 57, 103, 130, 185, 245
likhetsprincipen 71
likställighetsprincipen 63, 64, 65, 206
local governance 15, 26
local government 15, 26
lokaliseringsprincipen 61
low-profit principle 121
- M**
markanvisning, kommunal 211
markanvisningsavtal 207
markexploatering 136, 200, 246
marknadsekonomiska investeringsprincipen 84, 85
marknadsskadeavgift 172
medborgarkontroll, 72
myndighetsutövning 17, 68, 91, 177
- N**
New Public Management, 15, 26
näringslivsbefrämjande åtgärder 65
näringslivsstöd 65, 67
- O**
oanmälda stöd 100
objektivitetsprincipen 71
offentlighetsprincipen 69, 74
OPS 20, 22, 26, 34, 36, 39, 47, 64
- P**
planavgift 206
planmonopol 77, 202, 242
PPP 20, 21, 33
preliminär procedur 99
privatisering 15, 18
Procedurförordningen 98
projektering 46
proportionalitetsprincipen 37, 39, 57, 126, 130, 131, 185, 245

Public Private Partnership 20, 33

R

regionalstöd 94
rättshandlingsförmåga 67

S

samhandelskriteriet 89, 92
samverkansavtal 202, 207
sektorsspecifika stöd 94
Selektivitetskriteriet 89
selektivt förfarande 140
självkostnadsprincipen 62, 63, 67,
241
skadestånd 167, 171
skadeståndsansättning 82
skuggavgifter 44, 45
skuggtullar 44, 45
snedvridning av konkurrensen 89, 91
speciell kommunal kompetens 61
stand still-kravet 81, 93, 99, 102
statliga medel 88
statliga stöd, definition 82
step-in-klausuler 123
stöd 82
stöd, definition 82
SYSAV-målet 128

T

Teckalkriterierna 127
tjänstekoncession 37, 39, 104, 182,
189

tjänster av allmänt ekonomiskt
intresse, 62, 90, 93, 106
tjänster av allmänt ekonomiskt intresse,
definition 97
tjänster av allmänt intresse 62
totalentreprenad 46
transparens 37, 130
transparensprincipen 39, 57, 185,
245

U

undantag från artikel 107.1 93
underentreprenader 180
underpris 87
urvalsupphandling 158
utförandeentreprenad 46

V, W

välfärdsstat 18

Å

återkrav 100

Ö

ömsesidigt erkännande, principen
om 37, 39, 57, 126, 130, 185, 245
öppet förfarande 140
överprövning 154, 162

