



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Li Christensen

**Offentliga och privata samarbetsavtal angående
kommunala bygg- och anläggningskontrakt**

**- Särskilt angående EG-rättens inverkan på
juridiskt tveksamma exploateringsavtal.**

Examensarbete
20 poäng

Reinhold Fahlbeck

Förmögenhetsrätt

VT 2005

Innehåll

FÖRORD	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Syfte	4
1.3 Metod och material	4
1.4 Avgränsningar	5
1.5 Disposition	5
2 GENOMFÖRANDEAVTAL	6
2.1 Exploateringsavtal	7
2.2 Exploateringsavtalets rättsliga grund.	8
2.3 Klassiska problem rörande exploateringsavtal	9
3 OFFENTLIGRÄTTSLIGA- RESPEKTIVE PRIVATRÄTTSLIGA AVTAL	11
3.1 Den kommunala avtalskompetensen	12
3.2 Exploateringsavtalen – en juridisk gråzon	13
4 NYA SAMARBETSFORMER MELLAN DET OFFENTLIGA OCH ENSKILDA	16
4.1 Bakgrund – ett nytt behov har skapats	16
4.2 Nya samarbetsformer i relation till bygg- och anläggningsavtal	17
4.3 PPP och den rättsliga regleringen	17
4.4 För- och nackdelar med PPP	19

5	LOU OCH DE BAKOMLIGGANDE EG-DIREKTIVEN	21
5.1	LOU:s reglering av överprövning och skadestånd	23
5.2	LOU - ett icke komplett införlivande av upphandlingsdirektiven?	24
5.3	Nytt EG-direktiv om offentlig upphandling	27
5.4	Upphandlingsregelverkets betydelse för exploateringsavtalen	28
5.4.1	Exploateringsavtal som omfattas av LOU	29
6	LA SCALA-MÅLET	31
6.1	Bakgrund	31
6.2	EG-domstolens avgörande i La Scala målet	32
6.3	La Scala-målet och svenska exploateringsavtal	33
7	ESKILSTUNA-MÅLET	36
7.1	Bakgrund	36
7.2	Domstolens avgörande i Eskilstuna fallet	38
7.3	EG-kommissionens formella underrättelse rörande Eskilstuna kommuns exploateringsavtal	39
7.4	NOU:s ställningstagande Eskilstuna-målet	41
8	AVSLUTANDE KOMMENTARER	43
8.1	Rättsläget i Sverige	44
8.2	La Scala-målet	45
8.3	EG-rättens påverkan på svensk rätt	46
	KÄLL – OCH LITTERATURFÖRTECKNING	49
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	53

Förord

Jag vill främst jag tacka Tom Erik Madell för all hans hjälp. Du är en pärla! Min handledare, Reinhold Falbeck, som tålmodigt har väntat på att detta arbete skall slutföras. Niklas Lindbom, för sitt obetingade stöd genom hela juristutbildningen och så även under denna uppsats.

Förkortningar

FBL	Fastighetsbildningslagen (1970:988)
JB	Jordabalken (1970:994)
KL	Kommunallagen (1991:900)
LOU	Lagen om offentlig upphandling (1992:1528)
PLB	Plan- och bygglagen (1987:10)
RF	Regeringsformen
VAL	Lagen (1939:608) om enskilda vägar samt anläggningslagen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I Sverige uppgår den offentliga upphandlingen till ca 400 miljarder kronor per år.¹ Ur ett samhällsekonomiskt perspektiv finns det därför ett stort intresse av att den offentliga upphandlingen är effektiv och ändamålsenlig. Inte minst med tanke på att 400 miljarder kronor motsvarar nästan en femtedel av bruttonationalprodukten.² Lagen om offentlig upphandling verkar inom Sveriges gränser och samverkar med annan lagstiftning, den befintliga konkurrenssituationen samt sedvänja på marknaden. I och med att Sverige är medlem i EU måste vi följa, inte enbart upphandlingsdirektiven, utan också de rättsprinciper dessa bygger på. Den offentliga verksamheten i Sverige och Europa idag måste således tillämpa ett strikt regelverk, där tröskelvärden, ramlagstiftning och rättspraxis utgör stommen av och begränsningen i deras autonomi.

I kölvattnet av marknadsanpassning inom den offentliga sektorn, privatisering samt konkurrensutsättning följer olika former av samarbetsformer mellan den offentliga och privata sektorn. Det allmänna sluter i dagens Sverige allt som oftast samarbetsavtal med enskilda personer och företag. I dessa avtalsförhållanden uppstår många gånger juridiska frågor och problemställningar. Detta har medfört ett intresse för de nya olika modellerna för samarbete mellan det offentliga och privata näringslivet.

En typ av samarbetsavtal som har varit föremål för debatt de senaste åren är de s.k. exploateringsavtalen, vilka sluts mellan kommuner och privata exploatörer angående kommunala bygg- och anläggningskontrakt.

Exploateringsavtal används i Sverige för att reglera genomförandet av ett bygge inom ett markområde. Avtalet tecknas mellan kommunen och exploatören och behandlar en mängd frågor som berör ansvarsfördelningen mellan parterna. I avtalen regleras både detaljplanens genomförande, kostnadsfördelning samt parternas rättigheter och skyldigheter gentemot varandra. Detta innebär att avtalet berör såväl tekniska som juridiska och ekonomiska frågor.

Exploateringsavtalen har alltid i sig varit mycket speciella juridiska företeelser, då dessa inte finns direkt lagreglerade i den svenska lagstiftningen. Lagstiftningen sätter således ej helt tydliga gränser för vad som är tillåtet, vilket har inneburit att kommunerna har erhållit ett stort handlingsutrymme. Inom den kommunala verksamheten sluts exploateringsavtal många gånger utan föregående kommunal upphandling. Ett klagande av dessa gränser är således en fördel för såväl de privata näringsidkarna, som för de kommuner som inleder förhandlingar av detta

¹ Andersson, Roger, Praktisk kommunal upphandling, förvaltningshögskolans rapporter, rapport nr 50, Göteborgs universitet, 2002

² Statistiska centralbyråns hemsida 2005-02-10

slag. Sverige var exempelvis i november 2004 väldigt nära att dras inför EG-domstolen vad gäller ett exploateringsavtal som slöts i Eskilstuna.

Enligt många uppfattning strider det mot mot EG:s upphandlingsdirektiv att ingå den typen av avtal utan föregående upphandling. Det finns idag ett EG-rättsligt gränsdragningsproblem som gärna uppstår mellan offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, koncessioner eller kontrakt om offentliga/privata samarbeten. Hur genomförandeavtalen ska avgränsas och hanteras i relation till upphandlingsverket är i Sverige och nordnorden idag osäkert.³

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att utröna hur EG-rätten påverkar de juridiskt tveksamma exploateringsavtalen som ingås mellan kommuner och privata exploatörer. Jag kommer främst härunder att lägga vikt på offentliga och privata samarbetsavtal angående kommunala bygg- och anläggningskontrakt.

Utifrån frågeställningen kommer jag att utreda huruvida EG-rätten de facto fastslagit var gränsdragningen går angående när ett exploateringsavtal skall vara föremål för offentlig upphandling eller ej. Av mer specifikt intresse är hur EG-rätten har påverkat och påverkar den svenska lagstiftningen om när offentlig upphandling skall ske. La Scala-målets inverkan på exploateringsavtal samt EG-domstolens yttrande i Eskilstuna fallet är här avgörande för hur man bör se på frågan även i svensk rättstillämpning.

1.3 Metod och material

I förvarande examensarbete har jag använt mig av en rättsdogmatisk metod. Underlaget till detta arbete består främst av sedvanliga juridiska källor såsom doktrin, lagtext samt rättspraxis. Jag har även använt mig av vissa nordiska rättsvetares uttalanden och kunskap, i form av rättsvetenskapliga artiklar, samt ett föreläsningsunderlag av Tom Madell.

Det är främst La Scala-målets påverkan på svenska offentliga och privata samarbetsavtal angående kommunala bygg- och anläggningskontrakt, som är det relativt fasta ramverket för detta arbete. Givetvis sker detta med utgångspunkt i svensk lagstiftning och rättspraxis, där Eskilstunamålet utgör en naturlig utgångspunkt.

³ Krüger, Kai, Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter, Lov og rett Norsk Juridisk Tidsskrift, Nr 6. 2004 s. 360

1.4 Avgränsningar

Jag har på grund av utrymmesbrist valt att inte i detalj fördjupa mig i vad som materiellt får och inte får regleras i svenska exploateringsavtal. Därutöver har jag valt att lägga fokus på de svenska exploateringsavtalen, och således ej mer ingående utröna hur exploateringsavtalen regleras under andra länders nationella lagstiftningar. Trots att jag använder de svenska förhållanden som utgångspunkt, är den offentliga upphandlingen konventionsbaserad. Detta innebär att EU-domstolens avgörande måste tas i beaktande för att kunna utröna den gällande svenska rätten. Jag har även valt att inte göra någon historisk genomgång av de regler som tidigare har omgärdat byggande och exploateringsavtal. Synpunkter som har framkommit i tidigare förarbeten och praxis kanske skulle ge läsaren en bredare bild av ämnet, men jag har valt att inte använda mig av det materialet i detta arbete.

1.5 Disposition

Jag kommer att inleda med en beskrivning av genomförandeavtal i stort, för att ge en bakgrund till problemställningarna. Därefter beskriver jag den kommunala formella avtalskompetensen och den bakomliggande lagstiftningen. Då inträdet i EU tillsammans med den övriga utvecklingen inom offentlig upphandling har ställt många frågor på sin spets, ger jag därefter en översikt över de nya formerna av samarbete mellan myndigheter och enskilda näringsidkare. De två för detta arbete viktigaste rättsfallen, La Scala-målet och Eskilstuna-målet, går därefter igenom, varpå arbetet avslutas med en genomgång samt egna slutsatser.

2 Genomförandeavtal

Då en befintlig bebyggelse skall förtätas eller ett markområde ska bebyggas, och detta ska genomföras av en professionell exploatör, skrivs allt som oftast ett genomförandeavtal mellan kommunen och exploatören.

Genomförandeavtalet ingås således mellan en kommun och en exploatör, t.ex. ett större byggföretag, för att tillgodose olika stadsplaneringsbehov samt för att reglera utförandet och kostnaderna.⁴ Avtalen skrivs ofta för att genomföra markexploateringar på ett kontrollerat och enkelt vis. Frågor som kan bli föremål för reglering genom avtal är vad som skall byggas och när det skall byggas. Avtalen reglerar även vem som skall betala olika exploateringskostnader och vem som skall ansvara för kommunaltekniska anläggningar.⁵

Markexploatering innebär att markanvändningen inom ett område förändras genom att ny bebyggelse uppförs. En markexploatering kan vara alla de åtgärder som krävs för att bygga dels bostäder, kontor m.m. dels kompletterande gemensamma anordningar så som gator, vägar, värmeanläggningar. Markexploatering är alltså en process som löper från inledande initiativ till förändring, till dess att bebyggelse och anläggning är färdigställda. Varje markexploatering är olika och exploateringsprocessen anpassas därför till förutsättningarna i varje enskilt fall.⁶ Trots varje markexploaterings speciella särdrag är ägarförhållandena, samt fastighetsägarens/byggherrens roll i samband med upprättandet av detaljplanen, de två faktorer som särskilt påverkar hur processen ska se ut.

Avtal för markexploatering reglerar som ovan nämnt genomförande av byggande inom ett markområde. Genom avtalen regleras en mängd frågor mellan de olika aktörerna som inte kan regleras i en detaljplan. Genomförandeavtal är ett samlingsbegrepp för en avtalstyp som ofta används när exploateringar genomförs av professionella byggherrar, exploatörer. Dessa kan sedan indelas i två typer av avtal, exploateringsavtal och markanvisnings- eller markupplåtelseavtal. Skillnaden mellan dessa båda begrepp är relevant. Vid ett exploateringsavtal äger byggherren - eller exploatören - den aktuella fastigheten som skall bebyggas när avtalet ingås. Vid ett markanvisnings- eller markupplåtelseavtal är kommunen den ursprungliga ägaren.⁷ När nya områden skall byggas ut är det vanligt att kommuner använder markanvisningstävlingar. På detta vis inkommer anbud

⁴ Enligt Thomas Miller innebär termen genomförandeavtal ”ett civilrättsligt avtal mellan kommun och byggherre som fastställer gemensamma mål... eller reglerar parternas rättigheter och skyldigheter i samband med en markexploatering”. Miller, Thomas, Genomförandeavtal i exploateringsprocessen, Svenska Kommunförbundet, 1993 s. 1.

⁵ Docent Tom Madells föreläsningsunderlag angående genomförandeavtal, 2004, s. 1ff

⁶ Kalbo, Thomas, Markexploatering, Juridik, ekonomi, teknik och organisation, Stockholm: Tekniska Högskolan 1998, s. 25

⁷ Madell, Tom, Det allmänna som avtalspart – Särskilt avseende kommunens kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, Norstedts Juridik, AB, 1998, s. 268

på områdets bebyggande. Den byggherren som går vinnande ur tävlingen får då genom genomförandeavtalet överta den kommunägda marken, genomföra exploateringen för att sedan överlämna de anläggningar som skall betjäna området till kommunen. Enligt Madell har ett annat förfarandesätt varit att förhandlingar förts direkt med ett större byggföretag. Här har relationen mellan parterna ansetts utgöra två olika delar; en traditionell fastighetsförsäljning och ett exploateringsavtal, där ett anbuds förfarande inte har ansetts nödvändig.⁸

2.1 Exploateringsavtal

Exploateringsavtal är ett civilrättsligt avtal om exploatering av exempelvis mark.⁹ Exploateringsavtal ingås mellan en kommun och en s.k. exploatör angående de villkor som gäller för genomförandet av exploateringen. Med exploatör menas den person eller det företag som ansvarar för markexploateringen. Exploateringsavtalen reglerar de rättigheter och skyldigheter parterna har samt genomförandet av en exploatering för bebyggelse.¹⁰ Avtalen anger ofta vilka åtaganden som gäller för olika typer av anläggningar eller skyldighet att bekosta dessa. Många gånger är åtaganden kopplade till markområden och/eller rättigheter därtill.¹¹ Dessa åtaganden kan innebära olika marköverlåtelse. De kan även gälla andra rättighetsupplåtelse som är kopplade till marken.¹²

Exploateringsavtalet är ett civilrättsligt avtal som begreppsmässigt inte är preciserat i lag eller författning.¹³ Begreppet i fråga används därför i flertalet olika situationer och sammanhang.¹⁴ Avtal för markexploatering berörs dock av de lagregler som reglerar exploatering av bebyggelse, avtal och kommun.

Motiven till att använda avtal för markexploatering är olika. Genom att upprätta sådant avtal kan genomförandet underlättas, då det i avtalet klargörs vem som ska göra vad och när det ska utföras. I exploateringsavtalen regleras ofta även vem som ska stå för kostnaderna. De är avtalsmässiga överenskommelser om marköverlåtelse, avgifter för kommunala gator mm, vilket är smidigare att tillämpa än ett formellt, lagbundet förfarande. Anledningen till att kommunen vill upprätta exploateringsavtal är, framför allt, att det är ett användbart och effektivt

⁸ Madells föreläsningsunderlag angående genomförandeavtal, 2004, s. 1ff

⁹ Hornsved, Guldner, Exploateringsavtal för fritidsbebyggelse på privatägd mark, Svenska kommunförbundet, Kommuntus Förlag AB, Älvsjö, 1991, s. 3

¹⁰ Ulfvarson Östlund, Maria, Avtal för markexploatering – en strukturanalys av åtaganden, Kungliga Tekniska Högskolan, Stockholm, 2002 s. 1ff

¹¹ Ulfvarson Östlund, s. 7

¹² Exempelvis servitut, nyttjanderätt och ledningsrätt samt fastighetsbildning.

¹³ Hornsved, s. 13

¹⁴ Det kan t.ex. vara reglering av ett obetydligt byggande av ett mindre markområde, eller sanering av flera tätortskvarter, nyexploatering av ett stort bostadsområde. Som gemensam nämnare finns endast att ett visst område ska exploateras för bebyggelse.

styrmedel vid genomförandet av en exploatering. Kommunerna får härigenom en slags garanti för att bebyggelsen kommer att utformas i enlighet med kommunens intentioner.¹⁵ Kommunen bestämmer på så vis ramarna för exploateringen.¹⁶ Ovannämnda vill gärna ha garanti för att dess kostnader ska begränsas till ett minimum, och att exploatören ger en praktisk mall för lösning av plan- och genomförandefrågorna.

Exploateringsavtalet medför dock fördelar även för exploatören. Skyldigheter och rättigheter gentemot kommunen är exempelvis angivna och fixerade i avtalet. En av de främsta anledningarna för exploatören att skriva ett sådant avtal är att han därmed erhåller garantier för bebyggelseexploaterings genomförande. Exploatören får således även garantier på att bebyggelseexploateringen sker inom en rimlig tid. Risken att att utgifter uppstår i onödan minimeras därmed. Exploatören är på grund av kommunens planmonopol beroende av att kommunen antar en plan som ligger i linje med hans intentioner om hur marken ska användas. Ett exploateringsavtal blir ofta ett villkor för kommunen att fatta beslut i enlighet med den önskade planläggningen. För byggherren är ett exploateringsavtal ofta en förutsättning för att kommunen skall anta en detaljplan. I någon mening kan man säga att byggherren är tvingad att ingå avtalet med kommunen. Det innebär dock inte att avtalet för byggherren enbart skall beaktas som ett ”nödvändigt ont”. Även byggherren vill givetvis undvika tungrodda lagreglerade förfaranden.¹⁷

2.2 Exploateringsavtalets rättsliga grund.

Exploateringsavtal finns som tidigare nämnts inte reglerade i lagstiftning och omnämns inte heller i någon lagregel. Enligt Maria Ulfvarson Östlund vilar dess rättsliga grund på de lagregler som generellt reglerar exploateringar, samt regler gällande avtal och kommunens befogenheter.¹⁸ Exploateringar vid bebyggelse omgärdas med en mängd lagregler. Avtalen berörs av plan- och bygglagen (PBL) samt till viss del, jordabalken (JB), fastighetsbildningslagen (FBL), kommunallagen (KL) samt lagen om offentlig upphandling (LOU) med flera lagar. Kommunens befogenheter att ta ut avgifter för vatten och avlopp enligt vattenlagen (VAL), lagen om enskilda vägar samt anläggningslagen är ytterligare exempel på lagliga grunder för möjligheten att kräva exploateringsavtal.

Mot bakgrund av ovan nämnda lagregler förhandlas åtaganden fram i exploateringsavtalen. Exploateringsens indirekta beroende av lagregler samt att exploateringar regleras i flera olika lagar medför att exploateringsavtalens rättsliga grund är mångtydig. Enligt Madell vilar dock kommunens

¹⁵ Kalbro, s. 164 ff.

¹⁶ Hornsved, s. 13 f

¹⁷ Kalbro, s. 164 ff

¹⁸ Ulfvarson Östlund, s. 57

rätt kräva exploateringsavtal indirekt på det kommunala planmonopolet, samt de allmänna rättsliga utgångspunkterna som finns i PBL.¹⁹ I PBL stadgas i 6 kap 22 § att "länsstyrelsen får, i den mån det är skäligt, på kommunens begäran föreskriva att markens ägare skall vara skyldig att i den ordning som länsstyrelsen bestämmer bekosta anläggande av gator och vägar samt anordningar för vattenförsörjning och avlopp."²⁰ I 6 kap 19 § PBL stadgas att Länsstyrelsen på kommunens begäran får förordna om att markens ägare utan ersättning skall avstå mark för allmänna platser. Ovan nämnda lagrum används inte alltid på så vis att det utdelats förordnanden av Länsstyrelsen. Lagrummen har dock i praktiken haft en stor betydelse som så kallat "motivation" för exploatören att teckna exploateringsavtal.²¹

När PBL skulle införas diskuterades huruvida det fanns ett behov att i lag reglera exploateringsavtalen. Det hade nämligen under årens gång riktats en del kritik mot hur genomförandeavtal användes. Att direkt lagreglera exploateringsavtalen genom PBL ansågs dock inte vara behövligt.²²

2.3 Klassiska problem rörande exploateringsavtal

Exploateringsavtalens vara eller icke vara har länge varit föremål för diskussion och kritik. Den lagstiftning som berör avtalen har länge ansetts som oklar. Lagstiftningen har heller inte varit anpassad till den förhandlingsplanering som de facto har vuxit fram.²³ Det faktum att PBL saknar regler om genomförandeavtal samt att kommunens handlingsfrihet på plan- och bygglagens område begränsas av en mängd bestämmelser ex LOU har varit föremål för kritik.

Exploateringsavtalen innehåller ofta ett krav om att viss gemensam mark så småningom ska överlåtas till kommunen eller till en anläggnings-samfällighet.²⁴ En sådan utfästelse, om att sälja eller att utan ersättning överlåta fast egendom, inte lagligen bindande.²⁵ Den som har lämnat en sådan utfästelse, kan således inte tvingas att överlåta marken. I brist på tydlig lagreglering angående exploateringsavtal, har det istället vuxit fram viss praxis på området.²⁶ Vi kan finna domstols-avgöranden angående exploateringsavtal från såväl förvaltningsdomstolarna som de allmänna

¹⁹ Madell, (1998), s. 270 ff

²⁰ Plan och bygglag (1987:10) 6 kap 22 §

²¹ Fastighetskonsult Torkel Öste AB, PM 2002-11-08, s. 8

²² Svenska kommunförbundets hemsida, Juridiknytt 2003, nr 4, s. 15 ff.

²³ Madells föreläsningunderlag angående genomförandeavtal, ht 2004.

²⁴ Hornsved, s. 19

²⁵ Hornsved, s. 20 ff

²⁶ Se exempelvis RÅ 1968 ref. 8, RÅ 1975 Ab 487, RÅ 1997 ref 66, Att genomförande-avtal som det allmänna trots kopplingen till offentliga maktbefogenheter kan prövas i allmän domstol visas av NJA 1980 s. 1.

domstolarna. Av den praxis som finns på området går att utläsa att det inte är helt säkert att genomförandavtal alltid är helt lagenliga.

Enligt Madell är inte ovanligt att kommunerna ställer alltför långtgående krav på en enskild exploatör. Detta har gjort att kraven har ansetts vara olagliga. Kommunerna skall ju i avtal även beakta det offentlighetsliga regelverket, och inte ställa mer långtgående krav än vad som tillåtet

Ur en offentlighetslig synvinkel är det förövrigt nämnvärt att en bindning i avtal från kommunens sida före detaljplaneringen inte är förenligt med dess planmonopol och plan- och bygglagens syfte. Genomförandavtalet skall således inte i förväg binda en kommuns planarbete.

3 Offentlighetsrättsliga respektive privaträttsliga avtal

Utifrån regeringsformen (RF) förstås att *det allmänna* i första hand avser stat, kommun och de förvaltningsmyndigheter som företräder dessa offentlighetsrättsliga subjekt. Enligt 1:7 RF utövas beslutanderätten, i såväl primärkommunerna som landstingskommunerna av valda församlingar. Man skiljer ofta mellan den offentliga och privata sektorn. Inom den offentliga sektorn (statliga och kommunala organisationer) fattar det allmänna exempelvis beslut gentemot enskilda. Inom den privata sektorn utgörs aktörerna av enskilda fysiska eller juridiska personer. Det skall dock inte glömmas att ett offentlighetsrättsligt subjekt även kan handla civilrättsligt genom exempelvis ett köp. En kommun rör sig då inom den privata sfären och civilrättsliga bestämmelser är tillämpliga. Detta medför dock inte att den offentliga parten upphör vara en del av det allmänna. Den offentliga rätten innehåller ett spektrum av rättsregler om statens och kommunernas organisation samt myndighetsförfarande.²⁷

Enligt den klassiska modellen klassificeras avtal som offentlighetsrättsliga och civilrättsliga avtal.²⁸ Indelningen av avtal på detta vis har i Sverige enligt Madell mest använts för att besluta om vilken domstol som har jurisdiktion vid en tvist: den allmänna domstolen eller förvaltningsdomstolen. I likhet med andra rättssubjekt har kommuner möjlighet att iklä sig rättigheter och skyldigheter.

Principen *caveat emptor* – ”må köparen akta sig”, härrör ursprungligen från den angloamerikanska rätten.²⁹ I konsumenträttsliga relationer kan man tala om *caveat venditor* – ”må säljaren akta sig”. Madell ifrågasätter om det numera har blivit aktuellt att tala om *caveat commune* – ”må kommunen akta sig” – som ett påtagligt inslag i modern kommunal verksamhet. Kommunal verksamhet är idag så mångfacetterad att civil- och näringsrättsliga regleringar har fått ett stort inflytande. Många gånger är kommunernas kompetens på området inte särskilt reglerad. Detta kan i sin tur medföra mer eller mindre oförutsedda rättsliga konsekvenser. Det är enligt Kleineman inte att rekommendera att lägga ett renodlat privaträttsligt perspektiv till grund för analys av de offentliga myndigheternas avtalskompetens.³⁰

Då gemene man talar om avtal menas i allmänhet ett privaträttsligt avtal. Ingående av avtal betraktas oftast ej som myndighetsutövning. Det gäller i

²⁷ Madell, Tom, (1998), s. 41

²⁸ Den s.k. klassiska modellen har sitt ursprung i Tyskland.

²⁹ Madell, Tom, Caveat Commune - En ny syn på kommunal verksamhet? Jfr 2001 s. 747-781

³⁰ Kleineman, Jan, De offentliga Rättssubjektens avtalskompetens- offentlighetsrättslig reglering med privaträttslig metod, Juridisk Tidskrift, JT 1994-95, s. 951

varje fall om myndigheten inte är bunden av särskilda offentlighetsregler. Beslut som enbart innebär tillämpning av avtal eller privaträttsliga lagregler utgör inte heller myndighetsutövning. Att en kommun har ingått ett avtal med någon utesluter dock inte att myndighetsutövning kan förekomma i ärenden som har anknytning till avtalsförhållandet.³¹ Sådan verksamhet som kommunen utövar i privaträttsliga former räknas dock inte till myndighetsutövning. Utanför begreppet myndighetsutövning faller därför ärenden som avgörs genom att myndigheten träffar avtal med någon enskild. De kommunala nämnderna är förvaltningsmyndigheter, till exempel byggnämnden. Utanför begreppet förvaltningsmyndighet faller däremot de beslutande politiska församlingarna, såsom kommunfullmäktige.³²

3.1 Den kommunala avtalskompetensen

Den kommunala kompetensen avser gränserna för den kommunala verksamheten. Det finns olika typer av kompetens. En kommun har för det första en *allmän kompetens* grundad på KomL. För det andra skall det på vissa områden finnas särskilda föreskrifter om kommunernas och landstingens befogenheter och skyldigheter. Här åsyftas kommunernas *specialreglerade kompetens*. En stor del av den verksamhet som kommunerna bedriver grundar sig på bestämmelser i olika specialförfattningar, så som SoL, PLB, MB.³³

En kommuns kompetens att sluta avtal kan ibland grunda sig på en föreskrift och i andra fall härledas ur den allmänna kommunala kompetensen. Vad gäller den kommunala avtalskompetensen saknas ofta direkt lagstöd. En kommuns rätt att sluta avtal kan dock sägas följa av en kommuns egenskap av självständigt rättssubjekt.³⁴ I egenskap av juridisk person kan kommunen därför ingå avtal och uppträda som part i domstol. Kommuner är i egenskap av offentliga juridiska personer säregna rättssubjekt som skiljer sig från privaträttsliga. Som framgått ovan komplicerar de offentlighetsreglerna bilden i en avtalsrelation. De kommunala befogenheterna är ofta mer långtgående än för privata, samtidigt som de är mer form- eller lagbundna.³⁵ Kommunerna måste därför ofta ta hänsyn till både offentlighetsregler och civilrättsliga regler i sitt agerande.

Specialreglerade verksamheter kompletterar den ovan nämnda allmänna kommunala kompetensen. Dessa kan även i viss mån inskränka kommunens

³¹ Hellners och Malmqvist, Nya förvaltningslagen - med kommentarer, Allmänna förlaget, Stockholm, 1989, s. 153

³² Hellners och Malmqvist, s. 154 ff

³³ Bohlin, Alf, Kommunalrättens grunder, Nordstedts Juridik, Stockholm 2003, s. 83

³⁴ Madell, Tom, Den kommunala avtalskompetensen möjlighet eller begränsning, Steinicke Michael, Naundrup Karsten, Udførelse af offentlig opgave via kontrakt, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004, s. 13 ff

³⁵ Detta är enligt Madell en följd av kommunens avgiftsmakt och beskattningsrätt samt kommunens möjlighet att utfärda förordningar.

handlingsfrihet.³⁶ Förvaltningsbeslut som fattas mot bakgrund av speciallagstiftning överklagas oftast enligt reglerna i förvaltningslagen och förvaltnings-processlagen, eller de bestämmelser som följer av respektive lag samt ibland kommunallagen. I frågor rörande offentlig upphandling överprövas beslut av förvaltningsdomstol enligt 7 kap lagen om offentlig upphandling (LOU). Skadeståndstalan väcks dock enligt samma lag i allmän domstol.

Kommunens handlingsfrihet vad gäller regler i PBL begränsas av både LOU och AvtL. Den kommunala befogenheten begränsas även av KL. Enligt kommunallagens likställighetsprincip ska alla kommunmedlemmar behandlas lika.³⁷ Detta innebär att kommunen skall ha en konsekvent tillämpning av avtalsvillkor i exploateringsituationer som är likvärdiga.³⁸ Illojal maktanvändning får kommunen naturligtvis inte heller använda sig av. Kommunen får inte framtvunga åtaganden från byggherrens sida som går utöver vad kommunen skulle kunna uppnå vid tillämpning av offentlig-rättslig lagstiftning. Den bakomliggande orsaken till att exploatering regleras i avtal kan vara att PBL ej innehåller tillräcklig reglering. En vanlig uppfattning är, enligt Svenska kommunförbundet, att en kommun genom exploateringsavtal kan åstadkomma ett bättre ekonomiskt resultat för kommunen.³⁹

3.2 Exploateringsavtalen – en juridisk gråzon

Att det kan uppstå en gränsdragningsproblematik mellan civilrätt och offentlig rätt framkommer just i samband med exploateringsavtal. Exploateringsavtal har nämligen privat karaktär, samtidigt som vissa förhållanden gällande genomförande av bebyggelse finns reglerade offentlighetsrättsligt. Vid en analys av ett exploateringsavtal som slutits mellan en kommun och en enskild, måste man enligt Madell ta sin utgångspunkt i de olika offentlighetsrättsliga författningarna på det kommunala området.⁴⁰ I alla fall för att fastställa vad kommunen kan avtala om, vem eller vilket organ inom kommunen som har befogenhet att sluta avtal. Det är även offentlighetsrättslig reglering som avgör vilka rättsverkningar som kan följa av eventuella kompetensöverskridande. Hur ett avtal kvalificeras mellan en kommun och ett juridiskt objekt kan skulle även kunna påverkas av på vilket sätt kontrahenterna själva betecknat sig i avtalet.⁴¹ I de flesta exploaterings-avtal uppger kommunen sig som kontrahent.

Vid ingående av ett exploateringsavtal vid bebyggelse verkar man dock traditionsenligt mena att det är kommunen som myndighet som ingår

³⁶ Madell (2004), s. 14

³⁷ Svenska Kommunförbundets Cirkulär, 2003: 109 s. 15

³⁸ Att avgöra vilka situationer som är lika, och vilka som är unika är inte oproblematiskt.

³⁹ Svenska Kommun Förbundets cirkulär, 2003:109 s. 16

⁴⁰ Madell (2004), s. 24

⁴¹ Ulfvarson Östlund, s. 45

avtalet, utan att kanske fundera närmare över varför det är just så.⁴² Konsekvenserna torde enligt Ulfvarsson Östlund vara att det inte är kommunen såsom myndighet som ingår avtalet utan kommunen såsom privat rättssubjekt. Kommunen kan då inte i avtalen reglera frågor som kommunen i egenskap av myndighet ska besluta om.⁴³ Kommunen kan inte heller avtala om att en viss detaljplan ska antas. Detta eftersom detaljplaner antas av kommunfullmäktige, som är en beslutande politisk församling. Exploateringsavtal bör således enligt Ulfvarsson Östlund analyseras i förhållande till den förvaltningsrättsliga regleringen, kommunernas kompetens och den civilrättsliga regleringen av rättshandlingar.

I doktrin gör det att finna ett enda domstolsavgörandet från Högsta Domstolen⁴⁴ angående exploateringsavtal. I rättsfallet kan man utläsa att allmän domstol i ogiltighetsbedömningen av ett avtal kan, och bör, beakta det offentlighetsrättsliga regelverket och göra en egen bedömning av om detta överskridits. Om offentlighetsrättsliga regler överskrids kan detta därmed leda till att ett avtal även blir ogiltigt enligt avtalsrättsliga regler. Rättsfallet visar att även om ett förvaltningsbeslut inte överklagats kan en prövning av gränserna för de krav en myndighet har rätt att uppställa för att bevilja ett tillstånd göras i civilrättslig ordning. Detta har indirekt ansetts betyda att exploateringsavtal i princip är civilrättsligt giltiga.⁴⁵

Svenska kommunförbundet definierar exploateringsavtal som civilrättsliga avtal som inte är preciserade i lag eller författning.⁴⁶ När avtal som kommuner ingår skall bedömas måste man skilja mellan intern förvaltningsrättslig bedömning och extern civilrättslig. Ett exploateringsavtal måste enligt Madell vara konstruerat så, att det inte åsidosätter offentlighetsrättsliga bestämmelser på området. Kommunen kan givetvis inte heller kräva att den enskilde ska göra något, som kommunen enligt förvaltningsrättslig lagstiftning är förbjuden att kräva. Gränser för vad som kan avtalas i exploateringsavtalen finns i PBL samt genom förvaltningsrättsliga principer.⁴⁷ Trots detta finns det stor frihet att i avtalen reglera sådant som inte närmare specificeras i PBL. Kommunen har ett övertag genom det lagstadgade planmonopolet. Detta innebär dock inte att den enskilde inte kan anses ha möjlighet att påverka innehållet i exploateringsavtalet.⁴⁸ Exploateringsavtal tycks således enligt doktrin befinna sig i en slags gråzon mellan å ena sidan ren myndighetsutövning av offentliga organ, å andra sidan ett klart civilrättsligt avtal. Rättsläget beträffande exploateringsavtalen är således i stora delar osäkert.⁴⁹

⁴² Ulfvarsson Östlund, s. 60 ff

⁴³ Till exempel att bygglov ska medgivas.

⁴⁴ NJA 1980 s. 1

⁴⁵ Ulfvarsson Östlund s. 61

⁴⁶ Hornsved, s. 7.

⁴⁷ Madell, (2004), s. 25 ff

⁴⁸ Madell (2002), s. 126

⁴⁹ Bengtsson, Bertil, Speciell Fastighetsrätt Miljöbalken, 8 uppl., Iustus Förlag AB, Uppsala 2003, s. 60

Enligt Madell har det även bildats en gråzon där det är accepterat att exploatören gör ett större kostnadsåtagande eller någon annan utfästelse, än vad han egentligen kan tvingas till enligt gällande rätt.⁵⁰ Exploatören kan alltid åberopa ogiltighetsreglerna i avtalslagen, men det är inte särskilt vanligt att exploatören väcker talan. Exploatören vill troligen att exploateringen genomförs. Madell menar att det med största sannolikhet finns ett högt mörkertal vad gäller avtal där kommunen har överskridit sin kompetens. Det är i realiteten ej särskilt vanligt att de enskilda parterna ifrågasätter avtalens giltighet, särskilt inte om båda parter anser sig tjäna på avtalet.⁵¹ Det är svårt att med säkerhet ange var gränsen för det tillåtna går. Såvida inte en kommun på ett otillbörligt sätt utnyttjar sin makt, behöver det inte ligga någon betydande motsägelse mellan de tvingande rättsreglerna och ovan nämnda gråzon.⁵² Det finns dock praxis som begränsarexploatörens kostnadsåtagande. En enskild kan exempelvis inte genom avtal förpliktigas att erlagga mer, än vad en kommun med stöd av offentlighetsprinciper kan kräva.⁵³ Det finns även begränsningar i möjligheten att genom entreprenadavtal överlämna offentliga uppgifter till enskild. I 3:16 KL föreskrivs att kommuner efter beslut av fullmäktige får lämna kommunala angelägenheter till enskild, t.ex. genom avtal om entreprenad drift. Det är viktigt att den, som ska handha uppdraget vid kommunala driftentreprenader, utses genom upphandlingsreglerna i LOU.

⁵⁰ Madell, (1998), s. 273 ff

⁵¹ Madell, (2004), s. 25 ff

⁵² Ett sätt för kommunen att utnyttja ovan nämnda maktbefogenheter kan vara att tvinga till sig ett alltför fördelaktigt avtal.

⁵³ Jfr RÅ 1997 ref. 66. En kommun tog ut planavgift enligt taxa utan att beakta de kostnader ett bolag till följd av ett exploateringsavtal haft för planläggningen. Kommunen hade därmed åsidosatt likställighetsprincipen, då enskilda i samma situation hade behandlats olika.

4 Nya samarbetsformer mellan det offentliga och enskilda

4.1 Bakgrund – ett nytt behov har skapats

Som mer ingående diskuteras nedan, begränsar det direktivbaserade regelverket om offentlig upphandling kommunens genomförande av egna varu- och tjänsteinköp. Detta är särskilt tydligt i jämförelse med förutsättningarna i kommersiella förhållanden. När offentliga myndigheter samarbetar med enskilda får de tåla rådighetsinskränkningar. Detta gäller både i förhållande till överordnad legalitetshänsyn i förvaltningsrätten, och till de EU-baserade reglerna om ickediskriminering, samt varors och tjänsters fria rörelse i den offentliga sektorn. Den offentliga myndighetens agerande begränsas även av stränga krav på beslutandeprocessen, både i form och substans.⁵⁴ Kraven förstärks av att direktiven på ett effektivt sätt måste implementeras i den nationella rätten.

Inom den offentliga sektorn följer privatisering, konkurrensutsättning och marknadsanpassningar som en konsekvens av olika former av samarbete mellan det offentliga och enskilda.⁵⁵ Variationer på avtalstyperna när det offentliga ingår i samarbetsprojekt med det privata är många. Enligt Kai Krüger finns det en stor osäkerhet angående hur sådana avtal skall hanteras.⁵⁶ Då LOU är baserad på EG-direktiv är problemområdet av stor relevans i Sverige. Även om avtalet bör omfattas av regelverket uppkommer en del frågeställningar.⁵⁷

En fråga som de senaste tre åren diskuterats livligt bland de rättslärdade, är om det uppkommit nya praktiska behov för andra tillvägagångssätt att reglera när kommunen använder sig av avtalsformen för att samarbeta med enskilda. Har utvecklingen och behoven gjort avsteg från de inköpsscenarion som uppköpsreglerna historiskt sett baseras på? Debatten har haft sin utgångspunkt i att det allmänna allt som ofta använder avtalsformen vid samarbetsförhållanden med enskilda parter, företag och organisationer. Det ökade bruket av avtalsformen i förvaltningen hänger enligt Krüger samman med samhällsutvecklingen. Även Slavicek påpekar i detta sammanhang att den offentliga upphandlingen har fått flera olika ansikten, och enligt honom synes vara på väg in på nya områden.⁵⁸ I Sverige pågår idag en del organisationsförändringar och nya upphandlingsregelverk som påverkar den

⁵⁴ Krüger Kai, Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter, Lov og rett, Norsk Juridisk Tidsskrift, Nr 6. 2004. s. 361

⁵⁵ Krüger, s. 362 ff

⁵⁶ Särskilt påpekar Krüger osäkerheten i samband med den EES-baserade norska lagen om offentlig upphandling.

⁵⁷ Krüger, s. 363 ff

⁵⁸ Slavicek, s. 15

offentliga upphandlingen. Den ekonomiska knappheten och konkurrensen har enligt Mäkinen lett till ökad samverkan mellan olika aktörer.⁵⁹ Detta leder till nya frågeställningar angående förvaltningsstrukturer och outsourcing av verksamheten, samt nya samarbetsmodeller.

4.2 Nya samarbetsformer i relation till bygg- och anläggningsavtal

Det allmänna sluter ofta avtal med enskilda personer, organisationer och företag. I dessa avtalsförhållanden uppstår många gånger juridiska frågor och problemställningar. Detta har medfört ett intresse för de nya olika modellerna för samarbete mellan det offentliga och privata näringslivet. Det växer för närvarande fram en flora av beteckningar som alla är varianter på samma grundtema - samarbetsavtal. De nya samarbetsformerna karakteriseras med en rad olika beskrivningar och definitioner. Efter en närmare studie förstås att det inte finns någon entydig definition på de nya samarbetsformerna.

Konceptet Public-Private Partnership (PPP) eller offentligt-privat partnerskap är enligt Sue Arrowsmith i begreppets vidaste bemärkelse olika typer av relationer vars syfte är ett samarbete mellan det privata och den allmänna sektorn.⁶⁰ Således kan bl.a. tilldelningen av koncessioner, managementkontrakt, joint ventures samt s.k. BOT-avtal⁶¹ under begreppet PPP. Ett BOT-avtal innebär att en privat part bygger och driver verksamheten för att sedan hyra ut eller sälja till den offentliga sektorn. ”Private Finance Initiative” (PFI) och ”Partnering” är två andra typer av samarbetsformer. Extra förvirrande är att begreppet PPP ofta användes för att beskriva de flesta typer av samarbetsformer innan begreppet PFI lanserades.⁶² De nya samarbetsformerna går många gånger ut på att privata intressenter har börjat finansiera allmänna uppgifter. Avtalsförfarandet har ansetts vara ett smidigt och flexibelt instrument som erbjuder effektivitet och snabbhet.

4.3 PPP och den rättsliga regleringen

Dagens samarbete mellan privata och offentliga objekt innebär att ett stramt regelverk får en ökad belastning. Offentligt-privat partnerskap, skall vara

⁵⁹ Mäkinen, Eija, Finns det behov av och möjlighet att i lag stadga det allmännas avtal?, Markanvändningsavtal och planläggning, Retfaerd 2001, s. 54

⁶⁰ Arrowsmith, Sue, Public private partnerships and the European Procurement rules: EU policies in conflict?, Common Market Law Review, 2000 s 709ff

⁶¹ Build-Operate-Transfer-avtal

⁶² Arrowsmith, s. 709

föremål offentlig upphandling. För den allt vanligare samarbetsformen passar enligt Krüger reglerna om offentlig upphandling ofta dåligt.

EG-kommissionen har lagt fram ett förslag till modernisering av direktiven angående offentliga upphandlingar. I nästa avsnitt redogörs närmare för huvudprinciperna för förslaget. Tanken bakom förslaget är dock att göra reglerna mer enhetliga och öka flexibiliteten. Den klassiska sektorn skall få en konkurrenspräglad dialog. Men frågan är ändå om de nya direktiven ger de rätta svaren i förhållande till nya samarbetskoncept som växer fram i hela EU, med en flora av betingelser som alla är varianter av samma grundtema - samarbetsavtal! Utmaningen för lagstiftaren ligger i att de nya atypiska samarbetsavtalen skraddarsys för varje kommunal uppgift. Frågan blir hur regelverket för offentlig upphandling förtydligas och brukas när avtalsversionen ”köp av vara och tjänst mot betalning”, ersätts med kontrakt där funktioner, finansiering och parametrar för allokering av risken hanteras sui generis och ad hoc, och med tankegods hämtat både från bolagsrätten, från joint venture-avtal och från rättspraxis.

Ovanstående frågeställning gränsar även till den om skaparna av dagens och de nya direktiven reflekterat över aktörernas förändrade preferenser. Även så om regelverket och de försiktiga förändringarna i kommissionens nya direktiv i verkligheten redan är i färd med att distansera sig från aktörernas reella förutsättningar. Frågan kan ställas på ett annat sätt: Går EU-foran på sidan av eller bakom det som försiggår i kommunala uppköpsprocesser i stora delar av Europa? I förslaget till det nya byggdirektivet⁶³ införs i art. 29 en så kallad ”competitive dialogue” som ett alternativ till de vanliga upphandlingsreglerna vid ”particularly complex contracts”. Detta medför att den upphandlande enheten får använda sig av en konkurrenspräglad dialog, istället för ett öppet eller ett selektivt förfarande vid särskilt komplicerade kontrakt. Det traditionella upphandlingsförfarandet skall dock ”objektivt sett” inte medge tilldelning av kontrakt.⁶⁴ Artikel 29 kan således öppna upp för alternativa förfaranden, exempelvis olika typer av PPP.

Som det ovan framgår är samarbetsformerna inte entydigt definierade. Utan en etablerad definition försvåras naturligtvis en generell beskrivning av samarbetsformerna, vilket även försvårar en generalisering av de juridiska problemställningar som samarbetsmetoderna medför. Den rättsliga regleringen av kontrakt om offentliga-privata partnerskap inom eller utom ramen för EG:s upphandlingsdirektiv, har diskuterats vid ett antal tillfällen.⁶⁵

⁶³ 2004/18/EG

⁶⁴ Treumer, Steen, Competitive dialogue, 13 Public Procurement Law Review, 2004 s. 178

⁶⁵ Exempelvis i kommissionens meddelande av den 11 mars 1998 Offentlig upphandling inom Europeiska unionen (KOM (98) 143, kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner i EG-rätten från 2002 (EGT C 121. s.2 samt i Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande på eget initiativ av den 19 oktober 2000 om offentlig-privat partnerskap.

Eftersom inte alla typer av genomförandeavtal medför att upphandlingsreglerna aktualiseras, är den svåra frågan att avgränsa dessa samarbetsavtal och andra samarbeten med privata aktörer.

Begreppet koncession används, i nordisk kontext, ofta som en beteckning på att en privat aktör får tillåtelse att utöva näring inom ett område, som av juridiska orsaker ej är fritt tillgängligt. Även vad gäller koncessioner blir det gemensamma regelverket lidande av olika definitioner, såsom berörts ovan angående implementationen av EG-direktiven. Begreppet koncession definieras i 1 kap. 5 § LOU. I lagrummet föreskrivs att koncession är: ”Ett upphandlingskontrakt avseende byggtreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.” I byggdirektivet 93/37/EEG går att utläsa följande definition av koncession i artikel 1 d). ”[...] ett kontrakt av samma typ som angivits i a) utom det att ersättningen för utförda arbeten består i antingen enbart rätten till nyttjandet av anläggningen eller i en kombination av denna rätt och betalning.”

En viktig frågeställning som uppstår i detta sammanhang är gränsdragningsproblematiken mellan offentliga upphandlingskontrakt för bygg och anläggningsarbeten, koncessioner och kontrakt om offentligt-privat partnerskap. Den stora utmaningen är alltså enligt Madell ”att dra upp generella riktlinjer för när man kan sluta ett genomförandeavtal- vilka i alla de olika former de uppträder får anses utgöra exempel på en form av offentligt-privat partnerskap- utan förgående upphandling, när man kan använda sig av byggkoncessioner och det upphandlingsförfarande som kan aktualiseras samt skapa rimliga förutsättningar för en konkurrenspräglad dialog som ett alternativ till ett traditionellt, byråkratiskt upphandlingsförfarande.”⁶⁶ Skillnaden mellan hur dessa begrepp definieras är, som ovan nämnts, mycket svår att göra. Därutöver är det, utifrån befintliga direktiv, mycket svårt att avgöra exakt vilka typer av samarbeten som skall vara föremål för offentlig upphandling.

4.4 För- och nackdelar med PPP

Samarbetsformen mellan offentliga och enskilda organ har ökat markant de sista tio åren. Enligt Arrowsmith finns det två huvudsakliga orsaker till ökningen: I samhället finns en allmän förutsättning att då den privata sektorn i en hög grad involveras åstadkoms ”best value for money”. För det andra kan offentliga finansieringsbegränsningar medföra att PPP är den enda möjliga lösningen vid stora pengakrävande projekt. Om så är fallet är det fullt legitimt att ett projekt genomdrivs, trots att det inte levererar bättre valuta för pengarna än om den offentliga sektorn hade finansierat

⁶⁶ Tom Madells föreläsningsunderlag angående genomförandeavtal, 2004, s. 1ff

projektet.⁶⁷ Av ovanstående skäl är det enligt Arrowsmith viktigt att PPP fortsätter att dels försörja den offentliga infrastrukturen och service. Ovan nämnda menar att det finns ett antal hinder för att samarbetsrelationerna ska fortsätta att utvecklas och växa. Ett hinder är exempelvis EU:s eget direktiv om public procurement.

Även de offentliga upphandlingsreglerna kan medföra att den offentliga uppdragsgivaren får valuta för pengarna.⁶⁸ Men med kontraktstekniska och rigida anbudsprocesser begränsas samtidigt möjligheten för flexibelt handlande av det optimala köpet medan processen pågår. Krüger menar att det offentliga saknar möjligheter, som enskilda rättssubjekt har i den privata sektorn, att göra ad hoc prekontraktuella val av samarbetspartner och förhandlingar.⁶⁹ Istället är det offentliga hänvisat till på förhand uppgjorda bindande detaljerade avtalskriterier, vilka är baserade på pris och kostnadseffektivitet. Detta kan ha en hämmande verkan när själva upphandlingsprocessen intar en överdrivet framträdande roll, istället för att de rent ekonomiska faktorerna inverkar mest.⁷⁰

Offentliga upphandlingar vid inköp av varor och tjänster tillvaratas i Krügers mening bäst när det handlar om standardtjänster och leveranser som enkelt kan beskrivas, prissättas och kostnadsbegränsas.

⁶⁷ Arrowsmith, s. 710

⁶⁸ Krüger, s. 364

⁶⁹ Krüger, s. 360

⁷⁰ Krüger, s. 363

5 LOU och de bakomliggande EG-direktiven

Lagen om offentlig upphandling skall tillämpas vid upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, där upphandlingen görs av en upphandlande enhet.⁷¹ Som upphandlande enhet betraktas bl.a. staten, kommunen och landstinget.⁷² Svenska staten, kommuner och landsting samt organ⁷³ som är underställda dessa är upphandlande enheter, och skall således när de genomför sina upphandlingar följa LOU.⁷⁴ Lagen skall även tillämpas av de beställare som omfattas av definitionen av upphandlande enhet. Vidare krävs det att den transaktion som genomförs utgör en upphandling i LOU:s mening; En upphandling är enligt definitionerna i 1 kap 5 § ”köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster”. Någon av de uppräknade formerna av avtal fordras alltså för att det ska kunna vara fråga om en offentlig upphandling. För att LOU ska vara tillämplig krävs även att det finns avtalsrekvisit, vilka skall vara uppfyllda enligt generella avtalsregler.

Offentliga upphandlingar delas av tradition in två kategorier av verksamheter: försörjningssektorn och den allmänna sektorn. Den fullständiga definitionen av vilka verksamheter som ingår i försörjningssektorn regleras i 4 kap 1 § 1 st. LOU. Denna kategori utgörs av energi-, vatten-, transport- eller telekommunikationsverksamhet. All övrig verksamhet utgör den andra kategorin och brukar därför benämnas som den allmänna sektorn. Det är den allmänna sektorn som är relevant för vår del. Lagens första kapitel innehåller en rad definitioner. Härunder definieras bland annat en byggtreprenad som ”ett bygg- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat har en självständig funktion”, och koncession som ”ett upphandlingskontrakt avseende byggtreprenad där ersättningen för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning”. Även lagens tredje kapitel som reglerar upphandling av byggtreprenad är av stort intresse vad gäller exploateringsavtal. Här regleras nämligen val av upphandlingsförfarande, annonsering samt tidsfrister. Enligt 3 kap. 1 § LOU måste vissa så kallade tröskelvärden på minst 5 miljoner Euro vara överstigna för att kapitlet ska kunna tillämpas. För de upphandlingar vars tröskelvärde ej överstiger detta belopp, gäller istället sjätte kapitlet.

⁷¹ Detta framgår av 1 kap 2 § LOU och definitionerna i 1 kap 5 §.

⁷² 1 kap 2 § LOU

⁷³ Exempelvis myndigheter, beslutande församlingar, vissa företag inom försörjningssektorn, jfr 1 kap 2,5,6 §§ LOU.

⁷⁴ Sundgren, David, Offentlig upphandling av komplexa IT-system i elbranschen, KTH Stockholm, 2003, s. 7 ff

Sverige är medlem av Europeiska Unionen och har därmed en skyldighet att följa det regelverk som gäller inom denna gemenskap. Våra upphandlingsregler bygger på en rad EG-direktiv.⁷⁵ Dessa EG-direktiv om offentlig upphandling har vi enligt ovan en skyldighet att implementera i svensk rätt. LOU och de EU-direktiv som utgör dess grund, har tillkommit för att reglera offentlig upphandling av många olika sorters varor, tjänster och byggtreprenader inom en rad olika branscher. Offentlig upphandling genomförs genom att den upphandlande enheten, exempelvis kommunen, tvingas annonsera om sina upphandlingar. Kommunen får sedan endast välja anbud och leverantör på i förväg angivna grunder. Annonsering möjliggör för många potentiella leverantörer att lämna anbud, och konkurrens åstadkoms därmed. Konkret innebär förfarandet att den upphandlande kommunen i förfrågningsunderlaget specificerar vad det är som ska upphandlas, samt offentliggör på vilka grunder anbuden kommer att bedömas. Leverantör skall sedan utses på de fastställda utvärderingskriterierna.

Vad angår exploateringsavtalen är Bygg- och anläggningsdirektivet (93/37/EEG) det mest relevanta. Direktivens kärnområde är traditionella kontrakt angående köp av varor och tjänster. Krüger beskriver utifrån direktiven en typsituation av offentlig upphandling; När det offentliga utlyser sitt behov via kungörelse och offentliggörande av ett så kallat konkurrensunderlag som marknaden i sin tur ger respons på.⁷⁶ Målsättningen med att införliva gemenskapsrätten finns i LOU. I 1 kap. 1 § nämnda lag stadgas att det i lagen finns bestämmelser till uppfyllandet av de förpliktelser som följer av vårt rikets medlemskap i Europeiska unionen. Lagen syftar bland annat till att främja fri rörlighet för varor och tjänster inom EU, etableringsfrihet samt de enskildas rätt att utnyttja dessa.⁷⁷ LOU tillkom 1992 och har successivt anpassats till EU:s mål om fri konkurrens. LOU har alltså under det senaste decenniet varit i ständig förändring.

Lagen om offentlig upphandling kan beskrivas som en förfarandelag, vilken behandlar olika delar av upphandlingsprocessen.⁷⁸ Det är upphandlingslagstiftningen och därmed LOU som styr tilldelningen av offentliga kontrakt till en part utanför den egna enheten.⁷⁹ Den skall tillämpas vid varje kontraktstillfälle såvida det inte går att stödja sig på någon undantagsregel. EG:s direktiv är exempelvis inte tillämpliga på upphandlingar som understiger tröskelvärdena som anges i lagen. I lagen förenas förvärvande

⁷⁵ Rdir 92/50/EEG, Rdir 93/36/EEG, Rdir 93/37/EEG och Rdir 93/38/EEG

⁷⁶ Krüger, s. 362

⁷⁷ Sundgren, Davis, Offentlig upphandling av komplexa it-system i elbranschen, KTH Stockholm 2003 s. 2

⁷⁸ Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 3 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2004, s. 14 ff

⁷⁹ Lagen är indelad i sju kapitel: 1. Gemensamma regler och definitioner. 2. Varupphandling över tröskelvärdena. 3. Upphandling av byggtreprenörer över tröskelvärdena. 4. Upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena. 5. Upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena. 6. Upphandling under tröskelvärden, B-tjänster oavsett värde samt så kallade försvarsupphandlingar. 7. Överprövning och skadestånd.

av behövliga varor, tjänster och byggtreprenader med plikten att offentliggöra och konkurrensutsätta anskaffningen, samt att beakta anbudssökarnas lika möjligheter. LOU har många gånger betecknats som ett komplement till konkurrenslagstiftningen, något som Slavicek anser är en sanning med modifikation. Enligt honom skall upphandlande enheter inte själva skapa en väl fungerande konkurrens, utan endast uppsöka den befintliga konkurrensen.⁸⁰

LOU kan dock inte enkelt sägas tillhöra rubriken offentlig rätt eller privat rätt; Förvaltningsdomstolarna gör en överprövning av pågående upphandling, men skadeståndstalan väcks vid allmän domstol. Frågan om offentlig upphandling utgör myndighetsutövning, kan påverka lagens tillämpning och eventuella skadestånd. I doktrin kan man utläsa att de flesta anser att upphandling inte utgör myndighetsutövning.

5.1 LOU:s reglering av överprövning och skadestånd

Genom LOU finns en möjlighet för leverantörer att få ett upphandlingsförfarande prövat, ändrat eller rent av stoppat. Enligt 7 kap. 1 § 1 st får en leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma lag, i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder. Bestämmelsen riktar sig främst till den leverantör som finner att en pågående upphandling görs på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt.⁸¹ Definitionen av leverantör i ovan nämnda bestämmelse är mycket vidsträckt. Avsikten med denna vida definition är att alla leverantörer som lidit skada eller riskerar att lida skada vid ett upphandlingsfel skall vara taleberättigade.

Det är dock endast de leverantörer som lidit skada, eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot någon bestämmelse i LOU, som kan vinna framgång med ansökan om överprövning. Överprövning kan ske under pågående upphandlingsförfarande.⁸² Allmän förvaltningsdomstol kan efter en ansökan av en leverantör fatta vissa beslut om upphandlingens fortsatta gång. Ansökan om överprövning skall sökas hos länsrätten. Överprövning regleras i 7 kap 2 § LOU. Det finns även en möjlighet för leverantörer att erhålla skadestånd.⁸³ Denna möjlighet finns dock först efter det att ett upphandlingskontrakt har tecknats mellan den upphandlande enheten och den anbudsgivare som vunnit upphandlingen. Det måste, för erhållande av skadestånd, ha skett ett fel i upphandlingen och att detta har medfört att leverantören lidit skada. Detta innebär att en kommun kan begå ett fel under upphandlingsprocessen

⁸⁰ Slavicek, (2002), s. 16

⁸¹ Prop. 1992/93:88 sid. 101

⁸² Forsberg, s. 163

⁸³ Forsberg, s. 168

utan att bli skadeståndsskyldig. Detta gäller så länge en leverantör ej kan visa på att felet under upphandlingen medfört att han ej fått kontraktet.⁸⁴ I den svenska domstolspraxisen synes bevisbördan för skada i stor utsträckning läggas på käranden.

Vid upphandling enligt 4 kap. LOU finns det även en möjlighet till medling enligt enligt 7 kap 13 § LOU. Medlingsförfarandet kan tillgripas även under pågående prövning i länsrätten.⁸⁵ Medling begärs hos EG-kommissionen. Kommissionen kan då utse en medlare. Deltagarna i förfarandet skall godkänna vederbörande och utse vardera ytterligare medlare.⁸⁶

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), utövar tillsyn över den upphandling som sker enligt LOU. Även konkurrensverket ger ibland uttryck för åsikter angående lagens tillämpning. Hur stater i världen tillämpar och vidareutvecklar de internationella reglerna övervakas av WTO, EES samt EU. Som en medlemsstat i EU har Sverige enligt rättsmedelsdirektivet artikel 1 skyldighet att ”vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt”.⁸⁷ Prövningen skall dessutom göras skyndsamt.

5.2 LOU - ett icke komplett införlivande av upphandlingsdirektiven?⁸⁸

Den svenska nationella rätten väcker ett antal frågeställningar som inte har fått helt entydiga svar. Den viktigaste har enligt Slavicek anknytning till LOU:s förhållande till gemenskapsrätten och dess samverkan med övrig svensk lagstiftning.⁸⁹ I lagens sjätte kapitel finns det nämligen regler på områden som helt eller delvis har lämnats utanför de områden som direktiven samordnar. Det finns även betydelsefulla skillnader vad avser hur reglerna formulerats i direktiven jämfört med LOU. Slavicek menar att LOU har förlorat sin direkta anknytning till det bakomliggande EG-fördraget Offentlig upphandling bör styras av grundprinciperna om icke-diskriminering, fri varurörelse, proportionalitet, etableringsfrihet samt öppenhet. EG-domstolen har klargjort betydelsen som att de villkor som ställs på anbudsgivaren måste vara förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten.⁹⁰ Principerna gäller således vid all upphandling, även om upphandlingen ej omfattas av direktiven. Vid en

⁸⁴ Enligt propositionen till LOU skall skadan innebära att leverantören inte utsågs till vinnare i upphandlingen. Jfr Prop 1992/93:88 s. 103

⁸⁵ 7 kap 13 § LOU

⁸⁶ Forsberg, s. 176

⁸⁷ 7 kap. LOU bygger på Rättsmedelsdirektivet.

⁸⁸ Exempelvis: Rådets direktiv 92/50 /EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 Offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

⁸⁹ Slavicek, s. 17 ff

⁹⁰ Exempelvis fördragets regler om antidiskriminering, fri varurörelse, rörlighet för tjänster och etableringsfrihet.

konflikt mellan EG-rätt och svensk lag har EG-rätten företräde.⁹¹ Detta innebär att om ett begrepp i LOU inte har samma innebörd som motsvarande begrepp som brukas i ett direktiv, skall direktivets regel ha företräde. EG-direktivets regel måste dock framstå som helt klar och tydlig. Regeln har då så kallad direkt effekt.

Till skillnad från LOU innehåller EG:s upphandlingsdirektiv inte någon definition av begreppet offentlig upphandling. Ett problem har varit att det inte har funnits någon vidare samordning av benämningar och begrepp. Förståelsen blir inte bättre av att det finns olika uttryck för samma eller likartade begrepp i EG-direktiven, LOU samt rättspraxis. Genom förslaget till de nya EG-direktiven har dock en lösning på detta problem försökt åstadkommas.

Nämnden för offentlig upphandling har tagit upp frågan om byggtreprenader och exploateringsavtal till diskussion i sin månadsvis utgivna elektroniska tidskrift.⁹² Enligt nämnden överensstämmer varken definitionen av byggtreprenadkontrakt eller undantaget för uthyrning i LOU helt med lydelsen av motsvarande lagtext i direktiven. Ej heller begreppet koncession är entydigt.

Begreppet byggtreprenad och koncession definieras i 1 kap. 5 § LOU. I lagrummet föreskrivs att byggtreprenad innebär: "[...] utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion."

I ovan nämnda lagrum definieras koncession som:

"Ett upphandlingskontrakt avseende byggtreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning."

I byggtreprenaddirektivet 93/37/EEG går att utläsa följande definitioner i 1 artikel:

" I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

Offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten definieras i artikel 1 a) som: "[...] skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en av de nedan under b upphandlande myndigheterna, som omfattar utförande eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna eller arbete som anges nedan under c, eller utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven".

⁹¹ Forsberg, s. 14

⁹² NOU info December – 2002 s. 8

Enligt 1 c) i byggdirektivet definieras entreprenad som: "[...] resultatet av ett byggnads- eller anläggningsarbete i dess helhet, vilket i sig självt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion".

Koncession definieras i enligt 1 d) som: "[...] ett kontrakt av samma typ som angivits i a) utom det att ersättningen för utförda arbeten består i antingen enbart rätten till nyttjandet av anläggningen eller i en kombination av denna rätt och betalning".

I en dom från kammarrätten i Göteborg⁹³ har gjorts gällande orsaken till att det sista stycket i art 1 a) i direktiv 93/37/EEG inte har intagits i LOU. Anledningen är att den svenske lagstiftaren sannolikt ansett att de utförandeformer som avses med formuleringen redan är täckta. Härav kan utläsas att det inte råder hundra procentig överensstämmelse mellan EG-direktiven, den svenska motsvarande lagstiftningen, eller dess uttolkare.

Enligt art 1 i direktiv 92/50/EEG definieras offentliga tjänsteavtal enligt följande:

"a) offentliga tjänsteavtal: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av [...].

iii) kontrakt avseende förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan (dock skall varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter förvärvs- eller hyreskontraktet omfattas av detta direktiv)"

Av 5 kap 1 § LOU förstås att bestämmelserna i femte kapitlet inte ska tillämpas om:

"[...] anskaffningen av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom eller tillhör till fastighet eller byggnad eller rättigheter av nu nämnt slag"

I ett rättsfall från regeringsrätten⁹⁴ förstås att avtal som undantas från 5 kapitlet, även är undantagna från hela lagens tillämpningsområde.⁹⁵ 5 kap 1 § har sin motsvarighet i art 1 a) iii tjänstedirektivet. Häri stadgas att "kontrakt avseende förvärv och hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan [...] undantas från direktivets tillämpningsområde".

⁹³ Kammarrättens i Göteborg dom den 8 oktober 1999, mål nr 3859-1999.

⁹⁴ Regeringsrättens dom i rättsfall RÅ1999 ref. 16

⁹⁵ Detta gäller dock ej vid upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni eller satellittjänster. I dessa fall tillämpas 6 kap LOU.

NOU har som ovan nämnts konstaterat att varken definitionen av byggtreprenadkontrakt eller undantaget för uthyrning i den svenska lagen helt överensstämmer med lydelsen i direktiven. NOU poängterar även att det i Sverige har ansetts oklart angående huruvida vissa typer av kontrakt omfattas av LOU. NOU syftar här på kontrakt då den upphandlande enheten säljer en fastighet utan tillhöriga byggnader till en byggtreprenör. Byggtreprenören tar å sin sida på sig att uppföra en byggnad på fastigheten. Byggnaden uppförs enligt enhetens specifikationer och den upphandlande enheten förbinder sig att hyra marken och bygganden, det vill säga ett exploateringsavtal. NOU har gjort en bedömning av den ovan nämnda avtalsskonstruktionen. Enligt Nämnden utgör avtalet ett offentligt byggtreprenadkontrakt som skall tilldelas enligt reglerna i LOU och byggtrektivet. Denna bedömning bekräftades 1999 i Kammarrättens dom i Göteborg.⁹⁶ Vid upphandling av byggtreprenadkontrakt kan undantag som avser upphandling av tjänster inte bli tillämpliga.⁹⁷

5.3 Nytt EG-direktiv om offentlig upphandling

EG-kommissionen har lagt fram ett förslag till ett nytt direktiv om offentlig upphandling.⁹⁸ Enligt detta förslag ska de nya reglerna göras mer enhetliga. Omotiverade skillnader i de olika direktiven kommer att undanröjas.⁹⁹ De idag tre gällande direktiven för upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader skall enligt förslaget slås samman. En av skillnaderna är ett en gemensam upphandlingsordlista, CPV, kommer att skapas.

Som tidigare nämnts föreslås även ett nytt förfarande, så kallad konkurrenspräglad dialog. Den konkurrenspräglade dialogen är ett nytt upphandlingsförfarande som varje marknadsaktör kan begära att få delta i. Den upphandlade enheten för i detta fall en dialog med de anbudssökande som har bjudits in att delta i detta förfarande. Detta förfarande är till för att nå fram till en eller flera lösningar, som kan tillgodose enhetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökande inbjuds att lämna. Det nya direktivet är delvis sprunget ur de nya samarbetsformerna mellan det offentliga och privata.¹⁰⁰ Direktiven förväntas vara genomförda innan 2006 års slut.

⁹⁶ Kammarrättens i Göteborg dom den 8 oktober 1999, mål nr 3859-1999.

⁹⁷ NOU Info December –2002 s. 9

⁹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG, se även Dir 2004: 47; Genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling.

⁹⁹ NOU Info December- 2002, s. 14 ff

¹⁰⁰ Rådets direktiv 2004/18/EG, s. 1 ff

5.4 Upphandlingsregelverkets betydelse för exploateringsavtalen

Offentliga avtal är som tidigare nämnts ett av de områden som regleras i EU-rättslig regi. EU-rätten reglerar enligt Steinicke avtalets ingående på två nivåer. För det första är offentliga avtal reglerat i traktatens bestämmelser, och för det andra är dessa avtal reglerade i upphandlingsdirektiven. Huruvida upphandlingsdirektiven skall tillämpas kommer an på bland annat ekonomiska avgränsningar.¹⁰¹ Tröskelvärdena innebär att endast avtal med en viss kontraktsvärde omfattas av direktiven. Dessa värden fungerar som ekonomiska gränser för vilka avtal som faller in under LOU.

Traktatens bestämmelser, och särskilt de angående fri rörlighet, är tillämpliga när offentliga myndigheter ingår avtal. Under förutsättning att traktatens bestämmelser också är applicerbara på offentliga avtal under upphandlingsdirektivens tröskelvärden, medför detta även förpliktelser för den offentliga myndigheten, när den ingår avtal med enskilda.¹⁰² Dessa förpliktelser är gemensamrättens sedvanliga principer om icke-diskriminering och proportionalitet. Detta innebär att kommunen är underkastad traktatförpliktelse vid ingåendet av offentliga bygg- och anläggningsavtal.

Ett kontrakt varigenom en upphandlande enhet säljer fastigheter till en byggtreprenör, tillsammans med en rättighet för entreprenören att själv bebygga fastigheterna, kallas många gånger ”rena exploateringsavtal”. Dessa typer av avtal har ansetts utgöra sedvanlig fastighetsförsäljning. De s.k. rena exploateringsavtalen har traditionellt sett inte omfattats av reglerna om offentlig upphandling (jfr 5:1 LOU).¹⁰³ Är det fråga om ett kommunalägt markområde som skall exploateras är emellertid situationen en annan. Exploateringen skall enligt vissa upphandlas om marken skall vara kvar i kommunal ägo. Detsamma gäller enligt byggdirektivet om marken i och för sig skall överlåtas, men kommunen förbinder sig att under lång tid hyra de anläggningar som skall uppföras på marken. Byggtreprenörens måste dock överstiga tröskelvärdena.

Som tidigare poängterats föreligger det ett problem, då LOU:s definition av byggtreprenad ej överensstämmer helt med lydelsen av motsvarande bestämmelse i direktiven. Vad gäller undantaget för uthyrning är problematiken densamma. I Sverige har det därför, trots direktivet, ansetts vara oklart om vilka exploateringsavtal som egentligen omfattas av lagen.¹⁰⁴ Som exempel på oklara avtal kan nämnas ett kontrakt, där en kommun säljer en fastighet utan tillhörande byggnader till en entreprenör. Entreprenören

¹⁰¹ Med andra ord ankommer det på om tröskelvärdena uppnås eller ej.

¹⁰² Steinicke, Michael, *Tilbudsindhenting i bygge- och anlægssektoren*, 2 udgave, Nyt juridisk forlag, 2003, s. 20

¹⁰³ Tom Madells föreläsningsunderlag till ett seminarie 2004.

¹⁰⁴ Det är inte bara i Sverige som det har ansetts vara oklart vilka avtal som omfattas av direktiven. Även i våra nordiska grannländer har denna fråga debatterats.

åtar sig att uppföra en byggnad på fastigheten enligt kommunens specifikationer och kommunen förbinder sig att hyra fastigheten med tillhörande byggnad. Det har dock de senaste åren kommit en del domstolsavgöranden angående just upphandling av exploateringsavtal.

5.4.1 Exploateringsavtal som omfattas av LOU

I kammarrättens i Göteborg dom 1999-10-08 får man viss vägledning angående vilka exploateringsavtal som omfattas av LOU. Saken gällde en överprövning enligt LOU. Dispyten rörde sig om huruvida beslutet om hyra/förvärv av en simhall borde ha handlagts som en upphandling av byggentreprenad. Den centrala rättsfrågan i målet var om det i LOU stadgade undantaget för anskaffning av byggnad eller nyttjanderätt till sådan skall vara tillämpligt.

Klaganden yrkade att kammarrätten förordnade att kommunens förvärv av en byggnad skulle göras med iakttagande av LOU. Klaganden menade att kommunfullmäktigebeslutet innebar en förtäckt upphandling av byggentreprenad.¹⁰⁵ Byggnaden borde enligt klaganden ha upphandlats i enlighet med bestämmelserna i LOU. Detta medför bland annat att infordran av konkurrerande anbud på den allmänna marknaden borde ha genomförts. Klaganden menade att en simhall låg inom ramarna för vad en kommun enligt kommunallagen kan befatta sig med. Simhallen var enligt klaganden av sådan speciell karaktär att någon alternativ användning ej är trolig.¹⁰⁶ Kommunen hade vidare enligt klaganden tagit initiativ till simhallen och haft en aktiv roll i byggnadens utformning. Kommunen bestred anklagelserna och menade bland annat att LOU inte var tillämplig vid upphandlingen. Kommunen menade att initiativet, projektering och upphandlingen samt genomförande har handlagts av en tredje part, som är en självständig juridisk person.

Av särskilt intresse för denna uppsats är NOU:s yttrande i saken. Nämnden menade att 5 kap. 1 § andra stycket 1 p LOU uttryckligen saknar den begränsning i undantagsregelns tillämpningsområde som angivits i art. 1 (a) (iii) Rådets direktiv 92/50/EEG; "befintliga byggnader". Enligt nämnden äger bestämmelsen i direktivet företräde framför motsvarande bestämmelse i LOU. Detta innebar att kontraktet avseende byggandet av simhallen inte ansågs vara undantaget från upphandlingen. Vidare anfördes att definitionen av byggentreprenad i 1 kap. 5 § LOU inte överensstämde helt med ordalydelsen i art 1 (a) Rådets direktiv 93/37/EEG.¹⁰⁷ Definitionen av "Public Work Contracts" täcker enligt NOU även vissa kontrakt då en entreprenör bygger på mark som inte ägs av den upphandlande enheten, och sedan säljer eller hyr ut marken inklusive byggnad till den upphandlande

¹⁰⁵ Kammarrättens i Göteborg dom 1999-10-08, mål: 3859-1999 s. 1

¹⁰⁶ Kammarrättens i Göteborg dom 1999-10-08, mål: 3859-1999 s. 2

¹⁰⁷ Kammarrättens i Göteborg dom 1999-10-08, mål: 3859-1999 s. 2

enheten. Sådana kontrakt omfattas dock bara om byggnaden uppförs enligt den upphandlande enhetens specifikationer eller krav. NOU anförde vidare att uppförandet av en byggnad efter beställarens specifika krav, är att anses som en entreprenad. Detta är enligt ovan nämnda särskilt tydligt när byggnaden är av sådan speciell karaktär som en skola eller sjukhus.¹⁰⁸ Byggnader med sådan speciell karaktär får presumeras vara planerade för den upphandlande enhetens räkning.

Enligt kammarrätten definieras byggentreprenad i 1 kap. 5 § LOU som utförande eller både projektering och utförande av ett arbete. Enligt 6 kap. 1 § skall definitionen tillämpas även på upphandlingar som understiger det tröskelvärde som anges i 2 kap. 1 § LOU. Begreppet byggentreprenad har sin bakgrund i art 1 a) Rådets direktiv 93/37/EEG. I domskälen anför kammarrätten vidare att den engelska versionen av direktivet skiljer sig från den svenskspråkiga versionen, bland annat genom definitionen av "Public Work Contracts". Domstolen konstaterade att definitionen avser att inkludera även sådana situationer där en leverantör, för en upphandlande enhets räkning, låter någon uppföra en byggnad på mark som inte ägs av enheten och förbinder sig att överlåta eller hyra marken och byggnaden till enheten vid ett senare tillfälle. Detta gäller dock endast i de fall där byggnaden uppförs enligt enhetens anvisningar.¹⁰⁹

Enligt kammarrättes domslut skulle avtalet mellan kommunen och byggherren omfattas av definitionen byggentreprenad i direktiv 93/37/EEG. Vidare ansågs avtalet inte undantaget från upphandling enligt 5 kap. 1 § LOU. Enligt direktivet är det en förutsättning för att upphandlingen skall ske, att arbetet motsvarar de av den upphandlade myndigheten angivna kraven. Detta medför enligt domstolen att det, för att upphandlingen skall ske, krävs att simanläggningen skall uppföras enligt kommunens krav. Domstolen anförde också att kommunen var så involverad och aktivt deltagande i det aktuella projektet att simhallen fick anses uppförd enligt kommunens krav. Sammanfattningsvis skulle avtalen upphandlas enligt bestämmelserna i LOU.

¹⁰⁸ Om det däremot är fråga om byggnader som vem som helst kan tänkas köpa och som inte planerats för den upphandlande enhetens kan sannolikt undantaget användas redan under byggnationen.

¹⁰⁹ Bestämmelsen gäller inte i t.ex. de fall då en upphandlande enhet köper mark med byggnader med villkor att investeringar skall göras i upprustning av byggnaderna utan specificering beträffande upprustningen.

6 La Scala-målet

La Scala-målet är ett EG-rättsligt avgörande angående exploateringsavtal. En begäran om ett förhandsavgörande inkom i maj 1998 till EG-domstolen från den nationella domstolen i Italien. Saken vidrörde hur rådets direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten bör tolkas. I nämnda direktiv definieras vad som avses med upphandlande myndigheter, offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten samt entreprenad. Domstolen kom den 12 juni 2001 med ett avgörande i saken, C-399/98¹¹⁰, också kallat ”La Scala-målet”. I La Scala-målet framgår det att dessa definitioner 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.

6.1 Bakgrund

Milano kommun att godkände under slutet av 1990-talet ett byggnadsutvecklingsprojekt under namnet ”Projekt Scala 2001”. Projektet gällde restaurang och ombyggnadsprojekt av ett större stadsområde i Milano.¹¹¹ Projektet innefattade bland annat uppförandet av den så kallade Bicoccateatern. Enligt ett till teaterprojektet bifogat avtal, skulle teatern uppföras och bekostas av ett antal privata aktörer. Dessa aktörer var dock redan verksamma i Bicoccaområdet och agerade i egenskap av fastighetsägare och markexploatörer. Enligt avtalet skulle en av fastighetsägarna, en exploatör vid namn Pirelli, bära vissa utsmyckningskostnader samt på egen bekostnad utföra vissa byggarbeten. Pirellis samarbetspartner, Milano Centrale Servizi, tog sig an själva byggandet av teatern. Bicocca teatern skulle uppföras mot avdrag på den bygglovsavgift Pirelli var skyldig Milano kommun för projektet. Möjligheten till avdrag fanns stadgad i den italienska Plan- och bygglagen. Kommunen hade således utan föregående upphandlingsförfarande gett ett entreprenadkontrakt till ett byggkonsortium. Konsortiet skulle därefter få avräkna vissa stadsplaneringsavgifter det annars vore skyldigt att erlägga. Möjligheten att sluta ett sådant avtal reglerades i lagstiftningen. Fråga uppkom om detta kontrakt innehöll ”ekonomiska villkor” enligt definitionen i artikel 1 a i byggdirektivet.

¹¹⁰ Mål C-399/98 Ordine degli Architetti delle province di milano eLodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti och Leopoldo Freyrie mot Commune Milano, REG 2001, s 1-05409.

¹¹¹ NOU Info Oktober –1, s. 14

Två olika arkitektsammanslutningar begärde i italiensk domstol överprövning av hur entreprenadarbetena anskaffats. Den italienska domstolen vände sig därefter till EG-domstolen. Domstolen ombads utröna huruvida det var förenligt med byggdirektivet att en nationell lagstiftning tillåter bygglovsinnehavare att utföra en byggentreprenad mot nedsättning av bygglovsavgiften. Enligt klaganden omfattades arbetena av Bygg- och anläggningsdirektivet och skulle därför ha upphandlats i enlighet med gemenskapslagstiftningen.

6.2 EG-domstolens avgörande i La Scala målet

Domstolen konstaterade inledningsvis att den kommun som är part vid den nationella domstolen enligt art 1 b i Bygg- och anläggningsdirektivet är en lokal myndighet. Det innebär att kommunen följaktligen omfattas av definitionen upphandlande myndighet som anges i bestämmelsen.¹¹² Domstolen fastställde även att alla sex rekvisit som anges i artikel 1 a i Bygg- och anläggningsdirektivet var uppfyllda.¹¹³ Saken rörde sig således enligt domstolen om ett *kontrakt med ekonomiska villkor* som sluts *skriftligt* mellan *leverantör* och en *upphandlande enhet* som syftar till *utförandet av en byggentreprenad*, såsom det definieras i direktivet.

Domstolen anförde vidare att den omständigheten att avtalet om markexploatering är "[...] ett offentligt avtal och att det har inslag av myndighetsutövning [...]", inte hindrar att det finns ett sådant avtalsförhållande som föreskrivs i artikel 1 a i direktivet. Tvärtom talar nämnda omständighet i stället för detta. Ett avtal som ingås mellan upphandlande myndighet och en entreprenör utgör nämligen i flera medlemsstater ett administrativt avtal, vilket som sådant omfattas av offentlig rätt.¹¹⁴ Byggnadsutvecklingsprogrammet och det bifogade avtalet utgjorde alltså en tillräcklig grund, för att domstolen skulle kunna konstatera att ett skriftligt kontrakt existerade. EG-domstolen betonade att även om det i nationell Plan- och bygglagstiftning finns regler angående direktuppförandet av dylika byggnader med ett annat syfte än byggdirektivets, innebär det ej att direktivet ej skall tillämpas. I punkt 75 i domen påtalas ett av de grundläggande syftena med direktivet är "[...] att skapa konkurrens inom området för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten".

¹¹² Boman, Erik och Wimert Anders, Rättsfallssamling Offentlig Upphandling, Jure Förlag AB, Stockholm, 2004, s. 210

¹¹³ Enligt art 1a i direktivet avses med offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten: - Utförandet eller projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna, -projekteringen som utförandet av en sådan entreprenad som definieras i art 1 c, det vill säga resultatet av ett byggnads- eller anläggningsarbete i dess helhet, vilket i sig självt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion, - utförandet, oavsett medel, av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven.

¹¹⁴ Mål C-399/98; punkt 73

Domstolen menade att direktivet efterlevs också om den nationella lagstiftningen medger att upphandlande enheter kan kräva att direktivet följs när en exploatör utför avtalat arbete.¹¹⁵

Det kan sammanfattningsvis konstateras att direktivet enligt EG-domstolen utgör hinder för en nationell stadsplaneringslagstiftning som tillåter att den som har ett bygglov, "[...] 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 det föreskrivs i direktivet."¹¹⁶ EG-domstolen menade att den nationella domstolen redan gjort bedömningen att konsortiet mottog vederlag genom att stadsplaneavgiften avräknades. Enligt EG-domstolen garanterar denna tolkning direktivets ändamålsenliga verkan. Domstolen konstaterade således att upphandling borde ha skett.

6.3 La Scala-målet och svenska exploateringsavtal

Det konstateras i La Scala-målet att EG:s upphandlingsdirektiv är ett hinder för viss typ av nationell stadsplaneringslagstiftning. Detta innebär att stadsplaneringslagstiftningen ej får göra det möjligt för den som erhållit bygglov att, utan beaktande av förfaranden i direktivet, direkt uppföra en anläggning. Nämda anläggning får alltså ej uppföras mot att hela eller delar av avgiften för bygglovet avräknas, när värdet av detta arbete motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktiven.

Enligt organisationen Sveriges Kommuner och Landsting, har den allmänna uppfattningen bland Sveriges kommuner varit att upphandlingsreglerna inte är tillämpliga på exploateringsavtal.¹¹⁷ I och med La Scala-målet har det, enligt ovan nämnda organisation, givits en anledning att ifrågasätta denna uppfattning.

Enligt Madell var det dock redan innan La Scala-målet "[...] en relativt utbredd uppfattning bland jurister i Europa att den här typen av exploateringsavtal skulle upphandlas med stöd av byggdirektivet".¹¹⁸ I Bygg- och anläggningsdirektivet definieras ett antal begrepp. Dessa begrepp utgörs bland annat av definitionen av upphandlande myndigheter, offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten och entreprenad. I La Scala-målet går att utläsa, att ovanstående definitioner är av avgörande betydelse vid bedömningen av huruvida vi har att göra med ett offentligt upphandlingskontrakt i direktivets mening.

¹¹⁵ NOU info okt-01 s. 15

¹¹⁶ Sveriges Kommuner och Landstings hemsida: Motion 38

¹¹⁷ Sveriges kommuner och Landstings hemsida : Motion 38

¹¹⁸ Docent Tom Madells föreläsningssunderlag angående genomförandeavtal, s. 5 ff

I dagens Sverige är det vanligt att kommuner i exploateringsavtal uppställer vissa villkor eller direktiv. Det föreskrivs frekvent att exploatören skall avstå mark som fordras för allmän plats. Exploatören skall utföra och stå för kostnaderna av anläggandet av gator och vägar, samt anordningar för vatten och avlopp. Efter färdigställandet av projektet skall dock anläggningarna enligt kontraktet överlåtas till kommunen¹¹⁹. Kommunen avstår i gengäld från att ta ut avgifter för dessa anläggningar från exploatören i hans egenskap av fastighetsägare.

Enligt Svenska Kommunförbundet grundas ovan beskrivna förfarande på "[...] syftet med bestämmelser i första hand i PBL och lagen om allmänna vatten- och avloppsanläggningar".¹²⁰ Exploateringsavtalen innehåller många gånger också villkor om andra arbeten som kommunen vill ha gjort för egen räkning, men där "kvittning" inte sker av ersättningen. Villkoren innebär i de fallen att exploateringsföretaget drar av de kostnader som de annars skulle ha betalt. Exploateringsföretaget får på detta vis indirekt betalt av kommun för att bygga dessa anläggningar.

De villkor som används i de svenska exploateringsavtalen är mycket lika de villkor som EG-domstolen prövade i La Scala-målet. Enligt Svenska Kommunförbundet skulle en domstol vid en prövning enligt LOU tolkningsvis kunna anse att exploateringsavtal med sådana villkor innebär ett köp av en byggentreprenad och därför behöva föregås av en upphandling i enlighet med lagens bestämmelser.¹²¹ Svenska Kommunförbundet gör efter La Scala-målet bedömningen att uppförande av gemensamma anläggningar bör upphandlas i konkurrens, i enlighet med direktivet. Detta gäller då värdet på arbeten överstiger tröskelvärdet. Även de arbeten, som inte når upp till de i direktivet angivna tröskelvärdet, får bedömas på samma vis. Det råder alltså enligt Svenska Kommunförbundet i princip upphandlings-skyldighet. Här finns alltså en upphandlingsproblematik vid den här typen av exploateringsavtal, då detta inte alltid sker i Sverige.

Finner vi en möjlig lösning till denna problematik i La Scala-målet? En lösning kan enligt domen vara att gå vägen via fullmakt. Den upphandlande enheten kan nämligen med stöd av fullmakt överlåta till exploatören att sköta upphandlingen. Svenska Kommunförbundet ansåg dock att denna lösning inte var användbar vid kommunala exploateringar. Kommunförbundet motiverade ställningstagandet med att den tilltänkte exploatören inte själv kan vara anbudsgivare. Man anförde även att en av huvudreglerna i den svenska kommunalrätten innebär att det inte är möjligt att delegera det kommunala beslutsfattandet annat än internt.¹²² Det finns dock undantagsregler i 3 kap. 15 § p.1 respektive 6 kap. 2 b § LOU. Dessa torde kunna tillämpas när det gäller de kommunaltekniska arbetena. De ovan nämnda reglerna medför att förhandlade upphandlingsformer utan

¹¹⁹ Kommuner och Landstings hemsida: Motion 38

¹²⁰ Kommuner och Landstings hemsida: Motion 38

¹²¹ Kommuner och Landstings hemsida: Motion 38

¹²² Svenska Kommunförbundets promemoria, s. 2, 2003-12-11

annonsering får användas, om det som skall uträttas är av viss natur. Exempelvis om arbetena av tekniska skäl endast kan utföras av en viss entreprenör. Ett sådant tekniskt skäl kan enligt Svenska Kommunförbundet vara, att de gemensamma anläggningarna bör utföras i takt med bebyggelsen i området, i teknisk samordning med exploatörens egna arbeten. När dessa undantagsregler är tillämpliga får det upprättas ett särskilt avtal vad gäller de kommunaltekniska arbetena. Det avtal som upprättats kan sedan kombineras med exploateringsavtal där dessa arbeten inte ingår. 6 kap 2 § LOU reglerar direktupphandling på grund av synnerliga skäl. Regeln skall särskilt tillämpas när det gäller förhållandevis små arbeten. Det är kommunen som bär bevisbördan, för att det verkligen gäller en sådan särskild situation som lagen anger.

Det finns ett annat alternativ. Det är att tillämpa reglerna i 6 kap 22 § PBL. Nämnda lagrum handlar om förordnande av plangenomförande, vilket dock förutsätter att det är fråga om ett exploateringsavtal, där kommunen inte är ägare av marken. I de fall där kommunen inledningsvis äger den mark som skall exploateras, förespråkar Svenska Kommunförbundet att en anbudstävling genomförs, "[...] varvid fastighetsförsäljningen kombineras med en entreprenadupphandling enligt 3 kap LOU eller en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU".¹²³ En möjlighet att fånga upp nya idéer inför en markexploatering, menar kommunförbundet är att anordna en formgivningstävling enligt 5 kap. 28 § resp. 6 kap. 18 §. Tävlingen kan då gälla stadsplaneringen.

En slutsats som Svenska Kommunförbundet har dragit är att LOU, om den tolkas strikt i enlighet med La Scala-målet, inte är anpassad till de förhållanden som många gånger uppkommer vid exploatering av mark.

¹²³ Svenska Kommunförbundets promemoria, s. 2, 2003-12-11

7 Eskilstuna-målet

Vad gäller de svenska exploateringsavtalens laglighet aktualiserades relevanta frågeställningar i och med en dom i Eskilstuna.¹²⁴ Saken gällde laglighetsprövning av beslut angående ramavtal med byggföretaget PEAB om byggande av bl.a. idrottsanläggning, samt avtal om försäljning av mark.

7.1 Bakgrund

Eskilstuna kommun hade 2002 ingått två samarbetsavtal med byggföretaget PEAB. Ett av avtalen medförde att kommunen hade sålt flera fastigheter till byggföretaget. Eskilstuna kommun hade förbundet sig att sälja tomterna till PEAB till ett värde av 60 miljoner kronor. I en detaljplan hade dessutom kommunen gett företaget rätt att bebygga fastigheterna. Avtalen innebar även att exploateringsföretaget skulle ha rätt att uppföra tre idrottsanläggningar på vissa av de försålda fastigheterna. Företaget byggde en fotbollsarena, en friidrottsarena och en speedwaybana på tre separata tomter som angavs i ramavtalet. Det sammanlagda värdet av dessa tre investeringar uppgick till 108 miljoner kronor. Investeringarna låg klart över det tröskelvärde på 5 miljoner euro (43,9 miljoner kronor, kurs i mars 2005) för tillämpning av bestämmelserna i Bygg- och anläggningsdirektivet.

Kommunen avsåg dock inte att köpa arenorna när de var färdiga. Eskilstuna kommun förband sig i sin tur att hyra anläggningarna under 25 år.¹²⁵ I slutet av hyresperioden skulle kommunen ha betalat PEAB hela summan av investeringen jämte ränta. Exploateringen skulle enligt kontraktet donera den mark till kommunen, som enligt den bindande markanvändningsplanen skulle utgöra gatumark eller allmän plats. Byggföretaget hade enligt överenskommelsen även åtagandet att bygga dessa gator och allmänna platser. Eskilstuna kommun har i normalfallet rätt att kräva ersättning för att ha uppfört vägar och grönområden. Här gäller dock att exploatören, som fastighetsägare, har obligationen att betala, men är berättigad att dra av dessa kostnader så länge avgifterna hänförs till de vägar och offentliga områden som företaget har byggt. Enligt exploateringsavtalet ålåg det vidare PEAB att bygga vatten och avloppsanläggningar. När sedan kommunen erhåller avgifter för vatten och avlopp har PEAB enligt kontraktet återigen rätt att

¹²⁴ Länsrätten i Södermans län. Dom 2004-10-04 Mål 2182-00, 2208-00

¹²⁵ Den årliga hyran för de tre idrottsarenorna kommer att beräknas som en kombination av ett fastbelopp på 4,32 miljoner kronor, (hyresdel) och en given procentsats på grundbeloppet på 108 miljoner kronor (räntedel). Enligt uppgörelsen kommer det belopp som utgör grunden för kalkyleringen av räntedelen att minskas med 4,32 miljoner kronor varje år. Detta innebär att räntedelen kommer att uppgå till 0 kr vid 25-årsperiodens slut. Den procentsats som idag används av de svenska myndigheterna är 5 %. Om räntan antas vara det brukliga, kommer de totala räntebetalningarna att uppgå till 178,2 miljoner kronor. Eskilstuna kommun beräknas därför ha betalt företaget hela summan av investeringen (25 gånger 4,32 miljoner kr = 108 miljoner kr) samt ränta.

dra av byggnadskostnaderna, så länge de avser de lokala installationerna. Byggbolaget får enligt avtalet på så vis betalt för gator och allmänna platser och vatten och avloppsanläggningar som det byggt. Betalningen består av en indirekt betalning i form av rätten att dra av kostnader. Dessa kostnader skulle byggföretaget annars vara tvunget att betala för kommunen för att utnyttja vägar, offentliga områden samt vatten och avlopp.

Eskilstuna kommun anklagades bland annat att brutit mot 10 kap. 8 § 4p KL. Kommunen skall ha godkänt principerna för konstruktionen av avtalet, innebärande att PEAB utan konkurrens fått i uppdrag att genomföra ekonomiskt betydelsefulla byggtreprenader, utan att beakta och tillämpa bestämmelserna i Romfördraget och reglerna i 1 kap. 4 § LOU. Klaganden menade att konkurrensen på den lokala marknaden skadats genom att utestänga lokala, regionala, nationella samt internationella byggtreprenörer från projektet. Eskilstuna kommun bestred bifall. Kommunen anförde endast att "[...] någon omständighet som utgör grund för upphävande av fullmäktiges beslut ej anförts och inte heller i övrigt har någon sådan omständighet framkommit."¹²⁶

Eskilstuna kommuns svaromål

Enligt Eskilstuna kommun är ramavtalets rättsliga kvalifikationer avgörande. Ramavtalet skall bland annat anses ha uppförts "oavsett medel av arbete" samt "motsvara den av den upphandlande myndigheten angivna kraven". Kommunen menar att de tekniska kraven för idrottsanläggningarna inte har fastställts av Eskilstuna kommun. Kraven följer endast Riksidrottsförbundets regler för anordnande av tävlingar på SM-nivå. Man menar att de tekniska specifikationerna har utarbetats av Peab. Kommunen ansåg att exploateringsavtalen inte var så detaljerade, att de förutsätter ingående av ytterligare avtal för utförandet.

Kommunen menade att det, enligt avtalet, inte medförde någon övergång av äganderätten till anläggningarna till kommunen när hyresperioden är slut. Om situationen hade varit enligt ovan beskrivna, är det enligt kommunens försvar ett typfall då art 1a) i direktivet kunde ha ansetts tillämpligt. Kommunen bygger även upp sitt försvar på att utförandet av anläggningarna skulle kunna kvalificeras som bygg- eller tjänstekoncessioner.¹²⁷ Enligt EG-kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner¹²⁸ är det exploateringsavtalets huvudsakliga syfte som är avgörande vid gränsdragningen mellan byggkoncession och tjänstekoncession. Var avtalets huvudsakliga syfte utförandet av ett bygg-

¹²⁶ Länsrätten i Södermans län. Dom 2004-10-04 Mål 2182-00, 2208-00 s. 2

¹²⁷ Om utförandet av en av idrottsanläggningarna, fotbollsstadion, borde ha kvalificerats som en byggkoncession enligt art 1 d) i byggdirektivet borde reglerna om publicering ha följts. Om utförandet borde ha kvalificerats som en tjänstekoncession faller det däremot utanför tillämpningsområdet för direktiv 92/50.

¹²⁸ EGT 2000 C 121, s. 2

eller anläggningsarbete för koncessionsgivarens räkning eller var det underordnat i betydelse i förhållande till det huvudsakliga syftet? Kommunen framhöll även senare, i ett tillägg till tidigare yttrande, att det finns en svår gränsdragningsproblematik mellan de avgörande begreppen. Det är enligt det ovan anförda svårt att särskilja begreppen samt därmed klassificera avtalen som antingen ”offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten”¹²⁹, ”koncessioner”¹³⁰ och ”kontrakt om offentliga/privata partnerskap”¹³¹. Skillnaden var enligt kommunen avgörande.¹³²

Eskilstuna kommun framförde även vissa praktiska problematiska konsekvenser med att man kvalificerar dessa typer av avtal mellan privata/offentliga partnerskap som offentliga upphandlingskontrakt för bygg och anläggningsarbeten enligt art 1 a. Kommunen menar att det även innebär problem om uppförandet skulle kvalificeras som byggkoncession. Vidare menade kommunen att om exploateringsavtal skall upphandlas först, så skulle det att kommunala kontrakt om offentliga/privata partnerskap avsevärt komma att försvåras. Enligt Eskilstuna kommun medföra att ”[...] svenska kommuner skulle tvingas publicera privata exploatörers projektfinansieringskoncept och utsätta dem för ett anbudsförfarande vilket skulle förta mycket av incitamentet för privata aktörer att ta fram omfattande och kostnadskrävande förslag på hur en viss kommunal resurs skulle kunna utvecklas, struktureras och finansieras.”¹³³

Kommunen menade även att La Scala-målet inte är analogt tillämplig på svenska markexploateringsavtal. Avgörande i frågan var enligt La Scala-målet huruvida kriteriet avseende ”ekonomiska villkor i avtalet” kan anses vara uppfyllt. Frågan var om detta kriterium är uppfyllt när en markägare medges nedsättning av avgifter för anläggande av gator, allmänna platser samt vatten och avlopp.¹³⁴

7.2 Domstolens avgörande i Eskilstuna fallet

Domskälen inleds med en övergripande redogörelse av relevanta lagrum för denna typ av exploateringsavtal. Det konstateras exempelvis att Bygg- och anläggningsdirektivet är tillämpligt på offentlig upphandling som exklusive mervärdesskatt uppgår till 5 miljoner euro. All upphandling till, eller över, detta belopp skall enligt art 11 annonseras av myndighet. Myndigheten skall även till europeiska gemenskapens kontor för offentliga publikationer

¹²⁹ Enligt artikel 1 a) i direktiv 93/37/EEG

¹³⁰ Enligt artikel 1 d) i direktiv 93/37/EEG

¹³¹ Vilka enligt kommunen synes falla utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde.

¹³² Sammanträdesprotokoll, Eskilstuna kommun, 2002-12-10. Dnr 040000-2002-10155

¹³³ Sammanträdesprotokoll, Eskilstuna kommun, 2002-12-10. Dnr 040000-2002-10155

¹³⁴ Enligt NOU påminner avtalen mellan Eskilstuna kommun och Peab ”i väsentliga avseenden” om situationen i LaScala-målet.

tillkännage vem som erhållit kontrakt. Domstolen redogör även för 1 kap. 4 § LOU, som fastslår att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns, och skall även i övrigt genomföras affärsmässigt. Även 3 kap 9 § LOU är enligt domstolen av intresse. Enligt lagrummet skall upphandlande enhet snarast möjligt, genom förhandsannonsering, informera om de upphandlingar över tröskelvärdet som enheten planerat. Enheten, som i vårt fall är den kommunala myndigheten skall även ange upphandlingarnas huvudsakliga art och omfattning.¹³⁵

I domskälen berörs även La Scala-målet från EG-domstolen vad gäller tröskelvärdena. Domstolen anförde att Bygg- och anläggningsdirektivet är tillämpligt, när det uppskattade tröskelvärdet exklusive mervärdesskatt av ett anläggningsarbete, motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet. Detta innebär enligt domstolen att de kommunala myndigheterna är skyldiga att följa de förfaranden som föreskrivs i direktivet. Skyldigheten gäller varje gång kommunerna skall tilldela ett sådant offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten. I länsrättens domslut citeras relevanta delar ur La Scala-målet. Av vikt är alltså att: ”Rådets direktiv 93/37EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten utgör hinder för en nationell stadsplaneringslagstiftning – 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.”¹³⁶

Enligt rätten borde exploateringsavtalet inte ha tillkommit, utan att en upphandling av byggtreprenad först borde ha skett. Domstolen fann således att “[...] de överklagade besluten strider mot såväl EG-rätten samt delar av den svenska lagstiftning som tillkommit för att uppfylla de förpliktelser som följer av Sveriges medlemskap i den Europeiska Unionen”. Kommunfullmäktiges i Eskilstuna kommuns beslut skulle därför upphävas.

7.3 EG-kommissionens formella underrättelse rörande Eskilstuna kommuns exploateringsavtal

Det mest intressanta med Eskilstuna kommuns agerande är att det föranledde att EG-kommissionen överlämnade en så kallad formell underrättelse till Sveriges regering. Kommissionen gjorde gällande att kommunen vid tilldelningen av offentliga byggtreprenadkontrakt inte följt relevanta bestämmelser i Bygg- och anläggningsdirektivet. Kommissionen

¹³⁵ Länsrätten i Södermans län. Dom 2004-10-04 Mål: 2182-00, 2208-00 s. 3

¹³⁶ Länsrätten i Södermans län. Dom 2004-10-04 Mål: 2182-00, 2208-00 s. 4

menade att exploateringsavtalen mellan kommunen och PEAB stred mot byggdirektivet i de delar som avtalen innebar dels "[...] att PEAB skall uppföra idrottsanläggningar som kommunen utfäster sig att hyra och dels att Peab skall anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar."¹³⁷

En annan fråga som kommissionen tog upp i den formella underrättelsen var huruvida överträdelsen mot byggdirektivet hade upphört. Det anfördes att även om de svenska myndigheterna redan delvis medgivit överträdelsen mot direktivet, är det nödvändigt att skicka en formell underrättelse i det här fallet. Orsaken till detta är; att även om arbetena på idrottsanläggningarna i praktiken har färdigställts, menar kommissionen att effekterna av överträdelsen inte upphört, utan fortsätter i form av hyresavtal som ska gälla i 25 år.¹³⁸ Kommissionen påpekade även att "[...] de svenska myndigheterna inte officiellt har medgivit överträdelsen när det gäller arbetena på vatten- och avloppsanläggningarna samt på gator och allmänna platser eftersom arbetena inte ännu har färdigställts". Mot bakgrund av detta hade enligt kommissionen överträdelsen mot direktivet inte upphört.

Regeringens svar på kommissionens underrättelse

Regeringen ansåg att avtalen angående vägar, allmänna platser samt vatten- och avloppsanläggningar i väsentliga avseenden påminner om den situation som var aktuell i La Scala-målet. Regeringen poängterade att båda fallen innebar att avtalen ger att exploatören befrias från offentligrättsliga avgifter till en kommun. Exploatören skall dock som ett villkor för befrielsen uppföra anläggningar som kommunen annars skulle ha uppfört i egen regi. EG-domstolen anför uttryckligen i La Scala-målet att den omständighet, att offentliga entreprenadkontrakt har inslag av myndighetsutövning, snarast talar för att de faller under byggdirektivets tillämpningsområde.¹³⁹

Regeringen ansåg att avtalet om anläggande av vägar, allmänna platser och VA-anläggningar utgjorde ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten "[...] i den mening som avses i art 1 a) byggdirektivet i den utsträckning avtalet medför avgiftsnedläggning för anläggningarna."¹⁴⁰

Regeringen slutsats var således att, det faktum att kommunen tilldelat kontrakt angående gator, allmänna platser och VA-anordningar till Peab utan föregående upphandlingsförfarande föreföll att strida mot direktivet.

Huruvida överträdelsen av direktivet har upphört eller ej anförde den svenska regeringen "[...] att det finns i gemenskapsrätten ingen skyldighet

¹³⁷ Regeringskansliet, 2002-12-16 Fi2002/3784 s. 1, Formell underrättelse om samordningen av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. (KOM:s ref. nr SG(2002) D/220815, ärendenr 2001/4764)

¹³⁷ Ibid s. 2.

¹³⁸ Ibid s. 4

¹³⁹ Mål C-399/98, 2001, punkt 73

¹⁴⁰ Regeringskansliet, 2002-12-16 Fi2002/3784 s. 2

för medlemsstaterna att ogiltigförklara eller häva ett kontrakt som ingåtts i strid med byggdirektivet.”¹⁴¹ Regeringen motsatte sig dock inte att ett sådant avtal får effekter, så länge det fortsätter att löpa. Regeringen menade att även om effekterna av avtalet ej upphört, så kräver inte gemenskapsrätten att hyresavtalet skulle bringas att upphöra. Då överträdelse mot direktivet har konstaterats är det enligt regeringen ”[...] överlåtet till medlemsstaterna att reglera vilka åtgärder som kan vidtas för att komma till rätta med de effekter som överträdelsen innebär.”¹⁴² Vidare påpekades att det i svensk lagstiftning finns en möjlighet för de anbudsgivare som inte tilldelades kontraktet att begära skadestånd. Vidare betonades att den svenska lagstiftningen överensstämmer med den gemenskapsrättslig, vilken även innebär att det är överlåtet till medlemsstaterna att reglera effekterna av en överträdelse. Därutöver menade man att gemenskapsrätten inte heller krävde att avtalet beträffande arbetena på vatten- och avloppsanläggningarna på gator och allmänna platser skall upphöra. Sammanfattningsvis motsatte sig således regeringen kommissionens uppfattning att överträdelsen ej upphört. Kommissionen hade här kunnat välja att avge ett s.k. motiverat yttrande. Processen kunde ha lett till att Sverige stämts inför EG-domstolen.

7.4 NOU:s ställningstagande Eskilstuna-målet

Den formella underrättelsen från EU-kommissionen föranledde att den svenska regeringen vände sig till NOU för att inhämta ett yttrande. Nämnden anförde i sitt yttrande att de delade kommissionens uppfattning angående tilldelning av kontrakt, i det avseendet att anläggning av gator, allmänna platser och VA-anordningar hade stridit mot direktivet.

Vad gäller den andra frågan, huruvida överträdelsen mot byggdirektivet har upphört eller ej tog NOU också ställning till. NOU tolkade kommissionens formulering i frågan på det vis, att rättelse bör vidtas för att undanröja effekterna av överträdelsen. Enligt NOU ”[...] synes dock ej vara möjligt för regeringen att vidta åtgärder för rättelse utan någon form av medverkan från Eskilstuna kommuns sida.”¹⁴³ Det är intressant att NOU i sitt yttrande poängterar att ”[...] det är angeläget att regeringen snarast tar initiativ till lagstiftningen för att anpassa LOU till upphandlingsdirektivets ordalydelse såvitt gäller definitionen av byggtrepenad i 1 kap. 5 § samt undantaget för uthyrning i 5 kap 1 § LOU.”¹⁴⁴

Som svar på den angivna underrättelsen, menade den svenska regeringen att de delvis delade kommissionens uppfattning. Den svenska Regeringen

¹⁴¹ Regeringskansliet, 2002-12-16 Fi2002/3784 s. 3

¹⁴² Ibid, s. 4

¹⁴³ NOU yttrande: Datum 2002-12-02 2002/0203-29 s. 1

¹⁴⁴ NOU Yttrande: Datum 2002-12-02 2002/0203-29 s. 2

ansåg således också att Eskilstuna kommun hade begått överträdelser mot byggdirektivet vad gäller avtalen om uppförande av idrottsanläggningar.

8 Avslutande kommentarer

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) är till största delen grundad på EU:s direktiv om offentlig upphandling. Direktiven behandlar förfarandet vid upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster samt inom de s.k. försörjningssektorerna. Upphandlingslagstiftningen styr tilldelningen av offentliga kontrakt till någon utanför den egna enheten. Såvida kommunen inte kan stödja sig på något undantag i lagen, skall upphandling ske vid varje kontraktstillfälle. En typ av samarbetsavtal som har varit föremål för debatt de senaste åren är de s.k. exploateringsavtalen, vilka sluts mellan kommuner och privata exploatörer angående kommunala bygg- och anläggningskontrakt. Exploateringsavtal används i Sverige för att reglera genomförandet av ett bygge inom ett markområde. Då den allmänna sektorn allt som oftast sluter samarbetsavtal med den enskilda sektorn, har detta medfört ett intresse för de nya olika modellerna av samarbete. Som tidigare framgått är samarbetsformerna inte entydigt definierade, vilket medför många gånger juridiska frågor och problemställningar.

Det skall dock ej förglömas att det offentliga har möjlighet att sluta vissa typer av genomförandeavtal utan att upphandlingsreglerna aktualiseras. Dessa, så kallade rena exploateringsavtal, har ansetts utgöra sedvanlig fastighetsförsäljning och omfattas därför inte regelverket om offentlig upphandling. Det är dock svårt att avgränsa hur de typer av genomförandeavtal skiljer sig mot andra typer av samarbeten med privata aktörer, exempelvis exploaterings-avtal, byggkoncessioner och olika typer av offentligt-privat partnerskap (PPP). Variationerna på avtalstyperna när det offentliga ingår i samarbetsprojekt med privata angående byggtreprenader medför således en osäkerhet hur dessa avtal skall hanteras. De olika samarbetsformerna är därutöver inte heller entydigt definierade. Utan en etablerad definition försvåras naturligtvis en generell beskrivning av samarbetsformerna, vilket även försvårar en generalisering av de juridiska problemställningar som samarbetsmetoderna medför.

Den rättsliga regleringen av kontrakt om offentligt-privat partnerskap inom eller utom ramen för EG:s upphandlingsdirektiv är komplicerad. Det har bland de rättslärda framförts kritik vad gäller de strama upphandlingsreglerna, och en smidigare lösning vad gäller upphandling har efterfrågats. EG-kommissionen har lagt fram ett förslag till ett nytt direktiv om offentlig upphandling. Som ett alternativ till de vanliga upphandlingsreglerna har det häri föreslagits en så kallad "competitive dialogue". Detta medför att den upphandlande enheten får använda sig av en konkurrenspräglad dialog, istället för ett öppet eller ett selektivt förfarande vid särskilt komplicerade kontrakt. Artikeln kan kanske således öppna upp för alternativa förfaranden, exempelvis olika typer av offentligt-privat partnerskap.

Det har länge funnits en osäkerhet när det gäller EG-rättens inverkan på de juridiskt tveksamma exploateringsavtalen. Behovet av nyanseringar av rekvisit, tolkningsprinciper och lösningar har visat sig vara påtagligt i uttolkningar inom dessa sammanhang. Den tidigare uppfattningen var länge i kommunerna att upphandlingsreglerna inte var tillämpliga på exploateringsavtal. Vad gäller exploateringsavtal är mängden litteratur mycket sparsam. Inte heller är det lätt att finna mer utförliga analyser angående exploateringsavtalens ställning som civilrättsligt avtal. Oftast konstateras dock att exploateringsavtalet tillhör den civilrättsliga sidan. Den juridiska grunden för dessa typer av avtal har många rättslärda konstaterats vara det kommunala planmonopolet. Det kommunala planmonopolet ger uttryck för den offentliga makten. På ett vis kan man därför mena att exploateringsavtalet som ett civilrättsligt avtal eller ej kan diskuteras.

8.1 Rättsläget i Sverige

Regelverket om offentlig upphandling utgör en begränsning i myndigheternas autonomi när de genomför varor och tjänsteköp. Dessa begränsningar är främst de som direkt kan härledas till EU:s upphandlingsdirektiv. Goda erfarenheter av en leverantör kan, eller får, av en kommun inte vid alla tillfällen beaktas vid ytterligare eller andra arbeten som skall göras inom kommunen. Detta ligger i den offentliga upphandlingens natur, där ett av de främsta syftena är just konkurrensutsättning. Det är helt enkelt så, att vid en offentlig upphandling skall tidigare erfarenheter bortses från, och därmed både nya och gamla byggherrar utgå från lika villkor. En förutsättning för detta är även att initiativet till en upphandling av detta slag normalt tas av den upphandlande myndigheten, och inte av leverantören.

Markexploatering innebär att markanvändningen inom ett område förändras genom att ny bebyggelse uppförs. Genomförandeavtal används i Sverige för att reglera genomförandet av ett bygge inom ett markområde. Avtalet tecknas mellan kommunen och exploitören och behandlar en mängd frågor som berör ansvarsfördelningen mellan parterna. De svenska exploateringsavtalen innebär ofta att exploitören ska avstå mark som behövs för allmän plats. Avtalen innebär ofta även att det är exploitören som ska bekosta anläggandet av gator och vägar samt anordningar för vatten. Trots att det är den sistnämnda som ska bekosta dessa anläggningar, kan anordningarna enligt kontraktet överlåtas till kommunen efter att de färdigställs, utan ersättning till exploitören. Kommunen kan i sådana fall i sin tur avstå från att ta ut avgifter för dessa anläggningar. Ovan beskrivna förfarande baseras bland annat på Plan- och bygglagen. Exploateringsföretaget får på detta vis betalt av kommunen för att bygga dessa anläggningar. Anledningen till att detta förfarandesätt används är således de samordningsvinster som uppstår. Exploateringsavtalens vara eller icke vara har länge varit föremål för diskussion och kritik. Den lagstiftning som berör avtalen har länge ansetts som oklar. Lagstiftningen har heller inte varit anpassad till den förhandlingsplanering som de facto har vuxit fram. Det faktum att PBL

saknar regler om genomförandeavtal samt att kommunens handlingsfrihet på plan- och bygglagens område begränsas av en mängd bestämmelser ex LOU har varit exempelvis varit föremål för kritik. Den rådande uppfattningen har bland kommuner i Sverige länge varit att upphandlingsreglerna inte har varit tillämpliga på exploateringsavtal. Europeiska jurister har, till skillnad från svenska kommuner, under en längre tid varit relativt överens om att denna typ av exploateringsavtal skall upphandlas med stöd av Byggdirektivet.

8.2 La Scala-målet

La Scala-målet är ett EG-rättsligt avgörande angående exploateringsavtal. La Scala –målet föranleddes av att det, i nationell domstol i Italien, väckts talan om att ogiltigförklara de beslut, genom vilka kommunfullmäktige i Milano godkände Bicocca-projektet. Domstolen fastställde att EG-rättslig reglering om upphandling är tillämplig när en markägare och exploatör åtar sig ett bygg projekt mot att kommunfullmäktige medger avdrag på bygglovsavgift som annars skulle ha erlagts. Det är enligt domstolen de definitioner som görs i bygg ochabläggningsdirektivet som är viktiga vid avgörandet huruvida kontraktet i fråga skall upphandlas eller ej.

Det intressanta frågan i La Scala-målet var således om kontraktet innehöll ”ekonomiska villkor”, enligt definitionen i art 1 a) i Byggdirektivet.¹⁴⁵ EG-domstolen konstaterade att det strider mot Byggdirektivet om den som innehar bygglov eller en godkänd plan för markexploatering direkt uppför en anläggning mot att hela eller delar av avgiften avräknas. Detta såtillvida värdet av arbetet motsvarar eller överstiger det i direktivet förskrivna tröskelvärden. EG-domstolen fann att avtalet innehöll ekonomiska villkor. Denna tolkning garanterade direktivets ändamålsenliga verkan. EG-domstolen påtalade dessutom att ett av de grundläggande syftena med byggdirektivet trots allt är att konkurrensutsätta tilldelningen av offentliga byggkontrakt.

I domen poängteras även att nationella regler om myndighetsutövning inte utesluter tillämpningen av EG-direktiven om offentlig upphandling. Att avtalet är ett offentlighetsrättsligt avtal samt att det har inslag av myndighetsutövning utgör ej heller ett hinder för det typ av avtalsförhållande som föreskrivs i art. 1 a. Tvärt om talar denna omständighet dessutom för detta.

¹⁴⁵ Av avgörande betydelse för om ett kontrakt skall upphandlas enligt direktivet är att det föreligger ett *kontrakt med ekonomiska villkor* som slutits *skriftligt* mellan en *leverantör* och en *upphandlande enhet* som syftar till *utförande av en byggentreprenad*.

8.3 EG-rättens påverkan på svensk rätt

I och med att Sverige är medlem i EU måste vi följa upphandlingsdirektiven, däribland Bygg- och anläggningsdirektivet, införlivat genom LOU. Syftet med Bygg- och anläggningsdirektivet är främst att undanröja hinder för etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster inom bygg- och anläggningsområdet. Vi är även förpliktigade att efterleva de rättsprinciper dessa direktiv bygger på. Exempelvis ska principerna om icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och ömsesidigt erkännande tillämpas i alla situationer, som har anknytning till offentlig upphandling. Även de offentliga upphandlingar som ej omfattas av direktiven, omfattas givetvis av dessa principer. Detta skapar goda grunder för effektiv konkurrensutsättning. Förutom direktiven är vi självklart skyldiga att följa det övriga gemenskapsrättsliga regelverket.

LOU styr hur offentliga kontrakt skall tilldelas någon utanför den egna enheten. Om man inte kan stödja sig på något undantag i lagen, skall den tillämpas vid varje kontraktstillfälle. Upphandlingens syfte är att den upphandlande enheten ska kunna förvärva behövliga varor, tjänster och byggentreprenader, samtidigt som detta kombineras med plikten att offentliggöra och konkurrensutsätta anskaffningen. Tillika beaktas anbudssökarens möjligheter.

EG-kommissionen inledde 2001 en formell granskningen av ett exploateringsavtal ingånget mellan Eskilstuna kommun och PEAB. Kommissionen att exploateringsavtalet stred mot EG:s byggdirektiv. Denna slutsats fick stöd av den svenska regeringen. Eskilstuna kommun hävdade å sin sida att genom att kvalificera offentligt-privat partnerskap som offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, eller som en byggkoncession, försvåras kommunala kontrakt om offentligt-privat partnerskap. Eskilstuna kommun argumenterade bland annat att svenska kommuner skulle, för det fall att exploateringsavtal av denna typ skulle strida mot Byggdirektivet, att de skulle tvingas publicera exploatörers projektbudgetar. I den svenska domstolen ansågs dock omständigheterna i Eskilstuna-målet principiellt likvärdiga med de som prövades i det så kallade La Scala-målet, som prövades av EG-domstolen. Det kan tilläggas att, om uppförandet av anläggningarna i Eskilstunafallet hade kvalificeras som en byggkoncession enligt art 1 d) i byggdirektivet, så borde reglerna om publicering i direktivet för upphandling ändå har följts.

Eskilstuna-målet och La Scala-målet påminner om varandra: Exploatören har befriats från offentlighetsrättsliga avgifter till en kommun. Avgiftsbefrielsen görs dock mot att byggherren uppför anläggningar som kommunen annars skulle ha uppfört. Eskilstuna kommun invände att enligt PBL 6 kap. 19 och 22 §§ kan en fastighetsägare åläggas att avstå mark för allmänna platser till kommunen, och att bekosta anläggande av gator och vägar samt VA-anordningar. Även detta var fallet enligt den italienska lagstiftningen på området (se punkt 22 i La Scala-målet).

Kommissionen ansåg som sagt att avtalen mellan Eskilstuna kommun och Peab stred mot byggdirektivet. Dels i de delar av avtalen som innebar att Peab skall uppföra idrottsanläggningar som kommunen utfäster sig att hyra, och dels i de att Peab skall anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar. Den typ av exploateringsavtal som har prövats i Eskilstuna, skall alltså enligt kommissionen, samt även EG-domstolen i La Scala-målet, anses som köp av byggtreprenad. Detta medför att exploateringsavtal i Sverige skall föregås av en upphandling i enlighet med lagen om offentlig upphandling.

Hur har då EG-rätten påverkat och påverkar den svenska lagstiftningen om när offentlig upphandling skall ske vid offentlig och privat samarbetsavtal angående kommunala bygg och anläggningskontrakt? Som tidigare påpekats har det i Sverige funnits en uppfattning att LOU inte alltid är tillämplig vid exploateringskontrakt, eller i alla fall vid genomförandeavtal i samband med fastighetsöverlåtelser. Det finns dock en anledning att ifrågasätta denna, bland kommunerna utbredda uppfattning.

Genom EG-domstolens slutsatser i det så kallade La Scala-målet har medlemsländerna i EU fått hjälp på vägen mot en mer stringent lagstiftning, eller snarare rättstillämpning, på området. Givet denna doms nationella prägel, där italiensk rätt givetvis har använts där så krävts, har den ändå en självklar relevans för Sveriges, och andra medlemsländers offentliga instrument vid upphandling av exploateringsavtal. Syftet med La Scala-målet måste ju varit att strama upp lagstiftningen hos medlemsländerna i stort. Ytterligare syfte är givetvis den förutsägbarhet som i största allmänhet är viktig i tillämpningen av EG-rätt. De praktiska fördelaktiga konsekvenserna av La Scala-målet är att anbudsprocessen blir mer öppen. Samtidigt minskar även dels risken för att det ställs mer eller mindre olagliga krav på exploitören, och dels riskerna för att en kommun gör mer långtgående utfästelser, framförallt ekonomiska, än vad offentligrättsliga regler tillåter. Nackdelarna med en strikt tillämpning av La Scala-målet är att anbudsprocesserna riskerar att starkt begränsas utifrån flexibilitets-hänseende. Kommunernas och anbudsgivarnas möjligheter att vara åtminstone i någon mån pragmatiska försvinner. Det är värt att nämna, att i det rättsliga landskap som Sverige lever i, så finns givna naturliga syften med att skruva åt lagstiftning med konkurrensrättsliga inslag eller konsekvenser. Detta för att inga gråzoner skall finnas att spela på för kommuner eller leverantörer.

Regelverket om offentliga upphandlingar utgör alltså en begränsning i myndigheternas autonomi när de genomför varor och tjänsteköp. Så långt stämmer svensk lagstiftning överens med EG-rätten. Frågan är om EG-rätten vid djupare analys, ur en positiv aspekt stramar upp eller, omvänt ur negativt perspektiv komplicerar området ytterligare.

La Scala-målet stipulerar ett antal villkor, som i vart fall ger mer stringent vägledning när det handlar om exploateringsavtal. Man kan givetvis inte

säga att den är heltäckande på området. I fall med samma eller liknande omständigheter som La Scala-målet och Eskilstuna-målet, så får den dock anses ge god vägledning.

En avgörande punkt i La Scala-målet som lägger fastare gränser för när offentlig upphandling bör ske anser jag vara följande: Att ekonomiska åtaganden eller förpliktelser från kommunens sida ingår som en avgörande, eller i vart fall signifikant, del av avtalet, och är inte en del av kommunens naturliga befogenheter eller åtaganden. Givet detta ovan, konstaterar jag att ett exploateringsavtal, där initiativet tagits av en kommun, som därutöver accepterar ekonomiska förpliktelser mot exploitören utöver, och som en naturlig del av avtalet, vad kommunen normalt skulle åtagit sig, bör vara föremål för offentlig upphandling.

De negativa konsekvenserna för en upphandlande enhet som inte följer befintliga regler är dock begränsade. Om inte en upphandling är gjord, så kan Länsrätten helt enkelt upphäva beslutet. Om ett avtal redan är skrivet med en exploitör, så är den enda möjligheten för en part, som anser sig förfördelad, att driva en skadeståndsprocess i allmän domstol. Detta är dock inte speciellt troligt, för hur ska en part kunna visa vilka upphandlingskriterier som har varit avgörande? I Eskilstuna-målet blev samarbetet uppmärksammat i medierna och anmält till EG-kommissionen. Ett en privatperson uppmärksammar brott mot konkurrensreglerna varje gång ett tvivelaktigt avtal sluts i Sveriges 290 kommuner, är något som jag inte räknar med.

Enligt min uppfattning innebär dock EG-domstolens avgörande i La Scala-målet inte endast att ovan nämnda uppfattning "kan ifrågasättas", som Sveriges Kommuner och Landsting uttrycker det. Jag anser även att La Scala målet i praktiken kan, och bör, påverka den svenska lagstiftningen mot starkare stringens och mer enhetlig tillämpning av de aktuella lagarna.

Käll – och Litteraturförteckning

Förarbeten

Prop. 1992/93:88

SOU 1994:136

Litteratur

Andersson, Roger, *Praktisk kommunal upphandling*, förvaltningshögskolans rapporter, rapport nr 50, Göteborgs universitet, 2002

Bengtsson, Bertil, *Speciell Fastighetsrätt Miljöbalken*, 8 uppl., Iustus Förlag AB, Uppsala, 2003

Bohlin, Alf, *Kommunalrättens grunder*, Nordstedts Juridik, 4 upplagan, Stockholm, 2003

Boman, Erik och Wimert Anders, *Rättsfallssamling Offentlig Upphandling*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2004

Forsberg, Niclas, *Offentlig upphandling i praktiken*, 3 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2004

Hellner och Malmqvist, *Nya förvaltningslagen - med kommentarer*, Allmänna förlaget, Stockholm, 1989

Hornsved, Guldner, *Exploateringsavtal för fritidsbebyggelse på privatägd mark*, Svenska kommunförbundet, Kommuntus Förlag AB, Älvsjö, 1991

Kai Krüger, *Autonomispörsmål ved offentlige anskaffelser*, i; Udførsel av offentlig opgave via kontrakt (ref, Karsten Naundrup Olsen og Michael Steinicke), 2004, s 61-98, Köpenhavn, 2004

Kalbo Thomas, *Markexploatering, Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, Stockholm: Tekniska Högskolan, 1998,.

Madell, Tom, *Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalsslut och rättsverkningar*, Nordstedts, Stockholm, 2000

Madell, Tom, *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Nordstedts, Stockholm, 1998

Michael Steinicke, *Tilbudsindhenting i bygge- og anlægssektoren, 2 udgave*, Nyt juridisk forlag, 2003

Michael, Steinicke, Groesmyer, Lise, *Kommentarer til EU:s udbudsdirektiver*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København, 2003

Miller, Thomas, *Genomförandeavtal i exploateringsprocessen*, Boverket och Svenska Kommunförbundet, 1993

Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København, 2002

Sundgren, Davis, *Offentlig upphandling av komplexa it-system i elbranschen*, KTH Stockholm, 2003

Ulfvarson, Östlund, Maria, *Avtal för markexploatering – en strukturanalys av åtaganden*, Kunliga Teckniska Högskolan, Stockholm, 2002

Tidsskriftsartiklar

Arrowsmith, Sue, *Public Private Partnerships and the European procurment rules: EU policies in conflicy?*, Common Market Law review, 2000 s207ff.

Kleineman, Jan, *De offentliga Rättssubjektens avtalskompetens-offentligrättslig reglering med privaträttslig metod*, Juridisk Tidskrift, JT 1994-95 s 936-971 s 951

Krüger Kai, *Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter*, Lov og rett Norsk Juridisk Tidskrift, Nr 6. 2004. s 360-379

Krüger, Kai, *Autonomispørsmål ved offentlige anskaffelser*, i Uførelse af offentlig opgave via kontrakt, Jurist- og Ekonomiforbundets forlag, Karsten Naundrup & Michael Steinicke, København 2004, s. 61-98

Madell, Tom, *Caveat commune – en ny syn på kommunal verksamhet?*, Jft 2001 s747- 781

Madell Tom, *Den kommunala avtalskompetensen – möjlighet eller begränsning?*, Uførelse af offentlig opgave via kontrakt, Jurist- og Åkonomiforbundets forlag, Karsten Naundrup & Michael Steinicke, København 2004, s. 13-33

Mäkinen, Eija, *Markanvändningsavtal och planläggning*, Retfaerd 2001, s 54-71

Slavicek, Michael, *Upphandlingens olika ansikten*, Europa rättslig tidskrift, 2002 15-27

Treumer, Steen, *Competitive dialouge*, 13 Public Procurement Law Review, 2004 s. 178

Tvarnø, Christina D, *Om partnering i bygg- og anleggssektoren*, UfR 2003 B, s 366 ff

EG-direktiv

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.

Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten

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.

Förslag till nytt EG-direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Kommittedirektiv, Dir 2004: 47; Genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling

Internetkällor

Nämnden för Offentlig Upphandling, Info December 2002, s. 8ff

Nämnden för Offentlig Upphandling, Info Oktober 2001, s 14 ff

Nämnden för Offentlig Upphandling, Info December 2001,

Svenska kommunförbundets cirkulär 2003:109

Statistiska centralbyråns hemsida

Regeringsdokument

Regeringskansliet 2002-12-16, Fi2002/3784, Formell underrättelse om samordningen av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (KOM:s ref. nr SG(2002) D/220815, ärendenr 2001/4764)

Övrig information

Tom Madells föreläsningsunderlag angående genomförandeavtal som han var vänlig nog att e-maila mig.

Rättsfallsförteckning

Svenska domstolar

Dom 1999-06-08 Mål nr. 803-99 E, Länsrätten i Södermanlän

Dom 1999-10-08 Mål nr. 3859-1999, Kammarrättens i Göteborg

Dom 2004-10-04 Mål nr. 2182-00, 2208-00, Länsrätten i Södermanlän

Dom 2004-10-20 Mål nr. 4919-03, Kammarrätten i Stockholm

EG domstolen

Mål C-399/98 Ordine degli Architetti delle province di milano eLodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti och Leopoldo Freyrie mot Commune Milano, REG 2001, s 1-05409.