

Exploateringsavtal och LOU

samt vissa statsstödsfrågor

SKL Konferens 2019-05-07, chefsjurist Anders Asplund och statsstödspecialist Björn Skarp

Vägledning och webbstöd

- ▶ När uppstår upphandlingsplikt?
- ▶ Om upphandling, vad gäller?
- ▶ Vad gäller om samhällsfastighet ska uppföras?
- ▶ Kan statsstödsfrågor aktualiseras?



Upphandlingsreglerna

Upphandling – en del av EU-rätten

- ▶ Upphandlingslagarna bygger på EU-direktiv
 - ▶ Gemensamma grundregler i hela EU/EES
 - ▶ C-26/03 Stadt Halle p. 44: Fri rörlighet för varor och tjänster och icke snedvriden konkurrens
 - ▶ Dessutom grundläggande EU-rättsliga principer om lika-behandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande
 - ▶ EU-domstolen uttolkar direktiven och principerna
- ▶ Upphandling när en myndighet genom offentligt kontrakt anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader utanför sin egen organisation

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

OMSTÄNDIGHETER

- ▶ Exploatören skyldig betala "stadsplaneavgift" för att få bygglov
- ▶ Kommunen och exploatören kom överens om att reducera avgiften för exploatörens anläggningskostnader för bl.a. en teater.
- ▶ Kostnadsfri överlåtelse till kommunen efter uppförandet.

DOMSTOLEN

- ▶ Kontrakt med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet och en leverantör om utförande av byggentreprenad.
- ▶ Anläggningsarbetet = prestation
- ▶ Avräkningen = ersättning

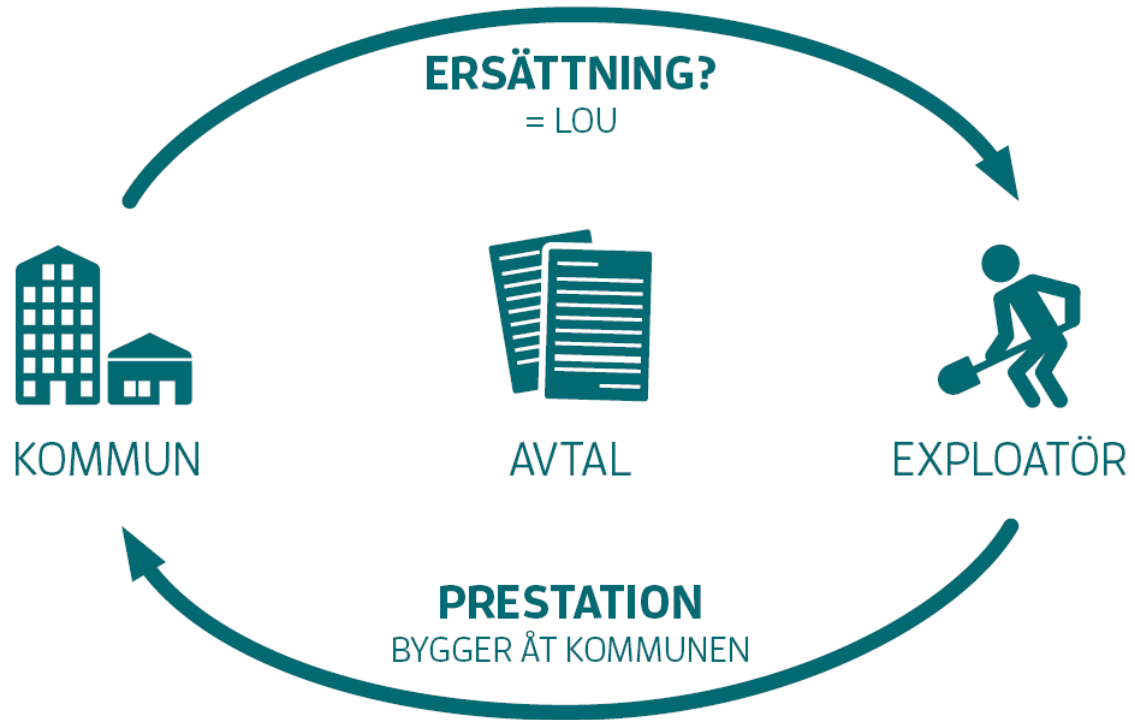
EU-domstolens dom C-451/08, Helmut Müller

OMSTÄNDIGHETER

- ▶ Fråga bl.a. om en upphandlande myndighet som utövade tillsyn ang. stadsplanering hade ingått ett byggentreprenadkontrakt.

DOMSTOLEN

- ▶ Upphandlingsplikt förutsätter avtal med ekonomiska villkor – prestation mot ersättning.
- ▶ Den upphandlande myndigheten ska ha direkt ekonomiskt intresse:
 - ▶ Blir ägare till resultatet
 - ▶ Garanteras tillgång till anläggningarna för offentliga ändamål
 - ▶ Får ekonomiska fördelar vid framtida användning eller överlåtelse av anläggningen
 - ▶ Gett ekonomiska bidrag/garantier



Bedömning görs enligt LOU

- ▶ Är det anskaffning genom tilldelning av kontrakt?
- ▶ Finns ekonomiska villkor?
- ▶ Kommunen äger marken och står utbyggnadskostnaderna – allmän anläggning ska normalt upphandlas
- ▶ Privat aktör äger marken – prestation och ersättning enligt LOU?

Scenario 1 – allmän anläggning

Privat aktör äger marken, allmän anläggning ska uppföras och bekostas av exploitören samt utan kostnad övergå till kommunens ägo (enligt PBL).

- ▶ **Prestation:** Ja, utförande och överlämnande av äganderätten
- ▶ **Ersättning:** Måste bedömas från fall till fall.
Hela transaktionen bör beaktas.
Behöver inte vara betalning i form av pengar, även avräkningar, kvittningar och andra förmåner kan anses vara ersättning i LOU:s mening (jfr. La Scala-domen)

Scenario 2 – Va-anläggning

Exploatören bygger och bekostar en allmän va-anläggning.

Anläggningen övergår utan kostnad till kommunens ägo.

Anslutningsavgift enligt LAV tas ut men är anpassad och reducerad till prestationen

- ▶ **Prestation:** Ja, utförande och överlämnande av äganderätten
- ▶ **Ersättning:** Ja, exploatören slipper betala hela eller delar av beslutade avgifter – kvittning (jfr La Scala-domen)

Scenario 3 - markanvisningsavtal

- ▶ I ett markanvisningsavtal överlåter kommunen mark till exploatör som åläggs att vidta åtgärder för anläggande av allmänna anläggningar eller allmänna va-anläggningar som sedan övergår till kommunen.
- ▶ Prestation: Ja, samma bedömning som scenario 1 och 2.
- ▶ Ersättning: Måste bedömas från fall till fall
Hela transaktionen måste beaktas.
Har t.ex. försäljningspriset för marken bestämts lägre belopp för att kompensera åtagandet att uppföra allmän anläggning?

Scenario 4 – Uppförande samhällsfastighet

En samhällsfastighet (tex skola, äldreboende, fängelse) ska byggas och användas av kommunen, köpas eller hyras.

- ▶ **Prestation:** Ja, utförande av byggentreprenad åt kommunen
- ▶ **Ersättning:** Ja, i form av köpesumman eller hyran
(U-tag: Odelbart blandat kontrakt och kontraktets huvudsakliga syfte omfattas ej av LOU)

Scenario 5 – Uppförande samhällsfastighet

Samhällsfastighet för skola, vård eller omsorg ska byggas enligt detaljplanen. Kommunen ålägger inte exploatören att uppföra byggnaden, men exploatören bygger ändå. Byggnaden ska säljas eller hyras ut till privat utförare.

Detaljplanen medför i sig ingen skyldighet för exploatören. Måste finnas kontrakt enligt LOU. Kommunen ska ha ett direkt ekonomiskt intresse (jfr Helmut Müller-domen)

Prestation: Ja, om kommunen ställer detaljerade anvisningar om byggnadens utformning

Ersättning: Beror på om i det enskilda fallet finns någon fördel eller kvittning

Vad gäller när LOU ska tillämpas?

- ▶ **HR: Annonserat förfarande**
- ▶ U-tag: Tekniska skäl eller ensamrätt
 - ▶ Restriktiv tillämpning
 - ▶ Kommunen har bevisbördan för att undantaget får tillämpas.
- ▶ Blandat kontrakt – dvs innehåller kontraktet både delar som omfattas resp. ej omfattas av LOU?
 - ▶ Delbart blandat kontrakt – LOU-delen upphandlas
 - ▶ Odelbart blandat kontrakt – Huvudsakliga syftet avgörande
 - ▶ UHM bedömning: Utbyggnad av allmän anläggning och va-anläggning normalt delbart.

Statsstödsreglerna

Statsstöd

- ▶ Ersättning till exploatören = Möjligt statsstöd
- ▶ Statsstöd art. 107 EUF-fördraget
- ▶ Ersättning är statsstöd, om den:
 - ▶ innebär överföring av allmänna medel;
 - ▶ är till ett företag (ekonomisk verksamhet);
 - ▶ är en selektiv åtgärd;
 - ▶ **medför en fördel**; och
 - ▶ påverkar samhandeln & snedvrider eller hota snedvrیدا konkurrensen

Statsstöd, forts.

- ▶ Statsstöd är olagligt, om inte:
 - ▶ Godkänt före av kommissionen;
 - ▶ Gruppundantag; eller
 - ▶ De minimis
- ▶ Markplanering och statsstöd?
- ▶ Fördel, om ersättningen inte är **marknadsmässig**
 - ▶ Sätt att uppnå marknadsmässighet - bild



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

** Samtliga fem kriterier ska vara uppfyllda

- Äldre meddelande från KOM
- Kommunens riktlinjer för markanvisningar och exploateringsavtal
- Kommunallagstiftningen; jfr ex. Winn Hotels ./ . Karlskrona kommun

Tack!