

Cirkulärnr: 2003:109
Diariernr: 2003/2585
Nyckelord: Exploateringsavtal, upphandling, La Scala domen
Handläggare: Anna Björklund
Sektion/Enhet: Civilrätt
Datum: 2003-12-11
Rubrik: La Scala domens konsekvenser för kommunernas exploateringsavtal

CIRKULÄR

*Civilrättssektionen
Hans Ekman
Anna Björklund*

2003-12-11

Kommunstyrelsen
Kommunkansli
Teknisk förvaltning

La Scala domens konsekvenser för kommunernas exploateringsavtal

Bakgrund

Den rådande uppfattningen i kommunerna har tidigare varit att upphandlingsreglerna inte är tillämpliga på exploateringsavtal (jfr RÅ 1974 A 1696 och Regeringsrättens dom 1980-12-09 i mål 5145-1978). Med anledning av en dom från EG-domstolen den 12 juli 2001 i det s.k. La Scala målet finns emellertid anledning att ifrågasätta denna uppfattning. Domen gäller tolkningen av rådets direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelningen av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten. Den finns att hämta på EU:s hemsida www.curia.eu.int/sv, där sökning kan ske på målnumret C-399/98.

Den Europeiska kommissionen har även anhängiggjort ett ärende mot Konungariket Sverige som gäller markexploatering i en svensk kommun. Kommissionen har senast avgivit ett motiverat yttrande i ärendet. Kommissionen hävdar att entreprenadarbeten i upphandlingsdirektivets mening pågår och att Konungariket Sverige är skyldigt att vidta rättelse genom att återstående icke genomförda arbeten tilldelas efter offentlig upphandling.

Regeringen har i tidigare svar till kommissionen delat kommissionens uppfattning att kommunen begått överträdelser mot bygg- och anläggningsdirektivet vad gäller avtalen om uppförande av idrottsanläggningar. Regeringen har också i svaret delat kommissionens uppfattning att arbeten avseende vatten- och avloppsanläggningar utgör en del av det ifrågavarande exploateringsavtalet som inte kan separeras från resten av avtalet.

Regeringen har nu genom Utrikesdepartementet besvarat kommissionens motiverade yttrande. Regeringen framför att det svenska systemet är upp-

byggt på så sätt att upphandlingen avslutas genom att ett civilrättsligt avtal ingås. Den svenska rättsordningen innehåller heller inga bestämmelser som ger domstol eller myndighet rätt att häva eller ogiltigförklara ingångna avtal av det skälet att den upphandlande myndigheten tecknat avtal i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling.

Om kommissionen inte godtar regeringens uppfattning är det troligt att frågan kommer att prövas av EG-domstolen i Luxemburg.

Direktivet

Direktivets syfte är att undanröja hinder för etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster inom bygg- och anläggningsområdet för att på så sätt skapa en effektiv konkurrens. Direktivet är tillämpligt på offentliga bygg- och anläggningsarbeten med ett uppskattat värde exklusive mervärdesskatt om minst 5 miljoner euro (nytt svenskt värde från den 1 januari 2004 blir 46,134 miljoner kr). Direktivet har införlivats i svensk rätt genom lagen om offentlig upphandling (LOU). Om ett projekt/avtal är att anse som ett sådant offentligt upphandlingskontrakt som omfattas av direktivet, och därmed även av LOU, skall direktivets regler tillämpas på projektet, vilket bl.a. innebär att upphandling avseende sådana arbeten skall annonseras ut inom hela gemenskapen.

I direktivet definieras vad som avses med upphandlande myndigheter, offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten och entreprenad. EG-domstolen har i La Scala målet uttalat 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.

La Scala målet

Milano kommun beslutade under 1990-talet att godkänna ett bygg- och anläggningsprojekt som bl.a. innefattade uppförandet av den s.k. Bicoccateatern. Enligt ett till projektet bifogat avtal skulle teatern uppföras och bekostas av ett antal privata aktörer som redan var verksamma i Bicoccaområdet och som agerade i egenskap av fastighetsägare och markexploatörer. Genom avtalet hade dessa åtagit sig att utan kostnad för kommunen uppföra teatern mot att de stadsplaneringsavgifter som skulle betalas till kommunen avräknades i enlighet med nationell och regional italiensk lagstiftning. Efter uppförandet skulle marken kostnadsfritt överlåtas till kommunen.

Målet i EG-domstolen föranleddes av att det i en nationell domstol i Italien väckts talan om ogiltigförklaring av de beslut genom vilka kommunfullmäktige i Milano godkänt Bicoccaprojektet. Enligt klagandena omfattades arbetena av bygg- och anläggningsdirektivet och skulle därför ha upphandlats i enlighet med gemenskapslagstiftningen, vilket inte skett.

Sammanfattningsvis konstaterade domstolen att direktivet utgör hinder för en nationell stadsplaneringslagstiftning som tillåter att den som innehar bygglov eller godkänd plan för markexploatering, utan beaktande av de förfaranden som föreskrivs i 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.

Domens betydelse för svenska förhållanden

I svenska exploateringsavtal föreskrivs ofta att exploatören skall avstå mark som behövs för allmän plats samt att denna skall utföra och bekosta anläggandet av gator och vägar samt anordningar för vatten och avlopp, vilka efter färdigställandet skall överlåtas till kommunen. I gengäld avstår kommunen från att ta ut avgifter för dessa anläggningar från exploatören i egenskap av fastighetsägare. Förfarandet grundas på syftet med bestämmelser i första hand i plan- och bygglagen (PBL) och lagen om allmänna vatten- och avloppsanläggningar. Avtalen innehåller ofta även villkor om andra arbeten som skall göras för kommunens räkning, men där "kvittning" av ersättningen inte sker.

Villkor av den här typen liknar de villkor som prövades av EG-domstolen i La Scala målet. En domstol skulle vid en prövning enligt LOU tolkningsvis kunna anse att exploateringsavtal med sådana villkor innebär ett köp av en byggtreprenad och därför behöva föregås av en upphandling i enlighet med lagens bestämmelser.

Mot denna bakgrund gör vi bedömningen att arbeten som avser uppförande av gemensamma anläggningar bör upphandlas i konkurrens i enlighet med vad som föreskrivs i direktivet då värdet på dessa arbeten överstiger det angivna tröskelvärdet. Arbeten under tröskelvärdet får bedömas på likartat sätt, dvs. i princip råder upphandlingsskyldighet.

En möjlighet att lösa de aktuella upphandlingsproblemen kan enligt La Scala domen vara att den upphandlande enheten överlåter till exploatören att sköta upphandlingen med stöd av fullmakt. Vi bedömer dock att denna lösning inte är användbar vid kommunala exploateringar. Frånsett att den tilltänkte exploatören inte själv kan vara anbudsgivare innebär den svenska kommunalrätten som huvudregel att det inte är möjligt att delegera det kommunala beslutsfattandet annat än internt.

I somliga fall torde undantagsreglerna i 3 kap. 15 § p.1 resp. 6 kap. 2 b § LOU kunna tillämpas när det gäller de kommunaltekniska arbetena. Undantagsreglerna innebär att förhandlade upphandlingsformer utan annonsering får användas om arbetena av bl.a. tekniska skäl endast kan utföras av en viss entreprenör. Ett sådant tekniskt skäl kan vara att de gemensamma anläggningarna bör utföras i takt med bebyggelsen i området i teknisk samordning med exploatörens egna arbeten. Om undantagsreglerna tillämpas får ett särskilt avtal upprättas beträffande de kommunaltekniska arbetena. Detta avtal kan sedan kombineras med ett exploateringsavtal där dessa arbeten inte ingår. När det gäller förhållandevis små arbeten kan reglerna i 6 kap. 2 § LOU om direktupphandling på grund av synnerliga skäl vara tillämpliga. Bevisbördan för att det verkligen är fråga om en sådan undantagssituation som lagen anger ligger på kommunen.

Ett annat om än opraktiskt alternativ är att tillämpa reglerna om förordnande vid plangenomförande i 6 kap. 22 § PBL, vilket dock förutsätter att det rör sig om ett exploateringsavtal där kommunen inte är markägare.

I de fall kommunen inledningsvis äger den mark som skall exploateras vill vi främst förordna att en anbudstävling genomförs, varvid fastighetsförsäljningen kombineras med en entreprenadupphandling enligt 3 kap. LOU eller en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU.

En möjlighet att fånga upp nya idéer inför en markexploatering kan även vara att anordna en formgivningstävling enligt 5 kap. 28 § resp. 6 kap. 18 § LOU, där tävlingen kan gälla stadsplaneringen.

Nuvarande upphandlingslag är om den tolkas strikt i enlighet med La Scala domen enligt vår uppfattning inte anpassad till de förhållanden som kan uppkomma vid markexploatering. En upphandlingsskyldighet kan i många fall vara svår att efterleva på ett sätt som inte leder till orimlig byråkrati och onödiga merkostnader som i slutändan drabbar konsumenten. Förbundet har därför vid den pågående utredningen om översyn av PBL aktualiserat frågan hur EG-rätten bör tillämpas vid markexploatering.

Förbundet kommer vidare att verka för en översyn av de regler i LOU som kan bli tillämpliga vid exploatering liksom i övrigt verka för att ändamålsenliga avtalsformer kan användas vid samverkan mellan kommuner och det privata näringslivet.

Frågor med anledning av detta cirkulär besvaras av sektionschefen Hans Ekman samt förbundsjuristerna Anna Björklund, Ulf Palm och Olof Moberg.

SVENSKA KOMMUNFÖRBUNDET
Civilrättssektionen

Hans Ekman

Anna Björklund