



Boverket

Myndigheten för samhällsplanering,
byggande och boende

RAPPORT 2017:27



Upphandling och exploateringsavtal

LOU:s tillämpning på 6 kap. 40 § PBL

Upphandling och exploateringsavtal

LOU:s tillämpning på 6 kap. 40 § PBL

Titel: Upphandling och exploateringsavtal

Rapportnummer: 2017:27

Utgivare: Boverket, oktober 2017

Upplaga: 1

Tryck: Boverket internt

ISBN tryck: 978-91-7563-502-6

ISBN pdf: 978-91-7563-503-3

Sökord: Upphandling, lag om offentligupphandling, exploateringsavtal, bebyggelseexploateringar, anläggningsarbeten, plan- och bygglagen, problembeskrivning, slutsatser

Diarienummer: 3.4.1 4770/2016

Rapporten kan beställas från Boverket.

Webbplats: www.boverket.se/publikationer

E-post: publikationsservice@boverket.se

Telefon: 0455-35 30 00

Postadress: Boverket, Box 534, 371 23 Karlskrona

Rapporten finns i pdf-format på Boverkets webbplats.
Den kan också tas fram i alternativt format på begäran.

Förord

I den praktiska tillämpningen råder i dag en osäkerhet kring hur begreppet ”vidta åtgärder” i 6 kap. 40 § plan och bygglagen (2010:900), PBL, angående vad som kan regleras i ett exploateringsavtal, ska tolkas. Många kommuner skulle genom exploateringsavtal vilja överlåta byggandet av till exempel allmänna platser på byggherren men väljer ändå att göra en offentlig upphandling för säkerhets skull.

Problematiken togs upp i betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109). Boverket fick i regleringsbrevet för 2017 i uppdrag att utreda förutsättningarna för exploatören att vidta åtgärder som till exempel att anlägga gator utan föregående upphandling. I uppdraget ingick även att överväga lämpliga författningsändringar.

Denna rapport utgör Boverkets redovisning av uppdraget. Rapporten har tagits fram av en projektgrupp bestående av lantmätare Karolina Andersson, planeringsarkitekt Klara Falk och jurist Maria Thuresson.

Karlskrona oktober 2017

Anders Sjelvgren
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	5
Uppdraget	6
Uppdrag för att effektivisera plangenomförandeprocessen	6
Genomförande av uppdraget.....	7
Utredning genomförd av konsult	7
Kontakter med Upphandlingsmyndigheten	7
Kontakter med Lantmäteriet.....	7
Kontakter med särskilda utredaren för betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109)	7
Problembeskrivning och bakgrund till uppdraget	8
Förändringar i tillämpningen.....	8
Boverkets utredning och slutsats.....	11
Utredning av konsult	11
Norges bedömning och vägledning.....	11
LOU:s syfte.....	12
Om LOU ska tillämpas	12
Slutsats.....	13
Källor:.....	15

Sammanfattning

Genom arbetet med uppdraget är det tydligt att det råder delade meningar om lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, ska tillämpas vid utbyggnad av allmänna platser i vissa situationer. De motstridiga tolkningarna som finns innebär att kommunerna har svårt att avgöra hur de ska agera för att handla rätt.

Boverket finner inte anledning att i dagsläget föreslå några ändringar av bestämmelsen i 6 kap. 40 § plan- och bygglagen.

Däremot krävs det ytterligare vägledning när det gäller LOU och hur offentliga upphandlingar ska hanteras vid olika former av anläggningsarbeten och bebyggelseexploateringar. Till exempel kan en sådan vägledning innehålla vilka situationer som alltid innebär att upphandling krävs och hur upphandling i samband med exploatering ska genomföras och samordnas på ett smidigt sätt. Denna vägledning bör Upphandlingsmyndigheten ansvara för.

Uppdraget

Uppdrag för att effektivisera plangenomförandeprocessen

Planprocessutredningen har i betänkande SOU 2015:109 redovisat att många kommuner regelmässigt tillämpar offentlig upphandling vid utförande av allmänna platser och va-anläggningar, trots att varken lagen (2007:1091) om offentlig upphandling¹ eller EU-rätten, enligt utredningen, förutsätter detta.

Mot bakgrund av Planprocessutredningens slutsatser ska Boverket utreda förutsättningarna för byggherren eller fastighetsägaren att enligt 6 kap. 40 § plan- och bygglagen (2010:900) själv vidta åtgärder som innebär anläggande av gator, vägar och andra allmänna platser m.m. utan föregående upphandling i de fall anläggningarna efter genomförandet ska överlämnas till kommunen.

Om Boverkets utredning visar att plan- och bygglagen inte är ändamålsenligt utformad ska myndigheten föreslå lämpliga författningsändringar eller redovisa sådana andra åtgärder som bör vidtas för att plangenomförandet ska kunna ske på ett rationellt sätt.

Uppdraget ska genomföras efter samråd med Lantmäteriet och Upphandlingsmyndigheten. Uppdraget ska redovisas till Regeringskansliet (Näringsdepartementet) senast den 31 oktober 2017.

¹ Denna lag är upphävd och ersatt med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling med ikraftträdande 1 januari 2017

Genomförande av uppdraget

Uppdraget har genomförts av en projektgrupp på Boverket bestående av lantmätare, planeringsarkitekt och jurist.

Utredning genomförd av konsult

Boverket har inom uppdraget gett en konsult i uppdrag att utreda i vilka fall en offentlig upphandling krävs avseende anläggningar som genomförs inom ramen för exploateringsavtal och markanvisningar samt klargöra i vilka situationer kommunen istället direkt kan ålägga eller överenskomma med en entreprenör att genomföra sådana åtgärder (se bilaga 1).

Kontakter med Upphandlingsmyndigheten

Under uppdraget har Boverket haft ett flertal kontakter med Upphandlingsmyndigheten, dels för att diskutera uppdraget, men även för att utforma konsultuppdraget.

Kontakter med Lantmäteriet

Boverket har haft inledande kontakter med Lantmäteriet. Lantmäteriet har därvid meddelat att myndigheten inte hade möjlighet att delta i den del av uppdraget som syftar till att utreda frågan huruvida upphandlingskyldighet föreligger, då denna fråga ligger utanför myndighetens kompetensområde. Enbart om det blev aktuellt med lagändringsförslag ansåg de sig kunna bidra.

Kontakter med särskilda utredaren för betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109)

Bakgrunden till regleringsbrevsuppdraget är en frågeställning som framkom under övriga frågor i betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109). Utifrån konsultrapporten har arbetsgruppen på Boverket haft några telefonmöten med den särskilda utredaren för att diskutera slutsatserna och få en djupare förståelse för frågeställningen.

Problembeskrivning och bakgrund till uppdraget

I betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109), togs under övriga frågor upp ett problem som rör kommunernas hantering av exploateringsavtal kontra lagen om offentlig upphandling. Problematiken handlar om att rättsfallstolkning och författningsformulering eventuellt är motstridiga. Som Boverket uppfattar problemet medför det en osäkerhet om kommunerna är tvingade att tillämpa LOU eller inte i vissa situationer.

Förändringar i tillämpningen

Längre tillbaka var det vanligt att exploateringsavtalen reglerade att byggherren skulle bygga ut kommunala allmänna platser och v-anläggningar i samband med exploateringen och överlämna dessa till kommunen utan ersättning. På så vis ansåg man att exploatören uppfyllt sina skyldigheter enligt plan- och bygglagen, PBL, och lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster, LAV.

La Scala-domen

2001 kom en dom i EU-domstolen, den så kallade La Scala-domen.

Målet rörde tillämpningen av det italienska regelverket innebärande att exploatörer var skyldiga att erlægga en ”stadsplaneavgift” för att erhålla bygglov. Exploatören kunde dock åta sig att själv uppföra tätbebyggelseanläggningar, mot att hela eller delar av den stadsplaneavgift som skulle betalas avräknades.

I *La Scala* hade kommunen och exploatören överenskommit att stadsplaneavgiften skulle reduceras med exploatörens anläggningskostnader för bland annat en teater.

De italienska reglerna innebar att exploatören kunde avräkna en del av kostnaderna för anläggningarna mot stadsbyggnadsavgiften. Enligt EU-domstolen förelåg en *motprestation* från kommunens sida, då kommunen *avstod* från att kräva in stadsplaneavgifter som egentligen skulle betalas mot att anläggningarna uppfördes. Enligt EU-domstolen innebar detta att ömsesidiga ekonomiska villkor förelåg.

EU-domstolen konstaterade bland annat att direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten hindrade att en exploatör uppför

anläggningar mot att hela eller delar av avgiften för bygglov avräknas. Avtal som omfattade ömsesidiga ekonomiska villkor mellan kommunen och exploitören innebar att reglerna om offentlig upphandling skulle tillämpas.

Svenska kommunförbundets cirkulär

Avgörandet från EU-domstolen i La Scala-fallet fick till följd att många svenska kommuner regelmässigt började tillämpa förfarandet för offentlig upphandling vid utförande av allmänna platser och va-anläggningar. Även Svenska kommunförbundet (nuvarande Sveriges Kommuner och Landsting, SKL) rekommenderade i Cirkulär 2003:109 från 2003 att kommunerna på grund av La Scala-domen för säkerhets skull borde överge den tolkning som gjorts tidigare, det vill säga att upphandlingsreglerna inte är tillämpliga på exploateringsavtal. Istället uppmanade kommunförbundet kommunerna att upphandla gemensamma anläggningar i konkurrens.

Kommunförbundet ansåg även att LOU inte var anpassad till de förhållanden som kan uppkomma vid markexploatering om man strikt ska följa La Scala-domen.

Exploateringsavtal in i plan- och bygglagen

2015 lagreglerades exploateringsavtalen i PBL. I 6 kap. 40 § PBL anges att ett exploateringsavtal ”får avse åtagande för en byggherre eller en fastighetsägare att vidta eller finansiera åtgärder för anläggande av gator, vägar och andra allmänna platser och av anläggningar för vattenförsörjning och avlopp samt andra åtgärder.”

Formuleringen kan tyckas strida mot kommunförbundets tidigare rekommendationer. Begreppet ”vidta åtgärder” har skapat en osäkerhet om vad det är som gäller och vilka åtgärder som kan vidtas utan offentlig upphandling. Några förändrade rekommendationer från Sveriges kommuner och landsting, SKL, jämfört med de tidigare från kommunförbundet, har inte heller gjorts på grund av formuleringen i paragrafen.

Betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109)

Under övriga frågor i betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109) redogjordes för problematiken kring LOU och exploateringsavtal. I betänkandet framfördes att anläggande av allmänna platser och utbyggnad av vatten och avlopp inte regelmässigt borde falla under LOU.

I betänkandet påpekades att de svenska och italienska reglerna för finansiering av allmänna platser inte är identiska. Det framfördes att i det svenska systemet påverkas inte kommunens ekonomi på samma sätt som i det italienska när det gäller utbyggnad av de allmänna platserna och det saknas betydelse för kommunens ekonomi om LOU används eller inte eftersom exploitören alltid får stå för de faktiska kostnaderna. Detsamma gäller då kostnaden för utbyggnaden av va-anläggningar överstiger de va-avgifter som kommunen skulle kunna ta ut. I dessa fall framfördes att LOU inte borde behöva tillämpas. I de fall då kostnaden för utbyggnad av va-anläggningarna däremot är lägre än den va-avgift som kommunen skulle kunna ta ut påverkas kommunens ekonomi och offentlig upphandling bör användas.

För att skapa klarhet i plan- och plangenomförandeprocessen framförs i betänkandet att det skulle behövas ett förtydligande av hur 6 kap. 40 § ska hanteras i olika situationer. Däremot ansågs inte att en lagändring var befogad. I betänkandet föreslogs därför att Boverket och Lantmäteriet skulle få i uppdrag att utarbeta förtydligande riktlinjer för hur offentliga upphandlingar ska hanteras vid olika former av anläggningsarbeten och bebyggelseexploateringar i syfte att få en effektiv tillämpning av 6 kap. 40 § PBL.

Boverkets utredning och slutsats

Mot bakgrund av de slutsatser som fanns i betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109) har regeringen gett Boverket i uppdrag att utreda förutsättningarna för byggherren eller fastighetsägaren att enligt 6 kap. 40 § plan- och bygglagen (2010:900), PBL, själv vidta åtgärder som innebär anläggande av gator, vägar och andra allmänna platser m.m. utan föregående upphandling i de fall anläggningarna efter genomförandet ska överlämnas till kommunen.

Utredning av konsult

Boverket har som konsultuppdrag låtit göra en utredning om lagen om offentlig upphandling (2016:1145), LOU, bör tillämpas eller inte avseende allmänna platser med mera.

Konsulten framhåller att det avgörande för om kommuner är skyldiga att upphandla innehållet i exploateringsavtal eller inte är om ekonomiska villkor föreligger; om det föreligger en motprestation från kommunens sida. Om exploitörer erhåller något för åtgärderna, till exempel avgiftsbefrielse, föreligger sannolikt ekonomiska villkor i kontraktet, och upphandlingsplikt föreligger därför typiskt sett.

Frågan är då om kvittning av gatukostnader mot anläggningskostnader för allmänna platser är en avgiftsbefrielse eller inte. Till skillnad från La Scala-fallet där exploitören var **skyldig** att erlægga avgifter har svenska kommuner enligt 6 kap. 24 § PBL **rätt att låta** exploitören finansiera anläggande av allmänna platser, va-anläggningar med mera. Kommunen är inte tvungen att låta exploitören ta dessa kostnader. Kan då detta klassas som en avgiftsbefrielse? Konsulten anser det osannolikt att skillnaden mellan lagstiftningarna det vill säga "skyldigheten att betala avgifter" kontra "rätt att låta exploitören finansiera" medför att en motprestation inte anses föreligga,. Följaktligen finner konsulten det sannolikt att även svenska exploateringsavtal som innehåller skyldigheter för exploitören att uppföra gator, vägar och allmänna platser är upphandlingspliktiga.

Norges bedömning och vägledning

Liksom Sverige baserar Norge sin upphandlingslagstiftning på EU-direktiven. Deras lagstiftning avseende både exploateringsavtal och upphandling är lik den svenska. Även i Norge har det förekommit diskussion om upphandlingsskyldigheten för anläggningsarbeten enligt exploateringsavtal.

I Norge har Fornyings- og administrasjonsdepartementet tagit fram vägledning angående detta² och de har gjort en annan tolkning än det Svenska kommunförbundet. I Norge anser departementet att ett ”utbyggingsavtale” (exploateringsavtal) endast ersätter de möjligheter man i lagen har att få ersättning för utbyggnad av offentlig infrastruktur. Det innehåller inte ömsesidiga ekonomiska villkor mellan exploitören och kommunen och ska därför inte heller omfattas av LOU.

LOU:s syfte

Ett av syftena med offentlig upphandling är att främja kostnadseffektivt användande av skattemedel. Men upphandlingsdirektivet syftar även till att främja fri rörlighet inom EU, undanröja ageranden som begränsar konkurrens, underlätta för företag att göra affärer med offentlig sektor och se till att det företag som säljer de efterfrågade varorna, tjänsterna eller entreprenaderna till de mest förmånliga villkoren vinner.

Om anläggandet av allmänna platser upphandlas enligt LOU, har även exploitören möjlighet att lägga ett anbud. Exploitören, som kan utnyttja samordningsvinster och som ändå kommer att få stå för kostnaderna, kan alltså själv alltid lägga ett anbud som ingen annan entreprenör kan matcha. LOUs konkurrensfrämjande syfte kommer inte att uppfyllas i dessa fall utan upphandlingen leder främst till ökad administration och fördröjning av plangenomförandet.

Om LOU ska tillämpas

Även om rättsläget är oklart så finns det en hel del situationer där det är otvetydigt att LOU ska tillämpas. Ett exempel är då kommunen ska stå för hela eller delar av utbyggnadskostnaderna av de allmänna platserna. Det är till exempel fallet då kommunen själv är exploitör eller då kommunen äger delar av marken som ska exploateras.

Ett annat exempel när LOU ska tillämpas är vid andra åtgärder som exploitören inte är skyldig att bekosta utan det är tänkt att kommunen ska ersätta exploitören för.

För att underlätta för kommunerna är det viktigt att reda ut i vilka situationer LOU måste tillämpas. I vägledning bör klargöras vad som gäller i olika situationer som exempelvis vid anläggande och byggande av anläggningar och nät för vatten och avlopp, el, telefon och fiber.

² Veileder til reglene om offentlige anskaffelser s 29

Slutsats

Genom arbetet med uppdraget är det tydligt att det råder delade meningar om LOU ska tillämpas vid utbyggnad av allmänna platser i vissa situationer. De motstridiga tolkningarna som finns innebär att kommunerna har svårt att avgöra hur de ska agera för att handla rätt.

Från flera håll framförs att en avgiftsbefrielse kan ses som ett ekonomiskt villkor och därmed innebära krav på upphandling. Till exempel i fallet när kommunen reglerar kostnader för allmänna platser genom exploateringsavtal istället för att ta ut gatukostnadsavgifter. Men när kommunen väljer att låta exploatören ta kostnaderna genom ett exploateringsavtal går det att se det, inte som en avgiftsbefrielse, utan som motsvarande de kostnader som exploatören ändå skulle ha fått om kommunen tagit ut gatukostnadsavgifter.

Om man å andra sidan skulle se användandet av avtal istället för gatukostnadsavgifter som ekonomiska villkor som innebär en motprestation från kommunens sida så ger inte upphandlingslagstiftningen något utrymme för annan tolkning än att upphandling krävs. Detta trots att det varken medför bättre hushållning med kommunens medel eller påverkar konkurrenssituationen.

Utifrån såväl tidigare utredningar som Boverkets uppdrag går det inte att med säkerhet säga varken att LOU regelmässigt ska tillämpas på alla allmänna platser, eller att det finns situationer som garanterat är undantagna LOU.

Boverket kommer till samma slutsats som konstateras i betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109) på sidan 297, det krävs inga lagändringar utan snarare riktlinjer för hur offentliga upphandlingar ska hanteras vid olika former av bebyggelseexploatering.

Inga förslag till författningsändringar

Enligt uppdraget ska Boverket om utredningen visar att plan- och bygglagen inte är ändamålsenligt utformad föreslå lämpliga författningsändringar eller redovisa sådana andra åtgärder som bör vidtas för att plangenomförandet ska kunna ske på ett rationellt sätt.

Boverket finner inte anledning att i dagsläget föreslå några ändringar av bestämmelsen i 6 kap. 40 § PBL. I det betänkande, som låg till grund för de nya bestämmelserna om exploateringsavtal, Ett effektivare plangenomförande (SOU: 2012:91) bedömdes lagförslagen i sin formulering inte riskera att strida mot EU:s upphandlingsregler. Däremot anfördes att det fanns anledning att i lagkommentaren uppmärksamma LOU:s inver-

kan på hur en kommun ska agera i samband med att den ingår ett exploateringsavtal.³

Vägledning om upphandling

Det finns anledning att genom vägledning ge bättre verktyg för att tillämpa LOU så att plangenomförandet sker mer rationellt. Till exempel kan en sådan vägledning innehålla vilka situationer som alltid innebär att upphandling krävs och hur upphandling i samband med exploatering ska genomföras och samordnas på ett smidigt sätt.

Ytterligare vägledning när det gäller LOU och hur offentliga upphandlingar ska hanteras vid olika former av anläggningsarbeten och bebyggelseexploateringar bör tas fram av Upphandlingsmyndigheten som ansvarar för vägledning av LOU. Såväl Upphandlingsmyndigheten som Konkurrensverket och SKL framförde också detta i sina remissvar till betänkandet Bättre samarbete mellan stat och kommun (SOU 2015:109).

³ SOU: 2012:91, s 274ff

Källor:

PM Utredning av upphandlingsskyldighet avseende vissa anläggningar inom ramen för exploateringsavtal samt markanvisningar, Christian Härdgård och Torben Beck Johansson, Advokatfirman Delphi

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

Proposition Ett effektivare plangenomförande 2012:91

Mål C-399/98, EU-domstolen, ”La Scala-domen”

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, Fornyings- og administrasjonsdepartementet, Norge

Cirkulär 2003:109, La Scala domens konsekvenser för kommunernas exploateringsavtal, Svenska kommunförbundet

Cirkulär 14:46, Riktlinjer för kommunala markanvisningar och exploateringsavtal, Sveriges kommuner och landsting

Artikel Stadsbyggnad n1 2017, Stor oklarhet råder om LOU och exploateringsavtal, Thomas Kalbro och Eidar Lindgren, sid 16-17

Samhällsbyggaren nr 3 2015, Meningslösa LOU-upphandlingar fördyrar och försenar bostadsbyggandet, Marc Landeman, sid 36-37

Samhällsbyggaren nr 4 2015, LOU-upphandlingens främsta syfte är konkurrensutsättning, Linnea Andersson och Jenny Hansson, sid 34-35

Bilaga 1

PM Utredning av upphandlingsskyldighet avseende vissa anläggningar inom ramen för exploateringsavtal samt markanvisningar



Box 534, 371 23 Karlskrona
Telefon: 0455-35 30 00
Webbplats: www.boverket.se