

# Sammanfattning Offentlig-Privat Samverkan

Tom Madell, dnr 529/2006

Offentlig-privat samverkan, OPS, utgör ett samlingsbegrepp på många olika typer av avtalsreglerade samarbeten mellan det allmänna och enskilda företag och organisationer som på nationell eller internationell nivå tar sikte på att under en viss period tillsammans utföra ett visst projekt, t.ex. en tjänst som tillhandahålls allmänheten eller uppförandet av en byggnad eller anläggning som sedan ska användas för att tillgodose ett samhälleligt behov. Benämningen OPS indikerar att de olika aktörerna samarbetar och att det inte rör sig om ett rättsförhållande med någon form av över- eller underordning eller ett mera traditionellt uppdragsförhållande.<sup>1</sup> Begreppet bör därför snarast ses som en metafor för allehanda former för samverkan mellan det allmänna och enskilda.

## Kommunalrättsliga begränsningar vid OPS

En självklar utgångspunkt vad gäller en kommuns möjlighet att sluta avtal är att avtalslutandet givetvis måste ligga inom kommunens befogenhet enligt vad som följer av kommunallagens regler, men också av de bestämmelser som följer av de andra lagar som riktar sig till och som reglerar den kommunala verksamheten.

Det allmänna kan ha olika motiv till att vilja inleda en OPS, bland de vanligaste torde vara att budgetläget inte medger att en kommun har de ekonomiska förutsättningarna att förverkliga olika projekt på egen hand, t.ex. nya idrottsarenor eller simhallar, vilket normalt sett innebär en stor investering samtidigt som möjligheterna att få kostnadstäckning är begränsade.

Som en generell förutsättning för den kommunala verksamheten följer av 8 kap. 1 § kommunallagen (1991:900) att kommunerna ska ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller i form av kommunala bolag. Kommunerna ska enligt 8 kap. 2 § kommunallagen också förvalta sina medel på ett sådant sätt att kraven på god avkastning och betryggande säkerhet tillgodoses. Kommunallagens krav på god ekonomisk hushållning kan därför sätta hinder i vägen för uppförandet av nya arenor. Enligt 8 kap. 12 § kommunallagen ska löpande kostnader täckas av löpande intäkter. Kommunen får därför inte ge sig in på ekonomiskt riskfyllda äventyr. Då kommunen heller inte får gå med underskott enligt 8 kap. 4 § kommunallagen – varför kostnaderna helt ska täckas av den kommunala budgeten – kanske man i stället får nöja sig med att reparera eller upprusta befintliga arenor. Samtidigt begränsar även den kommunala självkostnadsprincipen i 8 kap. 3 c § kommunallagen och förbudet för kommunen att bedriva näringsverksamhet med vinstsyfte kommunens handlingsutrymme.

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

---

<sup>1</sup> Se Mörth & Sahlin-Andersson, *Privatoffentliga partnerskap*, 2006, s. 11 f. och s. 270, och de olika exempel som redovisas i framställningen.

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

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

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

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

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

Ur ett demokratiperspektiv går det inte att komma ifrån att avtal som sträcker sig över en lång tidsperiod ter sig problematiska. Såväl regeringen som kommunfullmäktige får sin legitimitet från människor, oavsett vi väljer att karaktärisera dem som medborgare eller om vi mer prosaiskt identifierar dem som väljare. Legitimiteten upphör om och när den valda församlingen förlorar sitt stöd, t.ex. efter ett val eller under andra omständigheter. Ett avtal som sträcker sig över lång tid fortsätter ofta att löpa länge efter det att den valda församlingen som slöt avtalet förlorat sitt mandat att fatta beslut, oberoende av om det har stöd av en nyvald församling eller inte. Som ett extremt exempel kan nämnas ett beslut av delstatsregeringen i South Australia under 1999 att sluta ett avtal kontrakt med ett företag i Hongkong för

tillhandahållande av el i delstaten de kommande 200 åren. Det är ingen större tvekan om att ett sådant avtal undergräver demokratin och under lång tid mer eller mindre åsidosätter såväl möjligheter till politiska beslut som medborgarinflytande.<sup>2</sup>

## OPS och LOU

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

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

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

För att slippa hamna i den här typen av situationer är det inte helt osannolikt att den upphandlande myndigheten tar kontakter med näringslivet innan den inleder upphandlingen. Problemet med att göra så är att man ofta behöver föra mycket ingående diskussioner, vilket i sin tur medför en uppenbar risk för att den upphandling som därefter följer kan anklagas för att vara riggad för en viss leverantör och därmed strida mot den grundläggande EU-rättsliga principen om likabehandling. Det kan också tänkas att initiativet kommer från en privat intressent som uppvaktar kommunen med en innovativ idé. Problemet för den upphandlande myndigheten är att anamma idén utan att samtidigt bryta mot LOU.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Saunders & Yam, Government regulation by contract: Implications for the rule of law, 2004, s. 57 f.

<sup>3</sup> Jfr Indén, Utmanande rätt eller rätten att utmana – ett dansk privatiseringsinitiativ i en svensk kontext, 2005, s. 283–300.

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

## **OPS och statsstödsreglerna**

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

Även om det således finns avgörande skillnader mellan regelverken syftar de båda till att hindra medlemsstaterna från att påverka konkurrensen genom att gynna företag inte minst från den egna medlemsstaten.

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

Om kommissionen eller EU-domstolen finner att ett bidrag eller annan form av stöd strider mot EUF-fördragets statsstödsregler ska det otillåtna stödet återbetalas med ränta. Det är således främst det företag som mottagit ett stöd som riskerar drabbas i händelse av att stödet står i strid med EU-rätten. Om det råder osäkerhet ifråga om en viss åtgärd utgör ett statstöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget bör det aktuella företaget innan de exempelvis ingår ett tvivelaktigt avtal med en kommun antingen konsultera Näringsdepartementet eller anmäla åtgärden till kommissionen.

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

## **OPS i form av genomförandeavtal**

Om en kommun sätter upphandlingsbestämmelserna ur spel genom att ingå i ett OPS, t.ex. ett genomförandeavtal, riskerar den att invånarna ges mindre valuta för sina skattepengar

eftersom det inte är objektivt sett säkerställt att det är den bästa och mest effektiva leverantören som valts ut som samarbetspartner. Det finns även en uppenbar risk att kommunen blir tvungen att göra om hela upphandlingsprocessen om en domstol fastställer att den har genomfört ett otillåtet upphandlingsförfarande. Kommunen riskerar även långa och dyra domstolsprocesser, vilka kan leda till kostsamma skadestånd så att kommunen i praktiken får betala för samma sak två gånger.

Inte heller de företag som en kommun utan konkurrensutsättning ingår avtal med står utan risk. Om kommunen inte valt ut det aktuella företaget som samarbetspartner genom ett öppet anbuds-förfarande är det mycket som tyder på att företaget gynnats på ett sätt som står i strid med EU-rätten. Därmed tar också företag som ingår olika typer av samarbetsavtal med kommuner utan föregående anbuds-förfarande stora ekonomiska risker i och med att dessa kan komma att behöva betala tillbaka ett belopp motsvarande det aktuella gynnandet till kommunen.

När det gäller överlåtelse av fast egendom är de omfattande regler som omgärdar detaljplaneringsfrågor av central betydelse. Förfarandet vid s.k. förhandlingsplanering och markanvisning har alltid varit komplicerat och medfört stora tidsutdräkter. Det offentlighetsreglerade regelverket sätter också de juridiska gränserna för vilka krav på motprestationer som en kommun kan ställa på en motpart i samband med överlåtelsen. En vanlig uppfattning i kommunerna är också att det är planprocessen snarare än marknadsprisivåerna som utgör ett hinder för ökat byggande av exempelvis bostäder.<sup>4</sup>

Kommissionen har utarbetat en allmän vägledning – Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader.<sup>5</sup> Av vägledningen framgår det mest önskvärda alternativet är att en överlåtelse av mark och byggnader äger rum efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbuds-förfarande – av s.k. auktionstyp – till ett brett urval av tänkbara köpare, där det bästa eller det enda anbudet antas. Om så sker är utgångspunkten att något statligt stöd inte förekommer i och med att försäljningen då görs till marknadspris.

Enligt Kommissionens meddelande kan även det faktum att en försäljning föregås av en oberoende expertvärdering som genomförs av en eller flera oberoende värderingsmän accepteras under förutsättning att marknadsvärdet fastställs på grundval av allmänt accepterade marknadsindikatorer och värderingsstandarder. Det fastställda priset anses då vara det lägsta försäljningspris som kan avtalas utan att det kan anses föreligga någon form av statligt stöd.

För det fall kommunen är den ursprungliga ägaren till den mark som ska överlåtas ska ske aktualiseras därför alltid kommunallagens och EUF-fördragets krav på marknadsvärde vid försäljningen. Om det dessutom rör sig om en markexploatering eller uppförande av byggnader eller anläggningar aktualiseras även reglerna om offentlig upphandling. När det gäller genomförandeavtal är det svårt att se en fastighetsöverlåtelse som något som är fristående från den verksamhet som sedan förväntas bedrivas på fastigheten eller de tjänster som exploatören som en förutsättning för överlåtelsen ska utföra för kommunens räkning.

---

<sup>4</sup> Se Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 12.

<sup>5</sup> Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader, EGT 97/C 209/03.

I enlighet med mål C-399/98, *La Scala*, ska LOU tillämpas när en markägare, tillika exploatör, tar sig an ett stadsutvecklingsprojekt mot att den lokala myndigheten medger avdrag på hela eller delar av en bygglovsavgift som annars skulle ha erlagts. Här bör även framhållas att enligt 1 kap. 6 § 1 p. LOU omfattas inte bl.a. kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet av upphandlingslagstiftningen. Med fastighet avses det som enligt jordabalken, JB, utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden ska också anses utgöra en fastighet. Detsamma gäller sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ JB, om de tillhör byggnadens ägare. Bestämmelsen bygger på artikel 16 i upphandlingsdirektivet (2004/18/EG), där undantag görs för kontrakt som avser förvärv eller hyra av mark, befintliga byggnader, annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom. Det är av central betydelse att man valt formuleringen befintliga byggnader, vilket har som syfte att markera att undantaget inte omfattar byggtreprenadkontrakt.<sup>6</sup>

Ett problem är att upphandlingsreglerna ofta inte är helt förenliga med behovet av att på ett tidigt stadium i processen kunna föra en dialog med de eventuella byggherrar som kan tänkas vara intresserade av att exploatera ett markområde. Samtidigt går det inte att bortse från att de flesta genomförandeavtal i realiteten utgör en byggkoncession eller en byggtreprenad och i dessa fall ska enligt gällande bestämmelser en upphandling göras.

Kommissionen har flera gånger uppmärksammat svårigheten att tillämpa ett traditionellt upphandlingsförfarande vid olika typer av samarbetsformer mellan det allmänna och enskilda. För att tillmötesgå kraven på en smidigare lösning ges därför i artikel 29 upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) medlemsstaterna en möjlighet att föreskriva att den upphandlande myndigheten får använda sig av en s.k. konkurrenspräglad dialog i stället för ett öppet eller ett selektivt förfarande vid särskilt komplicerade kontrakt, dvs. i de fall där ett traditionellt upphandlingsförfarande objektivt sett inte medger tilldelning av kontrakt. Förfarandet skulle alltså tillämpas i situationer där en tillämpning av de traditionella upphandlingsreglerna skulle motverka sitt syfte – exempelvis om det inte är möjligt att i de tekniska specifikationerna ange vad som krävs för att tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Även om den konkurrenspräglade dialogen kan erbjuda ett alternativ till ett förhandlat upphandlingsförfarande råder fortfarande stor osäkerhet om viken effekt reglerna egentligen kommer att få om de skulle införas i svensk rätt. Samtidigt som den konkurrenspräglade dialogen säkert skulle lösa vissa problem, löser den knappast alla de problem som kan uppkomma i samband med att kommuner ingår genomförandeavtal med privata aktörer.

Vi står alltså inför ett slags moment 22 som för tillfället ter sig svårt att lösa; OPS ska tveklöst upphandlas, men de gängse upphandlingsreglerna är inte anpassade för de aktuella avtalstyperna.<sup>7</sup> Vad som egentligen behövs är kanske inte bara regler om en konkurrenspräglad dialog i dess nuvarande utformning, utan smidiga regler som tillgodoser kraven på insyn och öppenhet samtidigt som de medger en större flexibilitet.

---

<sup>6</sup> Se även prop. 2006/07:128, s. 289 f.

<sup>7</sup> Som exempel kan nämnas att man i Danmark infört särskilda regler om OPP. Bestämmelserna om s.k. partnering återfinns i tillbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om tillbudsindhentning i bygge- og anlægssektoren). Lagen hade en föregångare i tillbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001) om tillbudsindhentning i bygge- og anlægssektoren. Även dessa regler har emellertid utsatts för kritik, se Steinicke, *Tillbudsindhentning i bygge- og anlægssektoren*, 2003.