



Skall vi singla slant?

Om försäljning av offentliga tillgångar

En forskningsrapport skriven av
Tom Madell och Sofia Lundberg
på uppdrag av Konkurrensverket

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ligger bl.a. att främja forskning på konkurrensområdet.

I början av 2008 gav Konkurrensverket Tom Madell, professor i juridik, och Sofia Lundberg, doktor i nationalekonomi vid Umeå universitet, i uppdrag att analysera regler och förutsättningar för försäljning av kommunal mark och kommunala fastigheter ur ett konkurrensperspektiv.

Under projektets gång har en referensgrupp fungerat som kvalitetssäkrare. Den har bestått av professor Jan-Eric Nilsson, Statens väg- och transportforskningsinstitut (VTI), ämnesråd Bengt Wennerstein, Näringsdepartementet, utredningssekreterare Ellen Hausel Heldahl, Finansdepartementet samt avdelningschef Peter Lindblom, Konkurrensverket.

Det är författarna själva som svarar för innehåll och slutsatser i rapporten. Slutsatserna behöver alltså inte nödvändigtvis återspegla Konkurrensverkets uppfattning.

Stockholm i december 2008

Jan-Erik Ljusberg
Tf generaldirektör

Skall vi singla slant?

Om försäljning av offentliga tillgångar

Utreddare: Tom Madell och Sofia Lundberg

Innehåll

Sammanfattning	6
Summary	11
1 Krona eller klave – vem får vara med och leka?	15
1.1 Bakgrund	15
1.2 Uppdraget.....	17
1.3 Upplägg.....	18
1.4 Avgränsningar och begrepp.....	18
2 Kronan – juridiska förutsättningar för offentlig försäljning	19
2.1 Svenska lagar som reglerar offentliga försäljningar och markexploatering m.m.	19
2.1.1 Kommunalrättsliga regler.....	19
2.1.2 Markexploatering – genomförande-, exploaterings- och mark- anvisningsavtal.....	21
2.1.3 Klassiska problem rörande genomförandeavtal.....	23
2.1.4 La Scala-målet och upphandlingsreglernas inverkan på genom- förandeavtal	25
2.2 Statsstödsreglerna	28
2.2.1 Artiklarna 87–89 EG.....	28
2.2.2 Svenska regler avseende statsstöd.....	32
2.2.3 Statsstödsreglerna och reglerna om offentlig upphandling.....	33
2.2.4 Kommissionens meddelande om försäljning av mark och byggnader	35
2.3 Sammanfattning.....	36
3 Klaven – juridiska förutsättningar vid offentlig upphandling	39
3.1 Upphandlingsförfaranden över tröskelvärdena.....	39
3.1.1 Tröskelvärdena.....	39
3.1.2 Öppet förfarande.....	39
3.1.3 Selektivt förfarande.....	40
3.1.4 Förhandlat förfarande med föregående annonsering	40
3.1.5 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering.....	40
3.1.6 Några kommentarer	41
3.2 Konkurrenspräglad dialog	42
3.2.1 Särskilt komplicerade kontrakt	43
3.2.2 Annonsering	44
3.2.3 Urvalsförfarandet.....	44
3.2.4 Dialogen	44
3.2.5 Successiva steg.....	45
3.2.6 Klarlägganden, preciseringar och finjusteringar av anbud.....	46
3.2.7 Överprövning	46
3.3 Byggekoncessioner	47
3.4 Sammanfattning.....	48

4	Präglingen av myntet – konkurrensutsättning och ekonomiska perspektiv på offentlig försäljning.....	49
4.1	Varför konkurrensutsättning är önskvärt från ett samhällsekonomiskt perspektiv	49
4.2	Modeller för försäljning av kommunala tillgångar.....	51
4.2.1	Målsättningar att beakta vid en försäljning.....	51
4.2.2	Modeller för allokering av tillgångar	53
4.2.3	Design tävling.....	53
4.2.4	Auktion.....	54
4.3	De fyra ”klassiska auktionsmodellerna” och en kreativ variant.....	55
4.3.1	Engelsk auktion.....	56
4.3.2	Sluten andraprisauktion.....	56
4.3.3	Holländsk auktion	57
4.3.4	Sluten förstaprisauktion.....	57
4.3.5	Avslutande kommentarer kring auktioner.....	57
4.4	Sammanfattning.....	59
5	Skall vi singla slant? Några exempel på kommunala överlåtelse.....	61
5.1	Röster från det praktiska livet.....	61
5.2	Kommunala anvisningar av mark för bostadsändamål	61
5.3	Fastighetsöverlåtelse i samband med framtagande av detaljplan.....	64
5.3.1	Helsingborgsfallet – marköverlåtelse i förhållande till kommunallagen.....	66
5.3.2	Eskilstunafallet – marköverlåtelse i förhållande till offentlig upphandling	68
5.3.3	Sävsjö och Åre – marköverlåtelse i förhållande till statsstödsreglerna	70
	Sävsjö kommuns överlåtelse av mark och byggnader till Ljunga Park AB	70
	Åre kommuns fastighetsöverlåtelse till Konsum Jämtland	74
5.3.4	Tibble gymnasium – upplåtelse och överlåtelse (avknoppning).....	76
5.4	Offentlig–privata partnerskap	78
5.5	Sammanfattning.....	82
6	Vilken valuta skall vi använda? Några nordiska jämförelser.....	85
6.1	Danmark	85
6.1.1	Bestämmelser rörande avyttring av fast egendom.....	85
6.1.2	Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal.....	86
6.2	Norge.....	87
6.2.1	Vägledning rörande avyttring av fast egendom.....	87
6.2.2	Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal.....	88
6.3	Finland	90
6.3.1	Bestämmelser rörande avyttring av fast egendom.....	90
6.3.2	Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal.....	91

6.4	Sammanfattning.....	95
7	Samma plånbok? Offentlig försäljning kontra offentlig upphandling	97
8	Vilken sida kom upp? Diskussion och sammanfattning	99
	Referenser	107
	Bilagor	115

Sammanfattning

Det är många bestämmelser som sätter gränser för hur kommunen kan agera vid överlåtelser av egendom. Den kommunala verksamheten skall i enlighet med 8 kap. 1 § kommunallagen (1991:900), KL, ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet, oavsett den bedrivs i förvaltningsform eller i form av kommunala bolag – vilket medför att en kommun vid en fastighetsförsäljning är skyldig att försöka få ut ett så bra pris som möjligt. Vidare framgår av 2 kap. 8 § 2 st. KL att ett individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare endast får lämnas om det finns synnerliga skäl för det. Såväl förbudet mot individuellt riktade stöd som det generella kravet på god ekonomisk hushållning medför således att en kommun vid en fastighetsöverlåtelse i enlighet med KL måste agera på ett sätt som gör att den uppnår en marknadsmässig prissättning och att inte någon näringsidkare gynnas på bekostnad av någon annan.

Även artikel 87.1 EG stadgar att stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av offentliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrída konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, är oförenliga med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna oavsett det rör sig om varor, tjänster eller kapital. Kommissionen har därför utarbetat en allmän vägledning – Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03). Av vägledningen framgår att det mest önskvärda alternativet är att en överlåtelse av mark och byggnader äger rum efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbudsförfarande – av s.k. auktionstyp – till ett brett urval av tänkbara köpare, där det bästa eller det enda anbudet antas, per definition utgör detta en försäljning till marknadspris och därför innebär detta inte heller något statligt stöd. Som ett alternativ till överlåtelse utan villkorslöst anbudsförfarande anför kommissionen att en oberoende expertvärdering genomförs av en eller flera oberoende värderingsmän före förhandlingarna om överlåtelsen. Syftet med detta är att fastställa ett marknadsvärde 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.

När det gäller överlåtelser av fast egendom är det emellertid inte bara de begränsningar som följer av kommunallagen och gemenskapsrätten som är nödvändiga att beakta, de måste också ses i relation de omfattande regler som omgärdar den lokala detaljplaneringen, där markägarna, olika intressegrupper och kommunmedlemmar har ett visst intresse och inflytande i planprocessen.

För att kunna exploatera mark på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt krävs ofta att kommunen på ett eller annat sätt samarbetar med det lokala näringslivet samt berörda fastighetsägare. Samtidigt uppträder kommunen med sina olika organ i en mängd olika skepnader under exploateringsprocessen; markägare, beställare av byggtreprenader, myndighetsutövare, innehavare av ett lagstadgat planmonopol, tillstånds- och tillsynsmyndighet samt avtalspart. Det finns en mängd bestämmelser som reglerar kommunal markexploatering, planering och byggande och de rättsliga förutsättningarna i relationen mellan kommunen och fastighetsägare, exploatörer och entreprenörer. Det har dock under lång tid varit vanligt att samverkans- eller genomförandeavtal ingås mellan en kommun och en exploatör för att tillgodose olika stadsplaneringsbehov och olika typer av samverkansavtal eller s.k. förhandlingsplanering är för de flesta kommuner ett viktigt inslag i exploateringsprocessen. Samtidigt har förfarandet alltid varit komplicerat och medfört stora tidsutdräcker. 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 marknadsprinsnivåerna som utgör ett hinder för ökat byggande av exempelvis bostäder.

För det fall kommunen är den ursprungliga ägaren till den mark som skall exploateras och en fastighetsöverlåtelse skall ske aktualiseras därför alltid kommunallagens och oftast även EG-fördragets krav

på marknadsvärde vid försäljningen. Om det dessutom rör sig om en markexploatering kan även reglerna om offentlig upphandling aktualiseras. När det gäller genomförandeavtal är det nämligen många gånger 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 skall utföra för kommunens räkning. Även om det offentlighetsrättsliga regelverket sätter gränserna för vilka överenskommelser kommunen kan göra och vilka avtal som kan slutas, sätter de bestämmelser som följer av reglerna om offentlig upphandling gränserna för hur kommunen skall gå till väga. Om exploatören/köparen kan sägas utföra något som ligger i kommunens intresse och som kanske kommer att nyttjas av kommunen eller kommunmedlemmarna måste kommunen i de flesta fall låta ett upphandlingsförfarande föregå avtalet. EG-domstolen slog t.ex. i mål C-399/98, *La Scala*, fast att det då gällande Byggdirektivet (93/37/EEG) skall 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. EG-domstolen uttalar i målet att de definitioner som görs i Byggdirektivet 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 Byggdirektivet.

I jämförelse med försäljning av offentliga tillgångar är offentliga inköp tydligare reglerade genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Grundprincipen för offentlig upphandling är konkurrensutsättning i syfte att fastställa ett för den upphandlande myndigheten så fördelaktigt avtal som möjligt för att sedan kunna tilldela kontraktet till den vinnande anbudsgivaren. Konkurrensutsättningen sker genom att offentliga inköp avseende leverans av varor eller tjänster annonseras i ett så kallat förfrågningsunderlag, där de närmare villkoren för konkurrensutsättningen anges. I förfrågningsunderlaget måste den upphandlande myndighet specificera vad inköpet avser och vad som kommer att vara avgörande för vem som får kontraktet. I samband med upphandlingen kan upphandlande myndighet välja mellan olika upphandlingsförfaranden. Förutsättningarna för dessa förfaranden är utförligt reglerade i LOU.

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 byggentreprenad och i dessa fall skall enligt gällande bestämmelser en upphandling göras.

Ur ett ekonomiskt perspektiv är konkurrensutsättning av försäljning av offentliga tillgångar önskvärdt och behöver inte stå i konflikt med möjligheten för kommuner att utöva näringslivspolitik för regional utveckling eller till exempel tillgodose behov inom bostadsförsörjningen. Viktigt är för ett så effektivt utfall som möjligt att spelreglerna är tydliga och att processen karaktäriseras av transparens. Auktionen framstår därför som ett attraktivt alternativ för organisation av kommunala försäljningar. I sådana fall är en design tävling eller en förhandling att föredra då det öppnar upp för innovativa förslag från intressenterna. Vilken av modellerna ovan som skall användas är ingen enkel fråga och det är förmodligen något som måste bestämmas från fall till fall. Generellt anses öppna auktioner vara strategiskt lättare för budgivarna att ta till sig, de är också transparenta men har nackdelen att de underlättar för karteller eftersom transparensen också medför att kartellmedlemmar lättare kan koordinera sig. Av den anledningen kan ett slutet anbuds-förfarande, i likhet med upphandlingssituationen, vara att föredra.

Vad gäller kommunala anvisningar av mark för bostadsändamål förekommer en mängd olika försäljnings- och prissättningsmetoder. För det mesta säljs villatomter genom en kommunal tomtkö eller genom ett anbuds-förfarande, men ofta använder kommunen flera olika metoder för markanvisning. Vid en anbuds-försäljning används i huvudsak en öppen budgivning, medan kommunerna vid anvisning av mark

vanligen använder sig av någon form av direktanvisningar, även om det förvisso även här kan förekomma olika anbuds- eller tävlingsvarianter.

Försäljningar av kommunal egendom skall i enlighet med det inledningsvis anförda göras till marknadspris. Praxis visar dock att om kommunen väljer att frångå reglerna är det svårt – för att inte säga nästan omöjligt – att få till stånd en rättelse genom de kommunalrättsliga reglerna om laglighetsprövning om överlåtelsen verkställts. Eftersom sådana överlåtelser många gånger även är i strid mot statsstödsreglerna om beloppet överstiger 200 000 € blir effekten att överlåtelsen som sådan förblir gällande, men att den som förvärvat marken till underpris blir skyldig att betala tillbaka det otillåtna stödet, dvs. skillnaden mellan den köpeskilling som erlagts och det faktiska marknadspriset. Marknadspriset skall alltid fastställas genom ett villkorslöst anbudsförfarande eller genom en oberoende expertvärdering enligt Kommissionens meddelande. Samtidigt finns skäl att påminna om att EG-domstolen i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, *Francoovich*, fann att en medlemsstat kan förpliktas att utge ersättning för skador som den kunde ha orsakat enskilda genom åsidosättande av gemenskapsrätten. En sådan princip anses utgöra en väsentlig del av fördragets systematik och nödvändig för att garantera europarättens fulla effektivitet. En kommun skulle därför, i likhet med vad som gäller felaktigheter begångna vid offentlig upphandling, kunna bli ersättningskyldig mot en presumtiv köpare som inte getts möjlighet att i konkurrens förvärva den sålda egendomen.

Genomförandeavtal innehåller ofta moment av såväl fastighetsöverlåtelser som en markexploatering. I de delar sådana avtal innebär dels att exploitören skall uppföra anläggningar som kommunen utfäster sig att hyra, dels att exploitören skall anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar är de enligt såväl inhemsk som EG-rättslig praxis att tilldelning av offentliga byggtreprenadkontrakt skall ske via upphandling enligt LOU. Har avtalet medfört att exploitören ekonomiskt sett gynnsats i förhållande till konkurrenterna aktualiseras statsstödsreglerna även i dessa fall. Genomförandeavtalen ingår i vad som med en populär terminologi brukar kallas offentlig–privata samarbeten, OPS. Vad gäller dessa företeelser förekommer en rikhaltig flora av termer och begrepp som i huvudsak endast är variationer på samma tema och i praktiken åsyftar samma fenomen. Samma begränsningar som i allmänhet gäller enligt EG-fördraget och KL med flera lagar gäller även för OPS. På samma sätt träffas även dessa projekt av statsstödsreglerna och procedurreglerna om offentlig upphandling.

Ett annat förekommande fenomen är s.k. avknoppning. Begreppet saknar en vedertagen definition men får i allmänhet anses innebära en överföring av en offentlig verksamhet till privat regi, ofta genom att en grupp anställda bildar ett rättssubjekt som skall driva verksamheten. Även i dessa fall gäller samma principer som vid fastighetsöverlåtelser; såväl KL som statsstödsreglerna medför att överlåtelser skall ske på ett öppet sätt och till marknadspris. Eftersom en kommun enligt 2 kap. 8 § 2 st. KL inte får gynna enskilda näringsidkare ekonomiskt, får kommunen heller inte rikta ett erbjudande till en grupp anställda. För att säkerställa att ett marknadspris uppnås vid en avknoppning skall alltså en budgivning äga rum, där de anställda likställs med andra anbudsgivare och där det högsta anbudet blir avgörande för vem som kan få överta verksamheten. Även om en analys bör göras i varje enskilt fall är även vid överlåtelser av lös egendom Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03) vägledande för hur man uppnår en marknadsmässig värdering.

Vid en nordisk jämförelse kan konstateras att de flesta länderna har brottats med liknande problem som Sverige vad gäller frågan om prissättning vid fastighetsöverlåtelser från kommuner till enskilda samt hur markexploatering skall ske på ett smidigt och transparent sätt.

I Danmark finns bestämmelser rörande såväl statens som kommunernas avyttring av fast egendom. I likhet med Sverige gäller även i Danmark som kommunalrättsliga grundprinciper dels att kommunen skall handha ekonomiska medel på ett försvarbart sätt, dels ett allmänt förbud för kommunen att utan särskilt

lagstöd gynna enskilda medborgare eller företag. Fast egendom skall därför uttryckligen som huvudregel också säljas till det högsta värde som kan uppnås – marknadsvärdet – genom en offentlig försäljning eller till ett på förhand fastställt marknadspris. Kommunen kan dock undantagsvis sälja till ett lägre pris om det skulle krävas för att tillvarata ett sakligt grundat kommunalt intresse. Även här är det emellertid av stor vikt att de potentiella köparna behandlas på ett likvärdigt sätt och att kommunen är tydlig med vilka kriterier som skall väga tyngst vid värderingen av olika anbud, om inte dessa uttryckligen följer av lag. Kommunen skall vid försäljningen försäkra sig om att överlåtelsen sker mot bakgrund av de principer som följer av Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

I Norge har staten för att undvika överträdelser av statsstödsreglerna utfärdat en instruktion rörande avyttring av statligt ägd egendom, den så kallade *Avhendingsinstruksen*, för de fall en viss överlåtelse inte regleras av lag. Av instruktionen framgår att all försäljning av offentlig egendom bör ske i enlighet med vad som följer av EG-fördragets regler om otillåtna statsstöd. Fast egendom som överlåts till enskilda skall därför säljas till marknadspris eller på det sätt som medför det mest fördelaktiga resultatet för staten, vanligtvis skall avyttringen ske till högstbjudande genom en offentlig budgivning. För det fall det skulle vara ekonomiskt mer fördelaktigt att avyttra egendomen till någon annan än den som avgett det högsta budet kan en överlåtelse ske till ett pris som understiger det högsta.

I Finland saknas uttryckliga bestämmelser om offentliga överlåtelser av fast egendom. Finlands kommunförbund har emellertid angett riktlinjer för kommunernas företagsstöd och markpolitiken, vilka i stor utsträckning bygger på Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

I de flesta av våra nordiska grannländer har man även infört särskilda regler avseende förutsättningarna för att sluta genomförandeavtal. I Danmark har man bl.a. infört regler om s.k. *byomdannelseområder*, dvs. äldre industri- och hamnområden m.m. som kan omvandlas till exempelvis bostadsområden. Som huvudregel skall en fastighetsförsäljning inom ramen för ett genomförandeavtal göras i enlighet med det förfarande som följer av reglerna om offentlig upphandling. Ett undantag gäller dock för bolag som bildats för att ombilda industriområden till bostadsområden. För att enskilda aktörer skall ha ett intresse i att ingå som delägare i ett s.k. *byomdannelsesselskab*, tillsammans med en kommun har det ansetts att dessa bolag måste vara undantagna från kravet att tillämpa upphandlingsreglerna vid fastighetsöverlåtelser.

I den norska plan- och bygningsloven finns sedan den 1 juli 2006 bestämmelser om s.k. *utbyggingsavtaler*, dvs. ett avtal mellan kommunen och en fastighetsägare eller en exploatör om exploatering av ett område, som bygger på den kommunala planlagstiftningen och som gäller genomförandet av en kommunal detaljplan. Grundprincipen är att alla förutsättningar skall vara kända för berörda markägare och potentiella exploatörer. Alla förutsättningar för genomförandet skall därför vara slutgiltigt behandlade av den politiska församlingen som skall ha fattat ett beslut i frågan som skall kunna bli föremål för en laglighetsprövning. Ett *utbyggingsavtal* kan t.ex. reglera att markägaren eller exploatören helt eller delvis skall bekosta anläggningar som är nödvändiga för att kunna genomföra ett detaljplanebeslut. De förutsättningar för exploateringen som slagits fast i respektive plan med stöd i det offentlighetsreglerade regelverket sätter också gränserna för vilka prestationer kommunen genom genomförandeavtalet kan kräva av en motpart.

I och med att avtalen måste fastställas genom ett kommunalt beslut som kan bli föremål för en laglighetsprövning följer också att *utbyggingsavtaler* som sådana inte kan överklagas; inte ens motparten ges någon rätt att inleda en process mot kommunen med anledning av avtalet. För att inte riskera att bryta mot den bedömning som följer av mål C-399/98, *La Scala*, anses emellertid att kommunerna bör använda sig av de regler som gäller för offentlig upphandling vid valet av avtalspart.

I Finland infördes för några år sedan 12 a kap. markanvändnings- och bygglagen som reglerar ersättning för kommunernas kostnader för samhällsbyggande. Av bestämmelserna följer uttryckligen att en kommun kan ingå avtal om planläggning och om genomförandet av planerna, s.k. *markanvändningsavtal*. I markanvändningsavtalen kan dock inte med bindande verkan avtalas om innehållet i planerna. Ett markanvändningsavtal kan ingås med bindande verkan för parterna först när ett utkast eller förslag till plan har varit offentligt framlagt. Av bestämmelserna följer också att kommunen och markägaren kan komma överens om att utvecklingskostnadsersättningen helt eller delvis betalas i form av ett jordområde eller annan egendom. I 14 kap. markanvändnings- och bygglagen regleras ersättning till enskilda till följd av genomförandet av generalplaner och detaljplaner.

Avslutningsvis kan vi konstatera att det finns skillnader i hur de nordiska länderna valt att styra försäljningen av offentliga tillgångar där Norge är det land som ligger närmast det vi föreslår i den här rapporten. Vi ser ingen konflikt mellan de juridiska förutsättningarna och samhällsekonomisk effektivitet. Om försäljningen sker i enlighet med rådande lagstiftning och organiseras på ett sådant sätt att utfallet är samhällsekonomisk effektivt (eller om kommunen t.ex. har som mål att maximera intäkter i syfte att finansiera en investering av något slag) samt att processen är transparent och att reglerna för anbudsutvärdering är allmänt kända av alla aktörer på förhand följer försäljningen samma principer som offentlig upphandling med den skillnaden att högsta anbud vinner istället för lägsta. Utifrån möjligheterna att kombinera auktionsförfaranden med såväl designtävlingar som tydliga kravspecifikationer ser vi inte heller någon uppenbar konflikt mellan konkurrensutsättning och kommunernas utövande av planering för lokal eller regional utveckling. Tidigare studier visar dock på att konkurrensutsättning inte är den generella praxis som tycks råda bland Sveriges kommuner. Dessa studier har dock begränsats till ett fåtal kommuner varför det vore av största intresse att genomföra motsvarande analys riktad mot landets samtliga kommuner. Det skulle vidare vara av intresse att även inkludera frågor kring vilka värden som genereras via kommunala försäljningar under ett år; inte minst beroende på att området – i likhet med offentlig upphandling – karaktäriseras av en stor brist på offentlig statistik.

Sammanfattningsvis, är det förmodligen så att en mer sammanhållen och tydlig lagstiftning gällande försäljning av offentliga tillgångar sannolikt skulle underlätta övergången till en mer frekvent och korrekt konkurrensutsättning i samband med sådana överlåtelse. Lagstiftningen på EU-nivå är entydig; anbuds-förfarande eller värdering utförd av oberoende experter skall föregå överlåtelsen. Det finns med andra ord inga hinder för en reglering av försäljning av offentliga tillgångar där grundprincipen mycket väl kan vara densamma som i upphandlingsreglementet. Därmed omfattas inte bara rena försäljningar utan även till exempel avknoppning och hyresavtal. Det faller sig naturligt då offentliga försäljningar och offentliga inköp förenklat kan sägas vara två olika sidor på samma mynt! Tilldelning av kontrakt i samband med försäljning skulle då ske enligt högsta eller ekonomiskt mest fördelaktiga pris.

Ett problem med den nuvarande situationen är bristen på sanktioner i samband med felaktiga överlåtelse. Gemensamt för de fall som behandlas i den här rapporten är att tiden mellan överlåtelse, ikraftträdande och genomförande av denna samt beslut i domstol i de fall ärendet går till rättslig prövning är för lång. Rättelser blir i praktiken omöjliga att genomföra. Kommuner (och andra delar av den offentliga sektorn) kan i praktiken träffa regelvidriga överlåtelseavtal utan att riskera någon som helst eftergift, inte minst beroende på att statsstödsreglerna - i de sällsynta fall de aktualiseras - riktar sig mot den som erhållit ett otillåtet stöd. Det öppnar upp för snedvridning av konkurrensen och köpsläende med såväl offentliga tillgångar som tillhandahållandet av offentlig service.

Summary

Release of publicly owned property (land and buildings) in general, and owned by the local government in particular, is in Sweden regulated by several laws among which the Local Government Act (1991:900) is the most central one. Due to the obligation that public services and operations provided by the local government should build on sound finances release of its properties should also be cleared at market prices. That is; prices are set by a competitive situation where interested buyers are invited to compete for the property. Favouring of individual parties by selling to negotiated prices without competition is an exception to the rule. Yet, it appears to be the most common applied principle.

Support to the requirement that release of publicly owned land or buildings should be sold with unconditional bidding procedures is also found in the Commission Communication (EGT97/C 209/03) and Article 87.1 EU. The support is motivated by that otherwise it will be difficult to distinguish the sale from State aid. As an alternative to unconditional bidding procedures the Commission recommends establishment of market price by independent evaluation carried out by one or more independent asset valuers. The established market price, or value, would then be regarded as the lowest price at which the negotiated sale can take place without being classified as State aid.

However, when selling land and buildings it is not only the Swedish Local Government Act and the Community Law that needs to be considered. Attention needs also to be given to the rules that govern local city planning; a process influenced by land owners, interest groups as well as members of the society.

Development of land with maximisation of the social welfare as the target is often a cooperative process with the local government, representatives of the local industry, and property owners as parties. The local government has multiple roles which complicates the process; land owner, buyer of building contracts, exercise of public authority, exercise of by law given city planning monopoly, supervising and permission authority, and contracting party. A commonly applied principle when exercising the development of land is that the local government and one or several firms come to an agreement that either is characterised by collaboration or exploitation. However, this is a time consuming process often associated with waste of time and along with the agreement comes a request upon the private sector to do a service in return for the contract on the previously publicly owned land or building. Local governments report that price levels are not really an issue when selling public property and exercising the planning monopoly, it is the political processes governing city planning changes that constitute the hurdle.

If the local government is the owner of the land that is to be developed, the by the Swedish Local Government Act and the Community Law given request that prices should be set by unconditional bidding processes or by independent expertise come into force. Given that the land sale also is followed by a development procedure these contracts must be procured according to the rules governing procedures for the award of public contracts. It is when it comes to contracts involving exploitation (of public service of some kind) difficult to treat the sale of land and the exploitation as separate. Since the service that will be provided at the property can be said to be in the interest of the public it is often so that a public procurement situation where call for tenders on the service is announced must precede the land sale. Actually, the Court of Justice of the European Communities sentenced (C-399/98 *La Scala*) that the Council Directive 93/37/EEC concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts is applicable when a land owner also exploiter, is contracted to implement a city planning project (construction a new theatre for public use) in lieu of the payment to the planning authority which normally, according to Italian law, should be paid.

In contrast to sales of public properties, public purchase is clearly regulated by law (the Public Procurement Act 2007:1091). The rules governing Swedish public purchase, or public procurement, stipulates competitive bidding in order to establish prices and allocated contracts. Public contracts are publicly announced by official call for tenders in the so call contract notice. The contract notice specifies the contract terms, the service or good that is procured, and the rules of the game. As such the process is transparent and it is easy to verify who was contracted and why.

A potential draw back with the procurement regulation is that it is not flexible in the sense that the local government might find, at an early stage of the process, it valuable to communicate complex issues with potential exploiters. On the other hand it is difficult not to regard a sale of land that includes a public works contracts (exploitation contract) as a building concession and as such the assignment must be preceded by a public procurement.

Unconditional bidding processes in order to establish prices and assign contracts are also an attractive alternative from an economic perspective. There is no apparent conflict between competitive bidding processes and the enforcement of city planning, discharge of politics in order to stimulate the local industry, regional growth, or housing politics. Clear and transparent rules of the game are however, important for an efficient outcome. Auctions have the desired properties as long as the sale of the land or the building is not associated with complex issues. In such as case a beauty contest or if necessary a negotiation with potential exploiters constitutes the best alternatives since it opens up for innovative ideas from the private sector. Whether an auction, a beauty contest, or a negotiation is the best alternative varies from case to case. Given that running an auction seems like the best choice an open bidding procedure is general believed to be easier to strategically adopt by the bidders. It is also, however, transparency makes it easier for cartels to coordinate themselves in open bidding environments. Therefore, sealed bidding, as in procurement auctions, might be preferable.

From a legal perspective, it is clear that sales of publicly owned property should be sold to market price. In general, praxis shows, however, that when this is not the case (as it often is) emendation is almost impossible. Violations of this kind also conflicts with the rules governing State aid (sales when the value exceeds € 200,000). As a consequence, the favoured party who has bought the land at a too low price (classified as State aid) is obligated to compensate the party discriminated against. The compensation is the difference between the sale price and the market value. The seller, the local government, does not, in general, have any liability for payment. However, according to decisions made by the Court of Justice of the European Communities (C-6/90 and C-9/90 *Francovich*) a member state can be sentenced to remunerate individuals due to potential damage caused by neglect of the Community Law.

Exploitation agreements often include release of real- estate as well as land development. If the agreement also specifies that the local government will be a tenant, the buyer shall lay out streets, public parks, and water and sewage supplies, the local government is by national as well as by the Community law obligated to assign contracts regarding these services by the use of a procurement auction following the Public Procurement Act. If the agreement favours the exploiter in the sense that it can be classified as State aid the rules governing State aid comes into force. Exploitation agreements can also be organized under the more recently introduced contract form called Public-Private-Partnership (PPP). PPP falls under the same jurisdictions as described above.

Hiring-off public organizations is a recent event that has attracted a lot of attention. As a conception it lacks an officially established definition. In general however, it involves transfer of public organizations such as schools to private owners often on the initiative of a group of employees. Hiring-off public services falls

under the same jurisdictions as sale of public property. As a consequence of the fact that the local government is prohibited to financially favour individual firms, offers directed against groups of employees are also prohibited (Chapter 2 Section 8 Paragraph 2 the Local Government Act). Hiring-off to market price should be the general principle as well as prices set by unconditional bidding or independent expertise. In the case of bidding procedure consortium of employees should be treated as any other bidder and highest bidder should be awarded the contract.

By comparison of the Nordic Countries it is evident that the scenarios described above are not unique for Sweden. In Denmark, there are rules governing the sale of publicly owned property that specifies the rules of the sale when the seller is the Central or the Local government. These rules follow the same principles as the Swedish Local Government Act and the Community Law as well as the principles of State aid. Exception of highest bidder being awarded the property is accepted if it is necessitated by the protection of the citizens.

Norway goes one step further and has in order to avoid violation of State aid rules issued "Avhendingsinstruksen" which specifies the principles that apply to sale of publicly owned property. The general principle is that sales of publicly owned property should follow the EU rules governing State aid. Therefore, sales should be organized as public auctions and the highest bidder should be awarded the property. Awarding properties to other bidder than the highest bidder is accepted if the bid can be considered as the economically most advantageous offer in some other dimension than price.

Finland lacks explicit rules for sale of publicly owned property. However, the Finnish Association of Local Authorities has issued guidelines on subsidies of the private sector and land policy. The guidelines build on the Commission communication on State aid and sales of land and real-estate (97/C 209/03).

Most of our Nordic neighbours have implemented explicit rules for exploitation agreements. In Denmark there are explicit rules governing sales of old industry- and harbour areas that can be rebuilt to residential areas (byomdannelseområder). The principle of the rule is that sale shall follow the public procurement legislature with exception of consortia initiated with the aim to rebuild old industry and harbour areas to residential areas. The exception is motivated by the idea that interest of such consortia otherwise would be too low.

The Norwegian "utbyggingsavtaler" includes since July 1, 2006, rules governing exploitation agreements with the local government and real-estate owners or exploiters. The rules build on the local government city planning jurisdiction regarding exploitation in the scope of detailed city planning. All conditions in the agreement shall be known to land owners and potential exploiters in advance. The agreement can state that costs associated with the terms specified in the detailed city plan are the responsibility of the land owner or exploiter. Included are also limiting rules governing to what degree service in return can be demanded of the exploiters. As a consequence of the requirement that the agreements are a political decision by the local council and thereby are open for legality trial "utbyggingsavtaler" as such is final. Following case C-399/98 *La Scala* the local authorities are recommended to act in accordance with the public procurement regulation.

Finland has recently implemented rules that regulate financial compensation upon the local council covering public investments. Local councils are allowed to come to agreements with the private sector covering city planning issues and exploitation. It is not allowed to specify planning details in these agreements until the plans have been presented for the public. Service in return in form of land or other types of property is allowed.

To summarise, we can conclude that interesting differences among the Nordic countries in organization and regulation of sale of publicly owned property are present. The suggestions presented in this report have most in common with the Norwegian legislature. There is, according to us, no apparent conflict between legally conditions and economic efficiency. If sales in fact are organized in accordance with current legislation, national as well as the Community law, and conditions for economic efficiency (or with revenue maximization as a mean to cover budget deficits or investments) a transparent process where the rules of the game are known to all actors in advance the sale of publicly owned properties actually follows the principles given by the regulation of public procurement auctions with the only difference that the highest bid are winning instead of the lowest bid. Since an auction, or bidding procedure, can be combined with a beauty contest or pre announced specifications stating the conditions for exploitation for example, there is no obvious conflict between an unconditional bidding procedure and the exercise of the local planning monopoly. Previous studies covering a selection of Swedish municipalities show that this is not the praxis in general. Due to the fact that not all municipalities were included in the previous studies it would be of great interest to do such an analysis with a sample covering all Swedish municipalities.

To sum up, a uniform legislation concerning sales of public property would be preferable, where the legislation builds on the same principles as the law(s) regulation public procurement. Public sales and public purchase are, after all, two different sides of the same coin! A public sales contract would then, be awarded according to the highest or economically most preferable price.

A problem with the current situation is the time lag between enforcement of contracts and adjudication. As things are today, which is apparent in the cases studied in the present report, municipalities can make contracts with private firms, bargain with public properties as well as the provision of public service, without the risk of punishment since it is often too late for amendment.

1 Krona eller klave – vem får vara med och leka?

1.1 Bakgrund

Försäljning av kommunal mark och kommunala fastigheter regleras idag inte av någon specifik lag. Det är i stället kommunallagen (1991:900), KL, som anger ramarna för denna typ av försäljning via den så kallade kommunala kompetensen. Det som sägs är i korthet att enskilda aktörer eller företag inte får gynnas och att försäljning skall ske till marknadspris. Stöd till enskilda näringsidkare får nämligen endast lämnas om det finns ”synnerliga skäl” till detta enligt 2 kap. 8 § 2 st. KL. Sådana godtagbara skäl har i svensk praxis ansetts vara t.ex. olika ekonomiska bidrag som ges för att motverka bortfall av enskild service i glesbygden, t.ex. livsmedel och bensin, eller för att trygga tillgången på hotellplatser i kommunen.¹ En fastighetsförsäljning kan därför också användas i syfte att stimulera näringslivet så länge som detta betraktas som en angelägenhet av allmänt intresse. Det finns dock ingen uttrycklig reglering i KL av hur marknadspriset skall fastställas eller uttryckligt krav på konkurrensutsättning. Huvudregeln är dock att kommunala subventioner till enskilda företag är otillåtna och vid en bedömning blir det därför också nödvändigt att väga in bland annat konkurrensrättsliga aspekter och analysera förhållandet till det EG-rättsliga regelverket – inte minst statsstödsreglerna enligt artiklarna 87–89 EG.

Två aktuella fall som de senaste åren uppmärksammats i media är Åre kommuns försäljning av mark till Konsum i Åre och Täby kommuns avknoppning av Tibble gymnasium. I det första fallet förhandlade Åre kommun och Konsum vid en marköverlåtelse inom ramen för en större affär fram ett pris på 1 krona för en attraktiv tomt i centrala Åre. Samtidigt uttryckte Lidl en önskan om att etablera en dagligvarubutik på samma tomt och erbjöd sig att betala 6 600 000 kronor. Åre kommun beslutade sig för att sälja till Konsum för 2 miljoner kronor. I potten låg att Konsum i samband med markförvärvet överlät en centralt belägen fastighet till kommunen, dvs. i realiteten rörde det sig om en bytesaffär. Försäljningen anmäldes till EU-kommissionen som fann att det var fråga om ett otillåtet statstöd och att det otillåtna stödet därmed skulle återkrävas.² Ärendet överklagades även till Länsrätten eftersom överlåtelsen ansågs snedvrída konkurrensen och då försäljningen heller inte skett till marknadspris. Länsrätten³ fann att det inte framkommit att Åre kommun genom beslutet gynnat Konsum eller att beslutet skulle innebära ett sådant stöd som avses i artikel 87.1 EG. Kammarrätten fann emellertid, efter att bland annat ha tagit del av Kommissionens beslut, att försäljningen stred mot såväl 2 kap. 8 § 2 st. KL som artikel 88.3 EG.⁴

I det andra fallet handlar det om en rektor som utan stöd från elever, föräldrar och lärare ansökte om privatisering av en gymnasieskola i Täby. Skolverket godkände ansökan och överlåtelsen klubbades under 2007 igenom i kommunfullmäktige i Täby. Ärendet är bland annat kritiserat för att snedvrída konkurrensen bland friskolor eftersom prislappen på drygt nio miljoner kronor – motsvarande inventarier och lokalernas uppskattade värde – inte motsvarar det uppskattade marknadsvärdet på 40 miljoner kronor och att ingen annan intressent fick delta i en eventuell budgivning. Länsrätten avslog emellertid överklagandet.⁵

¹ Se prop. 1990/91:117, s. 116 f.

² Se Kommissionens beslut K(2008)311 slutlig av den 30.1.2008 om det statliga stöd C 35/2006 (f.d. NN 37/2006) som Sverige har genomfört till förmån för Konsum Jämtland ekonomisk förening.

³ Länsrättens i Jämtlands län dom 2006-05-24 (mål nr 791-05).

⁴ Kammarrättens i Sundsvall dom 2008-04-09 (mål nr 1715-06).

⁵ Länsrättens i Stockholms län dom 2007-12-20 (mål nr 10633-07). Kammarrätten har beviljat prövningstillstånd, men målet kommer enligt uppgift troligen inte att avgöras innan nyår.

Här har vi två fall, försäljning av mark respektive så kallad avknoppning, som illustrerar en del av problematiken kring den oklara lagstiftningen vid försäljning av offentliga tillgångar. Till detta kommer försäljning av offentligt ägda fastigheter (mark med eller utan bebyggelse) till privatpersoner. Stat, landsting och kommun innehar mark av betydande värden och denna mark är i hög grad geografiskt lokaliserad i, ur exploateringsynpunkt, attraktiva områden. Kommunen kan också genom investeringar i infrastrukturen påverka markens värde. Försäljning av offentligt ägd mark (liksom andra offentliga tillgångar) kan vara ett attraktivt alternativ till skatter, avgifter eller lån för att finansiera offentliga investeringar, till exempel kommunalt finansierad infrastruktur.⁶ Organisationen kring avyttring av offentligt ägda fastigheter är därför av största intresse. Boverket och Statskontoret visar i varsin studie dessutom på variation i hur markanvisning på kommunal nivå går till. Av rapporterna framgår att konkurrensutsättning tillämpas endast undantagsvis.⁷

Försäljning av kommunal mark och byggnader till enskilda skall alltså göras på marknadsmässiga villkor även om det finns indikationer på att detta inte är allmän praxis (se ovan). Det är inte bara det kommunalrättsliga regelverket som stadgar detta, av artiklarna 87–89 EG följer att försäljningar under marknadsvärdet kan komma att anses utgöra otillåtet statsstöd. Av såväl ett meddelande från kommissionen⁸ som förstainstansens dom i mål T-274/01, *Valmont Nederland BV*, följer att överlåtelse av mark skall ske först efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbudsförfarande – av auktionstyp –, där det bästa eller enda anbudet per definition antas vara en försäljning till marknadspris och således inte utgöra statligt stöd. Som alternativ till ett auktionsförfarande kan användas en oberoende expertvärdering av en eller flera värderingsmän för att fastställa markvärdet innan förhandlingarna om överlåtelse inleds.

Den svenska tillämpningen av statsstödsreglerna regleras för kommunernas vidkommande i lag (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statstödsregler. I lagens 6 § stadgas att kommuner och landsting är skyldiga att lämna upplysningar till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer – vanligen Näringsdepartementet – om alla former av stöd som planeras och som kan bli föremål för prövning av EG-kommissionen. Sedan lagen trädde ikraft har det endast undantagsvis hänt att en kommun lämnat in en anmälan om ett sådant planerat stöd. Här finns det alltså också en skillnad mellan juridiska förutsättningar och kommunernas agerande.

Skulle det vara så att EG-kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller EG-domstolen funnit att en kommun eller ett landsting lämnat stöd som står i strid med artikel 87.1 EG, får regeringen enligt 7 § upphäva kommunens eller landstingets beslut att lämna stödet. I fråga om rättelse av verkställighet när ett beslut upphävs gäller 10 kap. 15 § KL, det vill säga rättelsen skall vara möjlig att genomföra.⁹

I korthet kan sägas att statsstödsreglerna i första hand tar sikte på det allmännas beteende i egenskap av investerare eller kreditgivare medan reglerna som omgärdar offentliga inköp (offentlig upphandling) huvudsakligen ser till hur det allmänna agerar i sin egenskap av beställare av varor och tjänster. Ett avtal som inte följer de regler som skall användas vid en normal kommersiell transaktion – exempelvis en felaktig prissättning vid en kommunal fastighetsöverlåtelse – kan därför såväl innebära ett brott mot

⁶ Se George Peterson, *Land leasing and Sale as an Infrastructure-financing Option*, World Bank Policy Research Working Paper 4043, November 2006.

⁷ Se Boverket, *Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål*, 2005, och Statskontoret, *Granskning av ärendehantering av markanvisningen i sex kommuner*, 2005.

⁸ Se Kommissionens meddelande om inlag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03).

⁹ Huruvida begränsningen till de rättelsemöjligheter som föreligger enligt kommunallagen står sig vid en EG-rättslig bedömning av om statstödsreglerna överskridits får dock anses vara oklart. Jfr mål C-5/89, Kommissionen mot Tyskland.

statsstödsreglerna som den EG-rättsliga likabehandlingsprincipen. Problemet är dock inte bara att Sverige saknar uttryckliga regler för hur en kommunal fastighetsförsäljning skall gå till; vi saknar även regler om ett system för hur ett eventuellt återkrav av ett felaktigt utbetalt statsstöd skulle kunna betalas tillbaka och vilken rättslig instans som i så fall skall handha ett sådant förfarande.

När kommuner – liksom andra organ inom den offentliga sektorn – däremot agerar som köpare finns ett specifikt regelverk att falla tillbaka på. Bestämmelserna om offentlig upphandling anger ett omfattande regelsystem för offentliga inköp där prisbildning via konkurrensutsättning är grundstenen för fördelandet av offentliga kontrakt. Här finns också ett förfarande kring vilka instanser som hanterar oegentligheter i samband med upphandling. Överprövning av beslut om tilldelning av kontrakt hanteras av förvaltningsdomstolarna medan frågan om skadestånd till följd av ett i strid med upphandlingsreglerna tilldelat kontrakt faller under allmän domstols jurisdiktion.

Inom offentlig upphandling fastställs pris via en sluten – eller omvänd – anbudsgivning.¹⁰ Förutsättningarna för anbudsgivningen kan se olika ut från fall till fall beroende på bland annat vilken vikt som fästs vid pris kontra kvalitativa kriterier. Men i det enklaste fallet vinner den anbudsgivare som kräver minst för att leverera i enlighet med det så kallade förfrågningsunderlaget i vilket uppdraget specificeras. Ett tänkbart scenario är att samma princip tillämpas vid försäljning av offentliga tillgångar till exempel kommunal mark eller kommunala fastigheter. En budgivningssituation skapas i syfte att etablera ett marknadspris där den anbudsgivare som bjudit högst vinner. Detta skulle kunna borga för ett mer korrekt marknadspris där alla intressenter av en offentlig tillgång – fastigheter, byggnader, verksamhet eller mark – får möjlighet att delta i anbudsprocessen. Det är därför av intresse att analysera om risken för ett felaktigt marknadspris – läs underpris – och en snedvriden konkurrenssituation kan minimeras genom en tillämpning av ett sådant förfarande vid försäljning av offentliga tillgångar. Detta skall ställas mot kommunens möjlighet – och skyldighet – att agera i det allmännas intresse. Finns det en konflikt mellan detta och konkurrensutsättning? Som betydande markägare i attraktiva områden och med stöd av planmonopolet har kommunerna stark påverkan på näringslivsutvecklingen, infrastrukturen och bostadsbyggandet. Markanvisning kan därmed till exempel vara en central del av den lokala bostadspolitik. I Stockholms stad utgörs t.ex. 80 % av all mark som anvisats för bostadsändamål av ursprungligt kommunalägd mark.¹¹

1.2 Uppdraget

Avsaknaden av regler för fastställande av marknadspris och krav på konkurrensutsättning i samband med försäljningen av kommunal mark och kommunala fastigheter öppnar upp för frågor om underprissättning och favorisering och väcker frågan om detta är det mest effektiva sättet att allokerar offentliga tillgångar till privata aktörer. Kan försäljning av kommunala tillgångar följa samma principer som offentliga inköp?

Syftet med uppdraget är att utifrån nationalekonomisk teori kring prisbildning kopplad till juridiska förutsättningar på området försöka besvara ovanstående fråga. I rapporten presenteras nuvarande förutsättningar för försäljning av kommunal mark och kommunala fastigheter och om detta regelverk är förenat brister ur ett konkurrensperspektiv. Detta relateras sedan till gällande regler för offentliga inköp. I

¹⁰ Sedan 1 januari 2008 regleras den offentliga upphandlingen för svenskt vidkommande av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, samt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Upphandlingsdirektiven skulle ha varit implementerade i medlemsländerna senast den 31 januari 2006 och Sverige fälldes därför i mål C-258/07 av EG-domstolen den 6 december 2007 för fördragsbrott enligt artikel 226 EG.

¹¹ Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005.

rapporten ges också en analys av några aktuella fall på området och om möjligt förslag på principer för ett regelverk av denna typ av försäljning.

Frågan om försäljning av kommunal mark och kommunala fastigheter är nära sammankopplad med avknoppning, dvs. när skattefinansierad verksamhet t.ex. fortsätter att bedrivas i en kommunalägd fastighet medan den avknoppade verksamheten drivs av en privat aktör. Av den anledningen kommer avknoppning också att beröras i rapporten liksom det till ämnesområdet angränsande tillhandahållandet av offentlig service via så kallade *public-private partnerships* (PPP) – eller offentlig-privata samarbeten, OPS.¹²

1.3 Upplägg

- 1) Uppdraget är till en del teoretiskt där nationalekonomisk teori kring prisbildning via anbud vid försäljning/avknoppning av offentliga tillgångar kombineras med juridisk analys av rättsliga förutsättningar för detta.
- 2) Utgångspunkten är i vilken grad nuvarande praxis baserad på det faktum att förfarandet regleras indirekt via flera olika lagar och förordningar leder till snedvriden konkurrens och ineffektiv användning av offentliga resurser och tillgångar med skattebetalarnas perspektiv i fokus.
- 3) Uppdraget innehåller även en empirisk del där utfallet av den teoretiska analysen tillämpas på aktuella fall av försäljning, avknoppning med mera baserad på befintlig rättspraxis.

1.4 Avgränsningar och begrepp

Inom begreppet offentliga tillgångar avgränsar vi oss till att inte behandla försäljning av offentligt – helt eller delvis – ägda bolag. I första hand avses befintliga eller delar av befintliga fastigheter – dvs. mark med eller utan bebyggelse. I rapporten ligger fokus på försäljning av fastigheter till privata entreprenörer och inte till privatpersoner, även om även sådana överlåtelser till viss del kommer att beröras och i princip omfattas av samma resonemang. Vidare avgränsar vi oss till kommunalt ägda fastigheter vilket motiveras av kommunernas plan- och byggmonopol, vilket ger konkurrensfrågan en ytterligare dimension. Även om diskussionen bygger på kommunala förhållanden torde resonemanget i stor utsträckning även gå att tillämpa på försäljning av fastigheter som ägs av andra offentligrättsliga organ.

Trots att fastighetsöverlåtelser som sådana inte faller inom ramen för det förfarande som regleras av reglerna om offentlig upphandling kan bestämmelserna ändå komma att aktualiseras i vissa situationer. På så sätt kan t.ex. en konkurrensutsättning ske där aktörerna tävlar i utförande inom ramen för en designtävling. Inom ramen för det offentliga upphandlingsförfarandet ryms även markanvisningstävlingar och arkitekttävlingar. Vi kommer att använda oss av begreppet designtävling när förfarings sättet diskuteras generellt och markanvisningstävlingar när sammanhanget är sådant att det är detta som specifikt avses.

¹² Ett annat begrepp som florerar i samband med denna form av avtal är offentliga-privata partnerskap, OPP. Detta är i stort sett samma sak som OPS.

2 Kronan – juridiska förutsättningar för offentlig försäljning

2.1 Svenska lagar som reglerar offentliga försäljningar och markexploatering m.m.

Det är vid utbyggnad av nya områden för bostäder eller arbetsplatser vanligt att kommunen använder s.k. designtävlingar, arkitekttävlingar eller markanvisningstävlingar som ett sätt att infordra anbud, innehållande förslag på utformning och pris, på områdets bebyggande. Den vinnande anbudsgivaren får då genom de villkor som följer av genomförandeaftalet överta den kommunägda marken. Därefter utförs den planerade exploateringen genom ett entreprenadavtal. Ett annat förfaringssätt har varit att förhandlingar förts direkt med ett större byggföretag, s.k. direktanvisning, och att relationen mellan parterna ansetts utgöra två olika delar; i det första skedet sker en traditionell fastighetsöverlåtelse och i det andra skedet upprättas ett exploateringsavtal. Eftersom det då rör sig om privatägd mark har en konkurrensutsättning av entreprenaden traditionellt sett inte ansetts vara nödvändigt. Detta utvecklas mer i detalj i avsnitt 3 till 5 nedan.

2.1.1 Kommunalrättsliga regler

Stödet för att fatta beslut och att använda sig av avtalslösningar, exempelvis fastighetsöverlåtelser, vilar på den kompetens som följer av det grundlagsfästa kommunala självstyret, kommunens befogenhet att rättshandla till följd av att den är utgör en juridisk person med rättskapacitet. Själva rättshandlingsförmågan följer av den kompetens som följer av kommunallagen. Vid försäljningar och köp av fast egendom är kommuner och landsting skyldiga att följa kommunallagens regler, vari bl.a. ingår ett förbud att ge understöd åt enskild utan stöd av lag, 2 kap. 1 § KL, en skyldighet att efterleva likställighetsprincipen, 2 kap. 2 § KL, samt förbudet att ge individuellt inriktat näringslivsstöd om det inte föreligger synnerliga skäl för det, 2 kap. 8 § 2 st. KL. Till följd av de kommunalrättsliga reglernas allmänna karaktär har kommuner och landsting i praktiken en avsevärd frihet att i sin verksamhet överlåta och förvärva fast egendom, så länge det sker inom ramen för en god medelsförvaltning. Av förarbetena framgår därför också att den kommunala självkostnadsprincipen, 8 kap. 3 c § KL, inte är tillämplig vid kommunens medelsförvaltning eller vid förvaltning av kommunal egendom, exempelvis köp och försäljning av fast egendom.¹³

En för vårt vidkommande central regel är den kommunala likställighetsprincipen.¹⁴ I 2 kap. 2 § KL fastslås att kommunen, om det inte finns sakliga skäl för annan bedömning, skall behandla sina medlemmar lika när dessa befinner sig i samma situation. Principen anses grundläggande för all kommunal verksamhet och innebär att vissa kommunmedlemmar inte får gynnas eller missgynnas i förhållande till andra. Lika avgift skall alltså utgå för lika prestation. Förutom att likställighetsprincipen bara gäller de egna medlemmarna, krävs även att kommunen träder i direkt kontakt med sina medlemmar i sin egenskap av övergripande organ. Detta kan ske genom tillhandahållande av olika prestationer eller genom uttag av ekonomiska bidrag

¹³ Se prop. 1993/94:188, s. 83. Se även Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 31 f., samt Sveriges Kommuner och Landsting, Kommunallagen; Kommentarer och praxis, 2006, s. 352 f.

¹⁴ För en allmän redogörelse av likställighetsprincipen och förbudet att ge understöd till enskilda, se t.ex. Ulf Lindquist, Kommunala befogenheter, 2005, s. 55–64, samt Alf Bohlin, Kommunalrättens grunder, 2007, s. 94–97 och s. 113–120.

från kommunmedlemmarna. Varje kommunmedlem har då rätt att komma i åtnjutande av den aktuella prestationen, medan kommunen har en skyldighet att presteras.¹⁵

Särbehandling anses inte vara tillåten annat än på rent objektiva grunder. I relationen till kommunmedlemmarna inskränker principen möjligheterna till individuella avtalslösningar eller särbehandlingar. Även när en kommun köper eller säljer fastigheter eller vidtar andra åtgärder för att sköta sin förmögenhetsförvaltning är den inte bara skyldig att se till vad som är bäst för effektiviteten och ekonomin i den egna organisationen, även här aktualiseras likställighetsprincipen indirekt; för att det inte skall vara fråga om en särbehandling är huvudregeln att kommunen måste överlåta kommunal egendom till marknadspris. Endast vid rena internttransaktioner – exempelvis till ett helägt kommunalt bolag – medges undantag från kravet på att en försäljning skall göras till marknadspris.¹⁶

Likställighetsprincipen aktualiseras alltså om det finns ett nyttjandekollektiv, annars är kommunen skyldig att tillgodose kommunens ekonomiska intressen. Som en generell förutsättning för den kommunala verksamheten följer av 8 kap. 1 § KL att kommunerna skall ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller i form av kommunala bolag. Kommunerna skall enligt 8 kap. 2 § KL också förvalta sina medel på ett sådant sätt att kraven på god avkastning och betryggande säkerhet tillgodoses. Kraven på god ekonomisk hushållning medför också att en kommun vid en fastighetsförsäljning ur kommunallagens perspektiv är skyldig att försöka få ut ett så bra pris som möjligt.

Av 2 kap. 8 § 1 st. KL framgår dock att kommuner får genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen.¹⁷ Vilket implicerar att upplåtelser, under särskilda omständigheter, kan ske utan att föregås av konkurrensutsättning. Frågan om en åtgärd skall anses främja kommunens näringsliv får i princip bedömas utifrån en rimlighetsbedömning mellan kommunens bidrag och det förväntade slutresultatet. Sådant främjande anses i regel tillåtet när det gäller allmänt näringsbefrämjande upplåtelser av lokaler för småindustri, anordnande av mark och tillhandahållande av rådgivning.¹⁸ Samtidigt måste kommunen hela tiden tillgodose kravet på god ekonomisk hushållning och i enlighet härmed framgår också av 2 kap. 8 § 2 st. KL att ett individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare endast får lämnas om det finns synnerliga skäl för det. Vad som skall anses utgöra synnerliga skäl anges i förarbetena vara beroende av samhällsutvecklingen.¹⁹ Som exempel på stöd som godkänts i praxis kan nämnas olika ekonomiska bidrag till enskilda för att motverka bortfall av enskild service i glesbygden, t.ex. livsmedel och bensin, eller för att trygga tillgången på hotellplatser i kommunen.²⁰ Såväl förbudet mot individuellt riktade stöd som det generella kravet på god ekonomisk hushållning medför att en kommun vid en fastighetsöverlåtelse måste agera på ett sätt som gör att den uppnår en marknadsmässig prissättning och att inte någon näringsidkare gynnas på bekostnad av någon annan.

¹⁵ Se prop. 1990/91:117, s. 149 f. Se även Tom Madell, *Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalsslut och rättsverkningar*, 2000, s. 56 f.

¹⁶ Se även Boverket, *Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål*, 2005, s. 9 f. och s. 25 f., samt Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen; Kommentarer och praxis*, 2006, s. 64 ff.

¹⁷ Se bet. 1990/91:KU38, s. 23.

¹⁸ Se närmare Ulf Lindquist, *Kommunala befogenheter*, 2005, s. 262–275, samt Alf Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 2007, s. 101 f.

¹⁹ Se prop. 1990/91:117, s. 153.

²⁰ Se prop. 1990/91:117, s. 116 f. För äldre praxis se t.ex. RÅ 1980 Ab 56, där en kommun ansågs haft rätt att efterskänka hyresanspråk mot stadshotell för att tillgodose behovet av hotell och restauranger, RÅ 1981 Ab 60, där kommunen för att uppfylla ett tidigare ingånget avtal om markbyte mellan kommun och Kooperativa Förbundet ansågs ha rätt att genom avtal skänka mark till SJ samt bekosta spårläggning på marken, och RÅ 1981 Ab 393, där kommuns engagemang i hotell- och restaurangrörelse ansågs vara en kommunal angelägenhet. Inte i något av fallen ansågs stödet innebära olaglig subvention till enskild. Se även den praxisgenomgång som görs i Wiweka Warnling-Nerep, *Kommuners lag- och domstolstrots*, 1995, s. 219–225.

Vid sådana beslut kan den som är medlem i kommunen inom överklagandefristen begära laglighetsprövning av beslutet i förvaltningsdomstol enligt 10 kap. KL. Ett konkurrerande företag som inte är kommunmedlem saknar dock möjlighet att begära överprövning. Skulle emellertid ett beslut om stöd till ett visst företag tas av ett kommunalt bolag kan beslutet över huvud inte bli föremål för en laglighetsprövning.²¹

2.1.2 Markexploatering – genomförande-, exploaterings- och markanvisningsavtal

Det allmänna har enligt Regeringsformen en skyldighet att trygga rätten till bland annat hälsa, arbete, bostad och utbildning. Av detta följer också att kommunerna måste arbeta aktivt för att nå uppställda mål om ett väl fungerande lokalsamhälle, vilket för svenskt vidkommande omfattar exempelvis bostadsförsörjning, näringsliv och infrastruktur samt kommunmedlemmarnas möjligheter att få tillträde till idrottsanläggningar och simhallar med mera. Syftet med kommunens planläggning är en strävan efter att styra och planera byggandet och markanvändningen inom kommunen. Planen definierar om en viss miljö får ändras eller om den bör bevaras. Planen bestämmer också om området får bebyggas. Genom beslutet att fastställa en detaljplan skapas samtidigt stora ekonomiska värden. Eftersom detaljplanen verkar långt in i framtiden, är det viktigt, att miljökonsekvenser och andra konsekvenser som förorsakas av planen utreds på ett erforderligt sätt. Strävan är, att markägarna skall behandlas rättvist. Det är dock ofrånkomligt, att ekonomiska värden kan komma att fördelas ojämnt mellan markägarna, eftersom den främsta uppgiften i planläggningen är att uppnå en god kvalitet i själva markanvändningen. För markägarna är detaljplanebeslutet alltså särskilt viktigt, men beslutet påverkar inte bara de aktuella markägarnas rättigheter – även allmänna intressen berörs. I Boverkets studie av kommunal markanvisning uttryckte kommunerna en viss frustration över att den långsamma process som ändringar i detaljplanen kräver ibland bromsar utvecklingen.²²

Eftersom detaljplaneringen innebär en betydande utövning av offentlig makt bör vissa krav ställas på planläggningen. Man måste förutsätta öppenhet – transparens – i förhållande till medborgarna men också rättsskyddet för enskilda markägare är centralt. Markägarna, olika intressegrupper och kommunmedlemmar måste därför ha möjlighet till inflytande i planprocessen. För att kunna exploatera mark på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt krävs att kommunen på ett eller annat sätt samarbetar med det lokala näringslivet samt berörda fastighetsägare. Samtidigt uppträder kommunen med sina olika organ i en mängd olika skepnader under exploateringsprocessen; markägare, beställare av byggtreprenader, myndighetsutövare, innehavare av ett lagstadgat planmonopol, tillstånds- och tillsynsmyndighet samt avtalspart.²³ Det är viktigt att komma ihåg att planmonopolet ger kommunen en mängd legala verktyg för att reglera och kontrollera nybyggnation och annan fysisk planering; de viktigaste utgörs av översiktsplaner, detaljplaner, områdesplaner och fastighetsplaner.

I Sverige har användandet av genomförandeavtal vid plangenomförande från mitten av 1950-talet fått en avsevärt ökad omfattning. På 1980-talet började man tala om "förhandlingsplanering". Förfarandet har dock kritiserats ur ett demokratiperspektiv. Under de senaste åren har det blivit mer vanligt att kommunerna försöker koppla avtalen till planeringsprocessen och använda dem som styrinstrument för genomförande av

²¹ Se även Värda och skapa konkurrens; Vad krävs för ökad konsumentnytta? Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, s. 202 ff.

²² Se Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005.

²³ Se även Tom Madell, Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, 1998, Tom Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalsslut och rättsverkningar, 2000, samt Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 7.

planer. Vid "förhandlingsplaneringen" har demokratiaspekterna understrukits genom en tidsmässig samordning av avtals- och planeringsprocessen. Man har förutsatt, att avtalen måste vara villkorade av – och fordrat att avtalen bör underordnas – planeringsprocessen.

Det finns en mängd bestämmelser som reglerar kommunal markexploatering, planering och byggande och de rättsliga förutsättningarna i relationen mellan kommunen och fastighetsägare, exploatörer och entreprenörer. Det har under lång tid varit vanligt att samverkans- eller genomförandeavtal ingås mellan en kommun och en exploatör för att tillgodose olika stadsplaneringsbehov och olika typer av samverkansavtal eller s.k. förhandlingsplanering är för många kommuner ett viktigt inslag i exploateringsprocessen.

Genom ett eller flera avtal preciseras samarbetet mellan en kommun och en exploatör för att fastställa gemensamma mål eller helt eller delvis reglera parternas rättigheter och skyldigheter i samband med en markexploatering och själva genomförandet av exploateringen. Lite förenklat kan man säga att det i huvudsak handlar om två centrala avtalsmoment vid en markexploatering: ett genomförandeavtal som reglerar förhållandet mellan kommunen och byggherren, t.ex. villkor för fastighetsöverlåtelsen, och entreprenadavtalet som reglerar själva utförandet av exploateringen. För det fall att det rör sig om mark som ursprungligen ägs av ett privat rättssubjekt blir reglerna, till skillnad från när ägaren är ett offentligt rättssubjekt, om offentlig upphandling vanligtvis inte tillämpliga.²⁴

Rätten att sluta genomförandeavtal följer indirekt av det kommunala planmonopolet och de utgångspunkter som finns i plan- och bygglagen (1987:10), PBL, samt lagen (1994:847) om tekniska egenskapskrav på byggnadsverk. Ytterligare grunder av betydelse för kommunens befogenheter att i ett genomförandeavtal kräva exploateringsersättningar i samband med olika typer av infrastrukturförändringar kan hittas i kommunens möjligheter att utkräva va-avgifter enligt lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster, VAL, lagen (1939:608) om enskilda vägar, lagen (1995:1649) om byggande av järnväg, ellagen (1997:857), lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, anläggningslagen (1973:1149) och lagen (1977:439) om kommunal energiplanering. Andra begränsningar kan även följa av till exempel miljöbalken (1998:808), MB, och lagen (1988:950) om kulturminnen.

Vidare bör påminnas om kommunens möjligheter till markåtkomst genom tvångsförvärv – t.ex. i form av äganderätt, nyttjanderätt eller servitut – och den ersättning som i sådana fall skall utgå enligt de bestämmelser som följer av bland annat expropriationslagen (1972:719), fastighetsbildningslagen (1970:988), FBL, och ledningsrättslagen (1973:1144).

Slutligen finns det i sammanhanget även skäl att påminna om lagen om exploateringssamverkan (1987:11), som bland annat ger fastighetsägare möjlighet att i samverkan utföra nödvändiga gemensamma anläggningar, till exempel gator och va-ledningar som sedan skall lämnas över till den huvudman som skall ansvara för driften. Lagstiftningen är emellertid komplicerad och har heller inte ansetts vara ändamålsenlig som plangenomförandeinstrument. Lagen har därför endast tillämpats i ett fåtal fall.²⁵

De frågor som kan bli föremål för reglering genom avtal är bland annat villkoren för marköverlåtelse eller markupplåtelse, vad som skall byggas och när det skall byggas. Vidare kan avtalas vem som skall betala olika exploateringskostnader och vem som skall ansvara för kommunaltekniska anläggningar. Avtalen är vanligtvis kopplade till en detaljplan – antingen en befintlig detaljplan eller genom att avtalet mer eller mindre utgör en förutsättning för att en detaljplan med visst innehåll skall antas och vinna laga kraft. Avtalen kan även användas för att komplettera bestämmelser i detaljplan eller bestämmelser i författningar

²⁴ Se Thomas Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 165.

²⁵ Se SOU 2005:77, s. 582 ff.

som rör genomförandet av bebyggelseexploatering. Med den utformning av detaljplaneförfarandet som följer av PBL är det många gånger en nödvändighet att upprätta ett genomförandeavtal innan ändringen av detaljplanen om exploateringen skall utföras av en privat intressent.

Terminologin är inte konsekvent men som en gemensam term för de olika avtal som förekommer på området kan användas genomförandeavtal. Dessa kan sedan delas in i exploateringsavtal, när byggherren – eller exploatören – äger den aktuella fastigheten eller fastigheterna, och markanvisnings- eller markupplåtelseavtal, när kommunen är ursprunglig ägare till marken men i samband med uppgörelsen också överlåter marken.²⁶

Genomförandeavtalen kan användas som ett komplement till bestämmelserna i detaljplanen och bestämmelserna i de författningar som rör genomförandet. Avtalet kan även utformas som ett styrinstrument för hela genomförandet, från det att detaljplanen antas i kommunen tills dess att den planerade bebyggelsen färdigställts. Genomförandeavtalet kan också begränsas bara till att reglera sådana åtgärder som behövs för att åstadkomma färdig tomtmark.

PBL innehåller inga regler om genomförandeavtal, men frågan om reglering borde ske genom lagstiftning berördes under förarbetena.²⁷ Föredraganden ansåg – i likhet med vad som föreslogs i betänkandet – att användandet av genomförandeavtal inte borde regleras, eftersom det skulle vara mycket svårt att lagtekniskt utforma generella föreskrifter. Sådana allmänt hållna regler ansågs knappast utgöra något effektivt skydd för en motpart utöver det som redan förelåg enligt avtalslagen (1915:218), AvtL.²⁸

Genomförandeavtalen behandlas betydligt mer kortfattat i den senaste översynen av PBL. PBL-kommittén konstaterar att genomförandeavtal regelmässigt ingås mellan kommuner och exploatörer och att det "i olika sammanhang framförts att förutsättningar och innehåll i dessa avtal bör regleras i lag. Den frågan har dock ansetts ligga utanför kommitténs uppdrag."²⁹ Frågan är dock inte mindre komplicerad idag än vad den var för några decennier sedan och den förtjänar en utförlig genomgång, framför allt mot bakgrund av den osäkerhet rörande avtalens innehåll som faktiskt följer av PBL, men också mot bakgrund av det EG-rättsliga regelverket och dess krav på likabehandling och transparens. Den tradition av förhandlingsplanering som vuxit fram under lång tid kan många gånger vara svår att förena med den konkurrensutsättning och det upphandlingsförfarande som gäller för olika infrastrukturprojekt.

2.1.3 Klassiska problem rörande genomförandeavtal

Det har under lång tid och vid ett antal tillfällen ifrågasatts om förhandlingsplanering är laglig och det har framförts kritik mot att lagstiftningen är oklar och inte anpassad till det förfarande som vuxit fram.³⁰ Kritiken har bland annat bestått i det faktum att PBL saknar regler om genomförandeavtal och att kommunens handlingsfrihet på plan- och bygglagens område begränsas av en mängd bestämmelser, inte bara de offentlighetsrättsliga reglerna utan även förfaranderegler i upphandlingslagstiftningen och de

²⁶ Se t.ex. SOU 1994:36, s. 310. Se även Thomas Kalbro, *Markexploatering: Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 165.

²⁷ Se SOU 1979:66, s. 394 f.

²⁸ Se prop. 1985/86:1, s. 228.

²⁹ Se SOU 2005:77, s. 586 f.

³⁰ Se t.ex. Gustafsson & Riberdahl, *Är förhandlingsplanering laglig?*, 1991, s. 208 ff.

begränsningar som följer av avtalslagen (1915:218), AvtL.³¹ Vidare har ofta anförts att den demokratiska processen vid förhandlingsplanering sätts ur spel och att en enskild exploatörs intressen kan komma att prioriteras framför allmänhetens och enskilda sakägares möjligheter att påverka ett planförslag.³²

Av 6 kap. 26 och 30 §§ PBL framgår att det inom områden med detaljplan är kommunen som är huvudman för allmänna platser samt för underhållet av gator och sådana andra allmänna platser som kommunen är huvudman för, till exempel allmänna parker. Enligt 6 kap. 19–22 §§ PBL kan emellertid en kommun, enligt vissa förutsättningar, i genomförandeavtal kräva att exploatör skall avstå mark som behövs för allmän plats. Kommunen har dessutom möjlighet att kräva att exploatören skall bekosta anordningar för vatten och avlopp samt anläggandet av gator och vägar för att sedan utan ersättning överlämna dessa till kommunen om det är "skäligt med hänsyn till den nytta byggherren har av exploateringen". I 6 kap. 31–38 §§ PBL finns regler som gör det möjligt för en kommun att ta ut kostnader för att anlägga eller förbättra gator eller andra allmänna platser från fastighetsägare och boende. Dessa kostnader skall fördelas mellan fastigheterna efter skälig och rättvis grund.

Det är naturligt att en kommun har rätt att genom ett genomförandeavtal erhålla samma prestationer från en exploatör som den har möjlighet att framtvunga genom direkt tillämpning av lag. På samma sätt är det självklart att kommunen till följd av legalitetsprincipen i 1 kap. 1 § 3 st. RF inte har möjlighet att genom ett avtal avvika från vad som regleras i tvingande lagbestämmelser. Vidare gäller generellt för kommunal verksamhet att kommunen, i avsaknad av bestämmelser som uttryckligen stadgar något annat, enligt 2 kap. 2 § KL skall behandla kommunens invånare på ett likartat sätt – likställighetsprincipen. I praktiken betyder det att kommunen måste välja att fördela kostnader för gator och allmänna platser på skattebetalarkollektivet eller på de fastighetsägare – eller boendekollektiv – som är direkt berörda av dem. Den kommunala likställighetsprincipen begränsar därmed, åtminstone teoretiskt, kommunens befogenhet att träffa avtal då hänsyn måste tas till andra ägare av fast egendom i kommunen. Även om en exploatör "frivilligt" skulle samtycka till att betala andra kostnader än vad som stadgas enligt lag eller på ett sätt som sätter likställighetsprincipen ur spel, så strider ett sådant avtal mot legalitetsprincipen, eftersom lagstöd för att kräva det överenskomna beloppet saknas.³³

Även planavgifter och bygglovsavgifter skall enligt 11 kap. PBL tas ut genom den taxa som fastställts i kommunen. I det fall exploatören i ett genomförandeavtal skulle åta sig att betala de faktiska kostnaderna för kommunens planläggning – vilka kan avvika från den taxa som fastställts – skall avgiften reduceras med motsvarande belopp, RÅ 1997 ref. 109.³⁴

Den avgörande skillnaden mellan exploateringsavtal och markanvisningsavtal är alltså att i det första fallet äger den privata parten redan den mark som är föremål för avtalet medan det i det andra fallet är kommunen som ursprungligen äger marken, men som genom avtalet också överläter marken till motparten. I det första fallet ligger därför fokus i huvudsak på själva planarbetet och hur parterna gemensamt kan verka för en för alla inblandade parter attraktiv förändring av detaljplanen. I det andra fallet ingår det i kommunens förhandlingsposition att köparen efter förvärvet skall exploatera det förvärvade marken i enlighet med vad parterna enats om i avtalet. Om förvärvet sker före eller efter en detaljplaneändring är

³¹ Se Tom Madell, Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, 1998.

³² Så framhölls t.ex. i RÅ 2004 not. 61, som rörde rättsprövning av beslut om antagande av detaljplan som hade föregåtts av ett exploateringsavtal med segaren i en anbuds- och arkitektävling, vilken även gavs i uppdrag att utarbeta detaljplanen. RegR fann det inte framgå av omständigheterna att beslutet skulle strida mot någon rättsregel och förklarade att beslutet skulle stå fast.

³³ Se t.ex. RÅ 1968 ref. 8, RÅ 1975 Ab 487 och NJA 1980 s. 1.

³⁴ Jfr även Thomas Kalbro, Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation, 2007, s. 168.

därför i dessa fall vanligtvis av mindre betydelse, även om det givetvis även här finns en mängd olika varianter på avtalskonstruktioner, t.ex. samverkansavtal eller andra typer av mer eller mindre oförpliktande föravtal och avsiktsförklaringar. Man bör dock uppmärksamma att en detaljplanelagd mark ofta har ett högre ekonomiskt värde än ett icke-planlagt område. Om detaljplanearbetet drar ut på tiden, t.ex. på grund av ett överklagande, kan marken vara betydligt mer eller mindre värd än vad det föravtal som slutits mellan parterna anger. I dessa fall bör kanske rekommenderas att den slutliga köpeskillingen inte skall bestämmas förrän köpehandlingen undertecknas.

Det är också viktigt att komma ihåg att reglerna om offentlig upphandling såsom de framgår av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, som regel aktualiseras. När det gäller genomförandeavtal är det nämligen många gånger svårt att se en fastighetsöverlåtelse som något som är fristående från den verksamhet som sedan förväntas bedrivas på fastigheten eller de tjänster som exploitören som en förutsättning för överlåtelsen skall utföra för kommunens räkning. Även om det offentlighetsrättsliga regelverket sätter gränserna för vilka överenskommelser kommunen kan göra och vilka avtal som kan slutas, sätter de bestämmelser som följer av reglerna om offentlig upphandling gränserna för hur kommunen skall gå till väga. Eftersom exploitören/köparen kan sägas utföra något som ligger i kommunens intresse och som kanske kommer att nyttjas av kommunen eller kommunmedlemmarna kan det många gånger därför vara så att kommunen måste låta ett upphandlingsförfarande föregå avtalet.

Även om det går att inom ramen för det nationella regelverket rörande plan- och byggfrågor bestämma gränsen för vilka krav kommunen kan ställa på en exploitör föreligger vissa svårigheter vad gäller att kontrollera efterlevnaden av lagen. Det torde inte vara särskilt vanligt att motparten väcker talan i och med att denne själv har ett starkt ekonomiskt intresse av att exploateringen genomförs.³⁵

2.1.4 La Scala-målet och upphandlingsreglernas inverkan på genomförandeavtal

Milano kommun antog under 1990-talet ett byggnadsutvecklingsprogram under namnet "Projekt Scala 2001". Det innebar bland annat byggandet av den s.k. Bicoccateatern. Enligt ett till programmet bifogat avtal skulle utförandet anförtros privata exploaterare som redan var verksamma i Bicoccaområdet. Enligt avtalet skulle exploitören och markägaren – *Pirelli* – bära angivna utsmyckningskostnader och på egen bekostnad utföra vissa byggarbeten. *Milano Centrale Servizi* – *Pirellis* samarbetspartner – tog sig an själva byggandet av Bicoccateatern. Teatern skulle uppföras mot avdrag på den bygglovsavgift *Pirelli* var skyldig Milano kommun för Bicoccaprojektet. Avdragsmöjligheten stadgas i italiensk plan- och bygglag. Två olika arkitektsammanslutningar begärde i italiensk domstol överprövning av anskaffningen av entreprenadarbetena. Lombardiets administrativa domstol vände sig till EG-domstolen för att utröna om en nationell lagstiftning som tillåter bygglovsinnehavare att utföra en byggentreprenad mot nedsättning av bygglovsavgiften var förenlig med Byggdirektivet.

EG-domstolen slog i mål C-399/98, *La Scala*, fast att det då gällande Byggdirektivet (93/37/EEG) skall tillämpas när en markägare, tillika exploitör, tar sig an ett stadsutvecklingsprojekt mot att den lokala myndigheten medger avdrag på hela eller delar av en bygglovsavgift som annars skulle ha erlagts, något som var möjligt enligt italiensk rätt. EG-domstolen uttalar i målet att de definitioner som görs i

³⁵ Konkurrenterna är i regel också tysta; det finns ju inga garantier för att en domstol dömer i enlighet med överklagandet och varför i så fall riskera att inte komma ifråga nästa gång en exploatering skall genomföras? Se även Thomas Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 171 f.

Byggdirektivet 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 Byggdirektivet.³⁶

Domstolen konstaterade att alla sex rekvisit som anges i artikel 1 a) Byggdirektivet var uppfyllda. Det rörde sig enligt domstolen om ett (1) kontrakt med (2) ekonomiska villkor som slutits (3) skriftligt mellan en (4) leverantör och en (5) upphandlande enhet som syftar till (6) utförande av en byggentreprenad såsom det definieras i Byggdirektivet.

EG-domstolen ansåg bland annat att byggnadsutvecklingsprogrammet och det bifogade avtalet utgjorde tillräcklig grund för att kunna konstatera att ett skriftligt kontrakt existerade. EG-domstolen påtalade att även om direktuppförandet av dylika byggnader regleras i nationell plan- och bygglagstiftning med annat syfte än Byggdirektivet, betyder detta inte att direktivet inte skall tillämpas. EG-domstolen påtalade också att de grundläggande syftena med Byggdirektivet är att konkurrensutsätta tilldelningen av offentliga byggkontrakt. Det var därför inte tillåtet att sluta ett avtal med markägarna om att de skulle utföra vissa infra- och servicestrukturarbeten, utan att för använda sig av ett offentligt upphandlingsförfarande.³⁷

Det måste emellertid sägas föreligga en avsevärd oklarhet i frågan om i vilken utsträckning olika typer av genomförandeavtal i själva verket är en byggentreprenad – eller byggkoncession – som mot bakgrund av mål C-399/98, *La Scala*, skall bli föremål för ett offentligt upphandlingsförfarande. I realiteten är det nog så att de flesta genomförandeavtal innehåller moment som gör att de faktiskt utgör byggentreprenader eller byggkoncessioner i den mening som avses i såväl det tidigare gällande Byggdirektivet som enligt det nu gällande Upphandlingsdirektivet.³⁸ Kommunerna måste därför i de flesta fall använda sig av de regler som gäller för offentlig upphandling eftersom ovan nämnda kriterier torde vara uppfyllda i de allra flesta fallen. I vart fall torde det vara så vid genomförandeavtal som innebär att markägaren eller exploitören skall ombesörja eller bekosta en offentlig angelägenhet och där kommunen anses bidra med någon form av motprestation, t.ex. en utfästelse att mot vederlag och under en viss tid nyttja anläggningen.³⁹ Ett liknande resonemang anförs av Sue Arrowsmith som mot bakgrund av utgången i *La Scala* till och med menar att ett bygglov kan ses som en motprestation som ingår som en del i ett ömsesidigt förpliktande avtal mellan två parter och att reglerna om offentlig upphandling därför i praktiken alltid skall tillämpas på genomförandeavtal.⁴⁰ *La Scala* visar därutöver tydligt att olika avräkningar för utfört arbete på de avgifter som annars skulle ha erlagts talar för att kommunen utgör en motprestation.

³⁶ Se även bland annat NOU info december 2001, s. 16, Svenska kommunförbundets cirkulär 2003:109 samt Pedersen 2005, s. 44 f.

³⁷ Se även Tom Madell, *Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeavtal*, i: *Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna*, Eija Mäkinen (red.), 2005, s. 225–254, samt Tom Madell, *Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig-privata partnerskap?*, i: *Svensk rätt i EU – en antologi*, Örjan Edström (red.), 2007, s. 35–59, och i dessa arbeten anvisad litteratur.

³⁸ Samma slutsats görs för norskt vidkommande, se Forsynings- och administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2006, s. 27 ff.

³⁹ Se även mål C-220/05, *Auroux m.fl.*, där EG-domstolen ytterligare preciserar hur man skall avgöra om det är fråga om ett byggentreprenadkontrakt och hur ett kontrakts värde skall beräknas.

⁴⁰ Se Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, avsnitt 6.203–6.204. Se även NOU 2003:14, s. 156 ff., och Ot.prp. nr. 22 (2004-2005), *Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler)*, s. 28 ff., <http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/regpubl/otprp/20042005/Otprp-nr-22-2004-2005-.html?id=394611>. Det bör nämnas att man i de norska motiven till plan- och bygningsloven diskuterade möjligheterna att uttryckligen skriva in att upphandlingsreglerna inte var tillämpliga vid genomförandeavtal, eftersom ett sådant undantag skulle leda till att avtalsprocessen blev smidiagre. Förslaget ledde dock inte till lagstiftningen eftersom det inte ansågs kunna uteslutas att det stred mot EG-rättens regler om diskriminering. Samtidigt konstaterades att en uttrycklig hänvisning till reglerna om offentlig upphandling var överflödig, eftersom upphandlingsreglernas existens fick antas vara allmänt känd i kommunerna och i byggbranschen.

Det förefaller alltså vara så att ju mer specifika krav en kommun ställer på viss markanvändning – oavsett om det rör sig om idrottsarenor, köpcentra, badhus eller bostäder – och därefter överlåter marken desto mer får detaljplanen en karaktär av upphandling. Rör det sig å andra sidan bara om ett önskemål om att marken skall bebyggas med en viss anläggning kan vara fråga om en traditionell villkorad fastighetsförsäljning som skall ske enligt de villkor som gäller för överlåtelser av mark. I dessa fall blir inte upphandlingsreglerna tillämpliga vid valet av byggherre, däremot skall en upphandling göras om kommunen önskar nyttja de tjänster som kommer att tillhandahållas vid anläggningen.

Gränsdragningen är dock inte enkel att besvara och *La Scala* klargör vidare att nationella regler om myndighetsutövning inte utesluter tillämpningen av EG-direktiven om offentlig upphandling. EG-domstolen anför att den omständigheten att avtalet är ett offentligrättsligt avtal och att det har inslag av myndighetsutövning inte hindrar att det finns ett sådant avtalsförhållande som föreskrivs i artikel 1 a) Byggdirektivet, utan tvärtom talar denna omständighet för detta. Ett avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och entreprenör utgör nämligen i flera medlemsstater ett administrativt avtal, vilket som sådant omfattas av offentlig rätt.

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 Byggdirektivet, 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.

Sveriges Kommuner och Landsting anför i cirkulär 2003:109 – som en kommentar till *La Scala* – att arbeten som avser uppförande av gemensamma anläggningar bör upphandlas i konkurrens. För de fall att de kommunaltekniska arbetena endast skulle kunna utföras av en viss entreprenör skulle ett lämpligt upphandlingsförfarande enligt cirkuläret vara ett så kallat förhandlat upphandlingsförfarande. En sådan situation skulle kunna föreligga för det fall att de gemensamma anläggningarna av en eller annan anledning måste utföras i teknisk samordning med exploatörens egna arbeten. I så fall får ett särskilt avtal upprättas beträffande dessa kommunaltekniska arbeten. Avtalet skulle sedan kunna kombineras med ett exploateringsavtal där dessa arbeten inte ingår. Man bör dock komma ihåg att ett förhandlat förfarande endast utgör ett undantag från de upphandlingsförfaranden som vanligtvis skall tillämpas och att bevisbördan för att det verkligen är fråga om en undantagssituation vilar på kommunen.

För det fall att kommunen äger den mark som skall exploateras förordas i cirkuläret att en anbudstävling genomförs, varvid fastighetsförsäljningen kombineras med en offentlig upphandling av entreprenaden. En annan variant skulle kunna vara att anordna en formgivningstävling i enlighet med upphandlingsreglerna, där tävlingen kan gälla stadsplaneringen.

Dilemmat är att upphandlingslagstiftningen – strikt tolkad i enlighet med *La Scala* – inte är anpassad till de förhållanden som kan uppkomma vid markexploatering. En upphandlingsskyldighet kan i många fall vara svår att efterleva inte minst till följd av det faktum att det kan vara en förutsättning för att kunna genomföra en detaljplaneändring att exploatören kommer in i processen på ett så tidigt stadium som möjligt.

Att märka är även att domstolen i *La Scala*, p. 100, menar att bestämmelserna är uppfyllda om en markägare eller en exploatör själv använder sig av upphandlingsreglerna när den upphandlar exploateringen av området. Med ett sådant synsätt behöver inte själva genomförandeavtalet upphandlas. Det framhålls i cirkuläret att en sådan lösning inte är användbar vid kommunala exploateringar; bortsett från det faktum att det är tveksamt om den tilltänkte exploatören själv kan vara anbudsgivare medför kommunallagens bestämmelser att det inte är möjligt att delegera det kommunala beslutsfattandet till enskild. Ett förfarande där exploatören utesluts från att själv delta i anbudsgivningen torde dock i många fall kunna leda till

negativa ekonomiska konsekvenser för projektet. Vidare faller hela finessen med genomförandeavtalet, eftersom exploatören riskerar att förlora den fördel som kan ligga i att ha helhetsansvaret för de olika delarna i projektet. Ett alternativ kan vara att man inom ramen för genomförandeavtalet mellan kommunen som exploatören, delat upp det så att kommunen sköter upphandlingen. Även om det förvisso kan bli en ganska otymplig lösning skulle exploatören kunna delta i ett öppet och transparent anbudsförfarande som uppfyller de krav som ställs i upphandlingsdirektivet.

Som ett exempel på ett fall när en kommun ansetts kunna lämna över upphandlingen av en byggtreprenad till en privat part kan nämnas RÅ 2004 ref. 48. Karlskrona kommun och ett privat företag hade undertecknat en ramöverenskommelse om att en byggnation av ett idrottscentrum skulle äga rum efter det att kommunen förvärvat det aktuella området. Företaget skulle låta uppföra anläggningarna varefter dessa skulle överlämnas till kommunen. På uppdrag av kommunen skulle bolaget även ombesörja upphandlingen av en byggtreprenad avseende själva uppförandet. Kommunen skulle därefter, med utgångspunkt i de inkomna anbuderna, fatta det slutliga beslutet om entreprenadens igångsättning eftersom slutligt antagande av anbud och projektstart ansågs kräva kommunala beslut avseende såväl bygglov som finansiering. Efter att bolaget meddelat att det på uppdrag av kommunen, efter en som ett öppet förfarande genomförd upphandling, fattat beslut om tilldelning av kontrakt för delentreprenader begärde en leverantör överprövning av beslutet. Kommunen och inte bolaget ansågs inta ställning som part i målet, till följd av att den betalade mer än hälften av kostnaderna för entreprenaden och dessutom hade ett väsentligt inflytande på projektets genomförande. Fallet visar dock att en privat part ansetts kunna utföra själva upphandlingen, även och det slutliga tilldelningsbeslutet måste fattas av kommunen.

Som ett liknande fall från den norska Klagenemnda for offentlige anskaffelser, KOFA, kan nämnas fallet 2003/44, *Hero Mottak og Kompetanse AS/Utlendingsdirektoratet*, som rörde frågan om vem som i realiteten var att anse som uppdragsgivare vid en vid en upphandling om leverans av sängkläder till en flyktingförläggning. Upphandlingen utfördes av ett privat företag som, efter en tidigare upphandling som genomförts av Utlendingsdirektoratet, stod för driften av förläggningen. Upphandlingen hade emellertid inte genomförts i enlighet med bestämmelserna rörande offentlig upphandling. Skälet för detta angavs vara att företaget i egenskap av ett privatägt aktieföretag inte omfattades av reglerna om offentlig upphandling. Klagenemndas majoritet ansåg att Utlendingsdirektoratet var att anse som reell uppdragsgivare, och därmed skyldig att följa reglerna om offentlig upphandling och att även ansvara för att driftsentreprenören följde regelverket. Utlendingsdirektoratet ansågs därmed ha handlat i strid med reglerna om offentlig upphandling.

2.2 Statsstödsreglerna

2.2.1 Artiklarna 87–89 EG

Försäljning av kommunal mark och byggnader till enskilda skall som framgår av tidigare avsnitt göras på marknadsmässiga villkor. Det är inte bara det kommunalrättsliga regelverket som stadgar detta, av artiklarna 87–89 EG följer att försäljningar under marknadsvärdet kan komma att anses utgöra otillåtet statsstöd.⁴¹

Artikel 87.1 EG stadgar (1) att – om inte annat följer av fördraget – stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av offentliga medel, av vilket slag det än är, som (2) snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen

⁴¹ Se även Vårda och skapa konkurrens; Vad krävs för ökad konsumentnytta? Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, s. 199 ff.

genom (3) att gynna vissa företag eller viss produktion, är oförenliga med den gemensamma marknaden i den utsträckning det (4) påverkar handeln mellan medlemsstaterna oavsett det rör sig om varor, tjänster eller kapital. Samtliga fyra villkor måste dock vara uppfyllda för att det skall vara fråga om ett otillåtet statsstöd.

Av artikel 87.2 EG följer att a) stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, b) stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser, samt c) stöd som ges till näringslivet i vissa av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning, kan anses vara förenliga med den gemensamma marknaden.

Av artikel 87.3 EG följer slutligen att även a) stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i fattiga regioner, b) stöd för att främja genomförandet av viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi, c) stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset, d) stöd för att främja kultur och bevara kulturarvet, om sådant stöd inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen inom gemenskapen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset, samt e) stöd av annat slag i enlighet med vad rådet på förslag från kommissionen kan komma att bestämma genom beslut med kvalificerad majoritet, kan anses vara förenliga med den gemensamma marknaden.

För att kontrollera efterlevnaden av bestämmelserna följer av artikel 88.1 EG att Kommissionen i samarbete med medlemsstaterna fortlöpande skall granska alla stödprogram som förekommer i dessa stater och att den skall lämna förslag till de lämpliga åtgärder som krävs med hänsyn till den pågående utvecklingen eller den gemensamma marknads funktion. Vidare stadgas i artikel 88.2 EG att Kommissionen, om den finner att det stöd som lämnats inte är förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 87 EG, eller att sådant stöd missbrukas, skall besluta om att staten i fråga skall upphäva eller ändra dessa stödåtgärder inom den tidsfrist som kommissionen fastställer.

Artikel 88.3 EG är av central betydelse eftersom den stadgar att medlemsstaterna innan de företar en stödåtgärd av det slag som avses i artikel 87 EG skall göra en anmälan till Kommissionen i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder.⁴² Om Kommissionen finner att någon sådan plan inte är förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 87 EG, skall den inleda ett granskningsförfarande enligt artikel 88.2 EG. I så fall får medlemsstaten heller inte genomföra åtgärden förrän Kommissionen fattat ett slutgiltigt beslut i frågan.

Enligt artikel 87.1 EG är det således förbjudet för en medlemsstat att gynna vissa företag eller viss produktion om detta snedvrider eller riskerar att snedvrider konkurrensen i en sådan utsträckning att handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Regeln är tillämplig på såväl statligt stöd som då en kommun eller ett landsting beviljar stöd eller annan insats av ekonomisk natur som innebär fördelar för enskilda företag och verksamheter. Avgörande är att stödet härrör från offentliga medel. Ett otillåtet statsstöd behöver inte bestå i utbetalningar av pengar eller annat sådant direkt gynnande. Det kan även bestå i: (a) bidrag, (b) lån till ränta som understiger marknadspris eller räntebidrag, (c) borgensåtaganden eller andra former av lånegarantier av det allmänna för vilka mottagaren inte betalar marknadsmässigt pris, (d) skattelättnader, underlåtenhet att driva in skatter, avgiftslättnader, (e) nedsättning av sociala avgifter, (f) försäljning av varor eller tjänster från det allmänna till ett pris som understiger marknadspriset, (g) försäljning av fastigheter eller byggnader till underpris, (h) att det allmänna åtar sig att köpa varor eller

⁴² Se http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/forms.cfm, där det finns standardiserade mallar för anmälningsförfarandet.

tjänster till överpris från ett företag (överkompensation), samt (i) investeringar eller kapitalinjektioner som inte är marknadsmässiga.⁴³

Det står alltså klart att artikel 87.1 EG aktualiseras på de kommunala fastighetsöverlåtelser som kan tänkas uppfylla samhandelskriteriet och att det i de flesta fallen blir svårt att åberopa något av de undantag som följer av artiklarna 87.2 och 87.3 EG. Vem som helst har också möjlighet att anmäla ett eventuellt otillåtet statsstöd.⁴⁴

För att det skall vara fråga om ett otillåtet stöd krävs dock att det utgör en ekonomisk fördel som det berörda företaget inte skulle ha fått i sin normala verksamhet. Med en ekonomisk fördel avses inte bara olika typer av bidrag utan exempelvis även en möjlighet att nyttja fast egendom till ett lågt pris eller att få företräde till viss infrastruktur utan att erlägga någon avgift för det. En ytterligare förutsättning för att ett offentligt stöd skall träffas av bestämmelsen är att stödet är selektivt, och på så vis påverkar balansen mellan vissa företag och deras konkurrenter. Alla aktörer som kan anses bedriva konkurrensutsatt verksamhet omfattas av reglerna – oavsett om verksamheten bedrivs med vinstsyfte eller inte.

Medlemsstaterna skall, med undantag av bland annat bestämmelserna i artikel 88.3 EG m.fl. undantag,⁴⁵ som utgångspunkt innan verkställighet anmälda transaktioner som kan tänkas gynna någon enskild till EG-kommissionen för bedömning om dess förenlighet med den gemensamma marknaden.⁴⁶ För att detta skall låta sig göras är det emellertid viktigt att kommunerna även gör en anmälan till regeringen om planerade stöd, något som i enlighet med vad som anförts nedan är mycket ovanligt.

Ett kriterium för tillämpningen av artikel 87.1 EG är emellertid att det så kallade samhandelskriteriet är uppfyllt.⁴⁷ Kravet anses normalt vara uppfyllt då det kan visas att stödmottagaren bedriver ekonomisk verksamhet på en marknad där det förekommer handel mellan medlemsstaterna.

Sveriges Kommuner och Landsting har upprättat ett cirkulär, 2007:8, rörande tillämpningen av EG-rättens statsstödsregler, vid kommuners och landstings försäljning och köp av mark och byggnader. Avsikten med cirkuläret är att dels redogöra för statsstödsreglernas betydelse och tillämpning vid överlåtelser och förvärv av fast egendom, dels ge ett underlag till hur dessa frågor kan hanteras.

I cirkuläret konstateras att kommuner och landsting till följd av kommunallagens utformning för att kunna utforma detaljplaner på ett ändamålsenligt sätt i samband med fastighetsförsäljningar ansetts ha en stor frihet att själva utforma sin prispolitik och därvid tillämpa en politik som innebär att fastigheter försäljs till ett pris som understiger ett förväntat marknadspris, till exempel vid markfördelning ur kommunal tomtkö

⁴³ Se närmare Phedon Nicolaidis, Mihalis Kekeleki, & Philip Buyskes, *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, 2005, s. 17 f.

⁴⁴ Se http://ec.europa.eu/comm/competition/forms/intro_en.html.

⁴⁵ Se exempelvis mål C-280/00, *Altmark Trans*.

⁴⁶ Undantag från det s.k. *stand still*-kravet och notifieringsplikten medges bland annat då stöd utgår för att kompensera ett företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Se Kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, 2005/842/EG.

⁴⁷ Som exempel kan nämnas ett fall där en offentlig myndighet i Storbritannien planerade att bevilja renoveringsstöd till en ägare av en pir. Stödet skulle delvis finansieras av ett privat företag som sedan skulle ansvara för den kommersiella driften och som i detta sammanhang skulle komma att kunna utnyttja det offentliga utrymmet för en symbolisk summa. Kommissionen ansåg att de åtgärder som finansierats genom offentliga medel skulle innebära en fördel för ägaren samt för företaget som skulle ansvara för den kommersiella driften. Kommissionen ansåg emellertid att den berörda åtgärden inte skulle komma att påverka handeln mellan medlemsstaterna. Se ärende N 560/01 och NN 17/02, EGT 5.7.2002.

samt i de fall kommunen genom försäljningen finansierar olika kommunala nyttigheter såsom simhallar och idrottsanläggningar.

Samtidigt konstateras att statsstödsreglerna förbjuder sådant stöd som kan anses konkurrensbegränsande. Enligt artikel 87.1 EG är stöd som på ett eller annat sätt snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden för det fall att det påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Ett sådant exempel på otillåtet statsstöd kan just vara försäljning av offentlig egendom till ett pris som understiger marknadsvärdet eller förvärv till ett pris som överstiger marknadspriset.

Enligt artikel 88.2 EG kan kommissionen inleda ett granskningsförfarande avseende misstänkt statsstöd och efter att ha genomfört granskningen besluta om att staten i fråga skall upphäva eller ändra de ifrågavarande stödåtgärderna inom den tidsfrist kommissionen fastställer. Enligt artikel 14 i förordning 659/1999/EG, skall Kommissionen vid negativa beslut i fall av olagligt statsstöd besluta att den berörda medlemsstaten skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att återkräva stödet från mottagaren. Tanken är alltså att ett företag som förvärvat egendom till underpris skall kunna tvingas att återbetala mellanskillnaden mellan erlagt pris och marknadspris medan säljaren av egendomen oftast går fri från ersättningsskyldighet.

Sveriges Kommuner och Landsting finner i sitt cirkulär att en analys den EG-rättsliga statsstödsaspekten alltid bör föregå en försäljning av offentliga tillgångar eller ett förvärv som sker i förhållande till företag eller som kan komma att gynna viss produktion. Om inte ett villkorslöst anbudsförfarande används vid en försäljning eller om försäljningen inte föregås av en oberoende expertvärdering föreligger en anmälningsplikt till regeringen genom näringsdepartementet.

Avslutningsvis ges i cirkuläret två exempel på försäljningssituationer där en analys av statsstödsreglerna är nödvändig. Som ett led i att tillvarata allmänna intressen kan en kommunal överlåtelse av en fastighet vara förknippad med en mängd reservationer och inskränkningar av förvärvarens möjligheter att fritt förfoga över den förvärvade egendomen. Det kan t.ex. röra sig om en kulturhistoriskt intressant byggnad eller en fastighet där det bedrivs en viss verksamhet och där kommen som ett villkor för överlåtelsen kräver att förvärvaren skall underhålla och vårda byggnaden på ett visst sätt eller att förvärvaren skall fortsätta att bedriva den befintliga verksamheten. Vid den här typen av överlåtelser – vilka till följd av de särskilda villkor som omgärdar överlåtelsen ofta sker till ett pris som är lägre än vad ett normalt marknadspris skulle vara till följd av de åtaganden som förvärvaren åtar sig i köpekontraktet – är det av stor vikt att försäljningen sker på ett öppet, konkurrensneutralt och transparent sätt. Det torde regelmässigt gå att tillämpa ett villkorslöst anbudsförfarande, där kommunens samtliga villkor för försäljningen klart framgår för samtliga intressenter. Skulle kommunen uppställa långtgående krav som en förutsättning för överlåtelsen kan det enligt cirkuläret inte uteslutas att det kan bli fråga om en upphandlingssituation, eftersom det då handlar om att utföra en uppgift för kommunens räkning.

Vad gäller offentliga överlåtelser eller förvärv som görs i samband med nyexploateringar av områden, där kommunen agerar i egenskap av såväl markägare som planläggande myndighet och dessutom är huvudman för gator, allmänna platser och VA-anläggningar m.m., torde försäljningar och förvärv enligt Sveriges Kommuner och Landsting vanligtvis ske till uppskattade marknadsvärden, men på grund av den omfattande grad av komplexitet som ofta kännetecknar exploateringsavtal kan det i praktiken uppstå svårigheter att tillämpa kommissionens principer. I cirkulär 2007:8 rekommenderas därför att en oberoende expertvärdering görs; i vart fall vid större projekt, eller i de fall där det kan antas föreligga motstridiga exploateringsintressen. Risker måste annars anses vara stora för att det kan uppstå en misstanke om att det rör sig om ett otillåtet stöd.

Det kan i sammanhanget finnas skäl att nämna att även kommuner kan bli skadeståndsskyldiga vid överträdelse av art. 88.3 EG i förening med art. 87.1 EG. I de förenade målen C-6/90 och C-9/90, *Francovich*, konstaterade EG-domstolen att en medlemsstat i princip kunde bli skadeståndsskyldig och förpliktas att utge ersättning för skador som den kunde ha orsakat enskilda genom åsidosättande av gemenskapsrätten. Gemenskapsreglernas fulla verkan skulle äventyras och skyddet för de rättigheter som erkänns i dessa skulle försvagas om enskilda inte hade möjlighet att få skadestånd då deras rättigheter har kränkts genom en överträdelse av gemenskapsrätten som kan tillskrivas en medlemsstat. Möjligheten att erhålla skadestånd från en medlemsstat är oundgänglig i synnerhet om gemenskapsreglernas fulla verkan är beroende av att staten vidtar åtgärder och om till följd därav de enskilda i avsaknad av sådana åtgärder inte vid nationella domstolar kan göra gällande de rättigheter som tillkommer dem enligt gemenskapsrätten. En sådan princip var enligt domstolen en väsentlig del av fördragets systematik och nödvändig för att garantera europarättens fulla effektivitet.⁴⁸ Det är viktigt att påpeka att EG-domstolen inte har ställt upp något självständigt krav på att en medlemsstat skall ha förfarit vårdslöst för att skadestånd skall utgå. I de förenade målen C-46/93 och 48/9, *Brasserie och Factortame III*, uttalade domstolen att nationella skadeståndsregler – så länge överträdelsen är tillräckligt klar – inte får göra bedömningen beroende av om de organ som kan tillskrivas överträdelsen agerat uppsåtligt eller vårdslöst.

De nationella domstolarna har dock ansetts kunna undersöka om den skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till förfogande. Med risk för att annars själv behöva stå för skadan skall skadelidande visa en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning.⁴⁹

2.2.2 Svenska regler avseende statsstöd

Den svenska tillämpningen av statsstödsreglerna regleras för kommunernas vidkommande i lag (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler medan återkrav av stöd från statliga myndigheter regleras i förordning (1988:764) om statligt stöd till näringslivet. Den föreliggande rapporten rör dock i huvudsak kommunala förhållanden varför endast lag (1994:1845) kommer att behandlas. I lagens 6 § stadgas att kommuner och landsting är skyldiga att lämna upplysningar till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer om alla former av stöd som planeras och som kan bli föremål för prövning av Kommissionen. Varje fackdepartement har ansvaret för de stödåtgärder som faller inom deras respektive fackområde,⁵⁰ men Näringsdepartementet har den samordnade rollen i

⁴⁸ Se de förenade målen C-6/90 och 9/90, *Francovich*, p. 33 ff.

⁴⁹ Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 84 f. Se även SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling, s. 230 f., där det anförs att en "skadelidande leverantör skall vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada och att han, om han själv försummar det, får bära en motsvarande del av förlusten". Det kan här finnas skäl att påminna om att ett företag som mottagit statligt stöd och som sedermera får betala tillbaka stödet, inte kan gå till domstol med ett skadeståndskrav, t.ex. med åberopande av 3 kap. 2 § eller 3 § skadeståndslagen. Ett företag anses vara skyldigt att känna till statsstödsreglerna och skall därför också avstå från att ta emot stödet. Ett sådant synsätt måste dock till viss del anses vara stötande, eftersom den överlåtande kommunen många gånger måste anses ha minst lika stor del i skulden för att t.ex. en fastighetsvärdering inte gått rätt till, jfr t.ex. det på andra ställen i framställningen behandlade Åre-fallet. Reglernas konstruktion har därför också kritiserats eftersom de visserligen riktar sig mot medlemsstaterna – och att det också är dessa som många gånger bryter mot reglerna – men att det är den som tar emot ett stöd som drabbas av återbetalningsskyldigheten. Se Jeremy Lever, *The EC State Aid Regime: Need for Reform*, i: *The Law of State Aid in the European Union*, red. Biondi, Andrea, Eeckhout, Piet & Flynn, James, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 303–321.

⁵⁰ Vad gäller stöd som rör jordbruks- och fiskepolitik ligger exempelvis samordningsansvaret på Jordbruksdepartementet.

regeringskansliet i förhållande till kommissionen.⁵¹ Sedan lagen trädde i kraft har det endast undantagsvis hänt att en kommun gjort en anmälan om en planerad stödåtgärd.

Skulle det vara så att Kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller EG-domstolen funnit att en kommun eller ett landsting lämnat stöd som står i strid med artikel 87.1 EG, får regeringen enligt 7 § upphäva kommunens eller landstingets beslut att lämna stödet. I fråga om rättelse av verkställighet när ett beslut upphävs gäller 10 kap. 15 § KL, det vill säga rättelsen skall vara möjlig att genomföra. Det torde dock vara så att de begränsade rättelsemöjligheter som föreligger enligt KL inte står sig vid en EG-rättslig bedömning, mål C-5/89, *Kommissionen mot Tyskland*.⁵²

En kommun som säljer en fastighet utan föregående konkurrensutsättning kan alltså komma att bryta mot såväl EG:s statsstödsregler som den EG-rättsliga likabehandlingsprincipen. Problemet är dock inte bara att Sverige saknar uttryckliga regler för hur en kommunal fastighetsförsäljning skall gå till; vi saknar även regler om ett system för hur ett eventuellt återkrav av ett felaktigt utbetalt statsstöd skulle kunna betalas tillbaka och vilken rättslig instans som i så fall skall handha ett sådant förfarande.

2.2.3 Statsstödsreglerna och reglerna om offentlig upphandling

När kommuner – liksom andra organisationer inom den offentliga sektorn – agerar som köpare finns alltså ett specifikt regelverk att falla tillbaka på. Bestämmelserna om offentlig upphandling enligt LOU och LUF anger ett omfattande regelsystem för offentliga inköp där prisbildning via konkurrensutsättning är grundstenen för fördelandet av offentliga kontrakt. Här finns också ett förfarande kring vilka instanser som hanterar oegentligheter i samband med upphandling. Det är värt att notera att det här finns ett samband mellan statsstödsreglerna och upphandlingsreglerna. I korthet kan sägas att 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.

Trots dessa bakomliggande skillnader i regelverken finns ett samband mellan statsstödsreglerna och reglerna om offentlig upphandling och även de förstnämnda torde kunna aktualiseras för det fall att exploateringsavtal slutits med en exklusiv entreprenör utan föregående konkurrensutsättning. Kommissionen har t.ex. som ett verktyg i sin bedömning av om ett otillåtet statsstöd enligt artikel 87.1 EG betalats ut i samband med privatisering av offentlig verksamhet sett till om de krav på öppenhet, transparens och anbuds förfarande som gäller vid offentlig upphandling har följts. Statsstödsreglerna är vidare skilda från de direktivreglerade upphandlingsreglerna och kan alltså komma in som en "andra kontroll" av ett förfarande. Ett avtal som inte följer de regler som skall användas vid en normal kommersiell transaktion – exempelvis felaktig prissättning vid fastighetsförsäljning eller felaktigheter begångna vid offentlig upphandling – kan därför innebära ett brott mot statsstödsreglerna.⁵³

⁵¹ Se även Vårda och skapa konkurrens; Vad krävs för ökad konsumentnytta? Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, s. 199 ff., samt Konkurrensverket, Konkurrensen i Sverige 2006, s. 23.

⁵² Se även SOU 2008:38.

⁵³ Se närmare Andreas Bartosch, The relationship between public procurement and state aid surveillance – the toughest standard applies?, 39 Common Market Law Review [2002], s. 551–576, Jens Hillger, The Award of a Public Contract as State Aid within the Meaning of Article 87(1) EC, 12 Public Procurement Law Review [2003], s. 109–130, Alik Doern, The Interaction between EC Rules on Public Procurement and State Aid, 13 Public Procurement Law Review [2004], s. 97–129, samt Christopher Bovis, Financing Services of General Interest, Public Procurement and State Aids: the Delineation between Market Forces and Protection in the European Common Market, Journal of Business Law, 2005, s. 1–27.

I mål C-94/99, *ARGE*, medförde diverse subventioner att vissa leverantörer kunde ge lägre anbud än de leverantörer som inte hade getts sådana subventioner. I mål T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mot Kommissionen*, fann förstainstansrätten att ett företag som getts ett uppdrag att tillhandahålla tjänster som det egentligen inte finns något behov för, kan utgöra ett otillåtet stöd.

Om upphandlingsreglerna överskridits vid beslutet att tilldela ett kontrakt kan förfarandet i första hand bli föremål för en överprövning i allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 1 § LOU. Som jämförelse kan nämnas ett fall där en kommun avtalat om anskaffning av marknadsföringstjänster utan att ha tillämpat bestämmelserna i LOU trots att så borde ha skett. RegR fann i RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) med hänvisning till EG-domstolens dom i mål C-26/03, *Stadt Halle*,⁵⁴ att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran. Eftersom avtalet innefattade ett ställningstagande från kommunens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita en viss leverantör utgjorde inte den omständigheten att ett avtal redan förelåg något hinder för en överprövning.

Bedömningen kan tänkas bli den samma även vad gäller byggtreprenader, men det kan i vissa fall också vara så att överprövningsmöjligheten är stängd, exempelvis i de fall ett avtal om fastighetsöverlåtelse slutits enligt de formkrav som finns i jordabalken redan slutits och arbeten kan ha påbörjats på ett sätt som gör att det blir svårt att avbryta det pågående projektet.⁵⁵ I så fall återstår enligt LOU endast en prövning i allmän domstol av om en konkurrent som rätteligen skulle ha vunnit kontraktet vid en upphandling har rätt till skadestånd av den upphandlande enheten.

Frågan om en förfördelad konkurrent skulle få skadestånd vid en tvist i allmän domstol enligt 16 kap. 5–6 §§ LOU är i huvudsak av teoretisk karaktär, då det torde bli mycket svårt att bevisa att man skulle ha lämnat ett ekonomiskt mer fördelaktigt anbud i ett läge där det aldrig gjorts någon upphandling och det därför saknas såväl anbuds- som förfrågningsunderlag.⁵⁶ Här kan emellertid statsstödsreglerna aktualiseras, vilket i sin tur

⁵⁴ Stadt Halle hade genom beslut i stadsfullmäktige tilldelat bolaget RPL uppdraget att utarbeta ett projekt avseende förbehandling, återvinning och förstöring av avfall. Samtidigt beslutade Stadt Halle att inleda förhandlingar med RPL om ett kontrakt avseende hantering av stadens restavfall. I inget av fallen hade Stadt Halle genomfört något formellt upphandlingsförfarande. Stadt Halle hävdade vid den nationella domstolen bland annat att den konkurrent till RPL som klagat på att staden inte följt upphandlingsreglerna inte hade talerätt, då staden inte hade inlett ett formellt upphandlingsförfarande. Den nationella domstolen begärde yttrande från EG-domstolen som konstaterade att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjlighet till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande enhets beslut omfattar varje sådant beslut som faller under de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och som kan innebära ett åsidosättande av dessa. Det gäller även beslut som fattats utom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt beslut som avser om upphandlingslagstiftningen skall tillämpas eller inte. Domstolen likställer ett beslut att inte inleda ett upphandlingsförfarande med ett beslut att avsluta en påbörjad upphandling, där domstolen tidigare uttalat att sådana beslut skall kunna överprövas, se mål C-92/00, *Hospital Ingenieure*, p. 37. Se även mål C-15/04, *Koppensteiner*, samt RÅ 2005 ref. 62. Möjligheten att begära överprövning får enligt domstolen inte vara beroende av om upphandlingsförfarandet formellt har nått ett visst stadium, eftersom ett beslut att genomföra en upphandling utan att följa upphandlingslagstiftningen i så fall inte skulle kunna prövas, då någon upphandling aldrig formellt påbörjas. Att tillämpa upphandlingsreglerna eller inte skulle annars bli valfritt för de upphandlande enheterna, C-26/03, *Stadt Halle*. Jfr RegR tidigare inställning i RÅ 2001 ref. 18. Se även Andrea Sundstrand, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, 2006, s. 254 ff. och s. 355 ff.

⁵⁵ Se även mål C-126/03, *Kommissionen mot Tyskland*.

⁵⁶ En kommun hade upphandlat städtjänster utan att dessförinnan ha annonserat upphandlingen eller på annat sätt infordra anbud. Ett konkurrerande företag anförde efter stämning å kommunen att det, om upphandlingen ägt rum på ett korrekt sätt, skulle ha lämnat anbud och därmed haft möjlighet att få uppdraget. Kommunen skulle därmed vara skyldig att utge skadestånd motsvarande den uteblivna vinsten. HD fann i NJA 2000 s. 712 att utredningen i målet inte gav "stöd för att det var sannolikt att [företaget] skulle ha lämnat det lägsta eller ett av de lägsta anbudspriserna för det fall att upphandlingen skulle ha föregåtts av ett anbuds-förfarande". Vidare godtog HD kommunens uttalande om att det ekonomiskt mest fördelaktiga budet och inte lägsta pris skulle ha varit avgörande om ett anbuds-förfarande skulle ha tillämpats. Företaget förmådde därför inte göra sannolikt att det förlorat kontraktet till följd av att något anbuds-förfarande inte föregått upphandlingen och någon ersättning skulle därför inte utgå.

kan medföra att exploatören får betala tillbaka det stöd som denne kan anses ha erhållit till följd av genomförandeavtalet.

2.2.4 Kommissionens meddelande om försäljning av mark och byggnader

För att begränsa det antal transaktioner som kommissionen kan tvingas att undersöka har den utarbetat en allmän vägledning – kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03),⁵⁷ se bilaga 1.

Vägledningen syftar till att beskriva ett enkelt förfarande som ger medlemsstaterna möjlighet att hantera överlåtelse av mark och byggnader på ett sätt som automatiskt utesluter inslag av statligt stöd, att klarlägga vilka typer av överlåtelse av mark och byggnader som bör anmälas till kommissionen för att avgöra om stödet är förenligt med den gemensamma marknaden samt att ge kommissionen möjlighet att snabbt behandla eventuella klagomål avseende eventuella stöd i samband med överlåtelse av mark och byggnader.

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 så kallad auktionstyp – till ett brett urval av tänkbara köpare, där det bästa eller det enda anbudet antas, per definition utgör en försäljning till marknadspris och därför heller inte innebär något statligt stöd. Att försäljningen skall vara villkorlös hindrar dock inte att säljaren kan infoga särskilda överlåtelsevillkor som går ut på att den framtida ägaren skall åta sig särskilda förpliktelser om dessa skyldigheter härrör från allmän inhemsk lagstiftning eller är en följd av beslut av planeringsmyndigheterna – eller baserar sig på beslut som går ut på att skydda och bevara miljö och folkhälsa – till förmån för samhällsnyttan i allmänhet. Om en överlåtelse sker efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbuds förfarande där det bästa eller enda anbudet antas, så utgör det per definition en försäljning till marknadspris och innefattar följaktligen inte statligt stöd.

Det bör poängteras att det inte finns något uttryckligt hinder mot att förutsättningarna för en överlåtelse av ett visst markområde är förenad med olika typer av villkor, t.ex. markområdets framtida användningsområde eller krav på särskild bebyggelse. Det centrala måste vara att alla presumtiva budgivare vet förutsättningarna för överlåtelsen och utifrån det kan göra en rimlig bedömning av värdet.⁵⁸

Som ett alternativ till överlåtelse utan villkorslöst anbuds förfarande anför kommissionen att en oberoende expertvärdering genomförs av en eller flera oberoende värderingsmän före förhandlingarna om överlåtelsen för att fastställa marknadsvärdet 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. En sådan värderingsman bör vara oberoende vid fullgörandet av sina uppgifter, det vill säga offentliga myndigheter bör inte ha rätt att utfärda föreskrifter beträffande resultatet av värderingen. Kommissionen framhåller att statliga värderingsinstitut och tjänstemän och anställda i det allmänna tjänsten kan betraktas som oberoende förutsatt att otillbörlig påverkan på deras resultat på ett effektivt sätt utesluts. Om det är uppenbart att det pris som fastställts av värderingsmannen inte kan erhållas, får en avvikelse på högst 5 % från detta pris anses överensstämma med marknadsvillkoren.

⁵⁷ Se även Kommissionens riktlinjer för statligt stöd för regionala ändamål (EGT 98/C 74/06), ändrade genom 2000/C 258/06.

⁵⁸ Jfr exemplet Sävsjö kommun nedan under avsnitt 5.3.3.

Även vid en oberoende värdering får överlåtelsevillkoren omfatta särskilda förpliktelser som är förbundna med fastigheten för att tillvarata samhällsintresset förutsatt att alla tänkbara köpare är skyldiga och i princip i stånd att uppfylla dem. Det framhålls att den ekonomiska nackdelen av sådan förpliktelse bör utvärderas separat av oberoende värderingsmän och får räknas av mot försäljningspriset. Däremot får inte förpliktelser som åligger alla markägare enligt lag – exempelvis erläggande av skatter och avgifter – räknas av mot anskaffningspriset.

För att kunna tillvarata ett visst samhällsintresse är det alltså viktigt att värderingen – i likhet med om den aktuella marken bjuds ut till försäljning vid en öppen och offentlig auktion – sker mot bakgrund av att fastigheten är begränsad till visst ändamål och inte till det maximala värdet oavsett ändamål. Här blir givetvis den detaljplan som gäller för området eller i de flesta fall den plan som kommunen avser att anta för fastigheten av stor betydelse för värderingen.

Av vägledningen framgår också att medlemsstaterna är skyldiga att göra en anmälan till kommissionen vid alla överlåtelser som inte skett på grundval av ett öppet och villkorslöst anbudsförfarande, där det bästa eller enda anbudet antagits eller som i avsaknad av ett sådant förfarande skett till ett pris som ligger under marknadsvärdet sådant det fastställts av oberoende värderingsmän. Förstainstansrätten gör vidare en närmast identisk bedömning i mål T-274/01, *Valmont Nederland BV*.

2.3 Sammanfattning

Som en generell förutsättning för den kommunala verksamheten följer av 8 kap. 1 § KL att kommunerna skall ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller i form av kommunala bolag. Kommunerna skall enligt 8 kap. 2 § KL också förvalta sina medel på ett sådant sätt att kraven på god avkastning och betryggande säkerhet tillgodoses. Kraven på god ekonomisk hushållning medför också att en kommun vid en fastighetsförsäljning ur kommunallagens perspektiv är skyldig att försöka få ut ett så bra pris som möjligt. Vidare framgår av 2 kap. 8 § 2 st. KL att ett individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare endast får lämnas om det finns synnerliga skäl för det. Såväl förbudet mot individuellt riktade stöd som det generella kravet på god ekonomisk hushållning medför att en kommun vid en fastighetsöverlåtelse i enlighet med KL måste agera på ett sätt som gör att den uppnår en marknadsmässig prissättning och att inte någon näringsidkare gynnas på bekostnad av någon annan.

Även artikel 87.1 EG stadgar att stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av offentliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, är oförenliga med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna oavsett det rör sig om varor, tjänster eller kapital. Samtliga fyra villkor måste dock vara uppfyllda för att det skall vara fråga om ett otillåtet statsstöd.

Kommissionen har utarbetat en allmän vägledning – kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03). Av vägledningen framgår det mest önskvärda alternativet är att en överlåtelse av mark och byggnader äger rum efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbudsförfarande – av s.k. auktionstyp – till ett brett urval av tänkbara köpare, där det bästa eller det enda anbudet antas, per definition utgör en försäljning till marknadspris och därför heller inte innebär något statligt stöd. Som ett alternativ till överlåtelse utan villkorslöst anbudsförfarande anför kommissionen att en oberoende expertvärdering genomförs av en eller flera oberoende värderingsmän före förhandlingarna om överlåtelsen för att fastställa marknadsvärdet 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.

En viktig kommunal uppgift är den lokala detaljplaneringen, där även markägarna, olika intressegrupper och kommunmedlemmar har ett visst inflytande i planprocessen. För att kunna exploatera mark på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt krävs ofta att kommunen på ett eller annat sätt samarbetar med det lokala näringslivet samt berörda fastighetsägare. Samtidigt uppträder kommunen med sina olika organ i en mängd olika skepnader under exploateringsprocessen; markägare, beställare av byggtreprenader, myndighetsutövare, innehavare av ett lagstadgat planmonopol, tillstånds- och tillsynsmyndighet samt avtalspart. Det finns en mängd bestämmelser som reglerar kommunal markexploatering, planering och byggande och de rättsliga förutsättningarna i relationen mellan kommunen och fastighetsägare, exploatörer och entreprenörer. Det har dock under lång tid varit vanligt att samverkans- eller genomförandeavtal ingås mellan en kommun och en exploatör för att tillgodose olika stadsplaneringsbehov och olika typer av samverkansavtal eller s.k. förhandlingsplanering är för många kommuner ett viktigt inslag i exploateringsprocessen.

För det fall kommunen är den ursprungliga ägaren till den mark som skall exploateras och en fastighetsöverlåtelse skall ske aktualiseras därför alltid kommunallagens och EG-fördragets krav på marknadsvärde vid försäljningen. Om det dessutom rör sig om en markexploatering aktualiseras även reglerna om offentlig upphandling. När det gäller genomförandeavtal är det nämligen många gånger 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 skall utföra för kommunens räkning. Även om det offentligrättsliga regelverket sätter gränserna för vilka överenskommelser kommunen kan göra och vilka avtal som kan slutas, sätter de bestämmelser som följer av reglerna om offentlig upphandling gränserna för hur kommunen skall gå till väga. Eftersom exploatören/köparen kan sägas utföra något som ligger i kommunens intresse och som kanske kommer att nyttjas av kommunen eller kommunmedlemmarna kan det många gånger därför vara så att kommunen måste låta ett upphandlingsförfarande föregå avtalet. EG-domstolen slog t.ex. i mål C-399/98, *La Scala*, fast att det då gällande Byggdirektivet (93/37/EEG) skall 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, något som var möjligt enligt italiensk rätt. EG-domstolen uttalar i målet att de definitioner som görs i Byggdirektivet 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 Byggdirektivet.

3 Klaven – juridiska förutsättningar vid offentlig upphandling

I förhållande till försäljning av offentliga tillgångar är offentliga inköp är tydligare reglerade via lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Grundprincipen för offentlig upphandling är konkurrensutsättning i syfte att fastställa pris och tilldela kontrakt. Med offentlig upphandling avses enligt 2 kap. 13 § LOU de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt (transparent). Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.

Konkurrensutsättningen sker genom att offentliga inköp avseende leverans av varor eller tjänster annonseras i ett så kallat förfrågningsunderlag. I förfrågningsunderlaget specificeras modellen för konkurrensutsättningen. I huvudsak tillämpas slutna budgivning, vilket i korthet innebär att intresserade leverantörer lämnar in ett förseglat anbud i vilket pris och andra för tilldelningen på förhand specificerade faktorer för tilldelning presenteras. I förfrågningsunderlaget måste upphandlande myndighet specificera vad inköpet avser och vad som kommer att vara avgörande för vem som får kontraktet. Det senare innebär att upphandlande myndighet måste lista vilka faktorer som är avgörande för tilldelning och hur dessa faktorer värderas (prioriteras) i förhållande till varandra. I princip handlar det om pris kontra kvalitativa och miljömässiga faktorer. I samband med upphandlingen kan upphandlande myndighet välja mellan olika upphandlingsförfaranden. Dessa skiljer sig dels i den dimensionen att olika förfaranden tillämpas beroende på hur stor upphandlingen är, det vill säga vilka värden den förväntas omsätta, dels med avseende på att begränsa konkurrensen genom att tillämpa ett förfarande där endast inbjudna leverantörer får inkomma med anbud. De olika upphandlingsförfarandena presenteras nedan och i nästa kapitel diskuteras principer för konkurrensutsättning via anbuds förfarande utifrån ett nationalekonomiskt perspektiv.

3.1 Upphandlingsförfaranden över tröskelvärdena

3.1.1 Tröskelvärdena

Bestämmelserna om tröskelvärden återfinns i 3 kap. LOU. Överstiger värdet av det upphandlade föremålet det tröskelvärde som gäller i det särskilda fallet följer vissa särskilda regler, bland annat skall annonsering ske i europeiska gemenskapernas tidning, EGT, och via databasen Tenders Electronic Daily, TED. För upphandling över tröskelvärdena kan för svenskt vidkommande än så länge fyra olika upphandlingsförfaranden tillämpas: öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering. Vidare har ett femte förfarande föreslagits; konkurrenspräglad dialog.

3.1.2 Öppet förfarande

Öppet förfarande innebär såväl enligt de gamla reglerna som enligt 4 kap. 1 § LOU en upphandling med annonseringsskyldighet där alla potentiella och intresserade leverantörer får lämna anbud. Förfarandet består då av infordrande av anbud varefter de ställda kraven på leverantören och upphandlingsföremålet prövas. Öppet förfarande är, i likhet med selektivt förfarande, huvudregeln vid upphandlingar över tröskelvärdena.

3.1.3 Selektivt förfarande

Ett selektivt förfarande innebär ett tvåstegsförfarande och består först av en skyldighet att annonsera för intresseanmälan. Ett urval görs därefter i enlighet med de krav som ställts på leverantören. Av de leverantörer som antar inbjudan väljs ett antal ut som uppfyller de kvalifikationskrav den upphandlande enheten uppställt. Efter urvalet sker en inbjudan till de utvalda leverantörerna att avge anbud. Dessa får sedan, om de vill, lämna anbud.

Ett selektivt förfarande är i huvudsak ett praktiskt motiverat förvarande för att slippa hantera en stor mängd anbud. Väljs det selektiva förfarandet inom den klassiska sektorn får antalet anbudsgivare, som kommer att inbjudas till att lämna anbud begränsas.

3.1.4 Förhandlat förfarande med föregående annonsering

Förhandlat förfarande med föregående annonsering regleras i 4 kap. 2–4 §§ LOU. Även här bjuder den upphandlande enheten in ett visst antal leverantörer varefter upphandlande myndighet tar upp förhandling med en eller flera anbudsgivare. Ett förhandlat förfarande går alltså i stort sett till på samma sätt som vid ett selektivt förfarande, men antagande av anbud sker först efter förhandling med en eller flera tänkbara leverantörer. Upphandlingsförfarandet får endast användas i vissa fall och under särskilda omständigheter.

Utgångspunkten är enligt 4 kap. 2 § LOU att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering bara får användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller av andra skäl inte kan godtas, under förutsättning att (a) avtalsvillkoren i förhållande till den föregående upphandlingsomgången inte ändras på något väsentligt sätt, (b) det som skall upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det i vissa undantagsfall inte går att ange något totalpris i förväg, (c) det rör sig om finansiella – till exempel försäkrings-, bank- och investeringstjänster – och intellektuella tjänster – exempelvis projektering av anläggningar – där det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller (d) det rör sig om en byggtreprenad, som endast har forsknings-, provnings-, eller utvecklingsändamål och som inte syftar till att nå lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, dvs. det som upphandlas får inte vara avsett att användas i ekonomiska syften.

3.1.5 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Upphandlande myndighet får i vissa fall enligt 4 kap. 5 § LOU använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt. Som skäl för att använda ett förfarande utan föregående annonsering krävs att: (a) det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats in några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren kvarstår, (b) det som skall upphandlas, av tekniska, konstnärliga eller upphovsrättsliga skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör, eller (c) om synnerlig och oförutsebar brådska gör att det är omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vid ett förhandlat förfarande krävs vanligen att minst tre anbudsgivare deltar, förutsatt att det finns så många lämpliga deltagare.

Enligt 4 kap. 8 § 1 st. LOU gäller vissa särskilda regler vid tilldelning av kontrakt som avser kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller ingår i det ursprungliga kontraktet om (a) kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet skall

kunna fullgöras, (b) de skall utföras av den ursprungliga leverantören, (c) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller (d) de kan avskiljas och är absolut nödvändiga för att kontraktet skall kunna fullföljas. Vad gäller nya byggtreprenader eller tjänster som är en upprepning av tidigare byggtreprenader eller tjänster under förutsättning får förfarandet användas förutsatt att (a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande, (b) att arbetena tilldelas samma leverantör, (c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet, (d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., samt (e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Det är dock viktigt att komma ihåg att det sammanlagda värdet av kontraktet enligt 4 kap. 8 § 2 st. LOU inte får överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde och att förfarandet enligt 4 kap. 8 § 3 st. LOU endast får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

I 4 kap. 9 § LOU finns också en bestämmelse som säger att man får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det rör sig om tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt som följer på en projekttävling som anordnats enligt 14 kap. LOU, under förutsättning att kontraktet enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren av tävlingen.

Som ett exempel på när ett förhandlat förfarande inte får användas utan föregående annonsering inom ramen för försörjningsdirektivet kan nämnas mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*. Det offentliga företaget *DEI* hade tilldelat en leverantör ett kontrakt avseende konstruktionen av ett transportbandsystem för värmekraftverket *Megalopolis*. Som skäl angavs att man haft rätt att göra så eftersom endast den valde leverantören kunde utföra de aktuella arbetena med hänsyn dels till de särskilda egenskaperna hos den produkt som skulle transporteras och den underliggande jorden i området, dels till att det var nödvändigt att koppla samman transportbanden med de redan befintliga. Vidare hävdades att det var mycket brådskande.

EG-domstolen inledde med att påminna om att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är en undantagsbestämmelse som skall tolkas strikt samt att den som vill tillämpa ett sådant förfarande också har bevisbördan för att undantagsbestämmelserna är tillämpliga. EG-domstolen ansåg att den grekiska regeringen inte på ett övertygande sätt visat att de aktuella arbetena på grund av tekniska skäl endast kunnat utföras av den valda leverantören. Inga av de åberopade omständigheterna visade att den valda leverantören var det enda företag i gemenskapen som hade nödvändiga kunskaper för att kunna utföra de aktuella arbetena. Inte heller kunde man påvisa synnerlig brådskande till följd av någon omständighet som inte kunnat förutses. Grekland hade alltså underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet.

Som ett annat exempel kan nämnas mål C-84/03 *Kommissionen mot Spanien*, där EG-domstolen fann att Spanien inte införlivat direktiven på rätt sätt eftersom det inte tillräckligt tydligt framgick att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är en undantagsbestämmelse och att det heller inte framgick att en viktig förutsättning var att de ursprungliga villkoren inte ändrades.

3.1.6 Några kommentarer

Ur ett juridiskt perspektiv kan alltså flera alternativa upphandlingsförfaranden väljas. Vid valet av upphandlingssätt bör antalet potentiella anbudsgivare beaktas. Förväntas ett stort antal leverantörer vilja ge anbud skall valet av ett öppet förfarande vägas mot administrativa kostnader av att hantera ett stort antal

anbud (Lundberg, 2005). Om upphandlande myndighet har god kännedom om marknaden och dess aktörer och hur många och vilka av dessa som kan komma att lämna konkurrenskraftiga anbud kan ett selektivt eller förhandlat förfarande vara att föredra. Ur ett ekonomiskt perspektiv handlar det om att bjuda in ett tillräckligt stort antal anbudsgivare för att effekten på priset av ytterligare en anbudsgivare skall vara försumbar eller noll (Gupta, 2002). Men, det är förstås inte bara viktigt att bjuda in rätt antal anbudsgivare – det är också ur kvalitetssynpunkt viktigt att bjuda in rätt anbudsgivare.

I mål C-87/94, *Kommissionen mot Belgien*, påpekar EG-domstolen att upphandlingsdirektiven kan ge den upphandlande myndigheten en viss valmöjlighet då det gäller upphandlingsform. Men när väl en inbjudan att lämna anbud under en visst upphandlingsförfarande har gått ut till potentiella leverantörer, är den upphandlande enheten tvungen att följa de regler som gäller för detta förfarande. Detta gäller till dess att upphandlingen avslutats. Den upphandlande enheten får alltså inte byta upphandlingsförfarande hur som helst.

Principen att upphandlingsformen inte får ändras hur som helst bör även gälla för de fall då den upphandlande enheten valt upphandlings sätt, och skrivit detta i det förfrågningsunderlag, som skickats ut till anbudsgivare. Valet av vilken upphandlingsform som skall tillämpas avgörs med hänsyn till kravet på affärsmässighet, konkurrensförutsättningar och upphandlingens art och omfattning.

3.2 Konkurrenspräglad dialog

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 enheten får använda sig av en så kallad konkurrenspräglad dialog i stället för ett öppet eller ett selektivt förfarande vid särskilt komplicerade kontrakt, det vill säga 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 – till exempel om det inte är möjligt att i de tekniska specifikationerna ange vad som krävs för att tillgodose den upphandlande enhetens behov. Även om den konkurrenspräglade dialogen kan erbjuda ett alternativ till ett förhandlat upphandlingsförfarande överlappar bestämmelserna om olika upphandlingsförfaranden till viss del varandra och möjligheterna till att använda en konkurrenspräglad dialog begränsas också av andra regler i byggdirektivet (2004/18/EG). Utformningen av reglerna har därför mötts av en viss kritik.⁵⁹

Av definitionen i artikel 1(11)(c) framgår att en konkurrenspräglad dialog innebär "ett förfarande som varje ekonomisk aktör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har inbjudits att delta i detta förfarande, för att nå fram till en eller flera lösningar som

⁵⁹ Se t.ex. Adrian Brown, *The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil you know?* 13 *Public Procurement Law Review* [2004], s. 160–177, Kai Krüger, *Ban-On-Negotiations in Tender Procedures: Undermining Best Value for Money?* 4 *Journal of Public Procurement* [2004], s. 397–436, Steen Treumer, *Competitive dialogue*, 13 *Public Procurement Law Review* [2004], s. 178–186, Simon Evers Hjelmsborg m.fl., *EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder*, 2005, s. 225–232, John Hane, *De nya upphandlingsdirektiven*, ERT 2005, s. 67–72, Anne Rubach-Larsen, *Competitive Dialogue, i: The New EU Public Procurement Directives*, Ruth Nielsen & Steen Treumer (red.), 2005, s. 67–79, Michael Steinicke, *Konkurrencepræget dialog – præsentation af en ny bestemmelse i udbudsreglerne*, i: *Juridiske emner ved Syddansk Universitet* 2005, Hans Viggo Godsk Pedersen (red.), 2005, s. 273–286, samt Christopher Bovis, *Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future*, 12 *Columbia Journal of European Law* [2005–06], s. 122.

kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena inbjuds att lämna”.

Enligt artikel 29 skall den upphandlande enheten offentliggöra ett meddelande om upphandling där den anger sina behov och krav. Efter att den upphandlande enheten valt ut anbudssökande enligt bestämmelserna i artiklarna 44–52 skall denne inleda en dialog med dessa, där dialogens syfte skall vara att identifiera och definiera hur behoven bäst skall kunna tillgodoses. Efter att ha identifierat och jämfört de lösningar som framkommit genom dialogen, skall den upphandlande enheten därefter uppmana anbudssökandena att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av de faktorer och lösningar som specificerats under dialogen.

3.2.1 Särskilt komplicerade kontrakt

Konkurrenspräglad dialog får endast användas för upphandling av särskilt komplicerade kontrakt där öppet eller selektiv upphandling inte medger tilldelning av kontrakt, artikel 29(1). Ett kontrakt anses vara särskilt komplicerat om den upphandlande myndigheten inte kan ”definiera de prestanda- eller funktionskrav... som kan tillgodose myndighetens behov” eller ”ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt”.

Vad gäller utformningen av förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar framgår av artikel 23 hur de tekniska specifikationerna skall vara preciserade. Med avseende på konkurrenspräglad dialog blir särskilt artikel 23(3)(b, c och d) av betydelse. Med tanke på den osäkerhet som finns om det slutliga resultatet av OPP innan man inlett en dialog med tilltänkta exploatörer är det svårt att kunna precisera de parametrar i form av prestanda eller funktionskrav som vanligen krävs.

Slutligen finns en svårhanterad begränsning i direktivets beaktandesats 31. Där stadgas nämligen något kryptiskt att upphandlande myndigheter som genomför särskilt komplicerade projekt objektivt sett kan vara oförmögna att specificera vilka medel som kan tillgodose deras behov eller bedöma vad marknaden kan erbjuda i form av tekniska eller finansiella och rättsliga lösningar. Det centrala är att konkurrensen inte snedvrids eller begränsas och att inte de grundläggande delarna av anbudet ändras till nackdel för den som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som exempel på områden där det kan bli aktuellt att använda sig av en konkurrenspräglad dialog nämns ”genomförandet av större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga uppläggning inte kan fastställas i förväg”. Om ovan nämnda kriterier är uppfyllda måste det anses vara fråga om ”ett särskilt komplicerat kontrakt”.

Även förfarandet vid en konkurrenspräglad dialog är ganska komplicerat och innehåller i huvudsak tre inledande faser; annonsering, artikel 29(2), urvals förfarande, artiklarna 44–52, och själva dialogfasen, artikel 29(3). Därefter följer fyra steg innan kontraktet slutligen tilldelas en vinnande anbudsgivare. Till att börja med måste den upphandlande enheten begära in anbud från de kandidater som deltagit i dialogfasen, artikel 44(4). Därefter måste anbudet rangordnas, artikel 29(6), och ett vinnande anbud måste utses i enlighet med de kriterier som ställts upp i förfrågningsunderlaget, artikel 29(7). Slutligen måste den vinnande anbudsgivaren tillhandahålla de ytterligare uppgifter som kan krävas, artikel 29(7).

I SOU 2006:28 förslås genom utförliga regler i 5 kap. 2 a–2 l §§ LOU att möjligheterna till en konkurrenspräglad dialog införs även i svensk rätt. De föreslagna reglerna återanknyter i huvudsak till direktivtexten.

3.2.2 Annonsering

En konkurrenspräglad dialog inleds genom att den upphandlande myndigheten i en annons uppmanar leverantörer att anmäla sitt intresse att få delta i dialogen, artikel 29(2). I annonsen eller ett "beskrivande dokument" skall myndigheten tydligt och objektivt ange vad man vill göra eller vilka resultat den upphandlande enheten vill uppnå, artikel 29(8). Det beskrivande dokumentet kan, till skillnad från en kravspecifikation, beskriva alternativa tänkbara lösningar. Man kan till exempel skriva att man vill ha ett större och modernare fotbollsstadium och att detta kan tillgodoses på olika sätt, som att den befintliga arenan byggs om eller att det byggs en helt ny arena. Man kan också öppna upp för att arenan även kan inkludera andra attraktioner eller funktioner och att ett kontrakt kan innebära andra motprestationer än rent pekuniära, som till exempel rätt att exploatera annan mark.

Beskrivningen av kontraktsföremålet behöver alltså inte vara lika preciserad i en konkurrenspräglad dialog. Men det finns naturligtvis ramar även här. Upphandlande myndighet kan inte annonsera om att man vill bygga ett äventyrsbad och under dialogen ändra detta till en motorväg.

I annonsen eller det beskrivande dokumentet måste den upphandlande myndigheten heller inte ha bestämt sig för om man skall ingå ett traditionellt entreprenadkontrakt eller en byggkoncession. I den här fasen får den upphandlande enheten anlita rådgivare för att få hjälp att utforma diverse tekniska kravspecifikationer, så länge inte rådgivningen kan tänkas ge någon av de presumtiva anbudsgivarna ett en fördel.

3.2.3 Urvalsförfarandet

Bland de leverantörer som anmäler sitt intresse att delta i upphandlingen väljer därefter den upphandlande enheten ut ett antal som uppfyller de minimikrav som ställts på leverantörerna i enlighet med de grundläggande förutsättningar som följer av artiklarna 44–52. Direktivet stadgar inget minimiantal, men i likhet med vad som generellt gäller vid offentlig upphandling skall antalet utvalda anbudsgivare uppgå till minst tre, under förutsättning att det finns minst tre som uppfyller minimikraven på ekonomisk och teknisk kapacitet. Den omständigheten att det inte finns så många sökanden innebär dock inte att upphandlingen måste avbrytas. Vid stora infrastrukturprojekt med stora krav på privat finansiering kan det ju faktiskt vara så att det i realiteten inte finns så många kandidater att välja mellan.

För det fall att det finns leverantörer som inte väljs ut att delta i dialogen skall dessa snarast möjligt skriftligen underrättas om att de inte valts ut och skälen för detta.

3.2.4 Dialogen

När urvalet är klart inbjuder den upphandlande myndigheten de leverantörer som kvalificerat sig att delta i dialogen, artikel 29(3) och artikel 40. Det är just möjligheten att föra en dialog med leverantörer på ett tidigt stadium, det vill säga innan den upphandlande myndigheten närmare har bestämt sig för vad man vill ha och innan det finns några anbud, som gör upphandlingsformen speciell. En konkurrenspräglad dialog innebär att myndigheten på ett objektivt och ickediskriminerande sätt får diskutera alla relevanta aspekter av projektet med de utvalda leverantörerna.

Dialogen utgår från det eller de förslag till lösning som leverantören presenterar under dialogen. Under dialogen får parterna behandla alla relevanta aspekter, inte bara teknisk utformning utan också priser, paketslösningar och eventuella riskfördelningar. Under dialogen bestämmer sig den upphandlande enheten

för vilken lösning den vill ha och också om avtalet skall vara ett entreprenadkontrakt eller en byggkoncession.

Av 5:2 f lagförslaget följer att den upphandlande myndigheten under dialogen skall se till att leverantörerna behandlas lika och att särskilt beakta att upplysningar inte lämnas ut på ett sådant sätt att vissa leverantörer gynnas i förhållande till andra. Ett centralt moment i dialogfasen är att dialogen förs i enrum med varje deltagare och att dessa ges samma information, t.ex. tekniska specifikationer eller andra viktiga grundförutsättningar för projektet. Det är också viktigt att såväl den upphandlande enheten som de olika anbudsgivarna följer de riktlinjer som fanns i annonsen eller i de "beskrivande dokument" som upprättats innan upphandlingen inleddes. Den upphandlande myndigheten får heller inte utan samtycke avslöja en viss deltagares lösning eller annan konfidentiell information för de andra deltagarna, artikel 29(3). Om samtycke lämnas kan en lösning dock bli föremål för allmän diskussion. Informationen till intressenterna skall med andra ord vara symmetrisk.

Det kommer alltså att finnas ett särskilt skydd för affärshemligheter som en leverantör lämnar ut under den konkurrenspräglade dialogen. Detta skydd är särskilt viktigt om affärshemligheten inte skulle skyddas av patent eller upphovsrätt. I svensk lagstiftning finns det dock en lag om skydd för företagshemligheter. Lagskydd för affärshemligheter innebär att upphandlande myndighet och leverantör kan föra en öppen dialog utan rädsla för att vad Kommissionen kallar för "*Cherry-picking*", det vill säga att den upphandlande myndigheten plockar godbitarna ur de olika förslagen.

Den upphandlande myndigheten fortsätter dialogen så länge som detta behövs. Eftersom utrymmet att förhandla är begränsat när väl anbud har lämnats är det viktigt att inte avsluta dialogen för tidigt. I princip skall alla frågetecken vara uttraderade och alla viktiga detaljer utredda, till exempel omfattning, utförande, prisbild, riskfördelning vara bestämt innan den upphandlande myndigheten avslutar dialogen. Den upphandlande myndigheten skall då informera de kvarvarande deltagarna om att dialogen är avslutad och uppmana dem om att lämna in sina slutliga anbud mot bakgrund av den lösning eller de lösningar som preciserats under dialogen, artikel 29(6).

Anbuden skall prövas enligt utvärderingsgrunden "det ekonomiskt mest fördelaktiga" – det är alltså inte tillåtet att använda utvärderingsgrunden "lägsta pris" i en konkurrenspräglad dialog, artikel 53. Utvärderingskriterierna skall dessutom redan ha angivits i annonsen och eller det beskrivande dokumentet. Den upphandlande myndigheten måste alltså redan i annonsen ha bestämt sig för vilka utvärderingskriterier man vill använda i utvärderingen av anbuden trots att man då inte vet vilket upplägg man kommer att begära in anbud på.

Efter att dialogen avslutats – enligt förutsättningarna i 5:2 h lagförslaget – skall de deltagande leverantörerna enligt 5:2 i lagförslaget uppmanas att lämna slutgiltiga anbud på grundval av de lösningar som lagts fram och preciserats under dialogen, artikel 44(4). Dessa skall vara minst tre till antalet, förutsatt att det finns så många anbudsgivare. Utseendet av det vinnande anbudet måste ske i enlighet med vad som angavs i annonsen, artikel 29(6). Slutligen måste den vinnande anbudsgivaren lämna de ytterligare uppgifter eller klagöranden som det kan finnas behov för, artikel 29(7).

3.2.5 Successiva steg

Vidare sägs bland annat i beaktandesats 41 och artikel 29(4) att den upphandlande myndigheten bör tillåtas att genomföra upphandlingen i successiva steg. Den upphandlande myndigheten kan bestämma att dialogen skall genomföras i successiva steg. Det innebär att antalet leverantörer som deltar successivt

reduceras vartefter deras lösningar bedöms inte längre vara intressanta. En förutsättning för att få föra dialogen i successiva steg är att detta angetts i annonsen. Den upphandlande myndigheten är också skyldig att snarast möjligt skriftligen underrätta en leverantör om att dennes lösning har uteslutits och om skälen för detta.

En poäng med möjligheten att successivt utesluta lösningar som inte är intressanta är att den upphandlande myndigheten på detta sätt kan renodla anbudsfasen så att anbudena avser samma slag av lösning. Man undviker därmed att i anbudsutvärderingen behöva jämföra äpplen med päron.

3.2.6 Klarlägganden, preciseringar och finjusteringar av anbud

Av 5:2 j lagförslaget framgår en viktig punkt, nämligen att "[d]en upphandlande myndigheten kan anmoda en deltagande leverantör att klarlägga, precisera och finjustera sitt anbud. Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte innebära att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det påverkar konkurrensen eller leder till diskriminering."

När väl anbudena har lämnats finns det endast begränsade möjligheter att ändra anbudena. Den upphandlande myndigheten har då ingen rätt att förhandla med anbudsgivarna utan endast anmoda dem att "klarlägga, precisera och finjustera" sina anbud.

I 5:2 k lagförslaget stadgas vidare att den upphandlande myndigheten "kan anmoda den leverantör som blivit vald att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som angetts i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering."

Det finns dock vissa problem vad gäller innebörden i att precisera innehållet i anbudet. Huvudsaken torde vara att de justeringar eller preciseringar som görs, inte strider mot eller förändrar innebörden av vad som följer av annons och förfrågningsunderlag på ett sätt som gör att konkurrenterna diskrimineras.⁶⁰

3.2.7 Överprövning

Det kommer naturligtvis att vara möjligt för leverantörer att överpröva en konkurrenspräglad dialog. Upphandlingsutredningen ser några beslut som är särskilt kritiska ur ett överprövningsperspektiv:

1. Beslutet att använda upphandlingsformen "konkurrenspräglad dialog". Förutsättningen för att använda konkurrenspräglad dialog är ju att det är fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt och att den upphandlande myndigheten inte anser att användningen av öppen eller selektiv upphandling inte kan tillämpas.
2. Urvalet. Beslutet att välja ut vissa leverantörer men inte andra till dialogen är naturligtvis kontroversiellt särskilt för den leverantör som inte väljs ut.
3. Beslut att utesluta en lösning under dialogen om denna förs i successiva steg. Om en deltagande leverantör endast föreslagit en lösning innebär en uteslutning av dennes lösning att också leverantören utesluts från den fortsatta dialogen.

⁶⁰ Se även Christopher Bovis, *The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships*, 1 EPPPL [2006], s. 15 f.

4. Beslutet att avsluta dialogen. En leverantör kan anse att dennes lösning inte har diskuterats klart och att han därför inte har blivit likabehandlad. Ett bra sätt att undvika en sådan situation är att vara överens med leverantören om att dialogen kan avslutas.
5. Beslut att låta leverantören ändra sitt anbud om detta går utöver vad som anges i lagen.
6. Val av anbud och leverantör (tilldelningsbeslutet)

Risken är att reglerna om en konkurrenspräglad dialog kan bli svårtillämpade som ett alternativ vad gäller upphandling av genomförandeavtal, med de relativt komplicerade tekniska specifikationer och individuella lösningar som kan aktualiseras i det enskilda fallet. Området för en tillämpning av konkurrenspräglad dialog förefaller också vara något bredare i den grönbok som EG-kommissionen presenterade någon månad efter det att direktivet slutgiltigt lagts fram än vad som följer av direktivet. Där anges bland annat att ett syfte med bestämmelsen var att öppna upp möjligheterna för OPP, men det svenska förslaget verkar inte i någon större omfattning ha påverkats av grönboken.⁶¹ Det är dock viktigt att framhålla det är frivilligt för medlemsstaterna att införa reglerna om konkurrenspräglad dialog och att Sverige ännu inte har infört dem – innan dess går förfarandet därför heller inte att tillämpa i Sverige.

3.3 Byggkoncessioner

I 13 kap. LOU återfinns regler om koncessioner. Dessa bygger på de särskilda bestämmelser om koncessioner avseende byggtreprenader som finns i artiklarna 56–65 Upphandlingsdirektivet 2004/18/EG.⁶² Byggkoncessioner definieras i artikel 1.3 respektive 2 kap. 4 § LOU som ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenadkontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av rätten att utnyttja anläggningen. Däremot sägs inget om vad en byggkoncession typiskt sätt skall innehålla. Värdet av koncessionen skall dock enligt 13 kap. 1 § LOU beräknas enligt de regler för byggtreprenader som gäller enligt 3 kap. 3–5, 7 och 8 §§ LOU.

Underentreprenader regleras i 13 kap. 4 § LOU där det stadgas att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget får ange som villkor (1) att den som ansöker om att tilldelas en koncession skall lägga ut minst 30 % av kontraktsvärdet på tredje man, med möjlighet för de sökande att öka denna andel, eller (2) att sökandena i sina anbud anger hur stor andel av koncessionens totala värde som de avser att lägga ut på tredje man.

I 13 kap. 5 § LOU stadgas om den som tilldelas en byggkoncession inte är en upphandlande myndighet, skall kontraktet innehålla villkor om att koncessionshavaren, om denne avser att tilldela tredje man ett byggtreprenadkontrakt, som uppgår till tröskelvärdet skall annonsering av upphandlingen göras, för så vitt en upphandlande myndighet enligt 4 kap. 5 eller 8 § LOU har möjlighet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

⁶¹ Se Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig (30.4.2004), bl.a. p. 13 och p. 25–27.

⁶² Se SOU 2005:22.

När det gäller olika typ av genomförandeavtal skulle man alltså i många fall kunna se upplägget som en tilldelning av en byggkoncession. Oavsett det handlar om en byggkoncession eller en byggentreprenad skall dock enligt gällande bestämmelser en upphandling göras.⁶³

3.4 Sammanfattning

Till skillnad från försäljning av offentliga tillgångar är offentliga inköp tydligt reglerade i LOU. Grundprincipen för offentlig upphandling är konkurrensutsättning i syfte att fastställa ett för den upphandlande myndigheten så fördelaktigt avtal som möjligt för att sedan kunna tilldela kontraktet till den vinnande anbudsgivaren. Konkurrensutsättningen sker genom att offentliga inköp avseende leverans av varor eller tjänster annonseras i ett så kallat förfrågningsunderlag, där de närmare villkoren för konkurrensutsättningen anges. I förfrågningsunderlaget måste den upphandlande myndighet specificera vad inköpet avser och vad som kommer att vara avgörande för vem som får kontraktet. I samband med upphandlingen kan upphandlande myndighet välja mellan olika upphandlingsförfaranden. Förutsättningarna för de olika förfarandena är utförligt reglerade i LOU.

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 byggentreprenad och i dessa fall skall 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 enheten får använda sig av en så kallad konkurrenspräglad dialog i stället för ett öppet eller ett selektivt förfarande vid särskilt komplicerade kontrakt, det vill säga 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 – t.ex. om det inte är möjligt att i de tekniska specifikationerna ange vad som krävs för att tillgodose den upphandlande enhetens 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 komplicerade element som ingår i genomförandeavtal.

⁶³ Se även Marco Lilli, Konkurrensutsettning av kommunale oppgaver når kommunen opptrer med to hatter, Lov og Rett 2004, s. 43–71.

4 Präglingen av myntet – konkurrensutsättning och ekonomiska perspektiv på offentlig försäljning

Vi kan så här långt konstatera att de juridiska förutsättningarna för försäljning av kommunala tillgångar inte klart specificerar krav på konkurrensutsättning i samband med bestämmande av pris. Kommunallagens angivelse om att försäljning skall ske till marknadspris blir här något vag – hur kan en tillgång säljas till ett pris som anses vara ett marknadspris om det inte bestämts på en marknad eller genom en värdering utförd av en oberoende expert? Prisbestämmande under konkurrensutsättning kan vara önskvärt ur ett samhällsekonomiskt perspektiv och tillämpas redan i Sverige och övriga EU vid kommunala (offentliga) inköp.

Inom offentlig upphandling tillämpas sedan det initiala införandet av EU:s upphandlingsdirektiv i Sverige (genom lagen om offentlig upphandling) 1994 konkurrensutsättning i syfte att tilldela kontrakt på offentliga tjänster som läggs ut på entreprenad eller leveranser av varor. Som nämndes i föregående kapitel tävlar potentiella leverantörer i en upphandlingsauktion, om offentliga kontrakt genom att lämna in slutna anbud där pris såväl som kvalitetsdimensioner kan vara avgörande för vem som tilldelas kontraktet. Lagstiftningen reglerar alltså tydligt själva budgivningsprocessen och stipulerar att den modell som kommer att användas för utvärdering av anbud skall vara känd för alla parter innan anbudsgivningen börjar. Även om det finns vissa oklarheter kring tillämpning av utvärderingsmodeller och viktning av pris och kvalitativa aspekter⁶⁴ är denna process relativt det vi ser inom försäljning av offentliga tillgångar transparent och kan därmed leda till en effektivare användning av samhällets resurser.

Försäljning och inköp är ur ett auktionsperspektiv varandras inverser eller olika sidor på samma mynt; i fallet med försäljning kan man tänka sig att högsta anbud vinner precis som det i upphandlingen är den anbudsgivare som lagt det lägsta anbudet som vinner kontraktet.⁶⁵ Det är därför relevant att fråga sig vilka förutsättningar som finns för konkurrensutsättning vid försäljning av kommunala tillgångar i förhållande till de förfaringssätt som vi ser idag samt belysa varför konkurrensutsättning i samband med försäljning kan vara önskvärt. Nedan ges en enkel och kortfattad beskrivning av varför konkurrensutsättning är önskvärt ur ett samhällsekonomiskt perspektiv samt modeller och principer för avyttrande av kommunala tillgångar.

4.1 Varför konkurrensutsättning är önskvärt från ett samhällsekonomiskt perspektiv

Varför skulle konkurrensutsättning i syfte att allokera kommunala tillgångar vara önskvärt ur ett samhällsekonomiskt perspektiv? Svaret är att det maximerar samhällets välfärd i termer av så kallat konsument- och producentöverskott. Låt oss illustrera detta i en enkel figur för en generell marknad där konsumenter och producenter möts (se figur 1 nedan). Efterfrågekurvan beskriver konsumenternas samlade värdering av varan medan utbudskurvan beskriver producenternas samlade kostnad för att producera varan. Konsumentöverskott (KÖ), den grå ytan, uppstår eftersom konsumenterna värderar olika enheter olika mycket men betalar samma pris (värderingen för den sist efterfrågade enheten) för alla enheter. Detta illustreras av den negativt lutande efterfrågekurvan: ett högt pris leder till en lägre efterfrågan och ett lågt pris leder till hög efterfrågan. Producentöverskottet (PÖ), den prickiga ytan, uppstår eftersom producenternas kostnad för att producera varan varierar med kvantiteten men de får samma pris för alla

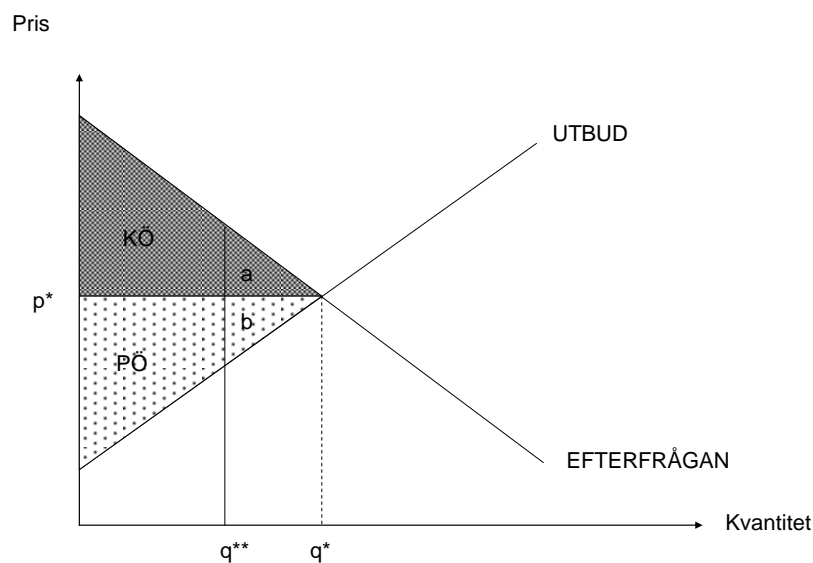
⁶⁴ Se Andersson och Lunander, 2004, samt Länsrättens i Östergötlands län dom 2007-04-07 (mål nr 3828-06 E).

⁶⁵ I upphandlingssammanhang kan det vara den anbudsgivare som inkommit med lägsta anbud eller ett anbud som anses (utifrån på förhand givna kriterier) vara det ekonomiskt mest fördelaktiga som erhåller kontraktet. För enkelhetens skull utgår vi i det här fallet från att lägsta anbud är det som kommer att utses som vinnande anbud.

enheter. Detta illustreras av den positivt lutande utbudskurvan: ett högre pris gör att producenterna är intresserade av att bjuda ut många enheter på marknaden medan ett lågt pris leder till ett mindre utbud. I en situation där en kommunal tillgång skall säljas är kommunen att betrakta som säljare och konsumenterna är potentiella köpare (företag).

När kostnaden för den sist producerade enheten är lika med konsumenternas värdering av den sist efterfrågade enheten uppstår en marknad jämvikt. Detta brukar på marknader med perfekt konkurrens benämnas marginalkostnadsprissättning, vilket är samhällsekonomiskt effektivt. På en marknad med (perfekt) konkurrens uppstår alltså jämviktspriset vid den kvantitet där utbud är lika med efterfrågan. Kvantiteter till höger om (q^*) kommer inte att vara aktuella för vare sig konsumenter eller producenter. Anledningen är att produktionskostnaden överstiger jämviktspriset och konsumenternas värdering understiger jämviktspriset på dessa enheter. Om utgångspunkten är att konsumenterna nyttomaximerar kommer de inte att konsumera till ett pris som överstiger deras värdering av varan. Vidare är det så att givet antagandet om att producenterna vinstmaximerar är de inte villiga att producera till ett pris som understiger produktionskostnaden. Förenklat gör marknadsmekanismen att konsumenter och producenter tvingas "avslöja" sin värdering respektive kostnad för den sist konsumerade/producerade enheten.

Figur 1: Perfekt konkurrens och maximering av konsument- och producent överskott.



I jämviktspunkten, vid priset (p^*) och kvantiteten (q^*) är alltså summan av konsumentöverskott och producentöverskott så stor som möjligt. Avvikelser från denna punkt kommer att leda till en minskad välfärd för samhället som helhet. Anta att marknaden befinner sig i läget där (q^{**}) enheter efterfrågas och produceras. I denna punkt överstiger konsumenternas betalningsvilja för den sist efterfrågade enheten produktionskostnaden för samma enhet. Jämfört med marknad jämvikten leder denna situation till en minskning av konsumentöverskottet motsvarande ytan (a) och en minskning av producentöverskottet motsvarande ytan (b). Tillsammans utgör ytorna (a) och (b) den samhällsekonomiska förlusten till följd av

avvikelsen från marknadsjämvikten. Perfekt konkurrens har sin motpol i monopolet. Det vill säga en situation med en ensam säljare som sätter priset själv. Vid monopolprissättning kommer inte priset att vara lika med marginalkostnaden, det kommer att vara högre. Monopolsituationen leder jämfört med perfekt konkurrens i korthet till en samhällsekonomisk förlust som förklaras av att färre enheter produceras och säljs till ett högre pris än vad en konkurrensutsättning skulle ha lett till.⁶⁶

Prisbestämmande genom till exempel förhandling med en eller flera parter har inte den egenskapen att köparen avslöjar sin värdering av till exempel en kommunal tillgång. Säljaren riskerar i det fallet att sälja till ett underpris. Förhandlingen kan liknas vid monopol (eller monopson beroende på om vi ser det från säljarens eller köparens synvinkel) situationen medan en auktion till exempel förenklat utgör en marknad där konkurrenssituationen mellan budgivare leder till marginalkostnadsprissättning enligt figur 1. Bulow och Klemperer jämför utfallet från auktion med förhandling och finner att så länge som auktionen kan attrahera en budgivare mer än förhandlingen resulterar auktionen i en högre intäkt för säljaren, i det här fallet kommunen. Detta resultat gäller för alla typer av förhandlingar.⁶⁷

4.2 Modeller för försäljning av kommunala tillgångar

Det finns i huvudsak fem olika sätt att allokera kommunala tillgångar på. Graden av konkurrensutsättning och vikt vid pris kontra kvalitativa aspekter varierar mellan dessa fem. Offentlig sektor kan (1) anordna en auktion eller (2) en designtävlan alternativt (3) tillämpa principen att först till kvarn erhåller tillgången, (4) att den som redan brukar tillgången får överta denna eller (5) ordna ett lotteri där slumpen får avgöra vem som blir tillgångens ägare. Auktionsformen involverar en budgivning i syfte att fastställa pris och ägare. En designtävlan innebär att olika intressenter konkurrerar med hur de planerar att använda tillgången. Detta kan också involvera ett budgivningsmoment. Dessa modeller beskrivs mer i detalj nedan. Nedan ges en presentation av tänkbara målsättningar med en försäljning av kommunala tillgångar. Vid en försäljning av en kommunal tillgång finns det flera dimensioner att beakta. Det kan till exempel handla om fördelningspolitiska aspekter inom ramen för bostadsförsörjningen eller stimulans av näringslivet för regional tillväxt.

4.2.1 Målsättningar att beakta vid en försäljning

I Janssen presenteras principer som bör beaktas när kommunen bestämmer sig för modell för försäljning av kommunala tillgångar.⁶⁸ I huvudsak bör försäljningen leda till

1. effektiv drift efter försäljning
2. en marknad som producerar varor i enlighet med samhällets intresse
3. intäktsmaximering
4. en allokeringprocess som leder till att den intressent som värderar tillgången högst också erhåller denna (värdemaximerande process – ger ett Pareto effektivt utfall)
5. en effektiv allokeringprocess (maximerar summan av konsument- och producentöverskott)
6. att urvalsprocessen är transparent

⁶⁶ Se Axelsson m.fl., 1998.

⁶⁷ Bulow och Klemperer, 1996.

⁶⁸ Janssen, 2004.

De tre första punkterna; (1) effektiv drift efter försäljning, (2) en marknad som producerar varor i enlighet med samhällets intresse samt (3) intäktsmaximering är relaterade till den situation som uppstår efter att den kommunala tillgången har sålts. Försäljning av en bit mark eller en fastighet ingår ofta i ett större sammanhang eller redan existerande marknad. Ett mål kan därför vara att den privata intressenten förvaltar tillgången på ett effektivt sätt. Det kan handla om avknoppning av till exempel skola, förskola eller äldreboende där driften av dessa i privat regi i förhållande till den existerande marknaden bör ske effektivt. Avknoppningen är inte effektiv om överlåtelsen är förenad med underprissättning eftersom den privata intressenten därmed får en kostnadsfördel som inte redan existerande intressenter på marknaden har. Ett annat mål kan vara att genom försäljning av en kommunal tillgång skapa en marknad som producerar varor i enlighet med samhällets intresse. Det kan handla om varor eller tjänster som saknas i ett land, en region eller kommun, och genom att betinga försäljningen med att en viss typ av verksamhet skall bedrivas på denna beaktas detta intresse. Ett tänkbart scenario är en kommun där det saknas en stormarknad för dagligvaror. Kommunen kan genom att sälja marken med betingelsen att sådan verksamhet skall bedrivas på denna skapa förutsättningar för lägre dagligvarupriser. Etablering av en stormarknad brukar nämligen anses gynna konsumenterna genom ökad konkurrens och därmed lägre dagligvarupriser.⁶⁹ Detta kan stå i konflikt med den tredje målsättningen som är intäktsmaximering. Anta att kommunen ordnar en auktion i syfte att sälja en bit mark. Om detta sker obetingat på vilken verksamhet som skall bedrivas på marken kommer sannolikt fler att vara intresserade av att inkomma med anbud jämfört med om detta betingas på att en stormarknad för dagligvaror skall etableras på denna mark. Med fler intressenter ökar konkurrensen och anbuden tenderar därmed att bli högre. Det högsta, vinnande anbudet, kan komma att vara minsta lika högt vid en obetingad försäljning som vid en betingad och därmed genereras högre intäkter till kommunen. Här kan det alltså finnas en avvägning mellan intäktsmaximering och att etablera en verksamhet i enlighet med samhällets intresse.

De tre sista på listan över målsättningar; (4) värdemaximerande process, (5) effektiv allokeringprocess och (6) transparent urvalsprocess har med själva försäljningsprocessen att göra. En värdemaximerande process är en försäljning som ordnas på sådant sätt att den intressent som värderar tillgången högst också är den som kommer att stå som ägare till denna. En effektiv allokeringprocess organiseras på ett sådant sätt att summan av konsument- och producentöverskott maximeras (se figur 1). En transparent urvalsprocess innebär att försäljningen organiseras så att ägaren utses på ett otvetydigt sätt. Det skall gå att i efterhand kartlägga vem som fick tillgången, till vilket pris och varför. En värdemaximerande process ser enbart till intressenternas värdering (potentiella köpare) medan en allokeringseffektiv process inkluderar fler parter. I det senare fallet tas hänsyn till konsumenter, producenter och staten. Detta gör att en värdemaximerande process inte med nödvändighet är allokeringsmässigt effektiv och vice versa. Noteras bör dock att om det enda som skiljer intressenterna åt är kostnadsstrukturen kommer båda dessa kriterier att vara uppfyllda. Anledningen är att den intressent som har en låg kostnadsstruktur kommer att vara den med högsta värderingen. Utfallet blir i detta fall i enlighet med figur 1 ovan. Som nämndes ovan kan en målsättning vara intäktsmaximering. Genom försäljningen skapas så höga intäkter som möjligt till kommunen i syfte att till exempel täcka upp underskott eller göra kommunala investeringar. Intäktsmaximering kan dock leda till att allokeringseffektivitet inte uppnås eftersom det leder till ett lägre producentöverskott. Om försäljningen organiseras så att den intressent som värderar tillgången högst inte är den som kommer att erhålla denna kan målen med en värdemaximerande process och intäktsmaximering stå i konflikt med varandra.

⁶⁹ Konkurrensverket, 2004.

4.2.2 Modeller för allokering av tillgångar

Det finns alltså vissa målsättningar som bör beaktas vid försäljning av kommunala tillgångar. Vid en försäljning så är det också viktigt att beakta hur den skall organiseras. Ovan nämndes att det i princip finns fem tillvägagångssätt:

1. Auktion
2. Designtävling
3. Först till kvarn
4. Överlåtelse till den som redan nyttjar tillgången
5. Lotteri

Låt oss börja med det sista tillvägagångssättet, lotteriet, och se hur det förhåller sig till de målsättningar som listades ovan. Ett lotteri är en allokering som helt saknar prisbildning genom konkurrens och leder inte heller nödvändigtvis till att den som nyttjar tillgången på bästa sätt är den som erhåller denna. Vid ett lotteri är det helt och hållet slumpen som avgör vem som får tillgången. Ett lotteri bryter i princip mot alla de målsättningar som listades ovan och tillämpas, oss veterligen, inte heller vid försäljning av kommunala tillgångar i Sverige eller någon annanstans inom Europa. I Sverige ser vi däremot vid försäljning av kommunala tillgångar av till exempel kommunala verksamheter eller fastigheter (med eller utan befintliga byggnader) en relativt omfattande tillämpning av antingen "först till kvarn" eller att den som redan brukar tillgången övertar verksamheten genom en privatisering (så kallad avknoppning). Försäljningen av Tibble Gymnasium i Täby kommun är ett exempel på det senare. Varken "först till kvarn" eller övertagande innehåller något element av konkurrensutsättning i vare sig pris eller kvalitets (användnings) dimensionen. I dessa fall bestäms villkoren för försäljningen i en förhandling mellan säljare och köpare. Det finns sålunda en uppenbar risk att försäljningen sker till ett underpris och att varken en värdemaximerande process eller den bästa användningen som kommer att vara utfallet.

4.2.3 Designtävling

I Janssen beskrivs designtävlingen som en mekanism för allokering av tillgångar som innehåller kvaliteter som kan vara svåra att kvantifiera och därmed svåra att objektivt utvärdera. Vanligtvis så spelar priset en begränsad eller ingen roll alls för vem som vinner. Intressenterna tävlar med förslag på hur de vill nyttja eller forma den tillgång som säljs.⁷⁰ Detta är vanligt förekommande i Sverige i samband med utsmyckning av offentlig miljö eller arkitektävling. Dykstra och van der Windt delar in designtävlingen i två kategorier; viktade och oviktade. I den viktade designtävlingen är det på förhand klart för alla parter vilka kriterier som kommer att vara avgörande för tilldelning av kontrakt samt hur kvalitativa kriterier kommer att viktas mot pris. I den oviktade designtävlingen är viktningen av kriterier för utvärdering inte känd på förhand. Intressenterna eller budgivarna lämnar därmed in sina förslag under stor osäkerhet om hur dessa kommer att utvärderas.⁷¹ En oviktad designtävling är med andra ord inte transparent men kan leda till uppfyllelse av målsättningen att den verksamhet som bedrivs efter att tilldelning skett sker i enlighet med samhällets intresse.

Designtävlingen öppnar upp för innovativa förslag från anbudsgivarna. Med sin specialistkunskap (expertis) kan anbudsgivarna ha ett informationsövertag gentemot kommunen. Via sina anbud delar

⁷⁰ Janssen, 2004.

⁷¹ Dykstra och van der Wint, 2004.

anbudsgivarna med sig av sin expertis. Designtävling anses därför lämplig vid upphandling eller försäljning av komplexa kontrakt. Nackdelen med denna allokeringmekanism är att den ger intressenterna incitament att lämna in förslag som innehåller attraktiva dimensioner som de senare kanske inte uppfyller. Det finns nämligen incitament att ersätta dem med ett sämre (dock utbytbar) alternativ. Orsaken är att det är svårt för kommunen att i efterhand, när kontraktet löper, straffa genomföraren för detta. Anledningen är att det kan vara mer kostsamt att bryta kontraktet och utse en ny leverantör än att acceptera försämring eller försening av leverans.

Designtävling tillämpades bland annat när svenska staten genom Post- och telestyrelsen (PTS) sålde så kallade 3G licenser. Sverige var inte ensamt i Europa om att tillämpa denna allokeringmekanism tilldelning av 3G licenser. Samma metod användes även i Finland, Spanien, Portugal, Frankrike, Irland och Luxemburg. Men det fanns också länder som tillämpade auktioner i syfte att fördela dessa licenser och exempel på detta är Storbritannien, Nederländerna och Tyskland. Jämförelser visar att de länder som tillämpade budgivning via auktion var mer framgångsrika i termer av att generera intäkter (per capita) till staten än de länder som valde designtävlingsformatet.⁷²

4.2.4 Auktion

En auktion är en budgivningssituation i syfte att fastställa pris och utse en vinnare vid ett köp (upphandling) eller vid försäljning av till exempel en kommunal tillgång. Som nämndes i början av detta kapitel kan anbudet ha en dimension eller vara flerdimensionella. När anbudet har en dimension är det vanligtvis priset som avses medan det flerdimensionella anbudet innehåller ett pris och kvalitativa aspekter.⁷³ Kvalitetsdimensionen kan ta sig formen av att det ställs vissa minikrav på de företag som får inkomma med anbud eller att krav ställs på själva utförandet av det som kontrakteras. Det viktiga är att kvalitetsdimensionen (precis som i fallet med offentlig upphandling) utgör en del av budgivningsprocessen och att utvärderingskriterierna (viktning av pris och kvalitet) på förhand är klart specificerade för alla parter. Om anbudsgivarna upplever en osäkerhet kring vad som kommer att utvärderas eller krävas av dem i händelse av att de får kontraktet kommer de att justera sina anbud därefter. Osäkerheten tar sig uttryck i form av en riskpremie vilket betyder att de håller tillbaka sina anbud och i slutändan leder till en lägre intäkt till säljaren (till exempel staten eller en kommun).

Auktionen är en transparent process som också kan leda till uppfyllelse av de övriga fem kriterier som listades ovan. Om vi för enkelhetens skull utgår från endimensionella anbud (enbart pris beaktas vid anbudsutvärderingen) kommer utfallet av en budgivningsprocess att vara att den anbudsgivare som har den högsta värderingen av tillgången också är den som erhåller denna. Auktionen är alltså en värdemaximerande process vilket är samhällsekonomiskt effektivt. Den kan också innebära intäktsmaximering till säljaren. Men om den budgivare som har den högsta värderingen av till exempel en bit mark som säljs av en kommun har en budgetrestriktion (enkelt uttryckt är detta tillgängliga resurser i förhållande till utgifter) som binder tidigare än en anbudsgivare med en lägre värdering uppnås inte värdemaximering och utfallet är inte samhällsekonomiskt effektivt.⁷⁴ En annan sak som kan leda till att utfallet av auktionen inte är samhällsekonomiskt effektiv är att i principen om värdemaximering beaktas inte konsumenternas preferenser.⁷⁵ De kan föredra en annan vinnare av kontraktet än den som har den högsta värderingen av det samma. Om vi återgår till exemplet med en försäljning av en bit kommunal mark och

⁷²Börgers och Dustman, 2003.

⁷³ För enkelhetens skull avgränsar vi oss till två dimensioner; pris och kvalitet.

⁷⁴ Krishna, 2002.

⁷⁵ Börgers och van Damme, 2004.

utgår från att problemet med bindande budgetrestriktioner inte gäller så kan ett exempel vara att det företag som har den högsta värderingen (och därmed lägger det högsta anbudet) vinner kontraktet inte är det företag som konsumenterna föredrar. Konsumenterna kanske föredrar ett annat företag med annan profil. Men om det företaget har en lägre värdering av marken kommer det att förlora budgivningen även om det hade varit i enlighet med konsumenternas preferenser.

Vilken modell för försäljning skall tillämpas vid försäljning av kommunala tillgångar? Av beskrivningen ovan framgår att det finns för och nackdelar med alla men entydigt är att både auktionen och designtävlingen är att föredra framför ett lotteri, "först till kvarn" eller att den som råkar bruka tillgången vid den aktuella tidpunkten också övertar den. De alternativ som då finns kvar är auktion eller designtävling. Enligt Janssen finns det några generella egenskaper som bör beaktas vid val av modell.⁷⁶ Dessa egenskaper, som gäller oavsett om det är en kommunal eller privat tillgång som säljs, är att följande egenskaper hos modellen för försäljning som bör beaktas är att;

1. Budgivarnas värdering av tillgången reflekteras i anbuden så att den som har den högsta värderingen också är den som inkommer med det högsta anbudet (värde-maximerande).
2. Processen är transparent så att kriterierna för tilldelning är kända på förhand och sammanfaller med utfallet.
3. Försäljningen inte tar för lång tid.
4. Kvalitet kan om det anses nödvändigt beaktas.
5. Konsumenternas intressen kan om det anses nödvändigt tillvaratas vid tilldelning av kontrakt.
6. Försäljningen genererar intäkter till säljaren.

Vid en jämförelse av auktionen med en designtävling visar det sig att auktionen leder till effektivitet eftersom den kan ha den egenskapen att den anbudsgivare som har högst värdering också lägger högsta anbud, den är transparent och snabb, om den är bra utformad kommer den att generera högre intäkter till säljaren och genom specifika krav på köparen eller driften av tillgången efter köpet kan konsumenternas intressen beaktas. En annan fördel med auktionen är att om köparna är bättre informerade om tillgångens värde än säljaren och auktionsmodellen är bra utformad kommer säljaren att genom anbuden bli informerad om tillgångens marknadsvärde. Men vid komplexa kontrakt där säljaren vill informera sig om innovationer på en marknad är designtävlingen sannolikt att föredra framför auktionen eftersom den ger anbudsgivarna utrymme att inkomma med innovativa förslag på lösningar.

4.3 De fyra "klassiska auktionsmodellerna" och en kreativ variant

Auktioner har använts sedan lång tid tillbaka i syfte att hitta ägare och fastställa priser. Redan 500fK förekom auktioner där föremålet för budgivningen var giftasmogna kvinnor.⁷⁷ och in på 1900-talet tillämpades fortfarande ett auktionsförfarande i Sverige för att tilldela fosterföräldrar till föräldralösa barn eller barn som av annan anledning inte kunde leva tillsammans med sina biologiska föräldrar.⁷⁸ Det är alltså långt ifrån en ny företeelse men formaliserades först genom William Vickreys Nobelprisbelönta forskning kring detta.⁷⁹ Auktioner har flera attraktiva egenskaper vilka nämndes ovan men den intressantaste och kanske viktigaste är att en auktion kan designas (utformas) så att budgivarnas ges incitament att bjuda i enlighet med deras värdering av det som säljs och därmed får säljaren information om tillgångens "sanna"

⁷⁶Janssen, 2004.

⁷⁷ Se Cassidy, 1967.

⁷⁸ Se Lundberg, 1998, 2001, 2008.

⁷⁹ Se Vickrey, 1961, 1962.

marknadsvärde. Den anbudsgivare som har högsta värderingen kommer att lägga det högsta anbudet och utfallet av auktionen är därmed samhällsekonomiskt effektiv. I princip är det också så att ju fler anbudsgivare som deltar i auktionen desto tuffare blir konkurrensen om objektet och desto närmare sin "sanna" värdering tvingas anbudsgivarna bjuda. Den ekonomiska litteraturen kring auktioner är mycket omfattande och det finns en rad komplicerande omständigheter som gör auktionsteori till en komplex del av nationalekonomin. I det här avsnittet ges en förenklad presentation av de fyra auktionsmodeller som anses vara huvudmodellerna inom auktionsteorin.

Budgivningen i en auktion kan antingen vara öppen eller sluten med eller utan möjlighet för anbudsgivarna att revidera sina anbud under auktionens gång. Vid ett öppet anbudsförfarande ser anbudsgivarna varandras bud medan de inte gör det i en sluten budgivningssmiljö. Det kan antingen vara ett objekt ("single-unit") eller flera objekt ("multi-unit") som är till salu i en och samma auktion. I fallet med flera objekt eller kontrakt i samma försäljning (eller upphandling) kan dessa auktioneras simultant eller sekventiellt. Vi avgränsar oss till det fallet med ett objekt eftersom den empiriska delen av den här rapporten fokuserar på försäljningar av kommunala tillgångar där ett objekt varit inblandat. Men vi kan inte låta bli att nämna en kreativ variant som nämns som ett alternativ när flera kontrakt auktioneras ut. De fyra "klassiska" auktionsmodellerna är Engelsk auktion, Holländsk auktion (Dutch), sluten andraprisauktion⁸⁰ och sluten förstaprisauktion.⁸¹ Dessa presenteras i korthet nedan.

4.3.1 Engelsk auktion

Den engelska auktionen kan närmast liknas vid en traditionell bondauktion. Budgivningen är helt öppen och anbudsgivarna har möjlighet att revidera sina anbud där dessa signaleras löpande till en auktionsförrättare. Anbudsgivningen upphör när inga ytterligare anbud lämnas. Den som bjudit högst vinner och betalar ett pris i enlighet med sitt anbud. En rationell anbudsgivare är kvar i auktionen så länge som stående bud understiger den egna värderingen. När stående bud är lika med den egna värderingen är det dags att lämna auktionen. Strategin är alltså att bjuda upp till sin egen värdering och sedan avsluta budgivningen. Den som har den högsta värderingen (budgivare i) kommer att vinna med ett bud som är marginellt högre än den som har den näst högsta värderingen (budgivare j). Vinnaren gör därmed en vinst motsvarande:

$$(1) \quad \text{Vinst (budgivare } i) = \text{Värdering (budgivare } i) - \text{bud (budgivare } j \neq i)$$

Detta svarar mot konsumentöverskottet till vinnaren.

4.3.2 Sluten andraprisauktion

I den slutna andraprisauktionen är budgivningen, som namnet antyder, sluten. Här finns inte möjlighet att som i den engelska auktionen att revidera sitt anbud allt eftersom auktionen fortsätter. Här är tilldelningsregeln sådan att den som bjudit högst vinner objektet men denna betalar i enlighet med budet från den som kommit tvåa, det vill säga lagt det näst högsta anbudet. Förenklat kommer alltså en budgivare i andraprisauktionen att bete sig på samma sätt som i den engelska auktionen, den bästa strategin är densamma: att sanningsenligt bjuda upp till den nivå där stående anbud sammanfaller med den egna värderingen. I båda auktionsformerna kommer alltså den som har den högsta värderingen att lägga det

⁸⁰ Se Vickrey.

⁸¹ Mer att läsa om dessa modeller finns i Milgrom, 1989; Klemperer, 1999, 2004; Milgrom, 2004 och Menezes och Monteiro, 2005.

högsta budet, vinna auktionen och betala ett pris som är lika med det näst högsta budet. Det här bygger naturligtvis på att anbudsgivarna känner sina värderingar, det vill säga att det vet vad till exempel en kommunal tillgång såsom en fastighet eller bit mark är värd för dem.

4.3.3 Holländsk auktion

I en så kallad Holländsk auktion (som faktiskt heter så just för att den tillämpas vid försäljning av tulpaner i Holland) är budgivningen öppen och här används en indikator eller "klocka" som visar det stående budet. Klockan börjar på ett högt bud och allteftersom indikatorn sjunker minskar alltså det stående budet. Budgivarna kan visa att de accepterar stående bud genom att stoppa indikatorn och därmed fastställs också det vinnande budet och vinnaren betalar ett pris i enlighet med sitt eget vinnande anbud. Här är gällande det att inte trycka för tidigt men inte heller vänta för länge. För visso ökar ett tidigt anbud chansen att vinna men det finns också en risk för att betala ett överpris. Genom att vänta med att trycka eller bjuda ökar vinsten (givet att man bjudit högst) men ju längre man väntar desto större är risken att någon annan hinner före och stoppar budgivningen. Vinnande budgivare betalar som nämndes ovan i enlighet med sitt eget bud och vinsten till vinnande budgivare är dennes värdering minus det egna anbudet.

$$(2) \quad \text{Vinst (budgivare } i) = \text{Värdering (budgivare } i) - \text{bud (budgivare } i)$$

För positiv vinst krävs alltså ett anbud som är lägre än den egna värderingen.

4.3.4 Slutna förstaprisauktion

Den slutna motsvarigheten till den Holländska auktionen är den så kallade slutna förstaprisauktionen. Här är principen enkel; slutna budgivning, högstbjudande vinner och betalar i enlighet med sitt eget anbud. Detta är den auktionsmodell som har störst likheter med den upphandlingsauktion som vi ser i Sverige (och övriga Europa). Fast då är anbudsgivningen omvänd; lägst anbud vinner och vinnaren blir ersatt i enlighet med sitt eget anbud.

4.3.5 Avslutande kommentarer kring auktioner

Under antagande om att budgivarna är riskneutrala⁸² kommer de fyra standard auktionsmodellerna som beskrivits ovan att generera samma förväntade intäkt till säljaren (kallas för "revenue equivalence theorem"). I en sådan (förenklad) situation skulle det alltså inte spela någon roll vilken av de fyra som tillämpas vid en försäljning av en kommunal tillgång. Nu är verkligheten lite mer komplicerad än så. För det första har vi kanske inte riskneutrala budgivare och för det andra kan det vara så att tillgångens värde inte med exakthet är känt för budgivarna själva eller att budgivarna är olika starka som aktörer (asymmetriska budgivare).

I den enkla beskrivningen av de fyra auktionsmodellerna ovan har vi utgått från att budgivarnas värderingar av det som säljs är kända för dem själva. De vet alltså med säkerhet vad tillgången är värd för dem. Inom auktionsteorin brukar detta kallas för att budgivarna har "oberoende privata värderingar" (independent private values). Detta innebär inte bara att budgivarna känner sina egna värderingar med

⁸² Med riskneutralitet menas att en budgivare är indifferent (upplever samma nyttonivå) mellan att få ett visst förväntat värde x via lotten och att med säkerhet få samma värde x (se Varian, 2003, kapitel 17).

säkerhet utan det är också oviktigt för en budgivare i vad alla andra budgivare har för värdering av tillgången. Med oviktigt menas att budgivare i 's värdering är statistiskt oberoende av budgivare j 's värdering där $j \neq i$. Att värderingarna är privata är tillämpligt på föremål som saknar återförsäljningsvärde i termer av att budgivaren köper tillgången till exempel i spekulativt syfte. Att värderingarna är privata innebär förvisso statistiskt oberoende mellan olika budgivares värderingar men deras beteende kan bero av varandra. I den slutna förstaprisauktionen och Holländska auktionen försöker budgivarna givetvis gissa vad konkurrenterna har för värdering för att som i det senare fallet veta när det är dags att stoppa klockan. Under antagande om privata värderingar är den slutna förstaprisauktionen och Holländska auktionen strategiskt ekvivalenta och även den slutna andraprisauktion är strategiskt ekvivalent med den Engelska auktionen.

Men, om budgivarnas värderingar inte är oberoende då? Om objektet har ett "allmänt" värde som är lika för alla men okänt betraktas budgivarnas värderingar som "allmänna" eller "gemensamma" (common value). Ett typexempel på objekt med "common value" är auktioner av rättigheter att borra efter olja eller andra naturresurser eller föremål som införskaffas i spekulativt syfte där tanken är att så småningom realisera en vinst i form av värdeökning. Vid denna typ av värderingar måste budgivarna uppskatta eller gissa värdet på tillgången och den uppskattningen bygger på en signal. Signalen kan vara någon slags information från till exempel experter på området som budgivaren i sin tur använder för att skaffa sig en uppfattning om värdet. Den budgivare som får den högsta signalen kommer att lägga det högsta anbudet. I förväntan genererar fortfarande de fyra auktionsformerna samma intäkt till säljaren (givet att signalerna är statistiskt oberoende av varandra), den slutna förstaprisauktionen och den Holländska auktionen är fortfarande strategiskt ekvivalenta men den Engelska auktionen och den slutna andraprisauktionen är inte längre strategiskt ekvivalenta. Anledningen är att under den öppna budgivningsprocessen genereras information till budgivarna som gör att de kan finna anledning att revidera sin uppfattning om tillgångens värde.⁸³ Den möjligheten har inte budgivarna i den slutna andraprisauktionen.

Om signalerna är korrelerade kommer inte längre principen om att de fyra auktionsmodellerna genererar samma intäkt till säljaren i förväntan att gälla. Anledningen är att budgivarna kommer att identifiera risken för så kallad "winner's" curse, vilket innebär att det är den budgivare som överskattat värdet (fått den starkaste signalen) mest som kommer att lägga det högsta budet och vinna. Detta inser budgivarna som därför reviderar sina uppskattningar nedåt. Men, i den slutna andraprisauktionen betalar vinnaren inte ett pris som är lika med det egna anbudet utan ett pris som är lika med anbudet från den som lagt sig näst högst. Av den anledningen behöver budgivarna i detta fall inte justera ner sina anbud i samma omfattning som i de andra auktionsformerna. Den Holländska och den slutna förstaprisauktionen ger lägre eller i alla fall inte högre förväntad intäkt till säljaren jämfört med slutna andraprisauktion som inte ger högre intäkt än Engelsk auktion.

Utfallet av auktionen om vi har symmetriska anbudsgivare är effektivt i den meningen att den som har den högsta signalen också är den som kommer att vinna auktionen. När det gäller försäljning av kommunala tillgångar är det sannolikt så att fastigheten, verksamheten eller marken har ett värde som är en kombination av privata och allmänna värden. Hur dominant den privata eller allmänna delen är varierar förmodligen mellan olika typer av tillgångar.

Hur troligt är det att alla budgivare är lika starka (symmetriska)? Det är förmodligen mer troligt att utgå från att det vid en försäljning av kommunala tillgångar finns intressenter med olika finansiell styrka. Inom auktionsteorin betraktas budgivarna i detta avseende som asymmetriska vilken rent matematiskt innebär att deras värderingar "dras" eller genereras från olika fördelningsintervall istället från samma intervall vilket

⁸³Krishna, 2002.

var utgångspunkten ovan. De starkare budgivarna drar då sina värderingar från fördelningar som genererar högre värden än de svagare budgivarna. I detta fall är utfallet fortfarande samhällsekonomiskt effektivt eftersom det är den budgivare som har den högsta värderingen som kommer att lägga det högsta anbudet och därmed vinna auktionen. Men, i det här fallet kommer däremot den förväntade intäkten till säljaren att vara högre i den slutna förstaprisauktionen (och Holländska auktionen) jämfört med slutna andraprisauktionen (och Engelsk auktion). Detta kan illustreras med ett exempel som vi lånar från Börgers och van Damme.⁸⁴

Utgå från en situation med två budgivare 1 och 2. Budgivare 1 är den svagare och drar sin värdering v_1 från en så kallad uniform fördelning i intervallet $U[0,1]$. Budgivare 2 är den starkare av de två och drar sin värdering från en uniform fördelning i intervallet $U[2,3]$. Vad är rationellt här? Budgivare 1 kommer att bjuda sin värdering v_1 som ligger någonstans mellan 0 och 1 medan budgivare 2 egentligen inte har anledning att bjuda mer än 1. Som sämst kommer denne att dela vinsten med budgivare 1. Om vi håller oss till de slutna auktionsmodellerna kommer den förväntade intäkten till säljaren att vara 1 i fallet med en slutna förstaprisauktion medan den i den slutna andraprisauktionen i förväntan kommer att vara v_1 där vi vet att $v_1 \leq 1$. Alltså föredrar säljaren om denne siktar på intäktsmaximering den slutna förstaprisauktionen framför den slutna andraprisauktionen i fallet med olika starka budgivare.

Säljaren kan också tillämpa ett så kallat reservationspris. Det är ett pris under vilket säljaren inte kommer att acceptera några bud. Kommunen har med andra ord en uppfattning om vilken den lägsta ersättning de kan tänkas sig att sälja tillgången till. Om slutna budgivning tillämpas kan reservationspriset hållas hemligt för anbudsgivarna. Vid öppen budgivning är detta av naturliga skäl inte tillämpligt utan då startar budgivningen på reservationspriset. Om säljaren har som målsättning med auktionen att generera så höga intäkter som möjligt kan reservationspris vara ett alternativ. Introduktionen av ett reservationspris innebär aggressivare budgivning och därmed blir intäkten till säljaren högre jämfört med en situation där reservationspris inte tillämpas. Ur detta perspektiv bör reservationspriset sättas högre än säljarens värdering. Det är viktigt att reservationspriset är trovärdigt och ligger fast, det vill säga inte ändras under auktionens gång. Om budgivarna misstänker att säljaren kommer att justera reservationspriset i efterhand kommer de att bli mer försiktiga och bjuda mindre aggressivt och därmed är hela poängen med reservationspriset borta. Ur trovärdighetssynpunkt är därför ett annonserat reservationspris att föredra framför ett hemligt. Nackdelen med reservationspris är att det eventuellt kan leda till att färre budgivare bestämmer sig för att vara med i auktionen och därmed minskar konkurrens-effekten på priset. I en avvägning mellan lägre konkurrensgrad och reservationspris är det förra viktigare än det senare. Ytterligare budgivare har med andra ord en större effekt på intäkterna än ett reservationspris.⁸⁵

4.4 Sammanfattning

Auktionen framstår som det bästa alternativet till att organisera en kommunal försäljning så länge som tillgången inte är förenad med komplexa samband. I sådana fall är en designtävling eller en förhandling att föredra då det öppnar upp för innovativa förslag från intressenterna. Det kan till exempel ta formen av en konkurrenspräglad dialog i enlighet med föregående kapitel. Men, med den skillnaden att i samband med försäljning eller avknoppning baseras tilldelning på högsta eller ekonomiskt mest fördelaktiga pris istället för lägsta eller ekonomiskt mest fördelaktiga pris. Vilken av modellerna ovan som skall användas är ingen enkel fråga och det är förmodligen något som måste bestämmas från fall till fall. Generellt anses öppna

⁸⁴ Se Börgers och van Damme, 2004.

⁸⁵ Se Börgers och van Damme, 2004.

auktionen vara strategiskt lättare för budgivarna att ta till sig, de är också transparenta men det gör det även lättare för karteller att koordinera sig och signalera till varandra, varför ett slutet anbudsförfarande, i enlighet med upphandlingsreglementet, kan vara att föredra.

Avslutningsvis vill vi nämna en variant av auktion som i första hand tillämpas när flera kontrakt auktioneras samtidigt (så kallad "multi unit"). I syfte att stimulera konkurrensen och uppmuntra nya aktörer att delta kan kontrakt reserveras för nya aktörer. Redan existerande företag får då inte bjuda på dessa kontrakt. Tanken är att detta stimulerar nya aktörer, som annars förväntar sig ha liten eller ingen chans att vinna ett kontrakt, att delta. Detta var något som tillämpades i Storbritannien vid försäljningen av 3G licenser. På vissa licenser tilläts inte innehavare av 2G licenser att bjuda utan de var reserverade för nya aktörer. Nackdelen med denna metod är att de nya aktörerna kan sälja tillgången vidare till en etablerad intressent efter auktionen. Men syftet är trots detta uppnått; att stimulera konkurrensen och på så sätt få upp anbudet och generera högre intäkter till säljaren.⁸⁶ Ett tänkbart scenario tillämpat på försäljning av offentliga tillgångar är en kommun som vill stimulera konkurrensen inom någon marknad, till exempel dagligvarumarknaden, och avser att sälja en bit mark för etablering av en dagligvarubutik. För att stimulera nya aktörer att bjuda på marken och komma in på marknaden kan kommunen stipulera att endast återförsäljare som inte redan finns representerade inom kommunen får delta i anbudsgivningen. Noteras bör att, huruvida detta strider mot reglerna för otillåtet statsstöd är oklart.⁸⁷

⁸⁶ Börgers och Dustman, 2003.

⁸⁷ Maasland, Montangie och van den Bergh, 2004.

5 Skall vi singla slant? Några exempel på kommunala överlåtelse

5.1 Röster från det praktiska livet

Det finns en mängd olika uppfattningar om hur en överlåtelse av kommunal egendom skall gå till och det är ingen underdrift att påstå att området har präglats av en viss osäkerhet om vad som egentligen gäller. Svaret har ofta varit beroende av vem man frågar och det finns egentligen två dominerande synsätt. Det första går ut på att man traditionellt sett – åtminstone när det gäller fastighetsaffärer – har ansett att kommunerna har ganska fria ramar för hur en överlåtelse skall ske. Även om gynnande av enskilt företag inte varit tillåtet kommunalrättsligt, har det som regel gått att argumentera så pass bra för att ett pris varit rimligt att det är sällan som kommunala beslut upphävts på grund av underprissättning. Det står dock klart att statsstödsreglerna medfört en viss åtstramning i förhållande till de allmänna kommunalrättsliga reglerna.

Den andra ståndpunkten är mera försiktig och går – när det gäller olika typer av överlåtelseavtal mellan kommunen och förvärvaren, där kommunen i större eller mindre omfattning skall nyttja den anläggning som fastighetsköparen skall uppföra – ut på att upphandlingsreglerna skall tillämpas vid uppgörelsen. Det anses även bli svårt att komma undan upphandlingskraven i de fall ett upplägg går ut på att kommunen vill sälja en fastighet för ett visst ändamål för att sedan endast i begränsad omfattning nyttja den anläggning som skall uppföras, t.ex. genom köp av tjänster. Den stränga linjen går därför ut på att kommunen i dessa fall måste välja mellan att upphandla en byggtreprenad eller en byggkoncession enligt reglerna i LOU.

Oavsett utgångspunkt är det onekligen så att det i olika typer av kommunala genomförandeavtal sedan länge är vanligt att exploatören åtar sig att utföra trafikanläggningar (gator, rondeller m.m.), va-anläggningar och andra arbeten för kommunens räkning. Dessa anläggningar övergår sedan – efter färdigställandet – i kommunal ägo. Exploatören brukar härvid befrias från skyldigheten att betala gatukostnadsersättningar eller anläggningsavgifter för vatten och avlopp. Ibland kan också nämnda förhållanden ha vägts in i de kontanta ersättningar som skall utväxlas mellan parterna. Är den här typen av villkor i ett exploateringsavtal förenliga med upphandlingslagstiftningen eller kan det med fog hävdas att det i själva verket är fråga om en förtäckt byggtreprenad? Det finns en mängd olika situationer där de begränsningar som gäller för överlåtelse av egendom flyter ihop med de regler som omgärdar offentlig upphandling och nedan ges några autentiska exempel.

5.2 Kommunala anvisningar av mark för bostadsändamål

Inom den kommunala bostadsförsörjningen finns en mängd olika rättssubjekt som till följd av det kommunala planmonopolet – samt att kommunen i egenskap av fastighetsägare – historiskt sett många gånger stått i stark beroendeställning till kommunen. Det rör sig om aktörer med olika intressen och förutsättningar, inom såväl produktions- och förvaltningsledet som konsumentledet. I RÅ 1976 Ab 602 framhåller Regeringsrätten att tillhandahållande av kommunal mark för bostadsändamål är en av staten oreglerad verksamhet där kommunen inom ramen för den kommunala kompetensen fastställer villkoren för marktilldelning.⁸⁸

⁸⁸ Se Ulf Lindquist, *Kommunala befogenheter*, 2005, s. 167.

Vad gäller försäljning av tomter för småhusbebyggelse visar RÅ 1974 A 1709 att kommunen ansetts ha haft rätt att överlåta dessa till ett värde som i vissa fall endast utgjorde en fjärdedel av marknadspriset, när överlåtelsen hade villkorats med att bebyggelse skulle ske inom viss tid och där köparen om så inte skedde vid vite skulle erlägga fullt marknadspris. I RÅ 1963 I 140 ansågs dessutom en kommun ha rätt att förbehålla viss mark för bostadsändamål åt vissa kooperativa bostadsföretag och i RÅ 1974 A 1696 ansågs det vara kompetensenligt att fatta beslut om att ingå exploateringsavtal med ett företag utan att innan dess förhandla med andra tänkbara exploatörer. Avtalet ansågs inte utgöra ett otillbörligt gynnande.⁸⁹

Sådana gynnanden som i de ovan nämnda fallen skulle emellertid inte accepteras idag, men bör ses mot bakgrund av det då gällande regelverket, främst det så kallade markvillkoret i reglerna för statliga lån och räntebidrag till bostadsbyggande. I korthet kan nämnas att statliga bostadslån och räntebidrag i huvudsak förutsatte att marken förvärvades från kommunen om inte kommunen tillstyrkte annat. Kommunen gavs enligt lagen därmed också i princip en rätt att ställa de krav den ville vid överlåtelser av småhus och bostäder, förutsatt att dessa var sakligt grundade och att de gagnade bostadsförsörjningen och inte stred mot andra bestämmelser, RRK 1977 2:54. Lagstiftningen rörande statliga lån och räntebidrag till bostadsbyggande upphörde 1991 då nya regler infördes rörande statliga räntesubventioner och en ny kommunallag infördes.⁹⁰ Bakgrunden är emellertid av stor betydelse för framväxten av de överlåtelssituationer som vi ser än idag.

I en av Boverket utförd studie av kommunala anvisningar av mark för bostadsändamål konstateras att det förekommer en mängd olika försäljnings- och prissättningsmetoder. För det mesta säljs exempelvis villatomter genom en kommunal tomtkö eller genom ett anbudsförfarande, men ofta använder kommunen flera olika metoder för markanvisning. Vid en anbuds försäljning används i huvudsak en öppen budgivning, medan kommunerna vid anvisning av mark vanligen använder sig av någon form av direktanvisningar, även om det förvisso även här kan förekomma olika anbuds- eller tävlingsvarianter.⁹¹

Vid försäljning av villatomter genom den kommunala tomtkön väljer ungefär hälften av de undersökta kommunerna (13 stycken i södra Sverige) att i förväg bestämma ett fast tomtpris, varefter tomten lämnas över till tomtkön för försäljning, medan lika många kommuner frångår tomtkön för att genom ett anbuds förfarande sälja marken. Tillvägagångssättet vad gäller anbuds förfarandet skiljer sig dock åt mellan kommunerna och det förekommer såväl öppen som sluten budgivning. Även vid försäljning av mark för flerbostadshus används flera olika förfaranden; anbud, direktanvisning markanvisningstävling och tomträtt. Av dessa förefaller direktanvisning av mark vara den vanligaste vilket förmodligen hänger ihop med att det då är lättast för kommunen att inom ramen för en förhandling ställa olika typer av motkrav på motparten. Endast två av de tillfrågade kommunerna uppger att de använder ett anbuds förfarande, medan markanvisningstävlingar uppges vara något vanligare.⁹²

Statistik från Statistiska Centralbyrån, SCB, visar på relativt stor variation i entreprenadform (sätt att tilldela kontrakt) vid byggande av flerbostadshus.⁹³ I undersökningen från åren 2002 och 2003 som omfattar cirka 15 000 lägenheter i Sverige framgår att sättet att tilldela kontrakt dessutom varierar betingat på om

⁸⁹ Se Ulf Lindquist, *Kommunala befogenheter*, 2005, s. 169 ff.

⁹⁰ Se även Boverket, *Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål*, 2005, s. 13.

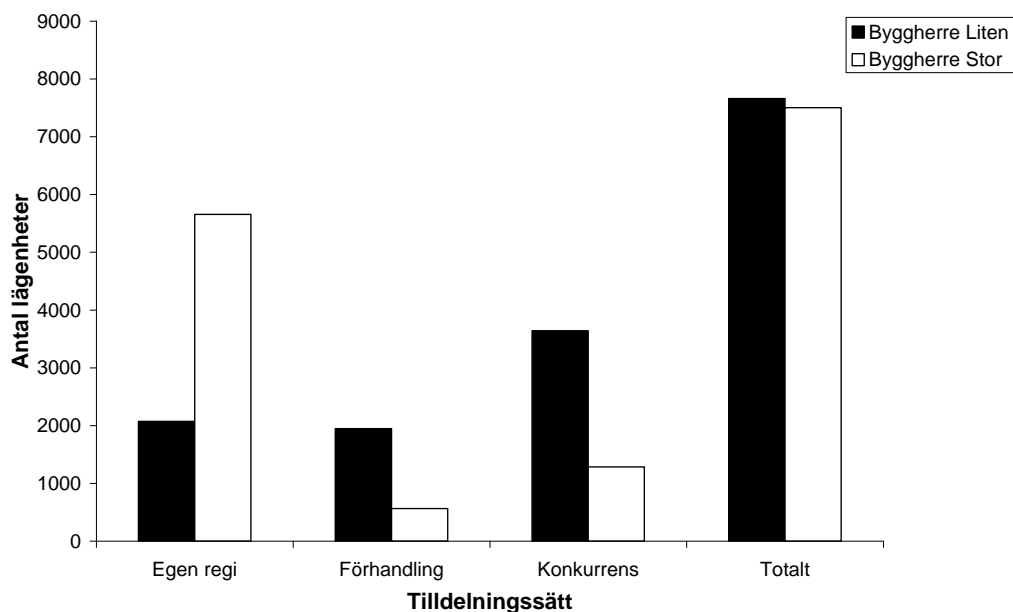
⁹¹ Se Boverket, *Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål*, 2005, s. 9.

⁹² 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. 10 f., och s. 39–47.

⁹³ Konkurrensverket (2006).

entreprenaden genomförs av en stor eller liten byggherre, se figur 2. Noteras bör att 95 % av företagen inom denna bransch är att betrakta som små eller medelstora. De resterande fem procentenheterna utgörs av företag som avsevärt större än dessa. Andelen lägenheter där byggkontrakten tilldelas under konkurrensutsättning är noterbart högre när byggherren är liten. Större byggherrar använder sig istället av förhandling eller bygger själva. Att det senare är avsevärt mer förekommande bland större byggherrar förklaras av Konkurrensverket som en naturlig följd av att de i högre utsträckning har kapacitet att bygga själva.⁹⁴

Figur 2. Sätt att tilldela byggentreprenad kontrakt för flerbostadshus, 2002–2003, betingat på byggherrens storlek. Källa: SCB och KKV (2006).

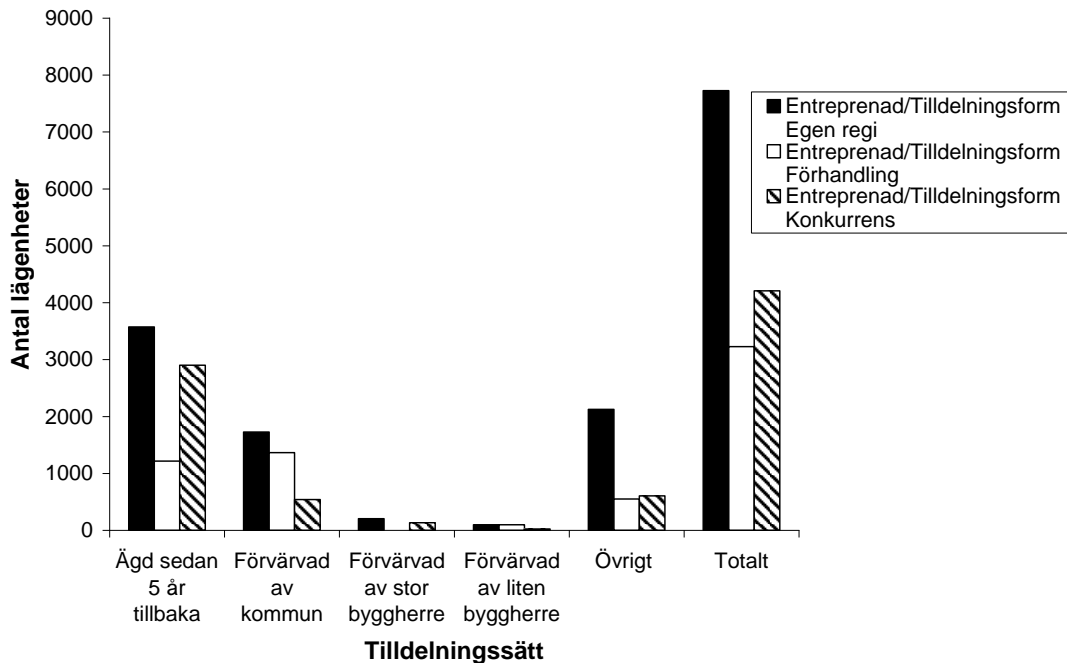


En övervägande majoritet av de cirka 15 000 lägenheterna har byggts på mark som sedan fem år tillbaka ägdes av byggherren själv (hur den ursprungligen förvärvats framgår inte av rapporten från KKV) medan cirka en fjärdedel av marken förvärvats av en kommun. Det föreligger inte någon skillnad i fördelningen av lägenheter mellan små och stora byggherrar betingat på hur marken förvärvats, små och stora byggherrar har byggt ungefär hälften var.

Men, om vi övergår till uppgifter på hur kontraktet tilldelats betingat på att marken är förvärvad från en kommun finns det skäl att fundera kring huruvida upphandlingsreglementet följts eller inte. Totalt byggdes 3 633 lägenheter på mark som förvärvats av en kommun och 85 % av dessa kontrakterades under en icke konkurrensutsatt tilldelningsform, dvs. de uppfördes i egen regi eller tilldelades genom direkt förhandling, se figur 3. Motsvarande siffra gällande mark som ägdes av byggherren själv sedan fem år tillbaka är 62 %. Det tycks med andra ord vara mer vanligt förekommande med konkurrensutsättning inom den privata sektorn än inom kommunerna i detta avseende.

⁹⁴ Konkurrensverket (2006).

Figur 3. Sätt att tilldela byggentreprenad kontrakt för flerbostadshus, 2002–2003, betingat på ursprunglig ägare av marken. Källa: SCB och KKV (2006).



5.3 Fastighetsöverlåtelse i samband med framtagande av detaljplan

Inledningsvis bör framhållas två typfall av markexploatering där kommunen ursprungligen äger den mark som skall överlåtas på en exploatör och förutsättningarna för överlåtelsen.⁹⁵ I det första fallet äger kommunen marken utan att den blivande köparen, exploatören, medverkar vid upprättandet av detaljplanen. I det andra fallet medverkar exploatören aktivt vid framtagandet av detaljplanen.

Ett sätt för kommunen att arbeta i det första fallet är därför att upprätta en flexibel detaljplan, dvs. en plan som anger relativt grova ramar för hur marken skall användas och där detaljprövningen sker i samband med en bygglovsansökan. En sådan plan måste dock uppfylla de minimikrav som följer av plan- och bygglagen. Vem som skall få tillgång till marken har vanligen brukat bestämmas antingen via en så kallad direktanvisning⁹⁶ – efter att ha jämfört olika byggherrars förslag – eller efter en så kallad markanvisningstävling mellan olika deltagande byggherrar. Därefter regleras i ett markanvisningsavtal de förutsättningar som skall gälla vid överlåtelsen, t.ex. vilken mark som skall överlåtas på exploatören, vilka områden som skall upplåtas för gemensamhetsanläggningar, vägar och ledningar och så vidare samt eventuell mark som skall utgöra allmänna platser och som därför skall förbli i kommunens ägo. Vidare

⁹⁵ Se närmare Thomas Kalbro, Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation, 2007, s. 218–223.

⁹⁶ Direktanvisning är den vanligaste metoden vid uppförande av hyres- eller bostadsrättshus. Skälet är att en sådan metod ger kommunen störst inflytande över processen. 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.

reglerar avtalet pris vid markförvärvet och andra ekonomiska frågor, utformning av anläggningen samt utförandet av olika åtgärder för gemenskapsanläggningar med mera.⁹⁷

I det andra fallet samarbetar kommunen och en exploatör redan från början med att arbeta fram förutsättningarna för en marköverlåtelse och att ta fram en detaljplan för det av kommunen ägda området. Ett sådant förfarande har alltså den egenheten att kommunens samarbetspartner utses innan arbetet med detaljplanen startar, varpå markanvisningsavtalet med alla detaljer ingås. När detaljplanearbetet är färdigt ingås därefter det slutliga marköverlåtelseavtalet mellan parterna. Det är värt att notera att det sistnämnda förfarandet – vid en studie av planprocessen under 2000-talet i sex kommuner, däribland Stockholm, Göteborg och Malmö – uppges användas i 65 % av fallen, medan exploatören var ursprunglig ägare i 30 % av de undersökta fallen.⁹⁸ Mot bakgrund av undersökningen inställer sig därmed två centrala frågor; har den aktuella samarbetspartner, det vill säga har den exploatören som valts ut att samarbeta med kommunen, valts ut på ett konkurrensneutralt sätt och har försäljningspriset fastställts på ett marknadsmässigt sätt?

Huvudregeln enligt kommunallagen är, som framgick av avsnitt 2, att en kommun i princip måste tillämpa en marknadsmässig prissättning vid överlåtelse av mark, möjligen med undantag för de fall det rör sig om försäljning till kommunens egna helägda bolag. Samtidigt är kommunernas principer för att fördela mark till olika typer av byggnation ofta informella och svåröverskådliga. Ofta saknas såväl motivering som dokumentation rörande valet av en viss exploatör eller byggherre för ett visst byggprojekt. Vidare ligger ansvaret för markanvisningar i stor utsträckning hos enskilda tjänstemän. I praktiken förefaller det mot bakgrund av den ovan anförda undersökningen vara så att det i de flesta fall är privata intressenter – ofta i form av de stora byggföretagen – som svarar för den fysiska planeringen av byggbar mark inom kommunerna.⁹⁹

”En detaljplan som utformas för ett specifikt byggprojekt blir ofta detaljstyrande och skraddarsys till den planerade markanvändningen, ofta utifrån en tänkt exploatörs behov. När detaljplaner kopplas till enskilda projekt finns det en ökad risk för att andra faktorer än dem som skall beaktas enligt lagstiftningen får en roll i prövningen. ... Det faktum att ett kommunalt beslut att inte ändra eller upprätta en detaljplan normalt inte kan överklagas på ett ändamålsenligt sätt bidrar till risken för godtyckliga och svåröverskådliga planarbeten i kommunerna.”¹⁰⁰ Det är således inte bara konkurrensrättsliga frågor som aktualiseras, även kommunmedlemmarnas möjligheter att agera inom ramen för den lokala demokratin kan i viss mån sättas ur spel.

Konkurrensverket föreslår därför att kommunerna som regel bör använda markanvisningstävlingar vid tilldelning av byggbar mark, i stället för genom direktanvisning, vilket kan medföra en viss godtycklighet vid tilldelningsbesluten.¹⁰¹ Som konstaterades i avsnitt 2 sätter emellertid ett stort antal detaljerade bestämmelser gränserna för hur kommunen kan agera vid överlåtelser av egendom. När det gäller överlåtelser av fast egendom är de omfattande regler som omgärdar detaljplaneringsfrågor av central betydelse. Förfarandet vid så kallad förhandlingsplanering och markanvisning har alltid varit komplicerat och medfört stora tidsutdräkter. Vidare sätter det offentlighetsrättsliga regelverket gränserna för vilka krav på motprestationer som en kommun kan ställa på en motpart i samband med överlåtelser. En vanlig uppfattning i kommunerna är också att det är planprocessen snarare än marknadsprisnivåerna som utgör ett

⁹⁷ Se Thomas Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 218 f.

⁹⁸ Se Thomas Kalbro, *Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation*, 2007, s. 219 f. med hänvisningar.

⁹⁹ Se även Konkurrensverket, *Konkurrensen i Sverige 2006*, s. 197.

¹⁰⁰ Konkurrensverket, *Konkurrensen i Sverige 2006*, s. 87.

¹⁰¹ Se Konkurrensverket, *Konkurrensen i Sverige 2006*, s. 208 f. Dessa synpunkter framförs även av Konkurrensverket i dess yttrande över PBL-kommitténs betänkande, SOU 2005:77.

hinder för ökat byggande av till exempel bostäder.¹⁰² Nedan redogörs för några aktuella fall rörande kommunala marköverlåtelse.

5.3.1 Helsingborgsfallet – marköverlåtelse i förhållande till kommunallagen

En kommun kan formellt sett inte ingå avtal om något som den inte har kompetens att reglera i kommunalrättslig ordning.¹⁰³ Skulle ett kommunalrättsligt beslut upphävas vid en laglighetsprövning får detta givetvis inte verkställas. Har beslutet redan verkställts skall det organ som fattat detta enligt 10 kap. 15 § KL se till att det "rättas i den utsträckning som det är möjligt". Ett formellt beslut om rättelse skall dessutom meddelas "utan oskäligt dröjsmål".¹⁰⁴ En på beslutet grundad privaträttslig utfästelse kan således komma att sakna rättslig grund. Har verkställighet skett kan detta leda till civilrättsliga rättsverkningar, eftersom en privaträttslig bundenhet i förhållande till en avtalspart kan ha uppstått. Sådana problem anses emellertid få "lösas från fall till fall".¹⁰⁵ Skulle ett beslut att ingå ett avtal vara kompetensöverskridande utan att detta överklagas anses emellertid lagakraftvinnandet i allmänhet ha en konvalescerande verkan och blir på så sätt ur ett kommunalrättsligt perspektiv också oantastligt.¹⁰⁶

När ett beslut överklagas har kommunen därför flera handlingsalternativ att välja mellan eftersom kommunen dels kan välja att verkställa det överklagade beslutet, dels kan välja att avvakta verkställighet tills dess att domstolens beslut vunnit laga kraft. Detta kan leda till en intressekonflikt där verkställighet förvisso kan anses främja effektivitet inom den kommunala organisationen, men samtidigt kan åsidosätta syftet med laglighetsprövningen av kompetensöverskridande beslut, eftersom återgång till följd av verkställigheten kan omöjliggöras.¹⁰⁷ Av 10 kap. 14 a § KL framgår att ett kommunalt beslut som är möjligt att överklaga enligt bestämmelserna i 10 kap. KL får verkställas innan det har vunnit laga kraft om inte särskilda skäl talar mot det. Syftet är att ett beslut om verkställighet bör föregås av en individuell bedömning av skälen för och emot. Det framhålls i motiven att om det föreligger en realistisk möjlighet att ett överklagat beslut kan komma att upphävas bör någon omedelbar verkställighet vanligen inte ske. I synnerhet om ett avgörande medför allvarliga ingrepp i de enskilds rättssfär bör särskild försiktighet vara påkallad.¹⁰⁸

Om ett beslut upphävs därför att det till följd av ett formfel inte tillkommit i laga ordning bör det för att åtgärda olagligheten räcka att beslutet görs om i riktig ordning. Återgången skulle det annars kunna leda till besvärliga konsekvenser, i vart fall vid beslut med privaträttsliga rättsverkningar.¹⁰⁹ I själva verket är det så att verkställigheten i praktiken kan komma att neutralisera brister i kommunala beslut, eftersom de civilrättsliga konsekvenserna av beslutet i praktiken kan omöjliggöra återgång av det upphävda beslutet.

¹⁰² 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 och s. 18.

¹⁰³ Se prop. 1992/93:43, s. 5.

¹⁰⁴ Se prop. 2001/02:122, s. 18 f. och s. 29. Av motiven framgår att syftet med förtydligandet är att förbättra tillämpningen av bestämmelsen och motverka domstolstrots. Någon precisering av den tidsperiod inom vilken rättelse skall ske ansågs dock inte vara nödvändig att införa.

¹⁰⁵ Se även prop. 2001/02:122, s. 19.

¹⁰⁶ För det nedanstående, se även Tom Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalslut och rättsverkningar, 2000.

¹⁰⁷ Se även Ds 1988:52, s. 148 f.

¹⁰⁸ Se prop. 2001/02:122, s. 28 f.

¹⁰⁹ Se Sveriges Kommuner och Landsting, Kommunallagen; Kommentarer och praxis, 2006, s. 435 ff.

Som ett tydligt exempel på frågan vad som händer när ett beslut om att ingå ett avtal verkställts kan nämnas följande fall om kommunal fastighetsförsäljning. Enligt ett beslut av kommunfullmäktige i Helsingborg skulle tre exploatörer bebygga bostäder i ett område kallat Norra hamnen. Exploateringsområdet hade en markyta på 61 000 m² och omfattade ca 300 bostäder om ca 29 000 m² BOA. Försäljningen till exploatörerna omfattade 26 000 m² av området medan resterande del utgjorde allmän platsmark som även fortsättningsvis skulle ägas av staden.

Fullmäktige beslöt den 29 oktober 1996 att bemyndiga kommunstyrelsen att sälja den aktuella tomtmarken till exploatörerna för 500 kronor per m² BOA. Samtidigt beslutades att bemyndiga kommunstyrelsen att befria köparna från skyldigheten att utge gatukostnadsbidrag enligt föreliggande detaljplan. Genom det bestämda försäljningspriset erhöll kommunen full täckning för sina egna utgifter för exploateringen men inte någon vinst. Försäljningen kan alltså sägas ha gjorts till självkostnadspris. Fullmäktiges beslut överklagades och klagandena gjorde gällande att staden sålt marken till ett pris som väsentligt understeg dess marknadsvärde. Kammarrätten fann att eftersom området sålts till ett väsentligt lägre pris än som motsvarade dess egentliga värde och då några synnerliga skäl för detta enligt 2 kap. 8 § 2 st. KL inte framkommit hade de enskilda byggbolagen gynnats på ett otillbörligt sätt. Kammarrätten upphävde i juni 1999 därför det överklagade beslutet.¹¹⁰

Till följd av Kammarrättens dom var staden enligt 10 kap. 15 § KL sålunda skyldig att "i den utsträckning det är möjligt" vidta rättelse av det verkställda beslutet. Ett problem var dock att fastighetsförsäljningen genomfördes under april 1997 då köpehandlingar utväxlades och köparna erhöll lagfart. Några förbehåll för avtalets giltighet till följd av överklagande gjordes inte i avtalet mellan kommunen och markförvärvarna. Det aktuella området bebyggdes därefter med flerfamiljshus. En rättelse skulle därmed i praktiken vara omöjlig att genomföra eller för att använda en engelsk term: *you can't unscramble the scrambled eggs*. Fullständig återgång torde i det här fallet vara omöjlig att genomföra men en kommun är ändå i enlighet med kammarrättens upphävande av det kommunala beslutet tvungen att i möjligaste mån vidta rättelse.

Det är enligt kommunallagen viktigt att kommunen fattar ett formligt beslut i återgångsfrågan efter en saklig prövning av förutsättningarna för en sådan. Även detta beslut kan överklagas vilket innebär att domstol ånyo kan pröva om kommunen uppfyllt återgångskravet i enlighet med KL:s regler. Det blir härvid av vikt att bedöma om det i realiteten kan vidtas några återgångsåtgärder i förhållande till avtalsparterna. I förarbetena uttalas följande:

"Det bör ankomma på [det kommunala organet] att med till buds stående medel bringa verkställigheten till återgång. ... Den omständigheten att ett återgångsförfarande är förenat med kostnader eller förluster bör i princip inte försvaga det grundläggande kravet på återgångsåtgärder. ... Undantagsvis kan situationer tänkas förekomma där återgångsförfarande skulle medföra så omfattande ekonomiska förluster för kommunen att det skulle te sig orimligt att uppehålla ett krav på återgång. Genom att alternativa återgångsförfaranden mestadels finns att tillgå måste sådana situationer bli mycket ovanliga. Återgångsförfarande är ibland omöjligt att genomföra. Om verkställigheten exempelvis bestått i en utbetalning kan återkrav vara uteslutet på civilrättsliga grunder."¹¹¹

När det gäller möjligheten till återgång i civilrättsliga sammanhang måste alltså situationen bedömas i enlighet med för situationen aktuella civilrättsliga regler. I det här aktuella fallet är det därmed jordabalkens regler om köp och försäljning av fast egendom som blir av intresse för bedömningen. De påföljder som enligt jordabalken står till buds är hävning av fastighetsköpet, återgång på grund av ogiltighet eller

¹¹⁰ Se Kammarrättens i Göteborg dom 1999-06-23 (Mål nr 8038-1997). Kammarrättens avgörande vann laga kraft.

¹¹¹ Prop. 1975/76:187, s. 559 f. Se även SOU 1971:84, s. 147.

skadestånd. Dessa påföljder förutsätter dock någon form av avtalsbrott, vilket gör att det i den aktuella situationen saknas rättsmedel för att framtvunga någon civilrättslig rättelse då avtalet fullgjorts i enlighet med sin lydelse. Det återstående alternativet är därför att försöka förmå avtalsparterna att på frivillig grund betala ett högre pris än det avtalade. Kommunen måste i så fall inleda förhandlingar med parterna om ett frivilligt tillbakaträdande från fastighetsköpet, varefter kommunen skulle kunna sälja ut fastighetsbeståndet till högstbjudande. En sådan lösning framstår dock som klart orealistisk, om inte avtalsparterna på någon annan grund skulle vilja träda tillbaka från fastighetsköpet. I enlighet med vad som sägs i förarbetena torde en återgång således vara utesluten på civilrättslig grund, men genom att åtminstone inleda förhandlingar med avtalsparterna, och på så sätt underkasta frågan en saklig prövning, torde kommunen ha uppfyllt det kommunalrättsliga kravet på att "i den utsträckning det är möjligt" försöka vidta rättelse.

Efter det att Kammarrättens dom vunnit laga kraft konstaterade kommunfullmäktige genom beslut i september 2001 att återgång inte längre var möjlig att genomföra. Beslutet överklagades med motiveringen att fullmäktige inte begagnat till buds stående medel för att bringa verkställigheten av 1996-års beslut till återgång. Kammarrätten konstaterade i mars 2003 att med hänsyn till den tid som förflutit från tidpunkten för upprättandet av köpeavtalen till dess att återgångsfrågan aktualiserades inte framstår som realistiskt att genom frivilliga överenskommelser med köparna skulle kunna få till stånd en återgång av verkställigheten. Kammarrätten framhåller även att det inte ter sig "realistiskt att kommunen genom civilprocesser grundade på att köparna varit i ond tro rörande lagligheten av beslutet skulle kunna få de efterföljande köpeavtalen hävda." Det ansågs därför inte visat att det överklagade beslutet att inte ens försöka vidta rättelse stred mot kommunallagens bestämmelser.¹¹²

Exemplet visar på två saker; för det första bekräftar kammarrättens avgörande att försäljningar av kommunal egendom skall göras till marknadspris, för det andra visar fallet att om kommunen väljer att frångå reglerna är det svårt – för att inte säga nästan omöjligt – att få till stånd en rättelse genom de kommunalrättsliga reglerna om laglighetsprövning om överlåtelsen verkställts.

5.3.2 Eskilstunafallet – marköverlåtelser i förhållande till offentlig upphandling

Eskilstuna kommun godkände under hösten 2000 ett samarbetsavtal med ett stort byggbolag. Syftet med samarbetsavtalet var för kommunens vidkommande att det byggdes moderna tävlings- och träningsarenor för fotboll, speedway och friidrott, att det skulle byggas ca 1 100 bostäder i centrala lägen samt att det uppfördes nya lokaler för att förstärka befintliga köpcentra.¹¹³

Det upprättades därefter två som exploateringsavtal benämnda ramavtal mellan kommunen och exploatören. Genom avtalen utfäste sig kommunen att sälja vissa fastigheter till exploatören med syftet att exploatören skulle erhålla byggrätter för bostäder och affärsområden. Köpeskillingen uppgick till 61 miljoner kronor och exploatören tog på sig all risk för förekomst av eventuella markföroreningar, arkeologiska utgrävningar osv. samt samtliga kostnader för planläggning och exploatering av områdena. Kommunen förband sig att under minst 25 år hyra de tre idrottsanläggningarna som exploatören skulle uppföra på angivna fastigheter. Hyran motsvarade kostnaden för kapitalet och anläggningskostnaden skulle också ha en avskrivningstid på 25 år. Kommunen skulle svara för drift och underhåll av anläggningarna.

¹¹² Se Kammarrättens i Göteborg dom 2003-03-20 (Mål nr 2961-2002). Domen har vunnit laga kraft.

¹¹³ Se även Tom Madell, Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeavtal, i: Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna, Eija Mäkinen (red.), 2005, s. 225–254, samt Tom Madell, Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig-privata partnerskap?, i: Svensk rätt i EU – en antologi, Örjan Edström (red.), 2007, s. 35–59, och i dessa arbeten anvisad litteratur.

I exploateringsavtalen åtog sig exploatören att inom planlagda områden bekosta och anlägga gator, allmänna platser samt vatten- och avloppsanordningar. Dessa områden skulle efter färdigställandet utan kostnad överlämnas till kommunen. Kommunen behöll sin rätt att ta ut lagstadgade avgifter för dessa anläggningar, men exploatören gavs rätt att avräkna ett belopp motsvarande bolagets kostnader för sitt anläggningsarbete till den del ersättningen hänförde sig till de lokala allmänna anläggningar som exploatören anlagt. Den del av avgiften som hänförde sig till generella anläggningar, t.ex. reningsverk, var exploatören skyldig att betala.

Samarbetet blev uppmärksammat i medierna och anmäldes till Kommissionen. Anmälaren ansåg att avtalen stred mot konkurrensreglerna och att det var ett brott mot direktiven om offentlig upphandling. Kommissionen överlämnade den 23 oktober 2002 till Sveriges ständiga representation en formell underrättelse om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten avseende upphandling av byggnadsarbeten med mera i kommunen.

Kommissionen gjorde gällande att kommunen vid tilldelning av offentliga byggtreprenadkontrakt inte följt bestämmelserna i det då gällande Byggdirektivet (93/37/EEG). Kommissionen ansåg därför att avtalen mellan kommunen och exploatören stred mot direktivet i de delar som avtalen innebar dels att exploatören skulle uppföra idrottsanläggningar som kommunen utfäste sig att hyra, dels att exploatören skulle anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar.¹¹⁴

I fyra av de totalt fem detaljplanerade områden som omfattades av exploateringsavtalet var arbetena påbörjade eller avklarade, vilket medförde att en rättelse i praktiken var omöjlig att göra, medan det i ett av områdena fortfarande var möjligt att åstadkomma en rättelse. Exploatören gick med på att ändra exploateringsavtalet för det aktuella området på så sätt att arbetena skulle upphandlas. Efter att dessa åtgärder vidtagits fann Kommissionen att rättelse vidtagits.¹¹⁵

Agerandet skall ses mot bakgrund av att det bland många kommuner i Sverige tidigare varit en vanlig missuppfattning att upphandlingsreglerna inte är tillämpliga på överlåtelseavtal. Ett synsätt som bl.a. mot bakgrund av EG-domstolens avgörande i mål C-399/98, *La Scala*, måste revideras.¹¹⁶ Som nämndes ovan under avsnitt 2 beslutade Milano kommun i det aktuella målet att godkänna ett bygg- och anläggningsprojekt som bland annat innefattade uppförandet av en teaterbyggnad. Enligt ett till projektet bifogat avtal skulle teatern såväl uppföras som bekostas av ett antal privata aktörer som redan var verksamma i området och som agerade i egenskap av fastighetsägare och markexploatörer. Det bör noteras att dessa genom avtalet åtagit sig att utan kostnad för kommunen uppföra teatern mot att de stadsplaneringsavgifter som skulle ha betalats till kommunen avräknades, vilket var i enlighet med nationell och regional italiensk lagstiftning. Av överenskommelsen framgick också att marken efter uppförandet kostnadsfritt skulle överlåtas till kommunen.

Det är av stort intresse att notera att domstolen fann att Byggdirektivet utgjorde hinder för en nationell stadsplaneringslagstiftning som tillåter att den som innehar bygglov eller godkänd plan för

¹¹⁴ Se Kommissionens formella underrättelse om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbete (KOM:s ref nr SG(2002) D/220815, ärendenr 2001/4764).

¹¹⁵ Förfarandet överklagades även genom laglighetsprövning och LR fann att kommunens förfarande var olagligt och att exploateringen borde ha upphandlats. Kammarrätten fann dock att besluten omfattades av reglerna i 7 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU, och att de därmed inte kunde överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900), KL. Länsrättens dom undanröjdes därför och talan avvisades, se Kammarrättens i Stockholm beslut 2005-04-05 (mål 6857-04 & 6859-04).

¹¹⁶ Se även Sveriges Kommuner och Landsting, cirkulär 2003:109, rörande *La Scala* domens konsekvenser för kommunernas exploateringsavtal.

markexploatering, genom ett avtal förbinder sig att uppföra en anläggning mot att hela eller delar av avgiften för bygglovet avräknas. Om värdet av arbete motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet skall en offentlig upphandling av projektet genomföras, även om marken, såsom i det aktuella fallet, således ägdes och bebyggdes av privata exploatörer

Svenska genomförandeavtal innehåller ofta villkor som går ut på 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 överlätas till kommunen. Som motprestation avstår kommunen från att ta ut avgifter för dessa anläggningar från exploatören som denne i egenskap av fastighetsägare skulle vara skyldig att erlägga. Genomförandeavtalen innehåller många gånger även andra villkor som innefattar olika typer av arbeten i anslutning till projektet som kan anses ske på uppdrag av kommunen, men där någon direkt avräkning – eller kvittning mot lagstadgade avgifter – inte sker. Förfarandet grundas på syftet med bestämmelserna i bland annat PBL med flera lagar. Dessa villkor påminner i stor utsträckning om de villkor som prövades i *La Scala*. På samma sätt skulle ett genomförandeavtal med villkor som indirekt går ut på att exploatören får betalt av kommunen för att bygga olika anläggningar kunna ses som ett köp av en byggtreprenad eller en byggkoncession och därför som huvudregel behöva föregås av ett offentligt upphandlingsförfarande.¹¹⁷

5.3.3 Sävsjö och Åre – marköverlåtelse i förhållande till statsstödsreglerna

Sävsjö kommuns överlåtelse av mark och byggnader till Ljunga Park AB

Att ett offentligt organ överlåter eller förvärvar egendom utan föregående konkurrensutsättning kan komma att bryta mot EG:s statsstödsregler torde vara ställt utom tvivel. Statsstödsreglerna har dessutom en vidare definition på vad som är otillåtet stöd än kommunallagen. Enligt EG-rätten är alla former av gynnande som snedvrider konkurrensen ett otillåtet statsstöd, exempelvis skatte- och avgiftslättnader till ett företag eller en hel bransch, köp från ett företag till överpris eller försäljning av fast egendom till underpris.

Det kan i sammanhanget vara av intresse att inledningsvis nämna ett fall som rörde ett ifrågasatt kommunalt stöd till en hotellanläggning i Sävsjö. I ett överlåtelseavtal daterat den 27 augusti 1999 överlät Sävsjö kommun del av fastigheten Sävsjö 12:1 med ett område om ca 70 000 kvm med tillhörande byggnader för en köpeskilling om 500 000 kronor till företaget Ljunga Park AB. Köparen utfäste sig genom avtalet renovera byggnaden i enlighet med av kommunen uppställda krav och kommunen förband sig att upprätta en ny detaljplan för området. Med pantbrev som säkerhet medgav även kommunen köparen ett amorteringsfritt lån om 1 000 000 kronor med en löptid på fem år och med en ränta på sex procent. Kommunen förband sig även att bekosta renoveringsarbeten med 3 500 000 kronor exklusive moms till en byggtreprenör – ett företag som ägdes av en av intressenterna i Ljunga Park AB.

Markområdet var bebyggt med en sanatoriebyggnad, uppförd 1907 och förmodligen norra Europas största träbyggnad, ett garage samt en s.k. överläkarvilla, uppförd på 1920-talet. Efter att ha använts som bl.a. vårdhem och därefter som flyktingförläggning hade anläggningen i stort sett varit outnyttjad från och med 1994 fram till dess att den överläts till Ljunga Park. Fastigheten hade varit i kommunens ägo sedan början 1990-talet. Köparens avsikt med förvärvet var att etablera restaurang- och cateringverksamhet samt att därefter även starta hotellrörelse. Kommunfullmäktige godkände överlåtelsen genom beslut den 30 augusti

¹¹⁷ Se även Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 47.

1999. I april 2000 beviljades bygglov för ombyggnad av huvudbyggnaden samt för ändrad användning till hotell- och restaurangrörelse.

Ägaren till Stadshotellet i Sävsjö, EK, överklagade kommunens beslut av den 30 augusti 1999 och anförde bl.a. att kommunen genomförde en fastighetsaffär som skulle resultera i förlust och extra upplåning för med ett belopp som minst skulle komma att uppgå till 4,3 miljoner kronor. Han anför vidare kommunen beslutat att inte genom annonsering bjuda ut marken till försäljning och att en konkurrensutsatt försäljning skulle ha inbringat minst 2,5 miljoner i köpesumma och att kommunens lån om en miljon kronor till köparen dessutom var att betrakta som ett företagsstöd, inte minst beroende på den överretablering av storkök och näringsställen som sedan tidigare fanns i kommunen. Sävsjö kommun yrkade att överklagandet skulle avslås och att kulturhistoriskt viktiga byggnaden i stort sett stått tom under flera år och att kommunens driftkostnader för den oanvända byggnaden varje år uppgått till omkring 500 000 kronor. En undersökning som kommunen gjort 1997 visade att en total renovering av sanatoriebyggnaden skulle kosta omkring 20 000 000 kronor. Med hänsyn till kommunens ekonomiska läge framstod det som orealistiskt att kommunen skulle genomföra en sådan renovering i egen regi. Kommunen anför vidare att de under 1990-talet gjort flera fruktlösa försök, bl.a. via mäklare, att sälja sanatoriet. Kommunen hävdade därför att överenskommelsen inte till någon del innebar ett individuellt riktat stöd till enskild näringsidkare och för det fall att det ändå skulle anses föreligga ett sådant stöd, den med stöd av lagen (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet skulle vara berättigad till att vidta de aktuella åtgärderna.

Länsrätten fann att avtalet förvisso belastar kommunen med kostnader om över fyra miljoner kronor men att kommunen samtidigt frigör sig från betungande driftskostnader och att en rivning av huset skulle innebära en än större kostnad för kommunen. Eftersom kommunens tidigare försök att överlåta fastigheten inte lyckats ansåg länsrätten därför inte att uppgörelsen innebar något otillåtet stöd till en enskild näringsidkare. Samma bedömning gjordes avseende kommunens bidrag till renoveringskostnaderna till ett av köparen närstående byggbolag. Kommunens agerande att inte annonsera ut fastigheten kunde möjligen anses vara olämpligt men ansågs inte vara olagligt.¹¹⁸ Såväl Kammarrätten¹¹⁹ som Regeringsrätten¹²⁰ vägrade prövningstillstånd. EK ansökte om resning bl.a. med hänvisning till att ingen av de rättsliga instanserna inhämtat kommissionens godkännande enligt 6 § lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler samt kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03). Kammarrätten konstaterade att det inte fanns någon skyldighet för förvaltningsdomstol att lämna upplysningar eller inhämta godkännande. Kammarrätten fann inte att någon grund för resning visats och avslog därför ansökan.¹²¹

Även två andra kommunmedlemmar – SS och MA – överklagade kommunens beslut av den 30 augusti 1999 om att godkänna det aktuella överlåtelseavtalet. De anförde i huvudsak samma grunder som i det ovan redovisade fallet och Länsrätten avslog överklagandet.¹²² Även i det här fallet vägrade såväl Kammarrätten¹²³ som Regeringsrätten¹²⁴ prövningstillstånd.

¹¹⁸ Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 2039-99).

¹¹⁹ Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2000-03-14 (mål nr 469-2000).

¹²⁰ Se Regeringsrättens beslut 2000-07-27 (mål nr 2933-2000)

¹²¹ Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2003-03-22 samt beslut 2005-02-09 (mål nr 803-2002).

¹²² Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 1991-99).

¹²³ Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2000-03-14 (mål nr 402-2000).

¹²⁴ Se Regeringsrättens beslut 2000-07-27 (mål nr 2310-2000)

Den 29 maj 2000 fattade Sävsjö kommun beslut om att starta utbetalningarna för renoveringsarbetet i enlighet med vad som följde av överlåtelseavtalet. EK överklagade kommunens beslut och yrkade att det skulle upphävas med hänvisning till att det stred mot 2:a och 8:e kap. KL samt konkurrenslagstiftningen. Vidare anförde han att kommunen inte beaktat upphandlingslagstiftningen samt att kommunen borde ha anmält försäljningen till Kommissionen enligt bestämmelserna i lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler. Länsrätten fann att kommunens beslut innefattade ett sådant stöd till en enskild näringsidkare som strider mot bestämmelserna i 2 kap. 8 § KL och upphävde därför det överklagade beslutet.¹²⁵ Kommunen överklagade avgörandet och yrkade att kammarrätten skulle undanröja länsrättens dom och fastställa att fullmäktiges beslut skulle gälla. Kammarrätten anförde att överlåtelsen måste ses i hela sitt sammanhang. Med hänvisning till att kommunen genom överlåtelsen blir befriad från årliga underhållskostnader och med hänsyn till intresset av att bevara huvudbyggnaden i ursprungligt skick kunde villkoren enligt kammarrätten inte anses medföra ett otillbörligt gynnande av en enskild näringsidkare. Därmed ansåg kammarrätten att det heller inte fanns någon grund för påståendet att kommunen brutit mot 6 § lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler eller mot artiklarna 44h, 87 eller 88.3 EG. Kammarrätten ändrade därför länsrättens dom och godkände fullmäktiges beslut.¹²⁶ Regeringsrätten beslutade att inte meddela prövningstillstånd.¹²⁷

I likhet med fullmäktiges beslut från den 30 augusti 1999 överklagade SS och MA även fullmäktiges beslut av den 29 maj 2000. Länsrätten fann även här att det överklagade beslutet stred mot 2 kap. 8 § KL och att det heller inte visats att det var förenligt med lagen (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet och upphävde därför beslutet.¹²⁸ Kommunen överklagade avgörandet och i likhet med det föregående fallet ändrade kammarrätten länsrättens dom och godkände fullmäktiges beslut.¹²⁹ Regeringsrätten beslutade att inte meddela prövningstillstånd.¹³⁰

Sävsjö kommuns försäljning av sanatoriet överklagades även till Marknadsdomstolen. I MD 2001:25 yrkade en person att MD skulle fastställa att Sävsjö kommun genom beslut av fullmäktige den 29 maj 2000 angående betalningar till en av den ene av intressenterna i Ljunga Park ägt byggföretag agerat i strid mot bestämmelsen om upplysningsskyldighet i 6 § lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler. Mannen framställde även yrkanden om skadestånd och konkurrensskadeavgift. Marknadsdomstolen fann att enligt 1 § 1 st. 2 p. lagen (1970) om marknadsdomstol m.m. handlägger den förvisso mål och ärenden enligt lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler. MD avvisade mannens ansökan, eftersom den fann att reglerna i lagen ger MD behörighet att tillämpa konkurrensreglerna i Art. 81 och 82 EG, men att lagen i övrigt inte innehåller några bestämmelser vari Marknadsdomstolen nämns. Domstolen ansågs sig därför inte vara behörig att ta upp mål om kommunala stödåtgärder till prövning. Yrkandena om konkurrensskadeavgift och skadestånd togs inte heller upp med motiveringen att det endast är Konkurrensverket som får väcka sådan talan, medan skadestandsfrågor prövas i allmän domstol. MD skriver dock ingenting om i vilken domstol man väcker talan för brott mot 6 § lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler.

¹²⁵ Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1239-00).

¹²⁶ Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3889-2000).

¹²⁷ Se Regeringsrättens beslut 2002-05-15 (mål nr 4735-2001).

¹²⁸ Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1144-00).

¹²⁹ Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3888-2000).

¹³⁰ Se Regeringsrättens beslut 2002-05-15 (mål nr 5208-2001).

I MD 2002:1 yrkade EK bl.a. att MD skulle fastställa att Sävsjö kommun agerat i strid med 6 § lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler samt att MD skulle meddela omedelbart förbud för Ljunga park AB att bedriva viss verksamhet. MD avvisade ansökan med hänvisning till att reglerna i lagen förvisso ger MD behörighet att tillämpa konkurrensreglerna i Art. 81 och 82 EG, men att lagen i övrigt inte innehåller några bestämmelser vari Marknadsdomstolen nämns. Domstolen ansågs sig – i likhet med MD 2001:25 – därför inte vara behörig att ta upp mål om kommunala stödåtgärder till prövning det ansågs uppenbart att det därmed förelåg rättegångshinder. I enlighet härmed konstaterade MD även att det heller inte ankom på domstolen att avgöra huruvida staten åsatt sina förpliktelser enligt EG-fördraget.

Kommissionen tog i en skrivelse från 11 januari 2002 till den svenska regeringen (statligt stöd CP 127/01) upp ett klagomål från EK, där det ifrågasattes om kommunen i strid med gällande regler gynnat en näringsidkare i samband med att denne med stöd från kommunen låtit bygga om ett sanatorium som denne fått köpa av kommunen till ett hotell. Kommissionen begärde den 18 oktober 2002 att kommunen tog fram en expertbedömning i efterhand av villkoren för överlåtelsen. Kommunen gav fastighetsvärderingsföretaget Bryggan i uppdrag att uppskatta marknadsvärdet per den 27 augusti 1999. Bryggan konstaterade att marknadsvärdet är det mest sannolika priset vid en försäljning på en öppen och fri marknad och att ett värde i första hand bör bedömas genom jämförelser av andra försäljningar av liknande objekt. Eftersom det saknas jämförelseobjekt gjorde Bryggan en s.k. marknadssimulering varvid man försöker utgå från hur en presumtiv köpare skulle ha resonerat vid köpetillfället.

Bryggan fann att det sammanlagda värdet efter en ombyggnad skulle uppgå till omkring 8 700 000 kr, men att den totala renoveringskostnaden skulle uppgå till ett belopp mellan 15–20 miljoner kronor. Bryggan räknar även på ett alternativscenario baserat på vad det skulle det kosta att riva sanatoriet och behålla överläkarvillan. Bryggans beräkningar visar att en sådan beräkning skulle ge egendomen ett värde på minus 2 000 000 kronor. Det ekonomiskt sett mest lönsamma alternativet skulle därför ha varit att riva sanatoriebyggnaden.¹³¹

Den värdering som gjordes genom kommunens försorg tillsändes Kommissionen som på grundval av Näringsdepartementets upplysningar fann att värderaren var tillräckligt oberoende och erfaren för att uppfylla kraven i Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03). Kommissionen konstaterar att egendomen överläts till ett pris av 500 000 kr, att ett villkor för köpet var att Sävsjö kommun skulle låta renovera egendomen för 3 500 000 kronor innan avtalet genomfördes samt att avtalet även innefattar ett amorteringsfritt lån om 1 000 000 kronor. Värdet skulle på så sätt uppgå till minus 3 000 000 kronor enligt Bryggans marknadssimulering och till minus 2 000 000 enligt Bryggans alternativa scenario. Kommissionen fann därför att värderingen uppfyllde de krav man kunde ställa på den och att försäljningen inte hade skett i strid med Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03). Kommissionen fann att även om alternativscenariot antydde att det kunde finnas inslag av statligt stöd skulle stödbeloppet ligga nära det då gällande minimibeloppet, dvs. 1 000 000 kronor och därmed falla utom ramen för art. 87 EG. Ärendet avslutades därför utan åtgärd.¹³²

¹³¹ Se Bryggan, Utlåtande rörande marknadsvärdet av fastigheten Sävsjö 12:21 i Sävsjö kommun per 27 augusti 1999. Stockholm 2003-01-16 (Per-Olof Johansson & Lars Fröjd).

¹³² Kommissionens beslut 2003-05-13 COMP H3/EP/GS/lc (2003) A/31598D/198.

Åre kommuns fastighetsöverlåtelse till Konsum Jämtland

Ett annat och mera aktuellt fall där överlåtelse av offentlig egendom till privata parter ställts under Kommissionen granskning enligt artikel 88.2 EG rör Åre kommuns marköverlåtelse till Konsum Jämtland. Inför det att Åre skulle arrangera VM i utförsåkning behövde detaljplanerna för Åre centrum ändras. Mitt i centrum låg bl.a. en konsumbutik. Åre kommun ville inom ramen för en mer omfattande bytesaffär förvärva den aktuella marken och erbjöd Konsum att förvärva en annan fastighet i området för en krona. Genom ett e-postmeddelande av den 23 augusti 2005 inkom emellertid konkurrenten Lidl – som önskade etablera sig i Åre – med ett anbud på 6 600 000 kronor för samma mark. Anbudet uppmärksammades i lokalmedierna.

Efter anbudet från Lidl ökade försäljningspriset successivt från 1 krona till 2 miljoner kronor och den 15 oktober 2005 beslutade kommunfullmäktige i Åre att sälja tomtmarken till Konsum för det sistnämnda beloppet. Försäljningen föregicks inte av något anbudsförfarande utan var ett led i en flera år lång planeringsprocess där tanken aldrig var att någon annan köpare än Konsum var tilltänkt för den aktuella marken.

Transaktionen överklagades till Länsrätten. Kommunen anförde dels att försäljningen var en kommunal angelägenhet för att i enlighet med kommunens planer uppnå optimal samhällsnytta, dels att den inte hade någon skyldighet att infordra anbud vid försäljning av fast egendom. Slutligen anförde kommunen att försäljningspriset var skäligt och att Lidls erbjudande inkom i slutet av en flerårig plan- och beslutsprocess. Länsrätten¹³³ fann att försäljningen måste ses mot bakgrund av kommunens omlokaliseringar av verksamheter och näringsidkare och att det inte framkommit att Åre kommun genom beslutet gynnat Konsum eller att beslutet skulle innebära ett sådant stöd som avses i artikel 87.1 EG, varför överklagandet avslogs. Kammarrätten fann dock att försäljningen stred mot såväl 2 kap. 8 § 2 st. KL som artikel 88.3 EG.¹³⁴

Genom ett klagomål som registrerades den 14 november 2005 informerades även Kommissionen om Åre kommuns försäljning, som påstods omfatta olagligt statligt stöd. Enligt klaganden var inte Lidls anbud kopplat till några särskilda villkor. Kommunen skulle därmed ha kunnat ingå ett köpeavtal med Lidl som helt motsvarade det som ingicks med Konsum. Klaganden menade därför att de två anbuden är direkt jämförbara. De systematiska prishöjningarna till följd av Lidls anbud visar att kommunens avsikt varit att sälja marken under marknadsvärdet. Klaganden hävdade vidare att kommunen inte erbjudit Lidl någon alternativ lokalisering och därför utgjorde försäljningen till Konsum ett etableringshinder för Lidl.

Kommissionen fann på grundval av de uppgifter som lämnats att förekomsten av statligt stöd i enlighet med innebörden i artikel 87.1 EG inte kunde uteslutas. På grundval av tillgängliga uppgifter verkade det tvärtom troligt att det pris Konsum betalade för marken låg under marknadsvärdet och att offentliga medel därmed har använts. Anbuden från Konsum och Lidl verkade vara direkt jämförbara och inga särskilda villkor verkade heller vara kopplade till Lidls anbud. Höjningarna av försäljningspriset efter det att Lidl tillkännagav sitt anbud ansågs också stödja slutsatsen.

Kommissionen konstaterade också att om offentliga medel på ett eller annat sätt förekommer i en transaktion med ett företag finns det heller inga tvivel på att de gynnar företaget och därmed snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna. I det aktuella fallet påverkades en stor internationell aktör – Lidl – då en direkt konkurrent tagit emot offentliga medel som Lidl inte haft tillgång till. Den berörda sektorn, detaljhandelsförsäljning av livsmedel och dagligvaror, är öppen för handel inom

¹³³ Länsrättens i Jämtlands län dom 2006-05-24 (mål nr 791-05).

¹³⁴ Kammarrättens i Sundsvall dom 2008-04-09 (mål nr 1715-06). Att märka är att Kammarrättens avgörande kom efter det att Kommissionen meddelat sitt slutliga beslut i ärendet.

gemenskapen och eftersom en internationellt aktiv konkurrent i en sektor som är öppen för handel inom gemenskapen har påverkats, kunde det inte uteslutas att också handeln mellan medlemsstaterna påverkas.

Kommissionen konstaterade därför att försäljningen av marken inte gjorts i enlighet med bestämmelserna i Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader,¹³⁵ eftersom försäljningen inte utfördes genom ett villkorslöst anbuds förfarande och de svenska myndigheterna har inte lämnat bevis på att en oberoende expertvärdering av marken gjorts. Eftersom försäljningen inte anmäldes ansåg kommissionen preliminärt att Sverige underlåtit att uppfylla sin skyldighet att, i enlighet med artikel 88.3 EG, i god tid informera Kommissionen så att den kan lämna synpunkter på eventuella planer på att bevilja eller ändra stöd och att stödåtgärden därför måste behandlas som olagligt statligt stöd enligt artikel 87.1 EG. Kommissionen uppmanade därför Sverige att, inom ramen för förfarandet i artikel 88.2 i EG-fördraget, inkomma med synpunkter och tillhandahålla alla upplysningar som kan bidra till undersökningen av åtgärden.¹³⁶ Upplysningarna skulle, om det var möjligt, särskilt innehålla formella bevis på en oberoende värdering av marken som visar att transaktionspriset låg i linje med marknadspraxis, formella bevis som visar att transaktionen ingick som ett led i ett antal marktransaktioner som tillsammans var finansiellt neutrala för Åre kommun, motivering till transaktionens förenlighet med EU:s regler om statligt stöd – särskilt reglerna om statligt regionalstöd –, samt en förklaring av eventuella kvalitativa skillnader mellan Lidl's anbud och det köpeavtal som ingicks med Konsum.

Enligt vad de svenska myndigheterna anförde i sitt svar till Kommissionen är inte kommunerna skyldiga att inleda ett anbuds förfarande vid försäljning av mark. Försäljningspriset fastställdes på grundval av informella kontakter med lokala experter och en angränsande kommun och på en värdering av Ernst & Young Real Estate. De svenska myndigheterna anförde vidare att försäljningen till Konsum var ett led i ett antal marktransaktioner som bland annat omfattade Konsums försäljning av mark i ett annat område i Åre som kommunen hade för avsikt att använda för andra utvecklingsändamål. Genom försäljningen av marken flyttade Konsum sin verksamhet och gjorde det därmed möjligt för kommunen att uppnå sin målsättning. Om Lidl's anbud hade godtagits skulle inte kommunen ha kunnat fullfölja den nya utvecklingsplanen, då Konsum skulle ha fortsatt sin verksamhet i de gamla lokalerna. I köpekontraktet nämns ingen annan försäljning av mark och inte heller värdet på den mark Konsum sålde i det andra området i Åre.

Den 30 januari 2008 avslutade kommissionen ärendet och fattade ett negativt beslut och krävde att det otillåtna stödet skulle återkrävas.¹³⁷ Kommissionens beslut är förvisso entydigt, men det finns ändå vissa invändningar mot de slutsatser som Kommissionen drar, bl.a. att det inte fanns några särskilda förpliktelser knutna till försäljningen, då detta inte infördes i kontraktet om markförsäljning (p. 53), och att Lidl's och Konsums bud därför var direkt jämförbara (p. 54).¹³⁸

Som ytterligare ett exempel kan även nämnas en nyligen avkunnad dom rörande en fastighetsöverlåtelse i Vällinge kommun. I maj 2008 beslutade kommunen att genom ett s.k. markanvisningsavtal överlåta mark till ett privat bolag för hotelländamål. En kommuninnevånare ansåg emellertid att försäljningspriset endast motsvarade en fjärdedel av marknadsvärdet och ansökte därför om inhibition av beslutet. Kommuninnevånaren ansåg att kommunen genom underprissättningen i strid med 2:8 KL lämnat ett otillåtet stöd till köparen med cirka 6 700 000 kronor. Vidare hävdade hon att kommunens beslut innebar ett

¹³⁵ Se Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03).

¹³⁶ Uppmaning att inkomma med synpunkter enligt artikel 88.2 i EG-fördraget (2006/C 204/03) avseende stöd nr C 35/2006 (ex NN 37/2006) – Försäljning av tomtmark under marknadspris.

¹³⁷ Se http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/by_case_nr_c2006_0030.html.

¹³⁸ Se Kommissionens beslut K(2008)311 slutlig av den 30.1.2008 om det statliga stöd C 35/2006 (f.d. NN 37/2006) som Sverige har genomfört till förmån för Konsum Jämtland ekonomisk förening.

otillåtet statsstöd enligt artikel 87.1 EG, eftersom inget godkännande från Kommissionen inhämtats, och att man inte heller notifierat, utlyst ett anbudsförfarande eller gjort någon oberoende expertvärdering av fastigheten. Kommuninnevånaren hade själv vid upprepade tillfällen erbjudit sig att köpa fastigheten till ett högre pris.

Kommunen anförde bl.a. att det åsatta priset var rimligt i förhållande till vad den aktuella detaljplanen medgav i fråga om byggnation, att priset fick anses motsvara marknadspriset i det aktuella området samt att avtalet innehöll fler moment än själva överlåtelsen, t.ex. att köparen åtog sig kostnadsansvaret för hela exploateringen.

Ansökan avsågs i länsrätten,¹³⁹ men Kammarrätten fann att det i målet framkommit starka skäl som talade för att beslutet var olagligt och att allmänna och enskilda intressen kunde åsamkas beaktansvärd skada om inte verkställigheten av beslutet förbjöds. Kammarrätten förordnade därför att beslutet, till dess att länsrätten avgör målet eller förordnar på annat sätt, inte fick verkställas.¹⁴⁰

5.3.4 Tibble gymnasium – upplåtelser och överlåtelser (avknoppning)

Frågan om försäljning av kommunal mark och kommunala fastigheter är nära sammankopplad med så kallad avknoppning, dvs. när skattefinansierad verksamhet t.ex. fortsätter att bedrivas i en fastighet som ursprungligen ägts men sedermera avyttrats av kommunen. Begreppet avknoppning saknar dock en juridisk innebörd och vilka rättsverkningar som egentligen uppstår till följd av en "avknoppning" måste därför bedömas från fall till fall. Begreppet avknoppning är dock inte reserverad för mark- eller fastighetsöverlåtelser – begreppet används även i de fall marken förblir i kommunens ägo men upplåts till en privat part i samband med att driften av verksamheten också övergår till den sistnämnde.

I Tibblefallet handlar det om en rektor som utan stöd från elever, föräldrar och lärare har ansökt om privatisering av en gymnasieskola i Täby. Skolverket godkände ansökan och Tibble gymnasium lades ned efter ett beslut av Täby kommunfullmäktige vid ett extra sammanträde den 10 maj 2007 för att lokalerna från och med den 1 juli 2007 skulle hyras ut till Tibble Fristående Gymnasium AB, TFG, så att i princip motsvarande verksamhet kunde fortsätta att bedrivas från och med hösten 2007. Fastigheten som sådan är således kvar i kommunens ägo, medan inventarierna överlätits till det ovan nämnda bolaget. I samband med överlåtelsen upprättade Täby kommun en avbetalningsplan för TFG, vilket lades upp som ett femårigt annuitetslån med månadsbetalning. Motivet var att bolaget inte skulle kunna erhålla förmånliga lånevillkor vid ett banklån, eftersom det i egenskap av hyresgäst skulle komma att sakna möjlighet att inteckna fastigheten för att på så sätt kunna erhålla pantbrev.

Täby kommuns beslut om överlåtelse av inventarierna överklagades till Länsrätten och kritiserades bl.a. för att snedvrیدا konkurrensen bland friskolor. Detta motiverades av att överlåtelsen skedde utan föregående budgivning samt att priset på 9,2 miljoner kronor – motsvarande inventariernas uppskattade värde – inte ansågs spegla det uppskattade marknadsvärdet på 40 miljoner kronor. Hela verksamheten hade dessutom under 2006 en omsättning på 100 miljoner kronor.

Länsrätten i Stockholms län fann att Täby kommuns beslut om verksamhetsövergång beträffande Tibble gymnasium inte stod i strid med kommunallagens regler om likabehandling och förbud mot stöd till

¹³⁹ Länsrätten i Skåne läns beslut 2008-06-19 (mål nr 5593-08).

¹⁴⁰ Se Kammarrättens i Göteborg dom 2008-09-30 (mål nr 4387-08).

enskild.¹⁴¹ Länsrätten konstaterade att likabehandlingsprincipen inte behöver iakttas då kommunen, såsom i förevarande fall, träder i förbindelse med enskilda näringsidkare. Beslutet har heller inte utgjort ett otillåtet stöd till enskild eftersom kommunens upphandlingsenhet tillsammans med externa konsulter utgått ifrån de principer som tillämpas i ärenden som exempelvis rör försäljning till skolor. Den värdering som gjorts av de inventarier som överläts till den nystartade friskolan fick därmed anses ha genomförts på ett marknadsmässigt sätt. Länsrättens dom har överklagats med motiveringen att försäljning skett till underpris, att kommunen gynnat enskilda näringsidkare och att förfarandet strider mot statsstödsreglerna. Kammarrätten har ännu inte avgjort målet.¹⁴²

Enligt en utredning om de rättsliga förutsättningarna för avknoppningar som presenterades av Sveriges Kommuner och Landsting, SKL, den 28 januari 2008 finns i sig inga lagliga hinder för s.k. avknoppningar av skolor.¹⁴³ Däremot konstateras att det uppstår flera rättsliga problem när en kommun inte bara lägger ner en skola utan också aktivt bidrar till att en viss intressent tar över verksamheten, inte minst i förhållande förbudet mot stödjande av enskild näringsidkare enligt 2 kap. 8 KL och till kravet på god ekonomisk hushållning enligt 8 kap. 1 § KL.

SKL konstaterar att det av Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03) följer att även uthyrning eller leasing av mark och byggnader kan innefatta inslag av statligt stöd. Eftersom det i Sverige finns en marknad för fristående skolor kan det knappast råda något större tvivel om att åtminstone de tre första kriterierna för att det skall röra sig om otillåtna statsstöd är uppfylla. Alla aktörer som kan anses bedriva konkurrensutsatt verksamhet omfattas av reglerna – oavsett om verksamheten bedrivs med vinstsyfte eller inte. Det kan heller inte uteslutas att det fjärde rekvisitet, samhandelskriteriet, är uppfyllt. Kravet anses normalt vara uppfyllt då det kan visas att stödmottagaren bedriver ekonomisk verksamhet på en marknad där det förekommer handel mellan medlemsstaterna och det finns inget som hindrar att utländska intressenter är huvudman för en fristående skola.¹⁴⁴

Avknoppningar som sådana anses vara tillåtna enligt såväl skollagen (1985:1100), SkoLL, som KL, men för att inte komma i konflikt med statsstödsreglerna föreslår SKL bl.a. en modell där anbud skall tas in från flera intressenter för att åstadkomma marknadsmässiga värderingar. Ett sådant förfarande bör ske efter en öppen anbudsgivning och en kommun som vill främja avknoppning av skolor bör därför upprätta särskilda riktlinjer för hur det skall gå till och hur den marknadsmässiga värderingen av de lokaler eller andra tillgångar som skall överlätas – inklusive goodwillvärdet – skall göras.¹⁴⁵

¹⁴¹ Se Länsrättens i Stockholms län dom 2007-12-20 (mål nr 10633-07).

¹⁴² Kammarrättens målnummer är 586-08, rotel 044, avdelning 04. Målet kommer enligt uppgift troligen inte att avgöras innan årsskiftet.

¹⁴³ Se <http://kikaren.skl.se/artikel.asp?C=406&A=50681>, sammanfattningen samt bilagorna 1–3.

¹⁴⁴ Se <http://kikaren.skl.se/artikel.asp?C=406&A=50681>, Bilaga 3, s. 4–7. Frågan är emellertid komplicerad och det råder inget tvivel om att det är fråga om tillhandahållandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, sådana tjänster faller dock alltid under statsstödsreglerna om inte särskilda undantag föreligger, se mål C-280/00, *Altmark*. Se även kommissionens beslut om tillämpningen av artikel 86.2 EG på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2005/842/EG) samt gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2005/C 297/04).

¹⁴⁵ Se <http://kikaren.skl.se/artikel.asp?C=406&A=50681>, sammanfattningen, s. 7 ff. Sveriges Kommuner och Landsting framhåller även att någon kommunal skolverksamhet måste finnas kvar i kommunen; en total avknoppning anses alltså inte vara tillåten. Som en jämförelse kan nämnas att möjligheterna att lägga ut en kommunal skola på entreprenad framgår av 1 § lagen (1993:882) om entreprenadförhållanden inom skolan. Kommuner och landsting får sluta avtal med en enskild om att denne skall bedriva viss undervisning inom gymnasieskolan, men avtalet får endast avse undervisning i karaktärsämnen som har en yrkesinriktad eller estetisk profil. Lagen ger därmed inget stöd för att driften av en hel skola läggs ut på entreprenad.

Enligt en rapport från revisionsbyrån Öhrlings PricewaterhouseCoopers som utförts på uppdrag av Täby kommuns förtroendevalda revisorer och som presenterades den 12 mars 2008 riktas kritik mot flera allvarliga brister i kommunstyrelsens beredning av ärendet och kommunfullmäktiges efterföljande beslut att överlåta Tibble gymnasium. Kommunens agerande kritiserar bl.a. på grundval av begreppsförvirring – t.ex. rörande begrepp som försäljning, överlåtelse, entreprenad, avknoppning och avveckling – och kommunens underlåtenhet att väga in såväl skollagstiftning som den marknad som uppstått för friskolor i sitt beslut. Enligt de slutsatser som dras i rapporten har kommunen antingen brutit i omvärldsanalysen alternativt medvetet valt att i sin beredning inte belysa samtliga aspekter av ärendet i det underlag som legat till grund för fullmäktiges beslut.¹⁴⁶

Även Statskontoret har kritiserat Täby kommuns avknoppning av Tibble gymnasium. I en rapport som presenterades den 29 april 2008 konstateras att begreppet avknoppning saknar en vedertagen definition men att det får anses innebära en överföring av en offentlig verksamhet till privat regi. Ofta sker överföringen genom att en grupp anställda bildar ett rättssubjekt som skall driva verksamheten. Statskontoret konstaterar att såväl KL som statstödsreglerna är relativt klara och innebär att överlåtelser skall ske på ett öppet sätt och till marknadspris. Bestämmelserna i 2 kap. KL medför att kommunen inte får gynna enskilda näringsidkare ekonomiskt; därmed får heller inte en kommun i allmänhet rikta ett erbjudande till en grupp anställda. För att säkerställa att ett marknadspris uppnås vid en avknoppning skall alltså en budgivning äga rum, där de anställda likställs med andra anbudsgivare och där det högsta anbudet blir avgörande för vem som kan få överta verksamheten. Även om en analys bör göras i varje enskilt fall torde det stå klart att Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03) bör vara vägledande för hur man uppnår en marknadsmässig värdering även vid överlåtelser av lös egendom.¹⁴⁷

Noterbart är att ett fall med vissa likheter med avknoppningen av Tibble gymnasium, avknoppning av viss verksamhet vid Östergötlands landsting, efter kommunikation med Konkurrensverket, inte kommer att genomföras. Länsrätten beslutade nämligen att sådan avknoppning inte kunde ske utan att föregås av upphandling. Landstinget aviserade att de ändå tänkte fullfölja avknoppningen men har alltså efter kommunikation med Konkurrensverket, som initierat en granskning av ärendet, ändrat sig på den punkten.¹⁴⁸

Det finns skäl att påminna om att det inte endast är i skenet av reglerna om statsstöd och upphandlingslagstiftningen som avknoppningar är olagliga. Redan de allmänna principer som följer av gemenskapsrätten torde i praktiken hindra "avknoppningar". Det bör alltså påpekas att inhemska lösningar på området inte är en framkomlig väg att gå även om "avknoppningar" som sådana skulle falla utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde.

5.4 Offentlig–privata partnerskap

Det kan i samband med en redogörelse av överlåtelser av kommunal egendom finnas skäl att säga något om s.k. offentlig–privata partnerskap, OPP, eller offentlig–privata samarbeten, OPS. Vad gäller OPP eller OPS förekommer en rikhaltig flora av termer och begrepp som i huvudsak endast är variationer på samma tema

¹⁴⁶ Se <http://www.taby.se/upload/dokument/Info/Tibble/Tibblegranskning.pdf>.

¹⁴⁷ Se <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2008/2008103.pdf>, Statskontoret, [Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal \(s.k. avknoppning\) – kommunalrättsliga och EG/EU-rättsliga aspekter](#), Dnr 2008/59-5, s. 35 ff.

¹⁴⁸ Se www.kkv.se och Anmodan 2008-04-30 Dnr 282/2008.

och i praktiken åsyftar samma fenomen.¹⁴⁹ En kommun kan givetvis ha olika motiv till att vilja inleda ett OPP-projekt, exempelvis kan de ekonomiska förutsättningarna att förverkliga projektet på egen hand saknas. Det saknas emellertid en juridisk definition av begreppet OPP och i huvudsak går det oftast att sätta likhetstecken mellan OPP och genomförandeavtal. Som exempel på kommunala projekt som i debatten ofta benämns OPP kan nämnas byggandet av nya idrottsarenor och simhallar. Samma begränsningar som i allmänhet gäller enligt EG-fördraget och KL med flera lagar gäller även för OPP. På samma sätt träffas dessa projekt av statsstödsreglerna och procedurreglerna om offentlig upphandling.¹⁵⁰ Ur ett juridiskt perspektiv blir det därför fråga om en tilldelning av en entreprenad eller en koncession – oavsett vad man väljer att kalla samarbetet.

Någon större revolution är det heller inte fråga om; avtalslösningar har i hundratals år använts som ett nödvändigt verktyg för att lösa olika mellanhavanden mellan det allmänna och enskilda; inte heller begreppet Public-Private Partnership (PPP) är i sig någon ny företeelse – i USA har det använts sedan 1800-talet.¹⁵¹ Även i Europa var det under 1800-talet vanligt med olika typer av offentlig-privata samarbeten för att inom ramen för olika koncessionsmodeller genomföra och finansiera olika projekt, t.ex. järnvägsutbyggnader. Några andra kända exempel är byggandet och driften av Eiffeltornet samt Suezkanalen. Det är rent av så att det redan i det romerska riket användes koncessionslösningar vad gällde planeringen, byggandet, finansieringen, driften och underhållet av t.ex. akvedukter och hamnar.¹⁵² Fenomenet OPS kan alltså sägas ha varit en realitet i över 2000 år, även om samarbetformerna och sätten att formalisera dessa med nödvändighet tagit sig olika uttryck. Samtidigt var det en tydlig tendens i många västeuropeiska länder under 1900-talet att det allmänna i allt större omfattning än tidigare övertog ansvaret för infrastruktur och andra samhällseliga nyttigheter – inte minst mot bakgrund av framväxten av den s.k. välfärdsstaten. Det intresse för den här typen av samarbetslösningar för att tillgodose allmänna behov som visat sig de senaste 15 åren kan alltså i ett historiskt perspektiv ägas vara en återgång till äldre sätt att lösa samhällseliga uppgifter.

OPP utgör alltså ett samlingsbegrepp på många olika typer av avtalsreglerade samarbeten mellan det allmänna och enskilda företag och organisationer som tar sikte på att under en viss period tillsammans utföra ett visst projekt, till exempel en tjänst som tillhandahålls allmänheten eller uppförandet av en byggnad eller anläggning som sedan skall användas för att tillgodose ett samhällseligt behov. Benämningen partnerskap indikerar att de olika aktörerna samarbetar och att det inte rör sig om ett mera traditionellt uppdragsförhållande.¹⁵³

Ett generellt problem har varit att redogörelserna och analyserna rörande OPP oftast tagit sin utgångspunkt i företagsekonomiska eller statsvetenskapliga analyser. Det har därför många gånger saknats minst en viktig dimension, nämligen den juridiska. Det är självfallet av stort värde att diskutera OPP ur ett organisatoriskt och ekonomiskt perspektiv för att belysa lämpligheten av sådana samarbeten, men vad gäller

¹⁴⁹ Som exempel kan nämnas termerna DBO (Design, Build and Operate), DBFO (Design, Build, Finance and Operate), DBOO (Design, Build, Own and Operate), BROT (Build, Rent, Operate and Transfer), BOO (Build, Own and Operate), BOOT (Build, Own, Operate and transfer), DBFMO (Design, Build, Finance, Maintenance and Operate) eller BOT (Build, Operate and Transfer) som i reliteten innebär olika varianter på när en privat part finansierar och bygger en anläggning samt driver verksamheten för att sedan hyra ut anläggningen eller i vissa fall efter en tid sälja den till den offentliga sektorn.

¹⁵⁰ Se t.ex. Jasmin Battista, *The respect of State aid rules in PPPs*, 2 EPPPL [2007], s. 70–79.

¹⁵¹ Se Mörth & Sahlin-Andersson, *Privatoffentliga partnerskap*, 2006, s. 12 och s. 16, samt Bukh & Korsager, *Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab*, 2006, s. 9.

¹⁵² Se t.ex. Blondeau, *La concession de service public*, 1929, s. 11, Bettinger, *La concession de service public et de travaux publics*, 1978, s. 2, samt Bezancon, *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé*, 2004, s. 284.

¹⁵³ Se Ulrika Mörth & Kerstin Sahlin-Andersson (red.), *Privatoffentliga partnerskap; Styrning utan hierarkier och tvång?* 2006, s. 11 f. och s. 270, och de olika exempel som redovisas i framställningen.

förutsättningarna att faktiskt kunna bedriva ett samarbete blir de rättsliga begränsningar som kan tänkas finnas av direkt avgörande betydelse.

OPP-projekt kännetecknas av att den privata partnern går in med eget riskkapital med förhoppningen att investeringen skall ge en god avkastning genom att leverantören driver den anläggning som har byggts och tillgodogör sig intäkterna som anläggningen genererar. Det faktum att den privata partnern på så sätt tar på sig en del av den ekonomiska risken för bygget innebär att denne också har 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 med flera. Eftersom exploitören måste underhålla anläggningen anses denne också ha ett intresse av att bygga med hög kvalitet från början.

Såväl statsstöds- som upphandlingsreglernas starka vikt vid öppenhet i processen, utnyttjande av konkurrensen, förutsebarhet och möjligheter till prövning av upphandlingsbeslut ställer härvid tydliga procedurkrav på kommunernas agerande. Samtidigt måste det framhållas att ett system med rigida och byråkratiska anbudsprocesser också starkt begränsar möjligheterna till smidiga och flexibla lösningar vad gäller markexploatering och i vissa fall kanske rent av motverkar att man når en för kommunmedlemmarna så billig och effektiv lösning som möjligt.

Eftersom OPP ofta handlar om stora byggprojekt måste leverantören som regel också låna pengar till sin investering. OPP-projekt är ofta ett trepartsförhållande mellan den upphandlande myndigheten, exploitören och ett kreditinstitut. Det innebär att exploitören och dennes affärsidé inte bara granskas av kommunen utan också av en bank eller annat låneinstitut vilket förvisso kan ge en ytterligare trygghet för att projektet är genomtänkt och ekonomiskt bärkraftigt. Samtidigt är det inte säkert att ett privat bolag kan få så förmånliga lånevillkor som en kommun. Det är därför vanligt att kommunen lämnar en kommunal borgen vid låneförbindelsen.

Det finns också skäl att höja ett varnande finger gällande riskerna med OPP. Den här typen av projekt innebär ofta långvariga avtalsrelationer och det är svårt att förutse konsekvenserna av så långa tidsramar som det kan handla om – det kan i många fall röra sig om så lång tid som 25 år. En idrottsarena måste drivas under lång tid och när koncessionsavtalet tar slut får kommunen ta över ansvaret. Kommunen kan då välja att konkurrensutsätta driften på nytt eller fortsätta att driva anläggningen i egen regi. Ett potentiellt problem är att om inte den ursprungliga kalkylen är genomtänkt kan arenan bli en framtida ekonomisk belastning för kommunen.

Men om man nu anser att möjligheterna överväger riskerna så inställer sig nästa problem, nämligen hur man kan upphandla ett OPP-projekt. Eftersom den privata partnern inte bara förväntas leverera en anläggning, t.ex. en fotbollsarena eller en simhall, utan också medverka att finansiera den och stå den ekonomiska risken för att arenan vill denne sannolikt komma in tidigt i upphandlingsprocessen. Den privata partnern vill sannolikt inte bara få lämna anbud utan också ha möjlighet att påverka utformningen av kravspecifikationen. Entreprenören kan ha synpunkter på hur arenan skall utformas för att locka tillräckligt många besökare, hyresgäster med flera men också hur riskfördelningen skall se ut och på vilka villkor denne är beredd att ta på sig en del av investeringen. Det kan röra sig om hur många år den privata partnern skall få driva anläggningen men det kan också handla om andra villkor och intäktsmöjligheter som exempelvis rätten att få exploatera kringliggande mark.

Som framgick ovan saknas emellertid regler som möjliggör en sådan tidig dialog mellan den upphandlande enheten 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 svenska OPP-projekt har hittills inte i någon större omfattning utformats som byggkoncessioner.

Och även om man får upphandla ett OPP-projekt genom förhandlad upphandling finns det andra problem. I en förhandlad upphandling får förhandling ske först på ett 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 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 situationer som denna kanske den upphandlande enheten tar kontakter med näringslivet innan den inleder upphandlingen. Problemet med att göra så är att man ofta behöver föra mycket ingående diskussioner och risken är då uppenbar att den upphandling som därefter följer kan anklagas för att vara riggad för en viss leverantör och därmed strida mot den grundläggande EG-rättsliga principen om likabehandling. Kanske kan de föreslagna reglerna om konkurrenspräglad dialog underlätta den här typen av partnerskap, men grundproblemen är i princip de samma som vid all markexploatering och andra fastighetsöverlåtelse.¹⁵⁴

Det finns när det gäller olika typer av OPP-lösningar många skäl att vara försiktig. En upphandlande myndighet som inte följer LOU riskerar att drabbas av överprövningar och skadeståndskrav. En kommun kan också drabbas av laglighetsprövningar för brott mot till exempel 2 kap. 8 § KL om förbud mot gynnande av enskild.¹⁵⁵

Oavsett man väljer att benämnda olika typer av offentlig–privata mellanhanden som OPP eller enbart väljer att se det hela som en överlåtelse av egendom, är i regel alla situationer där en kommun säger en fastighet samtidigt som den ställer mer eller mindre preciserade krav på köparen om vilka investeringar som skall göras samt att köparen därefter skall driva verksamheten som entreprenör eller koncessionshavare komplicerade. Vi kan ta som exempel att en kommun vill överlåta en fastighet till ett privat företag för att detta t.ex. skall uppföra ett badhus eller förvärva ett befintligt badhus för att bygga om detta till ett äventyrsbad. Köparen skall väljas ut efter en arkitektävling där det mest innovativa och för alla parter bästa förslaget skall väljas ut. Kommunen beslutar därefter att överlåta fastigheten till den köpare som lämnat det vinnande förslaget, varefter köparen ensam eller tillsammans med kommunen skall stå för finansieringen. I en del fall vill kommunen vara delägare och i andra fall vill kommunen avyttra fastigheten i sin helhet. Oavsett vilket skall alltså köparen driva verksamheten i form av en upphandlad entreprenad i det fall det rör sig om skolsim. Men även i övriga fall kan kommunen vilja ha inflytande över prissättningen vad gäller inträde för de grupper som kommunen anser skall ges särskilda rabatter, t.ex. barn och pensionärer.

Dessa situationer innehåller alltså en mängd olika moment som måste separeras från varandra och som blir svåra att infoga inom ramen för ett och samma överlåtelseavtal. I dessa situationer är det i realiteten också svårt att utse en opartisk värderare för att fastställa värdet, där de tänkbara spekulanterna med hänsyn tagen till alla uppställda villkor får försöka avge ett rimligt anbud i förhållande till den investering som skall göras. Här är det därför rimligt att kräva att kommunen redan på förhand preciserat de villkor som skall gälla för driften av verksamheten samt den prissättning som skall gälla för inträde osv. Man skall dock ha i åtanke att i realiteten är det enbart den som förvärvar fastigheten som under mer eller mindre obegränsad tid kommer

¹⁵⁴ Se Tom Madell, Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig–privata partnerskap?, i: Svensk rätt i EU – en antologi, Örjan Edström (red.), 2007, s. 35–59.

¹⁵⁵ Se Tom Madell, Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeavtal, i: Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna, Eija Mäkinen (red.), Tammerfors 2005, s. 225–254.

att kunna bli leverantör av driften av verksamheten, vilket inte är i linje med EG-rättens bestämmelser om tidsobegränsade upphandlingskontrakt. Om det således inte rör sig om en ren fastighetsförsäljning, utan även om någon annan form av motprestation från köparen än att bara erlagga en köpeskilling får vi en komplicerad situation där det är svårt att tillgodose såväl statstödsregler som reglerna om offentlig upphandling. Ett första steg måste emellertid vara att tillämpa ett auktionsförfarande där de tänkbara anbudsgivarna fått information om alla villkor som vidhäftat överlåtelsen.

5.5 Sammanfattning

Vad gäller kommunala anvisningar av mark för bostadsändamål förekommer en mängd olika försäljnings- och prissättningsmetoder. För det mesta säljs villatomter genom en kommunal tomtkö eller genom ett anbuds-förfarande, men ofta använder kommunen flera olika metoder för markanvisning. Vid en anbuds-försäljning används i huvudsak en öppen budgivning, medan kommunerna vid anvisning av mark vanligen använder sig av någon form av direktanvisningar, även om det förvisso även här kan förekomma olika anbuds- eller tävlingsvarianter.

Vid byggande av flerbostadshus varierar sättet att tilldela kontrakt bl.a. beroende på om entreprenaden genomförs av en stor eller liten byggherre. Andelen lägenheter där byggkontrakten tilldelas under konkurrensutsättning är noterbart högre när byggherren är liten. Större byggherrar använder sig i stället av förhandling eller bygger själva. I många fall sker byggnationerna på mark som sedan tidigare ägs av byggherren, medan marken i andra fall förvärfvas av kommunen.

I de fall kommunen är ursprunglig ägare till den mark som skall överlåtas för att sedan exploateras finns i huvudsak två typfall av markexploatering. I det första fallet äger kommunen marken utan att den blivande köparen, exploatören, medverkar vid upprättandet av detaljplanen. I det andra fallet medverkar exploatören aktivt vid framtagandet av detaljplanen. Ett sätt för kommunen att arbeta i det första fallet är därför att upprätta en flexibel detaljplan, dvs. en plan som anger relativt grova ramar för hur marken skall användas och där detaljprövningen sker i samband med en bygglovsansökan. Vem som skall få tillgång till marken har vanligen brukat bestämmas antingen via en så kallad direktanvisning – efter att ha jämfört olika byggherrars förslag – eller efter en så kallad markanvisningstävling mellan olika deltagande byggherrar. Därefter regleras i ett markanvisningsavtal de förutsättningar som skall gälla vid överlåtelsen, t.ex. vilken mark som skall överlåtas på exploatören, vilka områden som skall upplåtas för gemensamhetsanläggningar, vägar och ledningar och så vidare samt eventuell mark som skall utgöra allmänna platser och som därför skall förbli i kommunens ägo. Vidare reglerar avtalet pris vid markförvärvet och andra ekonomiska frågor, utformning av anläggningen samt utförandet av olika åtgärder för gemenskapsanläggningar med mera. I det andra fallet samarbetar kommunen och en exploatör redan från början med att arbeta fram förutsättningarna för en marköverlåtelse och att ta fram en detaljplan för det av kommunen ägda området. Ett sådant förfarande har alltså den egenheten att kommunens samarbetspartner utses innan arbetet med detaljplanen startar, varpå markanvisningsavtalet med alla detaljer ingås. När detaljplanearbetet är färdigt ingås därefter det slutliga marköverlåtelseavtalet mellan parterna. Mot bakgrund av undersökningen inställer sig därmed två centrala frågor; har den aktuelle exploatören valts ut att samarbeta med kommunen på ett konkurrensneutralt sätt och hur fastställs försäljningspriset på ett marknadsmässigt sätt.

Ur ett kommunalrättsligt perspektiv skall försäljningar av kommunal egendom göras till marknadspris. Praxis visar dock att om kommunen väljer att frånga reglerna är det svårt – för att inte säga nästan omöjligt – att få till stånd en rättelse genom de kommunalrättsliga reglerna om laglighetsprövning om överlåtelsen verkställts. Eftersom sådana överlåtelser många gånger även är i strid mot statsstödsreglerna om beloppet överstiger 200 000 € blir effekten att överlåtelsen som sådan förblir gällande, men att den som förvärvat marken till underpris blir skyldig att betala tillbaka det otillåtna stödet, dvs. skillnaden mellan den

köpeskilling som erlagts och det faktiska marknadspriset. Marknadspriset skall alltid fastställas genom ett villkorslöst anbudsförfarande eller genom en oberoende expertvärdering enligt Kommissionens meddelande. Samtidigt visar Sävsjö-fallet att fastigheter kan överlåtas till ett lågt värde och att kommunen även kan ikläda sig ekonomiska skyldigheter i samband med överlåtelsen, huvudsaken är dock att överlåtelsen ligger i linje med Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

Genomförandeavtal innehåller ofta moment av såväl fastighetsöverlåtelser som en markexploatering. I de delar sådana avtal innebär dels att exploatören skall uppföra anläggningar som kommunen utfäster sig att hyra, dels att exploatören skall anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar är de enligt såväl inhemsk som EG-rättslig praxis att se som tilldelning av offentliga byggtreprenadkontrakt som skall upphandlas enligt LOU. Har avtalet medfört att exploatören ekonomiskt sett gynnats i förhållande till konkurrenterna aktualiseras statsstödsreglerna även i dessa fall. Genomförandeavtalen ingår i vad som med en populär terminologi brukar kallas offentlig-privata partnerskap, OPP, eller offentlig-privata samarbeten, OPS. Vad gäller dessa företeelser förekommer en rikhaltig flora av termer och begrepp som i huvudsak endast är variationer på samma tema och i praktiken åsyftar samma fenomen. Samma begränsningar som i allmänhet gäller enligt EG-fördraget och KL med flera lagar gäller även för OPP. På samma sätt träffas även dessa projekt av statsstödsreglerna och procedurreglerna om offentlig upphandling.

Begreppet avknoppning saknar en vedertagen definition men får i allmänhet anses innebära en överföring av en offentlig verksamhet till privat regi, ofta genom att en grupp anställda bildar ett rättssubjekt som skall driva verksamheten. Även i dessa fall gäller samma principer som vid fastighetsöverlåtelser; såväl KL som statsstödsreglerna medför att överlåtelser skall ske på ett öppet sätt och till marknadspris. Eftersom en kommun enligt 2 kap. 8 § 2 st. KL inte får gynna enskilda näringsidkare ekonomiskt; får kommunen heller inte rikta ett erbjudande till en grupp anställda. För att säkerställa att ett marknadspris uppnås vid en avknoppning skall alltså en budgivning äga rum, där de anställda likställs med andra anbudsgivare och där det högsta anbudet blir avgörande för vem som kan få överta verksamheten. Även om en analys bör göras i varje enskilt fall är även vid överlåtelser av lös egendom Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03) vägledande för hur man uppnår en marknadsmässig värdering.

6 Vilken valuta skall vi använda? Några nordiska jämförelser

6.1 Danmark

6.1.1 Bestämmelser rörande avyttring av fast egendom

I i kapitel 3 a den danska konkurrenanceloven, senast ändrad genom lov nr. 1027 af 21/08/2007 respektive lov nr. 375 af 27/05/2008, regleras vad som generellt gäller vid stöd som snedvider konkurrens. Av § 11 a. 1–2 st. följer att Konkurrenserådet kan besluta om att offentliga stöd som direkt eller indirekt har till syfte att snedvrída konkurrensen mellan privata företag eller i övrigt strider mot offentlig reglering skall återkallas eller återkrävas.

I Danmark finns vidare bestämmelser rörande såväl statens som kommunernas avyttring av fast egendom. För statens vidkommande finns ett cirkulär (Cirkulære 2002-12-13 nr. 158), medan det för kommunernas del dels finns en bestämmelse i lov om kommunernes styrelse 2006-10-24 nr. 1060, dels finns en förordning, bekendtgørelse 1991-06-20 nr. 472,¹⁵⁶ se bilaga 2, till vilken det även är kopplat en allmän vägledning (vejledning 2004-06-28 nr. 60).

I likhet med Sverige gäller även i Danmark som kommunalrättsliga grundprinciper dels att kommunen skall handha ekonomiska medel på ett försvarbart sätt, dels ett allmänt förbud för kommunen att utan särskilt lagstöd gynna enskilda medborgare eller företag. Fast egendom skall därför uttryckligen som huvudregel också säljas till det högsta värde som kan uppnås – marknadsvärdet.

Av 68 § lov om kommunernes styrelse¹⁵⁷ följer således att "[s]alg af kommunens faste ejendomme må ikke ske uden forudgående offentligt udbud. Indenrigs- og sundhedsministeren kan fastsætte regler om fremgangsmåden ved offentligt udbud samt regler om, at visse salg kan ske uden offentligt udbud.

Stk. 2. Reglerne i stk. 1 gælder ikke ved salg af fast ejendom til gennemførelse af offentligt støttet byggeri i henhold til lov om almene boliger samt støttede private andelsboliger m.v. og lov om støttede private ungdomsboliger."

Bekendtgørelsen slår i 1 § på motsvarande sätt fast att överlåtelse av kommunens fasta egendom, om inte något annat uttryckligen följer av lag, endast får ske genom en offentlig försäljning. Försäljningen skall enligt 3 § annonseras. Av bestämmelsen följer även att försäljningen kan ske till ett fastställt pris, förutsatt att detta utgör marknadspris. Skulle flera anbudsgivare ha lämnat in identiska högsta bud står det kommunen fritt att välja ett av dem, alternativt att genom lottdragning avgöra vem som skall få förvärva marken, om det inte framkommer att någon av anbudsgivarna är beredd att höja sitt anbud.

Kommunen kan dock undantagsvis sälja till ett lägre pris om det skulle krävas för att tillvarata ett lagstadgat kommunalt intresse. Av 6 § 2 st. bekendtgørelsen följer att en försäljning kan göras till en anbudsgivare som inte har det högsta anbudet för det fall att det krävs för att kunna tillgodose ett sakligt grundat kommunalt intresse. Även här är det emellertid av stor vikt att de potentiella köparna behandlas på ett likvärdigt sätt

¹⁵⁶ Se <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=52110>.

¹⁵⁷ Se <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=10330>.

och att kommunen är tydlig med vilka kriterier som skall väga tyngst vid värderingen av olika anbud, om inte dessa uttryckligen följer av lag.

Av 1 § cirkuläret framgår att huvudregeln är att även försäljning av statligt ägd fast egendom skall ske till marknadspris och att man vid försäljningen skall försäkra sig om att försäljningen inte innebär ett otillåtet statsstöd mot bakgrund av de principer som följer av Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

6.1.2 Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal

I Danmark talar man i lov om planlægning (planloven) 2007-06-21 nr. 813¹⁵⁸ om byomdannelsesområder. Begreppet omfattar äldre industri- och hamnområden och så vidare som kan omvandlas till exempelvis bostadsområden. En sådan omvandling har dock i praktiken många gånger visat sig vara problematisk, eftersom det ofta råder komplexa äganderättsförhållanden i dessa områden och att områdena också ofta består av en blandning av nedlagda och pågående verksamheter. Därtill kommer olika kommunal(politiska) intressen och hänsyn av intresse för det aktuella området, bland annat fördelningen av kostnader mellan kommunen och dess privata motparter rörande social och teknisk infrastruktur i samband med exempelvis byggande av bostäder, men även olika typer av ekonomiskt stöd till de privata parterna. I detta ligger givetvis kommunens möjligheter att agera inom ramen för sina dubbla roller som förvaltningsmyndighet och som offentligt association med samma typ av rättskapacitet och rättshandlingsförmåga som andra juridiska personer.¹⁵⁹

I undantagsfall kan också en försäljning av kommunal mark till ett värde som understiger marknadsvärdet vara tillåten, förutsatt att kommunen kan visa att den "rabatt" som tillkommer köparen i förhållande till marknadspriset motsvaras av ett mervärde av kommunalt intresse av motsvarande storlek, till exempel om köparen förbinder sig att uppföra en viss typ av byggnad. En bedömning av en sådan försäljning kräver ett visst inslag av pragmatism, men det torde vara ställt utom tvivel att "det kommunala intresset" i sig aldrig utgör ett *carte blanche* för den här typen av transaktioner. Som huvudregel skall också en fastighetsförsäljning göras i enlighet med det förfarande som följer av reglerna om offentlig upphandling. Ett undantag gäller dock för bolag som bildats för att ombilda industriområden till bostadsområden. För att enskilda aktörer skall ha ett intresse i att ingå som delägare i ett sådant *joint venture*-bolag, ett så kallat *byomdannelsesselskab*, tillsammans med en kommun med stöd av lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber 2006-06-08 nr. 548¹⁶⁰ har det ansetts att dessa bolag måste vara undantagna från kravet att tillämpa upphandlingsreglerna vid fastighetsöverlåtelser.¹⁶¹

Den danska Klagenævnet for Udbud har i ett fall bedömt en kommunal marköverlåtelse som i realiteten innebar en exploatering för det allmännas räkning. Frågan var uppe till prövning vid två tillfällen, den 29 januari respektive slutligt avgörande den 18 juli 2002. Ärendet – som påminner om det ovan berörda Eskilstunafallet – rörde frågan om uppförandet av byggnader på Farum Park (stadion) och Farum Arena (sporthall) skulle ha upphandlats i enlighet med byggdirektivet 93/37.

¹⁵⁸ Se <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=13152>.

¹⁵⁹ Se närmare Michael Tophøj Sørensen, Offentlige-private partnerskaber og byomdannelse, i: Festskrift til Orla Friis Jensen, Fast Ejendoms Ret – synsvinkler & synspunkter, Lars Ramhøj (red.), 2007, s. 269 ff.

¹⁶⁰ Se <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=27322>.

¹⁶¹ Se Michael Tophøj Sørensen, Offentlige-private partnerskaber og byomdannelse, i: Festskrift til Orla Friis Jensen, Fast Ejendoms Ret – synsvinkler & synspunkter, Lars Ramhøj (red.), 2007, s. 275 f. och s. 284.

Såväl Farum Park som Farum Arena ägdes av Farum kommun, men såldes som led i ett så kallat *sale and lease back*-arrangemang till Finansieringsinstituttet for Industri og Håndværk A/S (FIH). I fråga om Farum Park sålde kommunen den till FIH i februari 1999 efter att FIH och en entreprenör erbjudit sig att förvärva egendomen samt att utföra de aktuella byggnationerna. Arrangemanget gick i huvudsak ut på att parterna samtidigt slöt ett hyresavtal, där kommunen skulle hyra anläggningen under 20 år för att därefter kunna köpa tillbaka anläggningen om den så önskade. Hyran motsvarade FIH:s ränta för ett lån med en avskrivningstid på 20 år. Kommunen hyrde därefter ut anläggningen till Farum Boldklub A/S.

När det gällde Farum Arena sålde kommunen i januari 2000 en fastighet till FIH. Syftet med försäljningen var att FIH skulle uppföra en sporthall på fastigheten och att kommunen därefter skulle hyra anläggningen. Upplägget var i princip det samma som vad gällde Farum Park, det vill säga det rörde sig även här om ett *sale and lease back*-arrangemang.

De salg af de to ejendomme fra Farum Kommune til FIH, som sagen angår, er sket som led i den særlige finansieringsform *sale and lease back*. Kommunen kan stadig foretage bygningsmæssige foranstaltninger på ejendommene, og FIH kan ikke foretage sådanne foranstaltninger uden kommunens godkendelse. Endvidere har kommunen ret til at købe ejendommene tilbage efter en periode, ligesom kommunen også bortset herfra til enhver tid kan forlange ejerskabet over ejendommene tilbageført. Salgene af de to ejendomme til FIH er således trods den formelle betegnelse ikke egentlige salg i den sædvanlige betydning af dette ord, og kommunen er derfor stadig den reelle ejer af ejendommene.

I avgörandet från den 29 januari 2002 fastslog Klagenævnet att de arbeten som utfördes av exploatören (FIH) skulle ha upphandlats i enlighet med byggdirektivet och att Farums kommun överträtt regelverket. I avgörandet från den 18 juli 2002 slog Klagenævnet fast – mot bakgrund av bland annat utgången i C-237/99, *Kommissionen mot Frankrike*, och C-399/98, *La Scala* – att Farum kommune överträtt byggdirektivet som en följd av att kommunen vid ingåendet av de aktuella *sale and lease back*-arrangemangen med motparten eller vid sina efterföljande godkännanden av byggprojekten vare sig försäkrade sig om att byggentreprenaderna bjöds ut i enlighet med upphandlingsdirektivet eller såg till att kommunen i egenskap av byggherre själv kunnat tillämpa upphandlingsreglerna.

6.2 Norge

6.2.1 Vägledning rörande avyttring av fast egendom

Inte heller i Norge omfattar reglerna om offentlig upphandling köp eller försäljning av fast egendom, men även Norge omfattas enligt EES-avtalet av statsstödsreglerna¹⁶² och för att undvika överträdelser har den norska staten utfärdat en instruktion rörande avyttring av statligt ägd egendom, den så kallade *Avhendingsinstruksen*¹⁶³, i de fall en viss överlåtelse inte regleras av lag, se bilaga 3.

Av instruktionen framgår inledningsvis att all försäljning av offentlig egendom bör ske i enlighet med vad som följer av EG-fördragets regler om otillåtna statsstöd. Av instruktionens avsnitt 2.1 följer att fast egendom som överläts till enskilda skall säljas till marknadspris om inte annat bestämts av Stortinget. Det står dock enligt avsnitt 3 klart att en försäljning skall göras på det sätt som medför det mest fördelaktiga

¹⁶² Se <http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/stotteveilederen.pdf> för en utförlig tolkning av statsstödsreglernas närmare innebörd.

¹⁶³ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/Lover-og-regler/retningslinjer/1997/Avhendingsinstruksen.html?id=272394>.

resultatet för staten, oavsett om försäljningen sker i egen regi eller om den ombesörjs av en fastighetsmäklare. Huvudregel är att avyttringen skall ske till högstbjudande genom en offentlig budgivning. Av avsnitt 4 framgår att regeln endast kan frångås om det skulle vara ekonomiskt mer fördelaktigt att avyttra egendomen till någon annan än den som avgett det högsta budet och att köpehandlingarna bör innehålla alla de eventuella villkor som kan gälla för överlåtelsen av fastigheten.

6.2.2 Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal

I kap. XI-A den norska plan- och bygningsloven (lov 14 juni 1985 nr. 77) finns sedan den 1 juli 2006 bestämmelser om genomförandeavtal, så kallade *utbyggingsavtaler*.¹⁶⁴ Av definitionen i § 64 följer att med en *utbyggingsavtale* avses ett avtal mellan kommunen och en fastighetsägare eller en exploatör om exploatering av ett område, som bygger på den kommunala planlagstiftningen och som gäller genomförandet av en kommunal detaljplan. Som förutsättning för att kunna använda *utbyggingsavtaler* gäller enligt § 64a att de måste ha stöd i kommunala beslut som anger i vilka situationer ett sådant avtal är en förutsättning för en utbyggnad och som synliggör kommunens krav och förväntningar på en exploatering av området.

Saknas ett beslut om att ett *utbyggingsavtal* utgör en förutsättning för exploateringen av ett visst område får heller inget avtal slutas med någon exploatör. Sådana beslut måste dessutom uttryckligen fattas av kommunestyret och får därför inte delegeras. Skälet är att alla förutsättningar skall vara kända för berörda markägare och potentiella exploatörer genom att de skall vara politiskt slutbehandlade och att beslutet dessutom skall kunna bli föremål för en laglighetsprövning. Däremot kan slutandet av själva genomförandeavtalet delegeras – antingen till andra kommunala organ eller till andra myndigheter som är medaktörer inom plan- och byggnadsområdet. Det centrala är alltså att det finns en förutsebarhet vad gäller förutsättningarna för ett genomförandeavtal, samtidigt som det i motiven understryks att ett sådant beslut inte begränsar kommunens möjligheter att inom ramen för sitt lagstadgade planmonopol fatta nya beslut rörande området.¹⁶⁵

Vidare stadgas vad gäller avtalsinnehållet i § 64b bland annat att ett *utbyggingsavtal* kan avse förhållanden som kommunen reglerat i "kommuneplan, reguleringsplan eller bebyggelsesplan", det vill säga de olika typer av "planer" som följer av kommunens planmonopol enligt plan- och bygglagstiftningen. Därutöver kan avtalet också reglera att markägaren eller exploatören helt eller delvis skall bekosta anläggningar som är nödvändiga för att kunna genomföra ett detaljplanebeslut. Sådana åligganden måste dock vara rimliga i förhållande till genomförandets art och omfång samt i förhållande till kommunens bidrag till genomförandet av den aktuella planen och skyldigheter enligt avtalet. De kostnader som belastar exploatören måste alltså stå i proportion till den belastning exploateringen leder till för kommunen. De förutsättningar för exploateringen som slagits fast i respektive plan med stöd i det offentlighetsrättsliga regelverket sätter också gränserna för vilka prestationer kommunen genom genomförandeavtalet kan kräva av en motpart. De införda bestämmelserna har alltså medfört en uttrycklig begränsning av de krav som kan ställas på motparten.

Vad gäller ärendehandläggning och offentlighet följer av § 64c att kommunen skall kungöra att den önskar påbörja förhandlingar om ett *utbyggingsavtal*. I vissa fall skall även ett färdigt avtalsförslag som arbetats fram med stöd av § 64 b 2 och 3 st. läggas fram för offentlig granskning under 30 dagar. Kommunen kan dock inte med bindande verkan ingå ett *utbyggingsavtal* så länge det inte finns en antagen plan för området.

¹⁶⁴ Kapitlet infördes genom lov 27 mai 2005 nr. 30.

¹⁶⁵ Se närmare Ot.prp. nr. 22 (2004-2005), Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler), s. 62-71, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/regpubl/otprp/20042005/Otprp-nr-22-2004-2005-.html?id=394611>.

Som nämndes ovan måste förutsättningarna för att sluta ett genomförandeavtal fört slås fast genom ett kommunalt beslut som kan bli föremål för en laglighetsprövning. Av § 64d följer därmed också att *utbyggingsavtaler* som sådana inte kan överklagas. Av intresse är dock att bestämmelsen sträcker sig längre än så; inte ens motparten ges någon rätt att inleda någon process mot kommunen med anledning av avtalet. För norskt vidkommande anförs att det förvisso råder oklarhet i frågan om i vilken utsträckning *utbyggingsavtaler* i själva verket är en byggentreprenad som mot bakgrund av mål C-399/98, *La Scala*, skall bli föremål för ett offentligt upphandlingsförfarande, men att kommunerna för att vara på den säkra sidan kan använda sig av de regler som gäller för offentlig upphandling.¹⁶⁶

Norge förfaller ha använt sig av genomförandeavtal i en än större omfattning än vad som varit fallet i Danmark och Sverige. Skillnaden mellan Norge och dess grannländer hänger samman med rollfördelningen mellan kommunerna och den privata sektorn, där den privata sektorn av tradition förefaller ha spelat en mer framträdande roll i förhållande till framtagandet av detaljplaner med mera. Det har för norskt vidkommande rentav anförts att "[u]nder hänvisning til frivillighet i avtaleinngåelsen og såkalte 'vinn-vinn-situasjoner', har det blitt akseptert at avtalene kan gå lenger i å 'pålegge' utbyggere/grunneiere forpliktelser enn det som følger av lov, eller av den forvaltningsrettslige læren om vilkår. Denne læren tilsier at det kan stilles vilkår til begunstigende offentlige vedtak så lenge vilkårene ikke er urimelig tyngende eller mangler saklig sammenheng med vedtaket. Vilkårene må heller ikke medføre misbruk av forvaltningsmyndighet, for eksempel ved usaklig forskjellsbehandling."¹⁶⁷

Det finns emellertid skäl att peka på att man från departementshåll framhållit att det inte är säkert att alla *utbyggingsavtaler* kan anses utgöra byggentreprenader som skall underkastas reglerna för offentlig upphandling, eftersom kommunens motprestation många gånger inte är av ekonomisk karaktär. Således skulle de krav som enligt § 67 plan- och bygningsloven kan ställas på en privat part avseende utförande av olika typer av teknisk infrastruktur inte omfattas av reglerna om offentlig upphandling oavsett man väljer att reglera detta genom ett avtal eller som ett ensidigt myndighetsbeslut.¹⁶⁸

Genomförandeavtalen har ingåtts med stöd av de krav som följer av plan- och bygningsloven, men till följd av att även kommunerna bidragit med prestationer har de motprestationer som kommunen krävt av motparten vanligtvis inte uppfattats som oskäligen i förhållande till 36 § avtalslagen. För att ändå motverka att kommunen till följd av planmonopolet skulle kunna ställa alltför långtgående krav på motparten valde man trots detta att införa regler om förutsättningarna för att sluta genomförandeavtal i plan- och bygglagstiftningen.

¹⁶⁶ Se Forsynings- og administrasjonsdepartementet, Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2006, s. 27 ff.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005), Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler), s. 14, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/regpubl/otprp/20042005/Otprp-nr-22-2004-2005-.html?id=394611>.

¹⁶⁸ Se PM avseende Utbyggingsavtaler – Forholdet til reglene om offentlige anskaffelser, Journalnummer: 05/3556-2, 23.11.2005, http://www.regjeringen.no/upload/kilde/krd/red/2004/0078/ddd/pdfv/269435-utbyggingsavtaler_-_forholdet_til_reglene_om_offentlige_anskaffelser.pdf. Det finns emellertid skäl att ställa sig något frågande till ensådan slutsats, inte minst mot bakgrund av ovannämnda mål C-399/98, *La Scala*.

6.3 Finland

6.3.1 Bestämmelser rörande avyttring av fast egendom

I Finland saknas uttryckliga bestämmelser om offentliga överlåtelse av fast egendom. Finlands kommunförbund har emellertid angett riktlinjer för kommunernas företagsstöd och markpolitiken,¹⁶⁹ se bilaga 4.

Kommunens markanskaffning och tomtöverlåtelse har traditionellt betraktats ur både bostads- och näringspolitiskt perspektiv, men det konstateras i riktlinjerna att för det fall överlåtelsen sker till ett företag (oavsett det är offentligt eller privat) bör frågan mot bakgrund av det EG-rättsliga regelverket även bedömas ur konkurrensrättsligt perspektiv. Främjandet av en sund konkurrens på den inre marknaden gör att markaffärer mellan kommuner och företag omfattas av EU:s reglering av statligt stöd. Riktlinjerna bygger därför också i stor utsträckning på Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

Även om kommissionens meddelande tar sikte på överlåtelse av fast egendom finns ett intressant fall från Finland rörande överprissättning i samband med köp. Genom beslut i fallet C 37/2004 (ex NN 51/2004) förpliktade kommissionen den 20 oktober 2005 finska staten att återkräva det statsstöd som *Componenta Abp* enligt kommissionen olagligt beviljats av Högfors stad.¹⁷⁰ Bakgrunden var att Högfors stad som ett led i en fastighetsinvesteringsaffär köpte hälften av aktierna i företaget *Karkkilan Keskustakiinteistö Oy*. Staden var sedan tidigare hälftenägare i företaget men köpte nu den andra hälften av aktierna av den andra delägaren *Componenta Abp*. Bolaget äger bland annat markområden och köpesumman som uppgick till 2,4 miljoner euro bestod av aktier och lånearrangemang. Enligt Kommissionens beslut innebar köpesumman statsstöd som stred mot EU:s regler bland annat i form av övervärdering av priset på markområdena. Stödet skulle därför i sin helhet inklusive räntor återkrävas av *Componenta Abp*. Företaget har överklagat Kommissionens beslut till Förstainstansrätten.¹⁷¹

Det finska kommunförbundet konstaterar att i situationer där en fastighetsaffär görs mellan kommunen och ett företag och företaget är verksamt på den internationella marknaden inom branschen uppfylls i allmänhet per automatik de tre första kriterierna för statligt stöd som anges i artikel 87.1 EG. Således bör kommunerna bedöma affären också med tanke på reglerna för statsstöd då till exempel detalj- och partihandeln, industriföretag, byggfirmor och fastighetsinvesteringsbolag är parter i affären. En viktig fråga vid bedömningen är då det fjärde kriteriet, det vill säga om affären snedvrider den gemensamma marknaden. Den springande punkten blir om försäljningsprocessen är öppen och om prissättningen vilar på en tillförlitlig grund.

Kommunförbundet konstaterar att de finska kommunerna enligt nuvarande praxis vanligtvis säljer planlagda affärs- och industritomter eller byggnader till företag genom ett direkt förhandlingsförfarande, vilket lämnar utrymme för tolkning av om priset är rätt och förfarandet är neutralt i förhållande till alla potentiella köpare. Mot bakgrund av såväl Högforsfallet och Årefallet konstateras att det kan finnas många oklara kommunala fastighetsaffärer i "gråzonen" för tillämpningen av statsstödsreglerna och att reglerna för

¹⁶⁹ Se http://www.kommunerna.net/k_perussivu.asp?path=255:264:66370:66399:118820.

¹⁷⁰ Se K(2005) 3871 slutligt, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D0900:SV:HTML>.

¹⁷¹ Förstainstansrätten avlog dock den 25 april 2006 i mål T-455/05 R, *Componenta mot Kommissionen*, Componentas yrkande om interimistiska åtgärder vad gällde uppskov med verställigheten. Se <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:154:0017:0018:SV:PDF>.

att motverka osund konkurrens och för att stabilisera fastighetsmarknaden behöver bli tydligare, principerna för överlåtelse av handelsplatser klarare, prissättningen behöver bli transparent och processen mer öppen.

6.3.2 Bestämmelser rörande kommunal detaljplanering och genomförandeavtal

Genom den finska markanvändnings- och bygglagen (5.2.1999/132) infördes en lagbestämmelse om markanvändningsavtal.¹⁷² Det anfördes dock i litteraturen att de införda bestämmelserna inte var tillräckliga, utan att gränserna för det rättsligt möjliga tydligare borde klargöras.¹⁷³ Genom lag (13.3.2003/222) infördes ett nytt kapitel om ersättning för kommunernas kostnader för samhällsbyggande i 12 a kap. markanvändnings- och bygglagen.

I 91 a § regleras markägares skyldighet att delta i kostnaderna för samhällsbyggande. Bestämmelsen stadgar att "[d]e markägare inom ett område som detaljplaneras vilka har avsevärd nytta av detaljplanen är skyldiga att på det sätt som anges nedan delta i kommunens kostnader för samhällsbyggande. Strävan skall vara att avtala med markägaren om dennes deltagande i kostnaderna. Med avseende på fullgörandet av den skyldighet som avses i 1 mom. skall markägarna behandlas lika.

Markanvändningsavtalen regleras i 91 b §, där det stadgas att "[e]n kommun kan ingå avtal om planläggning och om genomförandet av planerna (*markanvändningsavtal*). I markanvändningsavtalen kan dock inte med bindande verkan avtalas om innehållet i planerna. Ett markanvändningsavtal kan ingås med bindande verkan för parterna först när ett utkast eller förslag till plan har varit offentligt framlagt. Detta gäller inte avtal om inledande av planläggning. Genom markanvändningsavtal kan det utan hinder av bestämmelserna om utvecklingskostnadsersättning i detta kapitel även ingås mer utförliga överenskommelser om parternas inbördes rättigheter och skyldigheter. Information om markanvändningsavtal skall ges i samband med att en plan utarbetas. Avsikten att ingå ett markanvändningsavtal skall meddelas i programmet för deltagande och bedömning. Framgår avsikten att ingå ett markanvändningsavtal först efter det att programmet för deltagande och bedömning har utarbetats, skall information i frågan ges vid utarbetandet av planen på ett sätt som är lämpligt med hänsyn till intressenternas tillgång till information."

Utvecklingskostnadsersättning behandlas i 91 c §, där det framgår att om någon överenskommelse inte "nåtts med markägaren om dennes deltagande i kostnaderna för samhällsbyggande, kan kommunen hos markägaren ta ut en sådan andel av de uppskattade kostnaderna för samhällsbyggandet som betjänar bebyggandet av ett planområde vilken har avpassats enligt den värdestegring på en tomt enligt detaljplanen som har uppstått på grund av byggrätt, utökad byggrätt eller ändrade användningsmöjligheter som i detaljplanen har anvisats för tomten (*utvecklingskostnadsersättning*). Värdestegringen på en tomt bestäms genom att bestämmelserna om ersättningsgrunder i lagen om inlösen av fast egendom och särskilda rättigheter (603/1977), nedan inlösningslagen, iakttas i tillämpliga delar. Från utvecklingskostnadsersättningen dras av värdet på gatuområden som enligt 104 § överläts utan ersättning och ersättning för ett gatuområde som enligt 105 § tas ut hos markägaren. Utvecklingskostnadsersättning får inte påföras en markägare för vars områden i detaljplanen anvisas byggrätt bara för bostadsbyggande och om byggrätten eller den utökade byggrätten inte omfattar mer än 500 kvadratmeter våningsyta. Andra markägare får påföras utvecklingskostnadsersättning om de har sådan avsevärd nytta av detaljplanen som

¹⁷² Se <http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1999/19990132?search%5Btype%5D=pika&search%5Bpika%5D=markanv%C3%A4ndnings>.

¹⁷³ Se närmare Eija Mäkinen, Markanvändningsavtal och planläggning, Retfærd 2001, s. 54–71.

avses i 91 a §. Kommunen kan besluta att en högre gräns skall tillämpas i kommunen eller på ett visst planområde.

Kommunernas kostnader för samhällsbyggande regleras i 91 d §. "Som ovan avsedda kostnader för samhällsbyggande som betjänar ett planområde kan beaktas anskaffnings-, planerings- och byggnadskostnader för gator, parker och andra allmänna områden som i avsevärd grad betjänar planområdet, oberoende om de är belägna på eller utanför planområdet, samt markförvärvskostnader för uppförande av allmänna byggnader som i avsevärd grad betjänar planområdet, till den del de betjänar planområdet. Dessutom kan beaktas kommunens kostnader för att iståndsätta marken och utföra nödvändig bullerbekämpning på planområdet samt kommunens planläggningskostnader som inte har tagits ut med stöd av 59 §. Som kostnader enligt 1 mom. beaktas både de uppskattade kostnaderna för genomförandet av en godkänd plan och kommunens kostnader för förhandsåtgärder som har vidtagits för genomförandet av planen. Kostnaderna skall vara skäligen med tanke på områdets karaktär och förhållanden. Kommunen skall sträva efter att senast inom 10 år från det att beslutet om fastställande av utvecklingskostnadsersättning har vunnit laga kraft vidta de åtgärder vars kostnader har beaktats vid fastställandet av ersättningen.

I 91 e § regleras frågan om utvecklingskostnadsersättning på områden som kommunen tidigare har anlagt. "Om en detaljplan eller detaljplaneändring utarbetas för ett område där åtgärder enligt 91 d § har vidtagits i betydande omfattning och nyttan av planen är särskilt stor, kan utvecklingskostnadsersättningen bestämmas genom en uppskattning av de kostnader det skulle föranleda om den samhällsstruktur enligt 91 d § som i avsevärd grad betjänar planområdet genomfördes vid den tidpunkt då planen godkänns. Vid fastställandet av utvecklingskostnadsersättningen beaktas som avdrag från de uppskattade kostnaderna de ersättningar som en tomtägare har betalat utifrån en tidigare plan enligt ett avtal eller enligt 91 c, 104, 105 eller 112 § och som har samband med de kostnader för samhällsbyggande som avses i 91 d §."

Av 91 f § följer avseende utvecklingskostnadsersättningens maximibelopp att "utvecklingskostnadsersättning kan tas ut högst 60 procent av den värdestegring som detaljplanen medför för en tomt enligt detaljplanen. Kommunfullmäktige kan också bestämma att ett lägre maximibelopp skall tillämpas i fråga om utvecklingskostnadsersättningen i kommunen eller på ett område som skall planläggas."

Av 91 g § framgår vad gäller fastställande av utvecklingskostnadsersättning samt ränta som skall betalas på den att "[k]ommunen beslutar om fastställande av utvecklingskostnadsersättningen. Beslutet skall fattas utan dröjsmål efter det att detaljplanen har godkänts. Av beslutet skall grunderna för fastställandet av ersättningen framgå. Utvecklingskostnadsersättning kan fastställas endast om en bindande tomtindelning anges i detaljplanen. Utvecklingskostnadsersättningen fastställs separat för varje tomt enligt planen. För ett kvartersområde som har anvisats för ett visst användningsändamål och som tillhör en och samma ägare behöver tomtindelningen inte anges i detaljplanen. Härvid kan utvecklingskostnadsersättningen fastställas kvartersvis. En årlig ränta på 2 % skall betalas på utvecklingskostnadsersättningen med början två år från den tidpunkt då detaljplanen har trätt i kraft och beslutet om fastställande av utvecklingskostnadsersättning har vunnit laga kraft. Ingen ränta betalas för den tid då ett byggförbud enligt 53 § 1 mom. eller 58 § 4 mom. gäller på tomten."

I 91 h § regleras frågan om begäran om utlåtande och hörande av markägarna. "Innan utvecklingskostnadsersättning fastställs skall ett utlåtande om beslutsförslaget begäras av lantmäteribrån och beslutsförslaget på det sätt som anges i 95 § kommunallagen delges de markägare som förslaget gäller. Markägarna har rätt att göra anmärkning mot förslaget. Anmärkningen skall ges in till kommunen inom 30 dagar från delfåendet av förslaget. Utlåtande skall begäras och markägarna höras i enlighet med 1 mom. innan detaljplanen godkänns. Då utvecklingskostnadsersättning fastställs är det endast av särskilda skäl möjligt att avvika från lantmäteribråns utlåtande i fråga om fastighetens värdestegring."

Ansvar för utvecklingskostnadsersättningen och tidpunkten för debitering av utvecklingskostnadsersättning regleras i 91 i §, där det stadgas att "[f]ör betalning av utvecklingskostnadsersättningen svarar den som äger området vid den tidpunkt då utvecklingskostnadsersättningen fastställs eller den till vilken området har övergått från denna ägare genom ett vederlagsfritt förvärv. Kommunen skall debitera utvecklingskostnadsersättningen utan dröjsmål när fastigheten kan bebyggas med stöd av ett lagakraftvunnet bygglov som har beviljats utifrån detaljplanen. Om ett område som hör till en plantomt har överlåtits mot vederlag före den ovan nämnda tidpunkten, skall utvecklingskostnadsersättningen debiteras utan dröjsmål efter överlåtelsen."

Av 91 j § följer att för "debitering av utvecklingskostnadsersättning skall kommunen sända den som svarar för ersättningen en debetsedel av vilken framgår den ersättning som har fastställts för tomten och den ränta som har beräknats på ersättningen. Om man med stöd av ett bygglov utnyttjar bara en liten del av den byggrätt eller utökade byggrätt som i planen anvisas för tomten, tas i samband med detta bygglov ut bara den andel av den för tomten fastställda utvecklingskostnadsersättningen som motsvarar den del av byggrätten som bygglovet avser. Utvecklingskostnadsersättningen skall betalas inom tre månader från debiteringen. En utvecklingskostnadsersättning som har förfallit till betalning kan utsökas utan separat dom eller beslut på det sätt som föreskrivs i lagen om indrivning av skatter och avgifter i utsökningsväg (367/1961). Gäller bygglovet en tomt för vilken en bygguppmaning har getts, skall ersättningen betalas inom ett år från debiteringen. Om utvecklingskostnadsersättningen inte betalas inom föreskriven tid, uppbärs ränta enligt 4 § 1 mom. räntelagen (633/1982) för dröjsmålstiden.

Vissa särskilda betalningsarrangemang regleras i 91 k §, där det framgår att "[k]ommunen och markägaren kan komma överens om att utvecklingskostnadsersättningen helt eller delvis betalas i form av ett jordområde eller annan egendom. På markägarens begäran kan utvecklingskostnadsersättningen debiteras redan innan tomten kan bebyggas med stöd av ett lagakraftvunnet bygglov."

Avpassning av utvecklingskostnadsersättningen före debitering regleras i 91 l §. "När utvecklingskostnadsersättningen inte har fastställts tomtvis, skall den före debiteringen avpassas till de olika tomterna i förhållande till deras arealer. Likaså skall utvecklingskostnadsersättningen före debiteringen avpassas till den del av en plantomt eller, om utvecklingskostnadsersättningen har fastställts kvartersvis enligt 91 g § 2 mom., av ett kvarter som är föremål för en överlåtelse mot vederlag. Avpassningen sker då separat för varje markägare enligt grunderna i 91 c §."

Om kommunen ändrar detaljplanen eller tomtindelningen på ett sådant sätt att grunderna för utvecklingskostnadsersättningen väsentligen faller bort, skall kommunen enligt 91 m § besluta att inte ta ut någon utvecklingskostnadsersättning.

Om betalning av en utvecklingskostnadsersättning framstår som oskälig på grund av en väsentlig ändring i grunderna för fastställandet av den, kan kommunen enligt 91 n § helt eller delvis bevilja befrielse från betalning av ersättningen eller bevilja uppskov med betalningen av den.

Om grunderna för utvecklingskostnadsersättningen har förändrats i ringa mån till följd av att tomtindelningen har ändrats eller av någon annan motsvarande orsak, skall utvecklingskostnadsersättningen vid debiteringen enligt 91 o § rättas för att motsvara det förändrade läget.

Av 91 p § följer att kommunen skall föra en förteckning över utvecklingskostnadsersättningarna. "När kommunen har bestämt att utvecklingskostnadsersättning skall tas ut, skall den utan dröjsmål för anteckning i lagfarts- och in-teckningsregistret skriftligen anmäla detta till den tingsrätt inom vars domkrets fastigheten är belägen. Kommunen skall bifoga en förteckning över fastigheterna och utvecklingskostnadsersättningarna för dem till den anmälan som görs till tingsrätten. Också en fördelning

av utvecklingskostnadsersättningen tomtvis eller en omfördelning av ersättningen skall utan dröjsmål anmälas till tingsrätten för anteckning i lagfarts- och inteckningsregistret. Betalda utvecklingskostnadsersättningar skall anmälas till registermyndigheten för anteckning i lagfarts- och inteckningsregistret.”

I 14 kap. regleras ersättning till följd av genomförandet av generalplaner och detaljplaner

Enligt 104 § följer att “[f]ör ett gatuområde som enligt 94 § övergår i kommunens ägo är kommunen skyldig att betala markägaren ersättning till den del som det överlättna områdets areal överstiger 20 % av ägarens mark på detaljplaneområdet i fråga eller överstiger den byggrätt som får utnyttjas på markägarens återstående mark inom detta detaljplaneområde. När ersättningsskyldigheten bestäms beaktas inte ett område som i detaljplanen har anvisats till jord- och skogsbruksområde eller vattenområde. Omfattningen av ett område enligt 1 mom. som skall överlätas beräknas enligt den första detaljplanen. I andra fall än sådana som avses i 1 mom. är kommunen skyldig att betala markägaren en ersättning för gatuområdet. Ersättningen bestäms med tillämpning av inlösningslagens bestämmelser om grunderna för ersättning, dock inte 36 §. Utan hinder av 1 mom. är kommunen skyldig att betala markägaren en ersättning för gatuområdet, om överlåtelse utan ersättning undantagsvis är uppenbart oskälig med hänsyn till de sammantagna konsekvenserna för markägaren av överlåtelsen och av planen. Markägaren har med avvikelse från 1 mom. inte rätt att få ersättning för en enskild väg enligt 1 § lagen om enskilda vägar, när vägen i detaljplanen har anvisats till gatuområde. Om ett område som markägaren har överlätit till gatuområde på nytt införlivas med tomten genom en planändring, får kommunen av markägaren inte ta ut ersättning för den del av området som motsvarar den andel som kommunen enligt 1 mom. har fått utan ersättning, förutsatt att tomten fortfarande har samma ägare och att tomtens huvudsakliga användningsändamål inte har ändrats genom planändringen.”

Behöver en markägare inte avstå ett gatuområde utan att få ersättning i enlighet med 104 § eller behöver markägaren avstå ett betydligt mindre område, kan kommunen enligt 105 § bestämma att markägaren skall betala en skälig ersättning (*ersättning för gatuområde*). ”Kommunen har rätt att uppbära ersättning för gatuområde inom tre år efter det att detaljplanen har trätt i kraft, när en fastighetsförrättning som gäller bildandet av ett allmänt område har anhängiggjorts i enlighet med fastighetsbildningslagen. För ersättningen svarar den som äger fastigheten när detaljplanen träder i kraft.

Ersättning till följd av genomförande av detaljplaner regleras i 106 §. ”Orsakar genomförandet av en detaljplan markägaren särskilda olägenheter eller skador, är kommunen eller, om området är avsett eller har anvisats för statens behov, staten skyldig att ersätta den uppkomna skadan, om den inte skall betraktas som ringa.”

Av 108 § följer att kommunen skall ersätta markägaren för byggnader, träd, planteringar och anläggningar på områden som övergår till kommunen. Om överföringen av ett område till kommunen utan ersättning vållar markägaren särskild skada och detta med hänsyn till omständigheterna kan anses oskäligt, skall kommunen ersätta skadan. Lagen är densamma om en rätt som hänför sig till området förfaller och detta vållar innehavaren av rätten skada. För förlust av en byggplats eller grustäkt betalas ersättning på det sätt som bestäms i inlösningslagen.

Av 109 § följer också att ett slutet avtal om genomförande av en generalplan eller en detaljplan och om ersättning, binder detta fastighetens senare ägare.

6.4 Sammanfattning

Vid en nordisk jämförelse kan konstateras att de flesta länderna har brottats med liknande problem som Sverige vad gäller frågan om prissättning vid fastighetsöverlåtelse från kommuner till enskilda samt hur markexploatering skall ske på ett smidigt och transparent sätt.

I Danmark finns bestämmelser rörande såväl statens som kommunernas avyttring av fast egendom. I likhet med Sverige gäller även i Danmark som kommunalrättsliga grundprinciper dels att kommunen skall handha ekonomiska medel på ett försvarbart sätt, dels ett allmänt förbud för kommunen att utan särskilt lagstöd gynna enskilda medborgare eller företag. Fast egendom skall därför uttryckligen som huvudregel också säljas till det högsta värde som kan uppnås – marknadsvärdet – genom en offentlig försäljning eller till ett på förhand fastställt marknadspris. Kommunen kan dock undantagsvis sälja till ett lägre pris om det skulle krävas för att tillvarata ett sakligt grundat kommunalt intresse. Även här är det emellertid av stor vikt att de potentiella köparna behandlas på ett likvärdigt sätt och att kommunen är tydlig med vilka kriterier som skall väga tyngst vid värderingen av olika anbud, om inte dessa uttryckligen följer av lag. Kommunen skall vid försäljningen försäkra sig om att överlåtelsen sker mot bakgrund av de principer som följer av Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

I Norge har staten för att undvika överträdelser av statsstödsreglerna utfärdat en instruktion rörande avyttring av statligt ägd egendom, den så kallade *Avhendingsinstruksen*, för de fall en viss överlåtelse inte regleras av lag. Av instruktionen framgår att all försäljning av offentlig egendom bör ske i enlighet med vad som följer av EG-fördragets regler om otillåtna statsstöd. Fast egendom som överläts till enskilda skall därför säljas till marknadspris eller på det sätt som medför det mest fördelaktiga resultatet för staten, vanligtvis skall avyttringen ske till högstbjudande genom en offentlig budgivning. För det fall det skulle vara ekonomiskt mer fördelaktigt att avyttra egendomen till någon annan än den som avgett det högsta budet kan en överlåtelse ske till ett pris som understiger det högsta.

I Finland saknas uttryckliga bestämmelser om offentliga överlåtelse av fast egendom. Finlands kommunförbund har emellertid angett riktlinjer för kommunernas företagsstöd och markpolitiken. Riktlinjerna bygger därför också i stor utsträckning på Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

I de flesta av våra nordiska grannländer har man inför särskilda regler avseende förutsättningarna för att sluta genomförandeavtal. I Danmark har man t.ex. infört regler om s.k. *byomdannelseområder*, dvs. äldre industri- och hamnområden m.m. som kan omvandlas till exempelvis bostadsområden. Som huvudregel skall en fastighetsförsäljning inom ramen för ett genomförandeavtal göras i enlighet med det förfarande som följer av reglerna om offentlig upphandling. Ett undantag gäller dock för bolag som bildats för att ombilda industriområden till bostadsområden. För att enskilda aktörer skall ha ett intresse i att ingå som delägare i ett s.k. *byomdannelsesselskab*, tillsammans med en kommun har det ansetts att dessa bolag måste vara undantagna från kravet att tillämpa upphandlingsreglerna vid fastighetsöverlåtelse.

I den norska plan- och bygningsloven finns sedan den 1 juli 2006 bestämmelser om s.k. *utbyggingsavtaler*, dvs. ett avtal mellan kommunen och en fastighetsägare eller en exploatör om exploatering av ett område, som bygger på den kommunala planlagstiftningen och som gäller genomförandet av en kommunal detaljplan. Dessa avtal måste ha stöd i kommunala beslut som anger i vilka situationer ett sådant avtal är en förutsättning för en utbyggnad och som synliggör kommunens krav och förväntningar på en exploatering av området. Skälet är att alla förutsättningar skall vara kända för berörda markägare och potentiella exploatörer genom att de skall vara politiskt slutbehandlade och att beslutet dessutom skall kunna bli föremål för en laglighetsprövning. Ett *utbyggingsavtal* kan reglera att markägaren eller exploatören helt eller delvis skall bekosta anläggningar som är nödvändiga för att kunna genomföra ett detaljplanebeslut. Sådana åligganden

måste dock vara rimliga i förhållande till genomförandets art och omfattning samt i förhållande till kommunens bidrag till genomförandet av den aktuella planen och skyldigheter enligt avtalet. De kostnader som belastar exploitören måste alltså stå i proportion till den belastning exploateringen leder till för kommunen. De förutsättningar för exploateringen som slagits fast i respektive plan med stöd i det offentlighetsreglerade regelverket sätter också gränserna för vilka prestationer kommunen genom genomförandeavtalet kan kräva av en motpart. De införda bestämmelserna har alltså medfört en uttrycklig begränsning av de krav som kan ställas på motparten.

I och med att avtalen måste fastställas genom ett kommunalt beslut som kan bli föremål för en laglighetsprövning följer också att *utbyggingsavtaler* som sådana inte kan överklagas; inte ens motparten ges någon rätt att inleda en process mot kommunen med anledning av avtalet. För att inte riskera att bryta mot den bedömning som följer av mål C-399/98, *La Scala*, anses att kommunerna bör använda sig av de regler som gäller för offentlig upphandling.

I Finland infördes för några år sedan 12 a kap. markanvändnings- och bygglagen som reglerar ersättning för kommunernas kostnader för samhällsbyggande. Av bestämmelserna följer uttryckligen att en kommun kan ingå avtal om planläggning och om genomförandet av planerna, s.k. *markanvändningsavtal*. I markanvändningsavtalen kan dock inte med bindande verkan avtalas om innehållet i planerna. Ett markanvändningsavtal kan ingås med bindande verkan för parterna först när ett utkast eller förslag till plan har varit offentligt framlagt. Av bestämmelserna följer också att kommunen och markägaren kan komma överens om att utvecklingskostnadsersättningen helt eller delvis betalas i form av ett jordområde eller annan egendom. I 14 kap. markanvändnings- och bygglagen regleras ersättning till enskilda till följd av genomförandet av generalplaner och detaljplaner.

7 Samma plånbok? Offentlig försäljning kontra offentlig upphandling

Hur ser förutsättningarna ut för en lagstiftning inom offentlig försäljning av samma karaktär som i upphandlingssammanhang (omvänd budgivning) – hur förhåller sig möjligheterna till prisbildning via budgivning till samhällsnyttan i del fall försäljningen är förknippad med en samhällsnyttig verksamhet. Mark och fastighetsförsäljning som ett sätt att bedriva regional/stadsutveckling – finns det någon motsättning mellan detta och allmän budgivning som allokeringmekanism?

Anta att en svensk kommun har två typer av tillgångar; mark utan egentliga specifika planer från kommunens sida om hur denna skall brukas och så mark förenat med en önskan om att en viss verksamhet skall bedrivas på marken i en befintlig fastighet alternativt att köpet är förenat med ett uppförande av en fastighet. I det första fallet tycks det rimligt att utgå från att en auktion designad så att den som värderar marken högst också är den som lägger det högsta budet och därmed erhåller marken är det självklara valet. Denna modell innehåller, från ekonomisk synvinkel alla önskvärda egenskaper enligt de som presenterades i kapitel 4. Utfallet är samhällsekonomiskt effektivt, kan vara intäktsmaximerande och om auktionen organiserats på rätt sätt är det en tidsmässigt attraktivt och transparent process som dessutom inte strider mot någon för situationen relevant lagstiftning. Ett exempel på auktion kan vara någon av de fyra klassiska auktionsmodellerna och anbudet blir i det här fallet endimensionella eftersom intressenterna enbart konkurrerar i pris.

Om marken och till denna en eventuell tillhörande fastighet är förenad med att en viss verksamhet skall bedrivas här eller att fastigheten skall utformas på ett speciellt sätt finns det flera tänkbara sätt att organisera försäljningen. En tänkbar modell för försäljning kan vara att kombinera designtävlingen och auktionen. Detta tar då formen av en viktad designtävling där intressenterna dels tävlar i en prisdimension; som visar hur mycket är de villiga att betala, samt en kvalitetsdimension. Intressenterna får helt enkelt beskriva hur de tänker bedriva verksamheten eller vilken typ av byggnad de tänker uppföra på denna. Konsumenterna intresse kan tas till vara genom att kommunen specificerar riktlinjer eller krav som anbudsgivarna måste hålla sig inom. Dessa riktlinjer kan ta formen av de så kallade "skall-krav" som tillämpas inom offentlig upphandling vilka kan kombineras med "bör-krav". Skall-kraven anger en minimivå på kvalitativa kriterier som anbudet måste uppfylla för att i huvudtaget anses utvärderingsbart. Bör-kraven är önsknings/viljetryningar och anbudets grad av uppfyllelse av dessa viktas/prioriteras mot pris. Försäljningen tar då formen av en omvänd upphandling med samma egenskaper som när "ekonomiskt mest fördelaktiga anbud" antas.

Ett alternativ med inspiration hämtad från kundvalsmodellerna (tillämpas allt oftare inom äldreomsorg som lagts på entreprenad). I kundvalsmodellen har kunden (brukaren) en voucher som svarar mot ett visst ekonomiskt värde (pris) och de är sedan fria att välja tillhandahållare av en tjänst utifrån en av kommunen specificerad lista. Detta anses leda till en högre kvalitet än en traditionell upphandling eftersom det enda som finns kvar att konkurrera med är kvalitet. Givet att kommunen (till exempel) har god kännedom om marknadsvärdet på en tillgång kan de stipulera ett pris för denna och därefter låta potentiella leverantörer konkurrera i kvalitets (innovations) dimensionen i hur de planerar att använda eller utforma tillgången i fall de vinner.

Slutligen kan kommunen om de har fullständigt klart specificerat vilken verksamhet som skall bedrivas på egendomen alternativt att givet en tydlig specifikation tillämpa en auktion där högstbjudande vinner. Anbudet blir även i detta fall endimensionella men skillnaden mot ovan är kommunen har specificerat vad marken skall användas till. I Åre-fallet där det redan från början var klart att den aktuella marken var planerad för livsmedelsförsäljning hade detta varit ett uppenbart alternativ. Här kan återigen någon av de

fyra klassiska auktionsmodellerna tillämpas och förfarandet är i stort som en omvänd (högsta bud vinner istället för lägsta) upphandling med tydliga skalkrav och 100 procent viktning av pris.

Vilken modell som bör tillämpas varierar från fall till fall och är också betingad på tillgänglig information kring marknadspris men också i vilken grad kommunen önskar styra utförande och utformning av verksamhet och eventuell befintlig bebyggelse. Om marken till exempel är bebyggd med fastigheter av symbolvärde för kommunen är en försäljningsmodell som inkluderar en kravspecifikation på hur kommunen önskar att denna byggnad tillvaratas lämplig.

Med anledning av att det råder viss oklarhet kring om kundvalsmodellerna behöver upphandlas eller inte har frågan om detta varit under utredning. Frittvalutredningen överlämnade den 29 februari 2008 betänkandet LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem. Utredaren föreslår att en ny lag, lag om valfrihetssystem, LOV, införs. Lagen är avsedd att fungera som ett frivilligt verktyg för de kommuner och landsting som vill konkurrenspröva verksamhet genom att överlåta valet av utförare till brukaren/invånaren. Den föreslagna lagen är ett alternativ till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och kan tillämpas på handikapp- och äldreomsorg samt hälso- och sjukvårdstjänster. Lagen innehåller regler om löpande annonsering i en ny nationell databas för valfrihetssystem, krav på utförare, förfrågningsunderlagets innehåll, ansökan och tilldelning av kontrakt, information till brukarna/invånarna, brukarens/invånarens val av utförare och överprövning.¹⁷⁴

Sammanfattningsvis finns det skäl att tro att offentlig försäljning av till exempel kommunal mark och kommunala fastigheter kan följa samma principer, fast omvänt, som vid offentliga inköp. Huruvida detta kan hanteras i en samlad lagstiftning är däremot en annan fråga, men det vore önskvärt ur tydlighetssynpunkt. Det kommunala plan- och byggmonopolet och ansvaret att agera utifrån det allmännas intresse med avseende på till exempel näringslivspolitik och bostadsförsörjning kan uttryckas genom tydligt formulerade specifikationer som annonseras i samband med att möjligheten för intressenter att lämna anbud annonseras. Detta ställer höga kompetensmässiga krav på kommunen men i det fall aktörerna kan anses mer informerade om möjliga lösningar än kommunen finns alltid alternativet att använda sig av en design tävling som eventuellt kombineras med ett anbuds förfarande. Det är dock av största vikt att oavsett vilket tillvägagångssätt som väljs så skall processen karaktäriseras av konkurrensutsättning, transparens och verifierbarhet samt att kommunen har ett tydligt mål med försäljningen. Den bör, inför varje avyttring, ställa sig frågan om målsättningen är samhällsekonomisk effektivitet, intäktsmaximering eller om det är frågan om en situation där försäljningen kan ordnas så att det går att få både samhällsekonomisk effektivitet och intäktsmaximering.

¹⁷⁴ Se SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem. Se även Tom Madell, Är kundvalssystem med auktorisation inom vård- och omsorgssektorn förenliga med upphandlingsreglerna?, i: *Öka konsumentnyttan inom vård och omsorg – förslag för konkurrens och ökat företagande*, Konkurrensverkets rapportserie: 2007:3, s. 123–202, och där angivna källor.

8 Vilken sida kom upp? Diskussion och sammanfattning

Som inledningsvis konstaterats sätter många detaljerade bestämmelser gränserna för hur kommunen kan agera vid överlåtelse av egendom. När det gäller överlåtelse av fast egendom är de omfattande regler som omgärdar detaljplaneringsfrågor av central betydelse. Förfarandet vid så kallad 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 marknadsprisnivåerna som utgör ett hinder för ökat byggande av exempelvis bostäder.¹⁷⁵

Som en generell förutsättning för den kommunala verksamheten följer av 8 kap. 1 § KL att kommunerna skall ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller i form av kommunala bolag. Kommunerna skall enligt 8 kap. 2 § KL också förvalta sina medel på ett sådant sätt att kraven på god avkastning och betryggande säkerhet tillgodoses. Kraven på god ekonomisk hushållning medför också att en kommun vid en fastighetsförsäljning ur kommunallagens perspektiv är skyldig att försöka få ut ett så bra pris som möjligt. Vidare framgår av 2 kap. 8 § 2 st. KL att ett individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare endast får lämnas om det finns synnerliga skäl för det. Såväl förbudet mot individuellt riktade stöd som det generella kravet på god ekonomisk hushållning medför att en kommun vid en fastighetsöverlåtelse i enlighet med KL måste agera på ett sätt som gör att den uppnår en marknadsmässig prissättning och att inte någon näringsidkare gynnas på bekostnad av någon annan.

Även artikel 87.1 EG stadgar att stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av offentliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, är oförenliga med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna oavsett det rör sig om varor, tjänster eller kapital. Samtliga fyra villkor måste dock vara uppfyllda för att det skall vara fråga om ett otillåtet statsstöd.

Kommissionen har utarbetat en allmän vägledning – Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03). Av vägledningen framgår det mest önskvärda alternativet är att en överlåtelse av mark och byggnader äger rum efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbudsförfarande – av s.k. auktionstyp – till ett brett urval av tänkbara köpare, där det bästa eller det enda anbudet antas, per definition utgör en försäljning till marknadspris och därför heller inte innebär något statligt stöd. Som ett alternativ till överlåtelse utan villkorslöst anbudsförfarande anför kommissionen att en oberoende expertvärdering genomförs av en eller flera oberoende värderingsmän före förhandlingarna om överlåtelsen för att fastställa marknadsvärdet 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. Samtidigt visar Sävsjö-fallet att fastigheter kan överlåtas till ett lågt värde och att kommunen även kan ikläda sig ekonomiska skyldigheter i samband med överlåtelsen, huvudsaken är dock att förutsättningarna för överlåtelsen ligger i linje med Kommissionens meddelande.

En viktig kommunal uppgift är den lokala detaljplaneringen, där även markägarna, olika intressegrupper och kommunmedlemmar har ett visst inflytande i planprocessen. För att kunna exploatera mark på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt krävs ofta att kommunen på ett eller annat sätt samarbetar med det lokala näringslivet samt berörda fastighetsägare. Samtidigt uppträder kommunen med sina olika organ i en mängd olika skepnader under exploateringsprocessen; markägare, beställare av byggtreprenader,

¹⁷⁵ 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.

myndighetsutövare, innehavare av ett lagstadgat planmonopol, tillstånds- och tillsynsmyndighet samt avtalspart. Det finns en mängd bestämmelser som reglerar kommunal markexploatering, planering och byggande och de rättsliga förutsättningarna i relationen mellan kommunen och fastighetsägare, exploatörer och entreprenörer. Det har dock under lång tid varit vanligt att samverkans- eller genomförandeavtal ingås mellan en kommun och en exploatör för att tillgodose olika stadsplaneringsbehov och olika typer av samverkansavtal, eller s.k. förhandlingsplanering är för många kommuner ett viktigt inslag i exploateringsprocessen.

För det fall kommunen är den ursprungliga ägaren till den mark som skall exploateras och en fastighetsöverlåtelse skall ske aktualiseras därför alltid kommunallagens och EG-fördragets krav på marknadsvärde vid försäljningen. Om det dessutom rör sig om en markexploatering aktualiseras även reglerna om offentlig upphandling. När det gäller genomförandeavtal är det nämligen många gånger 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 skall utföra för kommunens räkning. Även om det offentlighetsrättsliga regelverket sätter gränserna för vilka överenskommelser kommunen kan göra och vilka avtal som kan slutas, sätter de bestämmelser som följer av reglerna om offentlig upphandling gränserna för hur kommunen skall gå till väga. Eftersom exploatören/köparen kan sägas utföra något som ligger i kommunens intresse och som kanske kommer att nyttjas av kommunen eller kommunmedlemmarna kan det många gånger därför vara så att kommunen måste låta ett upphandlingsförfarande föregå avtalet. EG-domstolen slog t.ex. i mål C-399/98, *La Scala*, fast att det då gällande Byggdirektivet (93/37/EEG) skall 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, något som var möjligt enligt italiensk rätt. EG-domstolen uttalar i målet att de definitioner som görs i Byggdirektivet 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 Byggdirektivet.

I jämförelse med försäljning av offentliga tillgångar är offentliga inköp är tydligare reglerade i upphandlingslagstiftningen (LOU). Grundprincipen för offentlig upphandling är konkurrensutsättning i syfte att fastställa ett för den upphandlande myndigheten så fördelaktigt pris (eventuellt med hänsyn tagen till kvalitativa dimensioner) som möjligt för att sedan kunna tilldela kontraktet till den vinnande anbudsgivaren. Konkurrensutsättningen sker genom att offentliga inköp avseende leverans av varor eller tjänster annonseras i ett så kallat förfrågningsunderlag, där de nämnare villkoren för konkurrensutsättningen anges. I förfrågningsunderlaget måste den upphandlande myndighet specificera vad inköpet avser och vad som kommer att vara avgörande för vem som får kontraktet. I samband med upphandlingen kan upphandlande myndighet välja mellan olika upphandlingsförfaranden. Förutsättningarna för de olika förfarandena är utförligt reglerade i LOU.

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 byggentreprenad och i dessa fall skall 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 enheten får använda sig av en så kallad konkurrenspräglad dialog i stället för ett öppet eller ett selektivt förfarande vid särskilt komplicerade

kontrakt, det vill säga 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 – t.ex. om det inte är möjligt att i de tekniska specifikationerna ange vad som krävs för att tillgodose den upphandlande enhetens 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 komplicerade element som ingår i genomförandeavtal.

Auktionen framstår som det bästa alternativet till att organisera en kommunal försäljning så länge som tillgången inte är förenad med komplexa samband. I sådana fall är en designtävling eller en förhandling att föredra då det öppnar upp för innovativa förslag från intressenterna. Vilken av modellerna ovan som skall användas är ingen enkel fråga och det är förmodligen något som måste bestämmas från fall till fall. Generellt anses öppna auktionen vara strategiskt lättare för budgivarna att ta till sig, de är också transparenta men det gör det även lättare för karteller att koordinera sig och signalera till varandra, varför ett slutet anbuds-förfarande kan vara att föredra.

Avslutningsvis vill vi nämna en variant av auktion som i första hand tillämpas när flera kontrakt auktioneras samtidigt (så kallad "multi unit"). I syfte att stimulera konkurrensen och uppmuntra nya aktörer att delta kan kontrakt reserveras för nya aktörer. Redan existerande företag får då inte bjuda på dessa kontrakt. Tanken är att detta stimulerar nya aktörer, som annars förväntar sig ha liten eller ingen chans att vinna ett kontrakt, att delta. Detta var något som tillämpades i Storbritannien vid försäljningen av 3G-licenser. På vissa licenser tilläts inte innehavare av 2G-licenser att bjuda utan de var reserverade för nya aktörer. Nackdelen med denna metod är att de nya aktörerna säljer vidare tillgången till en etablerad intressent efter auktionen. Men syftet är trots detta uppnått; att stimulera konkurrensen och på så sätt få upp anbudet och generera högre intäkter till säljaren. Ett tänkbart scenario är en kommun som vill stimulera konkurrensen inom någon marknad, till exempel dagligvarumarknaden, och avser att sälja en bit mark för etablering av en dagligvarubutik. För att stimulera nya aktörer att bjuda på marken och komma in på marknaden kan kommunen stipulera att endast återförsäljare som inte redan finns representerade inom kommunen får delta i anbudsgivningen. Huruvida detta strider mot reglerna för otillåtet statsstöd är oklart, men sannolikt skulle ett sådant förfarande strida mot statsstödsreglerna och gemenskapsrättens allmänna principer.

Vad gäller kommunala anvisningar av mark för bostadsändamål förekommer en mängd olika försäljnings- och prissättningsmetoder. För det mesta säljs villatomter genom en kommunal tomtkö eller genom ett anbuds-förfarande, men ofta använder kommunen flera olika metoder för markanvisning. Vid en anbuds-försäljning används i huvudsak en öppen budgivning, medan kommunerna vid anvisning av mark vanligen använder sig av någon form av direktanvisningar, även om det förvisso även här kan förekomma olika anbuds- eller tävlingsvarianter.

Vid byggande av flerbostadshus varierar sättet att tilldela kontrakt bl.a. beroende på om entreprenaden genomförs av en stor eller liten byggherre. Andelen lägenheter där byggkontrakten tilldelas under konkurrensutsättning är noterbart högre när byggherren är liten. Större byggherrar använder sig i stället av förhandling eller bygger själva. I många fall sker byggnationerna på mark som sedan tidigare ägs av byggherren, medan marken i andra fall förvärvas av kommunen.

I de fall kommunen är ursprunglig ägare till den mark som skall överlätas för att sedan exploateras finns i huvudsak två typfall av markeexploatering. I det första fallet äger kommunen marken utan att den blivande köparen, exploatören, medverkar vid upprättandet av detaljplanen. I det andra fallet medverkar exploatören aktivt vid framtagandet av detaljplanen. Ett sätt för kommunen att arbeta i det första fallet är därför att

upprätta en flexibel detaljplan, dvs. en plan som anger relativt grova ramar för hur marken skall användas och där detaljprövningen sker i samband med en bygglovsansökan. Vem som skall få tillgång till marken har vanligen brukat bestämmas antingen via en så kallad direktanvisning – efter att ha jämfört olika byggherrars förslag – eller efter en så kallad markanvisningstävling mellan olika deltagande byggherrar. Därefter regleras i ett markanvisningsavtal de förutsättningar som skall gälla vid överlåtelsen, t.ex. vilken mark som skall överlätas på exploatören, vilka områden som skall upplåtas för gemensamhetsanläggningar, vägar och ledningar och så vidare samt eventuell mark som skall utgöra allmänna platser och som därför skall förbli i kommunens ägo. Vidare reglerar avtalet pris vid markförvärvet och andra ekonomiska frågor, utformning av anläggningen samt utförandet av olika åtgärder för gemenskapsanläggningar med mera. I det andra fallet samarbetar kommunen och en exploatör redan från början med att arbeta fram förutsättningarna för en marköverlåtelse och att ta fram en detaljplan för det av kommunen ägda området. Ett sådant förfarande har alltså den egenheten att kommunens samarbetspartner utses innan arbetet med detaljplanen startar, varpå markanvisningsavtalet med alla detaljer ingås. När detaljplanearbetet är färdigt ingås därefter det slutliga marköverlåtelseavtalet mellan parterna. Mot bakgrund av undersökningen inställer sig därmed centrala två frågor; har den aktuella exploatören valts ut att samarbeta med kommunen på ett konkurrensneutralt sätt och hur fastställs försäljningspriset på ett marknadsmissigt sätt.

Ur ett kommunalrättsligt perspektiv skall försäljningar av kommunal egendom göras till marknadspris. Praxis visar dock att om kommunen väljer att frånga reglerna är det svårt – för att inte säga nästan omöjligt – att få till stånd en rättelse genom de kommunalrättsliga reglerna om laglighetsprövning om överlåtelsen verkställts. Eftersom sådana överlåtelser många gånger även är i strid mot statsstödsreglerna om beloppet överstiger 200 000 € blir effekten att överlåtelsen som sådan förblir gällande, men att den som förvärvat marken till underpris blir skyldig att betala tillbaka det otillåtna stödet, dvs. skillnaden mellan den köpeskilling som erlagts och det faktiska marknadspriset. Marknadspriset skall alltid fastställas genom ett villkorslöst anbuds förfarande eller genom en oberoende expertvärdering enligt Kommissionens meddelande. Samtidigt finns skäl att påminna om att EG-domstolen i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, *Francovich*, fann att en medlemsstat kan förpliktas att utge ersättning för skador som den kunde ha orsakat enskilda genom åsidosättande av gemenskapsrätten. En sådan princip anses utgöra en väsentlig del av fördragets systematik och nödvändig för att garantera europarättens fulla effektivitet.

Genomförandeavtal innehåller ofta moment av såväl fastighetsöverlåtelser som en markexploatering. I de delar sådana avtal innebär dels att exploatören skall uppföra anläggningar som kommunen utfäster sig att hyra, dels att exploatören skall anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar är de enligt såväl inhemsk som EG-rättslig praxis att se som tilldelning av offentliga byggentreprenadkontrakt som skall upphandlas enligt LOU. Har avtalet medfört att exploatören ekonomiskt sett gynnats i förhållande till konkurrenterna aktualiseras statsstödsreglerna även i dessa fall. Genomförandeavtalen ingår i vad som med en populär terminologi brukar kallas offentlig–privata partnerskap, OPP, eller offentlig–privata samarbeten, OPS. Vad gäller dessa företeelser förekommer en rikhaltig flora av termer och begrepp som i huvudsak endast är variationer på samma tema och i praktiken åsyftar samma fenomen. Samma begränsningar som i allmänhet gäller enligt EG-fördraget och KL med flera lagar gäller även för OPP. På samma sätt träffas även dessa projekt av statsstödsreglerna och procedurreglerna om offentlig upphandling.

Begreppet avknoppning saknar en vedertagen definition men får i allmänhet anses innebära en överföring av en offentlig verksamhet till privat regi, ofta genom att en grupp anställda bildar ett rättssubjekt som skall driva verksamheten. Även i dessa fall gäller samma principer som vid fastighetsöverlåtelser; såväl KL som statsstödsreglerna medför att överlåtelser skall ske på ett öppet sätt och till marknadspris. Eftersom en kommun enligt 2 kap. 8 § 2 st. KL inte får gynna enskilda näringsidkare ekonomiskt; får kommunen heller inte rikta ett erbjudande till en grupp anställda. För att säkerställa att ett marknadspris uppnås vid en avknoppning skall alltså en budgivning äga rum, där de anställda likställs med andra anbudsgivare och där det högsta anbudet blir avgörande för vem som kan få överta verksamheten. Även om en analys bör göras i

varje enskilt fall är även vid överlåtelse av lös egendom Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03) vägledande för hur man uppnår en marknadsmässig värdering.

Vid en nordisk jämförelse kan konstateras att de flesta länderna har brottats med liknande problem som Sverige vad gäller frågan om prissättning vid fastighetsöverlåtelse från kommuner till enskilda samt hur markexploatering skall ske på ett smidigt och transparent sätt.

I Danmark finns bestämmelser rörande såväl statens som kommunernas avyttring av fast egendom. I likhet med Sverige gäller även i Danmark som kommunalrättsliga grundprinciper dels att kommunen skall handha ekonomiska medel på ett försvarbart sätt, dels ett allmänt förbud för kommunen att utan särskilt lagstöd gynna enskilda medborgare eller företag. Fast egendom skall därför uttryckligen som huvudregel också säljas till det högsta värde som kan uppnås – marknadsvärdet – genom en offentlig försäljning eller till ett på förhand fastställt marknadspris. Kommunen kan dock undantagsvis sälja till ett lägre pris om det skulle krävas för att tillvarata ett sakligt grundat kommunalt intresse. Även här är det emellertid av stor vikt att de potentiella köparna behandlas på ett likvärdigt sätt och att kommunen är tydlig med vilka kriterier som skall väga tyngst vid värderingen av olika anbud, om inte dessa uttryckligen följer av lag. Kommunen skall vid försäljningen försäkra sig om att överlåtelsen sker mot bakgrund av de principer som följer av Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

I Norge har staten för att undvika överträdelser av statsstödsreglerna utfärdat en instruktion rörande avyttring av statligt ägd egendom, den så kallade *Avhendingsinstruksen*, för de fall en viss överlåtelse inte regleras av lag. Av instruktionen framgår att all försäljning av offentlig egendom bör ske i enlighet med vad som följer av EG-fördragets regler om otillåtna statsstöd. Fast egendom som överläts till enskilda skall därför säljas till marknadspris eller på det sätt som medför det mest fördelaktiga resultatet för staten, vanligtvis skall avyttringen ske till högstbjudande genom en offentlig budgivning. För det fall det skulle vara ekonomiskt mer fördelaktigt att avyttra egendomen till någon annan än den som avgett det högsta budet kan en överlåtelse ske till ett pris som understiger det högsta.

I Finland saknas uttryckliga bestämmelser om offentliga överlåtelse av fast egendom. Finlands kommunförbund har emellertid angett riktlinjer för kommunernas företagsstöd och markpolitiken. Riktlinjerna bygger därför också i stor utsträckning på Kommissionens meddelande om statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

I de flesta av våra nordiska grannländer har man infört särskilda regler avseende förutsättningarna för att sluta genomförandeavtal. I Danmark har man t.ex. infört regler om s.k. *byomdannelseområder*, dvs. äldre industri- och hamnområden m.m. som kan omvandlas till exempelvis bostadsområden. Som huvudregel skall en fastighetsförsäljning inom ramen för ett genomförandeavtal göras i enlighet med det förfarande som följer av reglerna om offentlig upphandling. Ett undantag gäller dock för bolag som bildats för att ombilda industriområden till bostadsområden. För att enskilda aktörer skall ha ett intresse i att ingå som delägare i ett s.k. *byomdannelsesselskab*, tillsammans med en kommun har det ansetts att dessa bolag måste vara undantagna från kravet att tillämpa upphandlingsreglerna vid fastighetsöverlåtelse.

I den norska plan- och byggnadsloven finns sedan den 1 juli 2006 bestämmelser om s.k. *utbyggingsavtaler*, dvs. ett avtal mellan kommunen och en fastighetsägare eller en exploatör om exploatering av ett område, som bygger på den kommunala planlagstiftningen och som gäller genomförandet av en kommunal detaljplan. Dessa avtal måste ha stöd i kommunala beslut som anger i vilka situationer ett sådant avtal är en förutsättning för en utbyggnad och som synliggör kommunens krav och förväntningar på en exploatering av området. Skälet är att alla förutsättningar skall vara kända för berörda markägare och potentiella exploatörer genom att de skall vara politiskt slutbehandlade och att beslutet dessutom skall kunna bli föremål för en

laglighetsprövning. Ett *utbyggingsavtal* kan reglera att markägaren eller exploatören helt eller delvis skall bekosta anläggningar som är nödvändiga för att kunna genomföra ett detaljplanebeslut. Sådana åligganden måste dock vara rimliga i förhållande till genomförandets art och omfattning samt i förhållande till kommunens bidrag till genomförandet av den aktuella planen och skyldigheter enligt avtalet. De kostnader som belastar exploatören måste alltså stå i proportion till den belastning exploateringen leder till för kommunen. De förutsättningar för exploateringen som slagits fast i respektive plan med stöd i det offentlighetsreglerade regelverket sätter också gränserna för vilka prestationer kommunen genom genomförandeavtalet kan kräva av en motpart. De införda bestämmelserna har alltså medfört en uttrycklig begränsning av de krav som kan ställas på motparten.

I och med att avtalen måste fastställas genom ett kommunalt beslut som kan bli föremål för en laglighetsprövning följer också att *utbyggingsavtal* som sådana inte kan överklagas; inte ens motparten ges någon rätt att inleda en process mot kommunen med anledning av avtalet. För att inte riskera att bryta mot den bedömning som följer av mål C-399/98, *La Scala*, anses att kommunerna bör använda sig av de regler som gäller för offentlig upphandling.

I Finland infördes för några år sedan 12 a kap. markanvändnings- och bygglagen som reglerar ersättning för kommunernas kostnader för samhällsbyggande. Av bestämmelserna följer uttryckligen att en kommun kan ingå avtal om planläggning och om genomförandet av planerna, s.k. *markanvändningsavtal*. I markanvändningsavtalen kan dock inte med bindande verkan avtalas om innehållet i planerna. Ett markanvändningsavtal kan ingås med bindande verkan för parterna först när ett utkast eller förslag till plan har varit offentligt framlagt. Av bestämmelserna följer också att kommunen och markägaren kan komma överens om att utvecklingskostnadsersättningen helt eller delvis betalas i form av ett jordområde eller annan egendom. I 14 kap. markanvändnings- och bygglagen regleras ersättning till enskilda till följd av genomförandet av generalplaner och detaljplaner.

Vi kan konstatera att det finns skillnader i hur de nordiska länderna valt att styra försäljningen av offentliga tillgångar där Norge är det land som ligger närmast det vi föreslår i den här rapporten. Vi ser ingen konflikt mellan de juridiska förutsättningarna och samhällsekonomisk effektivitet. Om försäljningen sker i enlighet med rådande lagstiftning och organiseras på ett sådant sätt att utfallet är samhällsekonomisk effektivt (eller om kommunen t.ex. har som mål att maximera intäkter i syfte att finansiera en investering av något slag) samt att processen är transparent och att reglerna för anbudsutvärdering är allmänt kända av alla aktörer på förhand följer försäljningen samma principer som offentlig upphandling med den skillnaden att högsta anbud vinner istället för lägsta. Utifrån möjligheterna att kombinera auktionsförfaranden med designtävling och/eller tydliga kravspecifikationer ser vi inte heller någon uppenbar konflikt mellan konkurrensutsättning och kommunernas utövande av planering för lokal eller regional utveckling. Tidigare studier visar dock på att konkurrensutsättning inte är den generella praxis som tycks råda bland Sveriges kommuner. Dessa studier har dock begränsats till ett fåtal kommuner varför det vore av största intresse att genomföra motsvarande analys riktad mot landets samtliga kommuner. Det skulle vidare vara av intresse att även inkludera frågor kring vilka värden som genereras via kommunala försäljningar under ett år. Detta eftersom detta område (i likhet med offentlig upphandling) karaktäriseras av bristande offentlig statistik.

Sammanfattningsvis, är det förmodligen så att en mer sammanhållen och tydlig lagstiftning gällande försäljning av offentliga tillgångar sannolikt skulle underlätta övergången till en mer frekvent och korrekt konkurrensutsättning i samband med sådana överlåtelser. Lagstiftningen på EU-nivå är entydig; anbuds-förfarande eller värdering utförd av oberoende experter skall föregå överlåtelsen. Det finns med andra ord inga hinder för en reglering av försäljning av offentliga tillgångar där grundprincipen mycket väl kan vara densamma som i upphandlingsreglementet. Därmed omfattas inte bara rena försäljningar utan

även till exempel avknoppning och hyresavtal. Det faller sig naturligt då offentliga försäljningar och offentliga inköp förenklat kan sägas vara två olika sidor på samma mynt! Tilldelning av kontrakt i samband med försäljning skulle då ske, enligt högsta eller ekonomiskt mest fördelaktiga pris.

Ett problem med den nuvarande situationen är bristen på sanktioner i samband med felaktiga överlåtelser. Gemensamt för de fall som behandlas i den här rapporten är att tiden mellan överlåtelse, ikraftträdande och genomförande av denna samt dom i de fall ärendet går till rättslig prövning är för lång. Rättelser blir i praktiken omöjliga att genomföra. Kommuner (och andra delar av den offentliga sektorn) kan i praktiken träffa regelvidriga överlåtelseavtal utan att riskera någon som helst eftergift, inte minst beroende på att statsstödsreglerna - i de sällsynta fall de aktualiseras - riktar sig mot den som erhållit ett otillåtet stöd. Det öppnar upp för snedvridning av konkurrensen och köpslående med såväl offentliga tillgångar som tillhandahållandet av offentlig service.

Referenser

Officiellt tryck m.m.

Bet. 1990/91:KU38.

Ds 1988:52.

Prop. 1975/76:187.

Prop. 1985/86:1.

Prop. 1990/91:117.

Prop. 1992/93:43.

Prop. 1993/94:188.

Prop. 2001/02:122.

SOU 1971:84, s. 147.

SOU 1979:66.

SOU 1994:36.

SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling.

SOU 2005:77.

SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem.

SOU 2008:38, .

Litteratur

Arrowsmith, Sue. 2005. *The Law of Public and Utilities Procurement*.

Axelsson, Roger; Holmlund, Bertil; Jacobsson, Roger; Löfgren, Karl-Gustaf; Puu, Tönu. 1998. *Mikroekonomi*. Lund: Studentlitteratur.

Bartosch, Andreas. 2002. The relationship between public procurement and state aid surveillance – the toughest standard applies?, *Common Market Law Review*, 39, s. 551–576.

Battista, Jasmin. 2007. The respect of State aid rules in PPPs, 2 EPPPL, s. 70–79.

- Bergman, Mats A.; Lundberg, Sofia. 1998. "Auctioned and Re-auctioned Children in 19th Century Sweden." Department of Economics, Umeå University, Umeå Economic Studies 468.
- Bettinger, Christian. 1978. *La concession de service public et de travaux publics*, Berger-Levrault, Paris.
- Bezancon, Xavier. 2004. *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé: pour la réalisation des équipements et services collectifs*, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, Paris.
- Blondeau, Ange. 1929. *La concession de service public, Étude d'histoire du droit administratif*, Allier, Grenoble.
- Bohlin, Alf. 2007. *Kommunalrättens grunder*. Nordstedts Juridik AB. Stockholm.
- Boverket, 2005. "Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål." Boverket juni 2005.
- Bovis, Christopher. 2005a. "Financing Services of General Interest, Public Procurement and State Aids: the Delineation between Market Forces and Protection in the European Common Market" *Journal of Business Law*, s. 1–27.
- Bovis, Christopher. 2005b. "Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future". *Columbia Journal of European Law*, 12 [2005–06].
- Bovis, Christopher. 2006. *The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships*. 1 EPPPL [2006].
- Brown, Adrian. 2004. "The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil you know?" *Public Procurement Law Review* ,13, s. 160–177.
- Bulow, Jeremy; Klemperer, Paul. 1996. "Auctions versus Negotiations." *American Economic Review* 86(1), s 180-194.
- Börgers, Tilman; Dustman, Christian. 2003. "Awarding Telecom Licences: The Recent European Experience." *Economic Policy*, 36, s. 215-258.
- Börgers, Tilman; van Damme, Eric, 2004. "Auction theory for auction design." In *Auctioning Public Assets. Analysis and Alternatives*. London: Cambridge University Press edit by Janssen, Maarten, C. W.
- Cassidy, Ralph Jr. 1967. *Auctions and Auctioneering*. Los Angeles: University of California Press.
- Cramton, Peter; Shoham, Yoav; Steinberg, Richard. 2006. *Combinatorial Auctions*. Cambridge and London: MIT Press.
- Doern, Alik. 2004. "The Interaction between EC Rules on Public Procurement and State Aid", *Public Procurement Law Review*, 13, s. 97–129.
- Dykstra, Maurice; van der Windt, Nico. 2004. "Beauty Contest Design." In *Auctioning Public Assets. Analysis and Alternatives*. London: Cambridge University Press edit by Janssen, Maarten, C. W.

- Evers Hjelsborg, Simon, m.fl. 2005. EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder.
- Gupta, Sabrana, 2002. "Competition and Collusion in a Government Procurement Auction Market." *Atlantic Economic Journal*. 30(1), s. 13 – 25.
- Gustafsson, Annika & Riberdahl, Curt. 1991. Är förhandlingsplanering laglig?, PLAN.
- Hane, John. 2005. De nya upphandlingsdirektiven, ERT 2005, s. 67–72.
- Hillger, Jens. 2003. "The Award of a Public Contract as State Aid within the Meaning of Article 87(1) EC." *Public Procurement Law Review*, 12, s. 109–130.
- Janssen, Maarten, C. W. 2004. *Auctioning Public Assets. Analysis and Alternatives*. London: Cambridge University Press.
- Kalbro, Thomas. 2007. Markexploatering; Juridik, ekonomi, teknik och organisation. Norstedts Juridk AB, 3:e upplagan. Stockholm.
- Krishna, Vijay. 2002. *Auction Theory*. San Diego: Academic Press.
- Klemperer, Paul. 2004. *Auctions: Theory and practice*. Toulouse Lectures in Economics. Princeton and Oxford: Princeton University Press
- Klemperer Paul, 1999. "Auction Theory: A Guide to the Literature" *Journal of Economic Surveys* 13(3): 227-286.
- Kommissionen. 2004. Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig (30.4.2004).
- Konkurrensverket. 2002. "Vårda och skapa konkurrens; Vad krävs för ökad konsumentnytta?" *Konkurrensverkets rapportserie 2002:2*.
- Konkurrensverket, 2004. "Konsumenterna, matpriserna och konkurrensen." *Konkurrensverkets rapportserie 2004:2*.
- Konkurrensverket, 2006. "Bättre konkurrens i bostadsbyggandet!" *Konkurrensverkets rapportserie: 2006:2*.
- Konkurrensverket. 2006. "Konkurrensen i Sverige 2006."
- Krüger, Kai. 2004. "Ban-On-Negotiations in Tender Procedures: Undermining Best Value for Money?" *Journal of Public Procurement*, 4, s. 397–436.
- Lever, Jeremy. 2005. "The EC State Aid Regime: Need for Reform", i: *The Law of State Aid in the European Union*, red. Biondi, Andrea, Eeckhout, Piet & Flynn, James, Oxford University Press, Oxford, s. 303–321.
- Lilli, Marco. 2004. "Konkurrensetsetning av kommunale oppgaver når kommunen opptrer med to hatter." *Lov og Rett* 2004, s. 43–71.
- Lindquist, Ulf. 2005. Kommunala befogenheter. Norstedts Juridk AB, Stockholm.

Lundberg, Sofia, 2000. "Child Auctions in 19th Century Sweden - An Analysis of Price Differences." *Journal of Human Resources* 35(2), s. 279-298.

Lundberg, Sofia, 2005. "Restrictions on Competition in Municipal Competitive Procurement in Sweden." *International Advances in Economic Research* 11(3), s. 329-342.

Lundberg, Sofia. 2008. "On Financial Incentives in Child Auctions in 19th Century Sweden." In *Child Labor World Atlas: a Reference Encyclopedia* edited by Hugh D. Hindman. 2008. M.E. Sharpe, Inc. NY, USA.
Forthcoming

Maasland, Emiel; Montangie, Yves; van den Bergh, Roger, 2004. "Levelling the playing field in auctions and the prohibition of state aid." In *Auctioning Public Assets. Analysis and Alternatives*. London: Cambridge University Press edit by Janssen, Maarten, C. W.

Madell, Tom. 1998. *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverknningar*. Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Madell, Tom. 2000. *Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalsslut och rättsverknningar*. Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Madell, Tom. 2005. "Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeavtal." i: *Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna*. Eija Mäkinen (red.), s. 225–254.

Madell, Tom. 2007. "Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig-privata partnerskap?", i: *Svensk rätt i EU – en antologi*, Örjan Edström (red.), s. 35–59.

Madell, Tom. 2007. "Är kundvalssystem med auktorisation inom vård- och omsorgssektorn förenliga med upphandlingsreglerna?", i: *Öka konsumentnyttan inom vård och omsorg – förslag för konkurrens och ökat företagande*, Konkurrensverkets rapportserie: 2007:3, s. 123–202.

Menezes Falvio, M.; Monteiro, Paulo, K. 2005. *An Introduction to Auction Theory*. New York: Oxford University Press.

Milgrom, Paul R. 1989. "Auctions and Bidding: A Primer." *Journal of Economic Perspectives* 3(3), s. 3 -22.

Milgrom, Paul. 2004. *Putting Auction theory to work*. Churchill Lectures in Economics. Cambridge; New York and Melbourne: Cambridge University Press.

Mäkinen, Eija. 2001. Markanvändningsavtal och planläggning, Retfærd, s. 54–71.

Mörth, Ulrika, & Sahlin-Andersson, Kerstin, (red.). 2006. Privatoffentliga partnerskap; Styrning utan hierarkier och tvång?

Nicolaides, Phedon, Kekelekis, Mihalis & Buyskes, Philip. 2005. *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*. EIPA Code 2005/03

NOU info december 2001

Pedersen, Kristian. 2005. Ramavtal och offentlig upphandling – nya bestämmelser för den klassiska sektorn, ERT, s. 42–60.

Peterson, George E., 2006. "Land leasing and Sale as an Infrastructure-financing Option", *World Bank Policy Research Working Paper* 4043, November.

Rubach-Larsen, Anne. 2005. "Competitive Dialogue." i: *The New EU Public Procurement Directives*, Ruth Nielsen & Steen Treumer (red.), s. 67–79.

Statskontoret, 2005. "Granskning av ärendehantering av markanvisningen i sex kommuner." Dnr 2005/395-5.

Statskontoret, 2008. Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal (s.k. avknoppning) – kommunalrättsliga och EG/EU-rättsliga aspekter, Dnr 2008/59-5.

Steinicke, Michael. 2005. "Konkurrencepræget dialog – præsentation af en ny bestemmelse i udbudsreglerne." i: *Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005*, Hans Viggo Godsk Pedersen (red.), s. 273–286.

Sundstrand, Andrea. 2006. EG-domstolens domar om offentlig upphandling. Norstedts Juridik. Stockholm.

Sveriges Kommuner och Landsting. 2003. cirkulär 2003:109, rörande La Scala domens konsekvenser för kommunernas exploateringsavtal.

Sveriges Kommuner och Landsting. 2006. Kommunallagen; Kommentarer och praxis.

Tophøj Sørensen, Michael. 2007. "Offentlige-private partnerskaber og byomdannelse." i: *Festskrift til Orla Friis Jensen, Fast Ejendoms Ret – synsvinkler & synspunkter*, Lars Ramhøj (red.), s. 269 ff.

Treumer, Steen. 2004. "Competitive dialogue." *Public Procurement Law Review* 13, s. 178–186.

Utbyggingsavtaler – Forholdet til reglene om offentlige anskaffelser, Journalnummer: 05/3556-2, 23.11.2005, http://www.regjeringen.no/upload/kilde/krd/red/2004/0078/ddd/pdfv/269435-utbyggingsavtaler_-_forholdet_til_reglene_om_offentlige_anskaffelser.pdf.

Varian, Hal R., 2003. *Intermediate Microeconomics. A Modern Approach*. 6th edition. New York: W.W Norton and Company Inc.

Vickrey, William. 1961. "Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders." *Journal of Finance* 16(1): 8-37.

Vickrey, William. 1962. "Auctions and Bidding Games," in *Recent Advances in Game Theory*, in O. Morgenstern and A. Tucker, eds., Proceedings of a conference. Princeton: Princeton University Press.

Warnling-Nerep, Wiweka. 1995. Kommuners lag- och domstolstrots.

Rättspraxis

De förenade målen C-6/90 och 9/90, Francovich, REG 1991 s. I-05357. (Svensk specialutgåva s. I-00435)

De förenade målen C-46/93 och 48/93, Brasserie och Factortame III,.

Mål C-5/89, Kommissionen mot Tyskland.

Mål C-94/99, ARGE,

Mål C-92/00, Hospital Ingenieure,

Mål C-280/00, Altmark Trans.

Mål C-26/03, Stadt Halle.

Mål C-126/03, Kommissionen mot Tyskland.

Mål C-15/04, Koppensteiner,

Mål C-220/05, Auroux m.fl.,

Mål C-258/07, Kommissionen mot Sverige.

Mål T-14/96, Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mot Kommissionen,

Mål T-274/01, Valmont Nederland BV,

Mål T-455/05 R, Componenta mot Kommissionen,

NJA 1980 s. 1

NJA 2000 s. 712

RÅ 1968 ref. 8

RÅ 1975 Ab 487

RÅ 1980 Ab 56

RÅ 1981 Ab 60

RÅ 1981 Ab 393

RÅ 2001 ref. 18

RÅ 2004 not. 61

RÅ 2005 ref. 62

Regeringsrättens beslut 2000-07-27 (mål nr 2310-2000)

Regeringsrättens beslut 2000-07-27 (mål nr 2933-2000)

Regeringsrättens beslut 2002-05-15 (mål nr 4735-2001).

Regeringsrättens beslut 2002-05-15 (mål nr 5208-2001).

MD 2001:25

MD 2002:1

Kammarrättens i Göteborg dom 1999-06-23 (Mål nr 8038-1997).

Kammarrättens i Jönköping beslut 2000-03-14 (mål nr 402-2000).

Kammarrättens i Jönköping beslut 2000-03-14 (mål nr 469-2000).

Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3888-2000).

Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3889-2000).

Kammarrättens i Göteborg dom 2003-03-20 (Mål nr 2961-2002).

Kammarrättens i Jönköping beslut 2003-03-22 samt beslut 2005-02-09 (mål nr 803-2002).

Kammarrättens i Stockholm beslut 2005-04-05 (mål 6857-04 & 6859-04).

Kammarrättens i Sundsvall dom 2008-04-09 (mål nr 1715-06).

Kammarrättens i Göteborg dom 2008-09-30 (mål nr 4387-08).

Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 1991-99).

Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 2039-99).

Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1144-00).

Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1239-00).

Länsrättens i Jämtlands län dom 2006-05-24 (mål nr 791-05).

Länsrättens i Östergötlands län dom 2007-04-07 (mål nr 3828-06 E).

Länsrättens i Stockholms län dom 2007-12-20 (mål nr 10633-07).

Länsrätten i Skåne läns beslut 2008-06-19 (mål nr 5593-08).

Bilagor

Bilaga 1 – Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03)

(Text av betydelse för EES)

I. INLEDNING

I flera fall under senare år har kommissionen granskat försäljning av mark och byggnader som ägs av det allmänna för att fastställa om inslag av statligt stöd till köparna förekommit. För att klargöra sitt allmänna synsätt beträffande problemet med statligt stöd vid överlåtelse av mark och byggnader och för att minska antalet ärenden som den måste undersöka, har kommissionen utarbetat en allmän vägledning till medlemsstaterna.

Följande vägledning till medlemsstaterna

- beskriver ett enkelt förfarande som ger medlemsstaterna möjlighet att hantera överlåtelser av mark och byggnader på ett sätt som automatiskt utesluter inslag av statligt stöd;
- klarlägger närmare vilka typer av överlåtelser av mark och byggnader som bör anmälas till kommissionen så att en bedömning kan göras huruvida en viss transaktion innefattar stöd eller inte och, om så är fallet, om stödet är förenligt med den gemensamma marknaden;
- ger kommissionen möjlighet att snabbt behandla eventuella klagomål eller inlagor från tredje part, vilka gör kommissionen uppmärksam på fall av föregivet stöd i samband med överlåtelser av mark och byggnader.

Denna vägledning tar hänsyn till att det i de flesta medlemsländer finns budgetbestämmelser för att tillförsäkra att offentlig egendom i princip inte säljs till belopp som understiger dess värde. Därför är de procedurmässiga förebyggande åtgärder som rekommenderas för att undvika att reglerna om statligt stöd träder i aktion formulerade på ett sådant sätt att de normalt bör göra det möjligt för medlemsstaterna att följa vägledningen utan att ändra sina inhemska förfaranden.

Vägledningen berör endast överlåtelse av mark och byggnader som ägs av det allmänna. Den berör inte det allmännas förvärv av mark och byggnader eller offentliga myndigheters uthyrning eller leasing av mark och byggnader. Sådana transaktioner kan också innefatta inslag av statligt stöd.

Vägledningen påverkar inte särskilda bestämmelser eller förfaranden i medlemsländerna för att främja kvaliteten på och tillgången till privata bostäder.

II. PRINCIPER

1. Överlåtelse genom villkorslöst anbuds förfarande

En överlåtelse av mark och byggnader efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbuds förfarande (av auktionstyp), där det bästa eller det enda anbudet antas, utgör per definition en försäljning till marknadspris och innefattar följaktligen inte statligt stöd. Det faktum att en annan värdering

av marken förelåg före anbudsförfarandet, t.ex. för redovisningsändamål eller för att tillhandahålla ett tänkt lägsta utgångsbud, är ovidkommande.

a) Ett anbud är vederbörligen offentliggjort när det upprepade gånger under en rimligt lång tidsperiod (två månader eller mer) tillkännagivits i inhemsk press, fastighetstidningar eller andra lämpliga publikationer och via fastighetsmäklare som vänder sig till ett brett urval av tänkbara köpare, så att alla tänkbara köpare kan nås för kännedom.

En planerad överlåtelse av mark och byggnader, som med tanke på sitt höga värde eller andra egenskaper kan locka investerare som är verksamma i hela Europa eller internationellt, bör tillkännages i publikationer som har en regelbunden internationell spridning. Sådana erbjudanden bör också tillkännages genom mäklare som vänder sig till kunder i hela Europa eller internationellt.

b) Ett erbjudande är villkorslöst när alla köpare, oberoende av om de driver en rörelse eller inte och vad för slags rörelse det i så fall är, generellt är oförhindrade att förvärva marken och att använda den för sina egna syften. Inskränkningar får införas för att förhindra olägenheter för allmänheten, för att skydda miljön eller för att undvika rena spekulationsanbud. Restriktioner som genom detalj- och regionplanläggning åläggs ägaren i enlighet med inhemsk lagstiftning om markanvändning påverkar inte erbjudandets villkorlösa karaktär.

c) Om det är ett överlåtelsevillkor att den framtida ägaren skall åta sig särskilda förpliktelser - utöver sådana som härrör från allmän inhemsk lagstiftning eller beslut av planeringsmyndigheterna, eller beslut för att skydda och bevara miljö och folkhälsa, - till förmån för de offentliga myndigheterna eller för samhällsnyttan i allmänhet, skall erbjudandet betraktas som "villkorslöst" i den betydelse som avses i definitionen ovan endast om alla tänkbara köpare är skyldiga och i stånd att uppfylla denna förpliktelse, oberoende av om de driver en rörelse eller inte och vad slags rörelse det i så fall är.

2. Överlåtelse utan villkorslöst anbudsförfarande

a) Oberoende expertvärdering

Om offentliga myndigheter avser att inte använda förfarandet som beskrivs under 1, bör en oberoende värdering genomföras av en eller flera oberoende värderingsmän före förhandlingarna om överlåtelsen för att fastställa marknadsvärdet på grundval av allmänt accepterade marknadsindikatorer och värderingsstandarder. Det marknadspris som sålunda fastställts är det lägsta anskaffningspris som kan avtalas utan att statligt stöd beviljas.

En värderingsman är en person med gott anseende som

- innehar en lämplig examen från en erkänd utbildningsanstalt eller en motsvarande akademisk kvalifikation;

- har lämplig erfarenhet och besitter kompetens i fråga om värdering av mark och byggnader på orten och för dem ifrågakvarande egendomen.

Om det i någon medlemsstat inte har fastställts några lämpliga akademiska kvalifikationer, bör värderingsmannen vara medlem i den erkänd yrkessammanslutning för markvärderingsfrågor och antingen

- vara förordnad av domstol eller en myndighet med motsvarande ställning; eller

- som minimikrav ha ett erkänt intyg på avslutad gymnasieutbildning och tillräcklig utbildningsnivå med åtminstone tre års praktisk erfarenhet av och kunskap om värdering av mark och byggnader på den särskilda orten, efter avlagd examen.

Värderingsmannen bör vara oberoende vid fullgörandet av sina uppgifter, dvs. offentliga myndigheter bör inte ha rätt att utfärda föreskrifter beträffande resultatet av värderingen. Statliga värderingsinstitut och tjänstemän och anställda i det allmänna tjänst betraktas som oberoende förutsett att otillbörlig påverkan på deras resultat på ett effektivt sätt utesluts.

Med marknadsvärde förstås det pris som mark och byggnader på värderingsdagen skulle betinga vid en privat försäljning mellan en villig säljare och en oberoende köpare, under antagandet av att egendomen offentligt utbjuds till salu, att marknadsförhållandena möjliggör försäljning i normal ordning och att det med beaktande av egendomens art står en skälig tidsrymd till förfogande för förhandling av köpet (1).

b) Felmarginal

Om det efter rimliga ansträngningar att sälja mark och byggnader till marknadspriset är uppenbart att det pris som fastställts av värderingsmannen inte kan erhållas, får en avvikelse på högst 5 % från detta pris anses överensstämma med marknadsvillkoren. Om det efter ytterligare en rimlig tidsperiod är uppenbart att fastigheten inte kan säljas till det pris som fastställts av värderingsmannen, reducerat med felmarginalen på 5 %, får en ny värdering genomföras. Denna värdering skall ta hänsyn till de erfarenheter som gjorts och de anbud som erhållits.

c) Särskilda förpliktelser

Särskilda förpliktelser som är förbundna med fastigheten och inte med köparen eller hans ekonomiska verksamhet får kopplas till överlåtelsen för att tillvarata samhällsintresset förutsatt att alla tänkbara köpare är skyldiga och i princip i stånd att uppfylla dem, oberoende av om de driver en rörelse eller inte och vad slags rörelse det i så fall är. Den ekonomiska nackdelen av sådana förpliktelser bör utvärderas separat av oberoende värderingsmän och får räknas av mot försäljningspriset. Förpliktelser som det åtminstone delvis är i köparens eget intresse att uppfylla bör utvärderas med hänsyn till denna omständighet. Det kan t.ex. finnas fördelar med avseende på reklam, sponsring av sport och konst, PR, förbättring av köparens egen miljö eller rekreativsmöjligheter för köparens egen personal.

Ekonomiskt ansvar som hänför sig till förpliktelser som åligger alla markägare enligt allmän lag får inte räknas av mot anskaffningspriset (t.ex. skötsel och underhåll av mark och byggnader inom ramen för de vanliga samhällliga förpliktelser som åtföljer fastighetsäggande, erläggande av skatt och övriga avgifter).

d) Myndigheternas förvärvskostnader

De offentliga myndigheternas ursprungliga kostnader vid ett fastighetsförvärv av en tomt är ett riktmärke för marknadsvärdet, såvida inte en betydande tidsperiod förflutit mellan förvärvet och överlåtelsen av fastigheten. I princip bör därför marknadsvärdet under en period om åtminstone tre år efter förvärvet inte fastställas till ett belopp som ligger under de ursprungliga kostnaderna, såvida den oberoende värderingsmannen inte särskilt fastslagit en allmän nedgång i marknadspriserna för fastigheter på den berörda marknaden.

3. Anmälningsplikt

Utan att det påverkar tillämpningen av regeln om försumbart stöd (2) skall medlemsstaterna således till kommissionen göra anmälan om följande transaktioner för att göra det möjligt för den att fastställa om statligt stöd förekommer och, om så är fallet, att göra en bedömning av dess förenlighet med den gemensamma marknaden:

- a) All överlåtelse som inte skett på grundval av ett öppet och villkorslöst anbudsförfarande, där det bästa eller enda anbudet antagits.
- b) All överlåtelse som i avsaknad av ett sådant förfarande skett till ett pris som ligger under marknadsvärdet sådant det fastställts av oberoende värderingsmän.

4. Klagomål

När kommissionen mottar ett klagomål eller annan inläga från tredje part som anför att ett inslag av statligt stöd förekommit i ett avtal om överlåtelse av mark och byggnader av offentliga myndigheter, kommer den att förutsätta att något statligt stöd inte ingår om informationen från det berörda medlemslandet visar att ovannämnda principer iakttagits.

(1) Artikel 49.2 i rådets direktiv 91/674/EEG (EGT nr L 374, 31.12.1991, s. 7).

(2) EGT nr C 68, 6.3.1996, s. 9.

Bilaga 2 – Bekendtgørelse 1991-06-20 nr. 472 om offentligt udbud ved salg af kommunens faste ejendomme (Danmark)¹⁷⁶

I medfør af § 68 i lov om kommunernes styrelse, jf. lovbekendtgørelse nr. 31 af 22. januar 1990, som senest ændret ved § 1 i lov nr. 385 af 6. juni 1991, og § 51 a i lov om Københavns Kommunes styrelse, jf.

lovbekendtgørelse nr. 538 af 3. august 1989, som senest ændret ved § 2 i lov nr. 385 af 6. juni 1991, fastsættes:

§ 1. Salg af kommunens faste ejendomme skal, medmindre andet særligt er hjemlet i lovgivningen, ske efter forudgående offentligt udbud, jf. dog § 2.

§ 2. Bekendtgørelsen omfatter ikke salg af fast ejendom til gennemførelse af offentligt støttet byggeri i henhold til lov om boligbyggeri og lov om boliger for ældre og personer med handicap.

Stk. 2. Offentligt udbud kan endvidere undlades ved

- 1) salg til staten, en kommune eller et kommunalt fællesskab, jf. § 60 i lov om kommunernes styrelse,
- 2) salg af en nedlagt tjeneste- eller lejebolig til den hidtidige beboer, der har haft boligen til rådighed i forbindelse med sit kommunale ansættelsesforhold,
- 3) salg til en kommunalt ansat af en ejendom, der som følge af dens beliggenhed nær den pågældendes tjenestested er af særlig betydning for udførelsen af tjenesten,
- 4) salg af et areal under 2.000 m², som ikke selvstændigt kan bebygges, eller
- 5) salg til institutioner m.v., som kommunen lovligt kan yde støtte til.

Stk. 3. Med tilsynsmyndighedens samtykke kan offentligt udbud endvidere undlades ved mageskifter samt ved salg, hvor der i øvrigt foreligger særlige forhold, der kan begrunde en undladelse af offentligt udbud.

§ 3. Offentligt udbud skal ske ved annoncering i den lokale presse efter kommunalbestyrelsens bestemmelse.

Stk. 2. Kommunalbestyrelsen fastsætter, på hvilke vilkår ejendommen udbydes til salg.

Kommunalbestyrelsen kan bestemme, at ejendommen udbydes til en fastsat pris, forudsat at prisen svarer til markedsprisen.

Stk. 3. Ved annonceringen skal angives ejendommens beliggenhed og størrelse samt oplysning om, hvortil der kan rettes henvendelse om udbudsvilkår. Udbydes ejendommen til en fastsat pris, skal det ved annonceringen angives, at kommunen ikke er forpligtet til at sælge ejendommen til den udbudte pris.

§ 4. Købstilbud skal være skriftlige. Indkomne købstilbud er fortrolige, indtil salg har fundet sted.

§ 5. Salg kan først ske, når der er forløbet 14 dage efter den første annoncering af ejendomssalget, jf. § 3, stk. 1.

§ 6. Kommunalbestyrelsen kan forkaste alle indkomne tilbud.

Stk. 2. Salg til en tilbudsgiver, der ikke har afgivet det højeste købstilbud, kan ske, såfremt der herved varetages en saglig, kommunal interesse.

¹⁷⁶ Se <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=52110>.

Stk. 3. Hvis der i tilfælde, hvor en ejendom er udbudt til en fastsat pris, fremkommer højere købstilbud, skal de tilbudsgivere, der har afgivet tilbud om køb af ejendommen til den udbudte pris, have mulighed for at fremkomme med supplerende tilbud. Salg til en lavere pris end en udbudt pris kan kun ske på grundlag af et nyt offentligt udbud.

§ 7. Når der er forløbet eet år efter et offentligt udbud, kan salg kun ske på grundlag af et nyt offentligt udbud.

§ 8. Bekendtgørelsen træder i kraft den 1. juli 1991.

Indenrigsministeriet, den 20. juni 1991

Thor Pedersen

/ Emil le Maire

Bilaga 3 – Kongelig resolusjon av 19. desember 1997, Instruks om avhending av statlig eiendom m.v. (Avhendingsinstruksen) (Norge)¹⁷⁷

Instruks om fullmakter, fremgangsmåte, prisfastsetting, betalings- og andre avhendingsvilkår ved avhending av statlig fast eiendom eller overdragelse av fast eiendom mellom statsinstitusjoner. Fastsatt ved kongelig resolusjon 19. desember 1997 og ikrafttredelse fra 1. januar 1998.

Den nye instruksen avløser kongelig resolusjon av 17. mars 1987.

Instruks om avhending av fast eiendom som tilhører staten og overføring av fast eiendom mellom statsinstitusjoner

Ved kongelig resolusjon av 19. desember 1997 ble det vedtatt nye saksbehandlingsregler om avhending av fast eiendom som staten eier. Bakgrunnen for de nye reglene er større oppmerksomhet omkring kostnadssiden ved den statlige eiendomsmassen.

Den nye instruksen er blitt til etter et samarbeid mellom Forsvarsdepartementet, Forsvarets bygningstjeneste, Forsvarets rasjonaliseringstjeneste, Samferdselsdepartementet, Statsbygg og daværende Planleggings- og samordningsdepartementet.

Enkelte statsetater kan ha behov for å gi utfyllende regler innenfor sitt arbeidsområde. Det vil det være adgang til i den utstrekning slike regler ikke er i strid med denne instruks. Det har vært gitt egne retningslinjer for salg av statlige festetomter ved kongelig resolusjon av 9. juli 1982. Etter at tomtfesteloven ble endret anses det ikke lenger nødvendig å opprettholde disse retningslinjene, og de er derfor opphevet.

Ved motstrid mellom denne instruksen og bestemmelser fastsatt ved lov, går lovens bestemmelser etter vanlige fortolkningsprinsipper foran instruksen.

Når det gjelder salg av eiendom til næringsvirksomhet gjør vi oppmerksom på de regler og retningslinjer som gjelder etter EØS-regelverket for statsstøtte. Dette regelverket forvaltes av Nærings- og handelsdepartementet, som kan kontaktes for nærmere opplysninger.

Kapittel 1 Innledende bestemmelser

1.1 Virkeområde

Instruksen gir retningslinjer for avhending av fast eiendom som staten eier. Instruksen gjelder for virksomheter som er underlagt regjeringens instruksjonsmyndighet, herunder forvaltningsbedrifter.

Instruksen gjelder ikke for den virksomhet fylkeslandbruksstyrene utøver i medhold av lov av 12. mai 1995 nr. 23 § 6. Instruksen gjelder heller ikke ved avhending av bolig- eller fritidseiendommer hvor fester har krevd innløsning etter tomtfesteloven.

Beslutning om utrangering/kassasjon av bygning med påfølgende salg til nedrivning uten samtidig avhending av grunnareal, skal skje etter de bestemmelser som er gitt i normalinstruks for utrangering og kassasjon av materiell og bygninger samt for avhending av materiell som tilhører staten, gitt ved kongelig resolusjon 17. mars 1978 med senere endringer.

¹⁷⁷ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/Lover-og-regler/retningslinjer/1997/Avhendingsinstruksen.html?id=272394>.

Når særlige forhold tilsier det, kan Arbeids- og administrasjonsdepartementet i enkeltsaker gjøre unntak fra instruksen.

1.2 Definisjoner

Med fast eiendom menes i denne instruks grunnareal og påstående bygning, enten hver for seg eller i kombinasjon.

Med avhending menes salg, gave, bortfeste og makeskifte av fast eiendom. Overføring mellom statsinstitusjoner som er underlagt denne instruksen regnes ikke som avhending.

Med markedspris menes den høyeste pris markedet er villig til å betale. Ved verditaksering er markedspris den høyeste pris det antas at markedet vil betale.

1.3 Overføring mellom statsinstitusjoner

Ved overføring av fast eiendom til, fra eller mellom institusjoner innenfor statens forretningsdrift skal det betales vederlag. Vederlaget skal fastsettes til markedspris basert på verditakst. Ved overføring mellom statsinstitusjoner utenfor statens forretningsdrift skal det ikke betales vederlag. Eiendommen skal likevel takseres ved overføringen.

Kapittel 2 Fullmakter til avhending

2.1 Fullmakter

Avhending av fast eiendom i statlig eie skal skje etter fullmakt gitt av Stortinget, jf. Grunnlovens § 19. Fullmakt kan enten gis som en generell fullmakt eller som en spesiell fullmakt i hvert enkelt tilfelle.

Avhending skal skje til markedspris dersom ikke annet er bestemt av Stortinget. Forslag om avhending som gave eller til underpris skal forelegges Finansdepartementet før det fremmes for Stortinget.

Før avhending finner sted skal departementene, den aktuelle fylkesmann og Statsbygg forespørres om det er statlig behov for eiendommen. Slik forespørsel kan unnlates hvis det åpenbart ikke er statlig behov for eiendommen. Foreligger det et dokumentert statlig behov for eiendommen, må den ikke avhendes uten Finansdepartementets samtykke.

Ved avhending av eiendommer med bygg som er eldre enn 50 år, skal Riksantikvaren varsles i god tid før avhending for å få vurdert spørsmålet om bevaringsverdi. I spesielle tilfeller kan Riksantikvaren fastsette annen tidsgrense. Forutsatt at saken er tilstrekkelig dokumentert, skal Riksantikvaren svare innen 4 uker.

Kapittel 3 Fremgangsmåte ved avhending

3.1 Valg av fremgangsmåte

Avhending skal skje på den måten som gir det beste økonomiske resultatet for staten.

Avhending kan skje i institusjonens egen regi eller gjennom eiendomsmegler når dette anses mer hensiktsmessig.

3.2 Verditaksering

Når avhending av fast eiendom omfatter bebyggelse, skal det holdes verditakst såfremt det ikke er snakk om ubetydelige verdier. Verditaksering kan videre unnlates for grunnarealer dersom man har tilstrekkelige opplysninger om prisnivået i området.

Taksering av landbrukseiendommer skal skje på bakgrunn av Landbruksdepartementets retningslinjer fastsatt ut fra konsesjonsloven av 31. mai 1974 § 1 nr. 4.

Eventuell takst skal være holdt før eiendommen utbys til avhending.

3.3 Avhending gjennom eiendomsmeidler

Ved avhending gjennom eiendomsmeidler kan den fremgangsmåten som er vanlig i bransjen følges. Hovedhensynene i instruksene må likevel ivaretas. Det må også påses at eiendomsmeidler gis instruks om å ivareta eventuelle spesielle hensyn som foreligger i forbindelse med avhendingen av eiendommen.

3.4 Avhending i institusjonens egen regi

Avhending i en institusjons egen regi skal som hovedregel skje etter offentlig kunngjøring og på grunnlag av skriftlige bud.

Kunngjøringen skal gjøres kjent i Norsk Lysingsblad og i minst én avis som er alminnelig lest på stedet og skal inneholde:

Navn på institusjonen som foretar avhendingen, samt referanseperson.

Beskrivelse av eiendommen og opplysning om eiendommens takstverdi.

Tid for besiktigelse av eiendommen.

Opplysninger om hvordan budene skal merkes og hvor de skal innleveres.

Kunngjøringen kan også inneholde opplysninger om rettigheter og forpliktelser knyttet til eiendommen, eventuell frist for innlevering av bud, tidspunkt for åpning av bud ved lukket budrunde, forbehold om rett til å forkaste alle bud dersom de tilbudte priser er uakseptable og opplysning om at bud som inneholder ubestemte bud eller priser vil bli avvist.

Budgivningingen skal som hovedregel være åpen. Budgiverne skal da så langt som mulig holdes orientert om nye og høyere bud som kommer inn. Når et bud er akseptert, skal de andre budgiverne varsles snarest.

Lukket budrunde kan benyttes dersom dette finnes mest hensiktsmessig. Hvis det før den lukkede budrunden er avholdt åpen budrunde, skal alle tilbydere som ikke er utelukket etter 3.6 informeres om det høyeste bud før den lukkede budrunden og inviteres til å levere høyere bud. Hvis det ved utløpet av fristen for å delta i en lukket budrunde foreligger flere konkurrerende bud, bør det vanligvis gjennomføres én eller flere budrunder til blant budgiverne fra forrige budrunde. Budgiverne skal i så fall orienteres om høyeste bud i forrige budrunde og gis frist for å levere nytt bud. Denne fristen bør normalt ikke overskride en uke. Hvis det kun kommer inn ett bud i den lukkede budrunden, og dette er fra den byder som hadde det

høyeste budet før denne budrunden, skal budet i den siste budrunden bortfalle. Ved lukkede budrunder oppbevares budene innelåst inntil åpning skal finne sted.

Når eiendommen har liten verdi eller bare et mindre antall kjøpere er aktuelle, kan avhending skje ved direkte salg. Dette innebærer salg på grunnlag av bud som er innkommet etter henvendelse til et begrenset antall interessenter. Avhending ved direkte salg kan også skje når det bare er én aktuell kjøper.

3.5 Avhending til statstjenestemenn

En virksomhet kan etter samtykke fra fagdepartementet avhende bolig eller boligtomt til tjenestemenn når hensynet til bemanningssituasjonen eller boligens/ tomtens beliggenhet tilsier det.

Staten kan i kontrakten betinge seg forkjøpsrett/utpekingsrett ved eventuell videre avhending. Ved salg av festetomt gjelder dette likevel bare hvis det ble tatt slikt forbehold ved bortfestet.

3.6 Utelukkelse av bud

Et bud skal utelukkes dersom:

Budet kommer inn etter utløpet av en fastsatt tilbudsfrist.

Budet inneholder ubestemt pris eller på annen måte avviker vesentlig fra avhendingsforutsetningene.

Årsaken til at bud utelukkes skal protokolleres, jf. 3.7 annet avsnitt.

3.7 Salgsprotokoll m.v.

Ved avhending i institusjonens egen regi skal det føres salgsprotokoll eller på annen måte gis betryggende dokumentasjon for avhendingen. Beslutning om direkte salg eller gjennomføring av lukket budrunde skal her begrunnes.

Ved avhending etter offentlig kunngjøring skal det alltid føres salgsprotokoll. Protokollen skal inneholde:

Eiendommens gårds- og bruksnummer.

Budgivers navn.

Tilbudte priser og andre opplysninger av betydning, herunder beslutning om ekstra budrunde.

Opplysning om eventuell utelukkelse eller forkasting av bud.

Aksept av bud.

Ved lukkede budrunder skal i tillegg åpningsdato og klokkeslett samt navn på de som har åpnet budene protokolleres.

3.8 Makesifte

Ved makeskifte skjer oppgjør ved bytte av eiendommer mellom partene. Verdien av eiendommene fastslås etter samme prisgrunnlag for begge eiendommene, fortrinnsvis ved verditaksering. Dersom eiendommene ikke har samme verdi, gjøres mellomlaget opp kontant eller på annen vanlig måte. For øvrig gjelder reglene om fremgangsmåte for avhending så langt de passer også for makeskifte.

Kapittel 4 Prisfastsetting, betalings- og andre avhendingsvilkår

4.1 Salgs- og betalingsbetingelser

Eiendommen skal som hovedregel avhendes til den som gir høyest bud. Denne regelen kan bare fravikes dersom det vil være økonomisk mer fordelaktig for staten å avhende til en annen.

Samtlige bud kan forkastes. Årsaken til at bud forkastes skal protokolleres ved salg i egen regi etter offentlig kunngjøring. Det kan innledes forhandlinger med en eller flere av budgiverne med sikte på å få i stand et salg.

Ved direkte salg, herunder salg til tjenestemenn, må ikke salgsprisen være lavere enn verditakst basert på markedspris. Taksten må være holdt av uavhengig takstmann, og tidspunktet for taksering må ligge nær opptil tidspunktet for avhending.

Ved salg skal betalingsbetingelsene vanligvis gå ut på at kjøpesummen i sin helhet skal innbetales før utlevering av skjøte. Det kan kreves betaling av et forskudd når dette bedømmes som hensiktsmessig.

4.2 Andre betingelser

Avhendingsdokumenter bør inneholde oppgave over rettigheter og forpliktelser som følger eiendommen.

Det skal vanligvis ikke tilstås rettigheter på statens gjenværende grunn utover de rettigheter som måtte hvile som heftelser på eiendommen før overdragelsen.

Dersom eiendommen er fredet eller verneverdig skal staten dra omsorg for eiendommen gjennom passende klausulering. Riksantikvaren skal ha melding om overdragelse av eiendommer som er verneverdige av hensyn til kulturminneinteresser. Direktoratet for naturforvaltning skal ha melding om overdragelse av eiendommer som er verneverdige av hensyn til naturforvaltningsinteresser.

Ved avhending av konsesjonspliktig eiendom kan kjøperen kreve overdragelsen omgjort hvis konsesjon ikke gis. Bestemmelse om dette bør inn i kontrakten.

Når det gjelder avhending av grunn med påstående bygning som skal rives, bør avtalen inneholde bestemmelser om plikt for kjøper til å rive bygningen, fjerne grunnmur og foreta rydding av tomten. Det overveies i hvert enkelt tilfelle om det bør kreves sikkerhet for rett oppfyllelse av denne plikten.

Merknader til de enkelte bestemmelser

Kapittel 1 Innledende bestemmelser

1.1 Virkeområde

Avgrensningen av anvendelsesområdet for instruksen fremgår nå av 1.1 første avsnitt og er omformulert i forhold til tidligere § 1 annet ledd. Avgrensningen knyttes i den nye instruksen direkte opp mot regjeringens instruksjonsmyndighet. Hensikten med endringen er å skape større klarhet. Regjeringen har instruksjonsmyndighet overfor alle organer som er underlagt den. Utskilte virksomheter som er egne rettssubjekter vil ikke være omfattet med mindre regjeringens instruksjonsmyndighet særskilt fremgår av lov eller forskrift.

Statsskog var tidligere særskilt unntatt fra instruksen i medhold av § 1 annet ledd annet punktum. Siden Statsskog er omdannet til statsforetak og derfor ikke faller inn under instruksens virkeområde etter 1.1 første avsnitt, er det ikke nødvendig å opprettholde det særskilte unntaket.

Den virksomhet som fylkeslandbruksstyrene utøver etter jordloven av 12. mai 1995 nr. 23 § 6 er fortsatt særskilt unntatt fra instruksen.

Ved avhending av konsesjonspliktig fast eiendom gjelder reglene i lov av 31. mai 1974 nr. 19 (konsesjonsloven), jf. også Landbruksdepartementets retningslinjer til denne loven. Etter vanlige fortolkningsprinsipper vil bestemmelsene i konsesjonsloven gå foran denne instruksen.

Beslutning om utrantering/kassasjon av bygning med påfølgende salg til nedrivning uten samtidig avhending av grunnareal, skal skje etter bestemmelsene i normalinstruks for utrantering og kassasjon av materiell og bygninger samt for avhending av materiell som tilhører staten, gitt ved kongelig resolusjon av 17. mars 1978. Dette regelverket forvaltes av Nærings- og handelsdepartementet.

Av 1.2 følger det at instruksen også gjelder for tomtefeste. Det gjøres i denne forbindelse oppmerksom på at tomtefesteloven i nærmere bestemte tilfeller gir fester av bolig- og fritidseiendom rett til å innløse tomten. Etter vanlige fortolkningsprinsipper går bestemmelsene i tomtefesteloven i slike tilfeller foran denne instruksen. Tidligere var statens eiendommer unntatt fra innløsningsretten. På den bakgrunn ble det ved kongelig resolusjon av 9. juli 1982 vedtatt retningslinjer for salg av slike festetomter. Retningslinjene bygget på den tanke at også tomter festet bort fra staten burde kunne innløses når statens eller allmennhetens interesser ikke talte imot det. Etter endringer av disse bestemmelsene i tomtefesteloven synes det ikke hensiktsmessig å opprettholde egne retningslinjer for salg av slike festetomter. I de tilfeller hvor fester har krav på innløsning følges bestemmelsene i tomtefesteloven. I de tilfeller hvor fester ikke har krav på innløsning av sin festetomt, f.eks. fordi kravet til festetid ikke er oppfylt, legges prinsippene i tomtefesteloven og denne instruksen til grunn for overdragelsen.

1.3 Overføring mellom statsinstitusjoner

Med institusjoner innenfor statens forretningsdrift menes nettobudsjetterte virksomheter, dvs. virksomheter som får en netto utgiftsbevilgning som tilsvarer differansen mellom virksomhetens brutto utgifter og inntekter. I forhold til vederlagsregelen er institusjonens organisasjonsform avgjørende. Dersom virksomheten er nettobudsjettert, slik som forvaltningsbedriftene, skal vederlagsregelen gjelde selv om virksomheten kan ha oppgaver som ikke er av forretningsmessig karakter. Vederlagets størrelse fastsettes på bakgrunn av verditakst basert på markedspris. Eiendommer som overføres mellom statsinstitusjoner utenfor statens forretningsdrift, hvor det ikke skal betales vederlag, skal også takseres. Dette for å synliggjøre den verdioverføring overdragelsen av eiendommer innebærer.

Kapittel 2 Fullmakter til avhending

2.1 Fullmakter

Av 2.1. første avsnitt går det frem at avhending kan skje på grunnlag av generell fullmakt fra Stortinget eller konkret fullmakt innhentet i det enkelte tilfellet. Arbeids- og administrasjonsdepartementet har generell fullmakt fra Stortinget til avhending av fast eiendom som tilhører staten. Fullmakten er for tiden delegert til Statsbygg. Departementer som ikke har egen fullmakt fra Stortinget, kan søke Statsbygg om samtykke til avhending innenfor denne fullmakten. Enkelte departementer har egne generelle fullmakter fra Stortinget med varierende beløpsgrenser. Dette gjelder særlig departementer som har underliggende etater med en betydelig eiendomsforvaltning.

Etter 2.1 annet avsnitt skal avhending skje til "markedspris" dersom ikke annet er bestemt av Stortinget. "Markedspris" er definert i 1.2 og det fremgår av kapittel 3 og 4 hvilke fremgangsmåter som skal benyttes for å oppnå markedspris. Forslag om avhending som gave eller til under markedspris skal forelegges for Finansdepartementet før det fremmes for Stortinget. Avhending til næringsvirksomhet på slike betingelser kan være problematisk i forhold til EØS-regelverket om statsstøtte. Dette regelverket forvaltes av Nærings- og handelsdepartementet.

Etter 2.1 tredje avsnitt skal departementene, den aktuelle fylkesmann og Statsbygg forespørres før statseiendommer avhendes. Det er ønskelig med en så forholdsvis omfattende varslingsprosedyre for å sikre at eiendommer det er behov for å beholde, ikke går ut av statens eie. For fylkesmannen vil det f.eks. være aktuelt å vurdere behovet for å beholde arealer av stor betydning for ulike miljøvernformål, og ta dette opp med vedkommende fagmyndighet. Fremgangsmåten for varsling må tilpasses den enkelte situasjon med tanke på en rasjonell og hensiktsmessig gjennomføring. I enkelte tilfeller vil det være åpenbart at det bare er en aktuell kjøper eller at de aktuelle kjøperne er private. I slike tilfeller er det gjort unntak fra varslingsplikten. Som eksempel kan nevnes tilfeller hvor en parsell ligger inntil en annen eiendom og det kun er aktuelt med salg til eier av tilstøtende eiendom. Et annet eksempel er salg av hyttetomt i et hytteområde. Som regel vil det heller ikke i tilfeller som går inn under 3.4 siste avsnitt og 3.5 være aktuelt med en omfattende varslingsprosedyre.

Et eventuelt statlig behov for eiendommen må dokumenteres. Dokumentasjonen skal følge med ved innmelding av behovet. I enkelte tilfeller vil det være nødvendig å sette en frist for foreløpig tilbakemelding om behov for eiendommen. Denne fristen bør normalt ikke settes kortere enn 3 uker. Eventuell dokumentasjon av behov vil så kunne følge i henhold til egen avtale. Hensikten med å kreve slik dokumentasjon er å sikre en reell prøving av behovet for eiendommen. Hvis statseiendom ønskes avhendet til tross for dokumentert statlig behov, og partene ikke blir enige, må samtykke til avhending innhentes fra Finansdepartementet.

I 2.1 fjerde avsnitt er det bestemt at Riksantikvaren varsles når bygningene på eiendommen er mer enn 50 år gamle. Riksantikvaren bør varsles så tidlig som mulig, og sentrale opplysninger om bygningen må følge henvendelsen. I de fleste tilfeller vil det være tilstrekkelig med eventuelle tegninger, opplysninger om byggeår, redegjørelse for senere større endringer, fotografier av eksteriøret og en situasjonsskisse (kart). For bygninger med interessante interiører, er det også ønskelig med interiørfotografier. Forutsatt at tilstrekkelig dokumentasjon er lagt frem, skal Riksantikvaren svare innen 4 uker.

Kapittel 3 Fremgangsmåte ved avhending

3.1 Valg av fremgangsmåte

3.1 annet avsnitt markerer at en etat som skal avhende en statseiendom, kan velge om den selv vil gjennomføre avhendingen eller om den vil benytte eiendomsmegler. Den enkelte etat må her kunne velge fremgangsmåte ut fra sin egen vurdering av kompetanse og hensiktsmessighet. Noen av de saksbehandlingsreglene som stilles opp for avhending i institusjonens egen regi, passer ikke der det benyttes

eiendomsmegler. I 3.3 sies det derfor at vanlig meglerpraksis kan følges når avhending foretas gjennom eiendomsmegler. Det forutsettes imidlertid at hovedhensynene i instruksens skal ivaretas også ved salg gjennom eiendomsmegler.

3.2 Verditaksering

Verditaksten er et dokument som gir samme informasjon om eiendommen til kjøper og selger i forbindelse med avhendingen. Slik informasjon kan være av betydning senere, for eksempel ved påberopelse av mangler ved eiendommen fra kjøpers side. Dersom det avhendes eiendom med påstående bygninger kan det, i tillegg til verditakst, innhentes tilstandsvurdering for å få avdekket eventuelle mangler før salg. Ved avhending etter budrunder virker verditaksten veiledende i forhold til om det er oppnådd markedspris, jf. instruksens 2.1 annet avsnitt. Dersom avviket mellom bud og takst er stort må det vurderes om eiendommen bør bys ut på nytt. Dersom eiendommen avhendes uten at det holdes budrunder, eller etter bud fra et begrenset antall interessenter, jf. 3.4 siste avsnitt og 3.5, må ikke prisen være lavere enn taksten, jf. instruksens 4.1 annet avsnitt. Taksten baseres på markedspris innhentet fra uavhengig takstmann og taksten skal avholdes nær opptil tidspunktet for avhending.

3.4 Avhending i institusjonens egen regi

Ved avhending i en institusjons egen regi bør det før offentlig kunngjøring utarbeides en salgsoppgave for eiendommen. I den forbindelse bør det innhentes en panteattest fra sorenskriver/byskriver for å undersøke hjemmelsforhold og heftelser. Salgsoppgaven og eventuelt takstdokument bør forelegges den som har med eiendommen å gjøre til daglig (vaktmester e.l.) for kontroll av opplysninger og utfyllende kommentar.

3.4 skiller mellom åpen og lukket budgivning. Ved lukket budgivning vil ikke budene bli åpnet før etter budfristen. Ved åpen budgivning vil opplysninger om budene, f.eks. hvilke bud som er innkommet, betingelsene i budene m.v., gjøres tilgjengelig for budgiverne også før utløpet av budfristen. Tilgang til all budinformasjon, f.eks. hvem som stå bak budene, kan imidlertid føre til svekket konkurranse mellom budgiverne. Vanlig meglerpraksis bør følges i avveiningen av hvilke opplysninger som kan gis.

3.4 tredje avsnitt fastslår at budgivningen som hovedregel skal være åpen. Den tidligere instruksens bygget her på en forutsetning om lukket budgivning. Lukket budgivning kan fortsatt velges dersom dette etter etatens vurdering er mest hensiktsmessig, jf. 3.4 fjerde avsnitt. Ved avhending til næringsvirksomhet kan imidlertid lukkede budrunder være problematisk i forhold til EØS-regelverket for statsstøtte. Som nevnt i merknaden til 2.1 forvaltes dette regelverket av Nærings- og handelsdepartementet.

Endringen må ses på bakgrunn av at staten skal opptre mer i tråd med forretningsmessige prinsipper. Endringen vil også føre til større likhet mellom fremgangsmåten ved salg gjennom eiendomsmegler og salg i etatens egen regi. De samme hensyn ligger til grunn for endringen i 3.4 femte avsnitt. Gjennom 3.4 femte avsnitt gis det adgang til at en statsetat som selger statlig eiendom ved lukket budgivning, også kan gjennomføre flere budrunder. Etter den tidligere instruksens har det bare vært anledning til to budrunder, med mindre salgsoppdraget ble utført av en eiendomsmegler.

Etter 3.4 siste avsnitt kan avhending på visse vilkår skje ved direkte salg. I tilfeller hvor det bare er en aktuell kjøper skal verditakst basert på markedspris, jf. 3.2 og 4.1 andre avsnitt, være avgjørende for hvilken pris som skal legges til grunn for salget.

3.5 Avhending til tjenestemenn

I 3.5 første avsnitt går det frem at en virksomhet etter fagdepartementets samtykke kan avhende bolig eller boligtomt til tilsatte i virksomheten når hensynet til bemanningssituasjonen eller boligens/ tomtens beliggenhet tilsier det. Boligsøkende statstjenestemenn kan altså gis botilbud i form av boligtomt i disse spesielle tilfellene. Avhending til egne tjenestemenn i henhold til bestemmelsene i 3.5 skjer ved direkte salg, jf. 4.1. Dersom en eiendom legges ut for salg og vilkårene for direkte salg til tjenestemenn i 3.5 ikke er oppfylt, kan tjenestemannen delta i budgivningen med de begrensninger som fremgår nedenfor. Virksomheten eiendommen sorterer under og tjenestemannen kan være underordnet ulike fagdepartementer. I slike tilfeller må den virksomheten eller det departementet eiendommen ligger under vurdere om eiendommen er for salg. Dersom virksomheten/fagdepartementet er villig til å selge eiendommen, må tjenestemannens fagdepartement ta stilling til om vilkårene for salg til tjenestemenn etter instruksen er oppfylt.

Avhendingsinstruksen hadde tidligere en egen regel i § 11 om spesielle begrensninger for tjenestemenn i forbindelse med eiendomsoverdragelser. Det fremgikk bl.a. at tjenestemenn som treffer beslutning eller deltar i arbeidet med avhending ikke har adgang til å opptre som kjøper, og at tjenestemenn heller ikke kan opptre som mellommenn o.l. eller ta imot godtgjørelse e.l. i forbindelse med avhendingen. Disse begrensningene følger bl.a. av forvaltningslovens regler om habilitet, generelle forvaltningsrettslige prinsipper, straffelovens kap. 11 om forbrytelser i den offentlige tjeneste og tjenestemannslovens § 20 om forbud mot gaver i tjenesten. Begrensningene er derfor ikke eksplisitt beskrevet i den nye instruksen.

3.6 Makeskifte

Ved makeskifte vil det av og til være vanskelig å gjennomføre bytte av eiendommer på samme tidspunkt. Det bør da avtales mellom partene hvordan tidsforskyvningen skal knyttes til prisen, f.eks. om det skal beregnes renter eller eventuell leie i mellomtiden.

Kapittel 4 Prisfastsetting, betalings- og andre avhendingsvilkår

4.1 Salgs- og betalingsbetingelser

4.1 første avsnitt fastslår at avhending som hovedregel skal foretas til den som gir høyest bud. Dette er i samsvar med normalinstruks for uttrangering og kassasjon osv. § 15. I enkelte tilfeller kan det foreligge forhold som medfører at det vil være riktig å akseptere et annet bud enn det høyeste. Bestemmelsen er derfor formulert slik at hovedregelen kan fravikes i slike tilfeller. Det presiseres imidlertid at unntak bare kan gjøres i tilfeller hvor det økonomisk vil være mer fordelaktig å selge til en annen.

Etter 4.1 annet avsnitt kan samtlige bud forkastes f.eks. fordi de ikke er akseptable. Dette kan være situasjonen bl.a. dersom kjøper ikke kan vise til finansieringsplan eller garanti fra bank om lånetilsagn. Bestemmelsen fastslår at det kan innledes forhandlinger med en eller flere av budgiverne med sikte på å få i stand et salg. Det tidligere forbudet mot forhandlinger om prisen utover en ekstra budrunde er m.a.o. opphevet. Endringen må også her ses på bakgrunn av prinsippet om statens forretningsmessige opptreden. Den er videre en konsekvens av at det nå tillates flere budrunder.

4.2 Andre betingelser

Melding om overdragelse av eiendommer som er verneverdige av hensyn til naturforvaltningsinteresser skal etter ny bestemmelse som går frem av 4.2 tredje avsnitt gis Direktoratet for naturforvaltning.

Ved avhending fra staten bør ikke risikoen for konsesjon veltes over på kjøperen.

4.2 fjerde avsnitt inneholder derfor fortsatt en bestemmelse om at avhending av konsesjonspliktig eiendom kan gjøres om hvis kjøperen ikke får konsesjon.

Lagt inn 9. mars 1998 av Statens forvaltningstjeneste, ODIN-redaksjonen

Bilaga 4 – Kommunernas företagsstöd och markpolitiken (Finland)¹⁷⁸

Kommunens markanskaffning och tomtöverlåtelse har traditionellt betraktats ur både bostads- och näringspolitiskt perspektiv. I de fall där den andra parten i en affär är ett företag (privat eller offentligt) bör frågan bedömas också ur konkurrenspolitiskt perspektiv. Vissa av kommissionens avgöranden som tagit ställning till huruvida kommunernas under- eller överprissättning vid fastighetsaffärer snedvrider konkurrensen på marknaden ökar trycket i denna riktning. Kommissionens beslut och EG-domstolens avgöranden kan också ha en större betydelse för innehållet i kommunernas närings- och markpolitik.

En central utgångspunkt i EU:s konkurrenspolitik är att främja en sund konkurrens på den inre marknaden. En fungerande marknad anses sänka priserna, höja kvaliteten och öka konsumenternas valmöjligheter. Markaffärer mellan kommuner och företag omfattas av EU:s reglering av statligt stöd. Bestämmelserna syftar till att säkerställa att priset vid köp och försäljning av fastigheter bygger på marknadens villkor och inte innebär ett stöd till företag genom ett alltför lågt försäljningspris eller en alltför hög köpeskilling som kan medföra en snedvridning av konkurrensförhållandena på marknaden.

Tillämpning av EU:s regler om statligt stöd inom kommunsektorn

De allmänna ramarna för statligt stöd definieras i artikel 87–89 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen. Bestämmelserna gäller samtliga åtgärder där offentliga sektorn – inklusive kommunerna – beviljar stöd eller andra fördelar till företag. Det är förbjudet att bevilja stöd när följande fyra kriterier uppfylls:

- offentliga medel kanaliseras till offentliga eller privata företag
- det är fråga om en selektiv fördel, dvs. endast vissa företag gynnas
- åtgärden har en inverkan på handeln mellan medlemsstater
- åtgärden snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen

Stöd är ett omfattande begrepp. Det stöd som beviljas behöver inte vara en betalning i pengar. Vid sidan av prissättningen av mark och byggnader omfattar regleringen av statligt stöd även kommunens bidrag, låne- och garantiarrangemang, ränteförmåner och kapitalfinansiering. Likaså kan offentliga tjänster (t.ex. lokaler, kommunalteknik, vatten och avlopp) som erbjuds företag till ett lägre pris än marknadspriset betraktas som statligt stöd. Regionala och lokala myndigheters investeringar i bredband har också bedömts med utgångspunkt i regleringen av statligt stöd.

Enligt huvudregeln bör statliga stödåtgärder på förhand anmälas till Europeiska kommissionen. Före kommissionens godkännande råder förbud mot verkställighet. Kommissionen bedömer stödåtgärdernas lämplighet för den gemensamma marknaden på basis av s.k. mjuk lagstiftning (riktlinjer, ramdokument, meddelanden).

¹⁷⁸ Se http://www.kommunerna.net/k_perussivu.asp?path=255;264;66370;66399;118820, Finlands kommunförbund.

Statligt stöd kan i vissa fall också beviljas utan kommissionens förhandsgodkännande. För det första kan stöd beviljas i form av stöd av mindre betydelse (de minimis). Samtliga myndigheters stöd bör då begränsas till högst 200 000 euro per företag under tre skatteår. Dessutom kan stöd beviljas också med stöd av de s.k. gruppundantagsförordningarna. Gruppundantagen gäller bland annat vissa regionala stöd, stöd som anknyter till sysselsättning, utbildningsstöd, stöd för forskning och utveckling och stöd som beviljas små och medelstora företag.

Regleringen av statligt stöd övervakas av kommissionen. Också den nationella myndigheten är behörig myndighet att bedöma iakttagandet av skyldigheten till förhandsanmälan. På nationell nivå sköts ärenden som gäller statligt stöd av handels- och industriministeriet som konsulterar kommuner och företag. Till kommissionen går ärenden som gäller statligt stöd förutom via stödansökan också till följd av eventuella klagomål. Antalet klagomål ökar hela tiden. Klagomålen anförs oftast av konkurrenter till de företag som fått stöd.

Det är olagligt att ta i bruk ett stöd utan kommissionens godkännande. Statligt stöd som betalats på felaktiga grunder återkrävs jämte ränta av de företag som fått stödet. Indrivningen kan genomföras retroaktivt i 10 år efter att stödet beviljats. Medlemsstaterna ansvarar för indrivningen. Vid handels- och industriministeriet pågår en ändring av den nationella lagstiftningen om indrivning. Genom ändringen överförs ansvaret för indrivning och således också de anknytande riskerna till den instans som beviljat stödet – i praktiken alltså också till kommunen. Det preliminära utkastet till lag var under hösten på remiss. Lagförslaget kommer sannolikt att överlämnas till den nya riksdagen inom kort efter valet.

Kommissionens anvisningar och praxis kring försäljning av mark och byggnader

Försäljning av mark och byggnader

Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen binder samtliga medlemsländer. EU-kommissionen gav år 1997 ett meddelande som tolkar artiklarna i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och definierar de förfaranden som medlemsländerna kan iaktta för att undvika de risker som gäller statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (97 C 209/03). Enligt dessa principer bör försäljningen av mark basera sig på öppen och "vederbörligen offentliggjord" anbudsgivning eller en värdering av en oberoende utomstående expert. Se kommissionens meddelande:

Man har veterligen ännu inte varit tvungen att tillämpa EU:s regler om statligt stöd på försäljning av offentlig mark. Det finns dock ett prejudikat från Sverige, där Åre kommun år 2005 sålde ett markområde till ett pris under marknadspriset till den kooperativa föreningen Konsum Jämtland ekonomisk förening som säljer konsumentvaror. Enligt ett klagomål till kommissionen lämnade Lidl Sverige KB ett formellt anbud på 6,6 miljoner kronor för samma mark (affärstomt). Åre kommun sålde ändå tomt till Konsum till ett pris på 2 miljoner kronor. Det statliga stödet som anses ha betalats på felaktiga grunder är således 4,6 miljoner kronor (C35/2006). Kommissionen anser att skillnaden mellan priset och Lidls anbudspris är ett direkt verksamhetsstöd till Konsum. Kommissionens motiveringar stöder sig på anvisningarna i ovan nämnda meddelande. I de finländska kommunerna finns det sannolikt många motsvarande exempel på tomtaffärer där försäljningsprocessen och prissättningen inte iakttar principerna i kommissionens meddelande.

Markköp

Ovan nämnda tolkningsmeddelande av kommissionen gäller endast försäljning av offentligt ägda markområden och byggnader, men principen om förbjudet stöd tillämpas också i samband med överprissättning i samband med köp. Det finns också ett finländskt exempel på detta från Högfors. Genom sitt beslut (C 37/2004) förpliktade kommissionen finska staten att återkräva det statsstöd som Componenta Abp enligt kommissionen olagligt beviljats av Högfors stad. Kommissionens beslut gällde en fastighetsinvesteringsaffär mellan Högfors stad och Componenta som gick ut på att Högfors stad köpte Karkkilan Keskustakiinteistö Oy:s aktiestock som staden redan ägde till hälften av den andra delägaren Componenta Abp. Bolaget äger bland annat markområden. Köpesumman (2,4 miljoner euro) bestod av aktier och lånearrangemang. Enligt kommissionens beslut innehåller köpesumman statsstöd som strider mot EU:s regler bland annat i form av övervärdering av priset på markområden, och detta stöd måste i sin helhet återkrävas inklusive räntor av Componenta.

Bedömning av kommissionens anvisningar och fallen

Det är svårt att tolka EU:s regler om statligt stöd. Bestämmelserna i fördraget och kommissionens meddelande är inte så kända i Finland. Anvisningarna är oklara och svårtolkade. Det är svårt att fastställa marknadspriset om det inte finns någon fungerande fastighetsmarknad på området och de potentiella köparna är klara redan på förhand. Det är också svårt att fastställa marknadspriset om företaget själv köper de lokaler där företaget är hyresgäst.

På nationell nivå är det inte möjligt att utarbeta egna tolkningar av kommissionens meddelande. Man är också i fortsättningen tvungen att följa kommissionens och EG-domstolens beslut i frågor som gäller statligt stöd. Componenta Abp har överklagat kommissionens beslut till EG-domstolen. I fallet med Åre kommun har kommissionen uppmanat svenska staten att inkomma med synpunkter. Om kommissionens slutliga beslut inte är tillfredsställande för Konsum kommer också detta fall sannolikt att i fortsättningen behandlas i EG-domstolen. Slutresultatet är oklart i bägge fallen, men det som skett hittills visar dock klart hur sträng och ovillkorlig kommissionens linje är vid bedömningen i fall som gäller statligt stöd.

I situationer där en fastighetsaffär görs mellan kommunen och ett företag (privat eller offentligt företag) och företaget är verksamt på den internationella marknaden inom branschen uppfylls i allmänhet de tre första kriterierna för statligt stöd automatiskt. Således bör kommunerna bedöma affären också med tanke på reglerna för statligt stöd då till exempel detalj- och partihandeln, industriföretag, byggfirmor och fastighetsinvesteringsbolag är parter i affären. En viktig fråga vid bedömningen är då det fjärde kriteriet, dvs. om affären snedvrider marknaden. Kommissionen bedömer frågan ur försäljningsprocessens och prissättningens perspektiv:

Hur har man kommit fram till köpesumman? Är försäljningsprocessen öppen och har prissättningen en tillförlitlig grund? För att prisnivån på marknaden skall kunna fastställas korrekt förutsätts ett sådant öppet, "vederbörligen offentliggjort" anbudsförfarande eller en sådan tillförlitlig värdering av "en eller flera oberoende värderingsmän" som avses i kommissionens meddelande. Om det är kommunen eller staten som är säljare och ett

företag är köpare kan detta förfarande med fördel iakttas. Kommissionen har hänvisat till samma värderingsförfaranden också i fallet med Componenta, där kommunen var köpare.

Vilket är då det riktiga priset med tanke på reglerna för statligt stöd? Enligt kommissionens kriterier snedvrider åtgärden konkurrensen om priset överstiger nivån på de pris som betalats för motsvarande markområden eller byggnader vid samma tid. Kommissionens meddelande anger att *"med marknadsvärde förstås det pris som mark och byggnader på värderingsdagen skulle betinga vid en privat försäljning mellan en villig säljare och en oberoende köpare, under antagandet av att egendomen offentligt utbjuds till salu, att marknadsförhållandena möjliggör försäljning i normal ordning och att det med beaktande av egendomens art står en skälig tidsrymd till förfogande för förhandling av köpet"*.

Anvisningarna ger en fingervisning om huruvida man till exempel som grund vid värdering av priset på icke planlagd mark bör använda tidigare betalda köpesummor för råmark eller spekulativa förväntningar på avkastningen. Uppgifterna i köpeskillingsstatistiken utgör en tillförlitlig grund för jämförelser. Kommissionens tolkning av marknadspriset verkar inte i väsentlig grad avvika från principen om full ersättning enligt inlösningslagen.

Inlösningslagen (603/1977) anger följande:

"Ägare av egendom som skall inlösas är berättigad att få full ersättning (inlösningsersättning) för ekonomiska förluster till följd av inlösen. För egendom som inlöses skall full ersättning bestämmas enligt egendomens gängse pris (ersättning för föremål)". (29 §)

"Har företag, för vars genomförande inlösen sker, betydligt höjt eller sänkt värdet av den egendom som inlöses, skall ersättningen bestämmas så, att den motsvarar det värde egendomen hade haft utan nämnda inverkan."

"När för statens, en kommuns eller samkommuns räkning för byggande av samhällen förvärvas fast egendom eller ständig särskild rättighet från ett område för vilket kommunen beslutat att detaljplan skall göras upp eller vars detaljplan skall ändras, beaktas inte sådan stegring i markvärdet som inträffat efter det beslutet om uppgörande eller ändring av plan fattats. Den del av värdestegringen som motsvarar stegringen i den allmänna prisnivån, eller som annars föranletts av annat än den planläggning för vars genomförande inlösen sker, räknas ersättningstagaren till godo." (31 §).

Statsstödsreglernas effekter på kommunernas närings- och markpolitik

Överhuvudtaget förefaller det som om kunskapen om reglerna för statligt stöd är dålig i kommunerna och att det finns behov av utbildning. Information om gruppundantag och de minimis-reglerna har getts bland annat via TE-centralerna och kommunerna har allmänt varit medvetna om stödriskerna. Inom markpolitiken har man antagligen inte begrundat frågan i någon större utsträckning. Ibland förhåller man sig likgiltig till EU:s roll och anvisningar ute på fältet. Man är van vid att betrakta försäljning av fastigheter och principer för prissättning som helt nationella frågor som faller inom ramen för kommunernas självstyre ("landets tradition"). Företagen har hittills inte varit intresserade av frågan, trots att risken för återkrav uttryckligen riktar sig mot företagen.

Fallen i Åre och Högfors visar att reglerna om statligt stöd bör beaktas i kommunernas fastighetsaffärer. Enligt nuvarande praxis säljer kommunerna planlagda affärs- och

industritomter eller byggnader till företag huvudsakligen genom direkt förhandlingsförfarande. Detta lämnar utrymme för tolkning av om priset är rätt och förfarandet jämlikt beträffande alla potentiella köpare.

I ljuset av de behandlade fallen verkar det som om det kan finnas många oklara kommunala fastighetsaffärer i "gråzonen" för tillämpningen av statsstödsreglerna. Om någon part genom klagomål får kommissionen att inleda en undersökning är slutresultatet osäkert. Avgöranden av EG-domstolen saknas tills vidare. Kommissionen verkar dock på basis av prejudikaten ha en stram linje. En undersökning och ett beslut av kommissionen till följd av ett klagomål överför i allmänhet bevisbördan på den svarande. Kommissionens undersökning avbryter dock inte verkställandet av lagakraftvunna beslut. Å andra sidan – om någon anför klagomål med framgång – har kommunen möjlighet eller är kommunen eventuellt skyldig att själv återkräva det "stöd" som betalats till för stort belopp till företaget. Enligt de nuvarande lagbestämmelserna om indrivning bär staten ansvaret för verkställandet.

Att följa linjen i kommissionens anvisningar innebär i praktiken en omvärdering av kommunernas markpolitik beträffande fastighetsaffärer med företag. Affären och prisbestämningen bör vara genomskinlig och prissättningen bör grunda sig på objektiva jämförelser av pris. Trycket ökar i och med kommissionens beslut. Antalet fall ökar i Europa och allmänheten blir mer medveten. I värsta fall kan ett klagomål som gäller statligt stöd bli en ny besvärsväg i det kommunala beslutsfattandet.

Om kommissionens linje antas leda det å andra sidan i praktiken till att spelreglerna mellan kommuner och företag blir klarare vid beslut om etablering av företag. Detta minskar osund konkurrens mellan kommuner och stabiliserar fastighetsmarknaden. Principerna för överlåtelse av handelsplatser blir klarare, prissättningen blir genomskinlig och processen blir allt mer öppen. Detta kunde förbättra förutsättningarna för kommunernas samarbete och arbetsfördelning och stödja kommun- och servicestrukturreformens mål.