

Datum:

2021-08-23

Diarienummer:

UHM-2021-121

Finansdepartementet

Avdelningen för samhällsplanering och bostäder
Enheten för samhällsplanering

Mattias Schriever-Abeln

Fi2021/01486

Betänkandet SOU 2021:23 Stärkt planering för en hållbar utveckling

Upphandlingsmyndigheten har fått möjlighet att yttra sig över rubricerat betänkande från Finansdepartementet.

Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. En del av Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att utveckla och stödja offentliga upphandlingar inom segmentet bygg- och anläggning. Myndigheten ska också ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner.

Allmänna synpunkter

Upphandlingsmyndigheten har inga invändningar mot utredningens förslag men saknar i sammanhanget kopplingen till offentlig upphandling och statsstöd. Förslagen i betänkandet kan även stärkas genom att även lyfta fram vikten av klimatanpassning i plan- och bygglagen (PBL), gällande planering och förvaltning av bebyggelse, kollektivtrafik och infrastruktur.

För att få en bättre helhetsbild av författningsförslagen vill Upphandlingsmyndigheten betona vikten av att nämnda rättsområden beaktas i det fortsatta arbetet. Om dessa rättsområden inte beaktas ser Upphandlingsmyndigheten en risk i att förarbetena inte kommer att ge praktiker en tydlig framtida juridisk vägledning.

Upphandlingsmyndigheten vill hänvisa till den av myndigheten framtagna Vägledning nr 2019:1 *Allmänna anläggningar och samhällsfastigheter - Upphandling och*

Upphandlingsmyndigheten

Adress: Box 1194, SE-171 23 Solna | Besöksadress: Svetsarvägen 10, Solna

Telefon: 08-586 21 700 | E-post: info@uhmynd.se | upphandlingsmyndigheten.se

Datum:

2021-08-23

Diarienummer:

UHM-2021-121

statsstöd vid exploatering. I denna vägledning har Upphandlingsmyndigheten belyst rättsläget och även utrett oklara rättsfrågor rörande upphandlings- och statsstödsreglernas tillämplighet i samband med exploateringsprocessen.

I sammanhanget vill Upphandlingsmyndigheten även lyfta betydelsen med att använda den offentliga upphandlingen som ett strategiskt verktyg för att uppnå den goda affären och samhällliga mål.

Synpunkter på särskilda avsnitt

8.1.5 Förvaltning

Utredningen skriver att de även ser att andra former av stöd – till exempelvis att stimulans till boende och besökare samt investeringsstöd till fastighetsägare kan vara av stor nytta under en övergångstid för att skapa förutsättningar för etablering av en marknad - men att de inte utvecklar några förslag inom detta område.

Upphandlingsmyndigheten ser att regler om statsstöd kan aktualiseras i sammanhanget och vill därför på nytt hänvisa till den ovan nämnda vägledningen 2019:1.

8.2.2 Byggnaders lokalisering och tillgänglighet samt 8.2.3 Byggnaders placering och närbarhet

2 kap. 5 § PBL handlar om lokalisering av bebyggelse och byggnadsverk och 2 kap. 6 § PBL handlar om byggnaders placering och närbarhet. Båda dessa lagrum syftar till att byggnader och byggnadsverk ska placeras på lämplig plats, vara nåbara och tillgängliga.

I betänkandet ges förslag att i lagrummen tillföra begreppen ”att främja transporteffektivitet” och ”tillgång till trafikförsörjning”. Upphandlingsmyndigheten bedömer att både mobilitetstjänster och då byggnadsverk uppförs på entreprenad kan vara upphandlingspliktiga. För att stärka miljöhänsyn i sådana upphandlingar ser vi möjligheten att förslaget kompletteras med krav på klimatanpassningsåtgärder, förslagsvis genom att lägga till att placering av byggnader och byggnadsverk ska väljas *utifrån lämpligheten ur klimatanpassningssynpunkt.*

Placering av byggnader och byggnadsverk kan utgöra en riskfaktor för det fall vald plats ligger i närhet av områden som kan översvämmas eller som på annat sätt kan vara utsatta när det gäller effekterna av klimatförändringarna. En väl vald placering med beaktande ur klimatanpassningssynpunkt kan vara avgörande för att kunna upprätthålla kommunikation och mobilitet vid extremväder, exempelvis avseende eventuella behov av evakuering eller framkomlighet för räddningstjänst. Här kan den offentliga upphandlingen användas som ett strategiskt verktyg för att uppnå den goda affären och samhällliga mål.

Förutsättning för att resultatet av en upphandling ska motsvara beställarens behov och därmed lyckas är att det föregåtts av ett gediget förarbete. Under fasen samhällsplanering behöver den upphandlande organisationen beakta verksamhetens såväl kortsiktiga som långsiktiga mål och visioner. Här är det viktigt att känna till de

Upphandlingsmyndigheten

Adress: Box 1194, SE-171 23 Solna | Besöksadress: Svetsarvägen 10, Solna

Telefon: 08-586 21 700 | E-post: info@uhmynd.se | upphandlingsmyndigheten.se

Datum:

2021-08-23

Diarienummer:

UHM-2021-121

prioriterade och övergripande mål som är beslutade för beställarens verksamhet, exempelvis hållbarhetsmål, och i vilken omfattning de behöver beaktas inför kommande upphandlingar.

8.4.1 Detaljplanekravet

4 kap. 2 § PBL innehåller bestämmelser om det så kallade detaljplanekravet där ett mark- eller vattenområdes lämplighet för bebyggelse ska prövas. I utredningen föreslås att även transporteffektivitet ska ingå i bedömningen. Upphandlingsmyndigheten föreslår att bestämmelsen kompletteras med att även åtgärder för klimatanpassning samt riskanalys avseende påverkan från framtida klimatförändringar inkluderas i en sådan prövning. Se anförda skäl i avsnitt 8.2.2.

8.6 Möjlighet att avtala om mobilitetsåtgärder och mobilitetstjänster i exploateringsavtal

Upphandlingsmyndigheten har inga invändningar mot utredningens förslag på författningsändring av 6 kap. 40 § PBL. Ändringen avser ett tillägg om att exploateringsavtal utöver mobilitetsåtgärder nu även får omfatta överenskommelser om mobilitetstjänster.

Upphandlingsmyndigheten saknar emellertid i sammanhanget den juridiska kopplingen till offentlig upphandling och vill här lyfta att mobilitetstjänster och även driften av dessa kan vara upphandlingspliktiga. Skäl för detta redogörs nedan.

Frågan om, och i så fall under vilka förutsättningar, exploateringsavtal omfattas av upphandlingsplikt är sedan länge omdiskuterad. Förr var det brukligt att exploateringsavtalen reglerade att byggherren skulle bygga ut kommunala allmänna platser och va-anläggningar i samband med exploatering och överlämna dessa till kommunen utan ersättning. Med anledning av EU-domstolens dom av den 12 juli 2001 i det så kallade La Scala-målet, C-399/98, ifrågasattes den rådande uppfattningen att exploateringsavtal inte omfattades av upphandlingsplikt.

PBL reglerar inte när till exempel mobilitetsåtgärder och mobilitetstjänster behöver upphandlas, utan skyldigheten att upphandla avgörs av upphandlingsregelverket. Upphandlingslagarna är implementering av EG-rättsliga regelverk och är således juridiskt hierarkisk överordnade nationell lagstiftning såsom PBL. Bestämmelserna i PBL och upphandlingsregelverket kan därför upplevas som motstridiga.

Frågan om upphandlingsplikt av byggherrens åtaganden enligt 6 kap. 40 § PBL har inte prövats i domstol, och rättsläget är oklart. Upphandlingsmyndigheten har dock i den tidigare nämnda vägledningen 2019:1 bedömt att exploateringsavtal under vissa förutsättningar kan utgöra upphandlingspliktiga kontrakt. De bedömningar som vi gjorde i denna vägledning har även bäring på mobilitetstjänster.

Att avgöra om ett avtal är upphandlingspliktigt eller inte följer, utöver nationell reglering, av de unionsrättsliga upphandlingsreglerna. Enligt dessa regler anses

Upphandlingsmyndigheten

Adress: Box 1194, SE-171 23 Solna | Besöksadress: Svetsarvägen 10, Solna

Telefon: 08-586 21 700 | E-post: info@uhmynd.se | upphandlingsmyndigheten.se

Datum:

2021-08-23

Diarienummer:

UHM-2021-121

upphandlingsplikt föreligga om det är ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening och det finns en motprestation.

Det är framför allt frågan om huruvida kriteriet *ekonomiska villkor* i definitionen av ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) är uppfyllt som kan vara svår att avgöra då exempelvis mobilitetsåtgärder och mobilitets-tjänster regleras inom ramen för ett exploateringsavtal.

Avräkningar, villkor, förmåner, kvittningar eller överenskommelser mellan exploatör och kommun som har koppling till exempelvis mobilitetsåtgärder och mobilitetstjänster kan anses utgöra en form av ersättning, och i sådana fall är kriteriet ekonomiska villkor uppfyllt. Ersättningen, som inte behöver vara i form av pengar, behöver inte utgå samtidigt som exploateringsavtalet ingås. För att fastslå om ersättning utgår i dessa fall måste hänsyn tas till hela transaktionen. Det kan i flera fall vara svårt att hitta den indirekta ersättningen.

Upphandlingsmyndigheten vill genom ett exempel med hyrcyklar visa hur ekonomiska villkor och upphandlingsskyldighet kan vara svåra att identifiera.

Med *mobilitetsåtgärder* avses fysiska utrymmen och anläggningar som behövs för att ordna mobilitet. Utredningen ger här exempel på parkeringar och laddningsmöjligheter för cykel. Mobilitetsåtgärden att anlägga cykelparkering har en stark koppling till *mobilitetstjänsten* cykelpool (benämns vanligen hyrcykelsystem).

En kommun kan enligt LOU upphandla ett hyrcykelsystem genom tjänstekoncession/kontrakt. I och med författningsförslaget kan kommunen komma överens om att en sådan mobilitetstjänst i stället regleras inom ramen för ett exploateringsavtal. För att fastslå om ersättning utgår vid en sådan reglering måste hänsyn tas till hela transaktionen. I exemplet med hyrcykelsystem sker transaktionen genom en förflyttning av en kommuns upphandlingspliktiga inköp till en privat aktör. Själva *förflyttningen* – från kommunens upphandlingspliktiga inköp till en överenskommelse i ett exploateringsavtal – skulle i sig skulle kunna ses som tilldelning av kontrakt/ en koncession i offentlig upphandlingsrättslig mening.

Upphandlingsmyndigheten ser en risk i och med att utredningen inte beaktar kopplingen till offentlig upphandling. Praktiker som letar stöd för tillämpning av lagstiftningen i förarbeten kan helt förbise att denna koppling överhuvudtaget finns. Detta kan få till följd att upphandlingspliktiga varor, tjänster eller entreprenader inte upphandlas på ett korrekt sätt vilket innebär att överträdelse av lagar om offentlig upphandling kan komma att ske.

Utöver lagöverträdelser kan förflyttningen från upphandlande organisationer till den privata aktörer (genom exploateringsavtal) även få konkurrenshämmande effekter. Företag som tidigare kunnat tävla om det offentliga kontraktet ges inte längre samma möjlighet. Med avsaknad av insyn och förutsebarhet ökar risken för korruption och otillbörlig vinning.

Upphandlingsmyndigheten

Adress: Box 1194, SE-171 23 Solna | Besöksadress: Svetsarvägen 10, Solna

Telefon: 08-586 21 700 | E-post: info@uhmynd.se | upphandlingsmyndigheten.se

Datum:

2021-08-23

Diarienummer:

UHM-2021-121

En annan önskad risk är den att exploateringsavtal skulle kunna användas i syfte att undvika köp i enligt lagarna om offentliga upphandling. Mot nämnda resonemang ovan anser Upphandlingsmyndigheten att det bör göras en fördjupad upphandlingsrättslig analys av förslaget.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Upphandlingsjurist Anna Sivert och hållbarhetsspecialist Maria Cosnier har varit föredragande. I handläggningen har också chefsjurist Anders Asplund och upphandlingsjuristerna Zina Norin samt Rasmus Lillberg deltagit.


Inger Ek

Anna Sivert

Anna Sivert

Maria Cosnier

Maria Cosnier