

## **Rättsutredning avseende finansiering av ishall, Region Gotland**

Författad av:

William Jonsson och Petra Lowry

## 1. Inledning

Region Gotland har givit Adda AffärsConcept AB (AC) i uppdrag att analysera de juridiska förutsättningarna för att genomföra det föreslagna upplägg som redovisas under "Bakgrund". AC:s utredning har presenterats i PM daterad den 14 november. AC utvecklar här resonemanget, med fokus på omständigheter som kan tala för och emot att upphandlingsplikt kan aktualiseras.

## 2. Bakgrund

Region Gotland ser över de alternativ som står till buds för att bygga en ny ishall i Visby. Ett av alternativen för att få en ny arena på plats innebär i korthet att:

1. Den lokala hockeyföreningen bildar ett aktiebolag (nedan Bolaget).
2. Kommunen säljer en fastighet till det nybildade Bolaget.
3. Kommunen ger ett lån till Bolaget.
4. Med det lån som beviljats Bolaget bygger Bolaget en ny ishall.
5. När ishallen har färdigställts betalar kommunen årligen ut ett driftsbidrag till Bolaget samt erhåller i gengäld viss nyttjanderätt avseende den uppförda ishallen.

Bolaget avser vidare att hyra ut ishallen för större evenemang såsom melodifestivaler och liknande.

## 3. Inledning

Varken försäljning av en fastighet eller hyra av en byggnad är var för sig upphandlingspliktiga. Det finns dock risk att de tillsammans kan anses utgöra ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt. EU-domstolen, likväl som svenska domstolar och Konkurrensverket, har i sin praxis prövat flera separata transaktioner gemensamt för att avgöra om slutresultatet är upphandlingspliktigt eller inte<sup>1</sup>. Det är kontraktets huvudsakliga syfte som är avgörande för bedömningen.

---

• 1 Se bl.a. mål C-480/06 Kommissionen mot Tyskland, Kammarätten i Stockholm, mål nr 2737–14, Konkurrensverkets beslut dnr 502/2020 (Domstolsverket).

Inom ramen för det tänkta upplägget aktualiseras även andra frågor såsom statsstöd och kommunalrättslig lagstiftning. Dessa kommer att beröras. Fokus för AC:s uppdrag och utredning är emellertid främst de upphandlingsrättsliga aspekterna.

## 4. Utredning

### 4.1 LOU:s tillämpningsområde

LOU:s tillämpningsområde framgår av 1 kap. 2 § LOU. Av bestämmelsen följer att lagen är tillämplig om upphandlande myndigheter vidtar åtgärder i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Bestämmelsens rekvisit utvecklas i det följande.

Upphandlande myndigheter definieras i 1 kap. 22 § LOU som statliga eller kommunala myndigheter. Vidare följer av bestämmelsen att vid tillämpningen av LOU ska beslutande församling i en kommun eller en region, offentligt styrda organ som avses i 1 kap. 18 § LOU samt sammanslutningar av statliga eller kommunala myndigheter eller sammanslutningar av offentliga organ jämställas med myndigheter. Offentligt styrda organ definieras i 1 kap. 18 § LOU och kan kortfattat sägas utgöras av associationer som tillgodoser behov i det allmännas intresse och som det allmänna utöver kontroll över.

Rekvisitet "*åtgärder i syfte att anskaffa*" medför att LOU:s tillämpningsområde är brett och tar sikte på att fånga in olika tänkbara sätt att genomföra anskaffningar.

Begreppet kontrakt definieras 1 kap. 15 § LOU som skriftliga avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenader. Muntliga avtal omfattas emellertid också av lagens tillämpningsområde, vilket följer av förarbetena<sup>2</sup>. Det går således inte att kringgå LOU:s tillämpningsområde genom att ingå muntliga kontrakt.

---

<sup>2</sup> Prop. 2015/16:195 s.321 f.

Sammanfattnings kan konstateras att tillämpningsområdet för LOU är omfattande. Mot bakgrund av de sanktioner myndigheten riskerar vid brott mot LOU är det vidare vår rekommendation att alltid tillämpa lagstiftningen för den händelse att man är osäker.

#### 4.2 Är LOU tillämplig på det tänkta upplägget?

Eftersom utgångspunkten för LOU:s tillämplighet är åtgärder som upphandlande myndigheter vidtar i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader, blir det en naturlig utgångspunkt att titta på de transaktioner som förekommer i det tänkta upplägget. Så som AC har fått detta beskrivet förekommer det fem huvudsakliga transaktioner:

1. Kommunens försäljning av fastigheten till Bolaget.
2. Kommunens utlåning till Bolaget.
3. Bolagets uppförande av ishallen.
4. Kommunens driftbidrag till Bolaget.
5. Nyttjanderättsavtalet mellan kommunen och Bolaget.

I det följande utvecklas huruvida dessa transaktioner omfattas av LOU.

##### 4.2.1 Försäljningen av fastigheten

LOU tar sikte på situationer då en upphandlande myndighet anskaffar varor, tjänster, entreprenader eller andra fördelar. Den är inte tillämplig på försäljningar. Detta medför att under förutsättning att Kommunen inte mottager någon motprestation från Bolaget, exempelvis att fastigheten utgör betalning för någonting annat som Bolaget tillhandahåller kommunen, omfattas inte försäljningen av fastigheten som sådan av LOU. Så som AC förstår att det tänkta upplägget är utformat är det dock dels så att Regionen kommer att erhålla pant i fastigheten när Bolaget sedermera uppför ishallen på fastigheten, och därutöver så att Regionen kommer att garanteras viss nyttjanderätt. Det kan inte uteslutas att detta, tillsammans med resterande delar i det tänkta upplägget, kan medföra att LOU är tillämplig på helheten – se vidare avsnitt Sammanfattande analys nedan.

Det bör även uppmärksammas att transaktionen, även om den inte omfattas av LOU, kan vara oförenlig med kommunallagen (2017:725, KL) och reglerna om statsstöd. Vi återkommer till det nedan.

EU:s statsstödsregler återfinns i EUF-fördraget. Statligt stöd är som utgångspunkt olagligt om det inte först har godkänts av Europeiska kommissionen. Det är fråga om statsstöd när samtliga dessa fem förutsättningar är uppfyllda:

1. Åtgärden ska kunna kopplas till det offentliga och ska finansieras med offentliga medel.
2. Åtgärden ska vara riktad mot vissa verksamheter eller viss produktion (selektivitet).
3. Verksamheter som åtgärden riktar sig mot ska bedriva ekonomisk verksamhet (företag).
4. Åtgärden ska ge mottagaren en fördel (gynnande).
5. Åtgärden ska snedvrیدا eller hota att snedvrیدا konkurrensen och påverka handeln mellan EU:s medlemsstater.

Stödåtgärder behöver däremot inte ha någon viss form. Det kan till exempel handla om bidrag, lån på förmånliga villkor, förmånliga garantier, hyresnedsättningar eller reducerade offentliga avgifter och skatter. Det kan även röra sig om försäljning av offentlig egendom till underpris eller köp av varor eller tjänster till överpris. En kommun kan dock alltid lämna stöd till en verksamhet med högst 200 000 euro enligt de allmänna bestämmelserna om så kallat de minimis-stöd. Summan räknas samman under en treårsperiod.

Parallellt med detta måste hänsyn tas till förbudet i kommunallagen mot att gynna enskilda näringsidkare. Kommunallagen förbjuder som utgångspunkt alla stöd till enskilda näringsidkare, medan tillämpningen av EU-rättens statsstödsregler förutsätter att de ovan nämnda kriterierna är uppfyllda. Kommunallagens förbud gäller även för lägre stödbelopp än det de minimis-belopp som gäller enligt statsstödsreglerna.

Kommunallagen innehåller dock inga sanktionsmöjligheter motsvarande dem som finns i EUF-fördraget, och det finns ingen tillsynsmyndighet för stöd som lämnas i strid med kommunallagen. I stället är företag som vill ingripa mot ett otillåtet kommunalt stöd hänvisade till att ansöka om laglighetsprövning enligt kommunallagen.

Med avseende på bedömning av huruvida statsstöd kan vara aktuellt eller inte, är en bra kontrollfråga generellt *om den privata aktören genom det aktuella upplägget får en ekonomisk fördel som den inte skulle ha fått under normala marknadsmässiga förhållanden?*

Kommissionen har utfärdat riktlinjer för undvikande av inslag av statsstöd vid överlåtelse av fastighet. Det finns två alternativa vägar:

- Om försäljningen genomförs efter ett anbudsförfarande som är öppet, ovillkorat och icke-diskriminerande, kan det antas att de transaktionerna är i linje med marknadsförhållandena. Detta innebär att fastigheten överlåts till den aktör som vid ett offentligt (annonserat), öppet och villkorslöst anbudsförfarande har lämnat det bästa anbudet, eller;
- En överlåtelse som grundar sig på en oberoende expertvärdering. En sådan värdering ska genomföras av en - eller gärna flera - oberoende värderingsmän, för att fastställa marknadsvärdet baserat på allmänt accepterade marknadsindikatorer och värderingsstandarder. Det marknadspris som fastställs är det lägsta pris som kan avtalas utan att statligt stöd anses föreligga<sup>3</sup>.

#### 4.2.2 Lånet

Lån är enligt 3 kap. 24 § LOU undantagna från LOU:s tillämpningsområde. Lån måste dock vara marknadsmässiga för att inte anses utgöra ett förtäckt bidrag. Med "marknadsmässigt" menas att lånet har samma villkor som ett lån från en extern part. Låntagarens (i det här fallet Bolagets) finansiella kostnad ska med andra ord motsvara den kostnad som skulle ha uppkommit om Bolaget hade varit tvunget att anskaffa samma finansiering och samma garanti till marknadspris. Det innebär att det inte ska vara någon skillnad mellan att gå till banken och låna pengar och att låna pengar av Regionen med avseende på bedömningen av detta begrepp.

Regionen rekommenderas här att också kontrollera så att utlåningen är förenlig med den kommunala kompetensen enligt kommunallagen. Utgångspunkten för den bedömningen är att lån som utfärdas av Regioner eller kommuner är oförenliga med kommunallagen, vilket också har medialt uppmärksammats.<sup>4</sup>

#### 4.2.3 Entreprenaden

---

<sup>3</sup> Elisabeth Eklund och Jenny Crafoord, "Värt att värdera – Hur undviks den statsstödsrättsliga fällan vid fastighetsöverlåtelser? – en analys".

<sup>4</sup> Se exempelvis <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/jamtland/har-har-kommunen-klivit-over-gransen-for-vad-som-ar-tillatet>

När Bolaget väl genomför byggtreprenaden av ishallen finns det anledning att ta ställning till om Bolaget utgör en upphandlande myndighet och därmed är skyldigt att tillämpa LOU vid genomförandet av byggtreprenaden.

Utöver statliga och kommunala myndigheter gäller LOU även för offentligt styrda organ. I 1 kap. 18 § LOU anges att med offentligt styrt organ avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierad av staten, en kommun, en region eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, en region eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, en region eller en upphandlande myndighet.

I och med att Bolaget i princip bildas enkom för att bygga en arena som ska uppföras huvudsakligen för att tillgodose behov i det allmännas intresse och ägare är en främst ideell hockeyförening finns det en risk för att bestämmelsens första led är uppfyllt.

Vad är tjänster av "allmänt intresse"?

Det saknas en rättslig definition av en tjänst av allmänt intresse<sup>5</sup>. Det finns emellertid vägledande praxis från EU-domstolen med avseende på vilka tjänster som anses vara allmännyttiga respektive inte allmännyttiga. Sammanfattat handlar det om att marknaden inte på rimliga villkor ska kunna tillgodose det behov som betraktas som ett allmänt intresse. Ett annat sätt att uttrycka det är att skyldigheten att tillhandahålla tjänsten, och finansieringen av kostnaderna för denna, ska garantera en tjänst som skiljer sig från det marknaden skulle erbjuda utan ett offentligt ingripande.

Vad innebär "industriell eller kommersiell karaktär"?

Denna fråga (och bedömning) hänger ihop med frågan om tjänster av allmänt intresse ovan. Enligt EU-domstolen är allmänna intressen, som inte har industriell eller

---

<sup>5</sup> Det finns stora likheter mellan det statsstödsrättsliga begreppet tjänster av allmänt intresse och vad som kan vara allmännyttiga tjänster i kommunallagens mening (se tex En kommunallag för framtiden (SOU 2015:24).

kommersiell karaktär, behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor och tjänster på marknaden eller behov som staten väljer att tillgodose själv, alternativt vilka staten har ett avgörande inflytande på, av skäl som har samband med allmänintresset.

Prövningen sker i två led. Först bedöms om behovet som tillgodoses genom bolagets verksamhet är i det allmännas intresse. Här är syftet med bolaget av stor betydelse, liksom dess uppdrag och organisation, myndighetens inflytande, tillsyn och liknande. Det räcker vidare med att en mindre del av verksamheten är av sådant slag att den tillgodoser behov av allmänt intresse för att den ska kunna bedömas göra det.

Det andra ledet i prövningen är huruvida behovet är av industriell eller kommersiell karaktär. Följande tre punkter utgör då en del av prövningen:

1. Om bolaget verkar på normala marknadsmässiga villkor  
*(Agerar man på en konkurrensutsatt marknad?)*
2. har ett vinstsyfte samt
3. bär de förluster som uppstår i samband med verksamhetsutövningen  
*(Innebär ägarstruktur och andra omständigheter att bolaget tar en reell ekonomisk risk?)*<sup>6</sup>

En sammanvägd bedömning ska alltid göras av de specifika omständigheterna i det enskilda fallet. Det som bland annat ska tillmätas vikt är de omständigheter som var aktuella vid bildandet av verksamheten och på vilka villkor som verksamheten utövas.

I Regionens fall ska Bolaget sannolikt verka på vad som anses vara en konkurrensutsatt marknad. Bolaget har dock, såvitt vi förstår, inte ett uttalat vinstsyfte. Bolaget kommer vidare att garanteras vissa intäkter, dels genom Regionens nyttjanderätt och dels genom att Regionen kommer att betala driftstöd. Det kan därmed ifrågasättas om Bolaget faktiskt står en reell ekonomisk risk. För att bottsna i den frågan rekommenderas att en person med ekonomikompetens gör en grundlig, fördjupad utredning med fokus på de finansiella delarna.

---

<sup>6</sup> Tex Kamarrätten i målet ”Svenska Spel” mål nr. 6937-09



Mot bakgrund av ovanstående finns viss risk att en sammantagen bedömning skulle utmytna i att Bolaget anses tillgodose ett behov i det allmännas intresse och att detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär (ej vinstsyfte och garanteras vissa intäkter – utöver lånet).

Man kan med andra ord något "motsatsvis" också konstatera, vilket också framgår av förarbeten<sup>7</sup>, följande: /.../Det bör därför klargöras att ett organ som verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksamhet inte bör anses vara ett offentligtorgan, eftersom de behov i det allmännas intresse som det har inrättats för att tillgodose eller har fått i uppdrag att tillgodose kan anses ha industriell eller kommersiell karaktär."

Nästa fråga man behöver ställa sig är ifall Bolaget till största delen är finansierat av en upphandlande myndighet. Så som AC förstår upplägget är Bolagets huvudsakliga finansiering det lån som ska utfärdas av regionen. Förutsatt att lånet är marknadsmässigt är Bolaget sannolikt inte att anse som finansierat av en upphandlande myndighet och således inte ett offentligstyrt organ – och inte heller skyldigt att tillämpa LOU. AC uttalar sig dock även om övriga rekvisit i bestämmelsen för att Regionen en bättre förståelse av vilka parametrar som inverkar på bedömningen av om Bolaget blir skyldigt att tillämpa LOU.

Nästa fråga är ifall Bolaget står under Regionens kontroll. Bedömningen är här bland annat avhängig bolagsstruktur (och eventuella styrelseplatser), ägandeförhållande och eventuella avtal mellan Regionen och Bolaget. Vidare kan offentlig finansiering, som utges utan krav på motprestation (jämför avsnittet om driftstöd och bidrag) anses skapa eller fördjupa ett beroendeförhållande mellan givaren och mottagaren. Detta kan ge upphov till kontroll av mottagaren enligt 1 kap. 18 § punkt 1 LOU.<sup>8</sup>

Regionen har ställt AC frågan vilken inverkan en styrelseplats samt visst ägande har på bedömningen av om en verksamhet är att anse som under Regionens kontroll. Om Regionen har en person i styrelsen och ett visst ägande i föreningen har det stor inverkan i bedömning av om den andra punkten i bestämmelsen är uppfylld. Sannolikt är de omständigheterna sedda för sig själva inte tillräckliga för att verksamheten ska anses stå under regionens kontroll men det skulle kunna medföra det tillsammans med

---

<sup>7</sup> prop. 2006/07:128 del 1 s. 129 och 303

<sup>8</sup> EU-domstolen i C-380/98

andra omständigheter, t.ex genom att Regionen har ett stort inflytande över verksamheten genom överenskommelser om hur verksamheten ska bedrivas.

Den tredje punkten i 1 kap. 18 § LOU är alternativ i förhållande till den andra punkten i bestämmelsen och innebär att ifall mer än hälften av styrelsens eller andra ledningsorgans ledamöter är utsedda av en upphandlande myndighet behöver man inte göra någon prövning av om verksamheten står en upphandlande myndighets kontroll utan i en sådan situation finns det en presumtion för att kontroll föreligger. Endast en person i en verksamhets styrelse medför inte att den tredje punkten är uppfylld.

Beroende på hur upplägget utformas skulle Bolaget kunna komma att betraktas som ett offentligt styrt organ men sannolikt är det inte det om det lån som utfärdas till Bolaget sker på marknadsmässiga villkor.

#### Byggtreprenad och Regionens inflytande

Hyra av en byggnad är undantagen upphandlingsplikt enligt 3 kap 19 § LOU. Det är dock alltid ett kontrakts huvudsakliga syfte som avgör om det ska bedömas som ett kontrakt om hyra eller ett byggtreprenadkontrakt.<sup>9</sup>

Om en upphandlande myndighet har sålt en fastighet och därefter hyr fastigheten med en byggnad på, är vare sig själva försäljningen av fastigheten eller hyran av byggnaden var för sig upphandlingspliktig. De kan dock tillsammans utgöra ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt. Underlåtelse att upphandla entreprenaden kan därmed utgöra en s.k. förtäckt byggtreprenad.

Om en byggnad kommer till stånd/uppförs genom avgörande inflytande av en upphandlande myndighet, är det aktuella uppförandet som huvudregel att se som en upphandlingspliktig byggtreprenad. Här avses en byggnad som inte skulle ha uppförts – alternativt inte ha uppförts med den aktuella utformningen – utan myndighetens inverkan eller enligt myndighetens anvisningar. Värt att notera är att det inte spelar någon roll hur man betecknat kontraktet.

Upphandlingsmyndigheten redogör i en vägledande skrift; Allmänna anläggningar och samhällsfastigheter, nr 2019:1, för följande exempel:

---

<sup>9</sup> EU-domstolen Impresa Pizzarotti, C-213/13.

”Om marken ägs av en exploatör kan kommunen låta exploatören - eller en annan entreprenör - uppföra en byggnad, till exempel en samhällsfastighet, efter kommunens anvisningar. Kommunen kan sedan förvärva marken med den uppförda byggnaden i syfte att exempelvis driva ett äldreboende. Kommunens mer eller mindre detaljerade anvisningar kan framgå av exploateringsavtal eller annat sidoavtal. Denna konstruktion är att se som ett byggentreprenadkontrakt.

En prestation utförs för myndigheten och kriteriet ersättning är uppfyllt i de fall myndigheten bekostar byggnaden. Situationen kan även uppkomma i samband med markanvisningsavtal eller vid annan upplåtelseform, till exempel en tomträtt.

Det är även huvudsakligen en byggentreprenad om en upphandlande myndighet låter ett byggföretag uppföra en byggnad efter egna anvisningar på annans mark för att sedan hyra byggnaden. Även i dessa fall är kriteriet för kontrakt i LOU:s mening sannolikt uppfyllt. Byggnaden uppförs efter kommunens anvisningar, och om kommunen har lämnat garantier om att hyra byggnaden är kriteriet ersättning uppfyllt.

Lösningen innebär att kommunen upphandlar en entreprenör som på annans mark bygger något som någon annan än kommunen ska äga.”

I dessa fall krävs det även att myndigheten och markägaren har en överenskommelse om att en samhällsfastighet ska upphandlas och uppföras som kommunen ska hyra.

#### 4.2.4 Driftstödet

Ett ”rent” driftstöd eller bidrag utgör endast en utbetalning av medel och kan inte anses utgöra någon anskaffning för den upphandlande myndigheten. Detta förutsätter emellertid att det inte ges mot/med förbehåll om att myndigheten ska erhålla en viss motprestation, eller är förenat med alltför många villkor - som till exempel i vilket syfte utbetalade medel ska användas, återbetalningsplikt och/eller återrapporteringsskyldighet.

Det är viktigt att bidraget i själva verket inte utgör tilldelning av ett offentligt kontrakt, eftersom bidraget då riskerar innebära att den upphandlande organisationen gör en otillåten direktupphandling. Vad som är ett ”kontrakt” enligt LOU har klargjorts av EU-domstolen i ett stort antal avgöranden. Grovt förenklat rör det sig om att en vara, tjänst eller byggentreprenad utförs mot ersättning, att leverantören har en skyldighet att utföra vad som överenskommit och att prestationen är av direkt ekonomiskt intresse

för myndigheten. Det ska också gå att kräva fullgörelse i domstol om leverantören inte gör som den ska.

Gränsdragningen är inte enkel. Följande kan dock beaktas vid bedömningen av vad som ska anses utgöra ett bidrag och vad som ska anses utgöra ersättning för en upphandlingspliktig tjänst:

Omständigheter som talar för att det rör sig om ett bidrag:

- Verksamheten bedrivs utan vinstsyfte
- Verksamheten drivs i enskild regi
- Anordnaren förutsätts inte genomföra sitt uppdrag mot ersättning för avtalad prestation utan får istället ett bidrag till egenfinansiering (som kan vara förknippat med vissa villkor)
- Den upphandlande myndigheten har inte tagit initiativ till verksamheten.

Omständigheter som talar för att det handlar om ersättning för en upphandlingspliktig tjänst:

- Syftet med kontraktet är att tillgodose ett behov som den upphandlande myndigheten på förhand har definierat inom ramen för sina befogenheter
- Den upphandlande myndigheten har specificerat tjänsten eller byggtreprenaden
- Kontraktet innehåller sanktioner (vite, skadestånd eller liknande) som blir tillämpliga om de kontraktsenliga skyldigheterna inte fullgörs.

Ytterligare en omständighet som behöver vara uppfylld för att det vara frågan om upphandling är att det ska röra sig om ett kontrakt och att den upphandlande myndigheten ska välja vem som ska ta emot medlen för att utföra uppdrag.

Som ett stöd vid gränsdragning kan man säga att ju mer specificerat ändamålet med bidraget är och ju fler villkor som är förenade med det, desto högre sannolikhet är det för att bidraget ska anses vara ett upphandlingspliktigt kontrakt.

Vidare bör det, i likhet med försäljningen av fastigheten, uppmärksammas att även om driftbidraget inte omfattas av LOU, finns en risk för att det är oförenligt med kommunallagen (2017:725) och reglerna om statsstöd.

4.2.4.1 Hur påverkar driftstödet med avseende på tolkningen av subventionerade kontrakt?

För att 1 kap. 6 § LOU ska vara tillämplig, krävs att mer än hälften av kontraktets värde täcks av direkta bidrag från en upphandlande myndighet samt att kontraktets värde uppgår till det s.k. tröskelvärdet. Här kan framhållas att "bidrag" inte endast avser bidrag i formell mening. Ett bidrag kan även anses föreligga vid en upphandlande myndighets beställning i ett samprojekt mellan myndigheten och en leverantör. Med begreppet "bidrag" avses med andra ord såväl bidrag i formell mening som andra former av samverkan mellan privata och offentliga aktörer.

Om en upphandlande myndighet lämnar ett bidrag på sådant sätt att det är fråga om ett subventionerat byggkontrakt, ska myndigheten se till att bestämmelserna i LOU tillämpas. Det brukar ske genom att ett avtal upprättas mellan den myndigheten och den aktör som genomför upphandlingen. I ett sådant avtal är det viktigt att säkerställa att man som upphandlande myndighet har tillräcklig insyn, eftersom det är myndigheten som har ansvar för att LOU följs.

#### 4.2.5 Nyttjanderättsavtalet

Nyttjanderättsavtalet är enligt 3 kap. 19 § LOU undantaget från LOU:s tillämpningsområde eftersom det utgör en rätt till fastighet. Det omfattas därför inte som sådant av LOU:s tillämpningsområde. Det kan dock anses innebära en avtalad motprestation, vilket inverkar på bedömningen i olika delar beskrivna i vår text.

### 5. Sammanfattande analys och åtgärdsförslag

Vid en sammanvägd bedömning av samtliga transaktioner och det tänkta upplägget finns, enligt vad som har redovisats ovan, ett antal risker att ta hänsyn till och hantera.

#### Fastighetsöverlåtelsen

Omfattas inte som sådan, sett separat, av LOU. För undvikande av statsstödsproblematik kan Regionen låta flera, fristående värderingsmän genomföra värdering och sedan se till att köpeskillingen motsvarar denna.

#### Utlåningen

Ett lån behöver vara marknadsmässigt, för att inte riskera att anses utgöra ett förtäckt bidrag. Regionen behöver därmed ställa upp villkor som motsvarar det Bolaget skulle

kunna få av annat utlåningsinstitut. Det finns däremot en överhängande risk för att lånet är oförenligt med kommunallagen, det bör utredas vidare av Regionen.

### Driftsstödet

Ju mer specificerat ändamålet med bidraget är och ju fler villkor som är förenade med bidraget, desto högre sannolikhet är det för att bidraget som sådant kan anses vara ett upphandlingspliktigt kontrakt. I denna del är det därmed av vikt att minimera dessa faktorer. Ett bidrag som ges helt utan förbehåll kan emellertid anses leda till att Bolaget står under Regionens "kontroll". Här behöver man följaktligen hitta en balans där vissa villkor uppställs, samtidigt som man undviker att specificera ändamålet i alltför stor detalj.

### Bolagets uppförande av ishallen; Entreprenaden

För undvikande av att Bolaget som sådant ska anses falla under definitionen av ett organ som har upphandlingsplikt, får Bolaget inte anses vara finansierat av Regionen. Om lånet ges på marknadsmässiga villkor, kan det sett separat sannolikt inte anses utgöra finansiering som medför att Bolaget är att anse som ett offentligstyrt organ.

Bolaget måste vidare stå en faktisk ekonomisk risk. Driftstöd och ersättning för hyra/nyttjanderätt kan innebära att den reella ekonomiska risken för Bolaget skulle kunna bedömas vara för liten. Det är därmed av vikt att de finansiella delarna inte blir för stora i förhållande till övriga förväntade intäkter. Se här även avsnittet om subventionerade kontrakt.

Med avseende på kontroll-rekvisitet i det aktuella lagrummet, är det vidare av vikt att se till att Regionen inte utövar kontroll över Bolaget (med avseende på till exempel organisationsstruktur, beslutsmandat o.s.v.). Här behöver man också vara uppmärksam på att bidrag utan krav på motprestation kan innebära att kontroll uppstår.

I denna del kan man argumentera såväl för som emot att Bolaget som sådant har upphandlingsplikt. Risken för det minskar emellertid om de finansiella transaktionerna hanteras på det sätt som beskrivs ovan.

Även om Bolaget som sådant inte skulle anses ha upphandlingsplikt, efter att man har hanterat ovanstående faktorer, kvarstår emellertid en annan fråga. Den avser Regionens egen upphandlingsskyldighet och den aktuella entreprenaden.

Om Regionen har sålt en fastighet och därefter hyr fastigheten med en byggnad på, är vare sig själva försäljningen av fastigheten eller hyran av byggnaden var för sig upphandlingspliktig. De kan dock tillsammans utgöra ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt, enligt vad som redovisas ovan i avsnitt 4.2.3. Med upphandlingspliktig entreprenad avses här en byggnad som inte skulle ha uppförts – alternativt inte ha uppförts med den aktuella utformningen – utan Regionens inverkan eller enligt Regionens anvisningar, och som Bolaget inte heller garanteras ekonomisk ersättning för.

EU-domstolen har fastslagit<sup>10</sup> att ”konstlade upplägg i syfte att kringgå upphandlingskyldigheten inte är tillåtet”. Det är kontraktets huvudsakliga syfte som avgör om kontraktet ska bedömas som ett kontrakt om hyra eller byggentreprenad.

För undvikande av detta, behöver Regionen sälja fastigheten utan att garantera framtida hyra och utan att utöva någon avgörande inverkan på att Bolaget sedan uppför byggnaden eller hur byggnaden ska utformas. Det huvudsakligen syftet med Regionens agerande/transaktioner i förhållande till Bolaget får inte vara att den aktuella byggnaden ska uppföras. Ishallen behöver vara kommersiellt ”gångbar” och avses att användas av andra än Regionen. Ett annat sätt att uttrycka det är att byggnaden inte får realiseras enligt krav som ställs upp av Regionen. Exakt hur detaljerade anvisningar (i exploateringsavtal eller annat avtal) om byggnadens utformning som behövs för att en byggentreprenad ska anses uppföras åt Regionen, är dock dessvärre inte helt klart.

Regionen behöver därmed vara inblandad så lite som möjligt i dessa delar och i så fall på en så generell nivå som möjligt. Om dessa kriterier uppfylls, kan entreprenaden anses falla utanför upphandlingsplikten. Vid en eventuell prövning, görs en sammanvägd bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

---

<sup>10</sup> mål C-480/06 Kommissionen mot Tyskland