

Ert datum:
2020-02-14

Datum:
2020-03-20

Er ref:
Fi2019/01291/SPN

Diarienummer:
UHM-2020-0040

Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se
kopia
fi.sba.spn@regeringskansliet.se
roger.lind@regeringskansliet.se

Lantmäteriets delrapport Nationellt tillgängliggörande av digitala detaljplaner

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerad delrapport av Lantmäteriet ("rapporten").

Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten ska också ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner.

Omfattningen av Upphandlingsmyndighetens remissvar

Rapporten har remitterats till Upphandlingsmyndigheten efter den ordinarie remisstidens utgång. Vid kontakt med Finansdepartementet har framkommit att departementet önskar erhålla Upphandlingsmyndighetens analys om förslagen medför upphandlingsplikt eller om de kan strida mot statsstödsreglerna.

Upphandlingsmyndigheten avgränsar därför sitt remissvar till att avse dessa upphandlings- och statsstödsrättsliga aspekter av förslagen i rapporten. Yttrandet handlar följaktligen framför allt om det uppdrag att agera datavärd som Lantmäteriet föreslås erhålla kan anses innebära att de kommuner som vill använda denna möjlighet därigenom kan anses tilldela kontrakt i upphandlingsrättslig mening enligt 1 kap. 15 § lagen (2016:1145) om offentliga upphandling, LOU.

Ert datum:
2020-02-14

Datum:
2020-03-20

Er ref:
Fi2019/01291/SPN

Diarienummer:
UHM-2020-0040

Upphandlingsmyndigheten har inför utarbetandet av detta remissvar även tagit del av redan inkomna remissvar¹, Lantmäteriets promemoria *Lantmäteriet som datavärd för kommunernas detaljplaner – ur ett upphandlingsperspektiv*² samt Lantmäteriets slutrapport.³

Lantmäteriets uppdrag och rapporter

Uppdraget

Lantmäteriet har på uppdrag av regeringen utrett förutsättningarna för ett nationellt tillgängliggörande av digitala detaljplaner. Genom att tillgängliggöra detaljplaner nationellt skulle förutsättningar skapas för utveckling av samhällsbyggnadsprocessen, vilket i sin tur skulle bidra till ökat bostadsbyggande och en långsiktigt hållbar bostadsförsörjning. I uppdraget ingick att ta fram förslag på nödvändiga författningsändringar och funktionella krav. Därutöver skulle en kostnads- och konsekvensbeskrivning av den föreslagna lösningen tas fram.

Lantmäteriets delrapport

Lantmäteriet föreslår i delrapporten att det ska finnas en infrastruktur för nationellt tillgängliggörande av digitala detaljplaner. Kommuner ska ha en skyldighet att delta i den nationella infrastrukturen och vara informationsansvariga för detaljplaner. Denna består rättsligt av en ändring i förordningen (2010:1770) om geografisk miljöinformation, genom vilken kommuner åläggs ett nytt uttryckligt informationsansvar för bland annat detaljplaner. Detta innebär att kommunen ska ansvara för att ta fram nödvändiga informationshanteringstjänster. Skyldigheten innebär inte att befintliga eller nya planer måste digitaliseras utan gäller endast planer som redan är digitala.

Lantmäteriets slutrapport

Lantmäteriet föreslår i slutrapporten en arkitektur för ett nationellt tillgängliggörande av alla geodata i samhällsbyggnadsprocessen samt en genomförandeplan för den nya nationella infrastrukturen. De olika aktörernas roller beskrivs i detalj. Slutrapporten innehåller även en konsekvensbeskrivning.

Tjänsten datavärdskap

Lantmäteriet bedömer att alla kommuner inte har förutsättningar för att kunna sköta leveransen av digitala detaljplaner till den nationella plattformen. Lantmäteriet föreslår därför att myndigheten efter överenskommelser med kommuner ska kunna utföra den föreslagna kommunala skyldigheten åt dem ("datavärdskap"). Lantmäteriet bedömer att detta uppdrag förutsätter en ändring av myndighetens instruktion. Lantmäteriet föreslår vidare att den nya uppgiften ska vara anslagsfinansierad.

¹ Tillgängliga från regeringens hemsida <https://www.regeringen.se/remisser/2019/09/remiss-av-lantmateriets-delrapport-nationellt-tillgangliggorande-av-digitala-detaljplaner/>

² Diarieförd i ärendet LM2019/001170.

³ *Nationellt tillgängliggörande av geodata i samhällsbyggnadsprocessen – Slutrapport i uppdraget att verka för en smartare samhällsbyggnadsprocess*, 2019-04-26, dnr 519–2018/2889.

Ert datum:
2020-02-14

Datum:
2020-03-20

Er ref:
Fi2019/01291/SPN

Diarienummer:
UHM-2020-0040

Lantmäteriet har analyserat de upphandlingsrättsliga aspekterna av förslaget om datavårdskap. I den ovan nämnda rättsutredningen i ärendet konstaterar Lantmäteriet att det är klart att kommuner är upphandlande myndigheter och att Lantmäteriet kan vara leverantör i LOU:s mening. Att datavårdskap är en tjänst som omfattas av LOU torde enligt Lantmäteriet vara odiskutabelt. En kommun är gentemot staten en fristående juridisk person och kan därför teckna rättsligt bindande avtal med en statlig myndighet som Lantmäteriet. Kontraktsrekvisitet är därför också – under förutsättning att kommunerna ska utge ersättning för datavårdskapet – uppfyllt. Utgångspunkten är därför att kommunernas behov av datavård för lagring av detaljplaner är ett köp av tjänst som omfattas av LOU. Lantmäteriet har mot denna bakgrund föreslagit att Lantmäteriets tillhandahållande av tjänsterna ska finansieras genom anslag och inte genom avgifter som tas ut av de kommuner som anlitar Lantmäteriet för uppgiften. Eftersom kommunerna inte ska utge något vederlag för tjänsten är det emellertid inte fråga om köp i LOU:s mening, och Lantmäteriet gör därmed bedömningen att kommunernas anlitan av den nya tjänsten inte omfattas av LOU.

Lantmäteriet konstaterar vidare att den föreslagna uppgiften förutsätter uppbyggnad av den tekniska miljön för datavårdskap (mottagning, lagring samt tjänster). Lantmäteriet konstaterar att eftersom omfattningen av datavårdskapet bland annat är beroende av kommunernas vilja till anslutning har det varit svårt att ange en exakt kostnadsbild över tid. Lantmäteriet beräknar kostnaden till 18 miljoner kronor under 2020 enbart för detaljplaner.

Upphandlingsmyndigheten noterar i sammanhanget att det aktuella uppdraget beskrivs på något olika sätt i delrapporten jämfört med slutrapporten. Lantmäteriet ska enligt det remitterade författningsförslaget i delrapporten ha till uppgift att

”efter överenskommelse med statliga och kommunala myndigheter lagra och tillgängliggöra geodata för deras räkning (datavårdskap)”.

I Lantmäteriets slutrapport beskrivs begreppet datavård emellertid på följande sätt:

”Denna roll är en nationell servicefunktion för producenter och syftar till att jämna ut skillnader mellan producenters digitala förmågor. Det innebär att en producent genom att vända sig till en datavård, kan få stöd i att skapa nödvändiga förmågor för att ansluta sig till den nationella tjänsteplattformen.”⁴

Upphandlingsmyndigheten konstaterar vidare att flera remissinstanser har gett uttryck för osäkerhet kring såväl innebörden av den nya kommunala uppgiften (informationsansvaret) som vilket stöd som Lantmäteriet ska kunna tillhandahålla kring denna (datavårdskapet). Det framstår därför som något oklart för Upphandlingsmyndigheten vad tjänsten egentligen innebär och vad sådana

⁴ Nationellt tillgängliggörande av geodata i samhällsbyggnadsprocessen – Slutrapport i uppdraget att verka för en smartare samhällsbyggnadsprocess, dnr 519–2018/2889, s.4.

Ert datum:
2020-02-14

Datum:
2020-03-20

Er ref:
Fi2019/01291/SPN

Diarienummer:
UHM-2020-0040

”överenskommelser” som författningsförslaget syftar på ska innehålla. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning är detta inte av avgörande betydelse för den upphandlingsrättsliga bedömningen av om sådana överenskommelser utgör kontrakt i LOU:s mening och därmed omfattas av tillämpningsområdet för LOU eller inte. Det bör ändå framhållas att sannolikheten för att sådana överenskommelser uppfattas som kontrakt i upphandlingsrättslig mening ökar om det är så att Lantmäteriet formellt genom överenskommelsen åtar sig att utföra en obligatorisk kommunal uppgift, jämfört med om det mer allmänt är fråga om att på olika sätt stödja kommuner vid utförandet av uppgiften.

Upphandlingsmyndigheten noterar i sammanhanget att det torde vara ovanligt med lagstiftning som innebär att staten avseende vissa kommuner formellt åtar sig att utföra en obligatorisk kommunal uppgift.

Upphandlingsrättsliga aspekter på förslaget om datavårdskap

Begreppet kontrakt enligt LOU

Av avgörande betydelse för om kommuner kan ingå överenskommelser om datavårdskap med Lantmäteriet utan att dessa behöver upphandlas är om sådana överenskommelser utgör ”kontrakt” i LOU:s mening. Om så är fallet förutsätter ingåendet av sådana överenskommelser som huvudregel en annonserad konkurrensutsättning enligt förfarandereglererna i LOU. Enligt 1 kap. 15 § LOU avses med kontrakt

”ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

- 1. ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och*
- 2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.”*

Det framgår således av definitionen av kontrakt att det ska ha *ekonomiska villkor* för att omfattas av upphandlingslagstiftningen. EU-domstolen har utvecklat innebörden av begreppet i flera rättsfall.

Närmare om kriteriet ekonomiska villkor

För att det ska vara fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening ska det alltså vara fråga om ett *avtal med ekonomiska villkor*. Det är särskilt tre aspekter av detta begrepp som är av intresse i detta fall: ett kontrakt förutsätter att det utgår en prestation mot vederlag, kontraktet ska ge upphov till rättsligt bindande skyldigheter och det kan även ha betydelse om leverantören i avtalsförhållandet har någon handlingsfrihet i fråga om att ingå kontraktet och dess villkor. Det bör i sammanhanget framhållas att hur ett avtal klassificeras enligt svensk rätt, eller hur det

Ert datum:
2020-02-14

Datum:
2020-03-20

Er ref:
Fi2019/01291/SPN

Diarienummer:
UHM-2020-0040

betecknas i ett enskilt fall, i princip saknar betydelse för om det utgör ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.⁵

Ersättning som en förutsättning för kontrakt

För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndigheten (i detta fall kommunerna) i enlighet med detta kontrakt erhåller en prestation mot vederlag.⁶ Ett kontrakt kännetecknas alltså av att det sker ett utbyte av prestationer: den upphandlande myndigheten betalar ett pris och leverantören åtar sig att tillhandahålla kontraktsföremålet.⁷ Sådan ersättning behöver inte vara monetär, men ska gå att värdera i ekonomiska termer, och den ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten (dvs. i detta fall kommunen).

Förslaget innebär att kommunerna erhåller en prestation. Prestationen förefaller också i och för sig vara av direkt ekonomiskt intresse för kommunerna eftersom alternativet till att utnyttja Lantmäteriets tjänster är att utföra uppdraget med egna resurser eller köpa in dessa.⁸

Någon motprestation – vederlag – ska emellertid inte utgå. Lantmäteriet har i och för sig ett nationellt samordningsansvar inom geodataområdet, och överenskommelser om datavårdskap skulle bidra till utförandet av detta uppdrag.⁹ Att avtalsföremålet bidrar till uppfyllandet av ett offentligt ändamål av allmänintresse vars säkerställande ankommer på Lantmäteriet är emellertid inte tillräckligt för att det ska vara fråga om en sådan motprestation.¹⁰ Lantmäteriets prestation synes därför inte motsvaras av någon sådan motprestation från kommunens sida som medför att det är fråga om ett kontrakt. Detta delkriterium tycks därför inte vara uppfyllt. Redan detta förhållande talar för att det inte kan föreligga ett upphandlingspliktigt kontrakt i LOU:s mening.

Rättsligt bindande skyldigheter

EU-domstolen har vidare uttalat att en väsentlig del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår *rättsliga skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär*.¹¹ Den överenskommelse genom vilken en kommun anlitar Lantmäteriet för att utföra de aktuella tjänsterna ska vara rättsligt bindande och dess fullgörande måste kunna åberopas rättsligt för att det ska vara fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.¹² Bedömningen i enskilda fall av detta delkriterium kommer därför att vara beroende av hur de enskilda överenskommelserna utformas och om de ger upphov till sådana skyldigheter.

⁵ Se t.ex. domen *Correos*, mål C-220/06, ECLI:EU:C:2007:815, p 50.

⁶ Domen *Helmut Müller*, mål C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, p. 48.

⁷ Se även Konkurrensverket, *Omfattas en statlig myndighets anskaffningar från en annan statlig myndighet av upphandlingskyldighet?*, ställningstagande 2018:1, s. 4.

⁸ *Helmut Müller*, p. 49.

⁹ Se 4 § förordningen (2009:946) med instruktion för Lantmäteriet.

¹⁰ Jämför *Helmut Müller*, p. 54–58 samt generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande i målet, p. 53. I det målet var det dock fråga om "prestationens" betydelse för den *upphandlande myndigheten*, medan Lantmäteriet skulle vara *leverantör* av datavårdskap.

¹¹ *Remondis*, p. 43.

¹² *Helmut Müller*, p. 62.

Ert datum:
2020-02-14

Datum:
2020-03-20

Er ref:
Fi2019/01291/SPN

Diarienummer:
UHM-2020-0040

Rättsligt åliggande för Lantmäteriet att utföra tjänsten

Det kan även ha viss relevans om Lantmäteriet har handlingsfrihet i frågan om att ingå överenskommelser om datavärdskap med enskilda kommuner.¹³ Detsamma torde gälla om Lantmäteriet har möjlighet att ensidigt förändra eller avsluta sådana överenskommelser. Handlingsfrihet i sådana frågor kan tala för att det är fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.¹⁴

Betydelsen av detta förhållande är svårbedömt. Det framstår dock som relativt klart att Lantmäteriet inte har någon valmöjlighet i fråga om den vill utföra den aktuella tjänsten för kommunernas räkning eller något handlingsutrymme ifråga om den närmare utformningen av tjänsten eller villkoren för dess utförande. Detta talar likaså för att det inte är fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.¹⁵

Upphandlingsmyndigheten vill i sammanhanget framhålla att det finns skäl att överväga att uppdraget till Lantmäteriet (i myndighetens instruktion) utformas som en tydligare skyldighet att fullgöra rollen som datavärd ("*Lantmäteriet ska lagra och tillgängliggöra geodata för statliga och kommunala myndigheters räkning [datavärdskap]*").¹⁶

I detta sammanhang är skäl 34 i direktiv 2014/24/EU av intresse. Där framhålls att "[d]et finns vissa fall där en juridisk person, enligt tillämpliga bestämmelser i nationell lagstiftning, agerar som ett instrument eller en teknisk tjänst för vissa fastställda upphandlande myndigheter och är skyldig att utföra order från dessa upphandlande myndigheter utan inflytande över ersättningen för sin insats. Ett sådant rent administrativt förhållande bör inte omfattas av offentliga upphandlingsförfaranden, mot bakgrund av att det inte grundas på något avtal."

Enligt Upphandlingsmyndighetens bedömning bör det således finnas förutsättningar att förtydliga Lantmäteriets roll och skyldigheter i författningstexten på sätt som ytterligare klargör att några upphandlingspliktiga kontrakt i LOU:s mening inte föreligger. Hur författningstexten bör utformas beror dock givetvis på det närmare innehållet i såväl det föreslagna informationsansvaret som rollen som datavärd.

Statsstödsrättsliga aspekter

Reglerna om statligt stöd till företag kan aktualiseras om Lantmäteriet vid utförandet av de föreslagna uppgifterna skulle anses bedriva ekonomisk verksamhet genom att agera på en marknad och inte inom ramen för sin myndighetsutövning. Enligt EU-domstolens praxis ska insamling, lagring och tillgängliggörande av uppgifter som ska användas för offentliga ändamål på grundval av en lagstadgad skyldighet för de berörda företagen att lämna ut sådana uppgifter, inte betraktas som en ekonomisk

¹³ Dom *Tragsa*, mål C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227, punkt 54.

¹⁴ Carina Risvig Hamer, *The concept of a 'public contract' within the meaning of the Public Procurement Directive*, Upphandlingsrättslig tidskrift 2016 no 3, s. 185.

¹⁵ *Correos*, p. 51–55.

¹⁶ Se även Nacka tingsrätts remissvar och förslag till alternativ utformning av författningstexten i detta avseende.

Ert datum:
2020-02-14

Datum:
2020-03-20

Er ref:
Fi2019/01291/SPN

Diarienummer:
UHM-2020-0040

verksamhet.¹⁷ Vidare ska en myndighets verksamhet, som i sig är att se som ekonomisk, inte betraktas som ekonomisk om verksamheten, genom dess natur, dess mål och de regler som styr den, inom myndigheten är sammankopplad med utövandet av offentlig makt.¹⁸

Statligt stöd som inte på förhand har godkänts av Europeiska kommissionen eller som inte omfattas av någon undantagsregel, träffas av det så kallade genomförande-förbudet och är förbjudet.

Upphandlingsmyndigheten erinrar om att kostnader och intäkter i blandade verksamheter, dvs. verksamheter som både bedriver ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet, måste särredovisas. Särredovisning syftar till att säkerställa att finansieringen av den icke-ekonomiska verksamheten inte är så stor så att överskottet bidrar till att finansiera den ekonomiska verksamheten på ett sätt som aktualiserar statsstödsreglerna.

Upphandlingsmyndighetens sammanfattande bedömning

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning talar övervägande skäl för att de överenskommelser som Lantmäteriet avses ingå med olika kommuner inte skulle utgöra avtal med ekonomiska villkor i den mening begreppet har enligt EU-domstolens rättspraxis. Det bör framhållas att samtliga tre aspekter av begreppet kontrakt som vi redogjort för ovan bör föreligga för att det ska vara fråga om ett kontrakt som omfattas av upphandlingslagstiftningen. Särskilt den förstnämnda aspekten, att någon motprestation – vederlag – inte kan anses utgå för Lantmäteriets prestation, talar för att det inte är fråga om ett kontrakt i LOU:s mening. Dessa överenskommelser uppvisar i stället större likheter med sådana administrativa förhållanden som avses i skäl 34 i LOU-direktivet.

När det gäller förslagens statsstödsrättsliga aspekter konstaterar Upphandlingsmyndigheten att Lantmäteriets föreslagna verksamhet sannolikt inte kommer omfattas av statsstödsreglerna. Bedömningen är emellertid beroende av hur uppgifterna samt relationen gentemot kommunerna närmare kommer utformas och regleras. Det kan inte uteslutas att verksamheten kommer utgöra ekonomisk verksamhet.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar avslutningsvis att den upphandlingsrättsliga innebörden av begreppet kontrakt liksom uttolkningen av statsstödsreglerna sannolikt kommer att utvecklas i EU-domstolens rättspraxis. Det är därför vanskligt att med säkerhet uttala sig om räckvidden i enskilda fall. Upphandlingsmyndigheten bedömer emellertid utifrån befintligt underlag att överenskommelser om datavärdskap mellan kommuner och Lantmäteriet inte utgör kontrakt i upphandlingsrättslig mening.

¹⁷ Dom *Compass-Datenbank GmbH*, mål C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, p. 40.

¹⁸ Dom *TenderNed*, mål C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932, särskilt p. 18.

Ert datum:
2020-02-14

Datum:
2020-03-20

Er ref:
Fi2019/01291/SPN

Diarienummer:
UHM-2020-0040

Upphandlingsmyndighetens slutsats

Upphandlingsmyndigheten bedömer att sådana överenskommelser om datavårdskap som Lantmäteriet föreslås kunna ingå med kommuner inte omfattas av LOU då de inte utgör kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Upphandlingsmyndigheten bedömer likaså att Lantmäteriets föreslagna verksamhet sannolikt inte omfattas av statsstödsreglerna.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Upphandlingsjuristen Henrik Grönberg har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har även juristen Sofia Mårtensson, statsstödsspecialisten Björn Skarp och chefsjuristen Anders Asplund deltagit.

Inger Ek

Henrik Grönberg