

## **Göteborgs Hamn Aktiebolags ingående av avtal med Älvsborg RO/RO AB rörande terminalverksamhet**

### **Beslut**

Konkurrensverket avskriver ärendet från vidare handläggning.

Konkurrensverkets beslut innebär *inte* något ställningstagande i fråga om koncessionstilldelningens förenlighet med unionsrätten.

---

### **Ärendet**

#### *Bakgrund*

Konkurrensverket har i en skrivelse uppmanats att granska huruvida Göteborgs Hamn Aktiebolags (GHAB) ingående av avtal med Älvsborgs Ro/Ro AB (Ro/Ro AB) avseende drift av Älvsborgsterminalen i Göteborg är förenligt med upphandlingslagstiftningen. Konkurrensverket har i anledning därav tillskrivit GHAB samt anmodat bolaget att inkomma med kopia av sådant avtal. GHAB har återkommit till Konkurrensverket genom två skrivelser. Vidare har Göteborg Port Operation AB (Operation) sekunderat GHAB på eget initiativ i skriftväxlingen med Konkurrensverket.

Bolagen, som båda är kommunala bolag och som ägs indirekt av Göteborgs Stad, har i huvudsak påtalat följande rörande nämnda terminalverksamhet.

GHAB har tidigare bedrivit terminalverksamheten i Älvsborgshamnen i Göteborg. Från och med den 1 februari 2010 bedrivs sådan verksamhet av det av Operation helägda bolaget Ro/Ro AB. Operation avser emellertid att avyttra samtliga aktier i Ro/Ro AB till Bohus Terminal Holding AB (Bohus) som ägs gemensamt av DFDS A/S och C. Ports S.A. Ltd. Operation och Bohus har ingått avtal om överlåtelse av aktierna i Ro/Ro AB. Efter nämnda aktieöverlåtelse avser

GHAB att ingå nytt avtal med Ro/Ro AB varigenom det senare bolaget ska fortsätta bedriva terminalverksamheten.

GHAB har ingett kopia av utkast till sådant avtal rubricerat "Amended and restated concession agreement regarding Gothenburg short sea Ro/Ro terminal" (Avtalet). GHAB har anfört att Avtalet kommer att justeras i vissa delar i samband med företagsöverlåtelsen, men att sådana ändringar inte skulle innebära att det tidigare avtalet ändrar karaktär.

#### *GHAB:s inställning i fråga om upphandlingsskyldighet*

GHAB har anfört att ingående av Avtalet inte i någon del är föremål för upphandlingsskyldighet. Till grund för sådan inställning har i huvudsak anförts att Avtalet utgör ett arrendeavtal varigenom GHAB kommer att utarrendera mark till Ro/Ro AB. Enligt GHAB reglerar Avtalet Ro/Ro AB:s användande av marken och hamnanläggningen för bolagets egen verksamhet och Ro/Ro AB skulle inte utföra något uppdrag för GHAB:s räkning. Skyldighet för GHAB att genomföra en upphandling avseende Avtalets ingående föreligger därmed inte.

Därutöver har GHAB anfört att Avtalet inte utgör ett koncessionsavtal. Närmare redogörelse för bolagets inställning i den delen har inte lämnats. Att Avtalet har rubricerats "concession agreement" (koncessionsavtal), trots att Avtalet enligt GHAB *inte* utgör en koncession, är enligt bolaget en konsekvens av att "denna typ av avtal" brukar benämnas så "i branschen".

#### **Skäl**

##### *Rättsläget*

Enligt 1 kap. 2 § och 10 § 2 p lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) ska lagen tillämpas vid upphandlingar av byggentreprenader, varor och tjänster för verksamheter som bl.a. består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att ge tillgång till hamnar eller andra terminaler för transporter till havs eller på inre vattenvägar. Tjänstekoncessioner är undantagna av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde och ingående av sådant avtal behöver således ej föregås av en upphandling enligt LUF.<sup>1</sup>

Definitionen av en tjänstekoncession återfinns i 2 kap. 18 § LUF. Genom nämnda lagrum har artikel 1.3 b i direktiv 2004/17/EG<sup>2</sup> implementerats i svensk nationell rätt.

---

<sup>1</sup> Se 1 kap. 11 § LUF jämte artikel 18 i Direktiv 2004/17/EG.

<sup>2</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

Vid en tjänstekoncession består ersättningen endast i *rätten att utnyttja tjänsten* alternativt dels en sådan rätt, dels betalning. Den ekonomiska aktörens rätt att utnyttja tjänsten innefattar möjligheten för aktören att erhålla ersättning genom de betalningar som användare av den aktuella tjänsten erlägger.<sup>3</sup>

Prövning huruvida ett avtal utgör en tjänstekoncession ska uteslutande göras enligt unionsrätten.<sup>4</sup> EU-domstolen har klarlagt att om ersättningen till den ekonomiska aktören består i en rätt för denne att utnyttja tjänsterna och således ta betalt från tredje man tar aktören på sig den risk som är förenad med tjänsternas utnyttjande. En sådan risk är ouppslösligt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten och således förutsätter en tjänstekoncession att tjänsteleverantören bär risken för verksamheten.<sup>5</sup> Tilldelning av kontrakt som innebär att den upphandlande myndigheten fortsätter att bära hela risken för verksamheten så att den ekonomiska aktören inte utsätts för riskerna på marknaden måste ske med iakttagande av de bestämmelser som föreskrivs i LUF.<sup>6</sup>

EU-domstolen har emellertid påtalat att tjänstekoncessioner inte förutsätter att hela risken förs över. För att det ska vara fråga om en tjänstekoncession är det istället tillräckligt att den upphandlande myndigheten överför "hela eller *åtminstone en betydande del* [Konkurrensverkets kursivering]"<sup>7</sup> av en sådan risk som är förenad med utnyttjandet av den aktuella tjänsten. Med "risk" avses i sammanhanget den risk som det innebär att vara verksam på marknaden och därmed utsatt för marknadens nycker.<sup>8</sup>

Vidare framgår av EU-domstolens praxis att den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsterna och som överförs till den ekonomiska aktören inte måste vara betydande i sig. Risken kan istället vara begränsad i sin omfattning *så länge* en betydande del av risken överförs. Om ingen eller en otillräcklig del av risken överförs föreligger således ingen tjänstekoncession utan istället ett tjänstekontrakt.<sup>9</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att det följer av EU-domstolens praxis att en tjänstekoncession föreligger i en situation då den ekonomiska aktören har rätt att ta ut ersättning från tredje man, under förutsättning att aktören övertar hela eller

---

<sup>3</sup> Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkterna 50-51, 53 och 54 samt i punkt 54 angiven rättspraxis.

<sup>4</sup> Mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, punkterna 30 och 31.

<sup>5</sup> Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 40, Mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, punkt 34, Mål C-300/07 *Oymanns*, punkt 75 samt Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkterna 59 och 66.

<sup>6</sup> Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 67.

<sup>7</sup> Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 77.

<sup>8</sup> Mål C-234/03 *Contse*, punkt 22, Mål C-300/07 *Oymanns*, punkt 74 samt Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37.

<sup>9</sup> Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkterna 68, 70-71 och 74-76 samt i punkt 68 angiven rättspraxis.

åtminstone en betydande del av den risk som är förknippad med utnyttjande av tjänsten.<sup>10</sup>

### **Konkurrensverkets bedömning**

Frågan i ärendet är om GHAB:s ingående av Avtalet efter avsedd företagsöverlåtelse måste föregås av upphandlingsförfarande enligt tillämpligt regelverk.

GHAB har anfört att Avtalet utgör ett arrendeavtal. Som det får uppfattas hänförs bolagets inställning i denna del till att upphandlingsskyldighet inte föreligger vid utarrendering av kommunal mark till privat aktör. Ett sådant påstående är visserligen korrekt. Det huvudsakliga syftet med Avtalet är emellertid att Ro/Ro AB ska utföra de aktuella tjänsterna samt uppbära betalning från köpare av sådana tjänster, dvs. terminalens kunder.

Avtalet föreskriver en skyldighet för Ro/Ro AB att utföra de aktuella terminalverksamhetstjänsterna. Avtalet innehåller en detaljerad reglering av hur och på vilket sätt tjänsterna skall tillhandahållas och reglerar även konsekvenser vid Ro/Ro AB:s bristande uppfyllande av sådana krav. Enligt Avtalet har Ro/Ro AB dessutom avskurits från rätten att bedriva annan verksamhet på terminalområdet. Det föreligger således en skyldighet för Ro/Ro AB att bedriva verksamhet på det sätt som regleras i Avtalet samt ett förbud mot att bedriva annan verksamhet.

Att Avtalet innehåller villkor om utarrendering av de fastigheter vars nyttjande utgör förutsättning för verksamheten inverkar inte på den omständigheten att Avtalet kan innebära en koncessionstilldelning. Det konstateras att hälften av de aktuella fastigheterna samt merparten av fastigheternas totala yta inte ägs av GHAB. Även för det fall GHAB skulle inneha rätt att utarrendera dessa fastigheter, något som inte har påståtts av GHAB, skulle en sådan omständighet inte inverka på en kvalificering av Avtalet som en tjänstekoncession.

Konkurrensverkets kvalificering av Avtalet samt bedömning huruvida Avtalets ingående är upphandlingspliktig görs mot bakgrund av ovan redogjorda rättsläge avseende tjänstekoncessioner. Den verksamhet som GHAB bedriver får anses utgöra sådant utnyttjande som avses i 1 kap. 10 § 2 p LUF. Bolaget är således en upphandlande enhet enligt 2 kap. 20 § LUF. Om Avtalet utgör en tjänstekoncession behöver GHAB:s ingående av Avtalet inte föregås av upphandling enligt LUF, eftersom tjänstekoncessioner är undantagna från lagens tillämpning.

I den situation som GHAB avser uppnå genom ingående av Avtalet härrör den aktuella ekonomiska aktörens ersättning inte från GHAB. Sådan ersättning består

---

<sup>10</sup> Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

istället av de avgifter som tredje man betalar för användandet av de terminaltjänster som Ro/Ro AB skulle tillhandahålla.

Eftersom Ro/Ro AB genom Avtalet får rätt att utnyttja tjänsterna har bolaget tagit på sig den risk som är förknippad med tillhandahållandet av tjänsterna. Avtalet föreskriver att i vart fall en betydande del av sådan risk kommer att övergå från GHAB till Ro/Ro AB. Ett sådant betalningssätt är kännetecknande för tjänstekoncessioner.<sup>11</sup> I denna del konstateras särskilt följande.

Genom ett ingående av Avtalet kommer Ro/Ro AB att utsättas för marknadens nycker genom att bolaget *exempelvis* kommer att utsättas för risken för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, risken för insolvens hos de kunder som är betalningsskyldiga för tillhandahållandet av tjänsterna, risk för att inkomsterna från verksamheten inte skall täcka utgifterna eller, för den delen, en risk att behöva bära ansvaret för skador som kan uppkomma vid utövandet av verksamheten.<sup>12</sup>

Avtalet föreskriver att Ro/Ro AB skall erlägga avgifter till GHAB under kontraktstiden samt att avgifterna varierar under avtalstiden. Betydelsen av dessa variationer är emellertid så pass liten att de inte inverkar på konstaterandet att en väsentlig del av risken har övergått till Ro/Ro AB. Ej heller i övrigt framgår av Avtalet att den risk som Ro/Ro AB exponeras för skulle vara begränsad på ett sådant sätt att tjänstekoncession inte skulle föreligga. GHAB eller Operation har ej heller påstått att så skulle vara fallet. Vid en samlad bedömning framstår det enligt Konkurrensverkets som att en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjande av tjänsten kommer att överföras till Ro/Ro AB vid ett ingående av Avtalet.

Konkurrensverket konstaterar sammanfattningsvis att Avtalet föreskriver att Ro/Ro AB inte får betalt av GHAB för utförandet av tjänsterna, att Ro/Ro AB har rätt att utnyttja den aktuella tjänsten samt att Ro/Ro AB bär en betydande del av den risk som är förknippad med att tillhandahålla de aktuella tjänsterna.<sup>13</sup> Avtalet utgör därmed en tjänstekoncession.

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige enligt med 18 kap. 1 § LUF och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

---

<sup>11</sup> Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 40 och Mål C-300/07 *Oymanns*, punkt 75.

<sup>12</sup> Mål C-274-09 *Stadler*, punkt 37, Mål C-206/08 *Euravasser*, punkterna 66 och 67 samt Mål C-300/07 *Oymanns*, punkt 74.

<sup>13</sup> Mål C-196/08 *Acoset*, punkt 39.

Eftersom tjänstekoncessioner, såsom konstaterats ovan, faller utanför tillämpningsområdet för LUF omfattas de inte av Konkurrensverkets tillsyn. Ärendet skall således avskrivas från ytterligare handläggning.

Konkurrensverkets beslut att avskriva ärendet innebär inte ett ställningstagande i fråga om ingående av Avtalet är förenligt med unionsrätten.

---

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Kristoffer Sällfors.

Dan Sjöblom

Kristoffer Sällfors

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats