



Tjänstekoncessioner

När, var, hur?

Rapport 2012:4

Tjänstekoncessioner

När, var, hur?

Konkurrensverkets rapportserie 2012:4

Konkurrensverket maj 2012
Utreddare: Kristoffer Sällfors, Sara Zell
ISSN-nr 1401-8438
E-Print AB, Stockholm 2012
Foto: Istock

Förord

Den här rapporten riktar sig till upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer som kommer i kontakt med tjänstekoncessioner samt till alla andra som vill skaffa sig ökade kunskaper på området. Målet med denna rapport är att förbättra möjligheterna för upphandlande myndigheter och enheter att behandla tjänstekoncessioner på ett korrekt sätt. Konkurrensverket hoppas på så sätt kunna bidra till att skapa bättre möjligheter till en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.

Tjänstekoncessioner är undantagna från upphandlingslagarna och omfattas i dagsläget endast av de allmänna unionsrättsliga principerna. Därför är det viktigt att upphandlande myndigheter och enheter är medvetna om när en upphandling innebär en tilldelning av en tjänstekoncession och inte. Ett kontrakt som felaktigt klassificeras som tjänstekoncession kan utgöra en direktupphandling av ett tjänstekontrakt. En sådan felaktig klassificering kan innebära att den upphandlande myndigheten eller enheten bryter mot upphandlingslagsreglerna. Det kan i sin tur föranleda utdömande av upphandlingsskadeavgift på talan av Konkurrensverket. Betydelsen av erforderlig av kunskap om tjänstekoncessioner är därför mycket stor.

Rapporten beskriver det tillsynsprojekt som Konkurrensverket har drivit avseende upphandlande myndigheters och enheters användande av tjänstekoncessioner.

Stockholm maj 2012

Dan Sjöblom
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	7
Summary	9
1 Bakgrund och inledning	11
1.1 Syfte	11
1.2 Metod och avgränsningar	12
1.3 Disposition.....	14
2 Upphandlingslagstiftningen	16
2.1 Allmänt om den svenska upphandlingslagstiftningen.....	16
2.2 Beräkning av kontraktsvärden	19
2.3 Annonsering.....	19
2.4 Upphandlingar över tröskelvärdena	20
3 Tjänstekoncessioner.....	22
3.1 Tjänstekoncessioner är undantagna från upphandlingslagstiftningen.....	22
3.2 När föreligger en tjänstekoncession?	23
3.2.1 Ersättningsformer vid tjänstekoncessioner.....	24
3.2.2 Allmänt om verksamhetsrisken	25
3.2.3 En "betydande del" av risken måste gå över till den ekonomiska aktören.....	26
3.2.4 Vad menas med "risken"?	30
3.2.5 Särskilt om den ekonomiska aktörens användande av lokaler.....	32
3.2.6 Det svenska valfrihetssystemet	34
3.3 Kan man ändra i ingångna tjänstekoncessions- kontrakt?	36

3.4	Vilka krav ställs vid tilldelning av tjänstekoncessioner?	38
3.4.1	Det finns en skyldighet att lämna insyn.....	38
3.4.2	När gäller undantag från skyldighet att lämna insyn?.....	40
3.4.3	Hur uppnås tillräcklig grad av insyn?.....	42
3.4.4	Ett offentliggörande ska innehålla tillräcklig information	44
3.4.5	Vilka tilldelningskriterier kan användas?	44
3.5	Kan tjänstekoncessioner tilldelas till egna bolag?	46
3.6	Kan en leverantör begära prövning av en tjänstekoncessionstilldelning?	48
3.6.1	Unionsrätten och rätten till prövning	49
3.6.2	Det svenska rättsläget	50
3.7	Tillsyn över tjänstekoncessioner.....	52
4	Konkurrensverkets studie om tillämpningen av undantaget för tjänstekoncessioner	53
4.1	Slutsatser om förekomsten av tjänstekoncessioner	53
4.2	Slutsatser om tillämpningen av undantaget för tjänstekoncessioner.....	55
5	Konkurrensverkets tillsynsbeslut	61
5.1	Försäljning av biljetter till Värmlandsoperan.....	62
5.1.1	Konkurrensverkets bedömning.....	62
5.2	Terminalverksamhet i Göteborgs hamn.....	63
5.2.1	Konkurrensverkets bedömning.....	63
5.3	Stockholms stads sommargårdsverksamhet	64
5.3.1	Konkurrensverkets bedömning.....	64
6	Europeiska kommissionens förslag till direktiv om tilldelning av koncessioner	66
7	Avslutande kommentarer	71

8	Referenser	74
8.1	Rättsfall	74
8.1.1	EU-domstolen	74
8.1.2	Högsta förvaltningsdomstolen	76
8.1.3	Kammarrätter	77
8.2	Offentligt tryck	77
8.2.1	Fördrag och stadgor	77
8.2.2	Förordningar	77
8.2.3	Direktiv	77
8.2.4	Nationell författning	78
8.2.5	Förarbeten	79
8.2.6	Tolkningsmeddelanden	79
8.2.7	Övrigt tryck	80
Bilaga 1		81
Bilaga 2		84

Sammanfattning

En tjänstekoncession är ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, med den skillnaden att ersättningen som den ekonomiska aktören erhåller för tjänsternas utförande består av rätten att utnyttja tjänsten alternativt dels sådan rätt, dels betalning. Rätten att utnyttja en tjänst innefattar möjligheten för den ekonomiska aktören att erhålla ersättning i form av betalning från de kunder som använder de tjänster som tillhandahålls. En tjänstekoncession kan exempelvis bestå av rätten för en ekonomisk aktör att driva en parkeringsplats och då ta betalt från de kunder som parkerar sina fordon på parkeringsplatsen.

För att en tjänstekoncession ska föreligga krävs att den ekonomiska aktören tar på sig en "betydande del" av den risk som är förknippad med utnyttjandet av tjänsten. Tjänstekoncessioner kan alltså inte föreligga om en otillräcklig del av risken överförs från den upphandlande myndigheten eller enheten till den ekonomiska aktören.

Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från upphandlingslagstiftningen och de EU-direktiv som har implementerats därigenom. Det innebär att upphandlande myndigheter och enheter inte behöver tillämpa lagen om offentlig upphandling (LOU) eller lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) när de tilldelar kontrakt avseende tjänstekoncessioner.

Trots att tjänstekoncessioner inte omfattas av upphandlingslagstiftningen är upphandlande myndigheter och enheter i EU skyldiga att iaktta de allmänna unionsrättsliga principerna när de tilldelar sådana kontrakt. Denna skyldighet innebär bland annat att myndigheten eller enheten ska lämna insyn i processen när den tilldelar tjänstekoncessioner som har ett så kallat gränsöverskridande intresse. Genom skapande av insyn i tilldelningsprocessen får potentiella leverantörer i andra medlemsstater möjlighet att delta i tilldel-

ningsförfarandet. Det säkerställer också att tilldelningsförfarandena är opartiska och objektiva. Avsaknaden av harmoniserad lagstiftning för tjänstekoncessioner medför emellertid att krav på sådan annonsering inte finns reglerad i svensk nationell lag.

Av EU-rätten framgår också att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla möjligheter för leverantörer att begära prövning av myndigheters och enheters beslut om att tilldela koncessioner. Vid tidpunkten för den här rapportens färdigställande är det emellertid oklart om den svenska nationella rätten tillhandahåller sådana möjligheter.

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige. Eftersom tjänstekoncessioner inte regleras i upphandlingslagstiftningen omfattas de heller inte av Konkurrensverkets tillsyn. Ett kontrakt som på felaktiga grunder har klassificerats som en *tjänstekoncession* kan emellertid vara ett *tjänstekontrakt*. Om så är fallet måste tilldelningen av kontraktet ske enligt reglerna i LOU eller LUF. Tjänstekontrakt som ingås utan föregående annonsering kan utgöra en otillåten direktupphandling. En sådan kontraktstilldelning kan i sin tur medföra upphandlingsskadeavgift på talan av Konkurrensverket. Mot denna bakgrund fäster Konkurrensverket särskild vikt vid utredning av tjänstekontrakt som felaktigen klassificerats som tjänstekoncessioner.

Inom ramen för Konkurrensverkets tillsynsprojekt om tjänstekoncessioner under 2011–2012 har Konkurrensverket kontaktat ett urval av upphandlande myndigheter och enheter. Konkurrensverket har bitt dessa att lämna in kopior på de kontrakt som ingåtts under åren 2008–2011 och som myndigheten eller enheten har klassificerat som tjänstekoncessioner. Konkurrensverket har därefter granskat dessa avtal. Resultaten av granskningen presenteras i denna rapport. Konkurrensverkets granskning av de mottagna kontrakten har även resulterat i ett antal tillsynsärenden genom vilka ett urval av kontrakt har blivit föremål för närmare utredning.

Summary

A service concession is a contract of the same type as a service contract, the difference being that the remuneration received by the economic operator for performance of the service consists in the right to exploit the service or such this right together with payment. Payment from customers using the services provided is one of the means to exercise the right to exploit the services. A service concession may, for instance, comprise the right for an economic operator to run a parking lot and then be paid from customers who park their vehicles in the parking lot.

In order for it to be a 'service concession', the economic operator is required to assume a significant share of the risk associated with the use of the service. In other words, it is not classed as a service concession if the contracting authority or entity transfers an insignificant proportion of the risk to the economic operator. Service concessions are expressly exempted from procurement legislation and the EU Directives implemented through this legislation. This means that contracting authorities and entities do not have to apply the Public Procurement Act (*Sw*: LOU) or the Act concerning public procurement within the areas of water, energy, transport and postal services (*Sw*: LUF) when awarding contracts for service concessions.

Although service concessions are not subject to procurement legislation, it is an obligation of the contracting authority and entity to observe the general principles of EU law when awarding such contracts. This obligation means, for example, that the authority or entity should allow access to information about the procedure when awarding service concessions involving a 'cross-border interest'. By creating access to information in the award procedure, potential suppliers in other Member States are afforded an opportunity to participate in the award procedure. This also ensures that award procedures are impartial and objective. However, the absence of harmo-

nised legislation for service concessions means that the requirement for the publication of a contract notice is not regulated by Swedish national law.

It is also prescribed by EU law that it is an obligation of the Member States to provide possibilities for suppliers to request a review of the authorities' or entities' decisions concerning the award of concessions. However, at the time of this report's completion, it is unclear whether Swedish national law offers such opportunities.

The Swedish Competition Authority is the supervisory body for public procurement in Sweden. As service concessions are not governed by procurement legislation, nor are they subject to the supervision of the Competition Authority. However, a contract that has been classified as a service *concession* on incorrect grounds may be a service *contract*. If this is the case, contracts must be awarded in accordance with the rules prescribed by LOU or LUF. Service contracts concluded without the prior publication of contract notice may constitute an illegal direct award of contracts; such an award of contracts may in its turn entail procurement fines following action being taken by the Swedish Competition Authority. In light of this, the Swedish Competition Authority attributes particular importance to the investigation of service contracts improperly classified as service concessions.

The Competition Authority has during 2011-2012 contacted a selection of contracting authorities and entities within the framework of its supervision project relating to service concessions. The Competition Authority requested that they submit copies of the contracts concluded during the period 2008 to 2011 that the authority or entity has classified as a service concession. The Competition Authority has subsequently reviewed these contracts. The findings from this review are presented in this report. The review by the Competition Authority of the contracts submitted also resulted in a number of supervisory matters arising, concerning which a selection of contracts are being investigated more closely.

1 Bakgrund och inledning

1.1 Syfte

Med denna rapport vill Konkurrensverket klargöra och exemplifiera vad som enligt Konkurrensverkets bedömning kan utgöra en otillåten direktupphandling till följd av en felaktig tillämpning av undantaget för tjänstekoncessioner. Konkurrensverket vill också med rapporten informera upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer om vad tjänstekoncessioner är, i vilka sammanhang de kan användas samt vilka krav som ställs när myndigheter och enheter tilldelar kontrakt om tjänstekoncessioner.

Upphandlande myndigheter och enheter behöver inte upphandla tjänstekoncessionskontrakt enligt förfarandena i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) respektive lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Ett kontrakt som felaktigt har klassificerats som tjänstekoncession kan emellertid utgöra ett tjänstekontrakt. Om ett sådant avtal har tilldelats genom att tillämpa undantaget för tjänstekoncessioner kan tilldelningen utgöra en otillåten direktupphandling. Ett sådant agerande från den upphandlande myndigheten eller enheten kan resultera i att Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU eller LUF.

Konkurrensverket vill med denna rapport hjälpa till att höja kunskapsnivån när det gäller tjänstekoncessioner. Konkurrensverket vill också bidra till att förbättra förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling i enlighet med upphandlingslagstiftningen och ett korrekt användande av tjänstekoncessioner i enlighet med de allmänna EU-rättsliga principerna. Dessutom hoppas Konkurrensverket kunna bidra till att förstärka upphandlande myndigheters och enheters

möjligheter att utnyttja konkurrensen för en god affär samt för en fri rörlighet på den gemensamma marknaden.

Denna rapport är en del av ett tillsynsprojekt som Konkurrensverket genomfört under 2011–2012 som rör hur undantaget för tjänstekoncessioner tillämpas. Undantaget återfinns i 1 kap. 2 § LOU respektive 1 kap. 11 § LUF.

Ett mål med projektet är att uppmärksamma upphandlande myndigheter och enheter på under vilka förutsättningar undantaget gäller. I sammanhanget är det särskilt viktigt att beskriva och belysa de problem som kan uppstå vid gränsdragningen mellan ett kontrakt som gäller ett köp av tjänst (tjänstekontrakt) och ett kontrakt som gäller en tilldelning av en tjänstekoncession (tjänstekoncessionskontrakt). Projektet syftar också till att utreda om upphandlande myndigheter och enheter använder undantaget för att medvetet eller omedvetet kringgå upphandlingslagstiftningen som rör tjänsteupphandlingar och på så sätt också kringgå de sanktioner som kan bli aktuella vid sådan en överträdelse, och i sådana fall i vilken utsträckning. Projektet syftar också till att ge en inblick i hur vanliga tjänstekoncessioner är.

1.2 Metod och avgränsningar

Genom att kartlägga hur upphandlande myndigheter och enheter tillämpar undantaget för tjänstekoncessioner vill Konkurrensverket skapa inblick i hur vanligt det är med tjänstekoncessioner. Kartläggningen har skett i tre steg.

Konkurrensverket började med att tillskriva ett urval av upphandlande myndigheter och enheter. En sammanställning över dessa återfinns i bilaga 1. Mottagarna av Konkurrensverkets skrivelse ombads att uppge om de ingått avtal som de klassificerat som tjänstekoncess-

ionskontrakt under åren 2008–2011. De ombads också att ange planerade tilldelningar av sådana kontrakt. För att kunna granska utformningen av kontrakten ombads myndigheterna även att lämna in en kopia av aktuella kontrakt till Konkurrensverket.

Urvalet av myndigheter och enheter var enligt följande:

- de 50 befolkningsmässigt största kommunerna
- de tio befolkningsmässigt största landstingen
- 21 länsstyrelser
- 16 statliga myndigheter och statliga bolag.

Konkurrensverket baserade antalet mottagare av skrivelsen i den sistnämnda kategorin och urvalet bland dem på uppgifter om vilka statliga myndigheter och bolag som tilldelat tjänstekoncessioner alternativt sannolikt skulle ha tilldelat sådana kontrakt.

Konkurrensverket har granskat samtliga mottagna kontrakt. Granskningen resulterade i att ett urval av kontrakt blev föremål för en fördjupad granskning. Den fördjupade granskningen genomfördes genom att Konkurrensverket ställde kompletterande frågor och inhämtade ytterligare underlag från den berörda upphandlande myndigheten eller enheten när det var nödvändigt för den fortsatta granskningen. Därefter bedömde Konkurrensverket om de tilldelade kontrakten utgjorde tjänstekoncessionskontrakt.

Avslutningsvis har Konkurrensverket inlett tillsynsärenden avseende ett urval av de granskade kontrakten. Dessa tillsynsärenden har gällt kontrakt där den information Konkurrensverket tagit emot har gett anledning att ytterligare utreda om kontrakten felaktigt klassificerats som tjänstekoncession. Tillsynsärenden har öppnats i enlighet med Konkurrensverkets policy för prioritering av konkurrens- och

upphandlingsfrågor. Konkurrensverket tar därmed hänsyn till hur allvarligt problemet eller företeelsen är, behovet av vägledande avgörande samt om någon annan myndighet eller aktör är bättre lämpad att agera i frågan eller om den bättre tas om hand med hjälp av annat regelverk. Konkurrensverkets policy finns tillgänglig på www.konkurrensverket.se.

1.3 Disposition

Kapitel 2 ger en översiktlig beskrivning av upphandlingslagstiftningen.

Kapitel 3 beskriver rättsläget avseende tjänstekoncessioner. I denna del fästs särskild vikt vid de omständigheter som är relevanta vid gränsdragningen mellan tjänstekoncessioner och tjänstekontrakt. Kapitlet ger flera exempel på kontraktsförhållanden som kan utgöra tjänstekoncessioner. Dessa är av allmän karaktär och syftar till att underlätta läsningen.

Kapitel 4 presenterar Konkurrensverkets slutsatser mot bakgrund av de kontrakt som upphandlande myndigheter och enheter har lämnat in inom ramen för tillsynsprojektet. I denna del betonas Konkurrensverkets slutsatser när det gäller:

1. förekomsten av tjänstekoncessioner jämte
2. slutsatser avseende användandet av undantaget för avtalsformen.

Kapitel 5 innehåller en redogörelse för de tillsynsbeslut som Konkurrensverkets kartläggning resulterat i. I kapitlet återfinns även en redogörelse över Konkurrensverkets tidigare tillsynsbeslut i vilka förekomsten av tjänstekoncessioner har konstaterats.

Kapitel 6 redovisar Konkurrensverkets avslutande kommentarer.

I syfte att underlätta läsningen används begreppet "upphandlande myndighet" för att beteckna såväl upphandlande myndigheter som upphandlande enheter.

2 Upphandlingslagstiftningen

Det här kapitlet ger en översiktlig beskrivning av den svenska upphandlingslagstiftningen. Kapitlet tar bland annat upp hur kontraktsvärden beräknas. Dessa värden avgör vilka regler som ska tillämpas vid en upphandling. Kapitlet tar också upp annonsering och upphandling över tröskelvärdena.

För ytterligare information om upphandlingslagstiftningen, se Konkurrensverkets skrift *Upphandlingsreglerna – en introduktion* (februari 2011). Skriften kan beställas från Konkurrensverket eller laddas ner från Konkurrensverkets hemsida: www.konkurrensverket.se.

2.1 Allmänt om den svenska upphandlingslagstiftningen

När kommuner, statliga myndigheter och vissa företag vidtar åtgärder för att ingå avtal med leverantörer om köp av varor, tjänster eller byggentreprenader ska de genomföra en offentlig upphandling. Begreppet offentlig upphandling används i LOU medan förfarandet endast kallas "upphandling" i LUF. I rapporten används fortsättningsvis begreppet offentlig upphandling för att beteckna upphandling enligt såväl LOU som LUF. Offentlig upphandling regleras av LOU. Upphandling inom de så kallade försörjningssektorerna regleras av LUF. De upphandlare som omfattas av skyldigheten att upphandla enligt LOU och LUF kallas upphandlande myndigheter respektive upphandlande enheter.

Nuvarande LOU och LUF trädde i kraft den 1 januari 2008. Därigenom upphörde den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU). Enligt övergångsbestämmelserna till LOU och LUF ska ÄLOU tillämpas vid upphandlingar som påbörjats före den 1 januari

2008.¹ En upphandling anses i detta avseende vara påbörjad när den upphandlande myndigheten har beslutat om vilket upphandlingsförfarande som myndigheten ska använda, eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.²

De svenska upphandlingsreglerna grundar sig på tre EU-direktiv avseende förfaranden³ och två direktiv avseende rättsmedel⁴. Genom dessa direktiv har Europeiska unionen infört gemensamma bestämmelser om upphandlingar som genomförs inom den inre marknaden. Syftet med den gemensamma regleringen är att främja fri rörlighet av varor, tjänster och byggentreprenader samt att dessa områden öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i samtliga medlemsstater. De två EU-direktiven avseende upphandling i den klassiska sektorn respektive i försörjningssektorerna har implementerats i svensk nationell rätt genom LOU och LUF. Dessa två lagar ska därför tolkas och tillämpas enligt direktivens syften, EU-domstolens praxis och de allmänna unionsrättsliga principerna som följer av EUF-fördraget. Dessa principer inkluderar förbud mot dis-

¹ Se ikraftträdande och övergångsbestämmelser i LOU respektive LUF.

² Prop. 2006/07:128 s 447.

³ 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),

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet) samt

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet.

⁴ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentliga upphandlingar av varor och bygg- och anläggningsarbeten och

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

kriminering på grund av nationalitet (artikel 18), etableringsfrihet (artikel 49) och fri rörlighet av tjänster (artikel 56).

Vid all upphandling ska upphandlande myndigheter tillämpa de allmänna EU-rättsliga principerna.⁵ Dessa principer innebär bland annat att de upphandlande myndigheterna ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. De upphandlande myndigheterna ska också genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Myndigheterna ska dessutom ta hänsyn till principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.⁶

Olika regler gäller emellertid för upphandlingar vars värde överstiger respektive understiger vissa bestämda tröskelvärden. För upphandlingar vars värde understiger tröskelvärdena och för så kallade B-tjänster⁷ gäller endast 15–16 kap. i LOU respektive LUF. Sådana upphandlingar omfattas inte av EU:s upphandlingsdirektiv, men däremot av de allmänna unionsrättsliga principerna.

Europeiska kommissionen fastställer tröskelvärdena vartannat år genom en förordning. För svenskt vidkommande återfinns tröskelvärden som gäller från och med 1 januari 2012 i tillkännagivande (2011:1037) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁵ Se 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF.

⁶ I 1 kap. 4 § i ÄLOU anges bl.a. att upphandlingar ska genomföras affärsmässigt samt att anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Begreppet affärsmässighet i ÄLOU utmönstrades i och med att LOU och LUF trädde i kraft. Bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF anses inte innebära någon förändring av rättsläget vad gäller vilka rättsprinciper som ska iakttas vid en upphandling, se Prop. 2006/07:128 s. 156 f.

⁷ Till B-tjänster räknas tjänster vilka normalt lämpar sig mindre väl för gränsöverskridande handel, bl.a. hotell- och restaurangtjänster, säkerhets- och bevakningstjänster och utbildning. Se vidare 1 kap. 2 § LOU respektive LUF samt bilaga 3 till nämnda lagar.

2.2 Beräkning av kontraktsvärden

För att kunna avgöra vilka regler som ska tillämpas vid en upphandling måste den upphandlande myndigheten beräkna värdet av kontraktet. Värdet ska uppskattas till det totala belopp som betalas ut enligt det kontrakt som följer av upphandlingen. Den upphandlande myndigheten ska beräkna värdet när annonsen om upphandlingen skickas eller när leverantörer bjuds in till anbudsgivning. Vid beräkningen av kontraktsvärdet ska den upphandlande myndigheten beakta samtliga options- och förlängningsklausuler som om de faktiskt utnyttjas.⁸ Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid, ska beräknas med ledning av vad som har upphandlats det senaste kalender- eller räkenskapsåret eller beräknas komma att inhandlas under det kommande kalender- eller räkenskapsåret.⁹ En upphandlande myndighet får alltså inte dela upp ett kontrakt i flera delar i syfte att på så sätt kringgå bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen.

2.3 Annonsering

Huvudregeln vid offentlig upphandling är att alla upphandlingar ska föregås av annonsering. En annonsering av kontrakt skapar insyn i myndighetens upphandlingsförfarande och ger potentiella anbudsgivare möjlighet att lämna anbud. Ett sådant offentliggörande utgör därmed en väsentlig del i förverkligandet av den inre marknaden. Upphandlingar över tröskelvärdena ska normalt annonseras i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) genom databasen Tenders Electronic Daily (TED). På så sätt får alla tänkbara leverantörer i samtliga medlemsstater, oavsett nationalitet, information om kommande kontrakt.

⁸ Se 3 kap. LOU och LUF.

⁹ Se 3 kap. 10 § LOU och 3 kap. 9 § LUF.

Upphandlingar under tröskelvärdena ska annonseras i en nationell elektronisk databas eller på annat sätt som möjliggör en effektiv konkurrens. En upphandlande myndighet får bara i vissa angivna undantagsfall tilldela ett upphandlingskontrakt utan föregående annonsering.

2.4 Upphandlingar över tröskelvärdena

För upphandlingar över tröskelvärdena kan den upphandlande myndigheten välja mellan att använda ett öppet eller ett selektivt förfarande. Under vissa särskilt angivna förutsättningar får den upphandlande myndigheten använda ett förhandlat förfarande. I särskilt komplicerade upphandlingar kan det finnas möjlighet att använda en så kallad konkurrenspräglad dialog. Nedan följer kortfattade beskrivningar av dessa förfaranden.

Vid ett *öppet förfarande* får alla leverantörer som önskar lämna anbud. Den upphandlande myndigheten annonserar upphandlingen i EUT och intresserade leverantörer begär ut förfrågningsunderlaget som de sedan kan lämna anbud utifrån. Några förhandlingar mellan den upphandlande myndigheten och leverantörerna sker inte.

Vid ett *selektivt förfarande* bjuder den upphandlande myndigheten in leverantörer genom en annons som anger aktuella krav som leverantörerna måste uppfylla. Leverantörerna får sedan ansöka om att få lämna anbud och styrker därigenom sin förmåga i olika avseenden genom intyg. Den upphandlande myndigheten väljer därefter ut så många leverantörer som angetts i annonsen bland de som uppfyllt de ställda kraven. Myndigheten skickar sedan samtidigt ut förfrågningsunderlaget till dessa leverantörer. Inga andra anbud får prövas av den upphandlande myndigheten än från de leverantörer som inbjudits. Några förhandlingar med leverantörerna får inte förekomma.

Ett *förhandlat förfarande* innebär att den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten kan sedan förhandla med en eller flera av de inbjudna leverantörerna. I några begränsade fall får förhandlat förfarande ske utan föregående annonsering.

Vidare får en upphandlande myndighet använda sig av *konkurrenspräglad dialog* om det är fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt och om ett öppet eller ett selektivt förfarande inte lämpar sig för att tilldela kontraktet. En upphandlande myndighet får använda sig av förfarandet när det är omöjligt att utforma någon exakt specifikation, och även i de fall där det inte går att utforma specifikationer som gör det möjligt att värdera alla lösningar som marknaden kan erbjuda.

3 Tjänstekoncessioner

Tjänstekoncessioner omfattas inte av upphandlingslagstiftningen. Det gör att proceduren för tilldelning av sådana kontrakt skiljer sig från upphandlande myndigheters inköp av varor, tjänster och byggtreprenader. Nedan följer en beskrivning av tjänstekoncessioner, vilka krav som ställs på upphandlande myndigheter när de ingår sådana avtal samt andra frågor som aktualiseras av kontraktsformen.

3.1 Tjänstekoncessioner är undantagna från upphandlingslagstiftningen

Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från upphandlingsdirektivens tillämpningsområde¹⁰ och därmed också undantagna från LOU och LUF.¹¹ Upphandlande myndigheter är alltså inte skyldiga att tillämpa de förfarande- och annonseringsregler som beskrivs i avsnitt 2.3–2.4 när de vidtar åtgärder för att tilldela ett tjänstekoncessionskontrakt. Upphandlande myndigheter bör därför i varje enskilt fall noga kontrollera att samtliga förutsättningar är uppfyllda för att ett avtal utgör en tjänstekoncession. Endast om så är fallet kan kontraktet tilldelas utan tillämpning av upphandlingslagstiftningen. Om villkoren för tjänstekoncession inte är uppfyllda kan avtalet i fråga mycket väl utgöra ett upphandlingspliktigt tjänstekontrakt eller ramavtal.

¹⁰ Se artikel 17 i direktiv 2004/18/EG (det klassiska direktivet) respektive artikel 18 i direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet).

¹¹ Se 1 kap. 2 § första och femte stycket och 1 kap. 12 § LOU respektive 1 kap. 2 och 11 §§ LUF.

3.2 När föreligger en tjänstekoncession?

Om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession eller ett tjänstekontrakt avgör vilka regler som den upphandlande myndigheten måste följa vid ingående av kontrakt samt vilka konsekvenser som kan uppstå vid brott mot dessa regler. Nedan följer därför en närmare genomgång av förutsättningarna för att ett kontrakt ska utgöra en tjänstekoncession.

Det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller likalydande definitioner av tjänstekoncessioner:¹²

tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels sådan rätt, dels betalning.

Direktivens definition av tjänstekoncessioner har implementerats i svensk nationell rätt genom två likalydande paragrafer i LOU och LUF. I dessa föreskrivs följande:¹³

Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

Direktivens definition av tjänstekoncession innehåller inte någon hänvisning till nationella rättsordningar när det gäller att bestämma definitionens betydelse och räckvidd. Därför ska den närmare innebörden av begreppet bestämmas uteslutande enligt EU-rätten.¹⁴ Samma sak gäller prövningen om ett visst kontrakt utgör en tjänstekoncession. Bedömningen om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession

¹² Artikel 1.4 i det klassiska direktivet respektive artikel 1.3 b i försörjningsdirektivet.

¹³ 2 kap. 17 § LOU respektive 2 kap. 18 § LUF. De olika formuleringarna i direktiven respektive i de svenska upphandlingslagarna torde endast vara av språklig betydelse.

¹⁴ Mål C-264/03 *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 36, Mål C-220/05 *Jean Auroux*, punkt 40, Mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, punkterna 30 och 31 samt Mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland*, punkterna 53 och 54.

sker alltså med beaktande av det flertalet avgöranden från EU-domstolen som behandlar frågan. I dessa avgöranden har EU-domstolen tolkat innebörden av direktivens definitioner av begreppet tjänstekoncession. Sådan tolkning möjliggör kvalificering av ett kontrakt som tjänstekoncession.¹⁵

3.2.1 Ersättningsformer vid tjänstekoncessioner

Vid en jämförelse mellan *tjänstekoncessionskontrakt* och *tjänstekontrakt* framgår att skillnaden mellan de två kontraktstyper återfinns i ersättningen som leverantören får för tjänstens utförande. Av definitionerna i det föregående avsnittet följer att en tjänstekoncession är ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, men där ersättningen för tjänsternas utförande helt eller delvis utgörs av *rätten att utnyttja tjänsten*. Tjänstekontrakt kan bland annat innefatta ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till leverantören. Ersättningen till den ekonomiska aktören vid ett tjänstekoncessionskontrakt, *å andra sidan*, består i rätten att utnyttja tjänsten alternativt sådan rätt i kombination med betalning från myndigheten.¹⁶

Det följer av EU-domstolens praxis¹⁷ att den ekonomiska aktörens rätt att *utnyttja tjänsten* innefattar möjligheten för aktören att få ersättning genom att de som använder den aktuella tjänsten betalar för den.

Exempel 1:

En kommun uppdrar åt ett privat aktiebolag att driva en parkeringsplats i kommunen. Bolaget får inte betalt av kommunen för att driva verksamheten, men har rätt att behålla de parkeringsavgifter som parkeringsplatsens kunder betalar.

¹⁵ Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 32.

¹⁶ Se Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 51 och däri angiven rättspraxis.

¹⁷ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkterna 50-51, 53 och 54 samt i punkt 54 angiven rättspraxis.

Att en leverantör inte får ersättning från den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta betalt av brukare av tjänsterna, är ett sätt som utnyttjandet av tjänsten kan ta uttryck.¹⁸

Ytterligare förståelse för innebörden av begreppet tjänstekoncession kan erhållas vid en jämförelse mellan denna kontraktsform och ramavtal. I *Oymanns*-domen¹⁹ konstaterade EU-domstolen att den rätt att utnyttja tjänsten som den ekonomiska aktören får vid tjänstekoncessioner innebär att aktören också har viss ekonomisk frihet att bestämma villkoren för hur denna rätt utnyttjas. Tjänstekoncessioner skiljer sig därmed från ramavtal, eftersom den senare avtalsformen kännetecknas av att verksamheten som den ekonomiska aktören bedriver gentemot den upphandlande myndigheten är reglerad och alla kontrakt som ingås mellan aktören och den upphandlande myndigheten måste följa ramavtalets villkor. Aktören har alltså *inte* möjligheten att själv bestämma på samma sätt som vid tjänstekoncessioner.

3.2.2 Allmänt om verksamhetsrisken

Ersättningsformen ovan (exempel 1) utgör ett exempel på hur ersättningen till den ekonomiska aktören kan bestå av rätten att utnyttja en tjänst, i det här fallet driften av en parkeringsplats. Det sätt som den ekonomiska aktören får ersättningen på är emellertid inte avgörande vid kvalificering av ett kontrakt som tjänstekoncession. Det följer av EU-domstolens praxis att den ekonomiska aktören *måste* ta på sig den verksamhetsrisk som är förenad med att utnyttja de aktuella tjänsterna för att en tjänstekoncession ska föreligga. En tjänstekoncession förutsätter alltså att verksamhetsrisken går över från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören.

¹⁸ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 42 och Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 57.

¹⁹ Mål C-300/07 *Oymanns*, punkt 71.

Tilldelning av kontrakt som innebär att den upphandlande myndigheten fortsätter att bära hela risken för verksamheten utgör inte tjänstekoncessioner. Avtal under sådana omständigheter är inte undantagna från upphandlingslagstiftningen och måste alltså ske med iakttagande av bestämmelserna i LOU/LUF. Vid fastställande om en tjänstekoncession föreligger krävs således en kontroll av om verksamhetsrisken vilar på den ekonomiska aktören.²⁰

I nästa avsnitt ges en noggrannare beskrivning av vad kravet på övergången av verksamhetsrisken innebär.

3.2.3 En "betydande del" av risken måste gå över till den ekonomiska aktören

Det följer av EU-domstolens praxis att överföring av risken för verksamheten från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören är "oupplösligt förbunden"²¹ med utnyttjandet av tjänsten. Rätt att utnyttja tjänsten förutsätter alltså att den ekonomiska aktören tar på sig den risk som är förenad med tjänsternas utnyttjande.²²

EU-domstolen påtalade i sitt avgörande i *Eurawasser*-målet²³ att tjänstekoncessioner *inte* förutsätter att *hela* verksamhetsrisken förs över från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören. För att det ska vara fråga om en tjänstekoncession är det tillräckligt att den upphandlande myndigheten överför "hela eller åtminstone en betydande del"²⁴ av den risk som är förenad med utnyttjandet av

²⁰ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 67, Mål C-274/09 *Stadler*, punkterna 26 och 29 samt Mål C-348/10 *Norma*, punkterna 44 och 45.

²¹ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66.

²² 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.

²³ Mål C-206/08 *Eurawasser*.

²⁴ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 77.

den aktuella tjänsten. Om en "betydande del" av verksamhetsrisken har förts över till den ekonomiska aktören är därför av avgörande betydelse vid konstaterande om en tjänstekoncession föreligger. Det är bara om så är fallet som det kan handla om en tjänstekoncession.

Någon närmare precisering av begreppet "betydande" återfinns inte i EU-domstolens rättspraxis. Det innebär bland annat att det inte finns någon bestämd procentsats av den aktuella risken som måste övergå från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören för att en tjänstekoncession ska föreligga. Rättsläget avseende ramarna för begreppet "betydande" får därmed uppfattas som oklart.

När en myndighet ska göra en bedömning om en betydande del av risken har övergått till den ekonomiska aktören bör myndigheten göra en helhetsbedömning över vad risken med verksamheten består i (se avsnitt 3.2.4). Först därefter kan det avgöras om en "betydande del" av denna sammanlagda risk ankommer på den ekonomiska aktören. Av EU-domstolens praxis följer att den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsterna, och som överförs till den ekonomiska aktören, inte måste vara betydande i sig. Risken som föreligger för verksamheten kan istället vara begränsad i sin omfattning *så länge* en betydande del av risken överförs.

Vid granskning av ett kontrakt i syfte att fastställa om det utgör en tjänstekoncession är alltså andelen av verksamhetsrisk som överförs på den ekonomiska aktören avgörande, inte omfattningen av den faktiskt föreliggande risken. Om ingen eller en otillräcklig del av denna risk överförs föreligger alltså ingen tjänstekoncession, utan istället ett tjänstekontrakt.²⁵

²⁵ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkterna 68, 70-71 och 74-76 samt i punkt 68 angiven rättspraxis.

Exempel 2:

Det privata aktiebolaget som driver parkeringsplatsen får sin ersättning dels från kunderna som nyttjar parkeringsplatsen, dels från kommunen. Vid en samlad bedömning konstateras att en "betydande del" av verksamhetsrisken vilar på bolaget.

Exemplet ovan utgör en tjänstekoncession. Den omständighet att ersättningen är indirekt (betalas av brukare av tjänsten) medför dock inte per automatik att det rör sig om en tjänstekoncession.²⁶ Den upphandlande myndigheten måste fortfarande kontrollera att tillräckligt stor andel av risken övergår till aktören. Indirekt ersättning får dock betydelse för kvalificeringen av ett kontrakt som tjänstekoncession, eftersom det under sådana omständigheter räcker att den del av verksamhetsrisken som den upphandlande myndigheten för över till leverantören är "mycket begränsad".²⁷

Exempel 3:

Det privata bolaget som driver parkeringsplatsen får sin inkomst uteslutande från kundernas parkeringsavgifter (indirekt ersättning). Eftersom det under sådana omständigheter räcker att risken som överförs från den upphandlande myndigheten till bolaget är mycket begränsad utgör avtalet en tjänstekoncession, trots att kommunen garanterar vissa kundvolymer avseende parkering av kommunens egna fordon.

För att en myndighet ska kunna upplåta verksamheten i exemplet ovan genom tjänstekoncession bör myndigheten först göra en sammanställning av de risker som det innebär att vara verksam på marknaden och bedriva sådan verksamhet. Först därefter kan myn-

²⁶ Konkurrensverket påpekar dock att generaladvokat Mazák verkar förspråka att ersättning uteslutande från tredje man (indirekt ersättning) ska anses tillräckligt för att en tjänstekoncession ska föreligga, se särskilt punkterna 26–30 i nämnda förslag till avgörande. Motsvarande slutsats återfinns inte i EU-domstolens dom i målet, se särskilt punkt 33.

²⁷ Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33.

digheten avgöra om övergången av risk tillfredsställer kraven. Mot bakgrund av EU-domstolens dom i *Stadler*²⁸ kan det antas att den som driver en parkeringsplats exempelvis utsätts för flera av de risker som omnämns i domen (se punkt 3.2.4 nedan), däribland risken för konkurrens från andra aktörer, risken för bristande efterfrågan samt risken för att intäkterna inte ska täcka verksamhetens samtliga kostnader.

För att avgöra detta måste alltså den upphandlande myndigheten särskilt ta hänsyn till eventuella riskreducerande åtgärder från myndighetens sida. Efter att ha konstaterat vad verksamhetsrisken består av kan myndigheten avgöra om en ”betydande del” av den sammanlagda risken går över till den ekonomiska aktören. Tjänstekoncessioner föreligger endast om det vid en samlad bedömning kan konstateras att en ”betydande del” av risken övergår till bolaget.²⁹

Betalning från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören utgör en av de ersättningsformer som kan aktualiseras vid tjänstekoncessioner. Frågor rörande sådan överföring av medel från en upphandlande myndighet till en ekonomisk aktör kan få särskild betydelse för övergången av verksamhetsrisken. I denna del kan olika former för myndighetens erläggande av betalning få betydelse för bedömningen om en tjänstekoncession föreligger. Betalning från myndigheten som utgår oavsett om den ekonomiska aktören säljer några tjänster till brukare eller inte reducerar den risk som aktören är utsatt för. Sådan ersättning minskar riskerna för att verksamhetens intäkter inte ska täcka samtliga kostnader.³⁰ Om ersättningen från myndigheten bara utgår när tjänsten faktiskt levereras får en sådan ersättning inte samma riskreducerande betydelse.

²⁸ Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37.

²⁹ Jfr Kammarrättens i Göteborg dom av den 23 maj 2011 i mål nr 6515-10.

³⁰ Jfr Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37.

I sammanhanget kan nämnas Kammarrättens i Göteborg dom³¹ rörande Uddevalla kommuns överföring av renhållningsverksamhet (insamling och transport av hushållsavfall) till ett kommunalt bolag. Kammarrätten konstaterar att den risk som är förknippad med att utöva de aktuella tjänsterna var risken för konkurrens från andra aktörer samt risken för insolvens hos de betalningsskyldiga (köparna av sophämtningstjänsterna). Domstolen konstaterar därefter att den ekonomiska aktören erhöll ersättning uteslutande från användarna av de aktuella tjänsterna. Med hänvisning till EU-domstolens dom i *Stadler* konstaterade domstolen också att all risk som var förknippad med tjänstens utförande vilade på aktören, även om denna risk är mycket begränsad. Mot bakgrund därav ansåg domstolen att kommunens överföring av renhållningstjänster till bolaget var en tjänstekoncession.

3.2.4 Vad menas med "risken"?

I sin dom i *Stadler*³² konkretiserade EU-domstolen vad som avses med begreppet "risk" i tjänstekoncessionssammanhang. Domstolen konstaterade att risken som är förknippad med utnyttjandet av tjänsten innebär en risk för att vara utsatt för "marknadens nycker"³³. Sådan risk kan exempelvis ta sig uttryck i:

- risk för att utsättas för konkurrens från andra aktörer
- risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan
- risk för insolvens hos verksamhetens kunder som är betalningsskyldiga (kundförluster)

³¹ Dom av den 23 maj 2011 i mål nr 6515-10. Se särskilt sidan 11 f.

³² C-274/09 *Stadler*, punkt 37.

³³ Mål C-234/03 *Contse*, punkt 22, Mål C-300/07 *Oymanns*, punkt 74 samt Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37.

- risk för att inkomsterna i verksamheten inte ska täcka samtliga kostnader *eller*
- risk för att behöva bära ansvaret för skador som uppkommer till följd av verksamheten.

Mot bakgrund av denna icke uttömmande uppräkningskonstaterar Konkurrensverket att kontraktsvillkor mellan upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer mycket väl kan innehålla riskreducerande inslag. Risker som bärs av den ekonomiska aktören kan exempelvis reduceras genom åtaganden från den upphandlande myndigheten om att täcka eventuella förluster som uppkommer i aktörens verksamhet. Risker kan också reduceras genom att myndigheten låter aktören använda lokaler eller annan egendom för ett reducerat pris eller att den upphandlande myndigheten garanterar vissa försäljningsvolym. Konsekvensen av sådana omständigheter kan bli att en betydande del av risken inte förs över till den ekonomiska aktören, varför någon tjänstekoncession inte föreligger.³⁴

Avtal mellan upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer kan också innehålla riskhöjande inslag. I de fall de förekommer får den upphandlande myndigheten även ta hänsyn till dem för att bedöma om kontraktet är en tjänstekoncession. Ett exempel kan vara om den upphandlande myndigheten anger ett takpris för aktörens försäljning av tjänster till tredje man. En sådan omständighet kan innebära en begränsning i aktörens ekonomiska frihet och kan öka risken för att inkomsterna i verksamheten inte kommer att täcka dess kostnader.

³⁴ Jfr Mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, punkt 36. För ett liknande resonemang avseende betydelsen av att den ekonomiska aktören hyr lokaler, se Kammarrättens i Göteborg dom av den 4 januari 2011 i mål nr 6797-10. Högsta förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd i målet, se avsnitt 3.6.1.

Exempel 4:

Kommunen som ger ett privat bolag i uppdrag att driva en parkeringsplats garanterar en viss kundvolym i form av köp av parkeringsutrymme för kommunens egna fordon. Därutöver föreskrivs i avtalet att bolaget endast får ta ut ett visst pris i parkeringsavgift.

En ekonomisk aktör som har tilldelats en tjänstekoncession får emellertid anses vara exponerad för vissa typer av risker som generellt sett även åvilar en leverantör vid tjänstekontrakt. Det kan exempelvis handla om risker som är förknippade med bristfällig företagsledning, felaktiga bedömningar från den ekonomiska aktörens sida vid utförandet av verksamheten eller en förändring av förutsättningarna för verksamhetens utförande till följd av ändrad lagstiftning under avtalsperioden. Risker av den typen, som alltså återfinns *både* vid tjänstekoncessioner och vid tjänstekontrakt, ska *inte* läggas till grund för bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession.³⁵

3.2.5 Särskilt om den ekonomiska aktörens användande av lokaler

Frågor kring tjänstekoncessioner kan ofta aktualisera andra avtalsfrågor som rör områden där det inte finns någon upphandlingsskyldighet. Dessa andra avtalsfrågor kan i sin tur påverka bedömningen av vilken risk aktören utsätts för.

I exemplen ovan med parkeringsplatsen kan exempelvis bolaget i fråga få rätt att utnyttja den kommunala marken som parkeringsplatsen är belägen på utan att behöva betala någon hyra. Som ytterligare exempel kan nämnas en upphandlande myndighet som uppdrar åt en ekonomisk aktör att driva en kaféverksamhet vid en sim-

³⁵ C-274/09 *Stadler*, punkt 38 samt Mål C-348/10 *Norma*, punkt 49.

hall utan att ta betalt för hyra av lokalen. I dessa exempel utgör nyttjanderätt till parkeringsplatsen respektive kiosklokalen förutsättningar för att kunna utföra verksamheterna.

Om den ekonomiska aktören får hyra mark eller lokaler gratis inverkar det i regel på den risk som aktören i fråga exponeras för, eftersom detta medför att risken för att intäkterna inte ska täcka utgifterna därmed minskar jämfört med om aktören skulle behöva betala en marknadsmässig hyra för marken eller lokalen. En sådan upplåtelse av exempelvis mark eller lokaler kan därför få betydelse vid riskbedömningen. Om utarrendering av mark eller uthyrning av lokal sker mot ersättning i form av marknadshyra torde sådant villkor i avtalet mellan den upphandlande myndigheten och bolaget i fråga inte ha någon riskreducerande effekt. Att erlægga marknadsmässig hyra torde istället vara en bidragande faktor till att den ekonomiska aktören i fråga är utsatt för "marknadens nycker".

Vad gäller hyror för lokaler har kammarrätten i Göteborg³⁶ konstaterat att om hyran är omsättningsbaserad, och alltså blir lägre om omsättningen sjunker, så minskar risken som den ekonomiska aktören är utsatt för. Omsättningsbaserad hyra får emellertid uppfattas som förhållandevis vanligt vid uthyrning av kommersiella lokaler. Frågan kan därför väckas om sådan hyra inte istället medför att den ekonomiska aktören därigenom blir utsatt för "marknadens nycker". Kammarrätten har inte gjort något uttalande i denna fråga.

³⁶ Dom av den 26 maj 2011 i mål mellan Valfärden- kök & kaffe AB och Malmö högskola (Mål nr 6797-10). Det bör noteras att Högsta förvaltningsdomstolen meddelat prövningstillstånd i målet (se vidare under avsnitt 3.5.1), varför kammarrättens dom inte vunnit laga kraft.

3.2.6 Det svenska valfrihetssystemet

Grundprinciperna i ett valfrihetssystem är att den upphandlande myndigheten godkänner och tecknar kontrakt på förhand med flera leverantörer som tillhandahåller de tjänster som valfrihetssystemet avser. Därefter väljer den enskilda brukaren vilken leverantör som ska utföra de aktuella tjänsterna. De kontrakt som den upphandlande myndigheten ingår med leverantören innehåller ekonomiska villkor för tjänstens tillhandahållande.

Ersättningen för de tjänster som den ekonomiska aktören i ett valfrihetssystem utför i enlighet med brukarens val kommer från den upphandlande myndigheten och betalas ut i enlighet med villkoren i det ingångna avtalet. Ett valfrihetssystem innehåller inga garantier från myndigheten till leverantörerna om att ett visst antal brukare kommer att välja just den leverantören för att tillhandahålla aktuella tjänster. Leverantören är alltså beroende av att brukarna väljer dennes tjänster.

Vid tillfället för denna rapports färdigställande (maj 2012) har valfrihetssystem införts enligt lagen om valfrihetssystem (LOV) som omfattar tjänster inom sjukvård och socialtjänster, för etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare för samt avseende jobbcoacher hos Arbetsförmedlingen.³⁷ De två sistnämnda valfrihetssystemen har införts enligt LOV.

Gemensamt för alla valfrihetssystem är att det huvudsakligen är den upphandlande myndigheten som direkt betalar den ekonomiska aktören som tillhandahåller aktuella tjänster och betalningen bara till en mycket liten andel kommer från respektive brukare. Betalningsmodellen medför att fråga uppkommer om en sådan modell utgör en tjänstekoncession, eller närmare bestämt, om en tjänstekoncession

³⁷ Se lagen (2008:962) om valfrihetssystem, lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare samt lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen.

förutsätter att brukaren själv betalar den ekonomiska aktören. Nedan redogörs därför kortfattat för lagstiftarens inställning i frågan.³⁸

Av förarbetena framgår att systemet med valfrihetssystem utgör tjänstekoncession. Till grund för sådan bedömning läggs att definitionen av tjänstekoncessioner inte kräver att någon del av ersättningen som leverantören erhåller kommer direkt från den enskilda brukaren. Lagstiftaren är istället av uppfattningen att "rätten att utnyttja tjänsten" visserligen kan innebära en rätt för den ekonomiska aktören att ta betalt från brukaren, men att en sådan rätt även kan innebära en rätt att exploatera tjänsten gentemot brukare på andra sätt.³⁹ Lagstiftaren menar därmed att den ekonomiska aktören kan stå för en betydande del av risken som är förknippad med utnyttjandet av tjänsten, trots att all betalning härstammar från myndigheten i fråga. Till grund för denna slutsats har bland annat angetts att valfrihetssystemet innebär att leverantören bär risken för att brukare inte väljer leverantören som utförare av de aktuella tjänsterna utan istället går till en annan leverantör som myndigheten har avtal med inom ramen för valfrihetssystemet. Leverantören står således en betydande del av den risk som är förknippad med att utnyttja tjänsterna och detta risktagande påverkas inte av om ersättningen för tjänsternas utförande helt eller delvis kommer direkt från brukaren i fråga eller uteslutande från myndigheten.

³⁸ Redogörelsen utgör en sammanfattning av prop. 2008/09:29 s 55-57, prop. 2009/10:60 s 80-81, 84-88 och 212 samt prop. 2009/10:146 s 7-9 och 16-18 och 33-34. För ytterligare information om LOV och valfrihetssystemet hänvisas till Konkurrensverkets skrift *Lagen om valfrihetssystem – en introduktion* (april 2012).

³⁹ Prop. 2009/10:146 s 17.

3.3 Kan man ändra i ingångna tjänstekoncessionskontrakt?

Efter att en upphandlande myndighet har tilldelat en tjänstekoncession kan det av olika anledningar uppstå önskemål att genomföra ändringar i det ingångna kontraktet om tjänstekoncession. Sådana önskemål kan exempelvis gälla omfattningen eller platsen för tjänstens utförande. Möjligheterna att göra ändringar i ett ingånget kontrakt är dock begränsade. Reglerna för vad som anses utgöra otillåtna ändringar av ett ingånget tjänstekoncessionskontrakt är desamma som gäller för otillåtna ändringar i ingångna tjänstekontrakt.⁴⁰

Ändringar i ingångna tjänstekoncessionskontrakt är *inte* tillåtna om de innebär "betydande ändringar" i kontraktets "väsentliga bestämmelser". Ändringar av det slaget anses vara så pass ingripande att deras genomförande skulle innebära en ny tjänstekoncessionstilldelning.⁴¹ En sådan tilldelning måste ske med beaktande av de allmänna unionsrättsliga principerna (se vidare under avsnitt 3.4).

En ändring av ingånget tjänstekoncessionskontrakt anses vara "betydande" om den innebär att det tas in villkor i kontraktet som skulle ha gjort det möjligt för den upphandlande myndigheten att:⁴²

1. godkänna andra anbudsgivare än den som ursprungligen godkändes, eller
2. tilldela tjänstekoncessionskontraktet till en annan leverantör än den som fick det *om* villkoret i fråga hade varit med i det ursprungliga tilldelningsförfarandet.

⁴⁰ Se Mål C-91/08 *Wall*, punkt 37 samt hänvisning till däri angiven rättspraxis.

⁴¹ Mål C-91/08 *Wall*, punkt 37. Se vidare Mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*, punkterna 44 och 46 samt Mål C-454/06 *Presstext*, punkt 34.

⁴² Mål C-91/08 *Wall*, punkt 38. Se även Mål C-454/06 *Presstext*, punkt 35.

Förutsättningarna för att konstatera om ändringarna på detta sätt är "betydande" skiljer sig åt mellan olika tjänstekoncessionskontrakt. Därför måste myndigheten göra en bedömning i det enskilda fallet för att kunna fastställa vad som är tillåtna ändringar. Som exempel kan nämnas den tidigare beskrivna driften av en parkeringsplats som upplåts av en kommun till ett bolag genom tjänstekoncession:

Exempel 5:

Eftersom merparten av den mark som parkeringsplatsen ligger på ska användas till andra kommunala ändamål vill kommunen minska antalet parkeringsplatser drastiskt. Den minskning av verksamhetens omfattning som en sådan förändring innebär skulle kunna resultera i att även mindre bolag har tillräcklig kapacitet när det gäller exempelvis personal och startkapital för att vara med och tävla om koncessionen. Om dessa nya omständigheter hade gällt från början hade ett annat, mindre, bolag tilldelats tjänstekoncessionen.

Omständigheterna i exemplet utgör en "betydande ändring" i kontraktets "väsentliga bestämmelser". Den upphandlande myndigheten får inte genomföra sådana förändringar i avtalet utan måste istället säga upp det innevarande tjänstekoncessionskontraktet, i enlighet med kontraktets eventuella villkor, för att därefter tilldela en ny koncession.

Genom att tilldela ett nytt tjänstekoncessionskontrakt istället för att genomföra otillåtna förändringar i redan ingångna tjänstekoncessionskontrakt säkerställs en insyn i förfarandet samt en likabehandling av alla anbudsgivare. Upphandlande myndigheter bör därför noggrant utreda om önskade ändringar i ingångna tjänstekoncessionskontrakt innebär att sådana förändringar gör att myndigheten måste tilldela en ny tjänstekoncession.

3.4 Vilka krav ställs vid tilldelning av tjänstekoncessioner?

Trots att tjänstekoncessioner på unionsrättens nuvarande stadium inte omfattas av de direktiv som har antagits på upphandlingsrättens områden är upphandlande myndigheter skyldiga att iaktta vissa grundläggande principer när de tilldelar kontrakt om tjänstekoncessioner. EU-domstolen har i flera avgöranden konstaterat att upphandlande myndigheter som ingår avtal om tjänstekoncessioner är skyldiga att iaktta Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) grundläggande bestämmelser i allmänhet och särskilt artikel 56 avseende fri rörlighet av tjänster på den gemensamma marknaden. Vidare föreligger en skyldighet för upphandlande myndigheter att iaktta principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.

Detta avsnitt beskriver vilka krav som följer av dessa principer och vilken betydelse dessa krav får för hur upphandlande myndigheter ska hantera tjänstekoncessioner.

Konkurrensverket vill särskilt påpeka att det förslag till direktiv om tilldelning av koncessioner som Europeiska kommissionen presenterade den 20 december 2011⁴³ innehåller en tilltänkt reglering när det gäller upphandlande myndigheters tilldelning av koncessioner. Se avsnitt 6 nedan.

3.4.1 Det finns en skyldighet att lämna insyn

Principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet innebär att den upphandlande myndigheten är skyldig att lämna insyn i tilldelningsprocessen.⁴⁴ Det ger också potentiella anbudsgi-

⁴³ KOM(2011) 897 slutlig.

⁴⁴ Mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, punkt 31.

vare i alla medlemsstater en möjlighet att uttrycka sitt intresse för tjänstekoncessionen och de garanteras en grad av offentlighet som är tillräcklig för att marknaden ska kunna öppnas för konkurrens.⁴⁵ Ett säkerställande av insyn i tilldelningsförfaranden möjliggör alltså en fri rörlighet på den gemensamma marknaden. Vidare skapas förutsättningar att kontrollera att tilldelningsförfarandet är opartiskt. En tilldelning av en tjänstekoncession i strid med de allmänna unionsrättsliga principerna innebär att den medlemsstat som den upphandlande myndigheten tillhör begår fördragsbrott.

En myndighet är skyldig att lämna insyn när den aktuella tjänstekoncessionen *kan vara av intresse* för företag i andra medlemsstater än den medlemsstat som myndigheten är lokaliserad i.⁴⁶ En avsaknad av insyn under sådana omständigheter medför att en ekonomisk aktör i andra medlemsstater inte får möjlighet att uttrycka sitt intresse för den aktuella tjänstekoncessionen. Ekonomiska aktörer i andra medlemsstater blir därmed särbehandlade och myndighetens agerande blir till nackdel för dessa aktörer. Därigenom föreligger en indirekt diskriminering på grund av nationalitet, eftersom samtliga dessa ekonomiska aktörer i princip utesluts till följd av att de inte är etablerade i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns.⁴⁷

EU-domstolen har särskilt uttryckt att tilldelning av en tjänstekoncession utan att på något vis ha infordrat anbud före tilldelningen utgör ett agerande som i princip är oförenligt med principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn. Medlemsstaterna får därför inte ha nationella regler som föreskriver att tjänstekoncessioner kan tilldelas utan anbudsinfordran.⁴⁸

⁴⁵ Mål C-324/98 *Telaustria*, punkt 62 samt Mål C- 458/03 *Parking Brixen*, punkt 49.

⁴⁶ Mål C-203/08 *Sporting Exchange*, punkt 40.

⁴⁷ Mål C-231/03 *Coname*, punkt 17-19.

⁴⁸ Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkterna 50 och 52.

En upphandlande myndighet som tänker tilldela en tjänstekoncession bör alltså först utreda huruvida koncessionen i fråga *kan vara av intresse*⁴⁹ för ekonomiska aktörer i andra medlemsstater. Om så är fallet är myndigheten skyldig att vidta åtgärder som tillgodoser kravet på insyn. Dessa åtgärder ska medföra att ekonomiska aktörer i andra medlemsstater som kan ha ett intresse av tjänstekoncessionen får möjlighet att påtala detta och bereds möjlighet att bli tilldelade koncessionen. Sådan insyn ska medföra att ekonomiska aktörer i andra länder får tillgång till alla de uppgifter som krävs för att de ska kunna anmäla ett sådant intresse innan myndigheten tilldelar tjänstekoncessionen.⁵⁰

3.4.2 När gäller undantag från skyldighet att lämna insyn?

Upphandlande myndigheter är alltså endast skyldiga att lämna insyn om det finns ett gränsöverskridande intresse.⁵¹ Sådant intresse kan emellertid saknas bland annat till följd av att tjänstekoncessionskontraktet är "av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende".⁵² I *Coname*-målet⁵³ konstaterade EU-domstolen att den negativa inverkan på de grundläggande friheterna, som fri rörlighet av tjänster på den inre marknaden, under sådana omständigheter skulle vara "alltför slumpmässig och indirekt..." för att det ska vara ett brott mot de allmänna unionsrättsliga principerna, såsom skyldigheten att annonsera. Men det är inte helt klarlagt vad som menas med "mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende". En bedömning måste därför alltid göras i det enskilda fallet.

⁴⁹ Mål C-231/03 *Coname*, punkt 17.

⁵⁰ Mål C-231/03 *Coname*, punkt 21.

⁵¹ Mål C-507/03 *Kommissionen mot Irland*, punkt 32.

⁵² Mål C-231/03 *Coname*, punkt 20.

⁵³ Mål C-231/03 *Coname*, punkt 20 samt däri angiven rättspraxis.

För att kunna avgöra om de är skyldiga att lämna insyn så måste upphandlande myndigheter även ta hänsyn till var i Sverige som tjänsten ska utföras. Gränser mellan medlemsstater kan exempelvis gå genom tätbebyggda områden. Det kan medföra att även tjänstekoncessioner av ringa ekonomisk betydelse som utförs på en sådan ort kan ha ett gränsöverskridande intresse.⁵⁴

Exempel 7:

En viss tjänstekoncession av ringa ekonomisk betydelse ska utföras i Malmö respektive i Kalmar, exempelvis driften av en parkeringsplats. Närheten till Köpenhamn gör att en sådan verksamhet kan ha ett gränsöverskridande intresse om den utförs i Malmö. När det gäller motsvarande verksamhet i Kalmar finns det i det här fallet inget gränsöverskridande intresse. Malmö kommun skulle därmed kunna vara skyldig att annonsera den planerade tilldelningen av tjänstekoncession om driften av en parkeringsplats medan Kalmar kommun inte är skyldig att annonsera tjänstekoncessionen. Detta trots att de båda tjänstekoncessionerna är av samma omfattning och har samma ekonomiska betydelse.

Det ankommer på den berörda myndigheten att avgöra om det finns ett gränsöverskridande intresse. Myndigheten bör grunda ett sådant beslut på en bedömning av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, däribland såväl ekonomiska som geografiska omständigheter.

Om den upphandlande myndighetens slutsats är att tjänstekoncessionen i fråga har ett gränsöverskridande intresse, och därmed är av betydelse för den inre marknaden, ska myndigheten ta hänsyn till de allmänna unionsrättsliga principerna när man tilldelar tjänstekon-

⁵⁴ Förenade målen C-147/06 och 148/06 *SECAP*, punkt 31.

cessionen.⁵⁵ Konstaterande huruvida sådant intresse föreligger försvåras emellertid då ett ställningstagande bygger på ett i huvudsak hypotetiskt resonemang om att det inte finns något företag i en annan medlemsstat som har intresse av koncessionen.

En jämförelse med upphandlingsreglerna i LOU och LUF när det gäller så kallade B-tjänster kan ge en viss vägledning i fråga om en tjänstekoncession ska anses vara gränsöverskridande eller inte. Upphandlingsreglerna i LOU och LUF visar att de tjänster som anges i respektive lags tredje bilaga, så kallade B-tjänster, anses vara av sådan karaktär att de generellt sett saknar gränsöverskridande intresse. Att en viss typ av tjänst som är aktuell för tjänstekoncession skulle ha utgjort en B-tjänst om den skulle bli föremål för tjänsteupphandling enligt LOU eller LUF kan därför tala för att en koncession för en sådan tjänst saknar gränsöverskridande intresse. Myndigheten måste dock alltid göra en bedömning i det enskilda fallet med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.

3.4.3 Hur uppnås tillräcklig grad av insyn?

Det ankommer på den upphandlande myndigheten att se till att potentiella aktörer i andra medlemsstater bereds möjlighet att delta i koncessionstilldelningen. Ett sådant konstaterande väcker frågan om vad en upphandlande myndighet ska göra för att leva upp till dessa krav och fullgöra sina skyldigheter.

Kravet på insyn ska alltså göra det möjligt för företag i andra medlemsstater att få tillgång till de uppgifter som krävs för att tillkännage sitt intresse. EU-domstolen har emellertid påtalat att denna skyldighet inte nödvändigtvis innebär att myndigheten är skyldig att

⁵⁵ Jfr kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, EUT C 179 2006-08-01 (nedan "Kommissionens tolkningsmeddelande").

begära in anbud så länge insynen är tillräcklig för att myndighetens agerande ska vara förenligt med principerna om likabehandling respektive icke-diskriminering på grund av nationalitet. Det får antas att EU-domstolens praxis inte ger ett fullständigt och tydligt svar på vad som krävs av upphandlande myndigheter i praktiken för att uppfylla dessa skyldigheter.

Viss ledning i frågan torde finnas i kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling.⁵⁶ I meddelandet konstaterar kommissionen att *ju större intresse* som ett kontrakt har för tänkbara leverantörer i andra medlemsstater, *desto större spridning* bör myndighetens offentliggörande få. Vid upphandlingar av varor, A-tjänster (andra bilagan till LOU respektive LUF) samt byggentreprenader vars kontraktsvärde överstiger det tillämpliga tröskelvärdet och därmed anses vara av gränsöverskridande intresse är upphandlande myndigheter skyldiga att annonsera den tilltänkta upphandlingen i ett medium med stor täckning, såsom exempelvis den europeiska annonsdatabasen Tenders Electronic Daily (TED).

Konkurrensverkets tolkning av detta är att en annonsering av en tilltänkt tjänstekoncession i TED medför att myndigheten uppfyller kravet på insyn. Trots att det inte finns någon skyldighet att annonsera tjänstekoncessioner av gränsöverskridande intresse i just TED finns det alltså inget som hindrar upphandlande myndigheter från att göra det. Genom att annonsera på detta sätt kan myndigheten försäkra sig om att dess agerande är förenligt med de grundläggande principerna i allmänhet och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

⁵⁶ EUT C 179 2006-08-01

3.4.4 Ett offentliggörande ska innehålla tillräcklig information

Unionsrättens krav på insyn innebär inte nödvändigtvis att upphandlande myndigheter måste sända ut en formell inbjudan att anmäla intresse för tjänstekoncessionen.⁵⁷ En annons som skapar insyn bör dock innehålla information om den tilltänkta tjänstekoncessionen som potentiella aktörer i andra medlemsstater rimligtvis kan behöva för att ta ställning till om de ska anmäla sitt intresse eller inte. En annons om en påtänkt tjänstekoncession kan kompletteras med uppgifter om var ytterligare information kan erhållas, exempelvis genom en länk till den upphandlande myndighetens hemsida där man kan få detaljerad information om koncessionen.⁵⁸

3.4.5 Vilka tilldelningskriterier kan användas?

Några närmare regleringar av vilka kriterier en upphandlande myndighet får använda vid urval av potentiella koncessionärer eller tilldelning av tjänstekoncessioner finns inte. Om förfarandet inte strider mot de allmänna unionsrättsliga principerna finns inga generella hinder mot att upphandlande myndigheter tillämpar kriterier vid tilldelning av tjänstekoncessionskontrakt som motsvarar de som tillämpas vid tjänstekontrakt, alltså lägsta pris alternativt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Skyldigheten att lämna insyn betyder alltså att upphandlingen ska präglas av en sådan offentlighet att det öppnar marknaden för konkurrens, och att det går att kontrollera att förfarandet är opartiskt. Skyldigheten till offentliggörande och öppenhet betyder att tilldelningsförfarandet ska vara rättvist och opartiskt. Själva beslutet där

⁵⁷ Mål C-231/03 *Coname*, punkt 21.

⁵⁸ Jfr kommissionens tolkningsmeddelande.

en tjänstekoncession tilldelas måste alltså fattas i enlighet med bestämmelserna i EUF-fördraget.⁵⁹

Deltagande på lika villkor

Samtliga potentiella ekonomiska aktörer ska behandlas lika. Den upphandlande myndigheten får inte ställa villkor för tilldelning av tjänstekoncessionen som är direkt eller indirekt diskriminerande för potentiella aktörer i andra medlemsstater. Sådana otillåtna villkor skulle exempelvis kunna bestå av krav på att tjänstekoncessionen bara kan tilldelas företag som är etablerade i Sverige.

Även bortsett från förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet ska upphandlande myndigheter alltid ta hänsyn till principen om likabehandling vid tilldelningar av tjänstekoncessioner.⁶⁰

Ömsesidigt erkännande av intyg m.m.

Om potentiella koncessionärer ombeds lämna in intyg på certifikat, examensbevis eller andra intyg om erfarenhet, måste sådana handlingar som utfärdats i andra medlemsstater godtas, under förutsättning att de styrker samma kvalifikationsnivå.

Lämpliga tidsfrister

De tidsfrister som potentiella ekonomiska aktörer får på sig att anmäla sitt intresse till den tilltänkta tjänstekoncessionen ska vara tillräckligt långa för att aktörer i andra medlemsstater ska få rimlig tid till förfogande för att göra en bedömning av villkoren för tilldelning och därefter utforma sin anmälan om intresse för koncessionen.

⁵⁹ Mål C-324/98 *Telaustria*, punkt 62.

⁶⁰ Mål 458/03 *Parking Brixen*, punkt 48 och Mål C-410/04 *ANAV*, punkt 20.

3.5 Kan tjänstekoncessioner tilldelas till egna bolag?

På samma sätt som vid tilldelning av tjänstekontrakt kan en upphandlande myndighet vilja tilldela en tjänstekoncession till en fristående juridisk person som ägs av myndigheten. Ett exempel kan vara då en kommun tilldelar en tjänstekoncession till ett dotterbolag. En kommun kan exempelvis vilja lägga ut den tidigare nämnda driften av en parkeringsplats till ett kommunalt dotterbolag.

Fråga uppkommer då om den upphandlande myndigheten får göra en direkttilldelning av en tjänstekoncession till sitt dotterbolag utan att beakta de grundläggande unionsrättsliga principerna och utan att vidta några åtgärder för att skapa den insyn i förfarandet som beskrivs ovan (avsnitt 3.4).

Svaret står att finna i EU-domstolens rättspraxis. Domstolen har fastställt att när det är fråga om tilldelning av tjänstekoncessionskontrakt till annan juridisk person är den upphandlande myndigheten inte skyldig att tillämpa ett offentligt upphandlingsförfarande om det så kallade *Teckal*-undantaget är uppfyllt.⁶¹ Ett tillämpande av detta undantag förutsätter att:⁶²

- den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den fristående juridiska personen som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (*kontrollkriteriet*), samt att
- den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (*verksamhetskriteriet*).

⁶¹ *Teckal*-undantagen gäller endast för upphandlande myndigheter som omfattas av LOU och återfinns i 2 kap. 10 a § LOU. Motsvarande regler återfinns inte i försörjningssektorn och gäller därmed inte för upphandlande enheter, eftersom sådan upphandling omfattas av de särskilda reglerna rörande s.k. anknutna företag, se 1 kap. 15 och 16 §§ samt 2 kap. 2 § LUF.

⁶² Mål C-107/98 *Teckal*, punkt 50 samt Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkterna 57-62.

Bedömningen om *kontrollkriteriet* är uppfyllt ska göras på grundval av samtliga lagbestämmelser och omständigheter. För att en tillfredsställande kontroll ska anses föreligga krävs att den juridiska personen är underställd en kontroll från den upphandlande myndigheten som gör det möjligt för myndigheten att utöva en avgörande påverkan på såväl strategiska mål som på viktiga beslut som fattas.⁶³

När det gäller *verksamhetskriteriet* har EU-domstolen⁶⁴ ansett att en annan juridisk person anses bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med myndigheten i fråga om företaget huvudsakligen utövar verksamhet åt myndigheten samt att den verksamhet som riktar sig mot någon annan än den upphandlande myndigheten endast är av "marginell karaktär".⁶⁵ Vidare har EU-domstolen ansett att sådan "marginell karaktär" har förelegat när verksamheten som bedrevs mot annan än den aktuella myndigheten uppgick till ca 10 procent. EU-domstolen har betonat att den upphandlande myndigheten ska ta hänsyn till alla omständigheter i sammanhanget när man fastställer vad som utgör sådan "marginell karaktär". Det gäller såväl kvalitativa som kvantitativa aspekter.⁶⁶

Konkurrensverket vill i sammanhanget påpeka att båda dessa två kriterier måste vara uppfyllda. Det innebär alltså att *både* kontrollkriteriet *och* verksamhetskriteriet måste vara uppfyllda för att en myndighet ska kunna tillämpa *Teckal*-undantaget. Uppfyllande av kontroll- respektive verksamhetskriteriet ska tolkas strikt, vilket innebär att höga beviskrav ställs för att en upphandlande myndighet ska få undanta en direkttilldelning från tillämpningen av de allmänna unionsrättsliga principerna. Det är också den upphandlande myndig-

⁶³ Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 65.

⁶⁴ Mål C-340/04 *Carbotermo*.

⁶⁵ Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 63.

⁶⁶ Mål C-295/05 *Tragsa*, punkterna 62 och 63.

heten som måste kunna bevisa att de två *Teckal*-kriterierna är uppfyllda.

En direkttilldelning av ett tjänstekoncessionskontrakt till exempelvis ett helägt kommunalt dotterbolag enligt *Teckal*-kriterierna innebär att myndigheten i fråga inte behöver upprätthålla någon insyn i processen.⁶⁷

3.6 Kan en leverantör begära prövning av en tjänstekoncessionstilldelning?

Efter att den upphandlande myndigheten tilldelat tjänstekoncessionen kan det uppkomma frågor om myndigheten i tillräcklig grad tagit hänsyn till de allmänna unionsrättsliga principerna vid tilldelningen. Sådana invändningar kan exempelvis komma från ekonomiska aktörer som uttryckt sitt intresse för tjänstekoncessionen men som inte blivit tilldelade koncessionen, och som hävdar att det beror på ett brott mot principen om likabehandling. Invändningar kan också tänkas komma från aktörer som inte beretts möjlighet att uttrycka sitt intresse för koncessionen. I dessa fall kan aktören hävda att myndighetens tilldelning inte har omgärdats av en tillräcklig grad av insyn.

⁶⁷ Läs mer om *Teckal*-undantaget i LOU på www.konkurrensverket.se samt i Prop. 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor* och SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* (OFUKI-utredningen).

3.6.1 Unionsrätten och rätten till överprövning

Av artikel 47 i EU:s rättighetsstadga⁶⁸ följer att var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol. EU-domstolen påtalar i den så kallade *Wall*-domen⁶⁹ att det ankommer på medlemsstaternas interna rättsordningar att fastställa de rättsmedel som ska säkerställa att principen om likabehandling och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet samt den skyldighet att lämna insyn som följer därav efterlevs. Därigenom ska skyddet för de rättigheter som dessa skyldigheter medför för enskilda säkerställas. Dessa rättsmedel får emellertid varken vara mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt (likabehandlingsprincipen) eller vara konstruerade på sådant sätt att det i praktiken är omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av EU-rätten (effektivitetsprincipen).

Det ska alltså ankomma på nationella domstolar att pröva om en upphandlande myndighets tilldelning av tjänstekoncession uppfyller bl.a. de krav på insyn som beskrivs ovan i avsnitt 3.4. För det fall insynen vid koncessionstilldelningen varit otillräcklig följer det av EU-rätten att den nationella domstolen ska fastställa att det föreligger en särbehandling till nackdel för bolag i andra medlemsstater.⁷⁰

⁶⁸ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

⁶⁹ Mål C-91/08 *Wall*, punkterna 63-65.

⁷⁰ Mål C-231/03 *Coname*, punkterna 21-22 och Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50.

3.6.2 Det svenska rättsläget

Ger då svensk rätt möjlighet för en ekonomisk aktör som inte tilldelats en koncessionen (bolag A) att begära överprövning av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela tjänstekoncessionen till ett annat bolag (bolag B)?

Eftersom tjänstekoncessioner är undantagna från tillämpningen av LOU respektive LUF finns därför inget stöd i någon av dessa lagar för att pröva tilldelningen av en tjänstekoncession. Prövning av tilldelningsbeslut avseende tjänstekoncessioner kan således inte ske med stöd av upphandlingslagstiftningen.⁷¹ Vidare omfattas tjänstekoncessioner inte av reglerna om avtalsspärr, överprövning eller skadestånd i 16 kap. LOU respektive LUF. Konstaterandet aktualiserar frågeställningen om det finns andra möjligheter till prövning av beslut om tilldelning av tjänstekoncessioner. Frågan har blivit föremål för prövning i två mål i Högsta förvaltningsdomstolen.

I det första målet⁷² konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen att det beslut om tilldelning av tjänstekoncession som var föremål för prövning hade fattats av den upphandlande myndigheten i dennes egenskap av fastighetsägare. Beslutet var därför av *privaträttslig karaktär* och kunde således inte överklagas genom förvaltningsbesvär enligt 22 a § Förvaltningslagen (1986:223).

Mot bakgrund av ovan redovisade praxis från EU-domstolen⁷³ konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen att det ankommer på varje medlemsstats interna rättsordning att fastsätta de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter. Domstolen konstaterade också att sådana rättsmedel måste uppfylla effektivitetsprincipen, det vill säga att de inte får göra det praktiskt omöjligt

⁷¹ Se RÅ 2008 not 101 och Högsta förvaltningsrättens dom av den 10 maj 2012 i mål nr 4042-11.

⁷² Dom av den 10 maj 2012 i mål nr 4042-11.

⁷³ Mål C-91/08 *Wall*, punkterna 63-65.

eller orimligt svårt att utöva rättigheterna. Vidare poängterades att likvärdighetsprincipen kräver att rättsmedlen inte får vara mindre förmånliga än likande rättsmedel som grundas på nationell rätt.

Med hänvisning till EU-domstolens avgörande i *Unibet*-målet⁷⁴ konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen vidare att en talan om skadestånd kan utgöra ett rättsligt förfarande som ger ett effektivt skydd av enskildas rättigheter enligt unionsrätten. EU-rättens krav på effektiva rättsmedel kan alltså tillgodoses genom en sådan talan. En potentiell ekonomisk aktör (bolag A) som anser sig förfördelad av en upphandlande myndighets *privaträttsliga* beslut att tilldela en tjänstekoncession till en annan aktör (bolag B) kan alltså *inte* överklaga beslutet genom förvaltningsbesvär. Bolag A har istället möjlighet att kräva skadestånd av den upphandlande myndigheten för dess felaktiga tilldelningsbeslut.

Det andra målet⁷⁵ rörde ett tilldelningsbeslut av tjänstekoncessioner för flygtrafik som omfattas av EU:s flygtrafikförordning⁷⁶. Förordningen föreskriver bland annat att medlemsstaterna ska säkerställa att beslut att ge flygbolag rätt att trafikera en viss flyglinje kan omprövas ”effektivt och, framför allt, så snart som möjligt...”⁷⁷.

Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att den upphandlande myndighetens beslut att anta ett visst anbud i det genomförda tilldelningsförfarandet var ett beslut av *offentligrättslig karaktär*. Detta eftersom beslutet utgjorde en avslutande åtgärd i ett offentligrättsligt förfarande. Sådana beslut kan överklagas hos allmän förvaltningsdomstol och koncessionstilldelningen kunde därför bli föremål för förvaltningsrättslig överprövning. Förordningens krav på möjlighet

⁷⁴ Mål C-432/05 *Unibet*, punkt 58.

⁷⁵ Beslut av den 10 maj 2012 i mål nr 5074-11.

⁷⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen.

⁷⁷ Artikel 18.1 i förordning (EG) nr 1008/2008.

till omprövning var därmed uppfyllt. Den upphandlande myndigheten hade emellertid avbrutit tilldelningsförfarandet vid tidpunkten för beslutet, varför Högsta förvaltningsdomstolen skrev av målet utan att pröva det i sak.

3.7 Tillsyn över tjänstekoncessioner

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige. Detta framgår av 18 kap. 1 § LOU respektive 18 kap. 1 § LUF samt 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Eftersom tjänstekoncessioner faller utanför tillämpningsområdet för LOU och LUF omfattas de heller inte av Konkurrensverkets tillsyn. Det innebär bland annat att Konkurrensverket inte fattar tillsynsbeslut i frågor om en upphandlande myndighets ingående av tjänstekoncessionskontrakt är förenligt med de allmänna unionsrättsliga principerna. Detta konstaterade Konkurrensverket bland annat i dess tillsynsbeslut rörande Värmlandsoperans avtal om biljetthanteringssystem (dnr 158/2010) respektive terminalverksamhet i Göteborgs hamn (dnr 35/2011).

Eftersom tjänstekoncessioner inte omfattas av upphandlingslagstiftningen kan upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU respektive LUF inte utgå vid tilldelning av tjänstekoncessioner som skett i strid med de unionsrättsliga principerna.

4 Konkurrensverkets studie om tillämpningen av undantaget för tjänstekoncessioner

Konkurrensverket tillskrev 97 upphandlande myndigheter och bad dessa lämna in kopior av de kontrakt som myndigheten klassificerat som tjänstekoncessionskontrakt och som ingått under perioden 2008–2011. Exempel på en sådan skrivelse från Konkurrensverket till myndigheter återfinns i bilaga 2. Urvalet av dessa myndigheter finns beskrivet i punkt 1.2. Fördelningen av mottagna kontrakt mellan olika myndigheter framgår av tabell 1.

Nedan följer en redogörelse över vilka slutsatser Konkurrensverket har dragit utifrån de 105 inkomna kontrakten. Slutsatserna är upplade i:

1. förekomsten av tjänstekoncessioner (punkt 4.1) respektive
2. slutsatser om tillämpningen av undantaget för tjänstekoncessioner (punkt 4.2).

4.1 Slutsatser om förekomsten av tjänstekoncessioner

65 av 97 myndigheter uppger sig inte ha tilldelat något kontrakt som har klassificerats som tjänstekoncession. En tredjedel av myndigheterna har tilldelat kontrakt som de klassificerat som tjänstekoncessioner.

I de fall myndigheterna uppger att de har tilldelat tjänstekoncessioner under den aktuella perioden handlar det i de flesta fall om ett förhållandevis lågt antal kontrakt. Drygt hälften av dessa myndigheter har tilldelat ett enda kontrakt, medan cirka tre fjärdedelar av de

myndigheter som har tilldelat tjänstekoncessionskontrakt har tilldelat ett eller två sådana kontrakt. Endast fem myndigheter har tilldelat fler än fyra kontrakt. Därutöver har 49 av de sammanlagt 105 mottagna kontrakten tilldelats av tre myndigheter, två kommuner och en statlig myndighet. Cirka en tredjedel av kontrakten har tilldelats av två kommuner (Göteborgs stad respektive Stockholms stad).

När det gäller fördelningen mellan olika typer av myndigheter har cirka hälften av *kommunerna*, en fjärdedel av *landstingen* och cirka var femte *länsstyrelse* tilldelat tjänstekoncessioner. Av de *statliga myndigheterna* och *bolagen* exklusive länsstyrelserna som Konkurrensverket kontaktade har endast två tilldelat tjänstekoncessioner. Till den sistnämnda kategorin hör Trafikverket som har tilldelat elva kontrakt, vilket motsvarar en tiondel av samtliga mottagna kontrakt.

Konkurrensverket kan konstatera att tilldelningar av tjänstekoncessioner till den aktuella myndighetens egna företag med tillämpande av *Teckal*-undantaget är mycket sällsynta.

Inledningsvis förtjänar det att uppmärksammas att de myndigheter som Konkurrensverket tillskrev ombads att inkomma med kopior av avtal som myndigheten i fråga har klassificerat som tjänstekoncessionskontrakt.

Det går därmed inte att utesluta att Konkurrensverket inte fått in avtal som egentligen är tjänstekoncessioner men som på felaktiga grunder inte klassificerats som sådana kontrakt.

Myndigheterna kan mycket väl ha haft flera tjänstekoncessionskontrakt när Konkurrensverket genomförde detta tillsynsprojektet, men som ingått före 2008 och därmed inte omfattats av det underlag som Konkurrensverket efterfrågat. Förekomsten av tjänstekoncessioner får därför antas vara större än vad som framgår av sammanställningen.

Tabell 1 **Antal mottagna kontrakt fördelade per myndighetskategori**

	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9-10	11	12-14	15	16-22	23	0-23
Kommuner	26	12	4	2	2	-	1	-	1	-	-	-	1	-	1	50
Landsting	8	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	10
Länsstyrelser	17	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	21
Statliga myndigheter och bolag	14	1	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	16
Antal myndigheter	65	18	5	2	2	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	97
Antal kontrakt	0	18	10	6	8	-	6	-	8	-	11	-	15	-	23	105

Källa: Konkurrensverket

4.2 Slutsatser om tillämpningen av undantaget för tjänstekoncessioner

Samtliga de kontrakt som mottagits (105 stycken) har blivit föremål för Konkurrensverkets granskning. Denna granskning har resulterat i följande slutsatser.

Inom ramen för tillsynsprojektet har Konkurrensverket velat utreda om upphandlande myndigheter använder undantaget för tjänstekoncessioner för att kringgå upphandlingsskyldighet enligt LOU eller LUF. Konkurrensverket konstaterar att vissa av de mottagna kontrakten inte har utgjort tjänstekoncessioner, trots att den upphandlande myndigheten har påstått att så varit fallet genom att lämna in kontraktet. Genom sådan hantering har den upphandlande myndigheten alltså på felaktiga grunder klassificerat kontraktet i fråga som tjänstekoncession, trots att det rätteligen utgjorde ett tjänstekontrakt alternativt ett ramavtal som vanligtvis förutsätter en tillämpning av LOU alternativt LUF.

Att sådana avtal har avsett den upphandlande myndighetens köp av tjänster, och därmed inte tilldelning av en tjänstekoncession, har varit en konsekvens av att den ekonomiska aktören inte har stått en tillräckligt stor del, det vill säga i vart fall inte en "betydande del", av den risk som är förknippad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna. Sådan avsaknad av erforderlig riskövergång har bland annat tagit sig uttryck i att den ekonomiska aktören inte har haft möjlighet att påverka försäljningsvolymen eller att kunna styra över verksamhetens utveckling. Vissa ekonomiska aktörer har exempelvis inte varit utsatta för någon konkurrens från andra aktörer som tillhandahåller motsvarande tjänster, bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan eller en risk att inkomsterna i verksamheten inte ska täcka dess kostnader. Därigenom har den ekonomiska aktören inte varit exponerad för en "betydande del" av den risk som är förknippad med att vara utsatt för "marknadens nycker". Exempel på sådant avtal behandlas i tillsynsbeslut från Konkurrensverket som refereras i avsnitt 5.3.

Vidare noteras att ett flertal av de kontrakt som Konkurrensverket mottog inom ramen för tillsynsprojektet utgjorde gränsfall mellan vad som kan anses utgöra tjänstekoncession och vad som kan anses utgöra tjänstekontrakt. Bedömningen om sådant kontrakt är tjänstekoncession eller tjänstekontrakt har därför varit osäker. Flertalet problem avseende gränsdragningen mellan tjänstekoncessioner och tjänstekontrakt har uppkommit till följd av det rådande oklara rättsläget avseende riskövergång och vad som egentligen ska läggas i begreppet "betydande del" i det enskilda fallet.

De felaktiga klassificeringar av kontrakt som tjänstekoncession som Konkurrensverket påträffat bland mottagna kontrakt beror sannolikt delvis på dålig kunskap om rättsområdet. Sådan avsaknad av kunskap begränsar förutsättningarna för en korrekt klassificering av avtalsförhållandet. Som påtalats i punkt 3.2 ovan är det direktivens definition av tjänstekoncession och EU-domstolens rättspraxis på

området som ligger till grund för sådan bedömning. Fastställandet huruvida en tjänstekoncession föreligger sker alltså genom en bedömning av villkoren i ett kontrakt mot bakgrund av EU-rätten. Vid sådan bedömning är det inte relevant vad en eller båda avtalsparter *anser* att kontraktet egentligen utgör. Det är heller inte relevant hur parterna exempelvis har valt att rubricera kontraktet. Det är givetvis bra att rubricera ett avtal på ett korrekt sätt, eftersom ett sådant agerande underlättar parternas handhavanden i avtalsförhållandet och skapar bättre förutsättningar för upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer att fullgöra de förpliktelser som följer av avtalet. Konkurrensverket betonar dock att det inte är avtalets rubricering som avgör om det är en tjänstekoncession. En bedömning av innehållet i avtalet måste alltid göras i det enskilda fallet.

Mot bakgrund av de avtal som Konkurrensverket tagit del av saknas grund för att anta att avsiktliga kringgåenden av upphandlingslagstiftningen genom felaktig klassificering av kontrakt som tjänstekoncessioner skulle vara ett problem. Konkurrensverket vill dock understryka att bedömningen bygger på de avtal som de upphandlande myndigheterna har valt att skickat in. Det finns därför en risk att avtal som utgör otillåtna direktupphandlingar och som därmed skulle kunna föranleda upphandlingsskadeavgift inte tillställts verket.

Kunskaper på området

Konkurrensverket konstaterar att kunskaperna om tjänstekoncessioner förefaller variera påtagligt mellan olika upphandlande myndigheter. Hos vissa myndigheter är kunskapen om tjänstekoncessioner mycket god, medan den hos andra myndigheter är klart sämre. De myndigheter som återkommit till Konkurrensverket med besked om att de inte ingått avtal under den aktuella perioden som klassificerats som tjänstekoncessioner förefaller vara klart överrepresenterade i den senare kategorin. Överhuvudtaget är det ganska vanligt

att myndigheter inte riktigt har klart för sig vad tjänstekoncessioner är och vad som skiljer dem från tjänstekontrakt.

Detta har inte minst märkts i det flertalet kontakter som tagits med Konkurrensverket i syfte att klargöra på vilka grunder ett kontrakt klassificeras som tjänstekoncession. Konkurrensverket tycker sig också kunna konstatera att oklarheterna kring vad de allmänna unionsrättsliga principerna innebär och vilka krav de ställer på hanteringen av tjänstekoncessioner är förhållandevis stora. Det är Konkurrensverkets förhoppning att denna rapport bidrar till att öka denna kunskap samt stärker tillgängligheten till information på området.

Problematisering gränsdragning

Vad gäller de svårigheter med kvalificering som har uppdagats vid Konkurrensverkets genomgång av kontrakt kan konstateras att dessa nästintill uteslutande härrör sig till frågan om riskövergång från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören. Kriterierna för sådan övergång och för kravet på att "betydande del" av risken som är förknippad med att utnyttja tjänsten är något oklara. Att ett avgörande måste ske i det enskilda fallet och att omständigheterna som den upphandlande myndigheten då ska ta hänsyn till kan vara högst varierande bidrar sannolikt till oklarheten. Vilken betydelse som innebörden av EU-domstolens avgöranden får i det enskilda fallet kan därför vara svårt att förutse.

I vissa fall torde man först efter avtalstidens utgång kunna konstatera vad riskerna med en verksamhet har bestått av och först därefter också om en "betydande del" har gått över på den ekonomiska aktören. Så kan exempelvis vara fallet när fasta ersättningsbelopp utgår från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören. Omfattningen av den (eventuella) riskreducerande verkan som sådan ersättning resulterar i kan påverkas av hur stor andel som ersättningen utgör av den ekonomiska aktörens totala intäkter. I normalfallet kan konstateranden i frågan därför ske först efter avtalsti-

dens utgång. Sådana förhållanden kan försvåra den kvalificering av avtalet som den upphandlande myndigheten måste göra före avtalets ingående för att därigenom fastställa vilket förfarande som ska tillämpas.

Annonsering

Konkurrensverket konstaterar vidare att många myndigheter hantear tjänstekoncessionskontrakt på samma sätt som tjänstekontrakt i fråga om annonsering. Så var bland annat fallet i Konkurrensverkets tillsynsbeslut avseende Stockholms Stads ingående av avtal om sommargårdsverksamhet (dnr 662/2011), se avsnitt 5.3 nedan. Även för det fall myndigheter på felaktiga grunder är av uppfattningen att ett avtal om köp av tjänster utgör en tjänstekoncession medför den annonsering som följer av sådant agerande från myndighetens sida att ingåendet av avtalet inte utgör en otillåten direktupphandling.

Att annonsera tilltänkta tjänstekoncessioner på samma sätt som tjänstekontrakt stärker möjligheterna att efterföljande kontraktstilldelning sker i enlighet med de allmänna unionsrättsliga principerna. En annonsering kan dessutom undvika att Konkurrensverket väcker talan om upphandlingsskadeavgift.

Skyldigheten att skapa insyn i tilldelningsprocessen innefattar ett offentliggörande som gör det möjligt för samtliga bolag i andra medlemsstater som kan ha intresse av tjänstekoncessionen att meddela ett sådant intresse för den upphandlande myndigheten. Konkurrensverkets uppfattning är att omfattningen av de krav som vilar på den upphandlande myndighetens åtgärder för att dessa ska anses ha skapat tillräcklig insyn alltid måste avgöras i det enskilda fallet.

Gränsöverskridande intresse

Vad gäller gränsöverskridande intresse vill Konkurrensverket uppmärksamma att bevisbördan vilar på den myndighet som påstår att det *inte* finns en annonseringsskyldighet till följd av att det saknas ett gränsöverskridande intresse. Det är den enskilda myndighetens ansvar att försäkra sig om att det *inte* finns ett bolag i någon annan medlemsstat som kan ha intresse av att bedriva den verksamhet som tjänstekoncessionen omfattar. Konkurrensverket önskar betona den grad av osäkerhet som kan följa ett sådant konstaterande och understryker att en annonsering av en tilltänkt tjänstekoncession i TED får antas medföra att den upphandlande myndigheten uppfyller kravet på att lämna insyn. Därutöver bidrar den konkurrensutsättning som en sådan annonsering innebär till ökade möjligheter för den upphandlande myndigheten att tilldela tjänstekoncessionen till den bäst lämpande ekonomiska aktören.

5 Konkurrensverkets tillsynsbeslut

Konkurrensverket har i ett antal tillsynsbeslut prövat om ett kontraktsförhållande mellan upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer utgör ett avtal om köp av tjänst eller ett avtal om tjänstekoncession. Genom sådan prövning kan det fastställas om det aktuella avtalet är upphandlingspliktigt enligt LOU respektive LUF.

I de två första av de nedan refererade tillsynsbesluten (punkterna 5.1 och 5.2) har Konkurrensverket konstaterat att de prövade avtalen faktiskt utgjort avtal om tjänstekoncessioner. Dessa tillsynsärenden har därför avskrivits. Eftersom Konkurrensverkets tillsynsuppdrag inte omfattar tjänstekoncessioner (se avsnitt 3.7 ovan) innebär Konkurrensverkets beslut att avskriva ärendet således *inte* att Konkurrensverket tagit ställning i frågan om ingående av avtalet har varit förenligt med EU-rätten. I det sist refererade tillsynsbeslutet (punkt 5.3) konstaterade Konkurrensverket att avtalet i fråga inte utgjorde en tjänstekoncession, vilket påståtts av myndigheten, utan istället ett upphandlingspliktigt tjänstekontrakt. Eftersom myndighetens ingående av avtalet hade föregåtts av annonsering utgjorde det inte någon otillåten direktupphandling.

Tillsynsbesluten återfinns i sin helhet på Konkurrensverkets hemsida: www.konkurrensverket.se.

5.1 Försäljning av biljetter till Värmlandsoperan

Konkurrensverket tog emot en anmälan om Värmlandsoperans upphandling av biljetthanteringssystem. Värmlandsoperan är enligt Konkurrensverket en upphandlande myndighet.

Efter att ha utrett frågan kunde Konkurrensverket konstatera att Värmlandsoperan hade förlängt ett tidigare ingånget avtal enligt vilket Ticnet gavs exklusiv ensamrätt till bokning, försäljning och distribution av biljetter till Värmlandsoperans verksamhet. Värmlandsoperan skulle betala ersättning till Ticnet på 3,50 kronor för varje såld biljett. Därutöver fick Ticnet rätt att ta ut en så kallad serviceavgift från de som köpte biljetter på 10–30 kronor för varje såld biljett. Ticnet hade dessutom rätt att höja serviceavgiften samt ta ut ytterligare avgifter från biljettköpare.

5.1.1 Konkurrensverkets bedömning

Konkurrensverket ansåg att det ingångna avtalet utgjorde en tjänstekoncession. I sitt tillsynsbeslut noterar Konkurrensverket att Ticnet får sina intäkter primärt från tredje man (de som köper biljetter) och att bolaget bara får en mindre del från Värmlandsoperan. Den huvudsakliga intäktsformen är alltså indirekt ersättning, vilket är en av de intäktsformer som en leverantörs rätt att utnyttja tjänsten kan anta. Konkurrensverket konstaterade vidare att Värmlandsoperan hade överfört en i vart fall betydande del av den risk som är förknippad med den aktuella verksamheten till Ticnet (dnr 158/2010).

5.2 Terminalverksamhet i Göteborgs hamn

Konkurrensverket har utrett ett ärende rörde driften av vissa terminalverksamheter i Göteborgs hamn.

Älvsborgsterminalen i Göteborg hamn drivs av Älvsborgs Ro/Ro. Detta bolag är ett helägt dotterbolag till det kommunala bolaget Göteborg Port Operation (nedan kallat Operation). Driften av terminalen sker genom en tjänstekoncession som det kommunala bolaget Göteborg Hamn (nedan kallat GHAB) har tilldelat Älvsborgs Ro/Ro.

Enligt de uppgifter som Konkurrensverket tagit del av planerade Operation att sälja samtliga aktier i Älvsborgs Ro/Ro till det utomstående bolaget Bohus Terminal Holding. Det utomstående bolaget ägs gemensamt av DFDS A/S och C. Ports S.A. Ltd. Operation och Bohus hade i anledning därav ingått avtal om försäljning av aktierna i Älvsborgs Ro/Ro.

Efter nämnda bolagsförsäljningen avsåg GHAB att ingå ett nytt avtal med Älvsborgs Ro/Ro varigenom det senare bolaget skulle fortsätta bedriva verksamheten i Älvsborgsterminalen. Konkurrensverkets bedömning i tillsynsärendet avsåg ett utkast till sådant avtal mellan GHAB och Älvsborgs Ro/Ro. Konkurrensverket gjorde en bedömning om sådant avtal utgjorde en tjänstekoncession eller ett upphandlingspliktigt tjänstekontrakt.

5.2.1 Konkurrensverkets bedömning

Konkurrensverket konstaterade att ett ingående av det tilltänkta avtalet skulle innebära en tilldelning av en tjänstekoncession. Konkurrensverket fastställde inledningsvis att den aktuella ekonomiska aktörens ersättning inte kom från den upphandlande enheten. Ersättningen för tjänsternas utförande bestod istället av de avgifter som

tredje man betalade för att använda terminaltjänsterna. Genom avtalet fick den ekonomiska aktören en rätt att utnyttja tjänsten och bolaget tog på sig en betydande del av den risk som ansågs vara förknippad med att tillhandahålla tjänsterna (dnr 35/2011).

5.3 Stockholms stads sommargårdsverksamhet

I december 2010 ingick Stockholms stad avtal med en leverantör om sommargårdsverksamhet. De handlingar som Konkurrensverket tog del av visade bland annat att båda parterna var av uppfattningen att detta utgjorde ett tjänstekoncessionsavtal. Vidare framgick att Stockholms stad skulle betala ersättning till leverantören för de tjänster som avropades. Tjänsterna bestod av deltagare i sommargårdsverksamheten. Storleken på avgiften var fastställd till ett visst belopp per dygn och deltagare i sommargårdsverksamheten. Leverantören fick inte ta ut avgifter från respektive deltagare i verksamheten. Avtalet ålade Stockholms stad att betala för ett minsta antal deltagare i sommargårdsverksamheten oavsett hur många som faktiskt deltog (dnr 662/2011).

5.3.1 Konkurrensverkets bedömning

Konkurrensverket konstaterade att avtalet inte utgjorde en tjänstekoncession. I tillsynsbeslutet konstaterade Konkurrensverket inledningsvis att leverantörens ersättning uteslutande kom från Stockholms stad samt att ersättningens storlek var fastställd till ett visst belopp per dygn och besökare som deltog i sommargårdsverksamheten. Leverantören fick alltså enbart ersättning i enlighet med de priser som parterna hade reglerat i avtalet och för de tjänster som Stockholms stad beställde. Konkurrensverket påpekade särskilt att leverantören inte på något sätt kunde påverka antalet deltagare i sommargårdsverksamheten samt att leverantören inte hade någon

egentlig ekonomisk frihet att bestämma villkoren för verksamheten, det senare bland annat beroende på att det enbart ankom på Stockholms stad att avgöra hur många platser som skulle köpas, och där-
efter beställa tjänster i motsvarande omfattning. Under sådana om-
ständigheter kunde Stockholms stad inte anses ha överfört en bety-
dande del av den risk som är förknippad med ett utnyttjande av
tjänsterna. Leverantören var inte verksam på marknaden och inte
heller utsatt för dess nycker i sådan utsträckning att leverantören
stod för en betydande del av risken. Sammanfattningsvis konstate-
rande Konkurrensverket att Stockholms stads ingående av avtalet
inte utgjorde en tjänstekoncession utan istället ett tjänstekontrakt. Då
avtalets ingående hade föregåtts av annonsering utgjorde avtalet
ingen otillåten direktupphandling och föranledde därför ingen talan
om upphandlingsskadeavgift.

6 Europeiska kommissionens förslag till direktiv om tilldelning av koncessioner

Den 20 december 2011 presenterade Europeiska kommissionen ett förslag till direktiv om upphandlande myndigheters och enheters tilldelningar av koncessioner, KOM(2011) 897 slutlig.⁷⁸ Här följer en kort sammanfattning av syftet med regleringen av rättsområdet, samt vad några av de viktigaste nyheterna i förslaget innebär.

Konkurrensverket vill särskilt påpeka att det rör sig om ett *förslag* till direktiv och att sådant förslag blir föremål för förhandlingar i rådet. Dessa förhandlingar kan mycket väl resultera i *ändringar i den föreslagna direktivtexten*. För att ett sådant direktiv ska antas krävs dessutom att erforderlig enighet nås i rådet samt att Europaparlamentet godkänner förslaget. Det går alltså inte att säkert förutse innehållet i ett kommande direktiv eller en, för den delen, att något direktiv kommer att antas. Den stora osäkerhet som följer därav och som förelåg vid tidpunkten för rapportens färdigställande (maj 2012) bör därför beaktas särskilt.

Kommissionens förslag innehåller en detaljerad reglering av de faranden som leder fram till tilldelning av såväl tjänstekoncessioner som andra typer av koncessioner. De föreslagna reglerna påminner i stor utsträckning om de regler som i dagsläget gäller för offentlig upphandling respektive upphandling inom försörjningssektorerna. Kommissionen föreslår bland annat att det införs ett krav på att upphandlande myndigheter och enheter annonserar tilltänkta koncessioner vars värde överstiger tillämpligt tröskelvärde. Kommissionen föreslår också en reglering av de kriterier som myndigheter och enheter får använda när de väljer ut ekonomiska aktörer och

⁷⁸ Dokumentet finns tillgänglig på:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:SV:PDF>

tilldelar koncessioner. Vidare föreslås att det ska bli obligatoriskt att offentliggöra beslut om tilldelningar av koncessioner samt att sådana beslut ska kunna överprövas och därmed bli föremål för rättslig prövning i domstol.

Skapande av rättssäkerhet

I sitt förslag uppmärksammar kommissionen de problem som finns i dagsläget när det gäller att fastställa förutsättningarna för en koncession och poängterar de svårigheter som finns avseende tolkningen av begreppet koncessioner.⁷⁹ Kommissionens initiativ syftar därför till att minska osäkerheten kring tilldelning av koncessioner och därmed vara till hjälp för upphandlande myndigheter och enheter som kommer i kontakt med kontraktsformen.

Genom att skapa klara regler vill kommissionen stärka rättssäkerheten på området och göra tilldelningsförfarandena mer transparenta och rättvisa. En reglering av de förfaranden som leder fram till tilldelning av koncessioner möjliggör ett effektivt marknadstillträde för de aktörer som kan tänkas vilja söka koncessioner. En reglering av rättsområdet genom direktiv pekas ut som ett viktigt sätt att komplettera den inre marknaden då sådan förändring kan garantera effektiv och jämlik tillgång till koncessioner för ekonomiska aktörer.

För att råda bot på rådande rättsosäkerhet föreslår kommissionen att begreppet "koncession" får en närmare och mer preciserad definition (artikel 2). Kommissionen föreslår också att det införs en begränsning av hur länge en koncession får löpa. I denna del innehåller förslaget regler om att koncessioner endast får pågå under den tid som behövas för att den ekonomiska aktören ska få tillbaka de investeringar som denne har gjort samt att den ekonomiska aktören också ska kunna få en "rimlig" avkastning på investerat kapital (artikel 16).

⁷⁹ Se särskilt beaktandesats (7).

Krav på annonsering och tilldelning

För att garantera insyn och likabehandling av alla ekonomiska aktörer föreslår kommissionen att det ställs ett krav på myndigheter och enheter att offentliggöra tilltänkta koncessioner vars värde uppgår till minst 5 000 000 euro i EUT (artikel 5). Vid beräkningen av värdet av ett koncessionskontrakt ska *både* den beräknade avkastningen som erhålls från tredje part *och* den eventuella ersättningen från den upphandlande myndigheten eller enheten räknas in (artikel 6.10).

På samma sätt som vid upphandling i den klassiska sektorn och försörjningssektorerna föreslås upphandlande myndigheter och enheter få möjlighet att kunna tilldela koncessioner utan föregående annonsering i vissa fall. Så föreslås kunna ske när koncessionen i fråga endast kan utföras av en enda viss ekonomisk aktör på grund av vissa särskilda omständigheter. Sådana skäl kan exempelvis föreligga i form av tekniska skäl eller ensamrätter (artikel 26.5 b).

Enligt kommissionens förslag ska de som är intresserade av koncessionen ha 52 dagar på sig för att uttrycka sitt intresse för koncessionen efter att myndigheten eller enheten har publicerat annonsen om den tilltänkta koncessionen (artikel 38). I förslaget står också att de urvals- och tilldelningskriterierna som den upphandlande myndigheten eller enheten tillämpar måste avse de potentiella koncessionärernas ekonomiska, finansiella eller tekniska kapaciteter (artikel 36). Detta innebär bland annat att tilldelningen av koncessioner bara får ske på objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas (artikel 39).

Medlemsstaterna får föreskriva att koncessioner ska tilldelas den aktör som har det ekonomiska mest fördelaktiga anbudet. Om ett sådant tilldelningskriterium används ska den upphandlande myndigheten ange hur de olika delarna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiska mest fördelaktiga. För tjänstekoncessioner och koncessioner som omfattar

projektering av byggtreprenader kan upphandlande myndigheter och enheter ta hänsyn till erfarenheter hos den personal som de ekonomiska aktörerna planerar att använda. Detta medför att aktörerna endast får ersätta sådan personal om den upphandlande myndigheten går med på det (39.4 b).

Ändring i redan ingångna koncessionskontrakt

Mot bakgrund av den rättspraxis som finns på området föreslår kommissionen en direktivsreglering av förutsättningarna för att ändra ingångna koncessionskontrakt (artikel 42). En så kallad väsentlig ändring av bestämmelserna i en koncession under dess löptid ska betraktas som tilldelning av en ny koncession. Ett sådant agerande måste därför ske med beaktande av tillämpliga förfaranderegler. Enligt förslaget måste parterna göra så bland annat för det fall de aktuella ändringarna skulle ha gjort det möjligt att välja en annan ekonomisk aktör än den som ursprungligen valdes, eller om ändringarna medför att koncessionen ska omfatta nya avtalsföremål.

Rättsmedel vid tilldelning av koncessioner

Kommissionen föreslår också att rättsmedelsdirektiven⁸⁰ på upphandlingsområdet ska utvidgas till att omfatta alla koncessioner vars värde överstiger tröskelvärdet. Det innebär att det skulle bli möjligt att pröva beslut att tilldela koncessioner i domstol. Vidare föreslår kommissionen även en obligatorisk avtalsspärr vid ingående av koncessionskontrakt (artikel 44). Därigenom skulle upphandlande myndigheter tvingas vänta minst 10 dagar med att ingå koncessionskontraktet efter det att tilldelningsbeslutet publicerats. Genom att införa en sådan avtalsspärr skulle ekonomiska aktörer som inte tilldelats koncessionen få tid att begära en domstolsprövning av tilldelningsbeslutet på samma sätt som vid en upphandling i den klassiska sektorn och i försörjningssektorerna.

⁸⁰ Direktiv 89/665/EG och direktiv 92/13/EG (ändrade genom direktiv 2007/66/EG).

Ersättningens härkomst och vissa speciella tjänster

När det gäller frågan var ersättningen för tjänsternas utförande kommer ifrån klargör kommissionen att ett kontraktsförhållande bör anses utgöra en tjänstekoncession även när betalningen till den ekonomiska aktören uteslutande kommer från den upphandlande myndigheten eller enheten, givet att den ekonomiska aktören bär efterfråganderisken. Med sådan riskexponering menas att den ekonomiska aktörens möjlighet att gå med vinst på koncessionsverksamheten är beroende av den faktiska efterfrågan av de tjänster som denne tillhandahåller.⁸¹

Trots förslag till reglering av koncessioner genom direktiv är det kommissionens inställning att medlemsstaterna ska ges stor frihet att organisera så kallade sociala tjänster⁸² på det sätt som de finner lämpligt. Kommissionen betonar därför särskilt att medlemsstater, vid sidan om tilldelning av tjänstekoncessioner, ska fortsätta att ha möjlighet att tillhandahålla sådana tjänster själva alternativt att organisera sådana tjänster på ett sätt som inte innebär att koncessionskontrakt sluts.⁸³

Implementeringsfrist

Kommissionen föreslår att direktivförslaget ska vara implementerat i medlemsstaternas nationella rättsordningar senast den 30 juni 2014 (se artikel 49).

⁸¹ Se beaktandesats (7).

⁸² Se förslagets bilaga X.

⁸³ Se vidare i beaktandesats (22).

7 Avslutande kommentarer

Rättsläget avseende tjänstekoncessioner är förhållandevis oklart. I vissa centrala avseenden saknas tydlig praxis avseende gränsdragningen mellan *tjänstekoncessioner* och *tjänstekontrakt*. Detta medför bland annat att upphandlande myndigheter och enheter ibland har svårt att avgöra om ett tilltänkt kontrakt utgör ett *tjänstekontrakt*, som omfattas av LOU/LUF, eller en *tjänstekoncession*, som omfattas av de allmänna unionsrättsliga principerna. Konkurrensverket vill här särskilt uppmärksamma de svårigheter som myndigheter och enheter kan få med att bedöma om en "betydande del" av den risk som är förknippad med tjänstens utnyttjande har förts över till den ekonomiska aktören.

För att undvika överträdelser av upphandlingslagstiftningen bör den myndighet eller enhet som vill ingå ett tjänstekoncessionsavtal först göra en noggrann rättslig analys. En sådan analys kan visa om det faktiskt handlar om en tjänstekoncession.

Myndigheten eller enheten ifråga bör också fastställa vilka åtgärder som krävs för att en tilldelning av ett tjänstekoncessionsavtal ska vara förenlig med de allmänna unionsrättsliga principer som tjänstekoncessioner omfattas av. Konkurrensverket betonar särskilt att den som tilldelar en tjänstekoncession i dagsläget är skyldig att annonsera tilltänkta tjänstekoncessioner som har ett gränsöverskridande intresse. I sammanhanget uppmärksammar Konkurrensverket särskilt att en annonsering av en tilltänkt *tjänstekoncession* på samma sätt som annonsering av *tjänstekontrakt* stärker möjligheterna för myndigheten att uppfylla de krav på insyn som följer av de allmänna unionsrättsliga principerna.

En genomgång av de krav som följer av dessa principer leder fram till konstaterandet att krav på tilldelning av tjänstekoncessioner i stor

utsträckning liknar de krav som finns i LOU/LUF. Som exempel kan nämnas att tilldelning av tjänstekoncessioner måste omgärdas av insyn, att de kriterier som används vid kontraktstilldelning bland annat måste vara proportionerliga och icke-diskriminerade.

Mot bakgrund av de kontrakt som Konkurrensverket mottagit inom ramen för tillsynsprojektet konstateras att upphandlande myndigheter och enheter använder sig av tjänstekoncessioner i högst varierande utsträckning. Även kunskapen på området verkar variera påtagligt. Konkurrensverket antar att tjänstekoncessioner skulle tillämpas i större utsträckning om det fanns en tydligare definition på området och tydliga och lättillämpade regler om hur upphandlande myndigheter ska agera vid tilldelning av sådana kontrakt. Därigenom skulle upphandlande myndigheter få större möjligheter att utforma upphandlingar på det sätt som är mest lämpligt i det enskilda fallet.

Eventuella resultat av det förslag till koncessionsdirektiv som Europeiska kommissionen har presenterat är vid tidpunkten för den här rapportens färdigställande svåra att förutse. Dagens avsaknad av reglering i sekundärrätten, och därmed också i nationell svensk lagstiftning, medför att samtliga parter som kommer i kontakt med tjänstekoncessioner har begränsade möjligheter att veta hur de ska handskas med kontraktsformen. En mer detaljerad reglering av frågan skulle därför förmodligen vara till stor hjälp vid tilldelning av tjänstekoncessioner, inte minst för upphandlande myndigheter och enheter. Konkurrensverket uppfattar att det för närvarande finns ett förhållandevis stort behov av verktyg för att förtydliga de krav som myndigheter och enheter måste följa när de tilldelar koncessioner. Konkurrensverket antar att reglering av rättsområdet i direktiv mycket väl skulle kunna få sådana effekter.

Syftet med Konkurrensverkets tillsynsprojekt om tjänstekoncessioner har bland annat varit att utreda om undantaget för tjänstekoncessioner utnyttjas i syfte att kringgå upphandlingslagstiftningen, och i

sådana fall i vilken utsträckning. De kontrakt som Konkurrensverket begärde in inom ramen för det genomförda tillsynsprojektet har resulterat i ett begränsat antal tillsynsärenden om sådana befarade överträdelser. Sådana omständigheter får emellertid inte leda till ett antagande att det inte finns kontrakt i kraft som felaktigt har klassificerats som tjänstekoncessioner och som inte har annonserats, trots att de egentligen utgjort upphandlingspliktiga tjänstekontrakt. Det finns flera skäl till varför man kan anta att det finns ett visst mörkertal i sammanhanget. Konkurrensverket vill särskilt uppmärksamma begränsningar när det gäller tidpunkten då de efterfrågade kontrakten ingåtts (2008–2011) och den omständighet att bara de kontrakt som granskats är de som myndigheten eller enheten själva har klassificerat som tjänstekoncession.

Konkurrensverket kommer även fortsättningsvis att bedriva en aktiv och omfattande tillsyn inom ramen för sitt uppdrag. Målet med detta arbete är att säkerställa en korrekt och enhetlig tillämpning av upphandlingslagstiftningen samt en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer. Vid denna tillsyn fokuserar Konkurrensverket särskilt på otillåtna direktupphandlingar. Det innebär bland annat att tillsynsverksamheten även fortsättningsvis kommer att innefatta upphandlande myndigheter och enheters ingående av kontrakt som felaktigt klassificerats som tjänstekoncessioner, trots att de rätteligen utgör tjänstekontrakt och vars ingående förutsätter ett tillämpande av LOU eller LUF.

8 Referenser

8.1 Rättsfall

8.1.1 EU-domstolen

Domar

EU-domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98 *Teckal*, REG 1999 s. I-8121

EU-domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, REG 1999 s. I-8291

EU-domstolens dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*, REG 2000 s. I-8377

EU-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98 *Telaustria*, REG 2000 s. I-10745

EU-domstolens dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03 *Coname*, REG 2005 s. I-7287

EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 *Parking Brixen*, REG 2005 s. I-8585

EU-domstolens dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03 *Kommissionen mot Frankrike*, REG 2005 s. 8831

EU-domstolens dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03 *Contse*, REG 2005 s. I-9315

EU-domstolens dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04 *ANAV*,
REG 2006 s. I-3303

EU-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04 *Carbotermo*,
REG 2006 s. I-4137

EU-domstolens dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05 *Jean Auroux*,
REG 2007 s. I-385

EU-domstolens dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05 *Unibet*,
REG 2007 s. I-2271

EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05 *Tragsa*,
REG 2007 s. I-2999

EU-domstolens dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*,
REG 2007 s. 6657

EU-domstolens dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03
Kommissionen mot Italien, REG 2007 s. I-9777

EU-domstolens dom av den 15 maj 2008 i de förenade målen
C-147/06 och 148/06 *SECAP*, REG 2008 s. I-03565

EU-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06 *Pressetext*,
REG 2008 s. I-4401

EU-domstolens dom av den 11 juni 2009 i mål C-300/07 *Oymanns*,
REG 2009 s. I-4779

EU-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08
Eurawasser, REG 2009 s. I-8377

EU-domstolens dom av den 29 oktober 2009 i mål C-536/07
Kommissionen mot Tyskland, REG 2009 s. 10355

EU-domstolens dom av den 13 april 2010 i mål C-91/08 *Wall*,
REG 2010 s. I-2815

EU-domstolens dom av den 3 juni 2010 i mål C-203/08 *Sporting
Exchange*, REG 2010 s. I-4695

EU-domstolens dom av den 10 mars 2011 i mål C-274/09 *Stadler*
(ännu inte publicerat)

EU-domstolens dom av den 10 november 2011 i mål C-348/10 *Norma*
(ännu inte publicerat)

Förslag till avgörande

Förslag till avgörande av generaladvokat Mazák av den 9 september
2010 i mål C-274/09 *Stadler* (ännu inte publicerat)

8.1.2 Högsta förvaltningsdomstolen

Domar

RÅ 2008 not 101

Dom av den 10 maj 2012 i mål nr 4042-11

Beslut

Beslut av den 10 maj 2012 i mål nr 5074-11

8.1.3 Kammarrätter

Kammarrättens i Göteborg dom av den 23 maj 2011 i mål nr 6515-10

Kammarrättens i Göteborg dom av den 26 maj 2011 i mål nr 6797-10

8.2 Offentligt tryck

8.2.1 Fördrag och stadgor

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Europeiska unionens stadga om de grundläggande friheterna

8.2.2 Förordningar

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen

8.2.3 Direktiv

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentliga upphandlingar av varor och bygg- och anläggningsarbeten

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

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

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet

8.2.4 Nationell författning

Förvaltningslagen (1986:223)

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Lagen (2008:962) om valfrihetssystem

Lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare

Lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen

Tillkännagivande (2011:1037) av tröskelvärden vid offentlig upphandling

8.2.5 Förarbeten

Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Prop. 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem

Prop. 2009/10:60 Nyanlända invandrares arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd

Prop. 2009/10:146 Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen

Prop. 2011/12:106 Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor

SOU 2010:104 E-legitimationsnämnden och Svensk e-legitimation

SOU 2011:77 Hjälpmedel – ökad delaktighet och valfrihet

8.2.6 Tolkningsmeddelanden

Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (EUT C 179 2006-08-01)

8.2.7 Övrigt tryck

Upphandlingsreglerna – en introduktion (Konkurrensverket, februari 2011)

Lagen om valfrihetssystem – en introduktion (Konkurrensverket, april 2012)

Bilaga 1

Sammanställning över tillskrivna upphandlande myndigheter och enheter.

Borlänge kommun	Karlskrona kommun
Borås stad	Karlstads kommun
Botkyrka kommun	Karlstads universitet
Boverket	Konstfack
Domstolsverket	Kriminalvården
Eskilstuna kommun	Kristianstads kommun
Falu kommun	Kungsbacka kommun
Försäkringskassan	Landstinget Dalarna
Gävle kommun	Landstinget Gävleborg
Göteborgs stad	Landstinget i Jönköpings län
Halmstads kommun	Landstinget i Uppsala län
Haninge kommun	Landstinget i Östergötland
Helsingborgs stad	Lidingö stad
Huddinge kommun	Linköpings kommun
Hässleholms kommun	Luleå kommun
Järfälla kommun	Lunds kommun
Jönköpings kommun	Länsstyrelsen Dalarna
Kalmar kommun	Länsstyrelsen Gävleborg

Länsstyrelsen i Blekinge län	Malmö stad
Länsstyrelsen i Gotlands län	Mittuniversitetet
Länsstyrelsen i Hallands län	Mölndals kommun
Länsstyrelsen i Jämtlands län	Nacka kommun
Länsstyrelsen i Jönköpings län	Naturvårdsverket
Länsstyrelsen i Kalmar län	Norrköpings kommun
Länsstyrelsen i Kronobergs län	Norrtälje kommun
Länsstyrelsen i Skåne län	Nyköpings kommun
Länsstyrelsen i Stockholms län	Region Gotland
Länsstyrelsen i Södermanlands län	Region Halland
Länsstyrelsen i Uppsala län	Region Skåne
Länsstyrelsen i Västmanlands län	Statistiska Centralbyrån
Länsstyrelsen i Örebro län	Skellefteå kommun
Länsstyrelsen i Norrbotten	Skogsstyrelsen
Länsstyrelsen i Värmland	Skövde kommun
Länsstyrelsen i Västerbotten	Sollentuna kommun
Länsstyrelsen i Västernorrland	Solna stad
Länsstyrelsen i Västra Götalands län	Statens kulturråd
Länsstyrelsen i Östergötland	Stockholms läns landsting
Malmö högskola	Stockholms stad

Stockholms universitet	Örebro universitet
Sundsvalls kommun	Örnsköldsviks kommun
Swedavia AB	Östersunds kommun
Södertälje kommun	
Trafikverket	
Trelleborgs kommun	
Trollhättans kommun	
Tullverket	
Tyresö kommun	
Täby kommun	
Uddevalla kommun	
Umeå kommun	
Umeå universitet	
Uppsala kommun	
Varbergs kommun	
Västerås stad	
Västra götalandregionen	
Växjö kommun	
Örebro kommun	
Örebro läns landsting	

Kristoffer Sällfors
08-700 16 07
kristoffer.sallfors@kkv.se

Granskning av hur undantag avseende tjänstekoncessioner tillämpas

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige. Under år 2011 genomför Konkurrensverket en granskning av tillämpningen av undantaget avseende tjänstekoncessioner i 1 kap. 2 § femte stycket i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) respektive 1 kap. 11 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).¹

Avsikten med granskningen är att utreda hur nämnda undantag tillämpas bland upphandlande myndigheter och särskilt att identifiera kontrakt som felaktigt klassificerats som tjänstekoncession. Konkurrensverket inhämtar därför information om förekomsten och utformningen av kontrakt klassificerade som tjänstekoncessionskontrakt hos ett antal myndigheter och offentligt ägda bolag. Konkurrensverket kan komma att inleda tillsynsärenden med den information som uppkommer vid denna granskning som grund.

Mot bakgrund av ovanstående önskar Konkurrensverket få information om Ni tilldelat några kontrakt som Ni klassificerar som tjänstekoncessionskontrakt under åren 2008-2011, samt uppgift om planerade tilldelningar av sådana kontrakt. Eventuella kontrakt i fråga ska även inges i kopia. Ni omfattas av upphandlingslagstiftningen och är därför skyldig att besvara frågorna och inkomma med begärda uppgifter. Svar ska ha inkommit till Konkurrensverket senast den **1 augusti 2011**. För ytterligare information kontakta gärna undertecknad, eller Sara Zell, tfn 08-700 16 46 alt. e-post sara.zell@kkv.se.

Kristoffer Sällfors

¹ Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten, se 2 kap. 17 § LOU/ 2 kap. 18 § LUF.

Den här rapporten riktar sig i första hand till upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer som kommer i kontakt med tjänstekoncessioner och som vill skaffa sig ökade kunskaper på området.

Tjänstekoncessioner är undantagna från upphandlingslagstiftningen och det är därför viktigt att upphandlande myndigheter och enheter är medvetna om när ett kontrakt utgör en tjänstekoncession. Rapporten redovisar även en sammanfattning av de tillsynsbeslut som Konkurrensverket har fattat avseende tilldelning av tjänstekoncessioner.

KONKURRENSVERKETS RAPPORTSERIE 2012:4



KONKURRENSVERKET

Swedish Competition Authority

Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se