

JURIDISKA INSTITUTIONEN  
Stockholms universitet

---

# **Svårigheter vid klassificering av ett kontrakt som en tjänstekoncession - nu och i framtiden**

*Sara Olsson*

---

Examensarbete i *Offentlig upphandling*, 30 hp  
Examinator: Ulf Bernitz  
Stockholm, *Höstterminen 2015*



**Stockholms  
universitet**

# Innehållsförteckning

<b>Förkortningar .....</b>	<b>1</b>
<b>1 Inledning .....</b>	<b>2</b>
1.1 Allmänt .....	2
1.2 Ämne .....	4
1.3 Syfte och frågeställning .....	6
1.4 Metod och material.....	7
1.5 Avgränsningar.....	9
1.6 Disposition .....	11
<b>2 Bakgrund.....</b>	<b>13</b>
2.1 Inledning.....	13
2.2 EU:s syfte och lagstiftningskompetens.....	13
2.3 Begreppsförvirring och rättslig utveckling .....	15
2.4 Sammanfattning.....	21
<b>3 Vad utgör en tjänstekoncession .....</b>	<b>23</b>
3.1 Inledning.....	23
3.2 Offentligt kontrakt.....	25

3.3	Offentligt tjänstekontrakt .....	27
3.4	Tredje man .....	29
3.5	Krav på att tjänsten ska tillgodose ett allmänintresse.....	30
3.6	Nya direktivet.....	31
3.7	Sammanfattning.....	32
4	Begreppet utnyttjande av tjänsten.....	34
4.1	Inledning.....	34
4.2	Verksamhetsrisk .....	35
4.3	Ersättning från den upphandlande myndigheten.....	37
4.4	Ersättningen består endast till en del av en rätt att utnyttja tjänsten .....	38
4.5	Frihet att utnyttja tjänsten.....	40
4.6	Direktivet .....	43
4.7	Sammanfattning.....	44
5	Specifikt om definitionen av risken .....	45
5.1	Inledning.....	45
5.2	Marknadens nycker .....	46
5.3	Utbudsrisk .....	48
5.4	Efterfrågerisk .....	49
5.5	Risker som inte omfattas.....	50
5.6	Den befintliga risken.....	51

5.7	Direktivet .....	52
5.8	Sammanfattning.....	54
6	Specifikt om överföringen av risken.....	56
6.1	Inledning.....	56
6.2	Överföring av risken.....	56
6.3	Betydande del .....	59
6.4	Betalning från den upphandlande myndigheten .....	60
6.5	Direktivet .....	64
6.6	Sammanfattning.....	66
7	Sammanfattande slutsatser .....	68
	Käll- och litteraturförteckning.....	72

## Förkortningar

EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapens officiella tidning
EPPPLRev	European Public Private Partnership Law Review
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FEU	Fördraget om den Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
Prop	Proposition till Sveriges riksdag
RÅ	Regeringsrätten (sedan den 1 januari 2011 Högsta Förvaltningsdomstolens) årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap

# 1 Inledning

## 1.1 Allmänt

När statliga myndigheter ska köpa, hyra eller på annat sätt införskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader måste det upphandlas. Upphandlingsförfarandet regleras av ett antal upphandlingslagar som grundar sig i EU-direktiv<sup>1</sup>. Dessa lagar utgörs av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS). För att säkerställa att lagarna efterlevs finns det ett rättsmedelsdirektiv som har genomförts i ovan nämnda lagar.<sup>2</sup> Det innebär bl. a. att upphandlingsskadeavgift kan påföras en upphandlande myndighet vid exempelvis otillåten direktupphandling.<sup>3</sup>

Upphandling regleras, som tidigare nämnts, av EU-rätten genom ett antal direktiv. EU:s främsta syfte är att upprätthålla en gemensam marknad och hög konkurrens genom att etablera en inre marknad med fri rörlighet.<sup>4</sup> EU syftar vidare till att bereda fri rörlighet genom att motverka handelshinder och harmonisera lagstiftning.<sup>5</sup> Upphandlingsreglerna syftar därmed till att upprätthålla konkurrens och tillvarata

---

<sup>1</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

<sup>2</sup> 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 förfarande för prövning av offentlig upphandling.

<sup>3</sup> Se Asplund, Överprövning av upphandling, s. 252.

<sup>4</sup> Se Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 21. Se även Internationell marknadsrätt s. 37

<sup>5</sup> Se Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 21.

leverantörernas intressen.<sup>6</sup> Reglerna bidrar också till att upphandlande myndigheter hushåller med skattemedel när de genomför en upphandling.<sup>7</sup>

När en upphandlande myndighet vill upphandla en tjänst kan den göra det på olika sätt. Oavsett hur den upphandlande myndigheten väljer att upphandla tjänsten måste den dock följa de ovan nämnda lagarna om upphandling. Det finns dock ett antal olika kontraktstyper som inte omfattas av dessa lagar.<sup>8</sup> En upphandlande myndighet kan då välja det sätt på vilket den önskar upphandla kontraktet. Exempelvis går det att upphandla en tjänst på ett sådant sätt som gör att själva kontraktsformen faller utanför tillämpningsområdet för lagarna och de direktiv som gäller på upphandlingsområdet.<sup>9</sup> Den kontraktsform som här åsyftas är en tjänstekoncession. En tjänstekoncession är ett kontrakt där tjänsteleverantören, istället för att få hela sin tjänst ersatt av den upphandlande myndigheten på basis av att den erbjuds på ett visst sätt, får ersättning genom en rätt att utnyttja tjänsten. Vad det innebär är att istället för att den upphandlande myndigheten betalar tjänsteleverantören direkt, är betalningen istället kopplad till utnyttjandet av tjänsten. Ofta innebär det att brukarna själva betalar för tjänsten och den upphandlande myndigheten har endast bestämt var, när och i viss utsträckning hur den aktuella tjänsten ska erbjudas. Det innebär bl.a. att skattemedel inte behöver användas för att en tjänst ska kunna erbjudas allmänheten samt att tjänsteleverantören i större utsträckning får möjlighet att med tiden utveckla och förbättra tjänsten efter eget bevåg för att öka sina intäkter.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 60 f.

<sup>7</sup> Se Bergman m.fl., Offentlig Upphandling, Offentlig Upphandling, s. 14.

<sup>8</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 96 ff.

<sup>9</sup> Se direktiv 2004/17/EG, direktiv 2004/18/EG och direktiv 2009/81/EG.

<sup>10</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 105 ff.

## 1.2 Ämne

En tjänstekoncession är, som nämnts, en kontraktstyp som faller utanför tillämpningsområdet för de direktiv som gäller på upphandlingsområdet.<sup>11</sup> Det innebär att de förfaranderegler som gäller vid offentlig upphandling inte måste följas vid upphandling av en tjänstekoncession.<sup>12</sup> Att avgöra huruvida ett kontrakt kan klassificeras som en tjänstekoncession är således avgörande för på vilket sätt den upphandlande myndigheten får upphandla kontraktet.

Dock måste fortfarande de allmänna principerna, som följer av EU-domstolens praxis och som grundar sig i de fyra friheterna, tillämpas om tjänstekoncessionen kan anses ha ett gränsöverskridande intresse.<sup>13</sup> Om ett kontrakt felaktigt klassificerats som en tjänstekoncession och upphandlas därefter kan det ha skett en otillåten direktupphandling.<sup>14</sup> Om det skett en otillåten direktupphandling kan det medföra att kontraktet ogiltigförklaras.<sup>15</sup> Det är därför av vikt att avgöra vilka kontrakt som kan klassificeras som en tjänstekoncession och därmed anses omfattas av undantaget.<sup>16</sup>

Vad som främst utmärker en tjänstekoncession är att tjänsteleverantören, istället för att få hela sin ersättning från den upphandlande myndigheten, får en rätt att utnyttja den tjänst som den upphandlande myndigheten valt att upphandla.<sup>17</sup> För att klassificera ett kontrakt som en tjänstekoncession krävs det således att en vet vad som omfattas av en rätt att utnyttja tjänsten. I praktiken betyder det ofta att den

---

<sup>11</sup> Se art. 18 i direktiv 2004/17/EG, art. 17 i direktiv 2004/18/EG.

<sup>12</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 96 ff.

<sup>13</sup> Se dom Telaustria (C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669), p. 60. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 95 samt Bergman m.fl., Offentlig Upphandling, s. 142.

<sup>14</sup> Se Asplund, Överprövning av upphandling, s. 259 f.

<sup>15</sup> Se Asplund, Överprövning av upphandling, s. 252.

<sup>16</sup> Se Asplund, Överprövning av upphandling, s. 64.

<sup>17</sup> Se Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 175.



upphandlande myndigheten låter tjänsteleverantören ta betalt av brukarna av tjänsten istället för att själv betala tjänsteleverantören med skattemedel. Se exempelvis de låncyklar som idag finns i Stockholms innerstad.<sup>18</sup> Ofta får även tjänsteleverantören ta på sig ansvaret för tillhandhållandet av tjänsten vilket bl.a. innebär att tjänsteleverantören får stå risken för brister i tjänstens leverans. Tjänsteleverantören får också en viss frihet i hur denne väljer att utforma tjänsten.<sup>19</sup> Den upphandlande myndigheten ersätter således inte tjänsteleverantören fullt ut för tjänsten men får heller inte bestämma fullt ut hur tjänsteleverantören ska utnyttja tjänsten. En tjänstekoncession är ett sätt för den upphandlande myndigheten att rikta den privata marknaden. Att göra ett ingrepp genom att säga vad som ska erbjudas utan att själv finansiera det.

EU-domstolen har sedan början av 2000-talet fått ett ökat antal mål som berör definitionen på tjänstekoncessioner. Det visar både på ett ökat intresse för upphandling av tjänstekoncessioner och en önskan från medlemsstaterna att få en klarare definition på upphandlingsformen.<sup>20</sup> Att det finns en oklarhet i definitionen visar sig också i och med att Kammarrätten i Göteborg vid två olika tillfällen klassificerat ett och samma kontrakt som både en tjänstekoncession och ett offentligt tjänstekontrakt.<sup>21</sup>

Något som ytterligare visar på svårigheten att klassificera ett kontrakt som en tjänstekoncession är att det i nya direktivet på området lagts mycket vikt vid att utveckla definitionen av en koncession.<sup>22</sup> Kommissionen har därmed önskat att öka rättssäkerheten och därmed möjligheten till att upphandla både tjänster och

---

<sup>18</sup> Se vidare Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 182.

<sup>19</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 127.

<sup>20</sup> Se Neergaard, The concept of concission in the EU public procurement law s. 149.

<sup>21</sup> Se vidare Falk, Lag om offentlig upphandling, s. 716.

<sup>22</sup> Se Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, se främst skäl 18-20 samt art. 5.

byggentreprenader som koncessioner.<sup>23</sup> En fråga blir dock om rättsläget och framför allt definitionen av en tjänstekoncession förändras i och med genomförandet av det nya direktivet.

### 1.3 Syfte och frågeställning

Då tjänstekoncessioner inte omfattas av direktiven är det således av vikt att avgöra vilka kontrakt som ska klassificeras som en tjänstekoncession. Förevarande arbete har följaktligen som målsättning att redogöra för hur en tjänstekoncession ska klassificeras i enlighet med EU-rätten. Arbetet syftar därmed till att systematisera de många EU-domar på området samt den doktrin som behandlar ämnet. Arbetet syftar vidare till att klargöra i vilken utsträckning de nya direktiven kan anses kodifiera det nuvarande rättsläget.

För att göra det kommer följande frågor att besvaras:

- Vad är den rättsliga definitionen av en tjänstekoncession i enlighet med EU-rätten?
- I vilken utsträckning kodifierar det nya direktivet om tilldelning av koncessioner den gällande definitionen av en tjänstekoncession?

För att besvara den första frågan ställs ett antal delfrågor:

- Vad menas med uttrycket ”en rätt att utnyttja tjänsten”?
- Vilken typ av risk är det som överförs på tjänsteleverantören för att ett kontrakt ska klassificeras som en tjänstekoncession?
- När kan risken som ska överföras på tjänsteleverantören anses överförd?

---

<sup>23</sup> Se Direktiv 2014/23/EU, skäl 1.

## 1.4 Metod och material

Det finns ett antal metoder som går att använda för att belysa olika aspekter av en tjänstekoncession. Beroende på vilket fokus ett visst arbete har kan exempelvis en rättsekonomisk metod användas. Syftet kan då vara att redogöra för hur upphandling av en tjänstekoncession skiljer sig i förhållande till ett offentligt tjänstekontrakt och då belysa vilka ekonomiska för- respektive nackdelar det finns med att upphandla en tjänst som en tjänstekoncession.<sup>24</sup> Även en komparativ juridisk metod kan användas exempelvis för att jämföra hur tjänstekoncessioner används i de olika medlemsstaterna inom EU.<sup>25</sup> Språk och tillgänglighetssvårigheter gör dock att denna metod varit olämplig för förevarande arbete och dessutom endast gett ett exemplifierande tillskott då grunden för tolkningen alltid måste ligga i EU-rätten när det är fråga om en artikel i en EU-rättsakt.<sup>26</sup> Vad som ligger i fokus för förevarande arbete är dock att redogöra för hur en tjänstekoncession ska klassificeras med utgångspunkt i rättskällorna, främst i de domar från EU-domstolen som behandlat frågan. För att besvara ovanstående rättsfrågor kommer därför den rättsdogmatiska metoden att användas. Den rättsdogmatiska metoden syftar främst till att fastställa, systematisera och tolka gällande rätt med beaktan av de relevanta rättskällorna i enlighet med rättskällevärdet och är således den mest passande metoden för att uppnå det syfte som arbetet har.<sup>27</sup> Någon precis definition av den rättsdogmatiska metoden finns dock inte även om de flesta redogörelser för den har

---

<sup>24</sup> Se Korling och Zamboni, Juridisk metodlära, s. 175 ff.

<sup>25</sup> Se Korling och Zamboni, Juridisk metodlära, s. 141 ff. Se även Lehrberg, Bert, Rättsvetenskap i praktikens tjänst? - Tankar rörande civilrättsforskningens arbetsuppgifter, SvJT 1991 s. 755 f.

<sup>26</sup> Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 193.

<sup>27</sup> Se Peczenik, Aleksander, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005 s. 249 och Sandgren, Claes, Vad är Rättsvetenskap?, TfR 2005 s. 648 ff. Jfr dock Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s. 35 ff. Se även Korling och Zamboni, Juridisk metodlära, s. 21.

många gemensamma drag.<sup>28</sup> Som sagt är dess främsta syfte att argumentera för ett visst rättsläge med grund i rättskällorna i enlighet med rättskällevärdet. Rättskällevärdet i sin tur är en lära som omfattar både vilka rättskällor som finns inom rättsvetenskapen men också den normhierarki som gäller.<sup>29</sup> Målsättningen med förevarande arbete är att analysera de relevanta rättskällorna och därmed klargöra gällande rätt på området. För att göra detta krävs således en rättsanalytisk metod som den rättsdogmatiska. Den svenska rättskällevärdet berör dock endast de svenska rättskällorna och är således inte tillräcklig i ett arbete på EU-rättsnivå.<sup>30</sup> Vad som även måste beaktas vid val av metod är det faktum att klassificeringen av en tjänstekoncession tar sin utgångspunkt i en EU-rättskälla, nämligen art. 1.5 i direktiv 2004/18/EG och det saknas i dagsläget ytterligare kodifiering på området. Därför måste istället för den nationella rättskällevärdet en EU-rättslig metod användas som inbegriper både EU-domstolens domar på området och doktrin från andra medlemsstater,<sup>31</sup> men också de tolkningsprinciper som används inom EU-rätten.<sup>32,33</sup> Det gör att EU-domstolens avgöranden till stor del kommer ligga till grund för den analys som görs i förevarande arbete.

Utöver EU-domstolens avgöranden finns doktrin och artiklar på området vilka sökt sammanställas och redogöra för vad EU-domstolens avgöranden kan anses inne-

---

<sup>28</sup> Se t.ex. Wahlgren, Peter, Syfte och nytta med rättsvetenskapliga arbeten, SvJT 2002 s. 300 f. och Olsen, Lena, Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s. 106 f. Jmf. även Metod, s. 17.

<sup>29</sup> Se Bernitz, Ulf, m.fl., Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder, 13 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2014, s. 31 ff. Se även Korling och Zamboni, Juridisk metodlära, s. 26 och Juridik, s. 39 ff.

<sup>30</sup> Se Olsen, Lena, Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s. 116.

<sup>31</sup> Se Hettne och Otken, EU-rättslig metod, s. 40.

<sup>32</sup> Se Hettne och Otken, EU-rättslig metod, s. 158 ff. Se även Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 178 ff.

<sup>33</sup> För en jämförelse mellan svensk och europeisk juridisk metod se Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 194 ff. En relevant skillnad är bl.a. att det i svensk rätt görs analog tolkning av bestämmelser på andra närliggande rättsområden samt att det inom EU-rätten går att söka stöd i primärrätt och allmänna rättsprinciper.

bära. De mest relevanta och som också främst ligger till grund för denna framställning är Andrea Sundstrands doktorsavhandling *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* som behandlar ämnet inom ramen för primärrättens reglering. Även Sue Arrowsmith behandlar ämnet i sitt verk *The Law of Public and Utilities Procurement*. De båda författarna har i många aspekter en liknande uppfattning om hur en tjänstekoncession ska klassificeras men skiljer sig åt främst när det kommer till betalningen av tjänsten vilket kommer utvecklas närmare nedan.

Som nämnts finns ett nytt direktiv om tilldelning av koncessioner,<sup>34</sup> direktivet har dock ännu inte genomförts i svensk lagstiftning varför det inte för närvarande utgör gällande rätt.<sup>35</sup> I förevarande arbete kommer dock en jämförelse göras med nu gällande rätt och det nya direktivet varför definitionen av en tjänstekoncession i det nya direktivet ändå får relevans för framställningen.

## 1.5 Avgränsningar

Då definitionen av kontraktsformen tjänstekoncession är likalydande i både direktivet för den klassiska sektorn som ligger till grund för LOU och direktivet för försörjningssektorerna som ligger till grund för LUF kommer fortsättningsvis hänvisningar endast att göras till direktivet för den klassiska sektorn och LOU.<sup>36</sup> Som tidigare nämnts har kommissionen antagit ett nytt direktiv om tilldelning av kon-

---

<sup>34</sup> Direktiv 2014/23/EU.

<sup>35</sup> Se Hettne och Otken, EU-rättslig metod, s. 178 f.

<sup>36</sup> Se art 1.4 i direktiv 2004/18/EG och art. 1.3b i 2004/17/EG. Se även dom Eurawasser (C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540), p.43. Vad som här ska nämnas är att det numera finns en ny hänvisningsmetod för EU-domstolens avgöranden som kommer att användas genomgående i förevarande arbete. För ytterligare information om förändringen se Lindblom, Ingalill, Hur hittar jag domen? – Om det nya sättet att hänvisa till EU-domstolens rättsfall, ERT 2014:3 s. 505.

cessioner.<sup>37</sup> Direktivet kommer dock ej att behandlas i sin helhet utan kommer att användas för att klargöra i vilken utsträckning det kan anses kodifiera det nuvarande rättsläget när det kommer till klassificeringen av ett kontrakt som en tjänstekoncession.

Trots att tjänstekoncessionskontrakt ofta även utgör ensamrätter kommer det inte att beröras i följande arbete då fokus ligger på att definiera kontraktsformen och inte på att klargöra vad kontraktsformen i övrigt kan omfattas av.<sup>38</sup> Även om tjänstekoncessioner dessutom kan aktualisera frågor kring statsstöd kommer heller inte det att behandlas inom området för arbetet då det endast syftar till att klargöra klassificeringen av ett kontrakt och inte de ekonomiska konsekvenser som följer där av.<sup>39</sup> Arbetet kommer heller inte att behandla s.k. tillståndskoncessioner vilket är en annan typ av koncession som ligger betydligt närmare det EU-rättsliga begreppet ensamrätt.<sup>40</sup>

Valfrihetssystem har av regeringen tidigare ansetts utgöra tjänstekoncessioner<sup>41</sup> vilket dock har ifrågasatts av lagrådet<sup>42</sup>. I det nya direktivet om tilldelning av koncessioner har dock kommissionen uttryckligen undantagit sådana system.<sup>43</sup> Frågor kring valfrihetssystem och deras klassificering som tjänstekoncession kommer dock inte att behandlas inom ramen för förevarande arbete då det inte belyser frågeställningarna på ett sätt som tillför arbetet något ytterligare. Inte heller de för

---

<sup>37</sup> Direktiv 2014/23/EU.

<sup>38</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 106, se även Bergman m.fl., Offentlig Upphandling, s. 136 f.

<sup>39</sup> För en redogörelse på området statsstöd se istället Indén, Tobias, EU:s statsstödsrätt, Iustus, Uppsala, 2013.

<sup>40</sup> Se mål C-203/08, Sporting Exchange. Se även Sundstrand, s. 106.

<sup>41</sup> Se prop. 2008/09:29 s. 52 ff.

<sup>42</sup> Se prop. 2009/10:60 s. 86 ff. och 211 ff. och prop. 2009/10:146 s. 16 ff. och 33 f.

<sup>43</sup> För ett resonemang kring valfrihetssystem och dessas klassificering som tjänstekoncession se Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, överlämnad till Lagrådet den 4 juni 2015, s. 315 ff.

tjänstekoncessionerna närliggande byggkoncessionerna kommer att omfattas av arbetet trots många av samma avvägningar och frågeställningar uppkommer när det gäller att klassificera en byggkoncession.<sup>44</sup>

I förevarande arbete kommer vidare endast tjänstekoncessioner över tröskelvärdena att behandlas.<sup>45</sup> De förfaranderegler som gäller för den faktiska upphandlingen av tjänstekoncessioner, alltså regler kring annonsering och tilldelningen av kontraktet, kommer endast att beröras i den mån det anses relevant för förevarande framställning.<sup>46</sup> Även rättsmedel vid överprövning av klassificeringen av ett kontrakt som en tjänstekoncession har lämnats utanför förevarande arbete. Främst då det är en problematik för sig eftersom rättsmedelsdirektivet endast omfattar de kontraktstyper som inte är undantagna från direktiven på upphandlingsområdet.<sup>47</sup>

## 1.6 Disposition

Arbetet inleds med ett kapitel benämnt bakgrund som beskriver den rättsliga bakgrunden och utvecklingen på området och dess grund i EU-rätten samt EU:s syfte och lagstiftningskompetens. Anledningen till det är att förklara för läsaren varför kontraktsformen tjänstekoncessioner ej omfattas av direktivens tillämpningsområ-

---

<sup>44</sup> Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 108 samt Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 178 ff.

<sup>45</sup> För kontrakt under tröskelvärdena se Sundstrand, s. 99 ff.

<sup>46</sup> När det kommer till tjänstekoncessioner, som alltså är undantagna från direktiven på upphandlingsområdet, gäller istället de allmänna principerna på upphandlingsområdet vid tilldelning om koncessionen kan anses ha ett gränsöverskridande intresse. För mer om det se Sundstrand, s. 108 ff. Jmf. även Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 190 ff. Se även Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna Rättsprinciper i EU:s domstol, s. 45 ff.

<sup>47</sup> Se art. 1 i direktiv 2007/66/EG. För mer om problematiken kring rättsmedel och överprövning av klassificering av tjänstekoncessionskontrakt se Överprövning, s. 68 ff. samt Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 194 f. Jmf. även Stridh, Christopher, Överprövning av tjänstekoncessioner genom förvaltningsbesvär, ERT 2012:4, s. 696.

den men ändå definieras utifrån EU-rätten och omfattas av dess allmänna principer. Efterföljande kapitel kommer sedan att introducera läsaren för kontraktsformen tjänstekoncession på ett övergripande plan med utgångspunkt i den bestämmelse som för närvarande definierar vad som omfattas av begreppet tjänstekoncession. I kapitel fyra kommer sedan en närmare förklaring av vad uttrycket “en rätt att utnyttja tjänsten” omfattar samt hur detta sätt att ersätta tjänsteleverantören kan kombineras med betalning från den upphandlande myndigheten. I kapitel fem görs sedan en utveckling av vad som menas med verksamhetsrisk som för att en tjänstekoncession ska anses föreligga måste ha överförts från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören. Kapitel sex kommer sedan att utreda när den benämnda verksamhetsrisken kan anses ha överförts från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören. Arbetet avslutas sedan med ett sammanfattande kapitel där de mest relevanta slutsatserna från föregående kapitel sammanställs så att läsaren kan få en klarare bild av svårigheterna med att klassificera ett kontrakt som en tjänstekoncession.



## 2 Bakgrund

### 2.1 Inledning

I följande kapitel redogörs för varför tjänstekoncessioner idag är undantagna från direktiven om offentlig upphandling. För att lättare söka förklara det görs en kort beskrivning av EU:s allmänna syfte samt dess kompetens på området. Det klargörs där varför tjänstekoncessioner omfattas av EU-rätten trots att de inte omfattas av direktivet samt varför EU har kompetens att nu lagstifta kring koncessioner. Därefter görs en genomgång av rättsutvecklingen när det kommer till regleringen av tjänstekoncessioner samt den begreppsförvirring och definitionsproblematik som i stort präglar rättsutvecklingen på området.

### 2.2 EU:s syfte och lagstiftningskompetens

Den europeiska unionen är ett överstatligt samarbete som syftar till att skapa en gemensam marknad med en social marknadsekonomi och hög konkurrens. Det inbegriper en önskan att skapa fri rörlighet genom att motverka handelshinder och harmonisera de olika medlemsstaternas nationella rättsordningar.<sup>48</sup> Inom unionen vill man uppnå en effektivare gränsöverskridande konkurrens genom upprättandet av en inre marknad.<sup>49</sup> För att uppnå det har medlemsstaterna gett EU kompetens att lagstifta på områden som påverkar denna inre marknad.<sup>50</sup> Det är främst legali-

---

<sup>48</sup> Se Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 21 och 23 och Bernitz, Ulf, Internationell marknadsrätt, 2 uppl., (kompendieutgåva), Marknadsför-laget AB, Stockholm, 1990, s. 37.

<sup>49</sup> Se Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 30 och 33 ff.

<sup>50</sup> Se Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 36 och Asplund, Överprövning av upphandling, s. 12.

tetsprincipen som avgör vidden av den lagstiftningskompetens som EU har.<sup>51</sup> Kompetensen som EU har syftar främst till att uppnå de gemensamma mål som man har inom unionen.<sup>52</sup> Även subsidiaritetsprincipen är viktig då den slår fast att EU endast får vidta åtgärder på unionsnivå om syftet inte kan uppnås på nationell nivå.<sup>53</sup>

Regleringen kring den offentliga upphandlingen ses som ett led i att uppnå den inre marknaden vilket innebär att EU har s.k. delad kompetens. Det innebär att EU har kompetens att lagstifta på hela området men att medlemsstaterna ges möjlighet att själva lagstifta på området om EU valt att inte utnyttja sin kompetens.<sup>54</sup> Det visar sig på upphandlingsområdet bl.a. genom att medlemsstaterna själva får bestämma om de vill reglera upphandlingar som faller under de s.k. tröskelvärdena vilket är det som till stor del avgör huruvida ett upphandlingskontrakt anses omfattas av direktiven på området.<sup>55</sup> Anledningen till att EU valt att inte låta kontrakt under tröskelvärdena omfattas av direktiven och heller inte bl.a. hyreskontrakt samt kontrakt vars föremål utgörs av en s.k. B-tjänst är att de inte anses ha ett gränsöverskridande intresse.<sup>56</sup> I förevarande arbete redogörs dock för ytterligare ett kontrakt som är undantaget från direktivets tillämpningsområde, nämligen tjänstekoncessioner.<sup>57</sup> Vad som dock skiljer tjänstekoncessionsundantaget från de andra undantagen är att de inte undantagits p.g.a. att de inte har ansetts ha ett gränsöverskridande intresse utan istället för att medlemsstaterna inte kunnat enas om

---

<sup>51</sup> Legalitetsprincipens externa beslutsfördelning som här åsyftas innebär att EU inte får lagstifta utanför den kompetens som följer av fördragen. Se Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 37.

<sup>52</sup> Se Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 37.

<sup>53</sup> Se Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 42 ff.

<sup>54</sup> Se Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 39 och 425.

<sup>55</sup> Se art. 7 i direktiv 2004/18/EG. Se även Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 99 ff.

<sup>56</sup> Se Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 139 ff. samt Bergman m.fl., *Offentlig Upphandling*, s. 135. Undantagen finns i art. 16 i direktiv 2004/18/EG.

<sup>57</sup> Se art. 17 i direktiv 2004/18/EG.

en enhetlig definition av kontraktstypen.<sup>58</sup> Att tjänstekoncessioner är undantagna bygger således inte på att EU inte anser sig ha kompetens.<sup>59</sup> EU-rätten och även de allmänna principerna är således tillämpliga fullt ut när det gäller både klassificering av kontraktstypen tjänstekoncession och upphandling av en sådan.<sup>60</sup>

### 2.3 Begreppsförvirring och rättslig utveckling

Utvecklingen på upphandlingsområdet inom EU-rätten har varit långsam men händelserik. Som inom alla lagstiftningsprocesser har det hela tiden funnits ett syfte och det är vad som hela tiden varit målsättningen med regelverken. Inom EU-rätten är målsättningarna som tidigare diskuterats många. När det kommer till upphandling, som bedöms vara en del av den inre marknaden<sup>61</sup>, är det dock främst de fyra friheterna och därmed konkurrensen som ligger i fokus.<sup>62</sup> Som alltid är dock även rättssäkerheten ett övergripande syfte,<sup>63</sup> främst då offentlig upphandling innebär att staten i mycket stor utsträckning påverkar konkurrensen på ett område.<sup>64</sup> Utvecklingen kan anses börja med det första direktivet som kom år 1971 och omfattade då endast bygg och anläggningsarbeten.<sup>65</sup> Det direktivet undantogs uttryckligen byggkoncessioner.<sup>66</sup> I förslaget till de första direktiven på tjänsteområdet föreslog kommissionen att tjänstekoncessioner skulle regleras på samma sätt

---

<sup>58</sup> Se nedan i avsnitt 2.3.

<sup>59</sup> Se ovan samt Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 41.

<sup>60</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 95.

<sup>61</sup> Se Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 425 f.

<sup>62</sup> Se vidare Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 34 ff.

<sup>63</sup> Se vidare om rättssäkerheten som övergripande princip i Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 161 ff.

<sup>64</sup> Se bl.a. Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, (EUT C 179, s. 2). Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 34 ff.

<sup>65</sup> Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfaranden vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

<sup>66</sup> Se art. 3.1 i direktiv 71/305/EEG.

som byggkoncessioner reglerats i direktivet från år 1971.<sup>67</sup> Efter att medlemsstaterna fått yttra sig valde dock rådet att stryka hänvisningen till tjänstekoncessioner. Det motiverades bl. a. med att skillnaderna i medlemsstaterna kunde skapa en situation där marknaden för tjänstekoncessioner skulle öppnas i olika stor utsträckning i olika medlemsstater samt att tjänstekoncessioner, som det definierades inom EU-rätten, endast förekom i en av medlemsstaterna.<sup>68</sup> Vad rådet här syftar till är den begreppsförvirring som i stor utsträckning förelegat när det kommer till begreppet tjänstekoncession. Ordet koncession har funnits inom rätten betydligt längre än den kontraktstyp som i direktiven idag kallas koncession. Det kan göra någon som efterforskar definitionens grund något förvirrad och diskuteras utförligt i en artikel av Ulla Neergaard.<sup>69</sup> Hon konstaterar där att det som ofta tidigare benämnts som koncession är det som man inom EU-rätten, och även senare nationell rätt influerad av EU rätten, kallar ensamrätt. I Sverige finns exempelvis s.k. tillståndskoncessioner som utgör just ensamrätter att bedriva viss verksamhet.<sup>70</sup> Medlemsstaternas olika definition av vad en koncession omfattar och den begreppsförvirring som således rått är därför relevant för den avsaknad av lagstiftning som länge förelegat på området.

Tjänstekoncessioner nämndes därför inte alls i de direktiv som antogs i början av 1990-talet.<sup>71</sup> År 1998 kom dock den första EU-domen på området, *Telaustria*.<sup>72</sup> I

---

<sup>67</sup> Kommissionens ändrade förslag till rådsdirektiv 91/C 250/05 av den 28 augusti 1991 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT C 250, s. 4) och kommissionens ändrade förslag till rådsdirektiv 89/C 264/02 av den 18 juli 1989 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT C 264, s. 22).

<sup>68</sup> Se dokument nr 4444/92 ADD 1 av den 25 februari 1992, punkt 6, med rubriken "Rådets motivering" och dokument nr 5250/90 ADD 1 av den 22 mars 1990, punkt 10, med rubriken "Rådets motivering". Se även dom *Telaustria* (ECLI:EU:C:2000:669), p. 48 och 50.

<sup>69</sup> Se Neergaard, *The concept of concission in the EU public procurement law*, s. 175 ff.

<sup>70</sup> Se Sundstrand, s. 106. Se även Madell & Indén, *Offentlig-Privat Samverkan*, s. 176.

<sup>71</sup> Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster och rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av

domen gick EU-domstolen igenom den ovan beskrivna rättsutvecklingen och la det som grund för sitt svar på tolkningsfrågorna.<sup>73</sup> Domstolen konstaterade att ett kontrakt där ersättningen består helt eller delvis av att dra ekonomisk nytta av tjänsten inte omfattas av direktiven eftersom rådet valt att inte gå på kommissionens linje och låta direktiven omfatta kontraktstypen.<sup>74</sup> Någon mer preciserad definition av vad en tjänstekoncession är eller vad det innebär att ekonomiskt utnyttja en tjänst uttryckte inte EU-domstolen, varför den begreppsförvirring som tidigare omtalats inte klargjordes nämnvärt. EU-domstolen konstaterade dock att trots att tjänstekoncessioner faller utanför tillämpningsområdet för direktiven så omfattas de fortfarande av EU:s kompetens, varför de allmänna principerna är tillämpliga vid upphandling av sådana avtal.<sup>75</sup>

År 2000 kom dock kommissionen med ett tolkningsmeddelande<sup>76</sup> vars syfte var att söka klargöra definitionen av en koncession samt de regler som gäller för dessa.<sup>77</sup> Fyra år senare trädde de nya upphandlingsdirektiven i kraft.<sup>78</sup> Där undantogs uttryckligen tjänstekoncessioner och den definition som EU-domstolen uttryckt i domen *Telaustria*.<sup>79</sup> Samtidigt som direktiven trädde i kraft utkom även kommiss-

---

upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

<sup>72</sup> Se dom *Telaustria* (ECLI:EU:C:2000:669).

<sup>73</sup> Se mer om EU-domstolens möjlighet till historisk tolkning i Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 188.

<sup>74</sup> Se dom *Telaustria* (ECLI:EU:C:2000:669), p. 43, 46-51 och 56.

<sup>75</sup> Se dom *Telaustria* (ECLI:EU:C:2000:669), p. 60.

<sup>76</sup> Ett tolkningsmeddelande är en icke-bindande normgivning från kommissionen som syftar till att klargöra hur kommissionen ämnar utnyttja sitt skönsmässiga bedömningsutrymme i framtida beslut. Vad som dock ska påpekas är att det kan strida mot likabehandlingsprincipen och skyddet för berättigade förvandlingar om kommissionen sedan frångår den bedömning den en gång gjort. Se Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 58 och 180.

<sup>77</sup> Se kommissionens tolkningsmeddelande om koncession enligt EG-rätten (EGT C 121, s. 2).

<sup>78</sup> Se direktiv 2004/18/EG och direktiv 2004/17/EG.

<sup>79</sup> Se art. 1.4 i direktiv 2004/18/EG och art 1.3b i direktiv 2004/17/EG.

ionen med en grönbok<sup>80</sup> som utgör det första förberedande dokumentet till det nu antagna direktivet om tilldelning av koncessioner.<sup>81</sup> I grönboken uttalade kommissionen en önskan att utreda huruvida det fanns ett behov av reglering på området.<sup>82</sup> Kommissionen hade som grund för denna frågeställning den tidigare omtalade begreppsförvirringen och ”brister i enligheten mellan medlemsstaterna”.<sup>83</sup> Grönboken skulle verka som ett diskussionsunderlag för medlemsstaterna i det fortsatta arbetet med att få klarhet i vad som åsyftades med en tjänstekoncession inom EU-rätten samt hur upphandling av dessa typer av avtal skulle ske.<sup>84</sup> Medlemsstaterna fick därefter möjlighet att yttra sig över det som kommissionen påtalat i grönboken.<sup>85</sup> Många medlemsstater uttryckte sig då positiva till en reglering av tjänstekoncessioner. De ansåg att tilldelningen av sådana kontrakt skulle öka om rättsosäkerheten minskade.<sup>86</sup> Efter att medlemsstaterna yttrat sig över innehåll-

---

<sup>80</sup> En grönbok är ett policydokument där kommissionen bl.a. formulerar problemställningar och resonerar kring åtgärdsalternativ vilka medlemsstaterna sedan ges möjlighet att yttra sig över. Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 74.

<sup>81</sup> Se kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2004)0327 slutlig, 30.4.2004) och direktiv 2014/23/EU. Grönboken företrädades även av ett samråd mellan medlemsstaterna. Se yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Grönbok om tjänster i allmänhetens intresse” (EUT C 80, 30.3.2004 s. 66). För en redogörelse av den rättsliga utvecklingen på området se även Sundstrand, s. 108 ff. samt SOU 2014:69 s. 91 ff.

<sup>82</sup> Se Grönboken om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, p. 17.

<sup>83</sup> Se a.a., p. 14.

<sup>84</sup> Se a.a. p. 17. Se även Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 184.

<sup>85</sup> Se Report on the consultation on the Green Paper on Public-Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions, Commission Staff Working Paper, (SEC(2005)0629,3.5.2005).

<sup>86</sup> Se a.a. Se vidare Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 109 f.

let i grönboken kom kommissionen ut med en vitbok<sup>87</sup> i vilken kommissionen uttryckte att reglering på området var den bästa lösningen.<sup>88</sup>

Att lösningen på en begreppsförvirring p.g.a. att medlemsstaterna har olika definitioner av ett visst juridiskt begrepp blev att lagstifta på området är föga förvånande. Främst då ett av de främsta syftena med EU-rätten är just att harmonisera medlemsstaternas rättsordningar.<sup>89</sup> En förklaring till att det tog så lång tid innan detta skedde är dock att EU:s kompetens begränsas av den ovan nämnda subsidiaritetsprincipen.<sup>90</sup>

Redan år 2003 avgjorde dock EU-domstolen sitt andra klagörande mål om klassificeringen av ett kontrakt som en tjänstekoncession. I domen *Parking Brixen* utvecklade EU-domstolen vad som åsyftades med uttrycket att nyttja tjänsten. EU-domstolen uttryckte då att vad som åsyftades var en riskövergång från den upphandlande myndigheten.<sup>91</sup> I domen *Oymanns* utvecklade EU-domstolen ytterligare vad som åsyftas med rätten att utnyttja en tjänst. I domen fastslog EU-domstolen att det utöver en riskövergång även krävs att tjänsteleverantören ges en viss frihet att utforma de ekonomiska villkoren för tillhandahållandet av tjänsten.<sup>92</sup> Året där på kom EU-domstolens mål *Eurawasser* där frågan än en gång utgjordes av klassificeringen av ett kontrakt som en tjänstekoncession. EU-domstolen fastslog där att, om betalningen för tjänsten kommer från tredje man och risken kan anses över-

---

<sup>87</sup> En vitbok utgör ett mer preciserat åtgärdsprogram som ofta följer efter att medlemsstaterna och andra intresserade kretsar fått framföra sina synpunkter på en viss grönbok. Se Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 74.

<sup>88</sup> Se kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2005)0569 slutlig, 15.11.2005).

<sup>89</sup> Se Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 21.

<sup>90</sup> Se Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 41.

<sup>91</sup> Se dom *Parking Brixen* (C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605), p. 39-40. Att det är risköverföringen som är den springande punkten påpekades även i domen *Contse SA m.fl.*, (C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644) som kom samma år.

<sup>92</sup> Se dom *Oymanns* (C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358), p. 71.

förd, är kontraktet att klassificeras som en tjänstekoncession.<sup>93</sup> EU-domstolen påpekade vidare att det är den befintliga risken, alltså den som den upphandlande myndigheten står vid ett offentligt tjänstekontrakt, som ska överföras på tjänsteleverantören. Risken i sig behöver således inte vara betydande utan det viktiga är att den del av den befintliga risken som överförs är betydlig.<sup>94</sup> Trots denna precisering vad det dock fortfarande mycket svårt för medlemsstaterna att avgöra när ett kontrakt ska klassificeras som en tjänstekoncession. Det visar sig inte främst i domen Stadler som kom år 2009 där EU-domstolen ytterligare preciserade begreppet utnyttja tjänsten och då främst genom att mynta begreppet utsättas för marknadens nycker samt exemplifiera vilka risker som omfattas av den s.k. verksamhetsrisken.<sup>95</sup> Den stora mängd avgöranden på området under 2000-talets första decennium visar på att den begreppsförvirring och de oklarheter i hur en tjänstekoncession ska klassificeras kvarstod även efter de åtgärder som kommissionen vidtagit på området.<sup>96</sup>

År 2010 presenterade kommissionen ett nytt meddelande på området offentlig upphandling som innehöll 50 stycken åtgärds punkter för att ”skapa en verkligt konkurrenskraftig social marknadsekonomi”. I punkt nr 18 fastslog kommissionen att den ämnade att lägga fram ett förslag till direktiv om tjänstekoncessioner.<sup>97</sup> Förslaget publicerades i december år 2011 och behandlades sedan av medlemssta-

---

<sup>93</sup> Se dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540), p. 57-59.

<sup>94</sup> Se dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540), p. 77.

<sup>95</sup> Se dom Stadler (C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130), p. 37-38.

<sup>96</sup> Se bl.a. domarna ANAV (C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237), Kommissionen/Italien (C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445), Kommissionen /Italien (C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508), dom Sea (C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532), dom Wall (C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182), dom Club Hotel Loutraki m.fl. (de förenade målen C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247), dom Sporting Exchange (C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307), och dom Norma-A SIA (C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721).

<sup>97</sup> Se kommissionens meddelande På väg mot en inre marknadsakt – Att skapa en verkligt konkurrenskraftig social marknadsekonomi (KOM(2010)0608 slutlig, 27.10.2010).



terna.<sup>98</sup> Den 26 februari 2014 offentliggjordes sedan direktivet om tilldelning av koncessioner.<sup>99</sup> Direktivet omfattar både tjänstekoncessioner och byggkoncessioner samt reglerar förfarandet vid tilldelning av dessa. Direktivets genomförandetid sträcker sig till den 18 april 2016. Den svenska regeringens arbete med att genomföra direktivet i nationell rätt pågår i skrivande stund och det senaste dokumentet som publicerades är lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling* som även omfattar genomförandet de andra direktiven på upphandlingsområdet.<sup>100</sup>

## 2.4 Sammanfattning

Det är relevant för en framställning om definitionen av en tjänstekoncession att klargöra varför kontraktstypen är undantagen. Anledningen är att medlemsstaterna inte kunnat komma överens om vilken definition som ska gälla.<sup>101</sup> Vilket är en förklaring till varför tjänstekoncessioner ändå i stor utsträckning omfattas av EU-rätten. Det är även en förklaring till varför definitionen grundar sig i EU-rätten.<sup>102</sup> Skälet till att de uttryckligen undantas är således för att de omfattas av EU-rätten men inte direktiven. Definitionen är även viktig i förhållande till att den avgör när lagstiftningen blir tillämplig. Är det ett offentligt tjänstekontrakt så ska direktivet

---

<sup>98</sup> Se kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011)0897 slutlig, 20.12.2011), yttrande från Europeiska och sociala kommittén (EUT C 191, s. 84), yttrande från Regionkommittén: ”Tilldelning av koncessioner” (EUT C 277, s. 74) och Europaparlamentets yttrande vid 1:a behandlingen om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (COM(2011)0897 – C7-0004/2011 – 2011/0437(COD)). Se även beaktandesatserna i Direktiv 2014/23/EU.

<sup>99</sup> Direktiv 2014/23/EU.

<sup>100</sup> Se Lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling*, överlämnad till Lagrådet den 4 juni 2015, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

<sup>101</sup> Se Bovis, *EC public procurement*, s. 338.

<sup>102</sup> Se Asplund, *Överprövning av upphandling*, s. 64.

tillämpas men ska kontraktet klassificeras som en tjänstekoncession är det endast de allmänna principerna som blir tillämpliga vid en offentlig upphandling.<sup>103</sup>

På grund av begreppsförvirring och då många medlemsstater redan hade tjänstekoncessioner som ett inarbetat begrepp för olika former av ensamrätter eller liknande, tog det lång tid innan de kunde komma överens om en reglering av sådana kontrakt. Till en början lämnades kontraktsformen tjänstekoncessioner helt utanför regleringen på området offentlig upphandling<sup>104</sup> för att sedan explicit undantas i direktiven från 2004.<sup>105</sup> EU-domstolen konstaterade dock redan i domen *Telaustria* att tjänstekoncessioner inte omfattades av direktivet.<sup>106</sup> År 2014 kom det nya direktivet om tilldelning av koncessioner vilket gör att tjänstekoncessioner inte längre kommer vara undantagna från regleringen på upphandlingsområdet.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 429.

<sup>104</sup> Se dom *Telaustria* (C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669). Se även Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* s. 427.

<sup>105</sup> Se direktiv 2004/18/EG. Se vidare Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 109

<sup>106</sup> Dom *Telaustria* (ECLI:EU:C:2000:669)

<sup>107</sup> Direktiv 2014/23/EU.

## 3 Vad utgör en tjänstekoncession

### 3.1 Inledning

Vad som kan anses vara en tjänstekoncession är ibland mycket lätt att avgöra men än oftare mycket svårt. Det är en mängd olika omständigheter som måste beaktas och de föreliggande omständigheterna kan i många fall tala både för och emot en klassificering som tjänstekoncession. I förevarande kapitel görs därför en redogörelse för de grundläggande förutsättningarna för att en tjänstekoncession ska kunna föreligga. Dessa utgörs främst av att kriterierna för ett offentligt tjänstekontrakt måste vara uppfyllda och att tjänsten måste erbjudas tredje man. Bedömningen av om ett kontrakt ska anses utgöra en tjänstekoncession avgörs alltid baserat på omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>108</sup> Några fasta kriterier som måste vara uppfyllda när det kommer till faktiska omständigheter finns således inte utan en bedömning som omfattar alla omständigheter i det enskilda fallet måste göras.<sup>109</sup> Vad som ska beaktas och således vilka typer av omständigheter som är av relevans vid en sådan bedömning är den enda vägledningen som finns på området. Det är med hjälp av det som den upphandlande myndigheten måste göra sin bedömning när det kommer till att klassificera ett kontrakt som en tjänstekoncession.<sup>110</sup>

Som redan påpekats i inledande kapitel tas utgångspunkten för klassificeringen av ett kontrakt som tjänstekoncession i art 1.4 i direktiv 2004/18/EG vilken lyder enligt följande:

---

<sup>108</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 113. Se även Asplund, Överprövning av upphandling, s. 64.

<sup>109</sup> Se Bovis, EC public procurement s. 336

<sup>110</sup> Se bl.a. domarna Telaustria (ECLI:EU:C:2000:669), Parking Brixen (ECLI:EU:C:2005:605) och dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540).

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 en sådan rätt, dels betalning.

En tjänstekoncession klassificeras således i förhållande till ett offentligt tjänstekontrakt.<sup>111</sup> För att klassificera ett kontrakt som en tjänstekoncession måste därför först förutsättningarna för ett offentligt tjänstekontrakt föreligga. För att ett kontrakt ska anses utgöra ett offentligt tjänstekontrakt krävs det att det huvudsakliga föremålet för upphandlingen kan anses utgöra en tjänst samt att kontraktet i fråga är ett offentligt sådant.<sup>112</sup>

Något som dock skall påpekas är att kopplingen till offentligt tjänstekontrakt inte görs i det nya direktivet om tilldelning av koncessioner. Där görs istället en fristående definition för att direktivet ska kunna tillämpas självständigt.<sup>113</sup> Någon förändring i sak är dock troligtvis inte avsedd med hänvisning till artikelns ordalydelse. Se vidare nedan i avsnitt 3.6.

Av ovan citerade artikel i direktiv 2004/18/EG framgår även att det som skiljer en tjänstekoncession från ett tjänstekontrakt är huruvida ersättningen helt eller delvis består utav en rätt att utnyttja tjänsten. Det har i praxis och doktrin konstaterats att det innebär en rätt att utnyttja tjänsten kommersiellt och därigenom ta den s.k. verksamhetsrisken.<sup>114</sup> Vad som menas med det uttrycket och hur det ska tolkas kommer att behandlas i kapitel 4.

---

<sup>111</sup> Se vidare Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 429.

<sup>112</sup> Se Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 112.

<sup>113</sup> Se art. 5.1b i direktiv 2014/23/EU.

<sup>114</sup> Se dom *Telaustria* (ECLI:EU:C:2000:669) p. 58. Se även Asplund, *Överprövning av upphandling*, s. 64.

Något som vidare skiljer en tjänstekoncession från ett offentligt tjänstekontrakt är att det vid en tjänstekoncession ingås två kontrakt, ett mellan den upphandlande myndigheten och tjänsteleverantören och ett mellan tjänsteleverantören och brukaren.<sup>115</sup> För att en tjänstekoncession ska anses föreligga krävs det även att tjänsten som är föremål för upphandlingen erbjuds tredje man, något som framkommer av det faktum att tjänsten ska utnyttjas kommersiellt.<sup>116</sup> Ett ytterligare krav som diskuterats i doktrin är huruvida tjänsten ska vara av allmänintresse.<sup>117</sup> EU-domstolen har dock uttalat sig i frågan och konstaterat att huruvida tjänsten är av allmänintresse eller ej inte är relevant för klassificeringen av ett kontrakt som tjänstekoncession.<sup>118</sup>

### 3.2 Offentligt kontrakt

För att ett kontrakt ska kunna klassificeras som ett offentligt tjänstekontrakt måste det uppfylla kraven för ett offentligt kontrakt. Kraven på ett offentligt kontrakt utgörs av att kontraktet i fråga ska vara skriftligt, att det ska omfatta ekonomiska villkor samt att det “slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter”.<sup>119</sup>

Med skriftligt menas varje enhet av ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas samt att denna enhet kan innehålla uppgifter som går att överföra

---

<sup>115</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 124.

<sup>116</sup> Se dom Telaustria (ECLI:EU:C:2000:669), p. 58. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 115.

<sup>117</sup> Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 129 f.

<sup>118</sup> Se dom Kommissionen/Italien (ECLI:EU:C:2007:445), p. 43. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 129 f.

<sup>119</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling och Neergaard, The concept of concission in the EU public procurement law s. 152.

och lagra med elektroniska medel.<sup>120</sup> I LOU uppställs vidare ett krav på under-tecknande som ej grundar sig i direktivet och detta krav är således ej relevant för avgörandet om ett kontrakt kan anses utgöra ett offentligt kontrakt som ligger till grund för en klassificering som tjänstekoncession.<sup>121</sup>

Vad som menas med ekonomiska villkor kan vara svårt att avgöra med endast be-greppet ”ekonomiska villkor” som grund. Enligt art. 57, första stycket i EUF-fördraget syftar uttrycket dock till förvärv med en ekonomisk motprestation vilket gör det något lättare att förstå. Det innebär framför allt att benefika fång så som gåvor inte omfattas av begreppet.<sup>122</sup>

Att kontraktet måste slutas “mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter” innebär att parterna måste vara skilda från varandra. Om två enheter inom samma upphandlande myndighet sluter avtal med varandra omfattas det således inte av begreppet offentligt kontrakt.<sup>123</sup> Kontrakt som omfattas av de s.k. Teckal-kriterierna faller också utanför denna definition.<sup>124</sup> Den svenska lagstiftaren har valt att skriva in Teckal-kriterierna i 2:10a LOU men de grundar sig i ett EU-mål som brukar benämnas Teckal.<sup>125</sup> De kriterier som ska gälla i detta fall utgörs av ett kontrollkriterie och ett verksamhetskriterie som båda måste vara uppfyllda för att undantaget ska vara tillämpligt. Om undantaget är tillämpligt innebär det att den enhet som den upphandlande myndigheten slutit avtal

---

<sup>120</sup> Se RÅ 2009 ref 70. Se även Falk, Lag om offentlig upphandling, s. 142.

<sup>121</sup> Se 2:10 p. 3 LOU.

<sup>122</sup> Se vidare Falk, Lag om offentlig upphandling, s. 141.

<sup>123</sup> Se Falk, Lag om offentlig upphandling, s. 144.

<sup>124</sup> Teckal-kriterierna är två kriterier som uppställdes i dom Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562) för att avgöra huruvida en ekonomisk enhet anses utgöra en del av den upphandlande myndigheten eller enheten eller om denna enhet är självständig i förhållande till dessa. Se om Teckal-kriterierna när det kommer till tjänstekoncessioner i dom Parking Brixen (ECLI:EU:C:2005:605). Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 115.

<sup>125</sup> Se dom Teckal (EU:C:1999:562).

med inte utgör en självständig upphandlande myndighet och avtalet har således inte slutits mellan olika ekonomiska aktörer eller upphandlande myndigheter. Kravet på att avtalet ska vara just mellan skilda parter är således inte uppfyllt och kontraktet omfattas inte av begreppet offentligt kontrakt. Det gör även att tjänstekoncessioner som omfattas av Teckal-kriterierna inte behöver upphandlas i enlighet med de allmänna principerna.<sup>126</sup>

För att ett kontrakt ska utgöra ett offentligt kontrakt måste dessutom föremålet för kontraktet vara “utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster”.<sup>127</sup>

### 3.3 Offentligt tjänstekontrakt

Ett offentligt tjänstekontrakt utgörs av ett offentligt kontrakt i vilket en tjänsteleverantör, mot betalning från den upphandlande myndigheten, åtar sig att utföra en tjänst. Det spelar ingen roll vilken typ av tjänst utan alla tjänster omfattas.<sup>128</sup> Erstatningen för tjänsten är inte kopplad till efterfrågan utan istället till vad den upphandlande myndigheten är beredd att betala för att tjänsteleverantören ska tycka att det är ekonomiskt försvarbart att erbjuda den tjänst som den upphandlande myndigheten efterfrågar, på det vis som den upphandlande myndigheten bestämmer.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Se Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 192.

<sup>127</sup> Se art 1.2a i direktiv 2004/18/EG.

<sup>128</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 129 och Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, s. 437. Se även Förslag till avgörande Telaustria (C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669), p. 34-36.

<sup>129</sup> Se dom Parking Brixen (ECLI:EU:C:2005:605), p. 39. Se även Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 183.

För att avgöra huruvida ett kontrakt utgör ett offentligt tjänstekontrakt krävs att det inte utgör ett entreprenad- eller varukontrakt.<sup>130</sup> Ofta kan dock tjänstekontrakt innehålla inslag av både varuanskaffning och byggentreprenad, ett s.k. blandat kontrakt.<sup>131</sup> Vad kontraktet då ska klassificeras som avgörs olika beroende på om inslagen består av varuanskaffning eller byggentreprenad.

Om inslaget består av varuanskaffning ska kontraktets huvudsakliga föremål avgöras på basis av vilken del som uppgår till det högsta värdet, den s.k. överviktsprincipen.<sup>132</sup> Om inslaget istället utgörs av byggentreprenad skall kontraktets huvudsakliga föremål avgöras av vilken verksamhet som kan anses utgöra den överordnade, den s.k. ändamålsprincipen.<sup>133</sup> Direktiv 2004/18/EG innehåller dock inte någon liknande reglering av klassificering för kontrakt som har inslag som inte omfattas av upphandlingsskyldighet, så som ett lokalhyresavtal eller en tjänstekoncession. Frågan har dock behandlats av EU-domstolen i ett antal mål där det framgår att det är kontraktets huvudsakliga föremål som avgör huruvida det omfattas av direktivens tillämpningsområde eller ej, kontraktet ska då beaktas i sin helhet.<sup>134</sup>

När det kommer till tjänstekoncessioner görs dock klassificeringen på basis av det s.k. nyttjanderättskriteriet, se nedan i kapitel 4. Det gör att ett kontrakt inte kan anses innehålla inslag av ett vanligt upphandlingspliktigt tjänstekontrakt och inslag

---

<sup>130</sup> Se art. 1.2d i direktiv 2004/18/EG. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 112 och Nergaard, The concept of concission in the EU public procurement law, s. 152.

<sup>131</sup> För en diskussion om blandade kontrakt på upphandlingsområdet se Pedersen, Kristian och Olsson, Erik, Upphandlingskrönika – blandade kontrakt, ERT 2011:3, s. 618-632. Jmf även Pedersen, Kristian, Upphandlingskrönika – blandade kontrakt, ERT 2010:3, s. 631-636.

<sup>132</sup> Se art 1.2d i direktiv 2004/18/EG. Se även dom Oymanns (ECLI:EU:C:2009:358), p. 61. Jmf också Sundstrand, Introduktion, s. 124.

<sup>133</sup> Se art 1.2d i direktiv 2004/18/EG samt prop. 2006/07:128 s. 306. Se även Introduktion, s. 126 f.

<sup>134</sup> Se dom Club Hotel Loutraki m.fl. (EU:C:2010:247), punkt 48. Se även dom Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, EU:C:1994:155), dom Jean Auroux (C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31) samt dom Mehiläinen och Terveystalo Healthcare (C-215/09, EU:C:2010:807).



av tjänstekoncession då det är fråga om en “antingen eller” bedömning. Klassificeringen görs då genom att kontrastera en tjänstekoncession mot ett offentligt tjänstekontrakt vilket beskrivits ovan. Ett kontrakt är således antingen ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

För att klassificera ett kontrakt som ett offentligt tjänstekontrakt krävs vidare att den tjänst som är föremål för upphandlingen inte räknas upp i Bilaga II B i direktivet 2004/18/EG, dvs. att den inte utgör en s.k. B-tjänst. De s.k. B-tjänsterna faller nämligen även de utanför stora delar av direktivets tillämpningsområde.<sup>135</sup> Den svenska lagstiftaren har dock valt att reglera även upphandling av B-tjänster vilket gör att de omfattas av det svenska regelverket trots att de inte omfattas av direktivet.<sup>136</sup> För att avgöra om ett kontrakt anses vara en tjänstekoncession enligt direktivet krävs det således att det är en tjänst som inte räknas upp i Bilaga II B.

### 3.4 Tredje man

För att ett kontrakt ska kunna klassificeras som en tjänstekoncession krävs det att mottagaren av tjänsten utgörs av tredje man, dvs. allmänheten.<sup>137</sup> Kravet bör följa av det faktum att tjänsteleverantören ska få ersättning, helt eller delvis, genom att utnyttja tjänsten kommersiellt, det s.k. nyttjanderättskriteriet. Att utnyttja tjänsten kommersiellt innebär nämligen, vilket även EU-domstolen konstaterat i sin dom Stadler, att tjänsteleverantören riskerar att utsättas för marknadens nycker.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> Se art. 21 i direktiv 2004/18/EG.

<sup>136</sup> Se vidare Sundstrand, Introduktion, s. 122 f.

<sup>137</sup> Se Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 175 och 185 samt Bovis, EC public procurement, s. 334.

<sup>138</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 37.

För att det ska finnas någon risk med att erbjuda tjänsten krävs det således att inte endast den upphandlande myndigheten är föremål för tjänstens utbudande.<sup>139</sup> För att en tjänstekoncession ska anses föreligga förutsätts således att tjänsten erbjuds allmänheten även om något sådant krav inte uttryckligen ställts av EU-domstolen i något specifikt avgörande. En förutsättning för att det s.k. nyttjanderättskriteriet ska kunna vara uppfyllt är således att tjänsten erbjuds tredje man och därmed allmänheten.

Mer om vad som omfattas av att utsättas för marknads nycker och risköverföring vid klassificering av tjänstekoncessioner redogörs för nedan i kapitel 5 och 6.

### **3.5 Krav på att tjänsten ska tillgodose ett allmänintresse**

Att den tjänst som är föremål för upphandlingen måste vara av allmänintresse för att ett kontrakt ska kunna klassificeras har påtalats av ett antal författare.<sup>140</sup> Påståendet har dock dementerats av EU-domstolen och även Andrea Sundstrand tar upp i sin avhandling att så inte är fallet.<sup>141</sup> Mycket kan ligga i det resonemang som generaladvokaten Fennelly för i förhandsavgörandet till domen *Telaustria* där han lägger vikt vid det faktum att alla tjänster som erbjuds allmänheten bör anses vara av allmänintresse.<sup>142</sup> Även Christopher Bovis för ett liknande resonemang där han konstaterar att eftersom tjänsten alltid måste erbjudas tredje man och därmed allmänheten är den alltid av allmänintresse<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 435.

<sup>140</sup> Se bl.a. Bergman m.fl., *Offentlig Upphandling*, s. 138 och Bovis, *EC public procurement*, s. 434.

<sup>141</sup> Se dom Kommissionen/Italien (ECLI:EU:C:2007:445), p. 43. Se även Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 129 f.

<sup>142</sup> Se förslag till avgörande *Telaustria* (ECLI:EU:C:2000:669), p. 35.

<sup>143</sup> Se Bovis, *EC public procurement*, s. 337.

EU-domstolen har därefter, som tidigare påpekades, fastslagit att det inte är relevant för bedömningen av om en tjänstekoncession föreligger huruvida tjänsten är av allmänintresse eller inte.<sup>144</sup>

### 3.6 Nya direktivet

I det nya direktivet har definitionen av en tjänstekoncession inte längre koppling till offentligt tjänstekontrakt.<sup>145</sup> Där definieras istället tjänstekoncessioner fristående från någon annan kontraktsform och man har istället valt att skriva in det som ovan beskrivits omfattats av begreppet offentligt tjänstekontrakt. Definitionen lyder således enligt följande:

tjänstekoncession: skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtrot tillhandahållande och förvaltning av tjänster som inte avser utförande av byggentreprenad enligt led a till en eller flera ekonomiska aktörer, där ersättningen för tjänsterna endast utgörs av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Som kan utläsas har kommissionen alltså valt att skriva in kraven på skriftlighet, ekonomiska villkor samt vilka parter som kontraktet ska slutas mellan vilket ovan beskrivits vara det som omfattas av ett offentligt kontrakt. Vad som skiljer sig från definitionen av tjänstekontrakt är dock att varukontrakt i det nya direktivet inte uttryckligen uteslutits. För att direktivet ska kunna tillämpas frikopplat från de övriga upphandlingsdirektiven krävs det att också definitionerna kan stå för sig

---

<sup>144</sup> Se dom Kommissionen/Italien (ECLI:EU:C:2007:445), p. 43.

<sup>145</sup> Se art. 5.1b i direktiv 2014/23/EU.

själva. Någon rättslig förändring av begreppet tjänstekoncession har således inte gjorts.<sup>146</sup>

### 3.7 Sammanfattning

För att avgöra huruvida ett kontrakt ska klassificeras som en tjänstekoncession tas utgångspunkten i art. 1.4 i direktiv 2004/18/EG. I artikeln går det att utläsa att definitionen av en tjänstekoncession görs genom att kontrastera den mot ett offentligt tjänstekontrakt. Kontrasteringen görs på så vis att ersättningen för tjänsten ska utgöras av en rätt att helt eller delvis utnyttja tjänsten. För att kunna klassificera ett kontrakt som en tjänstekoncession måste kontraktet således först omfattas av definitionen av ett offentligt tjänstekontrakt. Ett offentligt tjänstekontrakt är ett kontrakt vars huvudsakliga del, alternativt vars övervägande värde hänför sig till en tjänst. Vidare krävs det att kontraktet i sig anses vara ett offentligt sådant i enlighet med den definition som följer av direktivet.

För att ett kontrakt ska kunna anses vara en tjänstekoncession krävs vidare att tjänsten som upphandlas som koncession ska bjudas ut till allmänheten. Anledningen till det är att uttrycket rätt att utnyttja tjänsten anses innebära en risk att utsättas för marknadens nycker, något som kommer utvecklas mer i nästkommande kapitel 4.

I och med antagandet av det nya direktivet försvinner kopplingen till offentligt tjänstekontrakt. Kommissionen har dock skrivit in de krav som ställs för att ett

---

<sup>146</sup> De andra nya direktiven på upphandlingsområdet är europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

kontrakt ska anses utgöra ett offentligt tjänstekontrakt varför någon förändring av rättsläget inte sker.

## 4 Begreppet utnyttjande av tjänsten

### 4.1 Inledning

Vad som främst skiljer en tjänstekoncession från ett offentligt tjänstekontrakt är, som framgår av ovan citerade artikel 1.4 i direktiv 2004/18/EG, vad ersättningen för tjänsten består i.<sup>147</sup> För att kontraktet ska klassificeras som ett tjänstekoncessionskontrakt krävs att ersättningen för tjänsten helt eller delvis består i en rätt att utnyttja tjänsten, även kallat nyttjanderättskriteriet<sup>148</sup>. Vad det innebär kan dock vara svårt att utläsa endast genom att studera de specifika ord som uttrycks i artikeln. En tolkning måste istället göras med hjälp av de uttalanden som EU-domstolen gjort på området. Nedan görs därför en redogörelse av vad som menas med uttrycket rätt att utnyttja tjänsten.

Denna rätt består av två delar, dels en övergång av den verksamhetsrisk som förknippas med tillhandahållandet av tjänsten<sup>149</sup> och dels en ekonomisk frihet att bestämma villkoren för tillhandahållandet av tjänsten.<sup>150</sup> Vad som omfattas av begreppet verksamhetsrisk kommer dock endast beröras översiktligt i detta kapitel då en djupare redogörelse för vad som omfattas kommer att göras i det efterföljande kapitel 5. Även när en övergång kan anses ha skett kommer att utvecklas i större utsträckning nedan i kapitel 6. Vad som kommer redogöras för i detta kapitel är

---

<sup>147</sup> Se även dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540), p. 51.

<sup>148</sup> Se Bergman m.fl., Offentlig Upphandling, s. 139 samt Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 185

<sup>149</sup> Se bl.a. domarna Contse SA m.fl., (ECLI:EU:C:2005:644), Parking Brixen (ECLI:EU:C:2005:605) och ANAV (ECLI:EU:C:2006:237). Se även Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 427 ff. Jmf också Grönbok, s. 12 p. 36 och Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 115 ff.

<sup>150</sup> Se dom Oymanns (ECLI:EU:C:2009:358), p. 71.

således främst den ekonomiska friheten att bestämma villkoren för tillhandahållandet av tjänsten.

Att ersättningen helt eller delvis kan bestå i en nyttjanderätt kräver också sin förklaring. Förevarande kapitel kommer därför också att behandla under vilka omständigheter en del av ersättningen kan bestå i betalning direkt från den upphandlande myndigheten samt hur det angränsar till betalning för själva tjänsten kopplat till antalet brukare då detta kan få en inverkan på huruvida verksamhetsrisken kan anses överförd. Vad som dock ska påpekas är att hela kontraktet ska bedömas sammantaget.<sup>151</sup>

## 4.2 Verksamhetsrisk

Verksamhetsriskens övergång från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören är det som de flesta redogörelser för klassificering av tjänstekoncessioner lägger störst vikt vid, detta gäller så väl EU-domstolen som många författare inom rättsvetenskapen.<sup>152</sup> Grunden till det torde ligga i att det är det mest definierande för en tjänstekoncession. Det faktum att den upphandlande myndigheten inte bara betalar för en tjänst den anser behövs i samhället utan istället upphandlar faktumet att tjänsten ska tillhandahålls. Tjänsten tillhandahålls då på ett sådant sätt att det i mycket stor utsträckning liknar den privata marknaden. Brukarna betalar ofta själva för tjänsten och tjänsteleverantören utsätts därmed för en risk att inte få tillräckligt många kunder eller att kunderna inte kan betala. Tjänsteleverantören ris-

---

<sup>151</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 124.

<sup>152</sup> Se bl.a. domarna Contse SA m.fl., (ECLI:EU:C:2005:644), Parking Brixen (ECLI:EU:C:2005:605) och ANAV (ECLI:EU:C:2006:237). Se Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, s. 430 ff., Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 115 ff., Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 185 ff. och Asplund, Överprövning av upphandling, s. 64 ff. Jmf också Grönbok, s. 12 p. 36.

kerar därmed att inte få de inkomster som krävs för att täcka de utgifter denne haft för att kunna tillhandahålla tjänsten. Tjänsteleverantören tar också på sig ansvaret för eventuella brister i den tillhandahållna tjänsten i förhållande till brukarna vilket innebär att tjänsteleverantören själv står för ersättningen för dessa brister. Att utsättas för ovan benämnda risker har av EU-domstolen kallats att ”utsättas för marknadens nycker”,<sup>153</sup> ett begrepp som också införts i det nya direktivet om tilldelning av koncessioner.<sup>154</sup> Verksamhetsrisken omfattar både ansvar för tjänsten och risken att inte få betalt, huruvida risken ska anses ha övergått görs via en helhetsbedömning där både efterfrågerisk och utbudsrisk tas i beaktan.<sup>155</sup> Vad som är viktigt är dock att risken är kopplad till den tjänst som upphandlas.<sup>156</sup> Att tjänsteleverantören allmänt står risker i sin verksamhet som inte går att koppla till just denna tjänst omfattas således inte. För att bättre definiera vilka risker det är som avses går det att göra ett negativt fastställande av vad risken omfattar. Det handlar om sådana risker som inte också åligger tjänsteleverantören vid ett offentligt tjänstekontrakt. Risker som att lagstiftningen kan förändras eller brister i företagsledningen omfattas således inte.<sup>157</sup> Som nämnts tidigare kommer efterföljande kapitel 5 att utreda begreppet verksamhetsrisk ytterligare då det är ytterst centralt för klassificeringen av ett kontrakt som tjänstekoncession.

---

<sup>153</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 37. Se vidare Sundstrand, Offentlig upphandling och Asplund, Överprövning av upphandling, s. 66.

<sup>154</sup> Se art. 5.1 i direktiv 2014/23/EU.

<sup>155</sup> Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 115

<sup>156</sup> Se dom Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), p. 78. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 119 och Asplund, Överprövning av upphandling, s. 65.

<sup>157</sup> Se den negativa definitionen av risken i dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 38. Se även Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, s. 432.



### 4.3 Ersättning från den upphandlande myndigheten

Enligt art. 1.4 i direktiv 2004/18/EG kan ersättningen antingen endast utgöras av en rätt att utnyttja tjänsten eller så är det endast en del av ersättningen som består i denna rätt.<sup>158</sup> I det ena fallet är all betalning för tjänsten kopplad till brukarna emedan i det andra fallet är den upphandlande myndigheten som betalar en del av tjänsten så att den kan erbjudas allmänheten till ett lägre pris.<sup>159</sup>

Betalningen för tjänsten kan dock komma endast från den upphandlande myndigheten, men då krävs det att antalet brukare inte är garanterat i avtalet då risken i det fallet inte anses överförd. Många författare, bl.a. Sue Arrowsmith, menar dock att betalningen för tjänsten aldrig kan komma endast från den upphandlande myndigheten.<sup>160</sup> Denna slutsats drar hon då de fall som EU-domstolen prövat aldrig har omfattat ett fall där betalningen kom från den upphandlande myndigheten och risken trots det ansågs överförd.<sup>161</sup> Dock har EU-domstolen aldrig uttryckt ett sådant krav utan alltid företagit en samlad bedömning av alla omständigheter i det enskilda fallet.<sup>162</sup> Förevarande avsnitt kommer därför att utgå från att det finns en skillnad i att delar av ersättningen kommer från den upphandlande myndigheten och att betalningen kommer endast från den upphandlande myndigheten och denna är kopplad till antal brukare.<sup>163</sup>

Begreppet ersättning kommer att användas konsekvent för att beskriva det fall då den upphandlande myndigheten ersätter tjänsteleverantören för att tjänsten ska

---

<sup>158</sup> Se Madell & Indén, *Offentlig-Privat Samverkan*, s. 189.

<sup>159</sup> Se Madell & Indén, *Offentlig-Privat Samverkan*, s. 185.

<sup>160</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 430 ff.

<sup>161</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 434 f.

<sup>162</sup> Se bl.a. dom *Telaustria* (ECLI:EU:C:2000:669), *Contse SA m.fl.*, (ECLI:EU:C:2005:644), dom *Kommissionen /Italien* (ECLI:EU:C:2007:508) och *ANAV* (ECLI:EU:C:2006:237). Se även Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 122 f.

<sup>163</sup> Ett djupare resonemang kring frågan kommer att föras nedan i kapitel 6.

kunna erbjudas allmänheten till ett lägre pris. Begreppet betalning används lika så konsekvent för att beskriva det fall när den upphandlande myndigheten betalar för tjänsten i brukarnas ställe, men att denna betalning helt är beroende av antalet brukare.

#### **4.4 Ersättningen består endast till en del av en rätt att utnyttja tjänsten**

När ersättningen bara delvis består i en rätt att utnyttja tjänsten innebär det att en del av ersättningen istället består i ersättning från den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndigheten blir då en medfinansierare till tjänsten.<sup>164</sup> Den främsta anledningen till att den upphandlande myndigheten väljer att kombinera en rätt att utnyttja tjänsten med betalning är att den önskar subventionera tjänsten så att den kan erbjudas brukarna till ett lägre pris.<sup>165</sup>

En av anledningarna till att den upphandlande myndigheten delvis väljer att ersätta tjänsteleverantören själv kan vara att tjänsten från politiskt håll anses värdefull och att den upphandlande myndigheten då vill erbjuda allmänheten tjänsten till ett reducerat pris. En annan möjlig anledning är att tjänsten inte skulle vara konkurrenskraftig till det pris som tjänsteleverantören har möjlighet att erbjuda den. Det är dock viktigt att ersättningen har till syfte att subventionera tjänsten och inte innebär att risken inte övergår.<sup>166</sup> Vad som är viktigt att påpeka är också att ersättningen från den upphandlande myndigheten som kombineras med en rätt att utnyttja tjänsten inte är kopplat till antalet brukare.<sup>167</sup> En subvention utgörs således av ett

---

<sup>164</sup> Se Pedersen, Upphandlingens grunder, s. 144.

<sup>165</sup> Se Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 185.

<sup>166</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 121. Jmf även Sundstrand, Introduktion, s. 96.

<sup>167</sup> Se Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 197.

belopp som underlättar tillhandahållandet av tjänsten på så vis att betalningen från brukarna eller betalning som är kopplat till brukarna inte utgör den enda inkomstkällan för tjänsteleverantören. Det ska dock påpekas att ersättning som består i både en rätt att utnyttja tjänsten samt betalning från den upphandlande myndigheten oftast används då betalningen för tjänsten kommer direkt från brukarna. Den upphandlande myndigheten kan även underlätta för tjänsteleverantören på andra sätt än genom direkt ersättning, främst genom riskreducerande avtalsvillkor. Huruvida det går att kombinera med en klassificering av kontraktet som en tjänstekoncession och i så fall under vilka omständigheter kommer behandlas vidare i avsnitt 6.2.

För att ytterligare belysa problematiken kan ett exempel göras. Om en upphandlande myndighet vill upphandla tjänsten att tillhandahålla en parkeringsplats kan ersättningen för tjänsteleverantören se ut på ett antal olika sätt. Ersättningen för tjänsten kan bestå i att den upphandlande myndigheten betalar en fast summa till tjänsteleverantören oberoende av hur många brukare som väljer att parkera där. Då betalningen kommer från den upphandlande myndigheten och inte är beroende av antalet brukare är kontraktet att klassificeras som ett tjänstekontrakt då ingen del av ersättningen består i en rätt att utnyttja tjänsten. Om istället ersättningen består i att brukarna betalar fullt pris för parkeringen samt att andra risker som att asfaltera om parkeringen vid slitage faller på tjänsteleverantören får ersättningen anses bestå i endast en rätt att utnyttja tjänsten. När ersättningen dock endast delvis består i en rätt att utnyttja tjänsten kan betalningen se ut som så att brukarna betalar ett längre pris för att parkera på parkeringsplatsen och att den upphandlande myndigheten dessutom betalar en fast summa till tjänsteleverantören för att denne tillhandahåller tjänsten. Denna summa får dock inte vara så stor att den ekonomiska ris-

ken för att tillhandahålla tjänsten ej kan anses ha övergått.<sup>168</sup> Michael Burnett har försökt klargöra läget något genom att resonera som så att om 60% av ersättningen kommer från den upphandlande myndigheten finns det en klar anledning att ifrågasätta om risken verkligen kan anses överförd.<sup>169</sup> Andrea Sundstrand ställer sig dock frågande till detta skarpa ställningstagande och påtalar istället vikten av en bedömning av de relevanta omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>170</sup> Vad som dock går att säga är att summan, som kommer från den upphandlande myndigheten, inte får utgöra en så stor del av betalningen för tillhandahållandet av tjänsten att tjänsteleverantören inte längre kan anses utsättas för någon risk när denne tillhandahåller tjänsten. Vad denna risk närmare ska bestå i utvecklas nedan.

#### 4.5 Frihet att utnyttja tjänsten

För att det ska anses att tjänsteleverantören har en faktisk rätt att utnyttja tjänsten kommersiellt krävs det att tjänsteleverantören har ett visst mått av frihet i sitt utnyttjande.<sup>171</sup> Den upphandlande myndigheten har en viss möjlighet att påverka tjänstens utförande men tjänstetjänsteleverantören måste besitta ett visst mått av frihet att utforma de ekonomiska villkoren för att tillhandahålla tjänsten.<sup>172</sup> Om leverantören inte får den frihet som krävs för att det ska kunna anses föreligga en tjänstekoncession anses ofta kontraktet istället vara ett ramavtal.<sup>173</sup> I ett ramavtal är alla villkor bestämda och endast antalet alternativt mängden är odefinierad me-

---

<sup>168</sup> Se Asplund, *Överprövning av upphandling*, s. 65.

<sup>169</sup> Se Burnett, Michael, *Public-Private Partnership – A Decision Maker's Guide*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2007, s. 70.

<sup>170</sup> Se Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 126.

<sup>171</sup> Se dom Oymanns (ECLI:EU:C:2009:358), p. 71. Se även Madell & Indén, *Offentlig-Privat Samverkan*, s. 183 som använder termerna synonymt.

<sup>172</sup> Se Asplund, *Överprövning av upphandling*, s. 65 samt Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 147.

<sup>173</sup> Se Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 123.

dan det vid en tjänstekoncession måste finnas en större ekonomisk frihet för tjänsteleverantören att bestämma villkoren för tillhandahållandet av tjänsten.<sup>174</sup> Skillnaden mellan ett ramavtal och en tjänstekoncession belyses främst i domen Oymanns där EU-domstolen hade att avgöra huruvida ett avtal mellan en upphandlande enhet och en tjänsteleverantör av ortopediska skor inklusive rådgivning utgjorde en tjänstekoncession eller ej. I domen omfattade avtalet följande:<sup>175</sup>

I detta fall är kontraktet i fråga ett ”integrerat vårdavtal” enligt 140a–140e §§ SGB V, som ingåtts mellan en lagstadgad sjuk-kassa och en ekonomisk aktör. Enligt detta kontrakt förpliktar sig den ekonomiska aktören att tillhandahålla prestationer åt de försäkrade som vänder sig till denne. Samtidigt bestäms priserna för de olika formerna av prestationer i nämnda kontrakt liksom dess varaktighet. Kvantiteterna vad gäller de olika prestationerna är inte fastslagna på förhand ... Sjuk-kassan betalar ensam hela ersättningen till leverantören.

I sitt resonemang kring huruvida avtalet kan anses utgöra ett ramavtal eller en tjänstekoncession påtalar EU-domstolen att:

Ett ramavtal kännetecknas däremot av en situation där den verksamhet som en ekonomisk aktör som är part i avtalet bedriver är reglerad på så vis att alla kontrakt som denna aktör ingår under en given tidsperiod måste följa de villkor som anges i ramavtalet.<sup>176</sup>

Och konstaterar sedan att:

---

<sup>174</sup> Se Sundstrand, Introduktion, s. 90 samt Asplund, Överprövning av upphandling, s. 219.

<sup>175</sup> Se dom Oymanns (ECLI:EU:C:2009:358), p. 73-74.

<sup>176</sup> Se dom Oymanns (ECLI:EU:C:2009:358), p. 71.

Villkoren för den ekonomiska aktörens verksamhet tycks alltså definieras i kontraktet i fråga, varför den ekonomiska aktören inte har den grad av ekonomisk frihet som kännetecknar en tjänstekoncession

Av domen framkommer det således tydligt vari skillnaden mellan ett ramavtal och en tjänstekoncession ligger och att en frihet att utforma de ekonomiska villkoren för tjänstens tillhandahållande är ett uttryckligt krav för att kontraktet ska kunna klassificeras som en tjänstekoncession.

Vad som framgår av EU-domstolens avgörande är att i det fall där den enda risken som tjänsteleverantören utsätts för är risken att inte få ett avrop, d.v.s. att denne inte kan täcka sina kostnader då ersättning endast utgår när tjänsten används. Det krävs att tjänsteleverantören även utsätts för andra risker i tillhandahållandet av tjänsten för att kravet på att tjänsteleverantören ska anses vara utsatt för marknadens nycker ska vara uppfyllt. I det fallet kan det exempelvis krävas att ersättningen för tjänsten kommer direkt från brukarna då det innebär en risk för insolvens hos dessa.<sup>177</sup>

Den upphandlande myndigheten måste således, när den ska välja vilken typ av kontrakt som denne ska upphandla, avgöra i vilken utsträckning den är villig att lämna över rätten att bestämma under vilka ekonomiska villkor tjänsten ska tillhandahållas. Om den upphandlande myndigheten vill ha full kontroll över tjänstens tillhandahållande men inte precisera mängden är det således ett ramavtal som ska upphandlas och de vanliga reglerna om upphandling i LOU ska då tillämpas. Om den upphandlande myndigheten istället kan tänka sig att ge tjänsteleverantören

---

<sup>177</sup> Se dom Oymanns (ECLI:EU:C:2009:358), p. 74. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 124.

den frihet som krävs för att avtalet ska kunna klassas som en tjänstekoncession kan den istället själv bestämma hur förfarandet för upphandling ska se ut, givet att den följer de allmänna principerna.

#### 4.6 Direktivet

I det nya direktivet används också uttrycket rätt att utnyttja tjänsten för att definiera en tjänstekoncession.<sup>178</sup> En ersättning genom rätten att utnyttja tjänsten kommer också fortsättningsvis att kunna kombineras med viss ersättning från den upphandlande myndigheten. Det tillsammans med efterföljande definition av verksamhetsrisken tyder på att någon ny definition av begreppet tjänstekoncession i och med antagandet av det nya direktivet ej är menad.<sup>179</sup> Vad detta leder till i praktiken är främst att tidigare praxis fortfarande får anses ha relevans för, framför allt, när verksamhetsrisken kan anses vara överförd, se vidare nedan.

Vad som dock ej framgår av det nya direktivet är huruvida det finns ett krav på att tjänsteleverantören ska ha en viss ekonomisk frihet att utforma de ekonomiska villkoren för tjänstens tillhandahållande. Eftersom EU-domstolen i domen Oymanns dock klart fastslog att det följde av begreppet rätt att utnyttja tjänsten och det är den främsta skillnaden i förhållande till ramavtal torde kravet dock fortsatt omfattas av definitionen även i det nya direktivet.

---

<sup>178</sup> Se art. 5.1 i direktiv 2014/23/EU.

<sup>179</sup> Se 9. Brown, Adrian, Does a taxi reimbursement system for medical patients in Finland constitute a service concession under EU procurement law? Case C-269/14 *Kan-sanelakelaitos*, P.P.L.R. 2015, 6, NA189.

## 4.7 Sammanfattning

I kapitlet har klargjorts något vad som menas med begreppet utnyttjande av tjänsten. Vad som menas är främst att den verksamhetsrisk som är förknippad med att tillhandahålla tjänsten överförs från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören. Ersättning genom nyttjande kan också kombineras med att myndigheten delvis ersätter tjänsteleverantören. Vad som då måste beaktas är dock att den del av ersättningen som inte är kopplad till utnyttjandet inte utgör en så stor del av ersättningen att verksamhetsrisken inte kan anses överförd. En rätt att utnyttja tjänsten innebär också att tjänsteleverantören måste få ett visst mått av frihet att utforma de ekonomiska villkoren för tillhandahållandet av tjänsten. Att så är fallet anses följa av det faktum att tjänsten ska få utnyttjas kommersiellt vilket har prövats av EU-domstolen i domen Oymanns.

I det nya direktivet sker ingen förändring. Ersättningen vid en tjänstekoncession måste således även fortsättningsvis bestå i en rätt att helt eller delvis utnyttja tjänsten, inbegripet en frihet att utforma de ekonomiska villkoren för tjänstens tillhandahållande.



## 5 Specifikt om definitionen av risken

### 5.1 Inledning

För att definiera vad som omfattas av begreppet verksamhetsrisk är det främst EU-domstolens domar på området om är av intresse då ingen ledning går att få i direktivet från 2004.<sup>180</sup> Sedan den första domen *Telaustria* har EU-domstolen sökt precisera begreppet mer och mer då medlemsstaterna fortsatt ställa frågor som berör just klassificeringen av ett kontrakt som tjänstekoncession.<sup>181</sup> Vad det visar på är främst att klassificeringen av ett kontrakt som tjänstekoncession är mycket svår att göra. De riktlinjer som EU-domstolen frammanat har av medlemsstaterna inte anses tillräckliga för att i det enskilda fallet kunna avgöra om ett kontrakt ska anses utgöra en tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt. Något som vidare visar på denna svårighet är det faktum att den svenska kammarrätten i Göteborg klassificerat ett och samma kontrakt olika vid olika tidpunkter.<sup>182</sup>

Följande kapitel kommer därför att närmare försöka precisera vad som menas med begreppet verksamhetsrisk. För att göra det kommer först en genomgång av begreppet marknadens nycker att göras för att sedan ytterligare beskriva vilken typ av risk som avses. Det kommer att göras både genom att exemplifiera vilken typ av risk som omfattas men också vilken typ av risk som inte omfattas och som därmed inte är relevant för klassificeringen av ett kontrakt som en tjänstekoncession.

---

<sup>180</sup> Direktiv 2004/18/EG.

<sup>181</sup> Se direktiv 2014/23/EU, skäl 4 och 18 samt Genomförandeutredningens redogörelse av den praxis som finns på området i SOU 2014:69, s. 104-106.

<sup>182</sup> Se Kammarrätten i Göteborg dom av den 11 juni 2010 (mål nr 3917-09) och Kammarrätten i Göteborg dom av den 23 maj 2011 (mål nr 6515-10). Se även Rosén Andersson, Helena, mfl., *Lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster: en kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015, s. 716.

## 5.2 Marknadens nycker

Det som går att utläsa ur de samlade domarna där EU-domstolen har tagit upp frågan om klassificering av kontrakt som tjänstekoncession är att risken definieras som att utsättas för risker som en tjänsteleverantör utsätts för på den privata marknaden.<sup>183</sup> Det är också något som bekräftas i det nya direktivet om tilldelning av koncessioner där begreppet marknadens nycker används, som först myntades av EU-domstolen i domen Stadler.<sup>184</sup> Begreppet marknadens nycker omfattar i sin tur ett antal olika risker som både Kommissionen i det nya direktivet och även Andrea Sundstrand valt att dela upp i två underkategorier.<sup>185</sup> I det nya direktivet har kommissionen valt att benämna dessa underkategorier utbudsrisk och efterfrågerisk emedan Andrea Sundstrand benämner dem som betalningsrisk och verksamhetsrisk. I det nya direktivet har Kommissionen dock valt att benämna den övergripande risken verksamhetsrisk och sedan delat in den i de två underkategorierna.<sup>186</sup> För att minska fortsatt begreppsförvirring kommer begreppen utbudsrisk och efterfrågerisk att användas för att benämna de två underkategorierna i den fortsatta framställningen.

Begreppet marknadens nycker är som tidigare påpekats något som först användes av EU-domstolen i domen Stadler. Där uttryckte EU-domstolen först att för att en tjänstekoncession ska anses föreligga krävs det att risken har övergått från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören och hänvisade då till domen

---

<sup>183</sup> Se bl.a. domarna Norma-A SIA (ECLI:EU:C:2011:721), dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), dom Sea (ECLI:EU:C:2009:532) och Kommissionen/Italien (ECLI:EU:C:2007:445).

<sup>184</sup> Se skäl 18 och 20 och art. 5.1 i direktiv 2014/23/EU.

<sup>185</sup> Se skäl 20 och art. 5.1 i direktiv 2014/23/EU. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 117 ff.

<sup>186</sup> Se art. 5.1 i direktiv 2014/23/EU.

Eurawasser.<sup>187</sup> För att närmare försöka precisera vilket typ av risk som åsyftas uttalade EU-domstolen sedan följande:

den ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten ... kan ta sig uttryck i en risk för att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med en risk att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2005 i mål C 234/03, Contse m.fl., REG 2005, s. I 9315, punkt 22, och domen i det ovannämnd målet Hans & Christophorus Oymanns, punkt 74).

Risker som är förknippade med en bristfällig företagsledning eller med att den ekonomiska aktören gör felaktiga bedömningar kan däremot inte läggas till grund för bedömningen av huruvida ett kontrakt ska kvalificeras som ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession, eftersom alla kontrakt omfattar den typen av risker, oberoende av om det rör sig om ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.<sup>188</sup>

Vad som åsyftas är således ett antal risker hänförliga till de omständigheter som föreligger på en konkurrensutsatt marknad. Något som även framgår av domen Stadler är att det handlar om att beakta alla de relevanta omständigheterna i det

---

<sup>187</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 26.

<sup>188</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 37-38.

enskilda fallet för att kunna avgöra huruvida ett kontrakt ska anses utgöra en tjänstekoncession.<sup>189</sup>

De risker som nämns i domen kan, för att lättare förstå hur de hänger ihop med utnyttjandet av tjänsten, delas upp i två underkategorier, utbudsrisk och efterfrågerisk. Vad som ska påpekas är att det endast är en uppdelning av pedagogisk natur. Det bekräftas också i det nya direktivet där Kommissionen påtalar att verksamhetsrisken kan utgöras av utbudsrisk eller efterfrågerisk eller båda. Det ska således inte förstås som att det är två skilda krav där båda typerna av risk måste föreligga utan det räcker med endast en, så länge det föreligger en ”verklig exponering för marknadens nycker”.<sup>190</sup> Att det finns en relation mellan de båda kategorierna av risker framgick redan av domen *Parking Brixen*, där endast det faktum att efterfrågerisken förelåg var tillräckligt för att verksamhetsrisken skulle anses ha övergått.<sup>191</sup> Det kommer att behandlas mer ingående nedan i kapitel 6 där det redogörs vidare för vad som krävs för att risken ska anses överförd.

### 5.3 Utbudsrisk

Underkategorin utbudsrisk omfattar de risker som är hänförliga till själva tillhandahållandet av tjänsten.<sup>192</sup> Det är alltså fråga om sådana risker som en tjänsteleverantör tar på sig för att kunna erbjuda tjänsten till brukarna. Det omfattar så väl ansvar för skador och brister i tillhandahållandet av tjänsten<sup>193</sup> som risk för att utbudet

---

<sup>189</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 124.

<sup>190</sup> Se art 5.1 i direktiv 2014/23/EU.

<sup>191</sup> Se dom *Parking Brixen* (ECLI:EU:C:2005:605), p. 40.

<sup>192</sup> Se Sundstrand, *Offentlig upphandling*, s. 117 som benämner denna underkategori verksamhetsrisk.

<sup>193</sup> Se dom *Contse SA m.fl.*, (ECLI:EU:C:2005:644) där det faktum att tjänsteleverantören inte tog på sig ansvaret för skador till följd av brister i tjänsten gjorde att kontraktet inte ansågs utgöra en tjänstekoncession.

inte matchar efterfrågan på marknaden<sup>194</sup>. Vad det innebär i praktiken är att tjänsteleverantören ska ta ansvaret för kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten<sup>195</sup> och att ansvara för verksamheten gentemot brukarna<sup>196</sup>. Risker som exempelvis hänförs till att tjänsten är dåligt utförd eller att den på annat sätt brister i leverans faller således under kategorin utbudsrisk. Om exempelvis en tjänsteleverantör vid tillhandahållandet av cyklar i Stockholms innerstad endast har trasiga cyklar och därmed ej kan tillhandahålla den tilltänkta tjänsten är det tjänsteleverantören som får svara för ett eventuellt skadestånd. Det är således främst en överföring av ansvar från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören.<sup>197</sup>

## 5.4 Efterfrågerisk

Den risk som omfattas av kategorin efterfrågerisk är den risk som är kopplad till brukarna och deras efterfrågan. Det handlar således främst om en risk för att intäkterna från brukarna av tjänsten inte täcker de utgifter som tjänsteleverantören har för att kunna tillhandahålla tjänsten.<sup>198</sup> Denna risk föreligger när betalningen för tjänsten på något sätt är kopplad till brukarna. Antingen genom att de själva betalar för tjänsten eller när myndigheten betalar för tjänsten i den utsträckning som brukarna väljer att använda den. När brukarna själva betalar för tjänsten riskerar tjänsteleverantören även att inte få betalt för utförd tjänst då brukarna kan bli insolventa. Vad som ska påpekas är att det inte handlar om risken att gå med vinst eller inte, utan om säkerheten att garanterat inte gå med förlust pga. villkor i kontraktet. När risken således inte föreligger utgörs det av situationer när den upphandlande myndigheten i kontraktet har klausuler som gör att risken att gå med förlust endast

---

<sup>194</sup> Se art. 5.1 i direktiv 2014/23/EU.

<sup>195</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 126.

<sup>196</sup> Se Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 186.

<sup>197</sup> Se Bovis, EC public procurement, s. 336.

<sup>198</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 119.

är nominell eller försumbar, exempelvis genom att garantera ett visst antal brukare. Att marknaden i sig är oerhört lukrativ där brukarna har en stor köpkraft är således inte en riskbegränsande faktor som beaktas.<sup>199</sup>

När det i doktrin diskuteras om efterfrågerisken har framför allt Sue Arrowsmith uttalat att det är ett krav för att risken ska anses ha övergått att betalningen härstammar från brukarna.<sup>200</sup> Det är dock något som inte konkret uttalats i någon EU-dom utan det faktum att betalningen har kommit direkt från brukarna har endast varit en viktig faktor i fastställandet av huruvida ett kontrakt ska anses vara en tjänstekoncession eller inte. Argumenten för och emot ett sådant krav kommer behandlas vidare nedan under avsnitt 6.4.

## 5.5 Risker som inte omfattas

I det ovan citerade domen Stadler anger EU-domstolen, för att söka precisera uttrycket verksamhetsrisk, även ett antal risker som inte omfattas av begreppet.<sup>201</sup> Vad EU-domstolen räknar upp är sådana risker som även föreligger vid ett offentligt tjänstekontrakt. Eftersom definitionen av en tjänstekoncession i dagsläget görs just genom att kontrastera den mot ett offentligt tjänstekontrakt får dessa risker ingen relevans för klassificeringen av kontraktet. Som EU-domstolen nämner handlar det om ”risker som är förknippade med en bristfällig företagsledning eller med att den ekonomiska aktören gör felaktiga bedömningar”. Vad som inte heller kan anses omfattas är exempelvis förändring i lagstiftning.<sup>202</sup> För att lättare förstå avgränsningen kan nämnas att EU-domstolen påtalat att det är den befintliga risk

---

<sup>199</sup> Se Bovis, EC public procurement, s. 336.

<sup>200</sup> Se Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, s. 434 f.

<sup>201</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 38. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling och Bergman m.fl., Offentlig Upphandling, s. 141.

<sup>202</sup> Se Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, s. 432.

som vid ett offentligt tjänstekontrakt ligger hos den upphandlande myndigheten som avses.<sup>203</sup> Det är således, som även EU-domstolen påtalar, inte de risker som tjänsteleverantören alltid utsätts för som beaktas vid en klassificering av ett kontrakt som en tjänstekoncession.<sup>204</sup>

Den risk som tjänsteleverantören ska ta på sig för att ett kontrakt ska klassificeras som en tjänstekoncession måste vidare vara hänförlig till föremålet för upphandlingen.<sup>205</sup> Vad det innebär är att det faktum att tjänsteleverantören i allmänhet agerar på en riskfylld marknad när denne tillhandahåller andra tjänster inte är relevant för klassificeringen.<sup>206</sup>

## 5.6 Den befintliga risken

EU-domstolen har i domen Eurawasser påpekat att det är den befintliga risken som ska överföras, även om denna risk är mycket begränsad.<sup>207</sup> EU-domstolen framhåller främst att den upphandlande myndigheten inte kan tvingas införa större risker i kontraktet än vad utnyttjandet av den aktuella tjänsten skulle innebära enkom för att kunna upphandla tjänsten som en tjänstekoncession. EU-domstolen betonar också att den upphandlande myndigheten måste kunna säkerställa tillhandahållandet av en tjänst på det sätt den anser mest fördelaktig ”även om den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten är mycket begränsad”.<sup>208</sup> Vad som således igen betonas är att det är själva kontraktsvillkoren som är relevanta och inte hur

---

<sup>203</sup> Se Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 187.

<sup>204</sup> Se Asplund, Överprövning av upphandling, s. 66.

<sup>205</sup> Se dom Helmut Müller (EU:C:2010:168), p. 78. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 119.

<sup>206</sup> Se Asplund, Överprövning av upphandling, s. 65.

<sup>207</sup> Se dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540), p. 77. Se även dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), och Norma A. Se vidare Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 127.

<sup>208</sup> Se dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540), p. 74-75. Se vidare Asplund, Överprövning av upphandling, s. 65.

marknaden som tjänsten kommer tillhandahållas på ser ut.<sup>209</sup> Vad det innebär i praktiken är att det inte påverkar riskbedömningen huruvida det exempelvis följer av lag att vissa tariffer för prissättning av en viss tjänst ska användas. Om samma sak istället följer av ett kontraktsvillkor och en viss betalning för tjänsten således garanteras tjänsteleverantören kan det innebära att kontraktet inte kan klassificeras som en tjänstekoncession.<sup>210</sup>

## 5.7 Direktivet

Kommissionen har valt att föra in just begreppet marknadens nycker i det nya direktivet för att även där använda det för att beskriva vilken typ av risk som måste överföras från den upphandlande myndigheten för att en tjänstekoncession ska anses föreligga.<sup>211</sup> Det visar således på att den bedömning EU-domstolen gjort i domen *Stadler* fortfarande kommer att ha relevans för framtida bedömningar av huruvida ett kontrakt ska klassificeras som en tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt. I det nya direktivet har kommissionen dock sökt precisera begreppet än mer genom att påtala att det kan delas upp i två underkategorier av risker, utbudsrisk och efterfrågerisk.

Det faktum att endast en av de två underkategorierna av risk behöver ha överförts på tjänsteleverantören återspeglas också i det nya direktivet. Kommissionen har där uttryckt att en tjänsteleverantör måste vara exponerad för utbudsrisk eller efterfrågerisk eller båda för att denna ska kunna anses utsättas för marknadens nycker. Det kan dock frågas om kommissionen valt att gå ett steg längre än vad EU-domstolen tidigare gjort uttryck för. Främst då EU-domstolen i de flesta fall gjort

---

<sup>209</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 432 samt Bovis, *EC public procurement*, s. 336.

<sup>210</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 432.

<sup>211</sup> Se skäl 20 och art. 5.1 i direktiv 2014/23/EU.



bedömningen att tjänsteleverantören i de enskilda fallen alltid både utsatts för utbudsrisk och efterfrågerisk eller ingendera.<sup>212</sup> EU-domstolen har dock inte prövat ett fall där en tjänsteleverantör endast utsatts för en utav de två kategorierna av risker. Frågan om det tidigare har varit tillräckligt med endast en av riskkategorierna har således inte prövats och huruvida kommissionen därför gått längre än EU-domstolen när det gäller att godkänna att tjänsteleverantören endast utsätts för en av riskkategorierna går därför inte att säga.<sup>213</sup>

Kraven på att risken inte får vara sådan som alltid föreligger och det faktum att den måste vara hänförligt till upphandlingsföremålet torde fortsättningsvis gälla. Det främst med hänvisning till skäl 20 i det nya direktivet där det uttryckligen sägs att:

risker som är kopplade till dålig förvaltning, avtalsbrott av den ekonomiska aktören eller till fall av force majeure är inte avgörande för klassificeringen som en koncession, eftersom dessa risker är inneboende i varje kontrakt, oavsett om det rör sig om ett offentligt upphandlingskontrakt eller en koncession.

Att risken måste vara kopplad till det specifika upphandlingsföremålet torde följa av ordalydelsen en rätt att utnyttja tjänsten och torde därför även fortsättningsvis följa av definitionen av en tjänstekoncession.<sup>214</sup>

Att det fortsättningsvis är den befintliga risken som ska överföras framgår av skäl 19 i det nya direktivet där det stadgas att:

---

<sup>212</sup> Se bl.a. dom Contse SA m.fl., (ECLI:EU:C:2005:644) och dom Kommissionen/Italien (ECLI:EU:C:2007:445).

<sup>213</sup> Jmf dock Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 121.

<sup>214</sup> Se art. 5.1b i direktiv 2014/23/EU där den nya definitionen av en tjänstekoncession går att finna.

Om det finns sektorsspecifika regler som eliminerar risken genom att ge koncessionshavaren en garanti för att de investeringar som görs och de kostnader som uppstår under fullgörandet av ett kontrakt ska jämnas ut varandra, bör kontraktet inte anses utgöra en koncession i den mening som avses i detta direktiv. Att risken redan från början är begränsad bör inte hindra att ett avtal anses utgöra en koncession. Detta kan även vara fallet i exempelvis sektorer med reglerade tariffer eller där verksamhetsrisken begränsas genom avtalsarrangemang som föreskriver partiell ersättning, inbegripet ersättning i händelse av tidig uppsägning av koncessionen av skäl som kan tillskrivas den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten eller på grund av force majeure.

Vad som går att utläsa är en liknande formulering som den EU-domstolen använt i ovan nämnda dom Eurawasser. Det påvisar att det fortfarande är den risk som den upphandlande myndigheten tar på sig vid ett offentligt tjänstekontrakt som ska överföras.

## **5.8 Sammanfattning**

I kapitlet har redogjorts för vilket typ av risk som ska överföras från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören för att ett kontrakt ska anses utgöra en tjänstekoncession. För att klargöra vilka risker som omfattas har EU-domstolen myntat begreppet marknadens nycker. Begreppet åsyftar de risker som en tjänsteleverantör utsätts för på den privata marknaden. Riskerna på den privata marknaden och som den upphandlande myndigheten tar på sig vid ett offentligt tjänstekontrakt kan delas upp i två underkategorier, utbudsrisk och efterfrågerisk. Uppdelningen görs dock endast för att söka definiera vilka risker som omfattas av det övergripande begreppet verksamhetsrisk och ska således inte ses som två olika krav på risk. När EU-domstolen talat om marknadens nycker har den också ex-

emplifierat ett antal risker som inte omfattas, vad som då åsyftas är sådana risker som även vid ett offentligt tjänstekontrakt ligger hos tjänsteleverantören.

EU-domstolen har också uttryckt att det är den befintliga risken som ska överföras. Vad som menas med det är att det är den risk som den upphandlande myndigheten skulle stått om den valt att upphandla tjänsten som ett offentligt tjänstekontrakt. Att det i sig måste vara riskfyllt att tillhandahålla tjänsten är således inte ett krav som ställs för att ett kontrakt ska kunna klassificeras som en tjänstekoncession.

I det nya direktivet använder även kommissionen begreppet marknadens nycker för att söka definiera vilken typ av risk som ska överföras på tjänsteleverantören vid en tjänstekoncession. Även vilka risker som inte omfattas samt att det är den befintliga risken som ska överföras följer av det nya direktivet. Det nuvarande rättsläget och vilken typ av risk det är som ska överföras på tjänsteleverantören förändras således inte i och med genomförandet av det nya direktivet.

## 6 Specifikt om överföringen av risken

### 6.1 Inledning

För att en rätt att utnyttja tjänsten ska anses föreligga krävs det att den risk som beskrivits ovan i kapitel 5 överförs från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören. Det fastslogs redan i domen *Contse m.fl.* där EU-domstolen uttalade att ett kontrakt inte kunde betraktas som en koncession när det ”inte sker [en] övergång av de risker som är förenade med tillhandahållandet av den aktuella tjänsten”.<sup>215</sup> EU-domstolen har vidare i domen *Eurawasser* uttryckt att det är en betydande del av den befintliga risken som ska överföras från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören för att denne ska kunna anses ha fått en rätt att utnyttja tjänsten.<sup>216</sup> Nedan redogörs för vad som menas med att en betydande del av den befintliga risken ska överföras. En mer ingående redogörelse för betalningens härkomst görs också eftersom det är en både mycket viktig komponent i avgörandet av huruvida tjänsteleverantören tar på sig risken i den utsträckning som krävs och en mycket omdiskuterad fråga.

### 6.2 Överföring av risken

Definitionen av en rätt att utnyttja tjänsten omfattas till stor del av att den risk som beskrivits i kapitel 5 överförs från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören. Frågan när risken ska anses överförd är således en mycket viktig fråga för klassificeringen av ett kontrakt som en tjänstekoncession. Det finns vid denna bedömning ett antal olika omständigheter som måste beaktas för att avgöra

---

<sup>215</sup> Se dom *Contse SA m.fl.*, (ECLI:EU:C:2005:644), p. 22.

<sup>216</sup> Se dom *Eurawasser* (ECLI:EU:C:2009:540), p. 77.

huruvida tjänsteleverantören tar på sig tillräckligt mycket risk i tillhandahållandet av tjänsten. Som påpekats tidigare ska det ske en samlad bedömning av alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet. Det innebär framför allt att det oftast inte finns några konkreta rekvisit som kan uppfyllas för att risken ska anses överförd. EU-domstolen har dock i domen Eurawasser slagit fast att kravet på risköverföring är uppfyllt om betalningen kommer uteslutande från brukarna, förutsatt att verksamhetsrisken ansågs överförd.<sup>217</sup> Vad som då ska påtalas är att, om det är så att betalningen för tjänsten kommer uteslutande från brukarna, utsätts tjänsteleverantören både för risken att efterfrågan inte matchar utbudet och att brukarna blir insolventa varför tjänsteleverantören utsätts för ett stort mått av risk. Förutsättningen för att det ska kunna klassas som ett tillräckligt rekvisit torde dock vara att det omfattar all ersättning. Om den upphandlande myndigheten således på något sätt tryggar ersättning för de fall att tjänsten inte utnyttjas eller att det betalningsansvariga brukarna blir insolventa torde rekvisitet inte vara uppfyllt. Även här är det således fråga om en samlad bedömning som faller ut i att tjänsteleverantören tar på sig relevant risk. I domen Stadler konstaterade EU-domstolen vidare att:

Om den ekonomiska aktörens faktiska kostnader under en viss period överstiger de beräknade kostnader på grundval av vilka användaravgifterna har fastställts, kan den ekonomiska aktören i fråga få ett underskott som kan behöva förfinansieras med aktörens egna medel.<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> Se dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540), p. 80.

<sup>218</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 43.

Gränsen mellan om tjänsteleverantören tar på sig en risk eller inte ligger således i om tjänsteleverantörens faktiska kostnader har garanterad täckning eller om det finns risk för att denna själv kommer att behöva finansiera underskottet.<sup>219</sup>

Som tidigare påpekats i kapitel 5 kan den verksamhetsrisk som ska överföras delas upp i två underkategorier. Frågan är dock om båda dessa kategorier av risker måste föras över eller om det är tillräckligt med att endast en av de två överförs. Andrea Sundstrand har i sin diskussion där hon delar upp risken i två likande kategorier konstaterat att de är kumulativa. Enligt henne är det således inte tillräckligt för att verksamhetsrisken i stort ska kunna anses överförd att endast en av underkategorierna av risker är överförs på tjänsteleverantören. Hon baserar argumentet bl.a. på det faktum att EU-domstolen i domen Contse m.fl. SA där EU-domstolen beaktade både risker som omfattas av underkategorin utbudsrisk och underkategorin efterfrågerisk.<sup>220</sup> Sundstrand påtalar dock i avsnittet om storleken på den överförda risken att EU-domstolen i domen Stadler påtalat att om betalningen kommer från tredje man endast en mycket begränsad del av utbudsriskens måste vara överförd.<sup>221</sup> Hon drar då slutsatsen att hennes tidigare påstående om att underkategorierna är kumulativa bekräftas.<sup>222</sup> Frågan är dock om EU-domstolens uttryck ”mycket begränsad” del av verksamhetsrisken innebär det som Sundstrand påstår. I Stadler relaterar EU-domstolen endast till det faktum att betalningen härstammar från tredje man och inte till det något bredare begreppet efterfrågerisk.<sup>223</sup> Domstolens definition av verksamhetsrisk torde vara den som senare beskrivs i domen och som således omfattar både utbudsrisker och efterfrågerisker. Av det kan slutsatsen istället vara att EU-domstolen inte menar att de olika kategorierna är kumulativa utan

---

<sup>219</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 43. Se även Bovis, EC public procurement, s. 336.

<sup>220</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 119.

<sup>221</sup> Se även Bergman m.fl., Offentlig Upphandling, s. 140.

<sup>222</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 127 f.

<sup>223</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 29.

endast att när betalningen kommer från tredje man kan övriga bidragande riskfaktorer spela en mycket begränsad roll i klassificeringen av kontraktet. Att det således finns en viss risk att betalning uteblir p.g.a. insolvens, vilket också är att hänföra till underkategorin utbudsrisk, torde vara tillräckligt för att risken ska anses överförd.

### 6.3 Betydande del

När risken ska anses överförd är således den springande punkten. I klara fall där exempelvis tjänsteleverantören både får betalt av brukarna och dessutom svarar för alla fel och brister i tjänsten är det lätt att avgöra huruvida risken har överförts eller inte, tjänsteleverantören tar ju då i princip på sig alla relevanta risker. Den svåra frågan är när den upphandlande myndigheten av olika anledningar väljer att i kontraktet garantera tjänsteleverantören viss säkerhet. Det kan vara i form av ansvar för skador vid tillhandahållandet av tjänsten eller att den upphandlande myndigheten garanterar ett visst antal brukare och ersätter tjänsteleverantören för de fall antalet ej uppnås. Vilka omständigheter som får pendeln att slå över åt det ena eller det andra hållet har varit svårt för EU-domstolen att uttrycka. Att det är en betydande del av risken som måste överföras från den upphandlande myndigheten var något som EU-domstolen klargjorde i domen Eurawasser.<sup>224</sup> Vad som menas men en betydande del har inte preciserats närmare.

Något som dock kan påverka huruvida risken kan anses överförd är hur stor del av ersättningen som kommer från den upphandlande myndigheten istället för från själva utnyttjandet av tjänsten. Det är framför allt något som Michael Burnett påtalar när han påstår att om 60% av ersättningen kommer från den upphandlande

---

<sup>224</sup> Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 127 samt Bovis, EC public procurement, s. 336.

myndigheten utan koppling till utnyttjandet finns det skäl att ifrågasätta om risken kan anses överförd.<sup>225</sup> Det får dock inte sammanblandas med det faktum att den upphandlande myndigheten står för betalningen av tjänsten om betalningen är kopplat till antalet brukare och därmed till utnyttjandet av tjänsten.

Något som igen ska påpekas är att det alltså är en betydande del av den befintliga risken som ska överföras. Den risk som tjänsteleverantören tar på sig måste således inte vara betydande.<sup>226</sup>

#### **6.4 Betalning från den upphandlande myndigheten**

Något som kan belysa problematiken med vilka omständigheter som ska beaktas och hur dessa spelar in i avgörandet av huruvida verksamhetsrisken kan anses ha övergått, är diskussionen kring huruvida betalningen för tjänsten kan komma endast från den upphandlande myndigheten. Diskussionen nedan belyser både frågor kring från vem betalningen för tjänsten kan komma och på vilka grunder denna betalning utgår.

Betalningen för tjänsten kan komma från tre olika parter. Först och främst kan betalningen komma från brukarna, alltså de som använder tjänsten. I andra hand kan betalningen komma från en tredje part, så som i domen Stadler där en annan myndighet betalade för tjänsten. Slutligen kan betalningen för tjänsten komma från den upphandlande myndigheten själv.

---

<sup>225</sup> Se Burnett, Michael, Public-Private Partnership – A Decision Maker’s Guide, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2007, s. 70. Se även Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 188.

<sup>226</sup> Se dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540), p. 77.



Att betalningen för tjänsten kan komma från brukarna fastslogs redan i domen Parking Brixen där användarna av en parkeringsplats själva betalade till tjänsteleverantören.<sup>227</sup> EU-domstolen konstaterade då att det är fråga om en tjänstekoncession när tjänsteleverantören som motprestation för tjänsten får ersättning av tredje man.<sup>228</sup> I domen Eurawasser påtalar dock EU-domstolen att det endas är tillräckligt att ersättningen kommer från tredje man om en betydande del av den befintliga risken är överförd.<sup>229</sup>

I domen Stadler var det inte brukarna själva som stod för betalningen utan istället ett centralt avräkningsställe som i sin tur samlat in avgifter från brukarna.<sup>230</sup> EU-domstolen konstaterade dock att det var tillräckligt att betalningen kom från någon annan än en den upphandlande myndigheten för att det skulle kunna anses föreligga en tjänstekoncession, så länge en betydande del av den befintliga verksamhetsrisken kunde anses överförd.<sup>231</sup>

Betalning för tjänsten kan också komma från den upphandlande myndigheten själv. I det fallet kan den upphandlande myndigheten antingen endast agera mellanhand och den faktiska betalningen härrör således från brukarna. Det är således en blandning av omständigheterna i domen Stadler och det faktum att betalningen kommer från den upphandlande myndigheten. Att det istället för ett avräkningsställe är den upphandlande myndigheten som står för själva utbetalningen torde inte ändra bedömningen i domen Stadler och en sådan betalningskedja borde således kunna föreligga vid en tjänstekoncession om en betydande del av den befintliga verksamhetsrisken anses överförd.

---

<sup>227</sup> Se dom Parking Brixen (ECLI:EU:C:2005:605), p. 26.

<sup>228</sup> Se dom Parking Brixen (ECLI:EU:C:2005:605), p. 43.

<sup>229</sup> Se dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540), p. 56-57.

<sup>230</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), , p. 22.

<sup>231</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), , p. 48. Se även Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 124.

När betalningen kommer från den upphandlande myndigheten kan det även vara så att betalningen inte härrör från brukarna utan att betalningen för tjänsten istället görs beroende av antalet brukare. Betalningen härrör då istället ifrån den skatt som befolkningen i medlemsstaten betalar. Huruvida denna omständighet kan föreligga vid en tjänstekoncession har ifrågasatts i doktrin av bl. a. Sue Arrowsmith och Andrea Sundstrand.<sup>232</sup>

Sue Arrowsmith menar att det är ett krav att betalningen för tjänsten inte kommer från den upphandlande myndigheten. Vad hon främst baserar det på är ett nationellt avgörande från Storbritannien där den nationella domstolen konstaterade att det faktum att betalningen kommer från den upphandlande myndigheten utgjorde ett hinder för att det ifrågavarande kontraktet skulle kunna klassificeras som en tjänstekoncession.<sup>233</sup> Vidare drar Arrowsmith dessa slutsatser på domar från EU-domstolen där det inte uttryckligen sägs att så skulle vara fallet. Arrowsmith menar vidare att om man inte längre kan exkludera en klassificering som tjänstekoncession endast på den grunden att betalningen kommer från den upphandlande myndigheten så kommer det istället bli avgörande huruvida tillräcklig risk har överförts.<sup>234</sup>

Även Andrea Sundstrand menar att betalningen för tjänsten inte kan komma från den upphandlande myndigheten. Hennes resonemang synes främst grunda sig i att om den upphandlande myndigheten betalar tjänsten att även ansvaret för tjänstens tillhandahållande faller på den upphandlande myndigheten och någon skillnad

---

<sup>232</sup> Det finns dock även författare som varit tveksamma och lämnat frågan öppen. Se bl.a. Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan, s. 187, Asplund, Överprövning av upphandling s. 68 samt Bergman m.fl., Offentlig Upphandling, s. 141.

<sup>233</sup> Se Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, s. 434 f.

<sup>234</sup> Se Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, s. 442.

mellan ramavtal och en tjänstekoncession föreligger då inte.<sup>235</sup> Skillnaden mellan ett ramavtal och en tjänstekoncession ligger dock i friheten att utforma de ekonomiska villkoren för tillhandahållandet av tjänsten.<sup>236</sup> Sundstrand drar sedan slutsatsen att det följer av själva definitionen av en tjänstekoncession att ersättningen för tjänsten inte uteslutande kan komma från den upphandlande myndigheten.<sup>237</sup> Vad som dock blir problematiskt med denna slutsats är att Sundstrand inte skiljer på ersättningen och betalningen för tjänsten. Om betalningen för tjänsten görs beroende av brukarna är det en del i rätten att utnyttja tjänsten och måste således skiljas från det faktum att den upphandlande myndigheten delvis kan stå för ersättningen. Vad som hela tiden måste vara avgörande är huruvida verksamhetsrisken kan anses överförd.<sup>238</sup> Det framkommer främst av det faktum att EU-domstolen aldrig påtalat att betalningen inte kan komma från den upphandlande myndigheten vid en tjänstekoncession. Vad EU-domstolen dock har fastslagit är att från vem betalningen härrör är ”en av de former” som en övergång av verksamhetsrisken kan ta. Att så är fallet påpekas även av Generaladvokaten Mazák i förslag till avgörande till domen Stadler.<sup>239</sup>

Att den berörda offentliga myndigheten betalar ut ersättningen direkt till tjänsteleverantören innebär dock inte nödvändigtvis att det är fråga om ett offentligt tjänstekontrakt. Det följer nämligen av domstolens konstaterande, att indirekt ersättning är ”en av de former” som tjänsteleverantörens rätt att själv utnyttja

---

<sup>235</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 124 f.

<sup>236</sup> Se ovan avsnitt 4.4.

<sup>237</sup> Se Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 125.

<sup>238</sup> Se främst dom Eurawasser (ECLI:EU:C:2009:540), dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), och dom Norma-A SIA (ECLI:EU:C:2011:721).

<sup>239</sup> Förslag till avgörande Oymanns (C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358), p. 28-29. Se även Asplund, Överprövning av upphandling, s. 66-68.

tjänsten kan anta, och att det även finns andra former för rätten att utnyttja tjänsten.

Vad EU-domstolen vidare uttalat i domen Stadler, vilket ovan har citerats, är att det som är den springande punkten är huruvida tjänsteleverantören är garanterad täckning för sina förluster. Att betalningen kommer från en alltid solvent upphandlande myndighet minskar självklart denna risk men om betalningen görs beroende av antalet brukare är tjänsteleverantören inte garanterad täckning. Det förutsätter dock att antalet brukare inte, som i domen Oymanns<sup>240</sup>, är känt på förhand. Det eftersom att tjänsteleverantörens risk att inte få täckning för sina kostnader då bör vara så pass liten att verksamhetsrisken inte kan anses överförd. Att antalet brukare är okänt måste även kopplas ihop med det faktum att tjänsteleverantören har en frihet att utforma de ekonomiska villkoren för tjänstens tillhandahållande. Det är genom det som tjänsteleverantören får möjlighet att påverka hur många som vill använda tjänsten.

Att betalningen kommer från någon annan än den upphandlande myndigheten är således endast en indikator på att det föreligger en tjänstekoncession men är varken ett tillräckligt eller nödvändigt rekvisit för att kunna klassificera ett kontrakt som en tjänstekoncession. Slutsatsen blir således att det kan föreligga en tjänstekoncession även i de fall där betalningen kommer från den upphandlande myndigheten förutsatt att verksamhetsrisken kan anses överförd.

## 6.5 Direktivet

Kommissionen har i skäl 18 fastslagit att:

---

<sup>240</sup> Se dom Oymanns (ECLI:EU:C:2009:358), p. 73-74.

Det viktigaste kännetecknet för en koncession, rätten att utnyttja ... en tjänst, innebär alltid en överföring till koncessionshavaren av en verksamhetsrisk av ekonomisk art som innebär att denne kanske inte kommer att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under ... tillhandahållandet av tjänster under normala verksamhetsförhållanden även om en del av risken ligger kvar hos den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten.

Vidare i art. 5.1 st. 2 påtalar kommissionen att:

Tilldelningen av en ... tjänstekoncession innefattar att verksamhetsrisken vid utnyttjandet av dessa ... tjänster, som omfattar efterfrågerisken eller utbudsrisken eller bådadera, överförs till koncessionshavaren. Koncessionshavaren ska anses överta verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen. Den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker, vilket innebär att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara.

Vad som genomgående påvisats i förevarande arbete är att det nya direktivet endast är en kodifiering och, som även kommissionen påtalar i skäl 18 i det nya direktivet, ett förtydligande av EU-domstolens många domar på området. Vad ovanstående utgör är således ett förtydligande av vad som menas med en betydande del av risken. En betydande del ska således inte förstås som en stor del av risken utan endast som en del som är av betydelse. Den får följaktligen inte endast vara ”no-

minell eller försumbar”. Det framgår också av det tidigare refererade domen Stadler där EU-domstolen uttalade att vad som åsyftades var att ett eventuellt underskott skulle täckas med tjänsteleverantörens egna medel.<sup>241</sup>

Huruvida betalningen för tjänsten kan komma från den upphandlande myndigheten eller inte har, som tidigare nämnts, diskuterats mycket i litteraturen. EU-domstolen har dock inte uttalat sig i frågan vilket gjort att rättsläget varit något oklart. Vad som ytterligare lägger tyngd till den argumentation som förts ovan är det faktum att kommissionen i skäl 18 uttryckligen fastslår att betalning kan komma från den upphandlande myndigheten under förutsättning att:

ersättningen för de investeringar som entreprenören har gjort och de kostnader som denne har haft för att ... tillhandahålla en tjänst beror på den faktiska efterfrågan på eller utbudet av en tjänst

Åter igen bör alltså ingen förändring av rättsläget ske i och med direktivets genomförande i nationell rätt.<sup>242</sup>

## 6.6 Sammanfattning

Den risk som definierats i kapitel 5 måste, för att ett kontrakt ska kunna klassificeras som en tjänstekoncession överföras från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören. Vilka omständigheter som måste föreligga för att risken ska anses överförd är dock svårt att avgöra. Vad EU-domstolen dock uttalat är att det

---

<sup>241</sup> Se dom Stadler (ECLI:EU:C:2011:130), p. 43. Se även Bovis, EC public procurement, s. 336.

<sup>242</sup> Se även Brown, Adrian, Does a taxi reimbursement system for medical patients in Finland constitute a service concession under EU procurement law? Case C-269/14 Kan-sanelakelaitos, P.P.L.R. 2015, 6, NA189.

är en betydande del av risken som ska överföras, alltså en del som är av sådan betydelse det finns en risk att ett eventuellt underskott måste täckas med tjänsteleverantörens egna medel.

I kapitlet har också redogjorts för när betalningen för tjänsten kan komma från den upphandlande myndigheten. Vad som är relevant för den bedömningen är huruvida verksamhetsrisken i stort kan anses överförd och från vem och under vilka omständigheter betalningen erläggs är således endast en omständighet bland många som ska beaktas vid avgörandet av huruvida verksamhetsrisken kan anses överförd.

Både det faktum att det är den befintliga risken som ska överföras samt att det är alla relevanta omständigheter som ska beaktas vid en bedömning av huruvida risken ska anses ha övergått från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören har således kodifierats i och med det nya direktivets antagande.

## 7 Sammanfattande slutsatser

Att ett kontrakt ska klassificeras som en tjänstekoncession innebär att den upphandlande myndigheten inte behöver tillämpa de förfaranderegler som följer av de direktiv som reglerar den offentliga upphandlingen inom EU. Det som skiljer tjänstekoncessionsundantaget från andra undantag i direktiven är att det inte gjorts på basis av att kontraktet ej ansetts relevant för den gränsöverskridande handeln inom unionen. Anledningen har istället varit att medlemsstaterna ej kunnat enas om definitionen av kontraktstypen. Det är också förklaringen till varför EU har möjlighet att nu reglera tilldelning av sådana kontrakt.

Klassificeringen av ett kontrakt som en tjänstekoncession görs utifrån den artikel i direktivet i vilken kontraktstypen tjänstekoncession är uttryckligen undantagen. I artikeln sägs att en tjänstekoncession är ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsten utgörs av en rätt att helt eller delvis utnyttja tjänsten. Vad det innebär är att för att ett kontrakt ska kunna klassificeras som en tjänstekoncession måste det först uppfylla de krav som ställs på ett offentligt tjänstekontrakt. Kontraktet måste därför vara ett offentligt sådant och det huvudsakliga föremålet för kontraktet måste utgöras av en tjänst. För att det ska föreligga en tjänstekoncession måste även tjänsten erbjudas tredje man

När det konstaterats att kontraktet kan klassificeras som ett offentligt tjänstekontrakt är det skillnaden mellan ett offentligt tjänstekontrakt och en tjänstekoncession som är det relevanta för en klassificering av ett kontrakt som en tjänstekoncession. Skillnaden som framgår av art. 1.4 i direktiv 2004/18/EG ligger i ersättningens utformning. Vad som sägs är att ersättningen ska bestå i en rätt att helt eller delvis utnyttja tjänsten. Det som är relevant för klassificeringen av en tjänstekoncession är således vad som omfattas av en rätt att utnyttja tjänsten.

Först kan påpekas att EU-domstolen i domen *Telaustria* uttalat att det är fråga om ett kommersiellt utnyttjande av tjänsten. Av det har det i doktrin ansetts följa att



tjänsten måste erbjudas tredje man, den upphandlande myndigheten själv kan således inte vara föremål för tjänstens utbudande. Efter det kan konstateras att hela ersättningen inte måste komma från en rätt att utnyttja tjänsten. Det innebär att ersättning i vissa fall delvis kan ske på det vis som sker vid ett offentligt tjänstekontrakt. Nämligen att myndigheten ersätter tjänsteleverantören enbart för att denne erbjuder tjänsten på ett visst sätt.

Vad som sedan måste göras är att definiera vad det innebär att få ersättning genom att utnyttja en tjänst. EU-domstolen har här konstaterat att det finns två komponenter som måste vara förhanden för att det ska kunna anses att tjänsteleverantören ersätts genom en rätt att utnyttja tjänsten. Det ena är att verksamhetsrisken måste överföras från den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören. Det andra är att tjänsteleverantören måste få ett visst mått av frihet att utforma de ekonomiska villkoren för tjänstens tillhandahållande.

För att kunna klassificera ett kontrakt som en tjänstekoncession krävs det således att begreppet verksamhetsrisk definieras och att det avgörs huruvida denna risk kan anses överförd. EU-domstolen har sökt klargöra vilken risk som åsyftas i ett antal avgöranden och då främst uttryckt att det som åsyftas är en risk att utsättas för marknads nycker. Att det är den befintliga risken som är relevant och att risker som en tjänsteleverantör står även när kontraktet är att anse som ett offentligt tjänstekontrakt inte ska beaktas. Att utsättas för marknads nycker innebär enligt EU-domstolen att tjänsteleverantören utsätts för de risker som finns på den privata marknaden. Eller annorlunda uttryckt de risker som den upphandlande myndigheten står vid ett offentligt tjänstekontrakt. Vad som betonas är också att det är den befintliga risken som ska överföras. Att det p.g.a. lagstiftning eller att den relevanta marknaden i sig är mycket lukrativ inte finns någon stor risk med att tillhandahålla tjänsten är således inte relevant. Det är istället villkoren i kontraktet som inte får innebära att den risk som överförs inte är betydande.

Det relevanta för att klassificera ett kontrakt som en tjänstekoncession är dock inte endast att det föreligger en verksamhetsrisk utan även att en betydande del av verksamhetsrisken kan anses överförd till tjänsteleverantören. För att avgöra det måste alla omständigheter i det enskilda fallet beaktas och någon tydlig gräns finns inte. Vad EU-domstolen dock fastslagit är att det måste finnas en risk för att ett eventuellt underskott behöver täckas med tjänsteleverantörens egna medel.

Att definiera övergången av risken kan beskrivas som en flytande skala. I det första fallet erbjuder den upphandlande myndigheten tjänsten i egen regi. Den tar då på sig alla risker med att tillhandahålla en tjänst. I det andra fallet väljer den upphandlande myndigheten att upphandla tjänsten som ett offentligt tjänstekontrakt. Tjänsteleverantören tar då på sig de risker som det innebär att exempelvis ha ett företag med anställda. I det tredje fallet väljer istället den upphandlande myndigheten att upphandla kontraktet som en tjänstekoncession. Tjänsteleverantören måste då p.g.a. de villkor som står i kontraktet utsättas för en risk att själv behöva täcka ett eventuellt underskott. Den upphandlande myndigheten kan även i viss utsträckning subventionera tjänsten genom att låta en del av ersättningen vara beroende av utnyttjandet av tjänsten. Tjänsteleverantören får då också ett visst mått av frihet att utforma de ekonomiska villkoren för tjänstens tillhandahållande men den upphandlande myndigheten bestämmer vilken tjänst det är som ska erbjudas och också när den ska erbjudas. I fall har tjänsteleverantören inte längre någon koppling till den upphandlande myndigheten. Tjänsteleverantören tar då på sig alla risker som det innebär att erbjuda en tjänst på den privata marknaden men bestämmer också helt själv vilken tjänst som ska erbjudas samt när och under vilka ekonomiska villkor.

En tjänstekoncession kommer inte längre att klassificeras utifrån det nu gällande direktivet på området då ett nytt direktiv om tilldelning av koncessioner antagits och därmed kommer genomföras i svensk rätt inom en snar framtid. Det är därför relevant att avgöra i vilken utsträckning det nuvarande rättsläget kan anses kodifie-

rat i och med det nya direktivet. Vad som påvisats genomgående i arbetet är att så är fallet. Det nya direktivet har endast kodifierat och klargjort det redan föreliggande rättsläget och någon förändring av klassificeringen av ett kontrakt som en tjänstekoncession kommer således inte att ske.

# Käll- och litteraturförteckning

## Doktrin

- Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2 uppl., Sweet & Maxwell, London, 2005 [cit. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*]
- Asplund, Anders, m.fl., – *Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012 [cit. Asplund, *Överprövning av upphandling*]
- Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia & Madell, Tom.,: *Offentlig Upphandling - på rätt sätt och till rätt pris*, 2 uppl., Studentlitteratur AB, 2011 [cit. Bergman m.fl., *Offentlig Upphandling*]
- Bernitz, Ulf, *Internationell marknadsrätt*, 2 uppl., (kompendieutgåva), Marknadsförlaget AB, Stockholm, 1990
- Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2014 [cit. Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*]
- Bernitz, Ulf, m.fl., *Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 13 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2014
- Bovis, Christopher, *EC public procurement: Case law and regulation*, Oxford University Press Inc., Oxford, 2006. [cit. Bovis, *EC public procurement*]
- *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, Cheltenham, 2007
- Brown, Adrian, *Does a taxi reimbursement system for medical patients in Finland constitute a service concession under EU procurement law? Case C-269/14 Kansaneläkelaitos*, P.P.L.R. 2015, 6, NA189
- Burnett, Michael, *Public-Private Partnership – A Decision Maker’s Guide*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2007
- *A new directive on concessions – the right approach for PPP?*, EPPPREv 2008, nr 4 s. 285
- Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, 3 uppl., Jure Förlag AB, Stockholm, 2014 [cit. Falk, *Lag om offentlig upphandling*]
- Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna Rättsprinciper i EU:s domstol*, (ak.avh.)Norstedts Juridik AB, 2008
- Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2011 [cit. Hettne och Otken, *EU-rättslig metod*]
- Indén, Tobias, *EU:s statsstödsrätt*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2013
- Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur AB, Lund, 2013 [cit. Korling och Zamboni, *Juridisk metodlära*]
- Lehrberg, Bert, *Rättsvetenskap i praktikens tjänst? Tankar rörande civilrättsforskning-ens arbetsuppgifter*, SvJT 1991 s. 755

- Lindblom, Ingalill, Hur hittar jag domen? – Om det nya sättet att hänvisa till EU-domstolens rättsfall, ERT 2014:3 s. 505
- Lundberg, Konrad, kapitlet Rättskällorna i m.fl. Juridik – Civilrätt Straffrätt Processrätt, Lundberg, Konrad m.fl., 2 uppl., Utbildning AB, 2013
- Madell, Tom, & Indén, Tobias, Offentlig-Privat Samverkan: Rättsliga förutsättningar och utmaningar, Skrifter från den juridiska institutionen vid Umeå universitet, Nr 22, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2010 [cit. Madell & Indén, Offentlig-Privat Samverkan]
- Neergard, Ulla, The concept of concission in the EU public procurement law versus EU competition law and national law i Nielsen, Ruth och Treumer, Steen (red.), The new public procurement directives, Djørf Publishing, Köpenhamn, 2005 s. 149 [cit. Neergard, The concept of concission in the EU public procurement law]
- Olsen, Lena, Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s. 105
- Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 3 uppl., Jure Förlag AB, 2013 [cit. Pedersen, Upphandlingens grunder]
- Upphandlingskrönika – blandade kontrakt, ERT 2010:3 s. 631
- Pedersen, Kristian och Olsson, Erik, Upphandlingskrönika – blandade kontrakt, ERT 2011:3 s. 618
- Peczenik, Aleksander, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005 s. 249
- Rosén Andersson, Helena, mfl., Lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster: en kommentar, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015
- Sandgren, Claes, rättsvetenskap för uppsatsförfattare - Ämne, material, metod och argumentation, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015
- Vad är Rättsvetenskap?, TfR 2005 s. 648
- Stridh, Christopher, Överprövning av tjänstekoncessioner genom förvaltningsbesvär, ERT 2012:4, s. 696
- Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt, (ak.avh.), Jure Förlag AB, Stockholm, 2012 [cit. Sundstrand, Offentlig upphandling]
- Offentlig upphandling – en introduktion, 2 uppl., Studentlitteratur AB, Lund, 2013 [cit. Sundstrand, Introduktion]
- Wahlgren, Peter, Syfte och nytta med rättsvetenskapliga arbeten, SvJT 2002 s. 293

## **Offentligt tryck**

### **EU**

#### *Direktiv*

Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfaranden vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster

Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet 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 byggtreprenader, varor och tjänster

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG

#### *Rådet*

Rådets dokument nr 5250/90 ADD 1 av den 22 mars 1990

Rådets dokument nr 4444/92 ADD 1 av den 25 februari 1992

#### *Kommissionen*

Kommissionens ändrade förslag till rådsdirektiv 89/C 264/02 av den 18 juli 1989 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT C 264, 18.6.1989, s. 22)

Kommissionens ändrade förslag till rådsdirektiv 91/C 250/05 av den 28 augusti 1991 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT C 250, 28.8.1991, s. 4)

Kommissionens tolkningsmeddelande om koncession enligt EG-rätten (EGT C 121, 29.4.2000, s. 2)

Kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2004)0327 slutlig, 30.4.2004)

Report on the consultation on the Green Paper on Public-Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions, Commission Staff Working Paper, (SEC(2005)0629, 3.5.2005)

Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2005)0569 slutlig, 15.11.2005)

Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, (EUT C 179, 1.8.2006, s. 2)

Kommissionens meddelande På väg mot en inre marknadsakt – Att skapa en verkligt konkurrenskraftig social marknadsekonomi (KOM(2010)0608 slutlig, 27.10.2010)

Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011)0897 slutlig, 20.12.2011)

#### *Yttranden*

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Grönbok om tjänster i allmänhetens intresse” (EUT C 80, 30.3.2004 s. 66)

Yttrande från Europeiska och sociala kommittén om ”Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner” (COM(2011) 897 final – 2011/0437 (COD)), (EUT C 191, s. 84, 29.6.2012)

Yttrande från Regionkommittén: ”Tilldelning av koncessioner” (EUT C 277, s. 74, 13.9.2012)

Europaparlamentets yttrande vid 1:a behandlingen, Betänkande om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011)0897), (A7-0030/2013, 1.2.2013)

## **Sverige**

### *Statens offentliga utredningar (SOU)*

SOU 2014:69 En lag om upphandling av koncessioner

### *Propositioner*

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

### *Lagrådsremisser*

Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, överlämnad till Lagrådet den 4 juni 2015

## **Domstolar**

### **EU**

#### *EU-domstolen*

dom *Gestión Hotelera Internacional* (C-331/92, EU:C:1994:155)

dom *Teckal* (C-107/98, EU:C:1999:562)

dom *Telaustria* (C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669)

dom *Parking Brixen* (C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605)

dom *Contse SA m.fl.*, (C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644)



dom ANAV (C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237)

dom Jean Auroux (C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31)

dom Kommissionen/Italien (C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445)

dom Kommissionen /Italien (C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508)

dom Oymanns (C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358)

dom Sea (C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532)

dom Wall (C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182)

dom Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168)

dom Club Hotel Loutraki m.fl. (de förenade målen C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247)

dom Sporting Exchange (C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307)

dom Mehiläinen och Terveystalo Healthcare (C-215/09, EU:C:2010:807)

dom Eurawasser (C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540)

dom Stadler (C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130)

dom Norma-A SIA (C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721)

#### *Generaladvokaten*

Förslag till avgörande Telaustria (C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669)

Förslag till avgörande Oymanns (C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358)

#### **Sverige**

*Högsta Förvaltningsdomstolen (HFD)*

RÅ 2009 ref 70

*Kammarrätten*

Kammarrätten i Göteborg dom av den 11 juni 2010 (mål nr 3917-09)

Kammarrätten i Göteborg dom av den 23 maj 2011 (mål nr 6515-10)