



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Hannah Bergman

# Klassificering av koncessionskontrakt

*- inom offentlig upphandling*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: HT 2014

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Avgränsning	7
1.4 Metod och material	9
1.5 Begrepp	12
1.6 Disposition	14
<b>2 DEFINIERING AV KONCESSIONSKONTRAKT</b>	<b>15</b>
2.1 Bygg- respektive tjänstekoncessioner	15
2.2 Offentliga kontrakt	16
2.2.1 Byggentreprenadkontrakt	16
2.2.2 Tjänstekontrakt	17
2.2.3 Varukontrakt	18
<b>3 TILLÄMPLIGA REGLER</b>	<b>19</b>
3.1 Introduktion	19
3.2 Byggkoncessionskontrakt	20

<b>3.3</b>	<b>Tjänstekoncessionskontrakt</b>	<b>20</b>
<b>3.4</b>	<b>Bestämt gränsöverskridande intresse</b>	<b>21</b>
<b>3.5</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>27</b>
<b>4</b>	<b>KLASSIFICERING AV KONTRAKT</b>	<b>28</b>
<b>4.1</b>	<b>Principer för klassificering av kontrakt med blandade kontraktsföremål</b>	<b>29</b>
<b>4.2</b>	<b>Klassificering av koncessionskontrakt</b>	<b>32</b>
4.2.1	Ersättningsformen	33
4.2.2	Risken	34
4.2.2.1	Risköverföring	36
4.2.2.2	Riskbedömning	37
4.2.3	Ersättning från annan än den upphandlande myndigheten	38
<b>4.3</b>	<b>Sammanfattning av kapitlet</b>	<b>45</b>
<b>5</b>	<b>KONCESSIONSDIREKTIVET</b>	<b>48</b>
<b>5.1</b>	<b>Definiering av koncessionskontrakt</b>	<b>48</b>
<b>5.2</b>	<b>Koncessionsdirektivets tillämpningsområde</b>	<b>50</b>
5.2.1	Tillämplighet	50
5.2.2	Tillämpliga regler vid tilldelning av koncessionskontrakt	53
<b>5.3</b>	<b>Klassificering av kontrakt</b>	<b>54</b>
5.3.1	Klassificering av blandade kontrakt	54
5.3.2	Klassificering av koncessionskontrakt	56
5.3.2.1	Ersättningsformen	56
5.3.2.2	Risken	56
5.3.2.3	Ersättning från annan än den upphandlande myndigheten	59
5.3.3	Sammanfattning av avsnittet	61

<b>6 ANALYS</b>	<b>64</b>
<b>6.1 Tillämpliga regler</b>	<b>64</b>
<b>6.2 Klassificering av kontrakt</b>	<b>67</b>
<b>6.3 Koncessionsdirektivet</b>	<b>73</b>
6.3.1 Tillämplighet	73
6.3.2 Klassificering	74
6.3.3 Blandade kontrakt	75
<b>6.4 Sammanfattande slutsatser</b>	<b>77</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>79</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>82</b>

# Summary

This thesis deals with examining the characteristics of a concession contract and under which circumstances a contract should be classified as a concession contract. It also deals with investigating applicable rules for the award of concession contracts and when they are applicable.

Characteristic for a concession contract is that the consideration consists either solely in the right to exploit the subject of the contract or in that right together with payment. Furthermore the contract shall involve the transfer of a risk to the supplier. Based on cases from the CJEU the thesis deals with investigating what kind of risk that must be transferred and how the risk assessment should be carried out. Due to the concessions directive the same questions are dealt with according to this new regulation and also how the scope of the concessions directive relates to the new directive on public procurement. The thesis further compares the classification of a concession contract with the principles that are applied when classifying mixed contracts.

The conclusion is that the difference between the definition of a concession contract according to the classic directive and the concessions directive is that from the latter it is clear from the definition that a concession contract includes the transfer of an operational risk in exploiting the subject of the contract. It is further noted that the risk assessment is based on different criteria under the concessions directive compared to the case law. The assessment is not based on the size of the transferred risk but rather on whether the part of the transferred risk is exposed to the vagaries of the market and whether the potential estimated losses for the supplier are merely nominal or negligible. It is also noted that the principles used when classifying mixed contracts has been introduced in articles in the concessions directive dealing with the scope of the concessions directive in relation to the procurement directive.

# Sammanfattning

Uppsatsen utreder vad som kännetecknar ett koncessionskontrakt och under vilka förutsättningar ett kontrakt ska klassificeras som ett koncessionskontrakt. Vidare utreds vilka regler som är tillämpliga vid tilldelning av koncessionskontrakt och när de är tillämpliga.

Kännetecknande för ett koncessionskontrakt är att ersättningsformen består av en nyttjanderätt eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Vidare kännetecknas koncessionskontrakt av att en risk överförs till leverantören. I uppsatsen behandlas EU-domstolens praxis om vilken typ av risk som avses och hur riskbedömningen ska göras. Samma frågor behandlas även utifrån koncessionsdirektivet och hur koncessionsdirektivets tillämpningsområde förhåller sig till det nya upphandlingsdirektivet. I uppsatsen jämförs klassificering av koncessionskontrakt med de principer som används vid klassificering av blandade kontrakt.

Slutsatsen är att skillnaden mellan definitionen av ett koncessionskontrakt enligt det klassiska direktivet och koncessionsdirektivet är att av det senare framgår det redan av definitionen att ett koncessionskontrakt innefattar att en verksamhetsrisk överförs till leverantören. Det kan också konstateras att riskbedömningen sker utifrån andra grunder enligt koncessionsdirektivet jämfört med EU-domstolens praxis. Det är inte längre en viss del av risken som ska överföras utan istället utgår bedömningen bland annat från huruvida den del av risken som överförts omfattas av verklig exponering för marknadens nycker och huruvida de eventuella uppskattade förlusterna endast är nominella eller försumbara. Det kan också konstateras att de principer som används vid klassificering av blandade kontrakt har införts i koncessionsdirektivets regler om hur tillämpningsområdet för direktivet förhåller sig till upphandlingsdirektivet.

# Förord

Det finns nog inget annat ämne som kan göra mig så frustrerad som juridiken kan. Men så finns det heller inget annat ämne som ger mig sådan glädje som juridiken. I början av en uppsats, och kanske framför allt i början av detta arbete, så är det som att ha ett trassligt garnnystan framför sig som man ska reda ut. Efter många timmars läsning börjar det lossna och man börjar se hur allt hänger samman. Man ser den röda tråden och tänker *aha!* Men tanken är lika flyktig som en såpbubbla en blåsig sommardag. Snart inser man att det är inte bara *en* trasslig tråd, det är hundratals! Så var ska man börja? Vilka trådar ska man reda ut och vilka ska man lämna därhän? Som med livet i övrigt ställs man inför vägval utan att veta om det är rätt väg att gå eller ens vart de olika vägarna leder.

Under arbetets gång kommer Frustrationen vid något tillfälle och hälsar på, tätt följd av Paniken. Men just när man tror att man ska bryta ihop så infinner sig Epifanin. En känsla av att man förstår något på ett djupare plan och allt börjar falla på plats. Tyvärr har Epifanin en tendens att dyka upp precis i slutet av arbetet och man önskar då att det fanns mer tid för nu börjar det ju bli intressant på riktigt. Det är också då man kan se vilka andra vägar man kunde ha valt och att man på vissa ställen tagit en ordentlig omväg därför att man inte kunde se genvägen.

Så här sitter jag i sällskap med Epifanin och ser vad jag kunde ha gjort annorlunda och vilka andra trådar jag kunde ha nystat i, men det är min förhoppning att läsaren ändå ska finna arbetet intressant att läsa. Det har för mig blivit sant att det viktiga inte är målet, utan vägen dit. Vilket även kan summera min tid på juristprogrammet i Lund.

Stort tack till Henrik Norinder för att du under arbetets gång varit precis en sådan handledare som jag behövt.

Lund januari 2015

*Hannah Bergman*

# Förkortningar

Direktiv 2004/18 <i>Klassiska direktivet</i>	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.
Direktiv 2014/23 <i>Koncessionsdirektivet</i>	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner
Direktiv 2014/24 <i>Nya upphandlingsdirektivet</i>	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv
Ds	Departementsserien
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LOV	Lag (2008:962) om valfrihetssystem
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUK	Lag (0000:000) om upphandling av koncessioner
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
ÄLOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

I 2 kap. 4 och 17 §§ i Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) definieras bygg- respektive tjänstekoncessioner som ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenad- respektive tjänstekontrakt men där ersättningen helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja anläggningen respektive tjänsten. En byggkoncession kan till exempel vara byggandet och driften av en väg som finansieras genom att leverantören ges en rätt att ta ut vägavgifter. Ett exempel på en tjänstekoncession kan vara att sköta driften av en parkeringsplats och istället för att få betalt av myndigheten så ges leverantören en rätt att ta ut parkeringsavgifter.<sup>1</sup> Koncessionskontrakt är ett alternativt sätt att finansiera investeringar i exempelvis infrastruktur genom att leverantören får ersättning i form av en nyttjanderätt istället för att myndigheten betalar investeringen med egna eller lånade medel.<sup>2</sup>

En definition av byggkoncessioner fanns redan i direktiv 71/305/EEC om offentlig upphandling av byggtreprenadkontrakt. Först genom direktiv 2004/18 infördes en definition även av tjänstekoncessioner vars lydelse i princip är identisk med definitionen av byggkoncessioner. Trots definitionen av koncessioner har den upphandlingsrättsliga regleringen kring koncessioner länge varit oklar. Med anledning av denna osäkerhet kom Kommissionen redan år 2000 med ett tolkningsmeddelande om vilka regler som ansågs tillämpliga vid tilldelning av koncessionskontrakt enligt unionsrätten.<sup>3</sup> Kommissionen uttalade att fördragets grundläggande regler var tillämpliga och de allmänna principer som följer av fördraget. Dessa grundläggande regler omfattar principerna om insyn, likabehandling,

---

<sup>1</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 107.

<sup>2</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, s. 144 f.

<sup>3</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02).

proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Tolkningsmeddelandet medförde att det blev tydligare *vilka* regler som ansågs tillämpliga på koncessioner men det var fortfarande oklart *hur* och *när* de skulle tillämpas. I april 2004 kom Kommissionen med en grönbok om offentlig-privata partnerskap och unionsrätten om offentlig upphandling och koncessioner.<sup>4</sup> Kommissionen uppmärksammade att rättsosäkerheten som skapades av att medlemsstaternas nationella lagar inte var samordnade ledde till hinder för den inre marknaden och en effektiv konkurrens på marknaden.<sup>5</sup> Ett av syftena med grönboken var att få till stånd ett samråd om en eventuell gemenskapsinsats.<sup>6</sup> Kommissionen hade av Europaparlamentet fått i uppdrag att undersöka möjligheterna till ett direktiv för koncessioner och andra former av offentlig-privata partnerskap och samrådet var ett första steg i den riktningen.<sup>7</sup> I augusti 2006 kom Kommissionen med ett tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på kontrakt som helt eller delvis inte omfattades av upphandlingsdirektiven.<sup>8</sup> I meddelandet utvecklade Kommissionen innebörden av bl.a. offentliggörande, likabehandling vid tilldelning av kontrakt och rättsligt skydd utifrån EU-domstolens praxis.

I samband med revidering av upphandlingsdirektiven 2011 upprättades även ett förslag till direktiv om tilldelning av koncessioner.<sup>9</sup> I mars 2014 publicerades det första koncessionsdirektivet i Europeiska unionens officiella tidning<sup>10</sup> och det trädde i kraft 20 dagar senare<sup>11</sup>. Medlemsstaterna ska senast den 18 april 2016 implementera direktivet i nationell rätt.<sup>12</sup> Direktivet innebär ett förtydligande i många avseenden, bland annat

---

<sup>4</sup> Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2004) 327 slutlig).

<sup>5</sup> Grönbok [...] (KOM(2004) 327 slutlig), p. 32-33, s. 12.

<sup>6</sup> Grönbok [...] (KOM(2004) 327 slutlig), p. 18, s. 8.

<sup>7</sup> Grönbok [...] (KOM(2004) 327 slutlig), p. 15, s. 7.

<sup>8</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02).

<sup>9</sup> Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897 slutlig).

<sup>10</sup> Se EUT L 094 28.03.2014, s. 1.

<sup>11</sup> Art. 54 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>12</sup> Art. 51 koncessionsdirektivet (2014/23).

förtydligas vad som utmärker ett koncessionskontrakt från ett offentligt kontrakt. I viss mån förtydligas även hur förfarandet ska gå till vid tilldelning av koncessionskontrakt.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsens övergripande syfte är att utreda vilka regler som är tillämpliga när myndigheter avser att tilldela ett koncessionskontrakt till en utomstående ekonomisk aktör och när reglerna är tillämpliga. Vidare syftar uppsatsen till att utreda under vilka förutsättningar ett kontrakt ska klassificeras som ett koncessionskontrakt vilket innebär en fördjupning i under vilka förutsättningar reglerna ska tillämpas. Uppsatsen fokuserar därmed på reglers tillämplighet snarare än det materiella innehållet i reglerna. Med anledning av antagandet av koncessionsdirektivet utreds även under vilka förutsättningar tilldelning av kontrakt ska göras enligt koncessionsdirektivet och under vilka förutsättningar ett kontrakt ska klassificeras som ett koncessionskontrakt enligt direktivet.

Utifrån dessa syften behandlar uppsatsen följande frågeställningar:

*Vad kännetecknar ett koncessionskontrakt och under vilka förutsättningar ska ett kontrakt klassificeras som ett koncessionskontrakt?*

*Vilka regler är tillämpliga vid tilldelning av koncessionskontrakt och när är de tillämpliga?*

## 1.3 Avgränsning

Uppsatsens frågeställningar är medvetet öppet formulerade vilket innebär att uppsatsen medvetet har ett översiktligt perspektiv som syftar till att systematisera och strukturera olika delar till en sammanhängande enhet. Detta perspektiv har medfört att en avgränsning fått göras i förhållande till vilka områden som problematiseras djupare och vilka som endast behandlas på ett översiktligt plan för att bilda ett sammanhang. Uppsatsen riktar sig

främst till jurister med grundläggande kunskaper om offentlig upphandling vilket exempelvis innebär att läsaren förutsätts ha god kännedom om innebörden av de grundläggande regler och principer som följer av EU-fördraget på upphandlingsområdet. Läsaren förväntas inte ha närmare kunskap om tilldelning av koncessioner specifikt vilket innebär att uppsatsens inledande avsnitt utgår från en grundläggande nivå för att läsaren lättare ska förstå de fördjupande avsnitten.

Eftersom upphandlingsområdet till stor del regleras genom EU-direktiv har unionsrätten fått en framträdande roll i framställningen. Det innebär vidare att uppsatsen är avgränsad till att i huvudsak behandla upphandlingar över de tröskelvärden som anges i det klassiska direktivet. Eftersom uppsatsen behandlar klassificering av kontrakt kommer försörjningsdirektivet och LUF inte behandlas eftersom tilldelning av kontrakt enligt dessa regler sker utifrån vilken verksamhet enheten bedriver och inte utifrån kontraktstyp.<sup>13</sup> Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet behandlas inte heller eftersom sådana upphandlingar omfattas av en särreglering på grund av sådana kontrakts känsliga karaktär.<sup>14</sup> I uppsatsen behandlas endast bygg- och tjänstekoncessioner som är de typer som definieras i LOU. Det innebär att s.k. tillståndskoncessioner inte kommer behandlas eftersom de inte omfattas av offentliga tjänstekontrakt så som de definieras i LOU.<sup>15</sup> Vid tilldelning av kontrakt kan de EU-rättsliga reglerna om statligt stöd och tjänster av allmänt ekonomiskt intresse aktualiseras vilket även gäller vid tilldelning av koncessionskontrakt.<sup>16</sup> Denna problematik ligger dock utanför

---

<sup>13</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, s. 33.

<sup>14</sup> Se Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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>15</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 106.

<sup>16</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, s. 148.

uppsatsens frågeställning. I förordning 1370/2007<sup>17</sup> finns särskilda regleringar om kollektivtrafik på järnväg och väg och innebär en specialreglering av avtal om allmän trafik i förhållande till upphandlingsdirektiven. Den behandlas därför inte närmare i denna uppsats.

I förhållande till upphandlingsprocessen ligger fokus i framställningen på myndighetens beslutsfattande innan upphandlingsprocessen startar. Myndigheten måste börja med att klassificera kontraktet för att kunna avgöra vilket regelsystem som ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet och därmed kunna veta vilket förfarande som kan användas vid tilldelningen. Problem som kan uppstå under andra faser i upphandlingsprocessen eller under kontraktets löptid kommer därför inte att behandlas.

Det bör nämnas att koncessioner är en särskild typ av Offentlig-Privat Samverkan (*eng*: Public Private Partnership) men uppsatsen behandlar inte andra former av sådana samarbetsformer eftersom syftet med uppsatsen är att utreda koncessioner. Jag förutsätter i uppsatsen att det inte kan ifrågasättas att det är fråga om upphandlande myndighet/enhet och att kontraktet ska tilldelas till en utomstående aktör vilket innebär att s.k. in-house situationer inte kommer att behandlas.

## 1.4 Metod och material

I denna uppsats har den juridiska metoden använts som utgår från rättskälleläran i fastställandet av gällande rätt. Rättskälleläran innebär en rangordning av de olika rättskällorna som är författningar, förarbeten, rättspraxis, doktrin och sedvanerätt.<sup>18</sup> Utifrån rättskällorna och olika tolkningsmedel syftar rättsvetenskapen till att framställa ett sammanhängande system av regler och undantag.<sup>19</sup> Det är min uppfattning

---

<sup>17</sup> Europaparlamentets och Rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg [...].

<sup>18</sup> Zetterström, *Juridiken och dess arbetsätt*, s. 56-58.

<sup>19</sup> Peczenik, SvJT 2005 s. 249, *Juridikens allmänna läror*, s. 249.

att även andra källor än de traditionella rättskällorna kan användas i fastställandet av gällande rätt.<sup>20</sup> Olika källor bidrar till olika perspektiv som kan användas för att förmedla nya idéer och synsätt av exempelvis innebörden av ett juridiskt begrepp.<sup>21</sup> Inom unionsrätten används en annan metod med andra rättskällor och tolkningsprinciper än i den svenska juridiska metoden.<sup>22</sup> Utgångspunkten är att unionsrätten utgör ett sammanhängande normsystem som är avsett att fungera som en helhet. Liksom i den svenska metoden tas utgångspunkten i en språklig tolkning för att fastställa den normala språkliga innebörden. Vid sin tolkning väger EU-domstolen ofta samman en bestämmelses ordalydelse, dess systematiska placering och dess bakomliggande syfte. Inom unionsrätten saknas lagförarbeten och istället är skälen till rättsakter en viktig funktion vid fastställandet av det bakomliggande syftet med en reglering och vilka avvägningar som har gjorts.<sup>23</sup> Utgångspunkten för detta arbete har varit en begreppsanalys av begreppet koncessionskontrakt och uppsatsen kan sägas ha en pragmatisk inriktning där innebörden av ett juridiskt begrepp utreds och presenteras i en kontext som bidrar till ett alternativt synsätt på ett begrepp.<sup>24</sup>

Jag skulle vilja likna den juridiska metoden med en kodnyckel som en dekrypterare använder för att omvandla en krypterad informationsmassa till klartext. Det innebär att jag ser juristen som en dekrypterare vars kodnyckel är den juridiska metoden och informationsmassan som ska dekrypteras är den gällande rätten. Krypteringen uppstår exempelvis av regler och begrepps ambiguitet, av luckor i språket eller regelsystemet eller av konkurrerande regelverk. Kodnyckeln består av olika källor och tolkningsmetoder som används för att utreda och analysera valda delar ur informationsmassan. Det innebär att dekrypteraren måste göra en avgränsning avseende vilka delar som ska dekrypteras och vilka källor och

---

<sup>20</sup> Vilket även Sundstrand menar i sin avhandling. Se Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 25.

<sup>21</sup> Bernitz m.fl., *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, s. 165

<sup>22</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 194.

<sup>23</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 185-187.

<sup>24</sup> Olsen, SvJT 2004 s. 105, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, s. 165 f.

tolkningsmetoder som ska användas och denna avgränsning är till viss del subjektiv. Delarna som valts ut struktureras upp och presenteras som ett sammanhängande system av regler och undantag i form av argument. Genom argumenten förs sedan ett resonemang som leder fram till en slutsats. Den klartext som är målet med dekrypteringen innebär att delarna ur informationsmassan presenteras på ett tydligt och begripligt sätt för de avsedda mottagarna. Klartexten är beroende av dekrypteraren och hur kodnyckeln har använts vilket medför att resultatet aldrig kan vara helt neutralt och värderingsfritt. Dekrypterarens roll är att skapa objektivitet genom styrkan i argumenten och resonemanget snarare än genom metoden. Klartextens vetenskaplighet kan sägas bestå i att den utformats i vetenskapligt syfte snarare än genom en viss vetenskaplig metod.<sup>25</sup> Juristens viktigaste bidrag till vetenskapen är därför, enligt mig, argumenten och resonemanget snarare än slutsatserna.

Informationsmassan till denna uppsats har varit definitionen av koncessionskontrakt som finns i LOU och det klassiska direktivet. De delar som valts ut för dekryptering är hur sådana kontrakt ska klassificeras och vilka regler som är tillämpliga vid tilldelning av sådana kontrakt. Kodnyckeln har bland annat bestått av förarbeten och direktivsskäl för att dekryptera begreppets innebörd. Skälen är inte rättsligt bindande men anses ändå utgöra en del av själva rättsakten och kan användas som hjälp vid tolkning av artiklarna i rättsakten.<sup>26</sup> Samma källor har också varit utgångspunkten i dekrypteringen av vilka regler som är tillämpliga vid tilldelning av koncessionskontrakt och när de är tillämpliga. Eftersom begreppet avgör det klassiska direktivets tillämpningsområde ska begreppet tolkas uteslutande enligt unionsrätten vilket har medfört att praxis från EU-domstolen har varit en viktig kodnyckel. Denna praxis har systematiserats genom att presenteras i kronologisk ordning med fokus på vilka olika uttryck som domstolen använt för att på så sätt försöka utröna innebörden. Den främsta tolkningsmetoden som använts för att fastställa innebörden av

---

<sup>25</sup> Jareborg, SvJT 2004 s. 1, *Rättsdogmatik som vetenskap*, s. 8.

<sup>26</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 187.

olika begrepp och regler har varit utifrån deras ändamål och det strukturella sammanhanget. Eftersom inriktningen varit en begreppsanalys har både svenska och engelska språkversioner av EU-domstolens domar behandlats. Tolkningsmeddelanden från Kommissionen och grön- och vitböcker har använts för att bidra till andra perspektiv om hur begrepp och regler kan tolkas men också för att sätta in ett regelverk i ett sammanhang.

På området för tilldelning av offentliga koncessionskontrakt finns ingen litteratur som behandlar ämnet specifikt. Däremot finns det en stor flora av böcker som översiktligt behandlar koncessioner. Andrea Sundstrands avhandling *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt* är det verk som närmast behandlar koncessionskontrakt eftersom tjänstekoncessioner är ett exempel på kontrakt som är undantagna från det klassiska direktivet och som därför endast regleras av primärrätten. Under hösten 2014 kom en ny upplaga av Arrowsmiths *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK* som varit en viktig källa. Dock har endast volym 1 publicerats vid tillfället för denna uppsats och det anges att koncessioner kommer behandlas mer i volym 2 som alltså inte har kunnat beaktas i denna uppsats. Med anledning av de nya upphandlingsdirektiven har *Genomförandeutredningen* under 2014 publicerat både ett delbetänkande och slutbetänkande<sup>27</sup> som också har bidragit med perspektiv på gällande rätt för tilldelning av koncessionskontrakt. Det har också upprättats en departementspromemoria om genomförandet av de nya upphandlingsdirektiven som använts som källa.<sup>28</sup>

## 1.5 Begrepp

Klassificering av kontrakt innebär att kategorisera kontrakt utifrån definitionen av olika kontraktstyper som anger förutsättningarna för klassificeringen. Med *klassificering av kontrakt* avses myndighetens

---

<sup>27</sup> SOU 2014:51 och SOU 2014:69.

<sup>28</sup> Ds 2014:25.



beslutsfattande om vilken kontraktstyp som ska tilldelas. Resultatet av klassificeringen innebär att myndigheten vet vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av kontraktstypen ifråga. I uppsatsen använder jag huvudsakligen begreppet *koncessionskontrakt* istället för att använda begreppet *en koncession*, även om det senare förekommer på vissa ställen för att undvika för många upprepningar. Jag anser att det senare begreppet lätt för tankarna till att kontraktstypen innebär ett särskilt sätt att utföra kontraktet eller att det är fråga om ett särskilt kontraktsföremål. *Tilldelning av ett koncessionskontrakt* anger på ett bättre sätt att det är fråga om en kontraktstyp med en särskild ersättningsform snarare än ett särskilt kontraktsföremål. *Kontraktsföremålet* kan i denna uppsats avse antingen utförande av en byggtreprenad eller utförande av en tjänst. Eftersom det är ersättningsformen som är kännetecknande för ett koncessionskontrakt, och inte själva kontraktsföremålet, är en närmare precisering av kontraktsföremålet inte alltid nödvändig. Även om tilldelning av koncessionskontrakt kan anses utgöra upphandling så använder jag i uppsatsen fortsättningsvis *tilldelning av kontrakt* för att beteckna myndighetens avsikt att ingå ett avtal. Den ekonomiska aktör som tilldelas ett koncessionskontrakt kallas koncessionshavare men för tydlighetens skull har jag valt att genomgående kalla denna aktör för *leverantören*. Med begreppet menas såväl en tjänsteleverantör som en byggtreprenör. Koncessionskontrakt innebär att ersättningsformen innebär en *rätt att utnyttja kontraktsföremålet* och synonymt med detta används i uppsatsen begreppet *nyttjanderätt*. Att *utnyttja* och *nyttja* avser därmed samma företeelse. Genomförandet av ett koncessionskontrakt riktar sig till en krets som använder anläggningen eller nyttjar tjänsten och denna krets kallas därför för *användarna*. Denna krets kallas i vissa framställningar för brukarna. Vidare använder jag *upphandlande myndighet* eller *myndighet* som ett samlingsbegrepp med vilket kan avses både upphandlande myndigheter och upphandlande enheter.

## 1.6 Disposition

Inledningsvis i kapitel 2 behandlas kort hur koncessionskontrakt definieras i unionsrätten och enligt svensk rätt. Kapitel 3 utreder vilka regler som är tillämpliga vid tilldelning av koncessionskontrakt och under vilka förutsättningar reglerna är tillämpliga. Kapitlet är inriktat på att utreda vilket regelsystem som ska tillämpas snarare än att ge en fullständig redogörelse för det materiella innehållet i reglerna och har därmed en översiktlig karaktär. Förutsättningarna för när reglerna är tillämpliga har i kapitlet en framträdande roll framför allt vad avser EU-fördragets tillämplighet vid tilldelning av koncessionskontrakt. I kapitel 4 problematiseras den klassificeringskonflikt som kan uppstå när ett kontrakt kan klassificeras som mer än en kontraktstyp och det utreds hur denna konflikt ska lösas. Kapitlet behandlar både kontrakt med blandade kontraktsföremål och kontrakt med en blandad ersättningsform eftersom principerna för klassificering av de olika kontraktstyperna med fördel kan jämföras med varandra. Kapitel 5 behandlar samma problematik som redogjorts för i uppsatsens tidigare kapitel utifrån det nya koncessionsdirektivet. Kapitlet följer samma struktur som uppsatsens tidigare delar vilket innebär att först behandlas definitionen av koncessionskontrakt enligt koncessionsdirektivet och därefter när koncessionsdirektivet är tillämpligt. Detta kapitel inkluderar ett kortfattat avsnitt om huvuddragen i direktivet och har en översiktlig karaktär. Uppsatsen avslutas med en analys i kapitel 6 som avslutas med sammanfattande slutsatser som besvarar uppsatsens frågeställningar.

## 2 Definiering av koncessionskontrakt

### 2.1 Bygg- respektive tjänstekoncessioner

Som nämndes inledningsvis definieras bygg- respektive tjänstekoncessioner som ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenad- respektive tjänstekontrakt men där ersättningen helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja anläggningen/tjänsten.<sup>29</sup> Alla kontrakt som faller inom LOU kan därmed vara ett koncessionskontrakt om ersättningen till någon del består av en nyttjanderätt. Definitionerna i LOU är en implementering av art. 1.3 respektive 1.4 i det klassiska direktivet. Där uttrycks att en koncession är ett kontrakt av samma typ som ett offentligt kontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen/tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Det innebär att det är ersättningsformen som är kännetecknande för en koncession och inte själva kontraktsföremålet. Eftersom myndigheten anskaffar något som den efterfrågar kan man även vid koncessioner tala om upphandling.<sup>30</sup> Genom ett koncessionskontrakt tillåts, eller tilldelas, leverantören en rätt att utnyttja kontraktsföremålet. Oavsett om kontraktsföremålet är en byggtreprenad eller utförande av tjänst så har ett koncessionskontrakt samma kännetecken, d.v.s. ersättningsformen.<sup>31</sup> Det innebär att definieringen av en byggkoncession kan ge vägledning vid definieringen av en tjänstekoncession och tvärtom. Eftersom koncessioner definieras utifrån byggtreprenad- och tjänstekontrakt är det nödvändigt att även utreda hur offentliga kontrakt definieras.

---

<sup>29</sup> 2 kap. 4 resp. 17 §§ LOU.

<sup>30</sup> SOU 2014:69, s. 102.

<sup>31</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02), avsnitt 2.2.

## 2.2 Offentliga kontrakt

I 2 kap. 10 § LOU anges att med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer. Avtalet kan avse byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och ska undertecknas av parterna eller signeras med elektronisk signatur. Det finns alltså tre olika typer av offentliga kontrakt: byggtreprenadkontrakt, varukontrakt och tjänstekontrakt. Det finns också ett formkrav; avtalet ska vara skriftligt. Till följd av att det ställs krav på ekonomiska villkor så omfattas inte rent benefika förvärv.<sup>32</sup>

Ett krav på signering går inte att finna i direktivet utan stadgandet har sitt ursprung i 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU). I RÅ 1996 ref. 50 gjorde Högsta Förvaltningsdomstolen bedömningen att ett undertecknande fick anses vara ett krav för att ett upphandlingskontrakt skulle anses föreligga. Tidpunkten för när ett kontrakt föreligger hade betydelse för hur länge rättsmedlen kunde göras gällande.<sup>33</sup> Svårigheten att fastställa när ett kontrakt anses slutet har bortfallit eftersom det införts en avtalsspärr innan kontrakt kan ingås.<sup>34</sup>

2 kap. 10 § LOU är en implementering av artikel 1.2(a) i det klassiska direktivet där begreppet ekonomisk aktör används istället för leverantör. I förarbetena till LOU uttalas att det inte avses någon ändring i sak och begreppen omfattar alltså samma krets.<sup>35</sup>

### 2.2.1 Byggtreprenadkontrakt

Byggtreprenadkontrakt definieras i 2 kap. 3 § LOU som kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till verksamheter som listas i bilaga 1 till LOU. Om kontraktet

---

<sup>32</sup> Prop. 2006/07:128, s. 302.

<sup>33</sup> Ds 2014:25, s. 298 f.

<sup>34</sup> 16 kap. 1 § LOU.

<sup>35</sup> Prop. 2006/07:128, s. 150.

medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten så är det också fråga om ett byggtrepreneurkontrakt. Med byggnadsverk avser man det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten förutsatt att resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion. Paragrafen motsvaras av art. 1.2(b) i det klassiska direktivet där begreppet byggtrepreneur används istället för byggnadsverk. I förarbetena uttalar man att översättningen blivit mindre lyckad i jämförelse med andra språkversioner av direktivet och av den anledningen används begreppet byggnadsverk istället för byggtrepreneur.<sup>36</sup>

## 2.2.2 Tjänstekontrakt

Med tjänstekontrakt avses enligt 2 kap. 18 § LOU kontrakt som gäller utförande av tjänster och som inte utgör byggtrepreneurkontrakt eller varukontrakt. Tjänster delas in i A- respektive B-tjänster och listas i bilaga 2 respektive bilaga 3 till LOU. I art. 1.2(d) i direktiv 2004/18 definieras offentliga tjänstekontrakt som andra kontrakt än byggtrepreneur- eller varukontrakt som avser utförande av A-tjänster. Anledningen till att tjänster delas upp i två olika grupper beror på att vissa tjänster (A-tjänster) anses vara av särskilt intresse för leverantörer i andra medlemsstater och därför har det ansetts nödvändigt att harmonisera förfarandet vid tilldelning av sådana tjänstekontrakt för att göra det möjligt att utnyttja alla möjligheter till att öka handeln över gränserna.<sup>37</sup> Andra tjänster (B-tjänster) anses endast ha en begränsad gränsöverskridande dimension vilket innebär att regler på unionsnivå om tilldelning av sådana kontrakt inte har kunnat motiveras utifrån proportionalitetsprincipen.<sup>38</sup> Till A-tjänsterna räknas exempelvis försäkringstjänster, databehandlingstjänster och arkitekttjänster och som B-

---

<sup>36</sup> Prop. 2006/07:128 del 1, s. 297 f.

<sup>37</sup> Se skäl 19 till klassiska direktivet (2004/18).

<sup>38</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 103 f. Om proportionalitetsprincipen se Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 43.

tjänst kan nämnas hotell- och restaurangtjänster, juridiska tjänster och hälsovård och socialtjänster.<sup>39</sup>

### **2.2.3 Varukontrakt**

Tjänstekontrakt definieras negativt utifrån både byggentreprenadkontrakt och varukontrakt och det är därför nödvändigt att även definiera varukontrakt. I 2 kap. 21 § LOU definieras varukontrakt som ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte skall anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt eller ett tjänstekontrakt. Paragrafen implementerar art 1.2(c) i klassiska direktivet med enda skillnaden att det i direktivtexten specificeras att det kan avse kontrakt både med och utan köpoption.

---

<sup>39</sup> Se bilaga 2 och 3 till klassiska direktivet (2004/18).

# 3 Tillämpliga regler

## 3.1 Introduktion

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är tillämplig på offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner.<sup>40</sup> Tjänstekoncessioner är däremot undantagna från LOU:s tillämpningsområde med undantag för att 1 kap. 12 § LOU är tillämplig.<sup>41</sup>

LOU är en implementering av det klassiska direktivet och i skälen till direktivet anges att för kontrakt över ett visst värde anses det tillrådligt med särskilda bestämmelser för att principerna från fördraget ska få effekt och för att öppna upp för konkurrens på området för offentlig upphandling.<sup>42</sup> Direktivets tillämpningsområde begränsas genom olika tröskelvärden för olika kontraktstyper.<sup>43</sup> För upphandlingar utanför direktivets tillämpningsområde är det upp till medlemsstaterna att bestämma vilka regler som ska tillämpas eftersom direktiven utgör minimidirektiv.<sup>44</sup> Det innebär dock inte att tilldelning av kontrakt som antingen faller utanför direktivets tillämpningsområde (under tröskelvärdet) eller som är undantagna från direktivets tillämpningsområde (bl.a. tjänstekoncessioner) är helt oreglerat i unionsrätten. EU-domstolen har slagit fast att trots att tjänstekoncessioner inte omfattas av direktivets tillämpningsområde så måste myndigheterna beakta fördragets grundläggande regler vid tilldelning av sådana kontrakt. Det gäller i synnerhet principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.<sup>45</sup> Av denna princip följer en skyldighet att lämna insyn så det är möjligt för myndigheten att kontrollera

---

<sup>40</sup> 1 kap. 2 § 1 st. LOU.

<sup>41</sup> 1 kap. 2 § sista stycket LOU.

<sup>42</sup> Se skäl 2 till klassiska direktivet (2004/18).

<sup>43</sup> Art. 7 klassiska direktivet (2004/18).

<sup>44</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 62.

<sup>45</sup> Mål C-324/98 *Telaustria*, p. 60.

att upphandlingsförfarandena är opartiska.<sup>46</sup> Till de allmänna principer som följer av fördraget hör också proportionalitetsprincipen som innebär att åtgärder ska vara både nödvändiga och lämpliga i förhållande till de mål som eftersträvas med åtgärderna.<sup>47</sup> Av fördraget följer också en skyldighet att iaktta principen om ömsesidigt erkännande.<sup>48</sup> Fördragets grundläggande regler är tillämpliga även vid tilldelning av offentliga kontrakt under direktivets tröskelvärde.<sup>49</sup>

## 3.2 Byggkoncessionskontrakt

Tilldelning av byggkoncessionskontrakt regleras i 13 kap. LOU med de begränsningar som anges i 1 kap. LOU och förutsatt att kontraktet överstiger tröskelvärdet.<sup>50</sup> Reglerna är en implementering av art. 56-65 i klassiska direktivet och är inte lika detaljerade som reglerna för offentliga kontrakt. Vid tilldelning av ett byggkoncessionskontrakt ställs krav på annonsering och från den dag annonsen skickas för publicering krävs en tidsfrist på minst 52 dagar för att komma in med ansökningar.<sup>51</sup> Vidare ska kontraktet innehålla villkor som innebär att leverantören som tilldelats koncessionskontraktet måste annonsera om denne avser att tilldela tredje man ett byggtreprenadkontrakt.<sup>52</sup> Utöver 13 kap. LOU är fördragets allmänna principer tillämpliga vid tilldelning av byggkoncessionskontrakt.<sup>53</sup>

## 3.3 Tjänstekoncessionskontrakt

Tilldelning av tjänstekoncessionskontrakt är, som nämnts tidigare, undantaget från LOU:s tillämpningsområde. I avdelning II, kapitel II, avsnitt 3 i det klassiska direktivet listas vilka kontrakt som undantas från

---

<sup>46</sup> Mål C-324/98 Telaustria, p. 61-62.

<sup>47</sup> Mål C-210/03 Swedish Match, p. 47.

<sup>48</sup> Mål 120/78 Cassis de Dijon, p. 14.

<sup>49</sup> Mål C-59/00 Vestergaard, p. 20.

<sup>50</sup> 13 kap. 1 § LOU.

<sup>51</sup> 13 kap. 2-3 §§ LOU.

<sup>52</sup> 13 kap. 5 § LOU.

<sup>53</sup> Prop. 2006/07:128, s. 411.



direktivets tillämpningsområde och enligt art. 17 ska direktivet inte tillämpas på tjänstekoncessioner med undantag för att art. 3 ska tillämpas. Artikelns innebär att en upphandlande myndighet som beviljar en särskild rättighet eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse ska inkludera ett villkor i tilldelningsrätten att innehavaren ska iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet om den tilldelar tredje man ett varukontrakt med anledning av koncessionskontraktet. Motsvarande bestämmelse finns i 1 kap. 12 § LOU. Eftersom direktivets tillämpningsområde har begränsats genom tröskelvärden innebär det att art. 3 (1 kap. 12 § LOU) endast är tillämplig vid tilldelning av tjänstekoncessionskontrakt över tröskelvärdena. I övrigt är fördragets grundläggande principer tillämpliga oavsett om kontraktets värde över- eller understiger tröskelvärdena.<sup>54</sup>

### 3.4 Bestämt gränsöverskridande intresse

I skälen till klassiska direktivet anges att tilldelning av kontrakt omfattas av fördraget och principen om de grundläggande friheterna vilket kan uppfattas som att fördraget och principerna är tillämpliga på samtliga upphandlingar som faller utanför direktivets tillämpningsområde eller kontrakt som är undantagna från direktiven.<sup>55</sup> I praxis har begränsningar fastställts i fördragets tillämplighet på upphandlingsområdet genom att det krävs att kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

I *Coname*-fallet var det fråga om tilldelning av ett tjänstekoncessionskontrakt och domstolen konstaterade inledningsvis att tilldelning av sådana kontrakt ska prövas mot bakgrund av fördragets grundläggande friheter.<sup>56</sup> Tilldelning av ett koncessionskontrakt som sker utan insyn kan leda till en särbehandling som är till skada för leverantörer i andra medlemsstater i den mån koncessionskontraktet är av intresse för

---

<sup>54</sup> Bergman m.fl., *Offentlig upphandling: på rätt sätt och till rätt pris*, s. 138.

<sup>55</sup> Se skäl 2 till klassiska direktivet (2004/18).

<sup>56</sup> Mål C-231/03 *Coname*, p. 16.

leverantörer i andra medlemsstater.<sup>57</sup> Särbehandlingen består i att leverantörer belägna i andra medlemsstater inte har någon verklig möjlighet att visa sitt intresse att tilldelas koncessionen.<sup>58</sup> En sådan särbehandling utgör indirekt diskriminering på grund av nationalitet som är förbjuden om det inte finns särskilda skäl.<sup>59</sup> Om det däremot finns särskilda omständigheter som kan göra att man *rimligen kan anta att kontraktet inte är av intresse* för ett företag i en annan medlemsstat så föreligger ingen särbehandling. Verkningarna på de grundläggande friheterna är då alltför slumpmässiga och indirekta för att motivera fördragets tillämplighet.<sup>60</sup>

I *An Post*-fallet introducerade EU-domstolen begreppet *bestämt gränsöverskridande intresse* när den fastställde att fördraget och principerna som följer därav är tillämpliga när kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.<sup>61</sup> Fallet avsåg en B-tjänst som var undantagen från upphandlingsdirektiven. En tilldelning i avsaknad av insyn innebar enligt domstolen en särbehandling till förfång för företag i en annan medlemsstat som *kunde ha intresse* av upphandlingen och utgjorde därför indirekt diskriminering på grund av nationalitet.<sup>62</sup> Genom att leverantörerna inte haft tillgång till relevant information hade de inte kunnat anmäla sitt intresse för tilldelningen av kontraktet vilket enligt domstolen medförde en särbehandling.<sup>63</sup>

I *Kommissionen mot Italien* uttalade domstolen att när det *står klart* att kontrakt under direktivets tröskelvärde är av ett *bestämt gränsöverskridande intresse* så innebär tilldelningen en särbehandling om det sker i avsaknad av insyn.<sup>64</sup> Skyldigheten att lämna insyn som följer av fördraget gäller när kontraktet *kan vara av intresse* för ett företag i en annan medlemsstat.<sup>65</sup> Några månader senare i *Kommissionen mot Irland* använde domstolen

---

<sup>57</sup> Mål C-231/03 Coname, p. 17.

<sup>58</sup> Mål C-231/03 Coname, p. 18.

<sup>59</sup> Mål C-231/03 Coname, p. 19.

<sup>60</sup> Mål C-231/03 Coname, p. 20 och p. 22.

<sup>61</sup> Mål C-507/03 An Post, p. 29.

<sup>62</sup> Mål C-507/03 An Post, p. 30-31.

<sup>63</sup> Mål C-507/03 An Post, p. 32.

<sup>64</sup> Mål C-412/04 Kommissionen mot Italien, p 66.

<sup>65</sup> Mål C-91/08 Wall AG, p. 34.

återigen begreppet *bestämt gränsöverskridande intresse*.<sup>66</sup> I ett senare mål, från 2011, uttalade domstolen med hänvisning till *An Post*-fallet att det krävs ett *givet gränsöverskridande intresse*.<sup>67</sup> Hänvisningen får närmast tolkas som att ett *givet* och ett *bestämt* intresse är synonyma. Att domstolen använt olika uttryck avseende det gränsöverskridande intresset medför att innebörden av begreppet inte är helt klar.<sup>68</sup>

I sitt tolkningsmeddelande från 2006 uttalade Kommissionen att det är den upphandlande myndigheten som avgör om en kommande upphandling är av ett bestämt gränsöverskridande intresse och därmed vilket förfarande som ska tillämpas. Bedömningen bör göras utifrån de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet såsom kontraktsföremålet och kontraktsvärdet, platsen för utförandet och särskilda förhållanden på den aktuella marknaden.<sup>69</sup> Domstolen har bekräftat att det är myndigheten som gör bedömningen huruvida kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.<sup>70</sup> Det finns ingen presumtion för att ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.<sup>71</sup>

I de förenade målen *SECAP och Santorso* uppger EU-domstolen att det i nationell rätt är fullt möjligt att fastställa objektiva kriterier för när det ska anses föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse. Ett exempel på ett sådant kriterium kan vara att kontrakt som uppgår till ett visst belopp, i kombination med platsen för utförande av kontraktet, ska anses vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Vidare nämner domstolen att om kontraktet är av mycket ringa ekonomisk betydelse så kan det utgöra ett kriterium för att det *inte* ska anses föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse. Dock kan kontrakt av ringa värde vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse exempelvis i områden nära statsgränser vilket

---

<sup>66</sup> Mål C-226/09 Kommissionen mot Irland, p. 31.

<sup>67</sup> Mål C-95/10 Strong Segurança, p. 35.

<sup>68</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 247.

<sup>69</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02), avsnitt 1.3.

<sup>70</sup> De förenade målen C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso, p. 30.

<sup>71</sup> Mål C-507/03 An Post, p. 33.

också påverkar bedömningen.<sup>72</sup> Det kan därför vara problematiskt att lagstifta om under vilka förutsättningar det ska anses finnas ett bestämt gränsöverskridande intresse. Reglerna riskerar att bli komplexa och riskerar även att bryta mot de redan oklara reglerna om vad som medför att ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.<sup>73</sup>

I *An Post*-fallet uttalade domstolen att det inte är tillräckligt att det framförs klagomål avseende kontraktet för att kontraktet ska vara av en gränsöverskridande karaktär.<sup>74</sup> Att anbudsinfordran publicerats i EUT kan vara ett *tecken* på att kontraktet har ett givet gränsöverskridande intresse.<sup>75</sup>

I *Kommissionen mot Irland* uttalade domstolen att det av publicering i EUT och det faktum att tre av anbudsgivarna hade varit etablerade i en annan medlemsstat följde att kontraktet kunde intressera företag i en annan medlemsstat.<sup>76</sup>

Det är oklart vad för typ av koppling det ska finnas till en annan medlemsstat.<sup>77</sup> I *An Post*-fallet uttalade domstolen att företag i en annan medlemsstat än den där den upphandlande myndigheten finns hade särbehandlats.<sup>78</sup> Bedömningen fokuserar på leverantörer som lämnar anbud över gränserna vilket kan tolkas som att andra gränsöverskridande intressen inte beaktas, exempelvis att en inhemsk leverantör avser att använda underleverantörer från andra medlemsstater.<sup>79</sup> Kravet på ett gränsöverskridande intresse syftar till att fånga upp kontrakt som kan ha betydelse för den inre marknaden och de grundläggande friheterna. Vidare syftar det samtidigt till att undanta tilldelning av kontrakt där verkningarna på den inre marknaden endast är marginella och unionsrättens tillämpning

---

<sup>72</sup> De förenade målen C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso, p. 31.

<sup>73</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 251.

<sup>74</sup> Mål C-507/03 *An Post*, p. 34.

<sup>75</sup> Mål C-95/10 *Strong Segurança*, p. 38.

<sup>76</sup> Mål C-226/09 *Kommissionen mot Irland*, p. 33.

<sup>77</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 246.

<sup>78</sup> Mål C-507/03 *An Post*, p. 32.

<sup>79</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 246 f.

inte kan motiveras. Med anledning av detta uppkommer frågan om en inhemsk leverantör kan angripa ett tilldelningsförfarande och argumentera att myndigheten inte iakttagit att kontraktet varit av ett bestämt gränsöverskridande intresse och att tilldelning skett i strid med fördraget, även om ingen av de inblandade aktörerna kommer från en annan medlemsstat. Att kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse ska omfattas av fördraget talar för att det är möjligt för leverantören att angripa beslutet trots att ingen av parterna rent faktiskt haft anknytning till en annan medlemsstat.

Ett bestämt gränsöverskridande intresse kan jämföras med *samhandelskriteriet* som är av stor betydelse framför allt på konkurrensrättens område. Samhandelskriteriet innebär att handeln mellan medlemsstaterna måste påverkas, eller riskera att påverkas, för att unionsrätten ska bli tillämplig. För den fria rörligheten för personer motsvaras samhandelskriteriet av ett krav på ett *gränsöverskridande moment* för att bestämmelserna om de grundläggande friheterna ska bli tillämpliga. Rent interna situationer som endast rör en medlemsstats inre förhållanden faller därmed utanför unionsrättens tillämpningsområde eftersom det saknas unionsrättsliga aspekter.<sup>80</sup> I *RI.SAN*-fallet var det fråga om en tjänstekoncession och domstolen konstaterade att den klagande leverantören hade sitt säte i samma land som kommunen och bedrev verksamhet endast i det landet (Italien). Detta medförde enligt domstolen att fördraget inte var tillämpligt eftersom det avsåg en situation där alla fakta var hänförliga till de nationella förhållandena i endast en medlemsstat. Det ansågs inte finnas något anknytningsmoment till den fria rörligheten för personer och tjänster.<sup>81</sup> Detta talar för att en leverantör *inte* kan angripa ett tilldelningsförfarande utifrån att myndigheten inte beaktat att kontraktet varit av ett bestämt gränsöverskridande intresse och att tilldelning skett i strid med fördraget. Om ingen av de inblandade aktörerna kommer från en

---

<sup>80</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 267.

<sup>81</sup> Mål C-108/98 *RI.SAN*, p. 23.

annan medlemsstat saknas ett anknytningsmoment till en annan medlemsstat som gör fördraget tillämpligt.

Fördraget är alltså tillämpligt när handeln mellan medlemsstaterna riskerar att påverkas. Artikel 18 FEUF förbjuder diskriminering på grund av nationalitet och i *Unitron*-fallet fastställde domstolen att principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet innebär en skyldighet att lämna insyn så att myndigheten kan försäkra sig om att principen om icke-diskriminering iakttas.<sup>82</sup> I *Telaustria*-fallet uttalade EU-domstolen att trots att ett kontrakt inte omfattas av upphandlingsdirektivets tillämpningsområde så är myndigheterna skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler när de ingår sådana avtal och att det finns en skyldighet att lämna insyn så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet iakttas.<sup>83</sup> Skyldigheten att lämna insyn syftar till att tilldelning av koncessionskontrakt ska vara öppet för konkurrens och att det ska gå att kontrollera att förfarandena är opartiska.<sup>84</sup> Principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet tar sig även uttryck i den grundläggande principen om fri rörlighet för varor.<sup>85</sup> Artikel 34 FEUF förbjuder kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan och i *Dassonville*-fallet uttalade EU-domstolen att handelsregler som, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan utgöra hinder för handeln mellan medlemsstaterna har motsvarande verkan som sådana kvantitativa importrestriktioner som är förbjudna enligt unionsrätten.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Mål C-275/98 *Unitron*, p. 31.

<sup>83</sup> Mål C-324/98 *Telaustria*, p. 60-61.

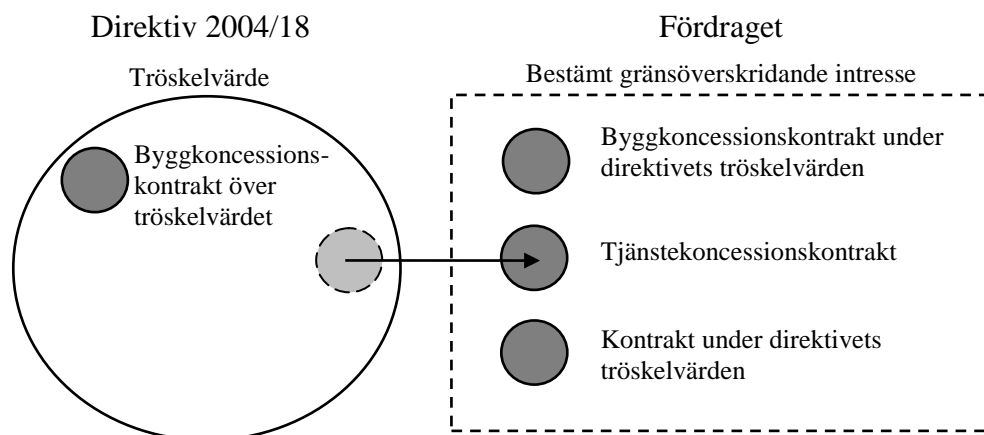
<sup>84</sup> Mål C-324/98 *Telaustria*, p. 62.

<sup>85</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 38.

<sup>86</sup> Mål 8/74 *Dassonville*, p. 5.

## 3.5 Sammanfattning

Vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av koncessionskontrakt kan illustreras med följande bild:



Direktivets tillämpningsområde avgörs bland annat genom olika tröskelvärden vilket i bilden illustreras av en cirkel. För byggekonnexionskontrakt över tröskelvärdet ska särskilda regler i direktivet tillämpas vilket illustreras av att cirkeln är placerad innanför direktivets tillämpningsområde men utgör samtidigt en egen cirkel eftersom det är fråga om ett särskilt regelsystem. Tjänstekoncessioner faller innanför direktivets tillämpningsområde men har undantagits därifrån vilket illustreras av att den gråa cirkeln plockas bort från cirkeln. Fördraget blir tillämpligt vid tilldelning av kontrakt som faller utanför direktivets tillämpningsområde (kontrakt under tröskelvärdena) och vid tilldelning av kontrakt som undantagits från direktivets tillämpningsområde (tjänstekonnexionskontrakt). Fördraget är dock bara tillämpligt under förutsättning att kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse vilket illustreras av den streckade rutan. Om kontraktet inte är av ett bestämt gränsöverskridande intresse hamnar tilldelning av kontraktet utanför den streckade rutan vilket innebär att det är nationell rätt som avgör vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet (framgår dock inte av bilden ovan). Definitionen av olika kontraktstyper anger under vilka förutsättningar ett kontrakt tillhör en viss kategori. I bilden ovan illustreras definitionen av den svarta linje som omger de grå cirkelarna.

## 4 Klassificering av kontrakt

Klassificering av kontrakt görs, som tidigare nämnts, utifrån definitionen av olika kontraktstyper. När ett kontrakt kan klassificeras som två eller fler kontraktstyper uppstår en klassificeringskonflikt som kan medföra att olika regler ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet beroende på hur kontraktet klassificeras. Ytterst handlar klassificering av kontrakt därför om lagval vid konkurrerande regler. Då klassificering av kontrakt avgör direktivets tillämpningsområde ska det uteslutande göras enligt unionsrätten.<sup>87</sup> Eftersom försörjningsdirektivet innehåller samma definition som klassiska direktivet kan samma överväganden användas vid klassificering av koncessionskontrakt enligt de båda direktiven.<sup>88</sup> Den rättsliga klassificeringen av ett kontrakt beror på de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>89</sup>

Ett klassificeringsproblem uppkommer när kontrakt har mer än ett kontraktsföremål, s.k. blandade kontrakt, eftersom sådana kontrakt kan klassificeras som flera olika kontraktstyper. Ett kontrakt som exempelvis består av utförande av både byggtreprenad och tjänst måste klassificeras *antingen* som ett byggtreprenadkontrakt *eller* som ett tjänstekontrakt för att kunna fastställa vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet. Klassificering av koncessionskontrakt utgår från definitionen av offentliga kontrakt vilket innebär att kontraktet först måste klassificeras som ett offentligt kontrakt för att sedan klassificeras som ett koncessionskontrakt. Om ersättningen består av *dels* en rätt att utnyttja tjänsten, *dels* betalning uppkommer frågan om sådana kontrakt alltid ska klassificeras som koncessionskontrakt eller om det finns omständigheter som medför att kontraktet istället ska klassificeras som ett offentligt kontrakt. Klassificeringsproblemet för kontrakt med en blandad

---

<sup>87</sup> Se bl.a. mål C-348/10 Norma, p. 40, mål C-274/09 Stadler, p. 23.

<sup>88</sup> Mål C-348/10 Norma, p. 39.

<sup>89</sup> Mål C-300/07 Oymanns, p. 70.



ersättningsform innebär alltså att kontraktet kan klassificeras *antingen* som ett offentligt kontrakt *eller* som ett koncessionskontrakt.

I detta kapitel behandlas först hur klassificeringen ska göras när kontrakt har blandade kontraktsföremål och därefter behandlas vilka förutsättningar som medför att kontrakt klassificeras som ett koncessionskontrakt.

## 4.1 Principer för klassificering av kontrakt med blandade kontraktsföremål

Byggtreprenadkontrakt omfattar alltid utförande av tjänster och det är därför nödvändigt att kunna klassificera byggtreprenadkontrakt korrekt för att exempelvis veta om det är tröskelvärde för tjänster eller för byggtreprenader som är tillämpligt.<sup>90</sup> Om kontraktet avser utförande av A- eller B-tjänst och även omfattar byggtreprenad ska det behandlas som ett tjänstekontrakt om byggtreprenaden är underordnad kontraktets ändamål i övrigt.<sup>91</sup> För att korrekt klassificera ett kontrakt där byggtreprenad ingår tillämpas alltså en *ändamålsprincip* som innebär att det är kontraktets ändamål som klassificerar kontraktet som en viss kontraktstyp.<sup>92</sup>

EU-domstolen uttalade redan 1994 i *Gestión Hotelera*-fallet att om en byggtreprenad endast är av underordnad betydelse i förhållande till *huvudsyftet med tilldelningen* så kan kontraktet inte klassificeras som ett byggtreprenadkontrakt.<sup>93</sup> Med hänvisning till *Gestión Hotelera*-fallet uttalade domstolen i *Auroux*-fallet att det är det *huvudsakliga föremålet för ett kontrakt* som avgör vilka regler som blir tillämpliga när kontrakt innehåller delar av byggtreprenad och delar av andra slags offentliga

---

<sup>90</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, s. 45.

<sup>91</sup> 2 kap. 18 § 3 st. LOU. Se även art. 1.2(d) klassiska direktivet 2004/18.

<sup>92</sup> Rosén Andersson m.fl., *Offentlig upphandling – en kommentar (1 juli 2013, Zeteo)*, kommentaren till 2 kap. 18 §.

<sup>93</sup> Mål C-331/92 *Gestión Hotelera*, p. 29.

kontrakt.<sup>94</sup> I *Kommissionen mot Italien* uttalades att det *huvudsakliga föremålet för kontraktet* avgör vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet och detta fastställs genom en objektiv bedömning av hela den upphandling som kontraktet avser.<sup>95</sup> De huvudprestationer som överväger och som är karakteristiska för kontraktet ska beaktas i motsats till de prestationer som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär och som är obligatoriska på grund av kontraktets ändamål. De olika prestationernas respektive värde är endast ett av flera kriterium som ska beaktas vid kvalificeringen.<sup>96</sup> I *Kommissionen mot Spanien* uttalade domstolen däremot att det är det *huvudsakliga ändamålet* med kontraktet som avgör vilka regler som ska tillämpas och anger att fastställandet av ändamålet ska ske i enlighet med vad domstolen uttalade i *Kommissionen mot Italien* om fastställandet av det huvudsakliga föremålet för kontraktet.<sup>97</sup> Till skillnad från tidigare fall så hade domstolen i *Kommissionen mot Spanien* anledning att även behandla direktiv 2004/18 som anger att det *huvudsakliga ändamålet* med kontraktet avgör vilka regler som ska tillämpas, vilket kan vara anledningen till att domstolen använder ett annat begrepp i jämförelse med tidigare praxis som endast behandlade direktivet som föregick det klassiska direktivet.

Om kontraktet avser varor och utförande av en A- eller B-tjänst ska det anses utgöra ett tjänstekontrakt om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.<sup>98</sup> I dessa fall tillämpas en *överviktsprincip* där det övervägande värdet blir avgörande för klassificeringen.<sup>99</sup> En överviktsprincip tillämpas också när ett varukontrakt innefattar utförande av monterings- och installationsarbeten av varorna vilket innebär att när värdet av arbetena är

---

<sup>94</sup> Mål C-220/05 Auroux, p. 37.

<sup>95</sup> Mål C-412/04 Kommissionen mot Italien, p. 47-48.

<sup>96</sup> Mål C-412/04 Kommissionen mot Italien, p. 49.

<sup>97</sup> Mål C-306/08 Kommissionen mot Spanien, p. 91.

<sup>98</sup> 2 kap. 18 § 2 st. LOU. (Art. 1.2(d) klassiska direktivet 2004/18).

<sup>99</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, s. 43.

mindre än värdet av varorna så ska kontraktet alltså klassificeras som ett varukontrakt.<sup>100</sup>

Om kontraktet avser både A- och B-tjänster och värdet för A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna ska reglerna för A-tjänster tillämpas. I andra fall ska reglerna för B-tjänster tillämpas.<sup>101</sup> Om värdet för A-tjänsten uppgår till de tröskelvärden som anges i klassiska direktivet kommer tilldelning av kontraktet falla utanför direktivets tillämpningsområde så länge B-tjänsten har samma eller högre värde än A-tjänsten. Tilldelning av kontraktet kommer då omfattas av fördragets grundläggande regler vilket innebär att tilldelningen omfattas av mindre detaljerade regler än om A-tjänsten upphandlats separat.<sup>102</sup> EU-domstolen har uttalat att det inte finns något krav att A-tjänsten i sådana fall ska upphandlas separat men om A-tjänsten har upphandlats tillsammans med en B-tjänst för att undgå upphandlingsreglerna så ska upphandlingsdirektiven tillämpas på förfarandet.<sup>103</sup>

Om B-tjänster undantagits från klassiska direktivets tillämpningsområde därför att sådana kontrakt inte anses lämpliga att upphandla genom de förfaranden som anges i upphandlingsdirektivet så kan detta motivera att tilldelning bör ske enligt fördragets grundläggande regler trots att det medför att A-tjänsten upphandlas enligt mindre detaljerade regler. Eftersom B-tjänster har undantagits därför att sådana kontrakt vanligtvis inte är av intresse för leverantörer i andra medlemsstater blir det svårt att motivera överviktsprincipens konsekvenser i ovan nämnda situation. En lämpligare lösning hade varit att som tillägg till överviktsprincipen göra det klassiska direktivet tillämpligt så fort värdet på A-tjänsterna överstiger de tröskelvärden som anges i det klassiska direktivet.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> 2 kap. 21 § 2 st. LOU. (Art. 1.2(c) klassiska direktivet 2004/18).

<sup>101</sup> 1 kap. 2 § 4 st. LOU (Art. 22 klassiska direktivet 2004/18).

<sup>102</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 414.

<sup>103</sup> Mål C-411/00 Felix Swoboda, p. 56-57.

<sup>104</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 414 f.

Om kontraktet avser utförande av både byggentreprenad och tjänst och ersättningen består av en rätt att utnyttja kontraktsföremålet uppstår frågan om reglerna för byggkoncessioner eller reglerna för tjänstekoncessioner ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet. I sitt tolkningsmeddelande från 2000 uttalade Kommissionen att trots att principen om huvudsyftet med tilldelningen utvecklats med avseende på offentliga kontrakt så kunde samma metod användas vid klassificering av koncessionskontrakt med blandade kontraktsföremål. Rent praktiskt innebär en byggkoncession i många fall även en tjänstekoncession och Kommissionens förslag var alltså att huvudsyftet med tilldelningen skulle avgöra klassificeringen och därmed vilka regler som skulle tillämpas vid tilldelning av kontraktet.<sup>105</sup>

## 4.2 Klassificering av koncessionskontrakt

Kommissionen uttalade redan 2000 i sitt tolkningsmeddelande att ersättningsformen är ett viktigt element i en koncession men att det är *risk* i samband med nyttjandet som är den avgörande faktorn för att kontrakt ska klassificeras som ett koncessionskontrakt. Vidare uttalades att risker som är förenade med projektfinansieringen, den ekonomiska risken, är kännetecknande för just koncessioner och att sättet som leverantören får ersättning på gör det möjligt att fastställa vem som bär risken.<sup>106</sup> Nyttjanderätten, som är ett krav för att det ska vara fråga om en koncession, medför att leverantören tar den ekonomiska risk som uppkommer av tillhandahållandet av anläggningen/tjänsten. Risken uppkommer av att leverantören bär kostnaderna för tillhandahållandet och får intäkter av exploateringen av nyttjanderätten vilket innebär att vinsten blir beroende av hur framgångsrik leverantören är i nyttjandet av koncessionsföremålet.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02), avsnitt 2.3.

<sup>106</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02), avsnitt 2.2.

<sup>107</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 430.

I förarbetena till LOU uttalas att en byggkoncession, till skillnad från byggtreprenad, innebär att leverantören tar en *verksamhetsrisk*.<sup>108</sup> En tjänstekoncession innebär att leverantören, till skillnad från ett tjänstekontrakt, tar en *ekonomisk risk*.<sup>109</sup> Huruvida det är någon skillnad mellan verksamhetsrisk respektive ekonomisk risk framgår dock inte av förarbetena. Vidare uttalas att det är *inte* fråga om en byggkoncession om ersättningen från myndigheten utgör den största delen av hela kontraktssumman som är hänförlig till ersättning för uppförande av anläggningen.<sup>110</sup> Uttalandet kan närmast tolkas som att en överviktsprincip ska tillämpas vilket skulle innebära att värdet som härrör från nyttjanderätten måste vara mer än 50 % av hela kontraktssumman för att det ska vara fråga om ett koncessionskontrakt. Att denna princip ska tillämpas har inte stöd i praxis från EU-domstolen, vilket kommer framgå av redogörelsen nedan.

## 4.2.1 Ersättningsformen

I *Parking Brixen* uttalade EU-domstolen att ett tjänsteavtal innefattar en motprestation i form av att myndigheten betalar direkt till leverantören. Om ersättningen däremot består av en rätt att ta ut avgifter från tredje man för användandet av tjänsten så innebär det att leverantören tar *verksamhetsrisken* för tjänsterna, vilket är kännetecknande för ett koncessionskontrakt. I fallet var det därför inte fråga om ett offentligt tjänsteavtal utan om ett koncessionskontrakt avseende allmännyttiga tjänster.<sup>111</sup> Myndigheten måste förfoga över nyttjanderätten för att kunna överlåta den.<sup>112</sup> I *ANAV*-fallet uttalade domstolen att om ersättningen åtminstone till viss del erhålls genom betalning från de som nyttjar tjänsten så kännetecknar det en koncession.<sup>113</sup> I *Coditel Brabant* uttalade domstolen

---

<sup>108</sup> Prop. 2006/07:128, s. 298.

<sup>109</sup> Prop. 2006/07:128, s. 305.

<sup>110</sup> Prop. 2006/07:128, s. 410.

<sup>111</sup> Mål C-458/03 *Parking Brixen*, p. 39-40.

<sup>112</sup> Rosén Andersson m.fl., *Offentlig upphandling – en kommentar (1 juli 2013, Zeteo)*, kommentaren till 13 kap. 1 §.

<sup>113</sup> Mål C-410/04 *ANAV*, p. 16.

att kännetecknande för en koncession är betalningssättet; att ersättningen inte härrör från myndigheten utan erhålls från avgifter från användarna av tjänsten.<sup>114</sup> Det spelar ingen roll om ersättningen från tredje man är rättsligt reglerad; det kan fortfarande vara fråga om ett koncessionskontrakt.<sup>115</sup> Vanligen innebär ett koncessionskontrakt att ersättningen kommer från användarna men ersättningen kan även komma från en annan tredje part.<sup>116</sup> I *Stadler-fallet* uttalade domstolen att det inte krävs att ersättningen kommer direkt från användarna. I fallet fick leverantören ersättning via ett socialförsäkringsorgan och att ersättningen fastställdes genom en överenskommelse med socialförsäkringsorgan, som hade ställning som upphandlande myndigheter, påverkade inte klassificeringen av kontraktet som ett koncessionskontrakt.<sup>117</sup>

När ersättningen består av en nyttjanderätt av den egna tjänsten innebär det att leverantören tar den *risk* som är förenad med nyttjandet av tjänsten.<sup>118</sup> Rätten att utnyttja tjänsten innebär att leverantören har en viss *ekonomisk frihet att bestämma villkoren* för hur rätten utnyttjas och står därmed i huvudsak också risken som följer av nyttjandet.<sup>119</sup>

## 4.2.2 Risken

Den *ekonomiska* risk som följer av nyttjanderätten är risken att utsättas för *marknadens nycker*. Det kan till exempel vara att utsättas för konkurrens från andra leverantörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan eller en risk för insolvens hos användarna.<sup>120</sup> Risker som förekommer i alla kontrakt, exempelvis en bristfällig företagsledning, kan inte läggas till grund för att klassificera kontraktet som ett

---

<sup>114</sup> Mål C-324/07 Coditel Brabant, p. 24.

<sup>115</sup> Mål C-206/08 Eurawasser, p. 55.

<sup>116</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 434.

<sup>117</sup> Mål C-274/09 Stadler, p. 27-28.

<sup>118</sup> Mål C-206/08 Eurawasser, p. 59.

<sup>119</sup> Mål C-300/07 Oymanns, p. 71.

<sup>120</sup> Mål C-274/09 Stadler, p. 37.

koncessionskontrakt.<sup>121</sup> Risken ska vara kopplad till koncessionen och avtalsförhållandet som följer av koncessionskontraktet.<sup>122</sup> Om avtalet innebär att leverantören endast står risken för myndighetens efterfrågan så utgör kontraktet ett ramavtal och inte ett koncessionskontrakt.<sup>123</sup> Skillnaden mellan ett koncessionskontrakt och ett ramavtal är att leverantören har en viss ekonomisk frihet att bestämma villkoren för nyttjanderätten i ett koncessionskontrakt medan ramavtalet innebär att leverantören under kontraktstiden är skyldig att följa de villkor som anges i ramavtalet.<sup>124</sup> Risken i ett ramavtal kan därmed anses avse myndighetens potentiella avrop från avtalet snarare än risken att utsättas för marknadens nycker.

I *Oymanns*-fallet fastställde domstolen att det var fråga om ett ramavtal och inte ett koncessionskontrakt när en sjukkasse hade ingått kontrakt med en tillverkare av ortopediska skor som åtog sig att tillhandahålla prestationer åt de försäkrade som vände sig till tillverkaren. Sjukkassan betalade ensam hela ersättningen enligt priser som angavs i kontraktet men kvantiteten var inte fastlagd i kontraktet. Eftersom villkoren för verksamheten angetts i kontraktet ansågs leverantören inte ha den ekonomiska frihet som kännetecknar en koncession och var inte heller utsatt för någon betydande risk kopplad till utnyttjandet. Även om det fanns en viss risk att leverantörens varor och tjänster inte skulle efterfrågas så ansågs denna risk vara begränsad eftersom det ankom på en sjukkasse istället för de försäkrade att betala ersättningen vilket medförde att leverantören var befriad från risken att inte få betalt och för att avtalsparten kunde bli insolvent. Vidare innebar kontraktet att leverantören inte stod några avsevärda kostnader innan den ingick avtal med en försäkrad och eftersom det var känt på förhand hur många försäkrade som kunde tänkas vända sig till leverantören kunde leverantören ha en rimlig framförhållning vad gällde efterfrågan.

---

<sup>121</sup> Mål C-274/09 Stadler, p. 38.

<sup>122</sup> Mål C-451/08 Helmut Müller, p. 78.

<sup>123</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 115.

<sup>124</sup> Mål C-300/07 Oymanns, p. 71.

Eftersom leverantören inte stod den övervägande risken vid driften av verksamheten så klassificerades kontraktet som ett ramavtal.<sup>125</sup>

I sin avhandling skiljer Sundstrand mellan *verksamhetsrisk* och *betalningsrisk*. Verksamhetsrisken är risken att ersättningen inte kommer att täcka leverantörens nödvändiga kostnader och betalningsrisken innebär en rätt att ta betalt av användarna med risk att ersättningen helt eller delvis uteblir. De två riskerna är kumulativa vilket innebär att båda måste uppfyllas för att ett tjänstekoncessionskontrakt ska föreligga. För att ersättningsformen för ett koncessionskontrakt ska vara uppfyllt, enligt detta synsätt, krävs att leverantören *dels* har en rätt att ta betalt av användarna eftersom ersättningen då blir beroende av antalet användare, *dels* att leverantören tar det ekonomiska ansvaret för kostnaderna.<sup>126</sup>

#### 4.2.2.1 Risköverföring

Risken är starkt sammankopplad med den ekonomiska nyttjanderätten. Det innebär att ersättning i form av en nyttjanderätt medför att leverantören utsätts för riskerna på marknaden. Om myndigheten fortsätter att bära hela risken så föreligger därför ett offentligt bygg- eller tjänstekontrakt och inte ett koncessionskontrakt.<sup>127</sup> Det är nödvändigt att *hela eller en betydande del* av risken som är förenad med nyttjanderätten *överförs* till leverantören vilket gäller även om risken i sig är mycket begränsad.<sup>128</sup> Det innebär att det är en *betydande del* av den *föreliggande* risken som ska överföras.<sup>129</sup> I *Helmut Müller-fallet* uttalade domstolen att leverantören måste bära den *huvudsakliga* ekonomiska risken som är knuten till nyttjandet eller åtminstone en *stor del* av denna.<sup>130</sup> I *Contse-fallet* var myndigheten ansvarig för alla skador som kunde uppkomma till följd av brister i tjänsten. Domstolen menade att detta innebar att det inte skedde någon övergång av

---

<sup>125</sup> Mål C-300/07 Oymanns, p. 67-75.

<sup>126</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 117.

<sup>127</sup> Mål C-206/08 Eurawasser, p. 66-68.

<sup>128</sup> Mål C-206/08 Eurawasser, p. 77. Se även mål C-348/10 Norma, p. 45.

<sup>129</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 432.

<sup>130</sup> Mål C-451/08 Helmut Müller, p. 75.



de risker som var förenade med tillhandahållandet av tjänsten vilket innebär att kontraktet skulle betecknas som ett tjänstekontrakt.<sup>131</sup> Om leverantören är garanterad full ersättning för sina förluster kan det inte vara fråga om ett koncessionskontrakt eftersom tillhandahållandet av tjänsten innebär att leverantören inte står en betydande del av risken för att utsättas för marknadens nycker.<sup>132</sup> Det krävs alltså en kontroll huruvida ersättningen består i en rätt att utnyttja en tjänst och om leverantören övertar *verksamhetsrisken* för utförandet av tjänsten.<sup>133</sup> Av redogörelsen ovan framgår att det är oklart om det krävs att en *betydande* del av risken övertas eller om det räcker att en *stor* del av risken övertas.

I *Stadler*-fallet uttalade domstolen att när ersättningen endast härrör från användarna är det tillräckligt att risken som överförs är mycket begränsad.<sup>134</sup> Det skulle kunna tolkas som att storleken på risken som måste överföras för att klassificera kontraktet som ett koncessionskontrakt, är beroende av hur stor del av ersättningen utgörs av en nyttjanderätt.<sup>135</sup> Uttalandet är problematiskt eftersom det skulle innebära att bedömningen om hur stor del av risken som måste överföras för att det ska föreligga ett koncessionskontrakt avgörs utifrån en bedömning av hur stor del av ersättningen som härrör från nyttjanderätten.

#### 4.2.2.2 Riskbedömning

Den upphandlande myndigheten måste göra en bedömning om huruvida en betydande del av risken kommer att övergå till leverantören för att kunna klassificera kontraktet som ett koncessionskontrakt. Det finns ingen bestämd procentsats som avgör var gränsen går för att en betydande del av risken ska anses ha överförts. Myndigheten måste göra en helhetsbedömning om vad för risker verksamheten medför och hur riskerna fördelas på parterna enligt

---

<sup>131</sup> Mål C-234/03 Contse, p. 22.

<sup>132</sup> Mål C-348/10 Norma, p. 51-56.

<sup>133</sup> Mål C-274/09 Stadler, p. 29.

<sup>134</sup> Mål C-274/09 Stadler, p. 33.

<sup>135</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 128.

avtalet.<sup>136</sup> Vissa kontraktsvillkor kan innebära en riskreducering vilket påverkar klassificeringen. Betalningen kan vara utformad som ett schablonbelopp eller vara kopplat till antalet användare. Myndigheten kan till exempel stå för en del av driftskostnaden för att på så sätt minska priset för användarna.<sup>137</sup> Det innebär att beroende på hur betalningen utformas riskerar risken att reduceras på ett sådant sätt att kontraktet inte kan klassificeras som ett koncessionskontrakt. Betalningen får inte vara så stor att leverantören inte kan anses bära risken för verksamheten.<sup>138</sup> Om betalningen innebär en garanterad återbetalning av leverantörens investering kan det inte vara fråga om ett koncessionskontrakt eftersom riskmomentet då har fallit bort.<sup>139</sup> Att låta leverantören hyra mark eller lokal gratis kan innebära en garanti för leverantören att återfå investeringen och påverkar därmed riskbedömningen. En marknadsmässig hyra innebär däremot att leverantören utsätts för marknadens nycker.<sup>140</sup>

### **4.2.3 Ersättning från annan än den upphandlande myndigheten**

Det är oklart om det utöver nyttjanderätten och risköverföringen uppställs ytterligare krav för att ett kontrakt ska kunna klassificeras som ett koncessionskontrakt. Arrowsmith menar att en ekonomisk risk är nödvändig för att kontraktet ska anses utgöra en koncession men att det inte är tillräckligt. Förutom att risken överförs på leverantören krävs även, enligt Arrowsmith, att ersättningen kommer från någon annan än myndigheten

---

<sup>136</sup> KKV rapport 2012:4, s. 27.

<sup>137</sup> Rosén Andersson m.fl., *Offentlig upphandling – en kommentar (1 juli 2013, Zeteo)*, kommentaren till 13 kap. 1 §.

<sup>138</sup> Bergman m.fl., *Offentlig upphandling: på rätt sätt och till rätt pris*, s. 139.

<sup>139</sup> Rosén Andersson m.fl., *Offentlig upphandling – en kommentar (1 juli 2013, Zeteo)*, kommentaren till 13 kap. 1 §.

<sup>140</sup> KKV rapport 2012:4, s. 33.

själv med hänvisning till domstolens uttalanden i *Kommissionen mot Italien* och *Stadler-fallet*.<sup>141</sup>

I *Kommissionen mot Italien* var det fråga om ett avtal om avfallshantering som bland annat innebar att regionkommissarien skulle betala en avgift till leverantören per ton avfall som överläts till leverantören. Leverantören fick vidare ersättning från försäljning av den elektricitet som producerades i samband med hanteringen av avfallet. Vad avsåg ersättningen enligt kontraktet ifråga uttalade domstolen:

*"33 Domstolen har redan tidigare slagit fast att ett offentligt tjänstekontrakt, i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50, innefattar en motprestation som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören (domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 39). Av detta följer att en sådan avgift som den som föreskrivs i de omtvistade avtalen kan anses utgöra ett avtal med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 1 a, och därmed ett offentligt kontrakt (se, beträffande det fall då en stad betalar ett fast belopp per soptunna eller container till ett bolag med ensamrätt att hämta och hantera avfallet, dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705, punkterna 8 och 32)."*<sup>142</sup>

I *Stadler-fallet* utgavs ersättningen inte av den upphandlande myndigheten utan av socialförsäkringsorgan genom användaravgifter som leverantören enligt den bayerska lagen hade rätt till. Domstolen jämförde definitionen av offentliga tjänstekontrakt och tjänstekoncessioner och konstaterade att tjänstekontrakt innefattar en ersättning som myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören medan ersättningen vid en tjänstekoncession består av rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.<sup>143</sup>

Därefter uttalade domstolen:

*"25 Härav följer att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att uppbära ersättning från tredje man, uppfyller kraven på ersättning*

---

<sup>141</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 434. Se not 236 som hänvisar till mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, p 33 och mål C-274/09 *Stadler*, p. 25.

<sup>142</sup> Mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, p. 33.

<sup>143</sup> Mål C-274/09 *Stadler*, p. 24.

*i artikel 1.4 i direktiv 2004/18 (se domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkt 57).<sup>144</sup>*

Av domstolens uttalanden i ovanstående fall menar Arrowsmith att det följer ett krav på att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten. Om det finns ett krav på att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten innebär det att kontrakt där leverantören får betalt uteslutande av myndigheten baserat på hur många som nyttjar tjänsten/anläggningen som omfattas av kontraktet, s.k. skuggtullar<sup>145</sup>, inte utgör koncessionskontrakt.<sup>146</sup>

Jag ifrågasätter om domstolens uttalanden verkligen kan tolkas som att det finns ett krav på att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten. Jag anser att domstolens uttalande i *Kommissionen mot Italien* kan tolkas som ett konstaterande att ersättningen som utgick enligt kontraktet ansågs uppfylla de kriterier som följer av definitionen av ett offentligt tjänstekontrakt. För att ett offentligt kontrakt ska föreligga krävs att det innefattar ekonomiska villkor vilket innebär att kontraktet ska innebära en motprestation. Domstolen måste först bedöma om det föreligger sådana ekonomiska villkor i form av en motprestation och domstolens uttalande ovan, anser jag, är ett uttryck för att ersättningsformen enligt kontraktet ifråga ansågs utgöra en sådan motprestation. Efter att ha konstaterat att det är fråga om ett offentligt kontrakt blir nästa steg för domstolen att avgöra om kontraktet *kan* respektive *ska* klassificeras som ett koncessionskontrakt vilket framgår av de efterföljande punkterna som lyder:

*"34 Det framgår av domstolens rättspraxis att det är fråga om en tjänstekoncession när det överenskomna sättet att ersätta tjänsteleverantören består i en rätt för denne att utnyttja sina egna tjänster, vilket innebär att denne tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella*

---

<sup>144</sup> Mål C-274/09 Stadler, p. 25.

<sup>145</sup> Prop. 2009/10:146, s. 17. Exempel på en skuggtull kan vara att leverantören i ett vägprojekt får ersättning från myndigheten baserat på trafikvolym och kan jämföras med en direkttull som innebär att leverantören får ersättning direkt från användarna genom vägtullar.

<sup>146</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 441.

*tjänsterna (se dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 58, och beslut av den 30 maj 2002 i mål C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, REG 2002, s. I-4685, punkterna 27 och 28, liksom även domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 40).*

*35 Domstolen konstaterar emellertid att det sätt att ersätta tjänsteleverantören som föreskrivs i de omtvistade avtalen varken innebär en rätt för denne att utnyttja sina egna tjänster eller att denne tar på sig risken i samband med utnyttjandet."<sup>147</sup>*

Därefter går domstolen in på varför kontraktet varken innebar en rätt att utnyttja tjänsten eller att leverantören tog på sig risken i samband med utnyttjandet. Eftersom leverantören fick ersättning dels genom avgifter från regionkommisarien, dels ersättning från nyttjandet av avfallet (försäljningen av el) hade kontraktet kunnat klassificeras som ett koncessionskontrakt. Då den huvudsakliga motprestationen från myndigheten utgjordes av avgifter från regionkommisarien ansågs kontraktet utgöra ett offentligt kontrakt. Att leverantören accessoriskt till avgiften fick ersättning från tredje man för försäljning av elektricitet kunde inte medföra att kontraktet inte skulle klassificeras som ett offentligt kontrakt, även om intäkterna skulle kunna bedömas som en motprestation.<sup>148</sup>

Domstolens uttalande i *Stadler*-fallet tolkar jag som ett konstaterande att ersättningsformen i kontraktet ifråga uppfyllde kravet att ersättningen för tjänsternas utförande ska utgöras antingen av rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning vilket följer av definitionen av tjänstekoncessioner i art. 1.4 i det klassiska direktivet. Domstolens uttalande innebär, enligt denna tolkning, att det *kan* vara fråga om ett koncessionskontrakt och nästa steg i bedömningen blir att utreda om kontraktet ifråga *ska* klassificeras som ett koncessionskontrakt vilket avgörs utifrån en riskbedömning. I den efterföljande punkten efter citatet ovan uttalar domstolen:

---

<sup>147</sup> Mål C-382/05 Kommissionen mot Italien, p. 34-35.

<sup>148</sup> Mål C-382/05 Kommissionen mot Italien, p. 40-41.

*"26 Om således det sätt på vilket ersättning utgår utgör en av de avgörande faktorerna vid kvalificeringen av en tjänstekoncession följer det dessutom av rättspraxis att en tjänstekoncession innebär att koncessionären tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna och att en avsaknad av en sådan risköverföring på tjänsteleverantören tyder på att transaktionen är ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession (domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkterna 59 och 68 samt där angiven rättspraxis)"*

Därefter går domstolen vidare, anser jag, till en bedömning om kontraktet innebar att en sådan risköverföring skett.<sup>149</sup>

Bergman m.fl. menar att det saknar betydelse att ersättningen betalas av den upphandlande enheten och grundar sina argument på *Stadler*-fallet. De menar att domstolen i fallet preciserar att när ersättningen uteslutande betalas av andra än den upphandlande myndigheten och leverantören står verksamhetsrisken så ska kontraktet klassificeras som ett koncessionskontrakt särskilt med hänsyn till att användaravgifterna fastställdes genom årliga förhandlingar med tredje man och att leverantören inte garanterades full täckning för sina kostnader. De menar att det saknar betydelse hur detta administreras i praktiken men att det däremot är oklart om den upphandlande myndigheten i sin tur måste samla in pengarna från användarna genom exempelvis vägtullar eller avgifter för att kontraktet ska kunna klassificeras som ett koncessionskontrakt.<sup>150</sup>

I *Coditel Brabant* uttalade domstolen:

*"Det framgår av beslutet om hänskjutande att Uccle kommun genom att ansluta sig till Brutélé har gett den sistnämnda sammanslutningen i uppgift att driva kommunens kabel-tv-nät. Det följer även av beslutet om hänskjutande att den ersättning som Brutélé erhåller för detta **inte härrör från** kommunen utan från de avgifter som nätets användare erlägger. Detta betalningssätt är kännetecknande för en koncession för offentliga tjänster (...)."*<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Se mål C-274/09 *Stadler*, p. 39-46.

<sup>150</sup> Bergman m.fl., *Offentlig upphandling: på rätt sätt och till rätt pris*, s. 141.

<sup>151</sup> Mål C-324/07 *Coditel Brabant*, p. 24.

Uttalandet kan tolkas som att kännetecknande för ett koncessionskontrakt är *både* att ersättningen inte härrör från myndigheten *och* att den erläggs av användarna. Det har dock ovan konstaterats att ersättningen kan erläggas även av annan tredje part vilket skulle innebära att kännetecknande för ett koncessionskontrakt är att ersättningen inte härrör från myndigheten och att ersättningen erläggs av en tredje part, vilket är vad Arrowsmith menar. Citatet ovan kan också tolkas som att det endast är första ledet i domstolens uttalande som anses vara kännetecknande för ett koncessionskontrakt; att ersättningen inte härrör från myndigheten. Eftersom ersättningen erläggs av användarna så konstaterar domstolen i andra ledet att den inte härrör från myndigheten.

Det kan också vara fråga om ett språkligt problem.<sup>152</sup> I den engelska versionen av ovanstående uttalas:

*"It is also apparent that Brutélé's remuneration comes not from the municipality but from payments made by the users of that network. That method of remuneration is characteristic of a public service concession."*

Arrowsmith använder också begreppet "not come from the contracting authority" vilket jag i denna framställning har översatt till "inte komma från den upphandlande myndigheten". I den svenska versionen används begreppet *härröra* vilket kan betyda att något har sitt ursprung i eller emanerar från något, vilket skiljer sig från att erlægga eller betala. Eftersom Arrowsmith menar att skuggtullar inte kan klassificeras som koncessionskontrakt talar för att hon använder "comes from" i betydelsen att ersättningen inte får *erläggas* av den upphandlande myndigheten.<sup>153</sup>

I förarbetena till Lag (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) uttalar regeringen att kontrakt om valfrihetssystem anses utgöra tjänstekoncessionskontrakt.<sup>154</sup> Regeringens bedömning grundar sig på att

---

<sup>152</sup> För samma språkliga problematik se den svenska respektive engelska versionen av mål C-458/03 Parking Brixen, p. 40.

<sup>153</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 441.

<sup>154</sup> Prop. 2008/09:29, s. 57.

tjänsteleverantören vid utförandet av tjänster inom ramen för ett valfrihetssystem anses bära den ekonomiska risken som är kännetecknande för ett koncessionskontrakt. Leverantörens inkomster är beroende av hur leverantören lyckas i utförandet av tjänsten genom exempelvis att lyckas få äldre till sitt äldreboende.<sup>155</sup> Regeringen uppmärksammar att ersättningen för utförda prestationer visserligen härrör från den upphandlande myndigheten men menar att det inte tydligt kan utläsas av EU-domstolens praxis att det finns ett krav på att leverantören ska få betalt direkt från slutanvändarna.<sup>156</sup> Enligt regeringen är domstolens bedömning inriktad på om risken gått över till leverantören baserat på hur ersättningen utformats i det enskilda kontraktet och inte på om betalningen kommer från myndigheten eller inte.<sup>157</sup> Att kontrakt inom LOV ska utgöra tjänstekoncessionskontrakt grundar regeringen på Kommissionens uttalande i en fotnot i sitt tolkningsmeddelande från 2000<sup>158</sup> som säger att även om det handlar om en skuggtull så föreligger en ekonomisk risk om ersättningen är beroende av antalet användare.<sup>159</sup> Vidare uttalar regeringen att det även följer av Kommissionens förberedande arbeten till koncessionsdirektivet att kontrakt enligt ett valfrihetssystem kan utgöra tjänstekoncessionskontrakt.<sup>160</sup> I nämnda förberedande arbeten uttalas att det inte anses önskvärt att knyta nyttjanderätten till leverantörens rätt att få ersättning från användarna eftersom detta skulle medföra att skuggtullar exkluderas som i många fall är just koncessioner.<sup>161</sup> Regeringens argumentation medför att skuggtullar är att anse som koncessionskontrakt vilket innebär att det enligt regeringens mening inte finns ett krav att ersättningen ska erläggas från annan än den upphandlande myndigheten. Det ska dock poängteras att regeringen endast använder uttalanden från Kommissionen som grund för sina argument och

---

<sup>155</sup> Prop. 2008/09:29, s. 56.

<sup>156</sup> Med hänvisning till mål C-382/05 Kommissionen mot Italien (p.34-37) och mål C-234/03 Contse (p. 22). Se prop. 2008/09:29, s. 56.

<sup>157</sup> Se prop. 2008/09:29, s. 56.

<sup>158</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02), not 13.

<sup>159</sup> Prop. 2008/09:29, s. 57.

<sup>160</sup> Prop. 2008/09:29, s. 57.

<sup>161</sup> Discussion document: Key issues of a possible initiative on concessions (CC/2007/17), s. 3.



frågan är vilket värde förebredande arbeten till ett direktiv har som källa. Kommissionens uttalanden innebär inte att EU-domstolen skulle göra samma bedömning. Eventuella luckor i unionsrätten är det ytterst EU-domstolen och lagstiftning som kan fylla ut. Det bör i sammanhanget också nämnas att utredningen som föregick ovan refererade proposition kom till slutsatsen att kontrakt enligt ett valfrihetssystem inte kunde utgöra koncessionskontrakt bland annat med anledning av att användarna i ett sådant system inte själva betalar för de tjänster som de nyttjar.<sup>162</sup>

Slutligen ska också noteras att EU-domstolen endast prövat fall där ersättningen erlagts av andra än den upphandlande myndigheten och därför inte haft anledning att uttala sig om vad som gäller när ersättningen erläggs av den upphandlande myndigheten. Det är därmed oklart huruvida det finns ett krav att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten.

### **4.3 Sammanfattning av kapitlet**

Första steget i klassificering av ett kontrakt är alltid att fastställa att det föreligger ett offentligt kontrakt eftersom det är en förutsättning för att upphandlingsreglerna ska bli tillämpliga. Kontrakt med blandade kontraktsföremål som kan klassificeras som två eller fler kontraktstyper innebär att ett klassificeringsproblem måste lösas för att veta vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet. Klassificeringen görs antingen med hjälp av *överviktsprincipen* eller *ändamålsprincipen* beroende på vilka kontraktsföremål det är fråga om och kan illustreras med en våg.

Vågens kalibrering är beroende på vilken princip som ska tillämpas och respektive princip styr vågbalken som balanserar vågskålarna och avgör åt vilket håll vågen kommer tippa. Överviktsprincipen innebär att vågbalken kommer att luta åt den skål som innehåller kontraktsföremålet med det högsta värdet. Ändamålsprincipen innebär att kontraktet kvalificeras utifrån

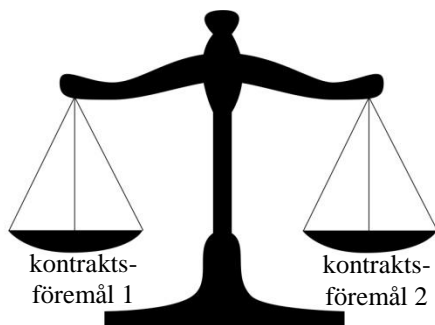
---

<sup>162</sup> SOU 2008:15 s. 127-128.

de huvudprestationer som är karakteristiska för kontraktet, i jämförelse med prestationer som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär oavsett värdet på respektive prestation. Det innebär att vågbalken kommer luta mot den skål som innehåller den prestation som utgör huvudändamålet med kontraktet i motsats till prestationen som endast är accessorisk. Om kontraktet kan hänföras till fler än två kontraktstyper går det att föreställa sig att vågbalken har lika många vågar som kontraktstyper det är fråga om men för enkelhetens skull illustreras endast en våg med två vågar.

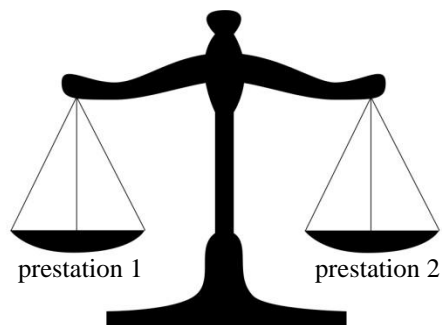
### Överviktsprincipen

kontraktsföremålet  
med högst värde

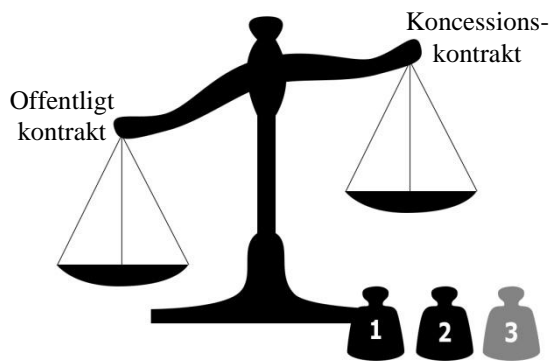


### Ändamålsprincipen

huvudprestationen som är  
karakteristisk för kontraktet



Klassificering av koncessionskontrakt innebär att vågen kalibreras på ett annat sätt. Definitionen av ett koncessionskontrakt bygger på definitionen av offentliga kontrakt vilket innebär att förutsättningarna för ett offentligt kontrakt först måste vara uppfyllda. Det innebär att när kontraktet har klassificerats som ett offentligt kontrakt kan vågen plockas fram. Utgångspunkten är sedan att skålen till vänster från början väger tyngst vilket innebär att kontraktet utgör ett offentligt kontrakt som ska tilldelas enligt det klassiska direktivet. För att kontraktet ska klassificeras som ett koncessionskontrakt krävs att vissa förutsättningar är uppfyllda som illustreras av att vikter läggs i den högra skålen och när samtliga vikter har lagts på så tippas vågen över och kontraktet utgör ett koncessionskontrakt.



1. Ersättning består av nyttjanderätt eller dels en sådan rätt, dels betalning.

2. Betydande del av risken överförs till leverantören.

3. Ersättning från annan än den upphandlande myndigheten.

Kännetecknande för ett koncessionskontrakt är att ersättningen helt eller delvis består av en nyttjanderätt och om kontraktet har denna ersättningsform så kan den första tyngden läggas i den högra skålen. Den andra tyngden är det som *kvalificerar* kontraktet som ett koncessionskontrakt och medför att vågen tippas över. Förutsättningen för att den andra tyngden ska kunna läggas på är att kontraktet innebär att en betydande del av risken överförs till leverantören.

Den tredje tyngden/förutsättningen är gråmarkerad eftersom det är oklart huruvida det även krävs att ersättningen kommer från annan än den upphandlande myndigheten för att kontraktet ska kunna kvalificeras som ett koncessionskontrakt. Det är också osäkert om kravet innebär att ersättningen inte får *erläggas* av den upphandlande myndigheten eller om det kräver att ersättningen inte får *härröra* från myndigheten.

# 5 Koncessionsdirektivet

I detta kapitel behandlas samma frågor som behandlats i uppsatsens tidigare kapitel utifrån det nya koncessionsdirektivet och hur direktivet föreslås implementeras i svensk rätt med anledning av att Genomförandeutredningens slutbetänkande<sup>163</sup> kom i oktober 2014. I direktivet för utredningens arbete anges att koncessionsdirektivet bör genomföras genom en särskild upphandlingslag och inte genom ett särskilt kapitel om koncessioner i LOU. Den nya lagen föreslås heta "lagen om upphandling av koncessioner" (LUK).<sup>164</sup> Kapitlet följer samma struktur som tidigare delar i framställningen vilket innebär att först behandlas hur koncessionskontrakt definieras och sedan vilka regler som är tillämpliga. Därefter utreds närmare hur klassificering av kontrakt ska göras.

## 5.1 Definiering av koncessionskontrakt

Genom koncessionsdirektivet har definitionen av koncessionskontrakt lyfts ur det klassiska direktivet och står på självständig grund på så sätt att definitionen inte längre är kopplad till definitionen av offentliga kontrakt. I skälen till koncessionsdirektivet anges att definitionen i det nya direktivet innebär ett förtydligande av begreppet i förhållande till 2004 års direktiv.<sup>165</sup> Det framgår dock inte när reglerna i direktivet avser att förtydliga vad som redan gäller och när det är fråga om att tillföra nya moment.<sup>166</sup> Tidigare praxis från EU-domstolen kan därför fortfarande vara relevant men det är till viss del oklart i vilken utsträckning.

I art. 5.1 i koncessionsdirektivet definieras byggkoncession som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket upphandlande myndigheter anförtrot utförande av byggtreprenad till en eller flera ekonomiska aktörer

---

<sup>163</sup> SOU 2014:69 En lag om upphandling av koncessioner.

<sup>164</sup> SOU 2014:69, s. 102.

<sup>165</sup> Se skäl 18 till koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>166</sup> SOU 2014:69, s. 109.

där ersättningen endast utgörs av rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Tjänstekoncessioner definieras på samma sätt med skillnad att myndigheter anförtrot tillhandahållande och förvaltning av tjänster som inte avser utförande av byggtrepenad och 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.<sup>167</sup> Med utförande av byggtrepenad avses utförande eller såväl projektering som utförande av byggtrepenader relaterade till en verksamhet som anges i bilaga 1 till direktivet. Det kan också avse utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk eller att ett byggnadsverk realiserar, oavsett medel, som tillgodoser de krav som specificerats av en upphandlande myndighet eller enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen eller projekteringen av byggnadsverket.<sup>168</sup>

I andra stycket till art. 5 i koncessionsdirektivet anges att tilldelning av ett koncessionskontrakt innefattar att verksamhetsrisken överförs till leverantören vid utnyttjandet av anläggningen eller tjänsten. Verksamhetsrisken kan omfatta en efterfrågerisk eller utbudsrisk eller bådadera. Riskens anses överförd om leverantören, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att återfå sina investeringar vid utnyttjandet. Den del av risken som övertas av leverantören ska omfatta verklig exponering för marknads nycker. Eventuella uppskattade förluster för leverantören får därmed inte vara endast nominella eller försumbara.

Definitionen av bygg- respektive tjänstekoncessioner föreslås införas i 1 kap. 7-9 §§ LUK.<sup>169</sup> Den största skillnaden mot nuvarande definition i LOU är att det numera anges att tilldelning av koncessioner ska innefatta att en verksamhetsrisk överförs till den ekonomiska aktören. Den närmre innebörden av verksamhetsrisken och när risken anses övertagen framgår av 1 kap. 10 § LUK. Riskbedömningen behandlas närmare nedan i

---

<sup>167</sup> Art. 5.1 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>168</sup> Art. 5.7 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>169</sup> SOU 2014:69, s. 15.

avsnitt 5.3.2.2. Kravet på undertecknande eller elektronisk signatur som tidigare fanns ifråga om offentliga kontrakt föreslås utgå ur LOU eftersom det inte kan anses utgöra ett krav enligt unionsrätten.<sup>170</sup> Eftersom definitionen av koncessionskontrakt tidigare var kopplad till definitionen av offentliga kontrakt innebar det att kravet på undertecknande krävdes även för koncessionskontrakt. Eftersom kravet utgår ur LOU införs det inte heller i LUK.

## 5.2 Koncessionsdirektivets tillämpningsområde

I skälen till det nya direktivet anges att avsaknaden av tydliga regler och den rättsosäkerhet som det medför leder till snedvridningar i den inre marknadens funktion.<sup>171</sup> Syftet med direktivet är därför att skapa rättssäkerhet och att garantera att koncessioner öppnas för konkurrens.<sup>172</sup> Koncessioners särart i jämförelse med offentliga kontrakt anges vara anledningen till att koncessioner regleras separat.<sup>173</sup> Särarten medför att andra och mer flexibla förfaranden behövs vid tilldelning av koncessionskontrakt än vad upphandlingsdirektiven ger möjlighet till.<sup>174</sup> Koncessionsdirektivet innebär därför ett mer flexibelt regelsystem för tilldelningen av koncessioner jämfört med de andra upphandlingsdirektiven.<sup>175</sup>

### 5.2.1 Tillämplighet

Koncessionsdirektivet är tillämpligt på både bygg- och tjänstekoncessioner vilket innebär att samma regler är tillämpliga vid tilldelning av de olika

---

<sup>170</sup> Ds 2014:25, s. 299.

<sup>171</sup> Se skäl 1 till koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>172</sup> Se skäl 8 till koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>173</sup> Se skäl 2 till koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>174</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 209.

<sup>175</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 439.

koncessionstyperna. För byggkoncessioner innebär direktivet att tilldelning ska ske enligt ett *nytt* regelverk och för tjänstekoncessioner innebär koncessionsdirektivet att det nu finns ett *kodifierat* regelverk som ska tillämpas.

Liksom de andra upphandlingsdirektiven begränsas koncessionsdirektivets tillämpningsområde genom ett tröskelvärde. Direktivet är tillämpligt på koncessioner vars värde uppgår till minst 5 186 000 EUR och kontraktets värde ska beräknas utifrån en uppskattning av den sammanlagda omsättning som kommer genereras under kontraktets varaktighet.<sup>176</sup> Tröskelvärdet innebär att tilldelning av koncessionskontrakt som understiger detta värde omfattas av fördragets grundläggande regler under samma förutsättningar som redogjorts för i avsnitt 3.4.

Koncessionsdirektivets tillämpningsområde begränsas även av särskilda undantag och som exempel kan nämnas tjänstekoncessioner som tilldelas en upphandlande myndighet på grund av en ensamrätt.<sup>177</sup> Vidare undantas särskilda koncessioner på området för elektronisk kommunikation<sup>178</sup>, inom vattenområdet<sup>179</sup> och koncessioner som tilldelas anknutna företag<sup>180</sup>.

Syftet med denna framställning är inte att presentera det materiella innehållet i koncessionsdirektivet men det kan ändå vara lämpligt att kort presentera huvuddragen i direktivet för att få en överblick om vad direktivet innebär i förhållande till de regler som presenterats i kapitel 3.

Den största skillnaden i koncessionsdirektivet jämfört med de nuvarande och nya upphandlingsdirektiven är att det inte införs några särskilda förfaranden som myndigheten måste följa vid tilldelning av ett koncessionskontrakt. Myndigheten är fri att organisera förfarandet under förutsättning att direktivet följs.<sup>181</sup> Utformningen av tilldelningsförfarandet

---

<sup>176</sup> Art. 8 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>177</sup> Art. 10.1 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>178</sup> Art. 11 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>179</sup> Art. 12 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>180</sup> Art. 13 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>181</sup> Art. 30 koncessionsdirektivet (2014/23).

måste följa principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet och i syfte att säkerställa att principerna följs anges i direktivet ett antal förfarandegarantier som måste uppfyllas i utformningen av tilldelningsförfarandet.<sup>182</sup> I skälen anges att myndigheterna bör ges avsevärd flexibilitet i utformningen av tilldelningsförfarandet eftersom koncessioner oftast innebär långsiktiga och komplicerade kontrakt.<sup>183</sup> Direktivet innehåller också regler om bland annat kommunikation<sup>184</sup>, koncessionsmeddelanden<sup>185</sup>, tilldelningskriterier<sup>186</sup> och tidsfrister<sup>187</sup>. Trots dessa regleringar får myndigheten anses ha ett betydligt större handlingsutrymme att anpassa förfarandet vid tilldelning enligt koncessionsdirektivet än vid tilldelning enligt det nya upphandlingsdirektivet.<sup>188</sup>

I det nya upphandlingsdirektivet delas tjänster inte längre in i A- och B-tjänster. Istället tillämpas ett "enkla system" för sociala tjänster och andra särskilda tjänster.<sup>189</sup> Tilldelning av ett koncessionskontrakt avseende sociala tjänster och andra särskilda tjänster omfattas därför enligt koncessionsdirektivet också av ett enkla system vilket innebär att endast ett fåtal artiklar i direktivet ska tillämpas.<sup>190</sup> Vilka tjänster som avses listas i en bilaga till direktivet och som exempel kan nämnas hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster. I skälen till direktivet anges att sådana tjänster endast har en begränsad gränsöverskridande dimension och att tillhandahållandet av dessa tjänster varierar betydligt mellan medlemsstaterna på grund av olika kulturella traditioner.<sup>191</sup> Med hänsyn till det kulturella sammanhanget och dessa tjänsters känslighet bör därför ett särskilt system införas för koncessioner för dessa tjänster.<sup>192</sup> Detta särskilda

---

<sup>182</sup> Se art. 3, 30 och 37 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>183</sup> Se skäl 68 till koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>184</sup> Se art. 29 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>185</sup> Art. 31 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>186</sup> Art. 41 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>187</sup> Art. 39 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>188</sup> SOU 2014:69, s. 185.

<sup>189</sup> Se art. 74 samt skäl 28 i nya upphandlingsdirektivet (2014/24).

<sup>190</sup> Art. 19 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>191</sup> Skäl 53 till koncessionsdirektivet (2014/23).

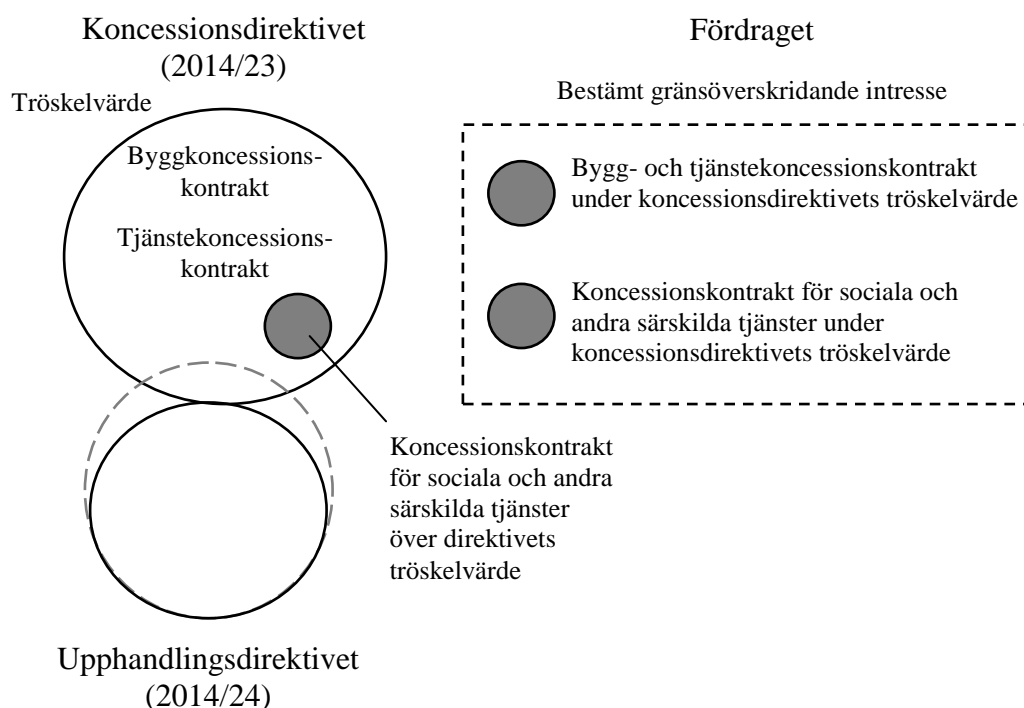
<sup>192</sup> Skäl 54 till koncessionsdirektivet (2014/23).



system innebär bland annat krav på offentliggörande av ett förhandsmeddelande när myndigheten önskar tilldela en koncession för sociala tjänster och andra sociala tjänster. Vidare ska myndigheten lämna meddelande om koncessionstilldelning senast 48 dagar efter tilldelningen.<sup>193</sup> Art. 46 och 47 i koncessionsdirektivet ska också tillämpas vid tilldelning enligt det särskilda systemet vilket innebär att rättsmedelsdirektiven är tillämpliga.<sup>194</sup> Vid tilldelning av koncessionskontrakt under direktivets tröskelvärde och som avser sociala tjänster eller andra särskilda sociala tjänster ska fördragets grundläggande regler tillämpas om de är av ett gränsöverskridande intresse.

## 5.2.2 Tillämpliga regler vid tilldelning av koncessionskontrakt

Vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av koncessionskontrakt genom antagandet av koncessionsdirektivet kan illustreras med följande bild:



<sup>193</sup> Art. 32 koncessionsdirektivet (2014/23). För utformning och offentliggörande av sådana meddelanden se art. 33 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>194</sup> SOU 2014:69, s. 188.

Bygg- och tjänstekoncessionskontrakt omfattas genom koncessionsdirektivet av samma regelsystem till skillnad från tidigare och faller därmed innanför cirkeln. För koncessionskontrakt avseende sociala och andra särskilda tjänster ska ett enklare system tillämpas vilket illustreras av en grå cirkel placerad innanför direktivets tillämpningsområde (jämför med byggkoncessionskontrakt över tröskelvärdet enligt bilden i avsnitt 3.5).

Fördraget är tillämpligt vid tilldelning av koncessionskontrakt under tröskelvärdet förutsatt att kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Detta gäller även för tilldelning av koncessionskontrakt som avser sociala eller andra särskilda tjänster under direktivets tröskelvärde.

Koncessionsdirektivets tillämplighet kan dock inte ses helt isolerat eftersom direktivet är en del av flera upphandlingsdirektiv som det måste förhålla sig till. Det nya upphandlingsdirektivet är därför illustrerat i bilden. Den gråa streckade cirkeln innebär att det kan tänkas finnas överlappande ytor mellan direktiven som kan medföra att tilldelning av ett kontrakt hamnar innanför båda direktivens tillämpningsområde. Hur dessa två direktiv förhåller sig till varandra utreds närmare i nästa avsnitt.

## **5.3 Klassificering av kontrakt**

I avsnitt 4.1 behandlades överviktsprincipen och ändamålsprincipen som används för att klassificera kontrakt med blandade kontraktsföremål enligt det klassiska direktivet. I detta avsnitt behandlas inte klassificering enligt det nya upphandlingsdirektivet utan endast enligt koncessionsdirektivet. Överviktsprincipen och ändamålsprincipen kan dock med fördel jämföras med principerna i koncessionsdirektivet vilket görs i slutet av detta avsnitt.

### **5.3.1 Klassificering av blandade kontrakt**

I det nya direktivet anges i art. 20-23 vilka regler som är tillämpliga vid tilldelning av s.k. blandade kontrakt. I direktivet skiljer man på delbara respektive odelbara kontrakt vilket innebär att olika regler ska tillämpas beroende på om delarna av ett kontrakt objektivt kan särskiljas eller inte.

För delbara kontrakt som avser både delar som omfattas av koncessionsdirektivet och andra delar får myndigheten välja att tilldela separata kontrakt. Beslut om vilka regler som då ska gälla för de olika kontrakten ska fattas utifrån de *egenskaper* som varje del har.<sup>195</sup> Det är också möjligt att tilldela ett enda kontrakt i enlighet med koncessionsdirektivet förutsatt att kontraktet inte innehåller *inslag* av offentliga kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektivet för i sådana fall har upphandlingsdirektivet företräde.<sup>196</sup> Delbara blandade kontrakt som innehåller *inslag* av både koncessioner och av offentliga kontrakt som omfattas av det nya upphandlingsdirektivet ska tilldelas i enlighet med bestämmelserna i upphandlingsdirektivet.<sup>197</sup> En liknande bestämmelse finns i det nya upphandlingsdirektivet som stadgar att delbara blandade kontrakt som består av varu-, byggtreprenads- och tjänstekontrakt och av koncessioner ska tilldelas i enlighet med upphandlingsdirektivet förutsatt att det *uppskattade* värdet av den del av kontraktet som utgör ett kontrakt som *omfattas* av upphandlingsdirektivet uppgår till minst det tröskelvärde som anges i det direktivet.<sup>198</sup> Bestämmelserna avser att säkerställa att upphandlingsdirektivet ska tillämpas om "upphandlingsdelen" överstiger tröskelvärdena även när värdet av den andra delen, t.ex. ett koncessionskontrakt, skulle vara flera gånger större.<sup>199</sup>

Koncessionskontrakt som avser både byggtreprenader och tjänster ska tilldelas enligt de regler som gäller för den typ av koncession som utgör *huvudföremålet för kontraktet*. Om koncessionskontraktet består av dels sociala och andra särskilda tjänster, dels andra tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det *högst uppskattade värdet* för respektive tjänst.<sup>200</sup>

---

<sup>195</sup> Art. 20.3 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>196</sup> Art. 20.3 och 20.4 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>197</sup> Art. 20.4 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>198</sup> Art. 3.4 nya upphandlingsdirektivet (2014/24).

<sup>199</sup> Ds 2014:25, s. 328.

<sup>200</sup> Art. 20.1 koncessionsdirektivet (2014/23).

För odelbara kontrakt ska tillämpliga regler bestämmas utifrån *huvudföremålet för kontraktet*.<sup>201</sup> Om ett sådant odelbart kontrakt innehåller *inslag* av tjänstekoncession och av varukontrakt ska huvudföremålet bestämmas utifrån det *högst uppskattade värdet* för tjänsterna respektive varorna.<sup>202</sup>

## 5.3.2 Klassificering av koncessionskontrakt

### 5.3.2.1 Ersättningsformen

Kännetecknande för ett koncessionskontrakt enligt koncessionsdirektivet är, liksom tidigare, att ersättningen består av en rätt att utnyttja upphandlingsföremålet eller en sådan nyttjanderätt i kombination med betalning. I skälen anges att det viktigaste kännetecknet för en koncession är rätten att utnyttja ett byggnadsverk eller en tjänst och att nyttjanderätten alltid innebär en överföring av en verksamhetsrisk till leverantören. Vidare anges i skälen att särskilda regler för koncessioner inte kan motiveras om leverantören är berättigad till kompensation för eventuella förluster genom att myndigheten garanterar en minimiintäkt som motsvarar de investeringar och kostnader som leverantören tar på sig i genomförandet av kontraktet.<sup>203</sup>

### 5.3.2.2 Risken

I andra stycket till art. 5.1 i direktivet anges att tilldelning av koncessionskontrakt innefattar att verksamhetsrisken vid utnyttjandet av byggnadsverket eller tjänsten överförs till den ekonomiska aktören. Det innebär att risken ska vara kopplad till utnyttjandet av kontraktsföremålet.

Vidare anges i samma stycke att verksamhetsrisken ska omfatta en efterfrågerisk eller utbudsrisk eller bådadera. Med efterfrågerisk avses risker som är kopplade till den faktiska efterfrågan och utbudsrisk innebär risken för att utbudet inte stämmer överens med efterfrågan.<sup>204</sup> Om leverantören vid normala verksamhetsförhållanden inte är garanterad att få tillbaka de

---

<sup>201</sup> Art. 20.5 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>202</sup> Art. 20.5 2 st. koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>203</sup> Skäl 18 till koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>204</sup> SOU 2014:69, s. 111 f.

investeringar som gjorts och de kostnader som uppstår vid utförande av kontraktet, anses verksamhetsrisken ha överförts på leverantören.<sup>205</sup> Detta gäller även om en del av risken ligger kvar hos myndigheten.<sup>206</sup> Den del av risken som överförs ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker vilket innebär att eventuella uppskattade förluster inte får vara endast nominella eller försumbara.<sup>207</sup> Ovanstående talar för att det inte är nödvändigt att hela risken överförs till leverantören. Hur stor del av risken som måste överföras avgörs genom att den ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker vilket är en kodifiering av EU-domstolens uttalande i *Stadler-fallet*.<sup>208</sup> Det ställs alltså inte längre ett krav på att minst en viss andel av risken ska överföras vilket innebär att det inte längre är nödvändigt att göra en bedömning om huruvida en betydande del av risken har överförts eller ej.<sup>209</sup> Vidare innebär det att vad domstolen uttalade i *Stadler-fallet* om att det är tillräckligt att risken som överförs är mycket begränsad när ersättningen endast härrör från användarna, inte längre har någon relevans.<sup>210</sup> Att förlusten inte får vara endast nominell eller försumbar kan anses vara en kodifiering av praxis från EU-domstolen att ett koncessionskontrakt inte kan föreligga om leverantören garanteras att återfå den gjorda investeringen.<sup>211</sup> I skälen till direktivet<sup>212</sup> anges att ett kontrakt kan utgöra en koncession även om risken redan från början är begränsad, vilket även framkommit av EU-domstolens praxis.<sup>213</sup>

Frågan är om det som Sundstrand i sin avhandling kallar verksamhetsrisk och betalningsrisk kan anses vara samma som den utbuds- respektive efterfrågerisk som anges i direktivet. Sundstrands verksamhets- och betalningsrisk är kumulativa vilket innebär att båda typerna av risk måste

---

<sup>205</sup> Art. 5.1 koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>206</sup> Skäl 18 till koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>207</sup> Art. 5.1 2 st. koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>208</sup> Mål C-274/09 Stadler, p. 37.

<sup>209</sup> SOU 2014:69, s. 111.

<sup>210</sup> Se mål C-274/09 Stadler, p. 33.

<sup>211</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 440.

<sup>212</sup> Skäl 19 till koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>213</sup> Mål C-206/08 Eurawasser, p. 77.

föreligga för att ett kontrakt ska kunna utgöra ett koncessionskontrakt. Formuleringen i direktivet om att verksamhetsrisken kan omfatta en efterfrågerisk eller utbudsrisk eller bådadera antyder att det är tillräckligt att den ena typen av risk föreligger för att kontraktet ska klassificeras som ett koncessionskontrakt. Det talar för att Sundstrands risktyper *inte* är desamma som de typer som anges i direktivet.

Som tidigare nämnts föreslås definitionen av koncessionskontrakt införas i 1 kap. 8-9 §§ LUK vars andra stycke förtydligar att tilldelning av ett koncessionskontrakt innefattar en verksamhetsrisk. Definitionen av verksamhetsrisk föreslås införas i 1 kap. 10 § LUK och är utformad i nära överensstämmelse med direktivtexten med undantag för att *marknadens nycker* har ersatts med *skiftningar på marknaden*.<sup>214</sup>

Myndighetens riskbedömning kommer troligtvis även fortsättningsvis innebära en helhetsbedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Bedömningen blir då, liksom tidigare, inriktad på de enskilda villkoren i kontraktet som kan ha en riskreducerande verkan. Eftersom det inte längre finns ett krav på att en betydande del av risken ska överföras till leverantören kommer riskbedömningen enligt koncessionsdirektivet inte att bli densamma som tidigare. För att klassificera kontraktet som ett koncessionskontrakt måste myndigheten först fastställa att det föreligger en verksamhetsrisk. Detta görs genom att undersöka om kontraktet innebär en utbudsrisk, efterfrågerisk eller bådadera. Nästa steg i bedömningen är att avgöra om risken har överförts vilket görs genom att bedöma om leverantören vid normala verksamhetsförhållanden är garanterad att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet. Om så är fallet kan kontraktet inte klassificeras som ett koncessionskontrakt. Slutligen måste myndigheten bedöma om den del av risken som överförts innebär verklig exponering för marknadens nycker. Denna bedömning görs utifrån om de eventuella uppskattade förlusterna

---

<sup>214</sup> SOU 2014:69, s. 113.

endast är nominella eller försumbara och om så är fallet kan kontraktet inte utgöra ett koncessionskontrakt.

Utformningen av betalningsdelen kan fortsättningsvis komma att ha betydelse vid riskbedömningen. Betalning som innebär att leverantören garanteras att återfå sin investering och som innebär att eventuella uppskattade förluster inte är nominella eller försumbara medför att kontraktet inte kan klassificeras som ett koncessionskontrakt. Att den aktuella marknaden i sig medför att eventuella uppskattade förluster endast är nominella eller försumbara borde inte påverka möjligheten att klassificera kontraktet som ett koncessionskontrakt, eftersom bedömningen ska göras utifrån kontraktsvillkoren. I *Oymanns*-fallet tog domstolen hänsyn till att leverantören hade en rimlig framförhållning vad gällde efterfrågan eftersom det var känt på förhand hur många som kunde tänkas vända sig till leverantören, vilket skulle kunna tala för att marknaden i sig kan påverka riskbedömningen.<sup>215</sup>

### **5.3.2.3 Ersättning från annan än den upphandlande myndigheten**

Huruvida det föreligger ett krav på att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten enligt koncessionsdirektivet är oklart. Det framgår inte av definitionen av ett koncessionskontrakt huruvida någon ändring har avsetts i detta avseende. Arrowsmith menar att ordalydelsen tyder på att ett koncessionskontrakt fortfarande innebär att ersättningen inte får komma från den upphandlande myndigheten snarare än att koncessionsbegreppet ska utsträckas till att omfatta alla kontrakt som innebär en risköverföring.<sup>216</sup> Denna tolkning förutsätter dock att det redan anses finnas ett krav att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten. Om förutsättningen är den motsatta, att det inte finns ett sådant krav, så kan ordalydelsen även tala för att ett krav att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten inte

---

<sup>215</sup> Mål C-300/07 *Oymanns*, p. 67-75.

<sup>216</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 440.

har införts eftersom det inte specifikt nämns i definitionen som ett kännetecken på ett koncessionskontrakt. Som konstaterades i avsnitt 4.2.3 framgår det inte tydligt av praxis att det finns ett krav att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten. Det är också oklart huruvida kravet innebär att ersättningen inte får *erläggas* av den upphandlande myndigheten eller att ersättningen inte får *härröra* från den upphandlande myndigheten.

Uttalanden i skälen är inte juridiskt bindande men kan ge vägledning vid tolkning av direktivtexten.<sup>217</sup> I skäl 18 till koncessionsdirektivet uttalas att kontraktsarrangemang som uteslutande betalas av en upphandlande myndighet bör klassificeras som ett koncessionskontrakt om ersättningen för leverantörens investering och kostnader som uppkommer av utförandet av kontraktet är beroende av den faktiska efterfrågan på eller utbudet av en tjänst eller en egendom. Uttalandet kan tolkas som ett förtydligande att ersättningen uteslutande *kan* betalas av en upphandlande myndighet, i betydelsen en *annan* upphandlande myndighet, vilket kan jämföras med domstolens uttalande i *Stadler*-fallet där leverantören fick ersättning via ett socialförsäkringsorgan som hade ställning som upphandlande myndighet.<sup>218</sup> Det kan också tolkas som att begreppet *en upphandlande myndighet* inkluderar även *den* upphandlande myndigheten vilket skulle innebära att så länge ersättningen är beroende av den faktiska efterfrågan på eller utbudet av en tjänst eller en egendom så spelar det ingen roll att ersättningen betalas av den upphandlande myndigheten.

Syftet med att ha en särreglering för tilldelning av koncessionskontrakt kan också ge vägledning vid bedömningen av om det finns ett krav att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten. I skälen till koncessionsdirektivet anges att koncessioners särart i jämförelse med offentliga kontrakt medför att regelverket för tilldelning av koncessionskontrakt bör vara entydiga och enkla.<sup>219</sup> Vidare anges att

---

<sup>217</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 187.

<sup>218</sup> Se mål C-274/09 *Stadler*, p. 27-28.

<sup>219</sup> Skäl 2 till koncessionsdirektivet (2014/23).



myndigheterna bör ges en avsevärd flexibilitet vid utformandet av tilldelningsförfarandet eftersom koncessionskontrakt ofta är långsiktiga och komplicerade arrangemang där leverantören tar det ansvar och de risker som normalt ingår i de upphandlande myndigheternas ansvarsområde.<sup>220</sup> Detta talar för att ersättningen uteslutande kan betalas av *den* upphandlande myndigheten om ersättningen till exempel är baserad på användarvolym eller på annat sätt är beroende av den faktiska efterfrågan på eller utbudet av en tjänst eller en egendom. Om det däremot inte finns någon bra anledning till att koncessioner särregleras, vilket Arrowsmith menar<sup>221</sup>, så finns det inget som motiverar att kontrakt där ersättningen uteslutande betalas av den upphandlande myndigheten, såsom skuggtullar, inte ska tilldelas i enlighet med de vanliga upphandlingsdirektiven.

I skälen till nya upphandlingsdirektivet anges att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte bör ses som upphandling. Dessa utgör istället enbart auktorisationssystem, exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster. Hade tilldelning av sådana kontrakt omfattats av koncessionsdirektivet hade det varit möjligt att dra slutsatsen att det inte finns något krav att ersättningen måste komma från annan än den upphandlande myndigheten.

### **5.3.3 Sammanfattning av avsnittet**

Vid klassificering av blandade kontrakt tillämpas enligt koncessionsdirektivet bland annat en "huvudföremålsprincip". Den innebär att huvudföremålet för kontraktet avgör vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet. Vad som utgör huvudföremålet för kontraktet bestäms i vissa fall av en överviktsprincip som innebär att huvudföremålet utgörs av kontraktsföremålet med det högst uppskattade värdet.

---

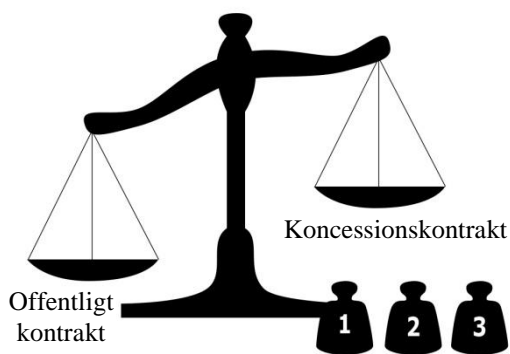
<sup>220</sup> Skäl 68 till koncessionsdirektivet (2014/23).

<sup>221</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, s. 441.

Liknelsen med vågen innebär att vågbalken kalibreras till att tippa åt det håll som innebär huvudföremålet för kontraktet. I särskilt angivna fall innebär det att värdet på respektive kontraktsföremål avgör åt vilket håll vågen kommer tippa och i övriga fall är det oklart vad som avgör huvudföremålet för kontraktet. Att det särskilt anges i vilka fall en överviktsprincip ska tillämpas talar för att det är något annat än värdet som i övriga fall ska bestämma huvudföremålet för kontraktet. Det är möjligt att bedömningen ska göras enligt ändamålsprincipen och avgörande för bedömningen blir då huvud prestationen som är karakteristisk för kontraktet i motsats till prestationen som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär oavsett värdet på respektive prestation. Det skulle innebära att huvudföremålet för kontraktet antingen avgörs genom överviktsprincipen eller enligt ändamålsprincipen beroende på vilka delar kontraktet innehåller vilket kan illustreras med följande bild:



För att ett kontrakt ska kunna klassificeras som ett koncessionskontrakt enligt koncessionsdirektivet krävs att det föreligger en verksamhetsrisk som överförs till leverantören och den del av risken som överförs ska omfatta verklig exponering för marknads nycker. Klassificering av koncessionskontrakt enligt koncessionsdirektivet kan illustreras med bilden nedan:



1. Det föreligger en verksamhetsrisk.
2. Verksamhetsrisken har överförts till leverantören.
3. Den del av risken som överförts omfattas av verklig exponering för marknadens nycker.

För att kontraktet ska utgöra ett koncessionskontrakt måste svaret vara jakande på följande frågor:

1. Föreligger en verksamhetsrisk?  
*D.v.s. föreligger en utbudsrisk, efterfrågerisk eller bådadera?*
2. Har risken överförts?  
*D.v.s. är leverantören inte garanterad att vid normala verksamhetsförhållanden få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet?*
3. Omfattar den del av risken som överförts verklig exponering för marknadens nycker?  
*D.v.s. är eventuella uppskattade förluster inte endast nominella eller försumbara?*

Det skulle vara möjligt att även i denna bild ha en gråmarkerad vikt som visar att det även krävs att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten. Eftersom denna förutsättning inte anges i definitionen i koncessionsdirektivet har den uteslutits från denna illustration.

Det är möjligt att vågen kommer tippa över i fler fall enligt koncessionsdirektivet jämfört med det klassiska direktivet. Koncessionsdirektivet innebär att vågens kalibrering avgör hur två regelsystem förhåller sig till varandra, till skillnad från det klassiska direktivet som innebär att ett undantag blev tillämpligt om vågen tippade över (se vågen i avsnitt 4.3.) Det kan tänkas att domstolen därför gjort en mer restriktiv tolkning enligt det klassiska direktivet än vad koncessionsdirektivet kommer innebära.

## 6 ANALYS

Koncessionskontrakt är av samma slag som offentliga kontrakt men ersättningen består av en rätt att utnyttja kontraktsföremålet eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Det är alltså ersättningsformen som är kännetecknande för ett koncessionskontrakt och inte kontraktsföremålet. För att det ska vara fråga om ett offentligt kontrakt krävs att avtalet är skriftligt med ekonomiska villkor.

### 6.1 Tillämpliga regler

LOU och det bakomliggande direktivet är tillämpligt vid offentlig upphandling av byggkoncessioner medan tjänstekoncessioner är undantagna från tillämpningsområdet. Det innebär att olika regler gäller för koncessionskontrakt beroende på kontraktsföremålet. Det är endast ett fåtal artiklar i klassiska direktivet som är tillämpliga på byggkoncessioner vilket innebär att tilldelning sker enligt ett "enklare system". Vid tilldelning av kontrakt vars värde understiger direktivets tröskelvärden är fördragets grundläggande principer tillämpliga om kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Detta gäller såväl offentliga kontrakt som koncessionskontrakt. Det innebär att efter att en myndighet klassificerat ett kontrakt som en kontraktstyp som antingen faller utanför direktivets tillämpningsområde eller som är undantagen därifrån, måste myndigheten avgöra om kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse innan det kan fastställas vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet.

Kravet på att kontraktet ska vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse kommer från EU-domstolens praxis och vad kravet närmare innebär är till viss del oklart. Domstolen har uttalat att principerna som följer av fördraget inte är tillämpliga om man rimligen kan anta att kontraktet inte är av intresse för företag i en annan medlemsstat eftersom verkningarna på de grundläggande friheterna anses alltför slumpmässiga och indirekta då för att

motivera fördragets tillämplighet. Bedömningen tycks därmed utgå från verkningarna på den fria rörligheten för exempelvis varor och tjänster.

Begreppet *bestämt gränsöverskridande intresse* användes första gången i *An Post*-fallet och det bör noteras att domstolen använder sig av uttrycket att kontraktet *är* av ett bestämt gränsöverskridande intresse och inte att det *har* ett bestämt gränsöverskridande intresse. Den senare formuleringen innebär, enligt mig, att det kan tolkas som att det är möjligt att göra en lista över vilka dessa intressen är. Av domstolens praxis verkar det närmast som att det bestämda intresset är att leverantörer i andra medlemsstater kan vara intresserade av att tilldelas kontraktet. Att domstolen använt uttrycket *är* av ett bestämt gränsöverskridande intresse anser jag ge uttryck för att det inte går att fastställa vilka kontrakt som ska omfattas, utan att en bedömning måste göras i det enskilda fallet. Däremot kan ett kontrakt *ha* en gränsöverskridande *dimension* men det innebär inte nödvändigtvis att samma kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Domstolen har uttalat att det inte finns någon presumtion för att ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse och en bedömning måste göras i varje enskilt fall beroende på omständigheterna. Kommissionen uttalade i sitt tolkningsmeddelande vilka dessa omständigheter kunde vara och de har i princip kodifierats i de förenade målen *SECAP och Santorso*. Domstolen angav olika objektiva kriterier som ansågs kunna införas i nationell rätt på när ett gränsöverskridande intresse ska anses föreligga. Kontrakt av ringa värde kan i regel inte anses vara av ett sådant intresse men domstolen uppmärksammade samtidigt att platsen för utförande av kontraktet kan medföra att även kontrakt av ringa värden kan vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater. Det kan därför vara svårt att i nationell rätt fastställa objektiva kriterier för när det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse. Däremot är det möjligt att ange vilka omständigheter som kan tas i beaktande vid bedömningen om huruvida kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse såsom kontraktsvärdet, platsen för kontraktets utförande och kontraktsföremålets karaktär.

Det är inte tillräckligt att klagomål har framförts för att ett kontrakt ska anses vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Däremot kan publicering i EUT vara ett tecken på att kontraktet kan vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater. I ett irländskt fall hade kontraktet publicerats i EUT och tre av anbudsgivarna kom från en annan medlemsstat vilket enligt domstolen var faktum som medförde att kontraktet var av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Uttalandena är problematiska på så sätt att om publicering i EUT innebär att kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse så minskar incitamenten för myndigheten att publicera kontraktet eftersom myndigheten genom publiceringen så att säga "skapar" ett tecken på att kontraktet är av intresse för leverantörer i andra medlemsstater. Eftersom myndigheten måste göra bedömningen huruvida ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse innan upphandlingsförfarandet startar krävs objektiva och förutsebara kriterier för att myndigheten ska kunna veta vilka regler som ska tillämpas vid tilldelningen.

Att det kommer in anbud från leverantörer i andra medlemsstater kan myndigheten inte veta förrän upphandlingsförfarandet startat och det blir därför problematiskt att bedömningen ska göras utifrån ett sådant faktum. Att leverantörer från andra medlemsstater lämnat anbud innebär, enligt min mening, inte nödvändigtvis att kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse rent objektivt sett. Bedömningen bör därför grundas på om leverantörer i en annan medlemsstat kan ha intresse av kontraktet oberoende av om det senare visar sig att leverantörer i andra medlemsstater rent faktiskt var intresserade. Det skulle innebära att inhemska leverantörer kan klandra en tilldelning där myndigheten inte beaktat att kontraktet var av ett bestämt gränsöverskridande intresse och skett i strid med de principer som följer av fördraget, även om ingen av parterna har anknytning till en annan medlemsstat. Domstolen har dock uttalat att unionsrätten inte är tillämplig vid rent interna situationer vilket skulle innebära att en leverantör inte skulle kunna klandra ett beslut på ovan nämnda grund. Rättsläget får därmed anses vara oklart.

Kravet på ett bestämt gränsöverskridande intresse kan jämföras med samhandelskriteriet som innebär att unionsrätten blir tillämplig om handeln mellan medlemsstaterna riskerar att påverkas. Samhandelskriteriet kan sägas återspeglas i uttrycket att verkningarna på de grundläggande friheterna anses alltför slumpmässiga och indirekta för att motivera fördragets tillämplighet. När en leverantör kan ha ett intresse att tilldelas ett kontrakt men inte har någon verklig möjlighet att visa sitt intresse att tilldelas kontraktet kan handeln mellan medlemsstaterna anses ha påverkats. Principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet som följer av fördraget innebär en skyldighet att lämna insyn så att myndigheter kan försäkra sig om att principen har följts. Att leverantörer i andra medlemsstater inte har en verklig möjlighet att visa sitt intresse beror på bristen på insyn som innebär en särbehandling till skada för leverantörer i andra medlemsstater och som därför utgör indirekt diskriminering. Icke-diskrimineringsprincipen återspeglas även i reglerna om den fria rörligheten för varor som bland annat framgår av artikel 34 som förbjuder åtgärder som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan utgöra hinder för handeln mellan medlemsstaterna eftersom de har motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner.

## **6.2 Klassificering av kontrakt**

Svårigheter att klassificera kontrakt uppkommer när ett kontrakt kan hänföras till minst två olika kategorier vilket kan innebära att olika regler blir tillämpliga beroende på vilken kategori kontraktet placeras i. Klassificeringen avgör alltså ytterst ett lagval vid konkurrerande regelsystem vilket innebär att förutsättningarna för när ett kontrakt ska klassificeras som ett koncessionskontrakt anger reglers tillämplighet. Eftersom klassificeringen avgör klassiska direktivet tillämplighetsområde ska den göras utslutande enligt unionsrätten. När kontrakt har blandade kontraktsföremål används två olika principer som avgör vilken kategori kontraktet ska placeras i: överviktprincipen och ändamålsprincipen.

Först använde EU-domstolen uttrycket *huvudsyftet med tilldelningen*, sedan *det huvudsakliga föremålet för ett kontrakt* men genom direktiv 2004/18 infördes regler om *det huvudsakliga ändamålet med kontraktet* som på ett tydligare sätt uttrycker att det inte endast är värdet på respektive prestation som avgör klassificeringen av kontrakt som innehåller delar av byggtreprenad och tjänster. Kontraktets ändamål fastställs genom en objektiv bedömning av vilka huvudprestationer som överväger och som är karakteristiska för kontraktet. Prestationer som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär avgör inte kontraktets klassificering även om värdet på dessa prestationer är högre än värdet på huvudprestationen. Ändamålsprincipen kan också användas för koncessionskontrakt med blandade kontraktsföremål.

Överviktsprincipen innebär att det är just värdet på de olika kontraktsdelarna som avgör klassificeringen och därmed vilka regler som ska tillämpas. Principen tillämpas om kontraktet avser både varor och monterings- och installationsarbeten och om det avser både A- och B-tjänster. I det senare fallet kan överviktsprincipen kritiseras för att ge oönskade konsekvenser när värdet på A-tjänsten uppgår till direktivets tröskelvärde och värdet av B-tjänsten är samma eller högre än värdet av A-tjänsten eftersom reglerna för B-tjänster blir tillämpliga på tilldelningen. Tilldelning av A-tjänstdelen sker då inte enligt det klassiska direktivet vilket hade varit fallet om tjänsten upphandlats separat. Hade B-tjänster undantagits för att de är olämpliga att upphandla enligt direktivet så kan detta motivera att hela kontraktet bör undantas men eftersom B-tjänster undantagits därför att de i regel inte har en gränsöverskridande dimension så blir det svårt att motivera konsekvensen av överviktsprincipen i ovan nämnda situation. En lämpligare lösning hade varit att klassiska direktivet ska tillämpas på hela kontraktet när värdet på A-tjänsten överstiger direktivets tröskelvärde oavsett B-tjänstens värde.

Koncessionskontrakt med en blandad ersättningsform innebär ett liknande klassificeringsproblem som uppkommer för kontrakt med blandade kontraktsföremål. Om ändamålsprincipen skulle tillämpas skulle det innebära att kontraktet klassificeras som ett koncessionskontrakt om det



huvudsakliga ändamålet med kontraktet är att leverantören ges en rätt att utnyttja kontraktsföremålet (som ju är kännetecknande för ett koncessionskontrakt). Eftersom ändamålet avgörs utifrån huvudprestationen som är karakteristisk för kontraktet skulle det innebära att nyttjanderätten ska anses utgöra huvudprestationen och betalningen får endast vara accessorisk eller av kompletterande karaktär för att kontraktet ska kunna klassificeras som ett koncessionskontrakt. Överviktsprincipen skulle innebära att kontraktet klassificeras som ett koncessionskontrakt om värdet av nyttjanderätten överstiger värdet av betalningsdelen. Uttalanden i förarbetena till LOU har talat för en sådan lösning men av praxis från EU-domstolen framkommer att klassificering av koncessionskontrakt ska göras utifrån en riskbedömning.

När ersättningen består av en nyttjanderätt så medför det att leverantören tar risken för tillhandahållandet av anläggningen/tjänsten eftersom leverantören bär kostnaderna för tillhandahållandet och vinsten blir beroende av hur framgångsrik leverantören är i exploateringen av nyttjanderätten. Det innebär att när leverantören har en viss ekonomisk frihet att bestämma villkoren för utnyttjandet så innebär det ett risktagande. Om de ekonomiska villkoren för verksamheten definieras i kontraktet talar det för att kontraktet utgör ett ramavtal och inte ett koncessionskontrakt. Ersättningsformen är kännetecknande för koncessionskontrakt och man kan säga att klassificering sker enligt "riskprincipen". När ersättningen endast består av en nyttjanderätt föreligger ingen osäkerhet huruvida risken har överförts från myndigheten till leverantören och det är inte nödvändigt att göra en riskbedömning för att kunna klassificera kontraktet som ett koncessionskontrakt. När ersättningen består av dels en nyttjanderätt, dels betalning kan betalningsdelen innebära att risken inte anses överförd till leverantören och det blir nödvändigt att göra en riskbedömning. Det är oklart om det är en betydande del, stor del eller huvudsakliga delen av den befintliga risken som ska överföras för att det ska vara fråga om ett koncessionskontrakt men det spelar ingen roll om risken i sig är mycket begränsad på grund av exempelvis rättsliga regleringar. Om risken inte

överförts ska kontraktet klassificeras som ett offentligt kontrakt och tilldelning ske enligt klassiska direktivet. Nyttjanderätten medför att leverantören måste få sina intäkter från en annan part men det är inte nödvändigt att ersättningen kommer från användarna utan kan komma från annan tredje part.

Risken som ska överföras är en ekonomisk risk och innebär att leverantören i utnyttjandet utsätts för marknadens nycker. Exempel på en sådan risk är bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, risk för insolvens hos användarna eller konkurrens från andra leverantörer. Bristande företagsledning kan däremot inte anses vara en sådan ekonomisk risk som anses kännetecknande för ett koncessionskontrakt. Risker som förekommer i alla offentliga kontrakt kan inte läggas till grund för att klassificera kontraktet som ett koncessionskontrakt. Vad som avses är inte risker som leverantören tar i *alla* kontrakt generellt utan i *offentliga* kontrakt. Gränsen mellan koncession och ramavtal kan ibland vara svår att dra men om de ekonomiska villkoren anges i kontraktet så talar det för att det utgör ett ramavtal. I ett ramavtal består risken i myndighetens potentiella avrop snarare än marknadens efterfrågan. I Oymanns-fallet uttalade domstolen flera omständigheter som medförde att kontraktet klassificerades som ett ramavtal: de ekonomiska villkoren hade angetts i kontraktet, leverantören ansågs befriad från användarnas insolvensrisk, leverantören hade inga kostnader för att ingå avtal med användarna och leverantören kunde ha en rimlig framförhållning på efterfrågan.

Sundstrand skiljer mellan verksamhetsrisk och betalningsrisk och båda måste vara uppfyllda för att det ska vara fråga om ett koncessionskontrakt. Verksamhetsrisken innebär en risk för att ersättningen inte kommer täcka kostnaderna och betalningsrisken innebär att genom att leverantören har en rätt att ta betalt av användarna så finns en risk att ersättningen uteblir. Indelningen medför därmed att det finns ett krav att ersättningen ska komma från användarna. Att riskerna är kumulativa talar för att en av dem kan tänkas föreligga utan att den andra nödvändigtvis gör det. Jag anser att riskerna snarare är att se som accessoriska. En risk för att ersättningen

uteblir medför en risk för att ersättningen inte kommer att täcka kostnaderna. Risken att ersättningen uteblir uppstår inte nödvändigtvis av rätten att ta betalt av användarna utan uppstår snarare av att ersättningen är kopplad till användarvolym oavsett vem som rent faktiskt betalar. Om ersättningen är kopplad till användarvolym kan leverantören anses vara utsatt för marknadens nycker i utförandet av kontraktet.

Risken är alltså nära sammankopplad med nyttjanderätten. Om myndigheten fortsätter att bära hela risken så kan det inte vara fråga om ett koncessionskontrakt. Inte heller om kontraktet innebär att leverantören är garanterad att återfå sin investering. Riskbedömningen ska göras utifrån en helhetsbedömning av villkoren i kontraktet. Villkor kan ha antingen en riskreducerande verkan eller innebära att risken ökar för leverantören. Att exempelvis få hyra mark eller lokal gratis kan innebära att leverantören garanteras full ersättning för sina kostnader vilket medför att en betydande del av risken inte anses överförd. Utformningen av betalningsdelen kan också ha olika effekter på risktagandet. Ett schablonbelopp kan ha en riskreducerande verkan medan ersättning kopplat till antalet användare kan öka riskexponeringen.

Huruvida det finns ett krav på att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten för att kontraktet ska kunna klassificeras som ett koncessionskontrakt är oklart. Arrowsmith menar att det finns ett sådant krav och det framgår inte tydligt av definitionen av koncessionskontrakt att det finns ett sådant krav. Det finns uttalanden från EU-domstolen som kan tala för att ett sådant krav finns men argumenten är öppna för tolkning. Utifrån systematiken i domstolens resonemang tolkar jag det som att domstolen först måste avgöra om det föreligger ett offentligt kontrakt för att sedan avgöra om kontraktet kan och ska klassificeras som ett koncessionskontrakt. Frågan är om kännetecknande för ett koncessionskontrakt endast är att ersättningen inte härrör från den upphandlande myndigheten eller om det även krävs att ersättningen erläggs av tredje part. Arrowsmith menar den senare, och jag den tidigare. Jag anser

att när ersättningen erläggs av användarna så går det att konstatera att ersättningen inte härrör från myndigheten.

Det kan också vara en fråga om ett språkligt problem och där "come from" inte kan direktöversättas till "komma från". Jag menar att ordet härröra, som används i den svenska versionen, innebär att ersättningen ska emanera från nyttjanderätten vilket den exempelvis gör om den är kopplad till användarvolym. När ersättningen härrör från nyttjanderätten så är ersättningen beroende av hur framgångsrik leverantören är i utförandet av kontraktet och tillhandahållandet av exempelvis tjänsten. Det spelar då ingen roll vem som erlägger ersättningen. Eftersom det sedan är riskprincipen som avgör klassificeringen anser jag att en riskbedömning får göras utifrån kontraktsvillkoren oavsett vem som erlägger ersättningen. Det innebär att skuggtullar kan klassificeras som koncessionskontrakt beroende på hur ersättningen är utformad och hur riskerna är fördelade på parterna enligt avtalet. När ersättningen erläggs av myndigheten finns dock ingen risk för insolvens hos användarna vilket var en omständighet som domstolen nämnde i *Oymanns*-fallet men eftersom kopplingen till användarvolym kan innebära att leverantören inte kan ha en rimlig framförhållning på efterfrågan så måste bedömningen göras utifrån den sammantagna risken och inte enbart på en enskild omständighet.

Att en särreglering för koncessionskontrakt motiveras utifrån att tilldelning av sådana kontrakt kräver ett flexiblere förfarande medför, enligt mig, att så länge kontraktet innebär att ersättningen helt eller delvis består av en nyttjanderätt och ersättningen härrör från den rätten så ska kontraktet klassificeras som ett koncessionskontrakt oavsett vem som betalar ersättningen. I samband med införandet av LOV uttalade regeringen att kontrakt ansågs utgöra en tjänstekoncession även om ersättningen betalas av den upphandlande myndigheten så länge kontraktet innebar att en betydande del av den befintliga risken överförts till leverantören, vilket ligger i linje med ovan förda resonemang. Slutligen bör noteras att domstolen endast prövat fall där ersättningen kommit från en tredje part och inte där ersättningen erlagts av myndigheten.

## 6.3 Koncessionsdirektivet

Koncessionsdirektivet innebär att definitionen av koncessionskontrakt blivit tydligare i jämförelse med definitionen i det klassiska direktivet. Det framgår nu av definitionen att ett koncessionskontrakt kännetecknas av att en verksamhetsrisk överförs. Denna verksamhetsrisk omfattar en efterfrågerisk eller en utbudsrisk eller bådadera och anses överförd om leverantören inte är garanterad att återfå sina investeringar vid normala verksamhetsförhållanden. Den del av risken som överförs ska innefatta verklig exponering för marknadens nycker och innebära att leverantörens uppskattade förluster inte endast är nominella eller försumbara.

### 6.3.1 Tillämplighet

Genom koncessionsdirektivet blir samma regler tillämpliga vid tilldelning av bygg- respektive tjänstekoncessioner. Tilldelning av koncessionskontrakt under direktivets tröskelvärde ska göras i enlighet med fördragets grundläggande principer om kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det innebär att EU-domstolens praxis om förutsättningarna för fördragets tillämplighet på upphandlingsområdet fortfarande är relevant.

Tilldelning av koncessionskontrakt enligt koncessionsdirektivet innebär ett flexiblere regelsystem jämfört med det klassiska direktivet. Myndigheten är fri att organisera tilldelningsförfarandet under förutsättning att direktivet följs vilket bland annat innebär att fördragets grundläggande principer måste iakttas. För att säkerställa att dessa följs så anger direktivet ett antal förfarandegarantier som måste följas. Direktivet innehåller också regler om bland annat kommunikation och tidsfrister. Istället för en indelning av A- och B-tjänster införs ett enklare förfarande vid tilldelning av koncessionskontrakt över tröskelvärdet som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster som följer av en bilaga till direktivet. Det enklare systemet för sådana kontrakt kan sägas motsvara den ställning som byggkoncessioner har enligt det klassiska direktivet. Syftet med att ha ett enklare system motsvaras av syftet med att B-tjänster undantagits från klassiska direktivet:

sådana kontrakt har i princip endast en begränsad gränsöverskridande dimension. Tilldelning av kontrakt avseende sociala tjänster och andra särskilda tjänster under direktivets tröskelvärde omfattas av fördraget om kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

### **6.3.2 Klassificering**

Kännetecknande för ett koncessionskontrakt är genom den nya definitionen både ersättningsformen och att verksamhetsrisken överförs till leverantören. Med verksamhetsrisk avses en efterfrågerisk eller utbudsrisk eller bådadera. Huruvida dessa är kumulativa eller accessoriska är oklart. Formuleringen antyder att den ena kan föreligga utan att den andra nödvändigtvis gör det men jag har svårt att se att så skulle vara fallet. Om leverantören står en risk för att utbudet inte kommer motsvara efterfrågan så står den samtidigt en risk som är kopplad till den faktiska efterfrågan. Och tvärtom: om leverantören står en risk som är kopplad till den faktiska efterfrågan så står den samtidigt en risk för att utbudet inte kommer motsvara efterfrågan. Jag anser därför att föreligger den ena risken så föreligger automatiskt även den andra. Rent praktiskt spelar det dock ingen roll eftersom det är tillräckligt att en av riskerna föreligger för att en verksamhetsrisk ska anses föreligga.

Klassificering av ett koncessionskontrakt enligt koncessionsdirektivet görs inte utifrån att en betydande del av den befintliga risken ska ha överförts från myndigheten till leverantören. Istället görs bedömningen utifrån om risken omfattar en verklig exponering för marknadens nycker och huruvida den del av risken som överförts innebär att leverantörens eventuella uppskattade förluster inte endast är nominella eller försumbara. För att avgöra om så är fallet måste en helhetsbedömning av kontraktvillkoren göras. Utformningen av betalningsdelen kommer ha fortsatt betydelse eftersom det kan påverka om leverantören under normala verksamhetsförhållanden inte är garanterad att återfå sin investering och om risken ska anses omfatta verklig exponering för marknadens nycker eller inte. Utgångspunkten för riskbedömningen bör vara kontraktvillkoren vilket skulle innebära att marknaden i sig inte har betydelse för

bedömningen om leverantörens eventuella garanti för att återfå sin investering.

Om det enligt koncessionsdirektivet krävs att ersättningen kommer från annan än den upphandlande myndigheten är oklart. Arrowsmith menar, baserat på uppfattningen att ett sådant krav redan finns, att koncessionsdirektivet inte innebär någon förändring i detta hänseende. Jag menar att det inte finns ett krav på att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten och eftersom det inte nämns som en förutsättning i definitionen i koncessionsdirektivet så har ett sådant krav inte heller införts. Uttalanden i skälen till koncessionsdirektivet talar för att det är tillräckligt att ersättningen är beroende av den faktiska efterfrågan på eller utbudet av en tjänst eller en egendom för att kontraktet ska klassificeras som ett koncessionskontrakt. Det innebär att det inte spelar någon roll vem som faktiskt erlägger ersättningen. Syftet med en särreglering för koncessionskontrakt talar också för att ersättningen kan komma från den upphandlande myndigheten. Kontrakt som innebär att leverantörer tar de risker som normalt ingår i myndigheternas ansvarsområde medför att det krävs flexibilitet i utformningen av tilldelningsförfarandet vilket är ett av syftena med en särreglering för koncessionskontrakt.

Det nya upphandlingsdirektivet och koncessionsdirektivet antyder att valfrihetssystem inte är att anse som upphandling. Det går därför inte att utifrån sådana kontrakt dra några slutsatser om ersättningen kan komma från den upphandlande myndigheten och fortfarande anses utgöra ett koncessionskontrakt. Hade valfrihetssystem hamnat innanför koncessionsdirektivets tillämpningsområde hade det däremot stått helt klart att det inte finns något krav att ersättningen ska komma från annan än den upphandlande myndigheten.

### **6.3.3 Blandade kontrakt**

Kontrakt med blandade kontraktsföremål kan enligt koncessionsdirektivet vara antingen delbara eller odelbara. Om koncessionskontraktet avser både byggtreprenad och tjänster är det huvudföremålet för kontraktet som

avgör vilka regler som ska tillämpas vid tilldelningen. Det är intressant att i detta sammanhang notera att *huvudföremålet för kontraktet* ska klassificera kontraktet vilket från början utvecklats i praxis från EU-domstolen och som genom det klassiska direktivet blev det *huvudsakliga ändamålet*, den s.k. ändamålsprincipen. Enligt koncessionsdirektivet är det samma regler och tröskelvärden som gäller för bygg- respektive tjänstekoncessioner och det kan därför ifrågasättas om det är nödvändigt att fastställa huvudföremålet för kontraktet i sådana fall. Det är möjligt att det med tjänster avses sociala tjänster och andra särskilda tjänster eftersom ett enklare system blir tillämpligt vid sådana koncessionskontrakt vilket gör att en klassificeringen av kontraktet blir nödvändig för att veta vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av kontraktet.

Om kontraktetsföremålet består av utförande av både sociala eller andra särskilda tjänster och av andra tjänster bestäms huvudföremålet utifrån en överviktsprincip vilket innebär att det högst uppskattade värdet för respektive tjänst avgör vilka regler som blir tillämpliga. I särskilt angivna fall är det alltså överviktsprincipen som avgör huvudföremålet vilket talar för att fastställandet av huvudföremålet i övriga fall ska göras utifrån något annat än det högst uppskattade värdet. Det skulle innebära att tilldelning av koncessionskontrakt som består av byggentreprenad- och sociala tjänster eller andra särskilda tjänster ska tilldelas enligt det enklare systemet om tjänsten utgör huvudföremålet för kontraktet oberoende av värdet på respektive del. Om överviktsprincipen skulle användas skulle det ha framgått särskilt, vilket det inte gör.

Delbara kontrakt kan tilldelas antingen som separata kontrakt eller som ett enda kontrakt. Om myndigheten väljer att tilldela separata kontrakt är det egenskaperna som varje del har som avgör vilka regler som ska tillämpas. Om myndigheten däremot väljer att tilldela ett enda kontrakt ska tilldelning ske enligt koncessionsdirektivet men det förutsätter att kontraktet inte innehåller inslag som omfattas av det nya upphandlingsdirektivet. I sådana fall har upphandlingsdirektivet företräde. Ett delbart koncessionskontrakt med tre typer av kontraktetsföremål ska tilldelas enligt upphandlingsdirektivet



om någon av delarna omfattas av nämnda direktiv och kan uppskattas till minst det aktuella tröskelvärdet. Stadgandet är problematiskt eftersom det medför att så fort exempelvis "tjänstedelen" uppgår till upphandlingsdirektivets tröskelvärde så ska upphandlingsdirektivet tillämpas, oavsett om ersättningen endast består av en nyttjanderätt eller av dels en nyttjanderätt, dels betalning. Problemet uppkommer därför att den del som kan medföra att upphandlingsdirektivet ska tillämpas är hänförligt till kontraktsföremålet och den andra delen ("koncessionsdelen") är hänförligt till ersättningsformen. Koncessionsdelen behöver inte nödvändigtvis vara kopplad till ett visst kontraktsföremål. Ett av syftena med en särreglering för koncessioner är att de kräver ett flexiblere system vilket gör det svårt att motivera upphandlingsdirektivets företräde. Med tanke på att koncessionskontrakt ofta kan vara långvariga så är det högst troligt att värdet på exempelvis tjänstedelen kommer att uppskattas överstiga upphandlingsdirektivets tröskelvärdet.

## **6.4 Sammanfattande slutsatser**

Sammanfattningsvis kan konstateras att klassificering av kontrakt avgör under vilka förutsättningar olika regler blir tillämpliga. Det klassiska direktivet innebär att ett enklare system ska tillämpas vid tilldelning av byggkoncessionskontrakt jämfört med offentliga kontrakt. Tjänstekoncessioner är undantagna från det klassiska direktivets tillämpningsområde och tilldelning av sådana kontrakt ska ske i enlighet med fördraget och de grundläggande principerna som följer därav om kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Koncessionsdirektivet innebär däremot att samma regler är tillämpliga för både bygg- respektive tjänstekoncessionskontrakt. För koncessionskontrakt under direktivets tröskelvärde är fördraget tillämpligt om kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Skillnaden mellan definitionen av koncessionskontrakt enligt det klassiska direktivet respektive koncessionsdirektivet är att av det senare framgår det redan av definitionen att ett koncessionskontrakt innefattar att en

verksamhetsrisk överförs till leverantören. Detta framgår inte av det klassiska direktivet utan har utvecklats i praxis från EU-domstolen. Myndigheterna måste även enligt koncessionsdirektivet göra en riskbedömning men den sker utifrån andra grunder enligt koncessionsdirektivet jämfört med vad som framgår av praxis. Enligt koncessionsdirektivet är det inte längre en viss del av risken som ska överföras utan istället utgår bedömningen från huruvida den del av risken som överförs omfattas av verklig exponering för marknadens nycker och utifrån storleken på leverantörens eventuella uppskattade förluster.

Det kan också konstateras att de principer som används vid klassificering av blandade kontrakt har införts i koncessionsdirektivets regler om direktivets tillämpningsområde i förhållande till det nya upphandlingsdirektivet. Det anges att huvudföremålet för kontraktet ska avgöra vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av vissa kontrakt. I särskilda fall anges att huvudföremålet bestäms utifrån en överviktsprincip vilket talar för att det är något annat som ska avgöra huvudföremålet i övriga fall. Det kan tänkas att ändamålsprincipen ska användas i sådana fall.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Europeiska unionen

#### *Förordningar*

Europaparlamentets och Rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70, EUT L 315, 3.12.2007, s. 1–13.

#### *Direktiv*

Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, EGT L 185, 16.8.1971, s. 5–14.

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, EGT L 209, 24.7.1992, s. 1–24, Svensk specialutgåva: Område 06, Volym 003 s. 139 – 159.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. EUT L 134, 30.04.2004 s. 0114-0240. (*klassiska direktivet*)

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, EUT L 94, 28.03.2014, s. 1-64. (*koncessionsdirektivet*)

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242. (*nya upphandlingsdirektivet*)

### Sverige

#### *Propositioner*

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

Proposition 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem

Proposition 2009/10:146 Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen

*Statens Offentliga Utredningar*

SOU 2008:15 LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem

SOU 2014:69 En lag om upphandling av koncessioner

*Departementsserien*

Ds 2014:25 Nya regler om upphandling

## Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, Volume 1, upplaga 3, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London, 2014.

Bergman, Mats; Indén, Tobias; Lundberg, Sofia; Madell, Tom, *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, Studentlitteratur, Lund, 2011.

Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud Madeleine, Seipel, Peter; Warnling-Nerep, Wiweka; Victorin, Anders; Vogel, Hans-Henrich, *Finna rätt – juristens källmaterial och arbetsmetoder*, upplaga 6, Norstedts juridik, Stockholm, 2000.

Bernitz, Ulf; Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, upplaga 5, Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, upplaga 3, Jure Förlag AB, Stockholm, 2013.

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm, 2013.

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012.

Zetterström, Stefan, *Juridiken och dess arbetsätt – en introduktion*, upplaga 2, Iustus förlag, Uppsala, 2012.

## Artiklar

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, Svensk Juristtidning 2004 s. 1.

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, Svensk Juristtidning 2004 s. 105.

Peczenik, Alexander, *Juridikens allmänna läror*, Svensk Juristtidning 2005 s. 249.

## Myndighetspublikationer och rapporter

### Europeiska unionen

Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02), EGT C 121, 29.4.2000, s. 2–13.

Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig.

Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02), EUT C 179, 1.8.2006, s. 2–7.

Discussion document: *Key issues of a possible initiative on concessions*, CC/2007/17, Bryssel 18 oktober 2007.

Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om tilldelning av koncessioner, KOM/2011/0897 slutlig - 2011/0437 (COD).

### Sverige

Konkurrensverkets rapportserie 2012:4, Tjänstekoncessioner – När, var, hur?, E-Print AB, Stockholm, 2012. (*KKV rapport 2012:4*)

# Rättsfallsförteckning

## Europeiska unionen

### Europeiska unionens domstol

Mål 8/74 *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville*, Svensk specialutgåva II 00343. (Mål 8/74 *Dassonville*)

Mål 120/78 *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Svensk specialutgåva IV 00377. (Mål 120/78 *Cassis de Dijon*)

Mål C-331/92 *Gestión Hotelera Internacional SA v Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria and Gran Casino de Las Palmas SA*, REG [1994] I-01329. (Mål C-331/92 *Gestión Hotelera*)

Mål C-108/98 *RI.SAN. Srl mot Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA och Ischia Ambiente SpA*, REG [1999] I-05219. (Mål C-108/98 *RI.SAN*)

Mål C-275/98 *Unitron Scandinavia A/S och 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mot Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, REG [1999] I-08291. (Mål C-275/98 *Unitron*)

Mål C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, i närvaro av: Herold Business Data AG*, REG [2000] I-10745. (Mål C-324/98 *Telaustria*)

Mål C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard v Spøttrup Boligselskab*, REG [2001] I-09505. (Mål C-59/00 *Vestergaard*)

Mål C-411/00 *Felix Swoboda GmbH v Österreichische Nationalbank*, REG [2002] I-10567 (Mål C-411/00 *Felix Swoboda*)

Mål C-210/03 *The Queen, på begäran av Swedish Match AB och Swedish Match UK Ltd mot Secretary of State for Health*, REG [2004] I-11893. (Mål C-210/03 *Swedish Match*)

Mål C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti*, REG [2005] I-07287. (Mål C-231/03 *Coname*)

Mål C-458/03 *Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG*, REG [2005] I-08585. (Mål C-458/03 *Parking Brixen*)

Mål C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, REG [2005] I-09315. (Mål C-234/03 *Contse*)

Mål C-410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA*, REG [2006] I-03303. (Mål C-410/04 *ANAV*)

Mål C-220/05 *Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne*, REG [2007] I-00385. (Mål C-220/05 *Auroux*)

Mål C-382/05 *Europeiska kommissionen mot Italienska republiken*, REG [2007] I-06657. (Mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*)

Mål C-507/03 *Europeiska kommissionen mot Irland*, REG [2007] I-09777. (Mål C-507/03 *An Post*)

Mål C-412/04 *Europeiska kommissionen mot Italienska republiken*, REG [2008] I-00619. (Mål C-412/04 *Kommissionen mot Italien*)

Förenade målen C-147/06 och C-148/06 *SECAP SpA (C-147/06) och Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) mot Comune di Torino*, REG [2008] I-03565. (De förenade målen C-147/06 och C-148/06 *SECAP och Santorso*)

Mål C-324/07 *Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale*, REG [2008] I-08457. (Mål C-324/07 *Coditel Brabant*)

Mål C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik mot AOK Rheinland/Hamburg*, REG [2009] I-04779. (Mål C-300/07 *Oymanns*)

Mål C-206/08 *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) mot Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, REG [2009] I-08377. (Mål C-206/08 *Eurawasser*)

Mål C-451/08 *Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, REG [2010] I-02673. (Mål C-451/08 *Helmut Müller*)

Mål C-91/08 *Wall AG mot La ville de Francfort-sur-le-Main och Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, REG [2010] I-02815. (Mål C-91/08 *Wall AG*)

Mål C-226/09 *Europeiska kommissionen mot Irland*, REG [2010] I-11807. (Mål C-226/09 *Kommissionen mot Irland*)

Mål C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler mot Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, REG [2011] I-01335. (Mål C-274/09 *Stadler*)

Mål C-95/10 *Strong Segurança SA mot Município de Sintra och Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*, REG [2011] I-01865. (Mål C-95/10 *Strong Segurança*)

Mål C-306/08 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien*, REG [2011] I-04541. (Mål C-306/08 *Kommissionen mot Spanien*)

Mål C-348/10 *Norma-A SIA och Dekom SIA mot Latgales plānošanas reģions*, REG [2011] I-10983. (Mål C-348/10 *Norma*)

## **Sverige**

### **Högsta förvaltningsdomstolen**

Regeringsrättens årsbok, RÅ 1996 ref. 50