



## INFORMATION OM TJÄNSTEKONCESSION

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

### **Tjänstekoncessioner är undantagna från upphandlingslagstiftningen**

Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från upphandlingsdirektivens tillämpningsområde<sup>10</sup> och därmed också undantagna från LOU. Upphandlande myndigheter är alltså inte skyldiga att tillämpa de förfarande- och annonseringsregler som beskrivs i LOU när de vidtar åtgärder för att tilldela ett tjänstekoncessionskontrakt. Upphandlande myndigheter bör därför i varje enskilt fall noga kontrollera att samtliga förutsättningar är uppfyllda för att ett avtal utgör en tjänstekoncession. Endast om så är fallet kan kontraktet tilldelas utan tillämpning av upphandlingslagstiftningen. Om villkoren för tjänstekoncession inte är uppfyllda kan avtalet i fråga mycket väl utgöra ett upphandlings-pliktigt tjänstekontrakt eller ramavtal.

### **När föreligger en tjänstekoncession?**

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

tjänstekoncessioner. Direktivens definition av tjänstekoncessioner har implementerats i svensk nationell rätt genom likalydande paragrafer i LOU.

### **Ersättningsformer vid tjänstekoncessioner**

Vid en jämförelse mellan *tjänstekoncessionskontrakt* och *tjänstekontrakt* framgår att skillnaden mellan de två kontraktstyperna återfinns i ersättningen som leverantören får för tjänstens utförande. Av definitionerna i det föregående avsnittet följer att en tjänste-koncession är ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, men där ersättningen för tjänsternas utförande helt eller delvis utgörs av *rätten att utnyttja tjänsten*.

Tjänstekontrakt kan bland annat innefatta ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till leverantören.

Ersättningen till den ekonomiska aktören vid ett tjänstekoncessionskontrakt, *å andra sidan*, består i rätten att utnyttja tjänsten alternativt sådan rätt i kombination med betalning från myndigheten.

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

### **Exempel:**

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

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

Ytterligare förståelse för innebörden av begreppet tjänstekoncession kan erhållas vid en jämförelse mellan denna kontraktsform och ramavtal.

### **Allmänt om verksamhetsrisken**

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

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

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

Det följer av EU-domstolens praxis att överföring av risken för verksamheten från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören är "oupplösligt förbunden" med utnyttjandet av tjänsten.

Rätt att utnyttja tjänsten förutsätter alltså att den ekonomiska aktören tar på sig den risk som är förenad med tjänsternas utnyttjande.

EU-domstolen påtalade i sitt avgörande i *Eurawasser*-målet<sup>23</sup> att tjänstekoncessioner *inte* förutsätter att *hela* verksamhetsrisken förs över från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören.

För att det ska vara fråga om en tjänstekoncession är det tillräckligt att den upphandlande myndigheten överför "hela eller åtminstone en betydande del" av den risk som är förenad med utnyttjandet av den aktuella tjänsten.

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

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

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

Vid granskning av ett kontrakt i syfte att fastställa om det utgör en tjänstekoncession är alltså andelen av verksamhetsrisk som överförs på den

ekonomiska aktören avgörande, inte omfattningen av den faktiskt föreliggande risken. **Om ingen eller en otillräcklig del av denna risk överförs föreligger alltså ingen tjänstekoncession, utan istället ett tjänstekontrakt.**

**Exempel:**

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

Exemplet ovan utgör en tjänstekoncession. Den omständighet att ersättningen är indirekt (betalas av brukare av tjänsten) medför dock inte per automatik att det rör sig om en tjänstekoncession. Den upphandlande myndigheten måste fortfarande kontrollera att tillräckligt stor andel av risken övergår till aktören. Indirekt ersättning får dock betydelse för kvalificeringen av ett kontrakt som tjänstekoncession,

Inköpsenheten, Nacka kommun