
EKONOMISKA VILLKOR OCH RISKÖVERFÖRING VID UPPHANDLING AV KONCESSIONER

– Är allt klart nu?

Ulf Vannebäck*

Artikeln har genomgått oberoende vetenskaplig granskning (peer review)

1 INLEDNING

1.1 Introduktion

Konkurrens genom offentlig upphandling har de senaste årtiondena fått en alltmer framskjuten position i såväl lagstiftning som i det allmänna medvetandet. Med EU-inträdet har den nationella regleringen av området anpassats efter de EU-rättsliga direktiv som arbetats fram inom gemenskapen. Till en del har det inneburit att situationer som tidigare varit helt eller delvis oreglerade kommit att regleras. Ett av de områden där EU-rättslig reglering har följts av ny svensk lagstiftning är när upphandlingen avser en koncession.¹

Med det ökade samarbetet mellan det allmänna och privata aktörer har koncessioner och koncessionsliknande upplägg blivit alltmer intressanta vid exempelvis en kommunal investering. I en traditionell upphandling på LOU-området kommer det allmänna att betala den utvalda leverantören för att leverera den vara eller tjänst som det finns ett behov av inom det allmännas verksamhet, vilket kan vara utmanande för den kommunala budgeten. Genom att använda koncessioner kan den ersättning som det allmänna behöver betala leverantören

* Ulf Vannebäck är verksam som universitetslektor vid juridiska institutionen, Umeå universitet. Artikeln är en del i forskningsprojektet *Koncessioner i allmänhetens tjänst – Statsstödsrättsliga och upphandlingsrättsliga utmaningar* som finansieras av Konkurrensverket.

¹ I artikeln behandlas inte tillståndskoncessioner, exempelvis tillstånd som krävs för viss typ av eldistribution. Se Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, *Jure* 2012, s. 106–107, för mer om koncessionsbegreppet.

minska eller helt falla bort.² En grundläggande förutsättning vid koncessioner är nämligen att den ersättning leverantören erhåller helt eller delvis kommer från, eller på något sätt genereras av användarna av anläggningen eller tjänsten. I koncessionsregleringen är det formulerat som en rätt för leverantören att utnyttja byggnadsverket eller tjänsten vilket då medför en rätt att ta betalt av användarna.³

På EU-nivå har koncessionsregleringen kommit till för att skapa tydlighet och rättssäkerhet och på så sätt både underlätta ett rättvist marknadstillträde för leverantörer och underlätta för offentliga investeringar.⁴ Koncessionsregleringen lämnar större frihet för det upphandlande organet och förfarandet är inte lika detaljreglerat som på LOU-området. Eftersom upphandlingsförfarandet kommer att styras av vilken reglering som ska tillämpas blir det av stor betydelse hur en upphandling klassificeras och vid den blir det avgörande hur de centrala rekvisiten i regleringen ska förstås. Har regleringen fört med sig den klarhet och tydlighet som eftersträvades?

På LOU-området har en viktig fråga i praxis varit om de aktuella avtalen uppfyller rekvisitet att innehålla de ekonomiska villkor som krävs för att anskaffningen ska vara upphandlingspliktig. Vad som avses med rekvisitet ekonomiska villkor har genom EU-domstolens prövning kommit att få en specifik rättslig betydelse. När det gäller upphandling av koncessioner kommer frågan om hur ersättningen ska utformas helt naturligt i fokus och med det finns det också anledning att tro att det oftast kommer att vara tydligt att avtalen innehåller ekonomiska villkor enligt den betydelse som växt fram i praxis.

Även om kravet på ekonomiska villkor gäller även på koncessionsområdet finns en tydlig och närmast paradoxal motsättning inbyggd i koncessionsregleringen. Samtidigt som avtalen måste innehålla ekonomiska villkor är det tydligt att koncessionshavaren måste utsättas för marknadskrafternas osäkerhet vad gäller ersättningsbiten i de ekonomiska villkoren. Den betalning som koncessionshavaren erhåller från användarna av koncessionsföremålet får inte vara bestämd i förväg eller garanterad från upphandlande organ utan leverantören måste, för att ett koncessionsförhållande ska anses föreligga, utsättas för en verklig ekonomisk risk genom att ersättningen är beroende av mängden användare.⁵

Det fokus på konkurrens som präglar hela upphandlingsområdet blir med det än mer tydligt vid en närmare analys av de ekonomiska villkoren vid koncessionsförhållanden. Först ska konkurrens mellan olika leverantörer säkras i till-

² För exempel på investeringar där koncessionsliknande upplägg används, se Ågren, Robert, Begreppet verksamhetsrisk i definitionen av tjänste- och byggkoncessioner, *Upphandlingsrättslig tidskrift*, nr 3/2019, s. 203.

³ Se exempelvis mål C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605.

⁴ Se skäl 1 till direktiv (2014/23/EU), det så kallade koncessionsdirektivet.

⁵ Se exempelvis mål C-206/08, *Eurawasser*, ECLI:EU:C:2009:540, mål C-274/09, *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*, ECLI:EU:C:2011:130, och mål C-225/15, *Domenico Politano*, ECLI:EU:C:2016:645.

delningsförfarandet på samma sätt som vid upphandlingar på LOU-området. Sedan ingår att leverantören, efter tilldelning, utsätts för ekonomisk risk genom konkurrens om användarna. Förhållandet mellan de ekonomiska villkoren som krävs för upphandlingspliktiga avtal och den ekonomiska osäkerhet som förutsätts i koncessionsreglering och praxis blir med det av intresse och kommer att utvecklas i artikeln.

1.2 Koncessioner, rättslig bakgrund

Den svenska regleringen av offentliga upphandlingar har gamla anor men lagstiftningen har, med EES-avtalet 1994 och med EU-inträdet 1995, till väldigt stor del kommit att styras av den EU-rättsliga regleringen av såväl LOU-området som den upphandlingsreglering som siktar på andra områden.

Koncessioner och koncessionsliknande upplägg har använts inom EU en längre tid men någon samlad reglering på EU-rättslig nivå har inte funnits. Som en reaktion på bristen på sammanhållet regelverk kom koncessionerna år 2014 att regleras i ett separat upphandlingsdirektiv⁶ vilket införlivats i svensk rätt genom lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK).⁷ Arbetet med regleringen av området inleddes med ett initiativ från kommissionen 2011 vilket ledde fram till ett förslag till ett koncessionsdirektiv som senare ledde fram till nuvarande koncessionsdirektiv.⁸

En grundläggande uppdelning på koncessionsområdet görs mellan byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. Byggkoncessionerna har sedan tidigt 90-tal varit reglerade i upphandlingsdirektiv medan tjänstekoncessionerna först genom koncessionsdirektivet kom att omfattas av den EU-rättsliga upphandlingsregleringen.⁹

I koncessionsdirektivet anges, i skäl 1, att avsaknaden av en tydlig reglering av området har gett upphov till rättsosäkerhet och också hämmat handeln på den inre marknaden. Regleringen syftar till att garantera en effektiv och icke-diskriminerande tillgång till den inre marknaden för ekonomiska aktörer inom EU och också till att gynna offentliga investeringar.

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, EUT L 94, 28.3.2014. Härefter kallat koncessionsdirektivet.

⁷ För en sammanfattning av det svenska lagstiftningsarbetet se Granlund, Lukas, Hallberg, Olof, Mühlenbock, Eva-Maj, *Offentlig upphandling av koncessioner – en handbok*, Norstedts Juridik, 2022, s. 22.

⁸ KOM(2011) 897 slutlig – 2011/0437 (COD).

⁹ Se exempelvis artikel 17 i det äldre LOU-direktivet (2004/18/EG) där tjänstekoncessioner undantas och artikel 56–65 i samma direktiv som reglerar byggkoncessioner.

Att notera är att mycket av den praxis som finns från EU-domstolen kom till innan koncessionsdirektivet och att direktivet därmed får ses som en kodifiering av de ställningstaganden EU-domstolen gjort.¹⁰

1.3 Upphandlingsplikt vid koncessioner

En inledande fråga ta ställning till är om den aktuella anskaffningen över huvud taget faller under upphandlingsregleringens tillämpningsområde och därmed behöver upphandlas.

Med upphandling avses, enligt 1 kap. 2 § lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), de åtgärder som upphandlande myndighet vidtar i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. På koncessionsområdet anges i 1 kap. 2 § LUK att med upphandling avses de åtgärder som en upphandlande myndighet eller enhet vidtar i syfte att anskaffa tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av en koncession.

De grundläggande förutsättningarna för upphandlingsplikt är samma för alla upphandlingslagar som reglerar området. En utgångspunkt är här att upphandlingsreglerna är tillämpliga när ett upphandlande organ ska anskaffa något som organet efterfrågar.¹¹

Att ett upphandlande organ ska anskaffa något ska förstås i vid mening vilket innebär att organet, i någon form, får tillgång till fördelarna av det som anskaffas genom överlåtelse eller genom nyttjanderätt. Det upphandlande organet kan således fungera som en mellanhand vilket innebär att tillgången till det anskaffade ges till en annan myndighet eller till tredje man. Det finns inget krav på att det som upphandlas ska ha ett allmänt intresse utan kravet på att tillämpa koncessionsreglerna utgår ifrån det upphandlande organet och inte vilken typ av vara eller tjänst som upphandlas. Av artikel 1.2 i LOU-direktivet framgår att anskaffningen kan anses vara en offentlig upphandling oberoende av om det som anskaffas är avsett för ett offentligt ändamål eller inte. Någon motsvarande skrivning finns inte i koncessionsdirektivet.¹²

I begreppet anskaffa ligger inte bara att det upphandlande organet betalar ut medel utan det innebär också att den som mottar medel har en skyldighet att lämna en motprestation genom att ge tillgång till det som ett upphandlande

¹⁰ För en mer utvecklad bild av bakgrunden till koncessionsdirektivet se exempelvis González, Francisco L. Hernández, *The evolving concept of works and service concessions in European Union law*, *Public Procurement Law Review*, 2016, 2, s. 51–60, eller Sundstrand, 2012, s. 108–111.

¹¹ Se här Arrowsmith, Sue, *The law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Volume 2, Tredje upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2018, s. 18–19.

¹² Steinicke, Michael och Vesterdorf, Peter, *EU Public Procurement Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018, s. 1110–1111, se också prop. 2015/16:195, s. 933–934. Se även Sundstrand, 2012, s. 130 och mål C-2015/09, Mehiläinen, p. 30, ECLI:EU:C:2010:807.

organ vill anskaffa. Bidrag utan krav på motprestation kommer därför inte att omfattas av upphandlingsregleringen.¹³

Inte heller innebär koncessionsdirektivet att medlemsstaterna styrs i någon riktning avseende om en viss verksamhet ska bedrivas i offentlig regi eller om den ska upphandlas av externa aktörer. I enlighet med artikel 2 i koncessionsdirektivet lämnas dessa frågor till nationellt avgörande. En verksamhet som i ett land bedrivits i kommunal regi kan alltså, även efter införandet av koncessionsregleringen, fortsätta att bedrivas på det sättet.

En central del i en upphandling är själva urvalsprocessen där det upphandlande organet väljer ut vem som ska leverera. För koncessioner regleras tilldelningen i artikel 30–41 i koncessionsdirektivet och i 13 kap. LUK. I skäl 13 i koncessionsdirektivet anges att situationer som inte innehåller någon selektivitet utan där alla leverantörer som uppfyller vissa villkor ges rätt att utföra vissa uppgifter, normalt inte ska ses som en upphandling. Ett sådant system ska istället ses som ett auktorisationssystem som inte faller under upphandlingsreglerna.

I en svensk kontext har skäl 13 i koncessionsdirektivet hamnat i fokus när skillnaden mellan valfrihetssystem och koncessioner har utretts. Oavsett den kritik som där riktats mot hur skältexterna utformats står det tämligen klart att just förekomsten av en urvalsprocess är central för att upphandlingsregleringen ska vara tillämplig.¹⁴

Även om syftet med upphandlingsregleringen är att den ska tillämpas brett för att bland annat verka för ökad konkurrens på den inre marknaden och för att säkerställa att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt, innehåller den ett flertal undantag.¹⁵ Vad gäller tolkningen av undantagen har EU-domstolen framhållit, som en generell princip, att dessa ska tolkas restriktivt.¹⁶ En diskussion som inte ska tas vidare här är om den restriktiva tolkningen kan sägas vara fast praxis eftersom domstolen i andra avgöranden haft en mer tillåtande tolkning som kan anses tyda på en mer öppen hållning till undantagen.¹⁷

¹³ Prop. 2015/16:195, s. 933.

¹⁴ Se prop. 2015/16:195, s. 355–356, och SOU 2016:78, s. 569.

¹⁵ Se skäl 2 i LOU-direktivet och exempelvis förslag till avgörande av GA Wahl, mål C-213/13, p. 54–61.

¹⁶ Se exempelvis de förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland, p. 58, ECLI:EU:C:2003:220, och mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, p. 19, ECLI:EU:C:2004:522.

¹⁷ Se Arrowsmith, Sue, *The law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Volume 1, Tredje upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2014, s. 476–478.

2 EKONOMI OCH RISKÖVERFÖRING I FOKUS

2.1 Inledning

Att ekonomi och konkurrens är grundläggande komponenter vid upphandling är uppenbart. Den som levererar varor eller tjänster gör det inte av ideella skäl och att leverantören väljs ut i konkurrens med andra är också en förutsättning. Det finns dock ett par aspekter av just upphandlingens ekonomi och konkurrens som förtjänar lite mer uppmärksamhet vid upphandling av koncessioner.

För att upphandlingsregleringen ska vara tillämplig och göra en anskaffning upphandlingspliktig är ett av rekvisiten att det aktuella avtalet innehåller ekonomiska villkor. På LOU-området har betydelsen av begreppet ekonomiska villkor prövats av EU-domstolen vid några tillfällen och de ställningstaganden som domstolen gjort kring begreppet ekonomiska villkor på andra upphandlingsområden är tillämpliga även på koncessionsområdet.¹⁸ Hur begreppet ekonomiska villkor ska förstås i förhållande till koncessionsområdet utvecklas nedan.

Förutom att ekonomiska villkor är en förutsättning för att en anskaffning ska omfattas av upphandlingsregleringen har koncessionsregleringen ytterligare ett lager av ekonomiska villkor som måste uppfyllas för att en koncession ska föreligga. Den ersättning som leverantören på något sätt erhåller som ett led i uppfyllandet av de ekonomiska villkoren får nämligen inte vara garanterad av det upphandlande organet. En förutsättning för att en koncession ska anses föreligga är, enligt koncessionsdirektivet och LUK, att den ekonomiska risken överförs från upphandlande organ till koncessionshavaren. Paradoxen är här att ekonomiska villkor, exempelvis ekonomisk ersättning från upphandlande organ och tredje man, måste föreligga för att regleringen ska aktualiseras men att samma reglering även kräver att de ekonomiska villkoren ska vara osäkra eftersom koncessionshavaren måste vara utsatt för konkurrens på en öppen marknad under den tid koncessionsavtalet löper.

2.2 Ekonomiska villkor

I LUK såväl som i LOU är, som nämnts, en grundläggande förutsättning för att regleringen ska vara tillämplig att ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor ska ingås mellan ett upphandlande organ och en leverantör. Rekvisitet skriftligt avtal är detsamma som i LOU-regleringen och därmed väl belyst sedan tidigare. Detsamma gäller delvis även för vad som avses med ekonomiska villkor och de grundläggande förutsättningarna för ett upphandlingspliktigt avtal.¹⁹ Just

¹⁸ Se även Granlund med flera, 2022, s. 25.

¹⁹ Se exempelvis Vannebäck, Ulf, Rätten marknaden och marken – Statsstöd och upphandling vid markexploatering, Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet, 40, 2019, s. 223–229.

rekvisitet ekonomiska villkor kan dock förtjäna extra uppmärksamhet i koncessionssammanhang.²⁰

Att det upphandlande organet har ett ekonomiskt intresse i det som upphandlas är en grundläggande förutsättning i upphandlingsrätten. Vad som avses med ekonomiskt intresse har prövats av EU-domstolen vid flera tillfällen avseende LOU-området. Den praxis som finns är tillämplig även på koncessionsområdet.²¹

Ett tidigt mål av intresse är här *La Scala*, i vilket en huvudfråga var huruvida avtalet innehöll ekonomiska villkor.²² Målet rörde ett markexploateringsprojekt där markägaren kunde välja mellan att utföra vissa anläggningsarbeten själv eller betala en stadsplaneringsavgift till den kommunala myndigheten. I den nationella regleringen föreskrevs att utförda anläggningsarbeten kunde avräknas mot den avgift som i annat fall skulle betalas.²³

EU-domstolen menade att avräkningen skulle kunna ses som att den kommunala myndigheten avstod från att kräva in avgiften genom att, i stället, godkänna att exploatören utförde vissa anläggningsarbeten. Domstolen hänvisade också till den nationella domstolen som hade konstaterat att exploatören inte utförde anläggningsarbetena utan vederlag. EU-domstolen menade sammantaget att rekvisitet ekonomiska villkor var uppfyllt.²⁴

Kravet på ekonomiska villkor behandlades också i *Auroux*.²⁵ I målet skulle en exploatör få ersättning både från en kommunal myndighet för en parkeringsplats som skulle överlätas till kommunen och, i ett koncessionsliknande upplägg, få möjlighet att tillgodogöra sig intäkter från tredje man som nyttjade parkeringen. Kommunen hade också bidragit till kostnader för byggnationerna. EU-domstolen menade här att det var uppenbart att avtalet innehöll ekonomiska villkor.²⁶

Intäkterna från tredje man var i *Auroux* huvudsakligen av intresse i frågan om kontraktets totala värde överskred gällande tröskelvärde. EU-domstolen kom där fram till att kontraktets värde skulle beräknas utifrån det sammanlagda värde det kan ha för en potentiell leverantör. Värdet skulle då inbegripa såväl samtliga belopp från upphandlande organ som samtliga intäkter från tredje man. Domstolen gjorde också en jämförelse med koncessioner, där intäkter från tredje man är ett grundläggande kännetecken. Domstolen kom fram till att det

²⁰ Begreppet behandlas också av Granlund med flera, 2022, s. 25–26, och Sundstrand, 2012, s. 112.

²¹ Se not 19 ovan.

²² Mål C-399/98, *La Scala*, ECLI:EU:C:2001:401.

²³ Mål C-399/98, *La Scala*, p. 76–80.

²⁴ Mål C-399/98, *La Scala*, p. 81–86.

²⁵ Mål C-220/05, *Auroux*, ECLI:EU:C:2007:31.

²⁶ Mål C-220/05, *Auroux*, p. 45.

skulle stå i strid med direktivets syfte och systematik om intäkter från tredje man skulle beaktas för koncessioner men inte för byggentreprenadkontrakt.²⁷

Även om EU-domstolen besvarade en fråga gällande tröskelvärdet är resonemanget om kontraktets värde från anbudsgivarens synvinkel även av betydelse för bedömningen av rekvisitet ekonomiska villkor. Att utgå från kontraktets värde för anbudsgivaren är, med tanke på utgången i *Auroux*, rimligt även vid denna bedömning. Följden blir att intäkter från tredje man ska räknas in när rekvisitet ekonomiska villkor analyseras.²⁸

När det gäller beräkning av tröskelvärde för koncessioner följer regleringen samma linje som *Auroux* ovan. Av 5 kap. 5 § LUK och artikel 8.3 i koncessionsdirektivet framgår att även värdet av alla typer av options- eller förlängningsklausuler som förlänger koncessionens varaktighet ska tas med i beräkningen. I samma lagrum görs det också tydligt att det, vid beräkning av tröskelvärdet, ska tas hänsyn till intäkter från betalning av avgifter och straffavgifter från användarna av koncessionsföremålet. Beräkningen av tröskelvärdet för en koncession sker därmed genom att det upphandlande organet uppskattar det sammanlagda beloppet som genereras av rätten att utnyttja koncessionsföremålet plus eventuell ersättning från upphandlande organ.²⁹

Hur ersättningen ska beräknas enligt *Auroux*, tillsammans med den vida tolkning av begreppet ersättning som görs i *La Scala* innebär att praxis måste förstås som att alla situationer som framstår som attraktiva för leverantörer eftersom de medför en möjlighet att göra vinst, omfattas av rekvisitet ekonomiska villkor.³⁰

En annan aspekt av ekonomiska villkor var i fokus i *Helmut Müller* där kopplingen mellan upphandlande myndighet och den byggentreprenad som skulle utföras var i fokus.³¹ Frågan var om det krävdes att byggentreprenaden utfördes åt den upphandlande myndigheten och att myndigheten hade ett direkt ekonomiskt intresse av byggnationen eller om det räckte med att byggentreprenaden uppfyllde ett offentligt ändamål, i målet att utveckla stadsbebyggelsen i en del av kommunen.³²

EU-domstolen inledde den delen av prövningen med att konstatera att det, för att vara ett avtal med ekonomiska villkor, krävs att upphandlande myndighet erhåller en prestation mot vederlag. Domstolen betonade att prestationen

²⁷ Mål C-220/05, *Auroux*, p. 52–57. Notera här att koncessioner och byggentreprenadkontrakt vid tiden för målet reglerades i samma direktiv.

²⁸ Se Elvin, David och Banner, Charles, The application of the Public Contracts Directive to planning: the position at the beginning of 2011, *Journal of Planning & Environment Law*, 2011, nr 5, s. 518, och Eleftheriadis, Pavlos, Planning agreements as public contracts under the EU procurement rules, *Public Procurement Law Review*, 2011, nr 2, s. 46.

²⁹ Proposition 2015/16:195, s. 490–491.

³⁰ Se även Granlund med flera, 2022, s. 25.

³¹ Mål C-451/08, *Helmut Müller*, ECLI:EU:C:2010:168.

³² Mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 40.

ska vara av direkt ekonomiskt intresse för upphandlande myndighet för att syftena med direktivet ska vara uppfyllda.³³

Enligt EU-domstolen föreligger direkt ekonomiskt intresse när upphandlande myndighet blir ägare, eller får tillgång till resultatet av byggentreprenaden för användning för offentliga ändamål. Även om upphandlande myndighet kan få ekonomiska fördelar vid användning eller överlåtelse av anläggningen eller har bidragit ekonomiskt eller tagit ekonomiska risker föreligger ett direkt ekonomiskt intresse.³⁴

Att uppmärksamma i *Helmut Müller* är att EU-domstolens resonemang när det gäller rekvisitet ekonomiska villkor och det direkta ekonomiska intresset verkar föras utifrån ett annat perspektiv jämfört med tidigare praxis. Alla situationer utgår från upphandlande myndighets perspektiv medan bedömningen av de ekonomiska villkoren i *La Scala* och *Auroux* gjorts utifrån exploitörens perspektiv.

Vägs EU-domstolens avgöranden samman så torde kriteriet ekonomiska villkor, som utgångspunkt, oftast uppfyllas i upphandlingssituationer och då kanske särskilt i koncessionssammanhang. I vissa situationer för att det upphandlande organet har ett direkt ekonomiskt intresse i det som ska upphandlas genom att koncessionsföremålet långsiktigt ska överföras till offentlig ägo eller genom att det allmänna garanteras tillgång till koncessionsföremålet eller drar ekonomiska fördelar av det. Det ekonomiska intresset uppkommer också om upphandlande organ har bidragit ekonomiskt genom att stå för vissa delar av kostnaden eller på annat sätt tagit ekonomisk risk i projektet.

Den andra delen av kriteriet ekonomiska villkor utgår från koncessionshavarens perspektiv. Finns någon sorts ekonomiskt incitament för koncessionshavaren att delta i projektet så uppfylls också kravet på ekonomiska villkor. I koncessionssammanhang är ersättningen central oavsett om den kommer enbart från tredje man eller om den kommer även från ett upphandlande organ. En grundläggande tanke och idé med ett koncessionsavtal är att just de ekonomiska villkoren ska avvika från en vanlig upphandling där upphandlande organ betalar för en vara eller en tjänst. Koncessionsavtal som inte uppfyller kriteriet ekonomiska villkor är därmed mycket svårt att föreställa sig.³⁵

2.3 Riskfyllda ekonomiska villkor

Som nämnts inledningsvis finns det vissa begränsningar vad gäller de ekonomiska villkoren för koncessionshavaren. Överföring av ekonomisk risk eller verksamhetsrisk på koncessionshavaren är ett grundläggande rekvisit för kon-

³³ Mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 48–50.

³⁴ Mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 50–52.

³⁵ Se även Granlund med flera, 2022, s. 25–26.

cessioner vilket också framgår tydligt av 1 kap. 13 och 22 §§ LUK och av artikel 5.1.b i koncessionsdirektivet. Skulle den ekonomiska risken helt ligga på upphandlande organ genom att leverantören garanteras full kompensation även vid förluster förfelas hela tanken med den riskfördelning som koncessionsregleringen vill åstadkomma.³⁶

Där den svenska lagstiftningen är kortfattad är koncessionsdirektivet mer detaljerat och utvecklar vad som avses med verksamhetsrisk. Enligt artikeltexten ska koncessionshavaren anses överta verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen. Det sägs vidare att den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker vilket innebär att eventuella förluster behöver vara mer än bara försumbara.

Frågan om verksamhetsrisk har också diskuterats i avsnitten om koncessioner i propositionen till den nu gällande upphandlingsregleringen. En delfråga som där diskuterades var betydelsen av vem som betalar ersättningen till koncessionshavaren. Regeringen hänvisade där till skäl 18 till koncessionsdirektivet just beträffande betydelsen av vem som betalar ersättningen. I skältexten utvecklas begreppet verksamhetsrisk och det framgår där att det inte är avgörande att ersättningen kommer från den som utnyttjar tjänsten. Det som är avgörande är om nivån på ersättningen som leverantören erhåller är beroende av efterfrågan eller vilket utbud leverantören kan tillhandahålla. Vem som faktiskt betalar spelar ingen roll när ersättningen är beroende av hur många som faktiskt utnyttjar tjänsten.³⁷

När verksamhetsrisken överförs till en leverantör innebär det att leverantören, vid normala förhållanden, inte är garanterad att få igen de kostnader som lagts ned. I propositionen används samma formulering som i artikeltexten vilket innebär att verksamhetsrisk förklaras som att leverantören ska omfattas av en verklig exponering för marknadens nycker och inte bara riskerar rent försumbara förluster. De kostnader som avses är både investeringskostnader och mer driftbetonade kostnader.³⁸

³⁶ Frågan om riskfördelning utvecklas i kommande avsnitt, se också Sanchez Graells, Albert, *What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?* *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, 7 (2), s. 99.

³⁷ Prop. 2015/16:195, s. 352. Frågan om betalning, åtminstone till viss del, måste komma från användarna diskuterades av Sundstrand i Sundstrand, 2012, s. 121–122, där hon kom till motsatt slutsats. Det var dock innan skältexterna klargjorde att det inte var avgörande vem som betalade så länge betalningen är beroende av antalet användare. Jfr dock Ågren, 2019, s. 207.

³⁸ Prop. 2015/16:195, s. 352–353 tillsammans med artikel 5 i koncessionsdirektivet och skäl 18 till koncessionsdirektivet, se också Sundstrand, 2012, s. 120, och González, 2016, 2016, s. 56.

Verksamhetsrisken delas i artikel 5.1.b i koncessionsdirektivet och i 1 kap. 22 § LUK upp i efterfrågerisk eller utbudsrisik. I skäl 20 till koncessionsdirektivet utvecklas begreppen. Texten inleds med att slå fast att verksamhetsrisken bör bero på orsaker som ligger utanför parternas kontroll. Efterfrågerisk beskrivs sedan som den risk som hör samman med den faktiska efterfrågan på det som kontraktet omfattar. Utbudsrisken beskrivs i samma skäl som risken för att utbudet inte överensstämmer med efterfrågan.

Efterfrågerisken är ett tämligen tydligt begrepp som är en självklar del i den verksamhetsrisk som ska överföras för att leverantören ska utsättas för marknadens nycker. Den är också tydligt en risk som ligger utanför parternas kontroll eftersom efterfrågan beror av preferenserna hos tredje man. Utbudsrisken är mer problematisk. Bristande matchning mellan exempelvis en stor efterfrågan och ett litet utbud som leverantören kan tillhandahålla kan inte sällan, åtminstone delvis, härledas till faktorer leverantören kan ha kontroll över.³⁹ Utbudsrisken ligger närmare de risker som brukar pekas ut som typiska för alla kontrakt som har med exempelvis brister i företagsledning att göra. Att isolerat utvärdera hur mycket utbudsrisik som överförs blir därför en mer tveksam faktor för att avgöra om ett avtal ska klassas som en koncession.⁴⁰

Även om en del av risken ligger kvar hos upphandlande organ kan en riskövergång ha skett enligt skäl 18 till koncessionsdirektivet. Bland den EU-rättsliga praxis som finns på området är det främst *Eurawasser*,⁴¹ *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*⁴² och *Norma-A och Dekom*⁴³ som blir av relevans här.⁴⁴ I den här EU-domstolen uttryckt att det krävs att hela eller en betydande del av den ekonomiska risken överförs för att rekvisitet ska vara uppfyllt.

I *Eurawasser*, hade EU-domstolen att pröva tolkningen av begreppet tjänstekoncession. Målet rörde tjänster för distribution av dricksvatten och bortförande av avloppsvatten i Tyskland. Enligt nationella regler var den ekonomiska risk som följde med tjänsterna ytterst begränsad för leverantören, oavsett om den var offentlig eller privat. Frågan som domstolen hade att pröva var om den överförda risken ändå var tillräcklig för att avtalet skulle anses vara en koncession. EU-domstolen menade då att det var tillräckligt att hela, eller en betydande del av risken överfördes även om den i sig var begränsad på grund av de offentligrättsliga nationella reglerna.⁴⁵

³⁹ Se här även Granlund med flera, 2022, s. 27, där även en situation med ett alltför stort utbud, överetablering, med påföljande brist på efterfrågan ges som exempel på utbudsrisik, en situation som nog snarare, eller likaväl, är ett exempel på efterfrågerisk.

⁴⁰ González, 2016, 2, s. 57–58.

⁴¹ Mål C-206/08, *Eurawasser*, ECLI:EU:C:2009:540.

⁴² Mål C-274/09, *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*, ECLI:EU:C:2011:130.

⁴³ Mål C-348/10, *Norma-A och Dekom*, ECLI:EU:C:2011:721.

⁴⁴ Som nämnts inledningsvis är den praxis som finns på området i huvudsak från tiden innan koncessionsdirektivet som snarast har kodifierat EU-domstolens praxis.

⁴⁵ Mål C-206/08, *Eurawasser*, p. 77–80. Se även Kotsonis, Totis, *The role of risk in defining a services concession contract*, *Public Procurement Law Review*, 2010, 1, NA 4–12, för en

I mål *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*, var frågan om en verksamhet skulle kvalificeras som en tjänstekoncession eller ett vanligt tjänstekontrakt vilket medförde att frågan om ekonomisk risk kom i fokus även där. Den aktuella tjänsten var offentlig räddningstjänst som utfördes åt en interkommunal sammanslutning i Bayern. I målet klargjorde EU-domstolen ännu en gång att överföring av verksamhetsrisk är en förutsättning för att en tjänstekoncession ska föreligga. Det framgick i målet att betalningen som leverantören erhöll var baserad på de användaravgifter som leverantören hade rätt till via socialförsäkring, privata försäkringslösningar eller avgifter direkt från användarna. Att betalningssystemet i sig var komplext var inte avgörande utan det domstolen betonade var att ersättningen inte kom direkt från upphandlande myndighet.⁴⁶

Beträffande frågan om risköverföring förde EU-domstolen i *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler* ett utförligt resonemang om när risken kan anses överförd. Domstolen började med att, med hänvisning till *Eurawasser*, konstatera att det räcker med att föra över en mycket begränsad verksamhetsrisk.⁴⁷ Domstolen påpekade att det inom vissa områden kan finnas reglering som begränsar riskerna men att den regleringen inte omöjliggör användandet av koncessioner. Även om risköverföringen begränsas av en offentligrättslig reglering av området måste upphandlande myndigheter vara fria att använda koncessioner om man finner det lämpligt.⁴⁸ I en konkretisering av vad som avses med överföring av ekonomisk risk pekade EU-domstolen därefter på risk att utsättas för konkurrens, risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, risk för insolvens hos betalningsskyldiga, risk för att inkomsterna inte täcker kostnaderna hos leverantören och även risk för att stå ansvarig för skador på grund av brister i tjänsten. Däremot är inte brister i företagsledningen eller felaktiga bedömningar att hänföra till den typ av risköverföring som här avses.⁴⁹

I *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler* pekade EU-domstolen ut tre omständigheter som talar för att risköverföring skett i tillräckligt hög grad för att förfarandet ska klassificeras som en koncession. För det första bestämdes användaravgifterna efter förhandling mellan leverantören och socialförsäkringsorganen och är inte fastlagda i förväg. För det andra föreskrev bayersk lag att leverantören inte garanterades full kostnadstäckning vilket kunde innebära

längre analys av rättsfallet.

⁴⁶ Mål C-274/09, *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*, p. 26–28.

⁴⁷ EU-domstolen knyter här an till det resonemang som förs i p. 72–77 i *Eurawasser*-målet där det faktum att offentligrättslig reglering kan begränsa den risk som den upphandlande myndighet bär diskuteras. Om risken som upphandlande myndighet bär är begränsad av lag innebär det att den risk som myndigheten kan föra över på leverantören, i motsvarande mån, är begränsad. Även om myndigheten således för över stora delar av den risk den bär kommer det i praktiken inte att innebära att leverantören kommer att bära en stor ekonomisk risk.

⁴⁸ Mål C-274/09, *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*, p. 32–35.

⁴⁹ Mål C-274/09, *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*, p. 37–38.

att avgifterna inte fullt ut täckte kostnaderna för verksamheten. För det tredje fanns ingen garanti från det allmänna avseende betalning av användaravgifter utan det var tjänsteleverantören som bar risken för att användaren inte kunde betala användaravgifterna. Slutligen påtalade domstolen att den aktuella tilldelningen skett till två olika aktörer inom samma område vilket innebar konkurrens om att få utföra de aktuella tjänsterna.⁵⁰

I mål *Norma-A och Dekom*, kom EU-domstolen till motsatt slutsats. Den tjänst som leverantören tillhandahöll var kollektiv busstrafik. Enligt avtalet och enligt lettisk lag skulle upphandlande myndighet kompensera leverantören för såväl förluster som uppkommit i samband med tillhandahållandet av tjänsten som för andra kostnader. EU-domstolen menade därför att den del av eventuell förlust som leverantören skulle stå för var för liten för att avtalet skulle uppfylla rekvisiten för en tjänstekoncession.⁵¹

Den tolkning av begreppet verksamhetsrisk som gjorts i ovanstående praxis har ifrågasatts i propositionen till nuvarande upphandlingsreglering. Regeringen menade där att artikeltexten, artikel 5.1.b i koncessionsdirektivet, inte innehåller någon formulering som tyder på att en betydande del av risken behöver överföras utan att det räcker att leverantören utsätts för verklig exponering för marknadens nycker.⁵² Att det skulle finnas krav på att en viss andel risk skulle överföras menade regeringen inte kunde tolkas in i den aktuella artikeln.⁵³

Diskussionen i propositionen saknar i viss mån praktisk betydelse om EU-domstolens resonemang i *Eurawasser* vägs in. I de fall offentligrettslig reglering begränsar den risk som upphandlande organ kan föra över på leverantören innebär inte risköverföringen att leverantören i praktiken bär någon större risk. Detta även om upphandlande organ för över en betydande del av den risk den kan föra över.⁵⁴

Om den risk som förs över kan vara ytterst begränsad är det inte längre självklart att själva risköverföringen är det som ska avgöra om ett avtal ska ses som en koncession eller inte. Närmare till hands ligger att knyta klassningen till huruvida leverantören garanteras full kostnadstäckning eller inte. Såväl artikel 5.1.b i koncessionsdirektivet, skältext 17 till koncessionsdirektivet, som 1 kap. 23 § LUK gör klart att avtal som garanterar att leverantören får full täckning för investeringar och kostnader inte är att se som en koncession. Det krävs således att leverantören står någon form av risk att göra en ekonomisk förlust för att en

⁵⁰ Mål C-274/09, *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*, p. 39–47.

⁵¹ Mål C-348/10, *Norma-A och Dekom*, p. 52–55.

⁵² Även Ågren diskuterar förhållandet mellan den praxis som finns och den senare tillkomna artikeltexten och hur artikeltexten ska förstås mot bakgrund av tidigare praxis, Ågren, 2019, s. 211.

⁵³ Prop. 2015/16:195, s. 353.

⁵⁴ Se här också González, 2016, 2, s. 58–59, se dock Granlund med flera, 2022, s. 29, där det argumenteras för att en betydande risk behöver föras över för att ett avtal ska klassificeras som en koncession.

koncession ska kunna föreligga. Även om det medför ett förändrat perspektiv att sätta full kostnadstäckning i fokus i stället för att bena ut hur stor risk som förts över innebär det ändå att ett avtal behöver analyseras tämligen ingående för att bedöma graden av kostnadstäckning.⁵⁵

En annan diskussion är hurvida det är rimligt att dra en skarp gräns vid full kostnadstäckning för att avgöra hur ett avtal ska klassas. En rimlig utgångspunkt är att de leverantörer som är intresserade av ett koncessionsavtal också har räknat med att gå med viss vinst. Att en leverantör tecknar ett koncessionsavtal med målet att gå plus minus noll verkar därmed inte troligt. Med det resonemanget är en garanterad kostnadstäckning, men med det inte en garanterad vinst, inte alls utesluten. Här går det också att argumentera för att det finns risk för att det allmänna, som beställare, gör en oskäligen vinst om risken i alltför hög grad läggs på leverantören. I förlängningen skulle en sådan, för leverantören betungande, riskfördelning kunna medföra ett lägre intresse från leverantörer vilket inte gynnar den marknad som reglerna syftar till att öppna upp och uppmuntra.⁵⁶

3. ÄR KONCESSIONSREGLERINGEN TYDLIG?

Vid upphandlingar på LOU-området har frågan om vad som utgör ekonomiska villkor, och därmed utlöser upphandlingsskyldighet, vållat en del huvudbry. Den praxis som nu finns behandlar frågan om ekonomiska villkor relativt utförligt. De resonemang som EU-domstolen fört är i allmänhet överförbara på koncessionsområdet och skapar en klar bild över vad begreppet innebär. Situationer där upphandlande myndighet på något vis drar nytta av koncessionsföremålet genom att det exempelvis förs över till det allmänna efter viss tid eller genom att allmänheten kan använda koncessionsföremålet innebär att rekvisitet ekonomiska villkor uppfylls. Även upphandlingar där det är svårare att visa det allmännas nytta men som på något sätt är ekonomiskt intressanta för en leverantör, uppfyller kravet på ekonomiska villkor. I koncessions-sammanhang är det, med utgångspunkt i gällande rättsläge, svårt att tänka sig ett avtal som inte uppfyller kraven på ekonomiska villkor utan utgångspunkten i koncessions-sammanhang är nog snarare att ekonomiska villkor alltid kan antas föreligga.

Som framgått kompliceras de ekonomiska villkoren på koncessionsområdet av kravet på överföring av verksamhetsrisken, den ekonomiska risken. Det räcker således inte med att bara konstatera att det finns ekonomiska villkor för att göra koncessionsregleringen tillämplig utan för att en upphandling ska falla under koncessionsregleringen måste ekonomisk risk föras över på koncessions-

⁵⁵ Se González, 2016, 2, s. 58–60.

⁵⁶ Se Graells, 2012, s. 100, där han utvecklar ett resonemang kring risken med en alltför strikt hållning kring kostnadstäckning.

havaren. Det innebär att de ekonomiska villkoren inte får vara alltför säkra och stabila för att uppfylla det krav på konkurrensutsättande och överföring av risk som ställs upp i koncessionsreglering och praxis. Här är det inte lika tydligt vad som avses med risköverföring och i vilken utsträckning koncessionshavaren behöver löpa ekonomisk risk för att rekvisitet ska vara uppfyllt. Det är i huvudsak omfattningen av risköverföringen som kan uppfattas som otydlig men även andra frågor kring ekonomisk risk och riskfördelning aktualiseras.⁵⁷

En aspekt på risköverföring som diskuterats är själva begreppet verksamhetsrisk, vilka risker som ska rymmas inom detta och vilka risker som kan sägas vara utanför parternas kontroll. I ett stort och möjligen långvarigt projekt kommer parterna att bedöma och hantera en mängd olika risker. Vissa är möjliga att bedöma i ett tidigt skede, andra är omöjliga för leverantören att kontrollera eller bedöma och det kan ifrågasättas om regleringen av risköverföringen är tydlig nog när det gäller hur senare omständigheter, som helt kan förändra balansen i riskfördelningen, ska hanteras.⁵⁸ Exempel på omständigheter som kan vara avgörande är förändrad lagstiftning eller åtgärder eller beslut från lokala myndigheter som kan få en stor, positiv eller negativ, inverkan på efterfrågan eller utbud av det som koncessionshavaren levererar. Här kan det diskuteras om koncessionsregleringen hanterar risker och riskfördelning tillfredsställande och om begreppet verksamhetsrisk är tillräckligt brett för att rymma de risker en leverantör behöver bedöma i ett större projekt.⁵⁹

I den praxis från EU-domstolen som redovisats ovan är det tydligt att det är den snäva betydelse av risk, lika med verksamhetsrisk, som domstolen utgår ifrån och att risköverföringen i praktiken kan vara mycket begränsad även på koncessionsområdet. EU-domstolen menade i *Eurawasser* att det var tillräckligt att den del av den ekonomiska risken som kunde överföras överfördes, även om risköverföringen var begränsad på grund av nationella offentlighetsregler. Ur reglering och praxis går det att dra slutsatsen att det är förekomst eller frånvaro av garanti för full kostnadstäckning som blir avgörande. Garanteras leverantören på något sätt full kostnadstäckning är avtalet inte en koncession.⁶⁰

Om en utgångspunkt är att det ska finnas en skillnad i riskfördelning mellan parterna jämfört med LOU-området kan inte nuvarande rättsläge sägas klargöra den skillnaden. Är den överförda ekonomiska risken försumbar, även om

⁵⁷ Se här också exempelvis Kitsos, John, Defining Concessions in EU Public Procurement Law, Has Directive 2014/23 Missed Another Opportunity for Conceptual Clarification? *European Law Review*, 43(4), 2018, och Ågren 2019 som båda drar slutsatsen att det oklara kring risköverföringen består även efter koncessionsdirektivet.

⁵⁸ Ändrade omständigheter och ändring av koncessionsavtal berörs i skältexten till koncessionsdirektivet, skäl 75 och 76, och i artikel 43.1.d främst.

⁵⁹ Se Kitsos, John, 2018, 558–559, och Graells, 2012, s. 99–100, för utvecklade resonemang kring riskfördelning vid koncessioner.

⁶⁰ Se här även Graells, 2012 s. 100, där han diskuterar om det inte är rimligare att gränsen för vad som ryms inom koncessionsbegreppet dras vid en garanti som ger viss avkastning och att full kostnadstäckning inte borde diskvalificera ett avtal.

det är all risk som kan föras över på leverantören, eller om kostnadstäckningen för leverantören nästan är fullständig, blir riskfördelningen mellan parterna mer att likna vid den vid en traditionell upphandling på LOU-området. En logisk följd blir då att fråga sig om en särreglering av koncessioner är motiverad om risköverföringsmomentet är så begränsat.⁶¹

En annan invändning mot de resonemang EU-domstolen fört i de koncessionsmål som avgjorts tar sikte på domstolens argumentation i *Eurawasser* och i *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*.⁶² Som redogjorts för ovan argumenterar domstolen där för att även situationer där nationell reglering begränsar risköverföringen ska kunna klassas som koncessioner. I annat fall, om en mer omfattande risköverföring skulle krävas, verkar domstolen mena att det skulle omöjliggöra för upphandlande organ att använda koncessioner i situationer där det vore lämpligt. Själva utformningen av villkor om ersättning med mera mellan upphandlande organ och leverantör, och ett eventuellt villkor som medför att efterfrågan av tredje man ges betydelse, styrs dock inte av klassningen av avtalet. Även om risköverföringen inte skulle uppfylla rekvisitet i koncessionsregleringen och upphandlingen i stället styrs av LOU, kan upphandlande organ, inom detta regelverk, utforma ersättningsmodellen på liknande vis. Själva avtalsmodellen och villkoren är inte förbehållen avtal som ryms inom koncessionsregleringen så länge reglerna på LOU-området, eller annan upphandlingsreglering som blir tillämplig, följs.⁶³

4 SLUTSATSER

Den särskilda EU-rättsliga regleringen av koncessioner tillkom för att skapa tydlighet, rättssäkerhet och på så sätt förbättra funktionen på den inre marknaden för både upphandlande organ och leverantörer. Centrala begrepp i regleringen är ekonomiska villkor och överföring av verksamhetsrisk och hur dessa ska förstås har behandlats av EU-domstolen vid ett flertal tillfällen redan innan nuvarande reglering. När det gäller de ekonomiska villkoren ger praxis tillsammans med regleringen ett relativt tydligt rättsläge och det får ses som osannolikt att frågan om det föreligger ekonomiska villkor kommer att ses som oklar vid upphandling av koncessioner.

Vad som avses med överföring av verksamhetsrisk är mer oklart. Även överföring av mycket begränsad risk kan räcka i de fall nationell reglering begränsar

⁶¹ Se här Arrowsmith, 2018, s. 4–5, och Graells, 2012, s. 95–98.

⁶² Mål C-206/08, *Eurawasser*, p. 75–77, s och mål C-274/09, *Privater Rettungsdienst och Krankentransport Stadler*, p. 33–35.

⁶³ Se här även Kotsonis, 2010, där han, i anslutning till *Eurawasser*-målet för ett liknande resonemang där han utgår ifrån att upphandlande organ i första hand sätter avtalets innehåll i fokus och att frågan om risköverföring och klassning av avtal, för beställaren, inte rimligen har den framskjutna position som den får i EU-domstolens praxis.

den risk som kan föras över. Det som framhålls som avgörande för att ett avtal ska klassas som en koncession blir snarare att leverantören inte garanteras full kostnadstäckning. Oklarheten kring vad som är och vad som inte är en koncession består i viss mån och begreppen verksamhetsrisk och risköverföring väcker även andra frågor.

