
VI HAR INGEN LOKAL(HYRA)!

– tjänstekoncession eller lokalhyra

Tobias Indén & Ulf Vannebäck*

Artikeln har genomgått oberoende vetenskaplig granskning (peer review).

1. INLEDNING

1.1 Introduktion

En traditionell upphandling på LOU-området innebär i sin grundform att en leverantör väljs ut genom upphandlingsförfarandet och sedan ersätts för att leverera den vara eller tjänst som den upphandlande myndigheten har beställt. Det har däremot ansetts finnas ett behov av ett specifikt regelverk för upphandlingar för de fall allmänna och privata aktörer samverkar på andra sätt, nämligen i formen av tilldelning av bygg- eller tjänstekoncessioner. En koncession i dess tydligaste form kan beskrivas som en lösning där den allmänna parten ger en privat part rätt att bedriva viss verksamhet eller utföra vissa tjänster under en specifik tidsperiod. En grundläggande förutsättning för att det ska röra sig om en koncession är att leverantören helt eller delvis ersätts av användarna av anläggningen eller tjänsten.¹ Den ersättning det allmänna behöver betala till leverantören kan därigenom minska eller helt falla bort. 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. Ett tydligt exempel är en leverantör som har rätt att ta betalt direkt av användarna av ett parkeringshus.²

Koncessioner och koncessionsliknande upplägg har använts inom EU en längre tid men någon samlad reglering på EU-rättslig nivå har tidigare inte funnits. Som en reaktion på bristen på sammanhållet regelverk kom koncessio-

* Tobias Indén, jur.dr, docent, och Ulf Vannebäck, jur.dr, är verksamma vid Juridiska institutionen, Umeå universitet. Artikeln är en del i forskningsprojektet *Koncessioner i allmänhetens tjänst – Statsstödsrättsliga och upphandlingsrättsliga utmaningar* som finansieras av Konkurrensverket.

¹ För exempel på koncessioner och koncessionsliknande upplägg används, se Ågren, Robert, Begreppet verksamhetsrisk i definitionen av tjänste- och byggkoncessioner, *Upphandlingsrättslig tidskrift*, nr 3/2019, s. 203.

² Se exempelvis mål C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605.

nera år 2014 att regleras i ett separat upphandlingsdirektiv, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, det så kallade LUK-direktivet. Upphandling av koncessioner regleras på nationell svensk nivå i lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, (LUK).

En grundläggande uppdelning på koncessionsområdet görs mellan byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. Byggkoncessionerna har sedan tidigt 90-tal varit reglerade i upphandlingsdirektiv medan tjänstekoncessionerna länge varit helt utan specifik reglering.³

Med införandet av koncessionsdirektivet och senare även LUK kom även tilldelningen av tjänstekoncessioner att regleras. Upphandlingar av tjänstekoncessioner styrs därför numera på ett sätt som i mångt och mycket påminner om hur tilldelning av andra offentliga kontrakt rörande varor, tjänster och byggentreprenader görs.

En i sammanhanget central fråga är vad som utgör en tjänstekoncession och med det träffas av upphandlingsregleringen. Förutom rätten att utnyttja koncessionsföremålet och med det rätten att ta betalt av användarna, krävs i den definition som återfinns i LUK att den så kallade verksamhetsrisken övertas av koncessionshavaren.

Även om definitionen av vad som utgör en koncession behandlats i den juridiska doktrinen har fokus i det avseendet i allt väsentligt kring definitionens sista led, det vill säga vad som avses med att verksamhetsrisken ska övergå till koncessionshavaren.⁴ Vad som egentligen utgör en sådan tjänst som ska upphandlas enligt LUK har däremot inte fått speciellt stort utrymme. Att det inte alltid är enkel fråga att besvara visar inte minst det faktum att det för tillfället pågår flera domstolsprocesser där frågan vad som egentligen kännetecknar ett sådant avtal som ska upphandlas enligt LUK är i fokus.⁵

En i sammanhanget intressant fråga är hur gränsen mellan lokalhyresavtal och tjänstekoncessioner ska dras. Även om det vanligtvis inte finns någon skyldighet att välja hyresgäster utifrån något upphandlingsliknande auktionsförfarande då det allmänna hyr ut lokaler, kan en sådan uthyrning komma att definieras som en tjänstekoncession om uthyrningen är förknippad vissa speciella villkor.

³ 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.

⁴ Se till exempel Vanneböck, Ekonomiska villkor och risköverföring vid upphandling av koncessioner, ERT 2023, nr 2, s. 65–81, Hernández González, The Evolving Concept of Works and Service Concessions in European Union Law, Public Procurement Law Review 2016, s. 51–60, Sanchez Graells, What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?, European Public Private Partnership Law Review, s. 94–104 och Risvig, Defining a Service Concession Contract, s. 237–258; i: Ølykke, Risvig och Tvarnø, EU Procurement Directives – Modernisation, Growth & Innovation, DJØF, 2012.

⁵ Se till exempel mål T 3284-22 och mål T 2892-23 vid Attunda tingsrätt.

Varken nationella eller EU-rättsliga rättskällor är tydliga i frågan om gränsen mellan ett lokalhyresavtal och ett avtal om tillhandahållande av tjänstekoncession och rättsläget kan därför uppfattas som oklart.

Syftet med föreliggande framställning är att bringa klarhet i vilka tjänster som upphandlande myndigheter och enheter måste upphandla enligt LUK:s regler, det vill säga vad som utgör en tjänstekoncession, och med det också klargöra vilka avtal som faller utanför reglernas tillämpningsområde och därför inte behöver upphandlas. I det sammanhanget ska fokus riktas mot gränsen mellan tjänstekoncessioner och avtal om lokalhyra. En särskilt rättslig utmaning utgör avtal som innehåller både upphandlingspliktiga och icke upphandlingspliktiga delar. För att kunna tydliggöra när upphandling behöver göras kommer även rättsläget för dessa blandade avtal behandlas.

2. VAD ÄR EN KONCESSION?

2.1 Grundläggande förutsättningar för koncessioner

Av 1 kap. 2 § LUK följer att lagen ska tillämpas vid upphandling av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner som genomförs av en upphandlande myndighet eller enhet. Av samma bestämmelse följer att med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av en koncession.

Definitionen av koncessioner utvecklas i 1 kap. 13 § LUK där det framgår att med en koncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare som utgör antingen en byggkoncession eller en tjänstekoncession. Därtill krävs det att ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av, dels en sådan rätt, dels betalning, samtidigt som kontraktet innebär att koncessionshavaren övertar den så kallade verksamhetsrisken, vilken definieras i 1 kap. 22 § LUK.

Vad som avses med skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor och överföring av verksamhetsrisk har, som nämnts, analyserats tidigare och är inte primärt i fokus här.⁶ Vad som avses med de olika koncessionsformerna behöver däremot utvecklas för att besvara huvudfrågorna från inledningen.

2.2 Byggkoncession

I de enskilda fallen torde det allt som oftast vara tämligen enkelt att fastställa om en tilldelning är att klassificera som en byggkoncession enligt vad som följer av

⁶ För exempel på framställningar där dessa frågor har utretts, se not 5 ovan.

LUK. De rekvisit som tillkommer för byggkoncessioner, förutom de allmänna som gör LUK tillämplig, finns i 1 kap. 8 § LUK där byggkoncessioner definieras som en byggentreprenad genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtror till koncessionshavaren

1. utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
2. utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
3. realiseringen av ett byggnadsverk, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet eller enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

En fråga som vållat en del huvudbry när det gäller byggentreprenader är var gränserna ska dras mot det så kallade hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU som motsvaras av 3 kap. 27 § LUK där parterna varit intresserade av att få använda undantaget för att helt undvika att tillämpa upphandlingsregleringen.⁷ Hyresundantaget är avsett för situationen där en upphandlande myndighet eller enhet vill hyra lokaler och inte, vilket är i fokus här, när lokaler hyrs ut av enheten. Även klassificering av blandade kontrakt där en byggentreprenad ingår som en del har vållat en del rättsliga frågor som belyses senare i artikeln.⁸ I koncessionssammanhang är den framträdande frågan, oavsett koncessionstyp, att avgöra om verksamhetsrisken övertas av koncessionshavaren.

När gränsen mellan lokalhyra och koncessioner ska fastställas, det vill säga när den upphandlande myndigheten eller enheten hyr ut lokaler, aktualiseras normalt inte gränsdragning mot byggentreprenader eller byggkoncessioner. Rent teoretiskt skulle ett hyresavtal kunna innehålla en byggkoncession om avtalet med hyresgästen innebär att denna också ska utföra byggarbeten på den upphandlande enhetens byggnad. Den rättsliga fråga som har vållat praktiska problem innehåller dock inte byggentreprenader och kommer därför inte att analyseras närmare här.

2.3 Tjänstekoncession

Med tjänstekoncession avses enligt 1 kap. 19 § LUK en koncession genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtror till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än sådana som utgör byggkoncessioner. Vad som utgör en tjänstekoncession är därför i någon

⁷ Se exempelvis Vanneböck, Ulf, Rätten marknaden och marken – Statsstöd och upphandling vid markexploatering, Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet, 40, 2019, s. 261–265.

⁸ Se exempelvis de förenade målen C-145/08 och C-149/08, Club Hotel Loutraki, EU:C:2008:306.

mening negativt definierat i så måtto att alla tilldelningar som inte utgör byggkoncessioner utgör just tjänstekoncessioner.

När det gäller att fastställa om det föreligger en tjänstekoncession kan det tillkomma ett svårt moment, utöver att fastställa om verksamhetsrisken övertas av den ekonomiska aktören, nämligen att avgöra om denne anförtros att tillhandahålla en tjänst till den upphandlande myndigheten eller enheten.

2.3.1 Tillhandahålla tjänst

Vad som avses med tillhandahållande av en viss tjänst behandlas inte explicit i lagstiftningen och inte heller i den proposition som låg till grund för LUK.⁹ Av prop. 2015/16:195 följer däremot:

”Även om reglerna för förfarandet skiljer sig åt är det i sak inte någon egentlig skillnad mellan att tilldela en koncession och att tilldela ett kontrakt. Det är i båda fallen fråga om en anskaffning som görs genom ett upphandlingsförfarande. Huruvida det är en koncession eller ett kontrakt som tilldelas är beroende av ersättningsformen och vem som bär verksamhetsrisken.”¹⁰

För att det ska föreligga en tjänstekoncession fordras således inte endast att koncessionshavaren bär en verksamhetsrisk utan det krävs också att den upphandlande myndigheten eller enheten *anskaffar* något från koncessionshavaren.

LUK är avsedd att genomföra LUK-direktivet. I artikel 5.1 b i LUK-direktivet definieras begreppet tjänstekoncession som ett:

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

I skäl 11 till direktivet uttalas att de avtal som omfattas av direktivet ska *syfta* till att *anskaffa* byggentreprenader eller tjänster *genom koncessioner* där ersättningen för arbetet utgörs av rätten att utnyttja byggnadsverket eller tjänsterna eller av dels en sådan rätt, dels betalning. I fråga om hur koncessionskontrakt ska definieras uttalas också i skäl 14 till direktivet att:

”[...] koncessionskontrakt [inbegriper] ömsesidigt bindande skyldigheter, där utförandet av [...] byggentreprenader eller tillhandahållandet av tjänster omfattas av särskilda krav som fastställs av den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten och som kan åberopas inför domstol.”

⁹ Se prop. 2015/16:195.

¹⁰ Prop. 2015/16:195, s. 325.

Beträffande de ömsesidiga skyldigheterna behandlas dessa även i proposition 2015/16:195 där det framgår att begreppet *anskaffa* inte bara innebär att det upphandlande organet betalar ut medel utan det innebär också en skyldighet för den som mottar medel att lämna en motprestation; att ge tillgång till det som ett upphandlande organ vill anskaffa. Ett rent bidrag utan motprestation omfattas följaktligen inte av upphandlingsregleringen.¹¹

Av skäl 15 till direktivet följer:

”Vissa avtal som avser en ekonomisk aktörs offentligrättsliga eller privaträttsliga rätt att utnyttja vissa statliga domäner eller resurser, såsom mark eller annan offentlig egendom, framför allt inom sektorerna för sjöfart, inlandshamnar och flygplatser, där staten eller en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet endast fastställer allmänna villkor för användningen utan att anskaffa särskilda byggtreprenader eller tjänster, bör inte betraktas som koncessioner i den mening som avses i detta direktiv. Detta är normalt fallet med statliga domäner eller markarrendekontrakt som i allmänhet innehåller bestämmelser rörande arrendatorns tillträde, nyttjandet av egendomen, markägarens och arrendatorns skyldigheter vad gäller underhåll av egendomen, kontraktets löptid och frånträdet till markägaren, hyra och de oförutsedda kostnader som arrendatorn ska betala.”

Upplåtelse av mark eller lokaler utgör således inte en tjänstekoncession såvida det inte är fråga om anskaffning av en tjänst genom en koncession. Den omständigheten att en ekonomisk aktör ges en rätt att utnyttja vissa offentliga ytor, exempelvis med stöd av ett hyresavtal innebär följaktligen inte att det per automatik är fråga om ett avtal om tjänstekoncession, det krävs något mer.¹²

2.3.2 *Krav utöver sedvanliga hyresvillkor*

Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte endast upplåter mark eller lokaler utan dessutom uppställer krav på hur marken eller lokalerna får användas kan bedömningen om det föreligger ett tillhandahållande av en tjänst kompliceras. Som exempel nämner Granlund, Hallberg och Mühlenböck den situation att en upphandlande myndighet eller enhet upplåter utrymmen för reklamändamål inom kollektivtrafiken.¹³

Skulle en sådan upplåtelse endast ske mot ersättning samtidigt som den upphandlande myndigheten eller enheten inte styr hyresgästens verksamhet på andra sätt än vad som följer av normala hyresvillkor är Granlund, Hallberg och

¹¹ Prop. 2015/16:195, s. 933.

¹² Se de förenade målen C-458/14 och C-67/15, *Promoimpresa Srl och Mario Melis m.fl., EU:C:2016:558*, vilka rörde driften av offentligt ägd fast egendom. I de aktuella målen prövade däremot inte EU-domstolen huruvida det rörde sig om tjänstekoncessioner, vilket heller inte var avgörande för utgången i målet.

¹³ Granlund, Hallberg & Mühlenböck, *Offentlig upphandling av koncessioner*, 2022, s. 37.

Mühlenbocks slutsats att det inte rör sig om en tjänstekoncession enligt LUK.¹⁴ Att den ekonomiska aktören åtar sig vissa skyldigheter rörande hur lokalerna får användas eller liknande förändrar således inte bedömningen om det rör sig om ett avtal om tjänstekoncession.

I en situation då en upphandlande myndighet eller enhet uppställer andra krav på hyresgästen än sådana som är kopplade till normala hyresvillkor kan det röra sig om en tjänstekoncession. Om exempelvis en upphandlande myndighet eller enhet upplåter utrymmen för reklamändamål inom kollektivtrafiken, och i samband därmed uppställer som villkor att den ekonomiska aktören ska svara för spridning av viss kommunal information eller att aktören ifråga ska underhålla och sköta vissa ytor som i sig faller utanför upplåtelsen ”börjar upplåtelsen mer likna en anskaffning i LUK:s mening” enligt Granlund, Hallberg och Mühlenbock.¹⁵

Det ska också nämnas att Upphandlingsmyndigheten har uttalat sig om gränsdragningen mellan tjänstekoncessioner och hyresavtal och i det sammanhanget har myndigheten konstaterat att ”[u]tgångspunkten är att ett traditionellt hyresavtal där den upphandlande organisationen är hyresvärd och leverantören är hyresgäst inte omfattas av LUK”. För att det ska röra sig om en tjänstekoncession enligt LUK fordras enligt Upphandlingsmyndigheten att koncessionshavaren ska utföra tjänster som angivits av den upphandlande organisationen.¹⁶

2.3.3 Allmän nytta med anskaffningen

Innebär det då att det som anskaffas behöver vara en allmännyttig tjänst för att upphandlingsregleringen generellt och koncessionsregleringen specifikt ska aktualiseras?¹⁷

En övergripande utgångspunkt för upphandlingsregleringen i stort är att den blir tillämplig när ett upphandlande organ ska anskaffa något som organet efterfrågar.¹⁸ Anskaffa ska förstås som att det upphandlande organet, i någon form, får tillgång till fördelarna av det som anskaffas genom överlåtelse eller genom nyttjanderätt. Det anskaffade behöver inte vara avsett för det upphandlande organet utan mottagare kan vara en annan myndighet eller tredje man. Tillämpningen av upphandlingsregleringen, och med det även koncessionsreglerna, utgår ifrån det upphandlande organet. Faller det upphandlande organet

¹⁴ Granlund, Hallberg & Mühlenbock, *Offentlig upphandling av koncessioner*, 2022, s. 37.

¹⁵ Granlund, Hallberg & Mühlenbock, *Offentlig upphandling av koncessioner*, 2022, s. 37.

¹⁶ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/luk/vad-ar-en-koncession/>. 2022-12-15.

¹⁷ Jfr Förvaltningsrättens i Linköping dom 2016-10-20, mål nr 6067-16.

¹⁸ 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.

under definitionen i 1 kap. 20 § LUK inträder upphandlingsplikt oavsett vilken vara eller tjänst som ska anskaffas. Det finns således inget krav på att det som upphandlas ska ha ett allmänt intresse. I LOU-direktivet regleras detta i artikel 1.2 men någon motsvarande skrivning finns inte i koncessionsdirektivet.¹⁹

2.3.4 Vilka tjänster kan omfattas?

Exakt var gränsen mellan tjänstekoncession och hyresavtal går måste bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan konstateras att EU-domstolen aldrig slagit fast att avtal om lokalhyra med hyresvillkor som påverkar vilken typ av verksamhet som får bedrivas under vilka tider, det vill säga ett hyresavtal som omfattas av sedvanliga hyresvillkor, skulle kunna anses utgöra en tjänstekoncession. I EU-domstolens praxis har det i mål om koncessioner istället varit fråga om att den upphandlande myndigheter eller enheten anförtrott en ekonomisk aktör tillhandahållandet av tjänster såsom kollektivtrafik,²⁰ spel och vadhållning,²¹ förvaltning av ett obligatoriskt kompletterande socialförsäkringssystem,²² kontrakt rörande tillgång till del av hamnanläggning,²³ insamling av avfall,²⁴ tillhandahållande av TV-tjänster,²⁵ indrivning av skatt,²⁶ räddningstjänst,²⁷ produktion, distribution och transport av dricksvatten,²⁸ drift av offentliga parkeringsplatser,²⁹ och drift och underhåll av vissa offentliga toaletter.³⁰

Även om det numera finns en rikhaltig flora av mål från svenska domstolar som rör LUK är det relativt få mål som rör vad som inbegrips i begreppet *anskaffning av tjänst*.

I HFD 2012 ref. 29 hade Malmö högskola tagit in anbud på rätten att driva restaurang- och caféverksamhet i högskolans lokaler. Enligt förfrågning-

¹⁹ 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-215/09, Mehiläinen, p. 30, EU:C:2010:807.

²⁰ De förenade målen C-266/17 och C-267/17, Rhein-Sieg-Kreis och Rhenus Veniro GmbH & Co. KG, EU:C:2019:241 samt mål C-348/10, Norma-A SIA, EU:C:2011:721.

²¹ Mål C-225/15, Domenico Politanò, EU:C:2016:645.

²² De förenade mål C-25/14 och C-26/14, Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) och Beaudout Père et Fils SARL, EU:C:2015:821.

²³ Mål C-388/12, Comune di Ancona mot Regione Marche, EU:C:2013:734.

²⁴ Mål C-292/12, Ragn-Sells AS mot Sillamäe Linnavalitsus, EU:C:2013:820 samt mål C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA mot CEM Ambiente SpA, EU:C:2014:2345.

²⁵ Mål C-221/12, Belgacom NV, EU:C:2013:736.

²⁶ De förenade målen C-357/10–359/10, Duomo Gpa Srl m.fl. mot Comune di Baranzate och Comune di Venegono Inferiore, EU:C:2012:283.

²⁷ Mål C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, EU:C:2011:130.

²⁸ Mål C-206/08, Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), EU:C:2009:540.

²⁹ Mål C-458/03, Parking Brixen GmbH, EU:C:2005:605.

³⁰ Mål C-91/08, Wall, EU:C:2010:182.

sunderlaget avsåg upphandlingen en tjänstekoncession. Klagande hävdade att det både rörde sig om ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession, varför de möjligheter till överprövning som följde av lag (2007:1091) om offentlig upphandling skulle vara tillämpliga. Malmö högskola ansåg att det rörde sig om en tjänstekoncession. Högsta förvaltningsdomstolen hade att förhålla sig till den prövningsram som parterna presenterat och konstaterade därför att det rörde sig om en tjänstekoncession varför lag (2007:1091) om offentlig upphandling inte var tillämplig i samband med tilldelningen av kontraktet.

Kammarrätten i Sundsvall har i en dom 2013-02-21 (mål nr 2264–12) haft att pröva om tre avtal kopplade till drift av museum i Särna kommun skulle anses utgöra avtal om arrende eller om de i stället skulle bedömas som tjänstekontrakt.

Av avtalen framgick att hyresgästen skulle bedriva museiverksamhet med inriktning mot framför allt skoglig historia. Dessutom framgick det av avtalen att hyresgästen skulle bedriva ett antal andra verksamheter såsom lunch- och kaffeservering, souvenirförsäljning, seminarieverksamhet, uthyrning av lokaler till externa arrangörer med mera. Som en del av arrangemanget åtog sig kommunen att lämna ett årligt driftsbidrag om 300 000 kr till hyresgästen för bedrivandet av museiverksamheten under sommarsäsongen. Kommunen ställde dessutom upp ett relativt stort antal krav på hyresgästen för att det avtalade driftsbidraget skulle utgå. Hyresgästen uppmanades bland annat att informera och inhämta godkännande av kommunen före större förändringar i museiverksamheten likväl som i den övriga verksamheten. Hyresgästens affärsplan och bokslut för den avtalade verksamheten skulle vidare delges kommunen och det angavs att all information vad gällde det område som hyresgästen disponerade skulle redovisas till kommunen.

Med särskilt beaktande av museidriftens framträdande roll i de upprättade avtalen och den styrning och kontroll av denna verksamhet som det avtalats om kom kammarrätten till slutsatsen att avtalen i fråga snarare fick anses utgöra anskaffning av tjänst än att vara renodlade kontrakt om hyresrätt eller arrenderätt. I sammanhanget ska nämnas att kammarrätten inte slog fast att det rörde sig om en tjänstekoncession, vilket inte heller parterna hävdade.

I andra mål från kammarrätterna har det konstaterats att vissa typer av avtal har utgjort tjänstekoncessioner, inte minst avtal kopplade till avfallshantering och telekommunikation.³¹

³¹ Se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom 2011-05-23, mål nr 6515-10, Kammarrättens i Göteborg dom 2014-01-09, mål nr 7877-12 och Kammarrättens i Göteborg dom 2015-02-24, mål nr 3684-14.

3. BLANDADE AVTAL I UPPHANDLINGSRÄTTEN

Vid en bedömning av om ett avtal kan anses utgöra lokalhyra eller en tjänstekoncession finns anledning att söka stöd i EU-rättslig praxis kring hur avtal ska klassificeras. När den EU-rättsliga upphandlingsregleringen är tillämplig har EU-domstolen slagit fast att klassificeringen görs oberoende av hur nationell rätt ser på det aktuella avtalet. Hur ett avtal uppfattas i den nationella rätten är därmed inte relevant.³²

Blandade avtal som består av olika delar som hör hemma under olika regleringar eller där vissa delar av avtalet möjligen helt faller utanför upphandlingsregleringens tillämpningsområde har prövats av EU-domstolen vid flera tillfällen och behandlas nu också i upphandlingsregleringen. När det gäller frågan som här behandlas, lokalhyresavtal eller tjänstekoncession, kan reglering och praxis kring blandade avtal aktualiseras om avtalet kan sägas innehålla en del lokalhyra och en del tjänstekoncession. Lokalhyran separerat skulle då falla utanför upphandlingsregleringens tillämpningsområde eftersom den inte innebär att den upphandlande enheten anskaffar vara eller tjänst enligt vad som framkommit ovan. En tjänstekoncessionsdel av avtalet skulle separerat, å andra sidan, träffas av LUK och LUK-direktivet.

För att avgöra om upphandlingsregleringen blir tillämplig behöver först frågan om avtalets delbarhet utredas. Beroende på utfallet blir nästa fråga vilken reglering som ska tillämpas, om någon. Prövningen av ett avtals delbarhet ska göras i enlighet med EU-rättslig reglering och praxis oavsett om avtalets huvudsakliga föremål omfattas av upphandlingsregleringen eller inte.³³

3.1 Avtalets delbarhet

I 2014 års LUK-direktiv har delbara och odelbara kontrakt reglerats i artikel 20. I LUK finns motsvarande reglering i kapitel två. I artikel 20.5 och 2 kap. 12 § LUK slås fast att om ett kontrakt är odelbart ska de regler som gäller för kontraktets huvudföremål användas. I skäl 29 till LUK-direktivet utvecklas hur delbarheten av blandade kontrakt ska avgöras och att ett sådant avgörande ska baseras på relevant rättspraxis från EU-domstolen.

Både i skäl 29 och i domstolens praxis betonas att upphandlande myndighets uttryckliga eller presumerade avsikt avseende avtals delbarhet inte är tillräckligt utan att bedömningen bör grunda sig på sakliga bevis som slår fast att det är nödvändigt och motiverat att använda ett odelbart avtal.

³² Se exempelvis mål C-264/03, Kommissionen mot Frankrike, p. 36, EU:C:2005:620, mål C-220/05, Auroux, EU:C:2007:31, p. 40 och mål C-536/07, Kommissionen mot Tyskland, p. 54, EU:C:2009:664.

³³ Se de förenade målen C-145/08 och C-149/08, Club Hotel Loutraki, p. 48–50, EU:C:2008:306.

Av den praxis som finns kan utläsas att delbara avtal förutsätter att de enskilda delarna har en fristående betydelse. Om en del blir betydelslös utan den andra har domstolen bedömt avtalet som odelbart.³⁴ Domstolen har också lagt vikt vid motpartens kapacitet och tycks mena att avtal kan vara odelbara om de förutsätter att motparten, leverantören, har kapacitet att hantera alla delar av avtalet.³⁵

Är kontraktet delbart tillämpas det regelverk som gäller för respektive del vilket också innebär att en del, exempelvis en lokalhyresdel, kan falla utanför upphandlingsreglernas tillämpningsområde eftersom den normalt inte innebär en anskaffning. Även om kontraktet är delbart kan det upphandlande organet välja att tilldela ett enda kontrakt. Huvudprincipen i 2 kap. LUK och artikel 20 i LUK-direktivet, är då att det striktare regelverket, av flera möjliga, styr.

Avtal om lokalhyra som innebär att den privata parten åtar sig vissa förpliktelser i form av tillhandahållande av tjänster gentemot den upphandlande organisationen torde inte sällan vara odelbara. I den mån avtalen innehåller flera delar där lokalhyra är en del och någon form av koncession är en annan del, är det svårt att se att någon av delarna skulle ha en fristående betydelse.

Kan de olika delarna inte särskiljas i flera kontrakt säger reglering och praxis att huvudsyftet med kontraktet blir avgörande för vilken reglering som ska användas.

3.2 Avtalets huvudsyfte

Vad som utgör huvudföremålet för ett odelbart blandat avtal har prövats av EU-domstolen vid flera tillfällen och ofta har frågan i fokus varit vad som ska anses vara en byggtreprenad. Samma principer är tillämpliga på avtal om lokalhyra som innebär att den privata parten åtar sig vissa förpliktelser i form av tillhandahållande av tjänster gentemot den upphandlande organisationen och följaktligen är den praxis som finns av betydelse även här.³⁶

Praxis är i många avseenden spretig eftersom det rör avtal som syftar till att reglera helt olika situationer. Tydligt är dock att huvudsyftet med ett avtal måste vara någorlunda klart specificerat och beskrivet. Ligger tyngdpunkten vad gäller

³⁴ Mål C-536/07, Kommissionen mot Tyskland, p. 28–29, EU:C:2009:664 och mål C-215/09, Mehiläinen Oy, p. 33–39, EU:C:2010:807.

³⁵ De förenade målen C-145/08 och C-149/08, Club Hotel Loutraki, p. 47–54, EU:C:2008:306. Kontraktet innehöll en aktieöverlåtelse, drift av kasino och vissa bygg- och anläggningsarbeten. EU-domstolen menade att omständigheterna var sådana att det var nödvändigt att ingå avtalet med en enda motpart som hade både ekonomisk kapacitet att köpa aktierna och erfarenhet av att driva kasino.

³⁶ Se här även Sundstrand, 2015, s. 52–63, där hon gör en grundlig genomgång av den praxis som finns med koppling till byggtreprenader.

detaljer och beskrivning på en viss del av avtalet är det också mycket som talar för att det är huvudsyftet och att andra delar är biförpliktelser.³⁷

Det ekonomiska värdet av de olika delarna i ett avtal har betydelse som en del i bedömningen. Skulle det ekonomiska värdet av en del av avtalet tydligt överstiga övriga delar talar mycket för att huvudsyftet avgörs av den ekonomiska tyngden.³⁸ Det är dock inte frågan om någon enkel majoritetsberäkning utan även övriga omständigheter måste beaktas.³⁹

I samband med avtal om lokalhyra som innebär att den privata parten åtar sig vissa förpliktelser i form av tillhandahållande av tjänster gentemot den upphandlande organisationen kan hyresdelen mycket väl komma att vara den dominerande delen i ett avtal, såväl i fråga om specifikation och beskrivning som i fråga om ekonomiskt värde. Skulle hyresdelen med det, i linje med vad som anförts ovan, ses som huvudsyftet med ett blandat och odelbart avtal är det svårt att samtidigt hävda att det är fråga om en upphandlingspliktig anskaffning och avtalet skulle med det inte vara upphandlingspliktigt.⁴⁰

4. SLUTSATSER

Vad som utgör en tjänstekoncession är som nämnts negativt definierat i så måtto att alla tilldelningar av koncessioner som inte utgör byggkoncessioner utgör just tjänstekoncessioner. För att det ska föreligga en tjänstekoncession fordras inte endast att koncessionshavaren bär en verksamhetsrisk utan det krävs också att den upphandlande myndigheten eller enheten *anskaffar* något från koncessionshavaren.

För att avtal där en upphandlande myndighet eller enhet upplåter mark eller lokaler till en koncessionshavare ska uppfylla LUK:s definition av en tjänstekoncession krävs att den upphandlande myndigheten eller enheten anförtrott den ekonomisk aktören att tillhandahålla en tjänst för den upphandlande myndighetens eller enhetens räkning. För att det ska röra sig om en tjänstekoncession torde därför fordras att det primära syftet med avtalet är att den upphandlande myndigheten eller enheten ska anskaffa en tjänst genom en koncession.

Som exempel på ett sådant avtal som kan anses inbegripa att den upphandlande myndigheten eller enheten anförtroter den ekonomiska aktören att tillhandahålla en tjänst nämner Granlund, Hallberg och Mühlenböck den

³⁷ Mål C-331/92, *Gestión Hotelera*, p. 24–26, EU:C:1994:155, och mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 53–64, EU:C:2009:664.

³⁸ Se de förenade målen C-145/08 och C-149/08, *Club Hotel Loutraki*, p. 57–58, EU:C:2008:306.

³⁹ Mål C-412/04, *Kommissionen mot Italien*, p. 50, EU:C:2008:102.

⁴⁰ Se de förenade målen C-145/08 och C-149/08, *Club Hotel Loutraki*, p. 59–62, EU:C:2008:306.

situation att en kommun upplåter restauranglokaler i ett kommunhus med hyresvillkor som innebär att den ekonomiska aktören förbinder sig att bedriva lunchservering för kommunanställda.⁴¹

Om det av ett avtal om upplåtelse av mark eller en lokal inte går att peka på att den ekonomiska aktören ska åta sig en specifik prestation som skiljer sig från sådana prestationer som vanligtvis kännetecknar den aktuella typen av avtal rör det sig inte om en tjänstekoncession utan om ett vanligt upplåtelseavtal. Det faktum att en upphandlande myndighet eller enhet äger en fastighet och ingår avtal om lokalhyra med en eller flera ekonomiska aktörer och där den verksamhet som bedrivs av hyresgästerna inte fyller något egentligt behov för den upphandlande myndigheten eller enheten, ska därför inte definieras som en tjänstekoncession. Inte heller det faktum att den upphandlande myndigheten eller enheten uppställer vissa krav i fråga om vilken typ av verksamhet som får bedrivas i lokalen förändrar den slutsatsen, inte minst om de aktuella kraven har sin grund i att lokalen i fråga är mer lämpad för viss typ av verksamhet eller om kraven följer av en detaljplan.⁴²

Huruvida ett visst avtal utgör en tjänstekoncession eller om det i stället rör sig om ett avtal om lokalhyra måste således avgöras mot bakgrund av avtalets innehåll och natur. Ett hyresavtal som innehåller för lokalhyresavtal sedvanliga villkor som relaterar till lokalen och den verksamhet som bedrivs i lokalen och som inte innehåller något specificerat uppdrag för hyrestagaren torde inte utgöra en tjänstekoncession.

Om en upphandlande myndighet eller enhet exempelvis skulle upplåta lokaler i en galleria och i samband med sådana upplåtelser ställer krav på att hyresgästerna ska bedriva viss typ av verksamhet eller att verksamheten ska ha en viss inriktning samtidigt som man också uppställer vissa krav på öppettider måste de villkoren jämföras med hur likande upplåtelser regleras på den privata marknaden. Skulle likande villkor förekomma då privata fastighetsägare hyr ut lokaler i en galleria är det mycket som talar för att det inte kan anses röra sig om en tjänstekoncession.

Att en upphandlande myndighet eller enhet hyr ut en lokal för viss verksamhet på vissa villkor, innebär alltså inte per automatik att det är fråga om en tjänstekoncession. Om de villkor som uppställs i avtalet däremot innebär att den ekonomiska aktören åtar sig något gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten som går utöver vad som vanligtvis kännetecknar den aktuella typen av avtal och dessutom bär verksamhetsrisken torde det röra sig om en tjänstekoncession i enlighet med definitionen i 1 kap. 19 § LUK.

Exakt var gränserna går mellan lokalhyresavtal och avtal om tjänstekoncessioner är därför något oklart och den bedömningen måste göras från fall till fall

⁴¹ Granlund, Hallberg & Mühlenbock, Offentlig upphandling av koncessioner, 2022, s. 38.

⁴² Se Granlund, Hallberg & Mühlenbock, Offentlig upphandling av koncessioner, 2022, s. 38.

med beaktande av hur villkoren för den aktuella typen av upplåtelse normalt är konstruerade.

Skulle kontraktet anses vara ett så kallat odelbart blandat kontrakt, varvid den privata parten åtar sig vissa förpliktelser i form av tillhandahållande av tjänster gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten, kan hyresdelen mycket väl komma att vara den dominerande delen av avtal. Om så är fallet får det till följd att avtalet i sin helhet faller utanför den upphandlingsplikt som annars följer med LUK.⁴³

Möjligtvis kan det bringas lite klarhet i hur gränsen mellan lokalhyresavtal och avtal om tjänstekoncessioner ska fastställas om de tvistemål som initierats med anledning av Swedavias upphandlingar av tjänstekoncessioner når högre instans eller om någon av domstolarna begär ett förhandsavgörande från EU-domstolen.⁴⁴

⁴³ Se de förenade målen C-145/08 och C-149/08, Club Hotel Loutraki, p. 59–62, EU:C:2008:306.

⁴⁴ Se till exempel mål T 3284-22 och mål T 2892-23 vid Attunda tingsrätt.

Denna digitala version är nedladdad från lawpub.se

Den licens som tillämpas för de verk som finns på lawpub.se är Creative Commons CC BY-NC 4.0. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här:

<https://creativecommons.org/licenses/bync/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>