

BOKWALL RISLUND

ADVOKATBYRÅ

NYA LOU, LUF OCH HELT NYA LUK, den 2 december 2015

I samarbete med Inköpsrådet

LUK – En ny lag om upphandling av koncessioner

Rättsläget idag

Nya direktivet och LUK

Sammanfattning

Tjänstekoncessioner – Rättsläget idag

- Tjänstekoncessioner (TKs) omfattas inte av LOU/LUF/LUFS. Byggnadskoncessioner (BKs) omfattas
- EU-fördragets grundläggande principer gäller dock – TKs ska tilldelas öppet, i konkurrens och UM/UE måste likabehandla etc. (C-324/98, Telaustria och Telefonadress, C-458/03 Parking Brixen)
- Tilldelning av TKs kan inte överprövas i domstol om inte koncessionen är särskilt reglerad i annan lagstiftning som säkerställer rätten till ett effektivt rättsmedel (HFD 2012 ref. 29 & HFD 2012 ref. 28)
- Kommissionen har 2014 kritiserat Sverige för detta och hotar med skadestånd om Sverige inte snarast (före 2016) inför rättsmedel, vilket inte skett ...

Nya lagen LUK

- Lagrådsremiss 4 juni 2015, innehåller förslag till en lag om upphandling av BKs och TKs (LUK) som genomför ”LUK-direktivet”
- LUK föreslås träda i kraft 1 april 2016
- Proposition väntas komma i början av december 2015 ...

Definition av koncession enligt LUK och direktivet

- Artikel 5.1 (1 kap. 14 och 19 §§ LUK):
 - Skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor där UM/UE anförtror utförande av byggentreprenad eller tillhandahållande av en tjänst till KH där
 - (i) ersättningen helt utgörs av rätten att utnyttja byggnadsverket / tjänsten (koncessionsföremålet) eller dels en sådan rätt, dels betalning från UM/UE

OCH

- (i) verksamhetsrisken för utnyttjandet av koncessionsföremålet övergår på KH

Verksamhetsrisk

- KH stå risken för att den faktiska efterfrågan är för liten och/eller att utbudet av tjänsten inte överensstämmer med efterfrågan
- KH inte garanterad att kompenseras för investeringar och kostnader som uppstått vid utnyttjandet av koncessionsföremålet (se C-382/05 *Kommissionen mot Italien*)
- ”**Den del**” av verksamhetsrisken som överförs ska omfatta **verklig** exponering för ”marknadens nycker” och ev. uppskattade förluster får inte vara endast nominella eller försumbara (se C-274/09 *Stadler*)
- Om ingen del av verksamhetsrisken överförs på KH utgör transaktionen ett tjänstekontrakt (mål C-234/03 *Contse m.fl.* punkt 22)
- **MEN** inget krav på att verksamhetsrisken *i sig* ska vara betydande (mål C-206/08 *Eurawasser* p. 70-72 och 77)

Exempel på tjänstekoncessioner – vanligare än man tror

- Restaurangdriften av Stadshuskällaren/Blå hallen i Stockholms stadshus
- Rätten att driva ett café i en kommunal idrotts-/simhall
- Drift av en kommunal parkeringsplats
- Biljettförsäljning till offentliga kulturevenemang, (t.ex. Värmlandsoperan)
- Rätten och skyldigheten att tillhandahålla ett publikt öppet fiberstadsnät och ansluta brukare i en kommun
- Förvaringsboxar på tågstationer
- Lånecyklar i städer
- Sotningstjänster
- Papperskorgar på allmänna platser
- Anläggning och drift av fjärrvärmenät
etc. etc.

EXEMPEL på vad som INTE är tjänstekoncessioner

- Arrangemang där alla som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exv. valfrihet för kunden och system med servicecheckar (**t.ex. LOV**)
- Avtal om utnyttjandet allmän egendom (t.ex. mark, hamnar, flygplatser) där UM/UE inte själv anskaffar eller ser till att allmänheten får del av särskilda tjänster, utan endast fastställer den allmänna villkor för användningen
- Avtal som ger ledningsrätt/nyttjanderätt till offentlig fast egendom för drift av fasta publika nät **OM** avtalet saknar krav på försörjningsskyldighet eller som inte avser UMs/UEs anskaffning av tjänster för egen del eller till slutanvändare
- Tillstånd eller licenser UM/UE fastställer villkoren för utförandet av en ekonomisk verksamhet på ansökan och där entreprenören är fri att dra tillbaka utförandet av tjänsterna
- Kontrakt utan betalningar till entreprenören och där entreprenören får betalt baserat på reglerade tariffer som beräknas så att de är kostnadstäckande för tillhandahållandet av tjänsten

Tjänstekoncessionen i ett nötskal

- (i) UM/UE **anförtrot** KH tillhandahållandet av en tjänst efter **viss selektering**,
- (ii) ersättningen helt består i att ta betalt från brukarna/marknaden (inklusive UM/UE som brukare), eller delvis betalning från UM/UE
- (iii) en **reell verksamhetsrisk** övergår på KH som därigenom står efterfråge-/utbudsrisk, utan garantier att kompenseras för investeringar och kostnader ("marknadens nycker"). T.ex. står KH (inte UM/UE) risken att kunder inte betalar trots att KH levererat enligt kundavtalet
- (iv) KH **förpliktigas** att tillhandahålla tjänsten och kan inte ensidigt besluta att upphöra med tjänsten

Allmänt om direktivet och LUK

- Mycket av LUK/direktivets innehåll motsvarar LOU/LUF/direktiven, exv. avseende de grundläggande principerna, uteslutning av leverantörer, val av anbud, ändring av avtalet, miljö- och sociala hänsyn, skyldigheten att avsluta kontrakt, överprövning, skadestånd och upphandlingsskadesavgift, **MEN** med mkt lägre detaljering och större flexibilitet
- 55 artiklar (och 88 skäl...) i direktivet och 18 kapitel i LUK, inkl. ett 15 kapitel för TKs/BKs under tröskelvärdena
- OK med direktupphandling av koncessioner pga. synnerliga skäl eller av ”mycket ringa betydelse”: €259 300 / MSEK 2,4 (<5% av tröskelvärdet)
- Tillgång till kontrakt - Krav på offentlighet av koncessionskontrakt för alla UM/UE

Unika undantag i enligt LUK-direktivet

- Vissa TKs inom försvars och säkerhetsområdet (artikel 10.5 och 10.6)
- Lufttransporttjänster och kollektivtrafik (artikel 10.3) - EU Förordning nr 1008/2008 resp. 1370/2007 gäller
- Lotteritjänster (artikel 10.9) för att bevara MS möjligheter att reglera spelsektorn på nationell nivå (skäl 35)
- Drift av publika vattennät och leverans av dricksvatten till sådana nät samt vissa vattenbyggnadsprojekt (konstbevattning och dränering) om mer än 20% utgörs av dricksvatten, samt bortskaffande eller rening av avloppsvatten (kräver ”specifika och komplicerade arrangemang som kräver särskilda hänsynstaganden”, skäl 40).

Fritt upphandlingsförfarande

- Finns inga bestämmelser om proceduren för upphandlingen. UM/UE fri att organisera förfarandet förutsatt att direktivet följs (artikel 30.1)
- Finns **förfarandegarantier** avseende vissa centrala moment som måste iakttas under upphandlingsförfarande, exempelvis kontroll av kravuppfyllelse, information från UM/UE, dokumentation, förhandlingar etc. (artikel 37)
- Förhandling alltid OK men får inte leda till att koncessionsföremålet, tilldelningskriterierna eller minimikraven ändras (artikel 37.6 resp. 6 kap. 6 §)
- Direktivet och LUK saknar bestämmelser om komplettering och förtydligande av anbud vilket indikerar den stora frihet UM/UE har att bestämma förfarandets detaljer (dock med iakttagande av de grundläggande principerna)

Tilldelningskriterierna

1. ska vara förenliga med de grundläggande principer
 2. ska säkerställa att anbuden bedöms i konkurrens med varandra i syfte att *fastställa allmänna ekonomiska fördelar för UM/UE*
 3. ska ha koppling till koncessionsföremålet, och
 4. får inte ge UM/UE en *obegränsad* valfrihet vid utvärderingen av anbuden
 5. ska vara kontrollerbara
 6. får innefatta miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier avseende innovation
 7. ska anges i fallande prioritetsordning
 8. får ändra prioritetsordning om det i ett anbud föreslås en innovativ lösning med synnerligen hög funktionell prestanda som UM/UE inte hade kunnat förutse och det finns särskilda skäl
- STOR FLEXIBILITET OCH SUBJEKTIVT UTRYMME MED BEVISSVÅRIGHETER

Tröskelvärde och beräkning av en koncessions värde

- Direktivet omfattar endast TKs som överstiger ett tröskelvärde 5 186 000 EUR - ca 48,6 MSEK
- TKs värde bestäms genom UMs/UEs uppskattning av den omsättning som koncessionen genererar för KH under avtalstiden, dvs. en **förhandsbedömning** (artikel 8 och motiven i skäl 23)
- Beräkningen enligt **objektiv metod angiven i upphandlingsunderlaget** som ska omfatta alla ersättningar, avgifter och andra intäkter eller fördelar, optioner, förlängningar som KH har av koncessionsföremålet, oavsett om de kommer från brukarna eller från UM/UE
- Om värdet av koncessionen vid tidpunkten för tilldelningen är mer än 20 % högre än koncessionens först uppskattade värde, utgör värdet vid tilldelningen den giltiga uppskattningen av värdet av koncessionen

Koncessioners varaktighet

- Ska vara tidsbegränsade pga. risk för att marknaden annars avskärmas och konkurrensen begränsas (jmf ramavtal)
- OM längre än 5 år, får avtalstiden inte överstiga en rimlig tid för att KH ska få tillbaka gjorda investeringar för tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet (jmf undantaget för ramavtal som är längre än 4 år)
- Beakta både inledande investeringar och sådana som görs under koncessionen

Interna koncessioner

- Koncessioner mellan UMs eller UEs och en avtalspart som är en juridisk person eller en gemensam kommunal nämnd omfattas inte OM:
 1. UM/UE ensam eller gemensamt med andra UM/UE utövar kontroll över avtalsparten motsvarande den som UM/UE utövar över sin egen förvaltning
 2. avtalsparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för UMs/UEs räkning eller organ som UM/UE kontrollerar OCH
 3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i avtalsparten
- **OBS!** 3e kriteriet avviker från EUDs praxis som anger att Teckalkriteriet ”kontroll” inte kan föreligga om det finns ett privat ägande/intresse
- Indirekt privat ägande i KH utesluter alltså inte tilldelning utan upphandling (in-house)

5 saker att ta med sig

1. Definitionen av verksamhetsrisk inte solklar – Ska en **betydande del** av verksamhetsrisken övergå eller inte? Genomförandeutredningen/regeringen menar att denna EUD-praxis inte är kodifierad genom direktivet, medan KKV menar att oklarheten kvarstår, dvs. risken måste kvantifieras
2. Ju mer betalning från UM/UE, eller ju större koppling betalningen har till intäktsbortfall/nyttjandegrad, desto mindre är KH utsatt för ”marknadens nycker”, dvs. lägre verksamhetsrisk. Begränsad betalning i direkt syfte att subventionera slutkundspriset (för att det inte ska bli för högt) = Säker zon?
3. Svårt att beräkna/uppskatta tröskelvärde. Gör en noggrann marknadsanalys och förstudie samt kalibrera vid tilldelning när anbuden gett bättre underlag – Blir MÅNGA direktupphandlingar
4. OBS! KKV kritisk mot 3e kriteriet för interna koncessioner
5. Hög risk för olika utgång i liknande fall i domstol (Bräcke-Simrishamn)

BOKWALLRISLUND

ADVOKATBYRÅ

carl.bokwall@br-a.se

WWW.BOKWALLRISLUND.SE

Copyright © 2015 by BOKWALLRISLUND Advokatbyrå KB

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form by any means - electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise - without the permission of BOKWALLRISLUND. This document provides an outline of a presentation and is incomplete without the accompanying oral commentary and discussion.