

PM 2 2009-03-04 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom anbudsinfördran i strid mot de grundläggande principerna för tilldelning av tjänstekoncession (proportionalitetsprincipen).

Rikstrafiken har vid anbudsinfördran avseende regelbunden flygtrafik grundat sig på omständigheter som hänför sig till olikheter i anbudsgivarnas befintliga förhållanden, och inte förhållanden med avseende på den period som upphandlingen avser.

Rikstrafiken inhämtade genom annons införd den 18 januari 2008 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) C 13¹ anbud avseende uppdrag att med ensamrätt bedriva regelbunden flygtrafik mellan ett antal platser, däribland sträckorna Torsby-Stockholm/Arlanda och Hagfors/Stockholm/Arlanda, alternativt den kombinerade sträckan Torsby-Hagfors-Stockholm/Arlanda (deluppdrag 3,7 eller 12)² under perioden den 26 oktober 2008 till och med den 29 oktober 2011 (3 år) - dnr Rt 2007/50.³

Av förfrågningsunderlaget, daterat den 18 januari 2008, framgår att anbudsförfarandet sker i enlighet med EG-förordningen (2408/92/EG) om EG-lufttrafikföretags⁴ tillträde till flyglinjer inom gemenskapen (se vidare nedan under gällande rätt). Anbud kan enligt punkten 2.3.2 i underlaget lämnas på en eller flera deluppdrag, var för sig, men får också lämnas på vissa i underlaget särskilt angivna kombinationer av sträckor, däribland sträckan Torsby-Hagfors-Stockholm/Arlanda (se punkten 2.3.2).

Under rubriken ”Uppgifter om anbudsgivare” (på sidan 9 i förfrågningsunderlaget) anges som obligatoriska s.k. *skall-krav* ett antal uppgifter som anbudsgivare måste redovisa i anbudet, däribland följande:

3. Anbudsgivare ska redovisa giltig operativ licens (OL) samt giltigt driftstillstånd (AOC) för den trafik anbudet avser. Eventuell komplettering av OL och AOC ska inges till Rikstrafiken senast två månader efter anbudstidens utgång.

Operativ licens (OL) och driftstillstånd (AOC) meddelas av nationell transportmyndighet, (i Sverige av Transportstyrelsen, tidigare Luftfartsstyrelsen)⁵, med innebörden att innehavaren är behörig att utföra viss flygtrafik mot betalning.

Ett *driftstillstånd (AOC)* innefattar intygande att lufttrafikföretaget besitter tillräckliga yrkesmässiga kunskaper och en organisation för att på ett betryggande sätt sköta de luftfartsaktiviteter som finns angivna i tillståndet. AOC omfattar samtliga de flygplanstyper företaget använder sig av. Vilka individuella flygplan som omfattas av AOC framgår av en bilaga till certifikatet. Ett flygplan får samtidigt inte ingå i mer än ett AOC i taget. Detta innebär att intresserade företag, för att kunna ange ett ”*giltigt driftstillstånd (AOC) för den trafik anbudet avser*” måste besitta de individuellt angivna flygplan som ska utföra den tänkta trafiken samt att företagets erhållit AOC i enlighet med detta.

Vid anbudstidens utgång, den 19 mars 2008, registrerades totalt sex (6) inkomna anbud, bland annat från två företag, här angivna som Anbudsgivare 5 och Anbudsgivare 6, vilka båda lämnat anbud på deluppdrag 12, innefattande den kombinerade sträckan Torsby-Hagfors-Stock-

¹ Se Europeiska unionens officiella tidning (EUT) C 13, annons införd 18 januari 2008 (ISSN 1725-2504). Bedrivande av regelbunden lufttrafik – Rikstrafikens anbudsinfördran i enlighet med artikel 4.1 d i rådets förordning (EEG) nr 2408/92, angående bedrivande av regelbunden lufttrafik på ett antal (i fotnoten 3 redovisade) sträckor.

² Se anbudsinvjudan, punkten 2.3.2. punkterna 3 och 7 samt punkten 12.

³ De i anbudsinvjudan uppräknade deluppdragen består av sträckorna: (1) Arvidsjaur-Stockholm/Arlanda, (2) Gällivare-Stockholm/Arlanda, (3) Hagfors-Stockholm/Arlanda, (4) Hemavan-Stockholm/Arlanda, (5) Lycksele-Stockholm/Arlanda, (6) Sveg -Stockholm/Arlanda, (7) Torsby-Stockholm/Arlanda, (8) Vilhelmina-Stockholm/Arlanda, (9) Pajala-Luleå samt (10) Östersund-Umeå. Anbud kan också lämnas på ett flera av följande sammanlagda deluppdrag: (11) Arvidsjaur-Lycksele- Stockholm/Arlanda, (12) Torsby-Hagfors-Stockholm/Arlanda, (13) Hemavan-Vilhelmina-Stockholm/Arlanda, (14) Hemavan-Sveg-Stockholm/Arlanda, (15) Vilhelmina-Sveg-Stockholm/Arlanda (se punkten 1.3, s. 5 i underlaget).

⁴ Med *EG-lufttrafikföretag* avses ett lufttrafikföretag med giltig operativ licens som utfärdats av en medlemsstat i enlighet med rådets förordning (EEG) nr 2407/92 av den 23 juli 1992 om utfärdande av tillstånd för lufttrafikföretag.

⁵ Luftfartsstyrelsen ingår sedan den 1 januari 2009 som en avdelning i den nya myndigheten Transportstyrelsen.

holm/Arlanda. Båda företagen är EG-lufttrafikföretag och hade vid tidpunkten för anbudsgivningen giltiga OL och AOC avseende bl.a. passagerarflyg inom Europeiska unionen (EU).

Anbudsgivare 5 hade till grund för sitt anbud anvisat två alternativa flygplanstyper⁶ vilka företaget ämnade utnyttja för den planerade trafik som anbudet avsåg. Företaget hade dock inte, innan klart beslut om tilldelning förelåg, förvärvat några av de anvisade flygplanen, varför dessa inte omfattades av företagets AOC. Anbudsgivare 6 utövade vid tidpunkten för den aktuella anbudsgivningen trafikrättigheten på sträckan Torsby–Hagfors–Stockholm/Arlanda och hade till följd härav tillgång till befintlig produktionskapacitet i form av ett flygplan för just denna sträcka.⁷

Beslut om tilldelning meddelades den 28 maj 2008. Av detta beslut framgår att Anbud 5 förkastades, d.v.s. fördes aldrig vidare till slutlig utvärdering och beslut om tilldelning, på den grunden att Rikstrafiken ansåg att företaget inte uppfyllde ovannämnda skall-krav, punkten 3, med krav på giltigt driftstillstånd (AOC) för den trafik anbudet avser. Under hand har Rikstrafiken meddelat att formuleringen ”*för den trafik som ska bedrivas*” ska tolkas som ett obligatoriskt krav på de anbudsgivande företagen att senast två månader efter anbudstidens utgång, d.v.s. senast den 19 maj 2008, redovisa giltiga AOC innefattande de specifika flygplan som planeras används för den aktuella trafiken. Vidare framgår att tilldelning avseende deluppdrag 12 (Torsby–Hagfors–Stockholm/Arlanda) tilldelades Anbudsgivare 6.

Kontraktsvärdet av de samlade uppdrag som anbudsförfarandet avser kan med ledning av tidigare års volymer uppskattas till c:a 68 miljoner kronor per år⁸, således totalt c:a 200 miljoner kronor under den angivna kontraktstiden på tre år.

Gällande rätt

Fråga om tilldelning av trafikrättigheter på trafikpliktiga sträckningar regleras sedan den 1 januari 1993 genom Rådets förordning (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 om EG-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen (nedan angiven som lufttrafikförordningen), vilken i Sverige implementerats genom lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

Enligt artikel 4.1. (a) EG-lufttrafikförordningen får en medlemsstat, efter samråd med andra berörda medlemsstater och efter att ha meddelat Europeiska kommissionen och de lufttrafikföretag som utövar lufttrafik på flyglinjen, inom sitt territorium införa allmän trafikplikt med avseende på regelbunden lufttrafik till ett ytterområde eller ett utvecklingsområde eller på en flyglinje med låg trafikintensitet till en regional flygplats, om flyglinjen anses väsentlig för den ekonomiska utvecklingen i den region där flygplatsen är belägen. Detta får göras i den utsträckning som är nödvändig för att på denna flyglinje säkerställa ett adekvat utbud av regelbunden lufttrafik som uppfyller fastställda normer för kontinuitet, regelbundenhet, kapacitet och prissättning, normer som lufttrafikföretagen inte skulle uppfylla om de enbart tog hänsyn till sina kommersiella intressen.

I de fall då ingen annan transportform kan säkerställa en adekvat och oavbruten förbindelse på en sträckning som omfattas av allmän trafikplikt, får enligt art. 4.1 (c) EG-lufttrafikförordningen de berörda medlemsstaterna även låta den allmänna trafikplikten omfatta ett krav på att alla flyg-

⁶ Av anbudet från Anbudsgivare 5 framgår bl.a. följande : ”[Anbudsgivare 5] kommer att införskaffa lämplig flygplanstyp för trafikåtagandet. Två alternativa flygplanstyper med likvärdig kapacitet är aktuella, Beetch 1900 och Jeststream 31/12. Det slutliga avgörandet av vilken typ som väljs kommer att fattas efter att den aktuella upphandlingen avgjorts. Faktorer som spelar in i det slutliga valet av flygplan är tillgång på flygplan vid anskaffningstillfället, modifieringsstatus på aktuella objekt mm. Båda flygplanstyperna har kapacitet för 15 passagerare. Beroende på hur flygplanet konfigureras kan eventuellt upp till 19 platser komma att erbjudas. ”De båda anvisade flygplanstyperna fanns såvitt kunnat utredas allmänt tillgängliga på marknaden för ett snabbt förvärv efter eventuellt tilldelningsbeslut.

⁷ I övriga deluppdrag som omfattades av Anbud 6 tilldelades företaget trafikrättigheter, trots att anbudet i dessa delar baserades på ett flygplan som var ombyggt för fraktflyg och därmed inte ägnat för sådan passagerartrafik som upphandlingen huvudsakligen avsåg. I den AOC som Anbudsgivare 6 åberopat till stöd för sitt anbud anges bl.a. flygplanet SE-LGZ , av typ British Aerospace BAe ATP. Detta flygplan är emellertid registrerat som en fraktmaskin med passagerarantal i AOC angivet till noll (0). En ombyggnad av passagerarplan till fraktflyg innebär inte bara att man tar bort alla stolar. Dessutom urmonteras detaljer som hatthyllor, innerväggar och tak, syrgassystem, elsystem i kabinen mm. Flygplanet förstärks och man monterar räls med rullar för lastning av containers och pallar. Lastutrymmena brandklassas i en betydligt högre klass än vad som krävs för passagerarkabiner. Sammantaget är det en väldigt omfattande modifiering som genomförs och förenat med stora kostnader och svårigheter att återställa planet för passagerartrafik igen.

⁸ Se prop. 2005/06:160, s. 206. Där framgår att den historiska kostnaden för den av Rikstrafiken upphandlade flygtrafiken uppgick för 2004 till c:a 144 miljoner kronor och för 2005 c:a 126 miljoner kronor. Kostnaden för 2006 uppgavs i propositionen bli avsevärt lägre och bedömdes av Rikstrafiken komma att uppgå till ca 68 miljoner kronor.

trafikföretag som avser att utöva lufttrafik på flyglinjen garanterar att de kommer att göra detta under en viss period som ska fastställas i enlighet med de andra villkoren för allmän trafikplikt. Om inget lufttrafikföretag utövar eller står i begrepp att utöva sådan regelbunden lufttrafik får enligt art. 4.1 (d) EG-lufttrafikförordningen medlemsstaten för en period på högst tre år (varefter situationen ska omprövas) begränsa tillträdet till den aktuella flyglinjen till endast ett lufttrafikföretag. Rättigheten att utöva lufttrafik på sådana flyglinjer ska erbjudas genom ett *offentligt anbudsförfarande*, antingen för en flyglinje eller för ett antal flyglinjer, riktat till alla EG-lufttrafikföretag som är berättigade att utöva sådan lufttrafik. Erbjudandet om att delta i anbudsförfarandet ska offentliggöras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EUT).

För svenskt vidkommande beslutade regeringen den 2 december 1993 om införande av allmän trafikplikt fr.o.m. den 27 oktober 2002 på sträckan Östersund-Umeå. Genom beslut av den 20 december 2001 utvidgades trafikplikten till att omfatta ett antal ytterligare sträckor, däribland sträckorna Torsby-Stockholm/Arlanda och Hagfors/Stockholm/Arlanda.⁹ Den allmänna trafikplikten omfattar ett antal kriterier och materiella krav med avseende på turtäthet, antal sittplatser, tidtabell, biljettpriser m.m. som flygföretagen ska tillgodose för att få bedriva trafik på de aktuella linjerna.

Rättigheten för ett EG-lufttrafikföretag att utöva lufttrafik på sådan flyglinje som omfattas av trafikplikt i enlighet med EG-lufttrafikförordningen, med eller utan rätt till ersättning, utgör till sin karaktär en *tjänstekoncession*. Därmed avses kontrakt där ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels viss betalning.¹⁰

Tilldelning av tjänstekoncession ska inte förväxlas med offentlig upphandling, även om förfarandena är snarlika och omfattas av samma grundläggande gemenskapsrättsliga principer.¹¹ Någon entydig och klar definition eller reglering angående tjänstekoncessioner föreligger för närvarande inte, varken i svensk nationell lagstiftning eller inom gemenskapsrätten. Klart framstår emellertid att för att en tjänstekoncession ska anses föreligga måste två förutsättningar samtidigt vara uppfyllda. För det första ska koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja de för koncession upplåtta rättigheterna ekonomiskt. För det andra ska en betydande ekonomisk risk i samband med utövandet överföras på koncessionshavaren. EG-kommissionen avgav i ett tolkningsmeddelande år 2000 att det kan vara fråga om tjänstekoncession om en medlemsstats myndighet överlåter en betydande ekonomisk risk för driften av en verksamhet på en koncessionshavare som samtidigt ges rätten att kommersiellt utnyttja en viss anläggning eller tjänst. Skulle däremot entreprenören ges garantier om kostnadstäckning för det fall att han utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt kan det i normalfallet inte anses föreligga någon tjänstekoncession, eftersom den ekonomiska risken i sådant fall kvarstår hos myndigheten.¹²

Den riskexponering som således måste uppstå är karaktäristisk för just koncessioner. Den ekonomiska risken hänger i hög grad samman med de externa intäkter som koncessionshavaren kan få genom nyttjandet av anläggningen. Risköverföringen som sker från den koncessionsgivande myndigheten utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och kontrakt som

⁹ Utvidgningen gäller i angivet avseende från och med den 27 oktober 2002.

¹⁰ En definition av begreppet *tjänstekoncession* återfinns i bl.a. artikel 1.4 av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet). Där anges bl.a. följande: "Tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning". Med offentligt kontrakt avses enligt artikel 1, punkten 2a "skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtjänst, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i [direktivet]". Enligt samma artikel, punkten 2d definieras offentligt tjänstekontrakt vidare som "andra offentliga kontrakt än offentliga byggtjänst- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i [direktivets] bilaga IP". Vid blandande kontrakt som avser såväl en kombination av tjänster med entreprenadarbeten eller varor gäller enligt den s.k. överviktsprincipen att kontraktet ska betraktas enligt den kategori som värdemässigt dominerar upphandlingen (se art. 1.2 d andra stycket).

¹¹ Se 1 kap. 2 § sista stycket samt 12 § LOU.

¹² Se EG-kommissionens tolkningsmeddelande den 29 april 2000 om koncessioner enligt EG-rätten (EGT C 121/2). EG-kommissionen har dessutom berört frågan om tilldelning av tjänstekoncessioner i en grönbok den 30 april 2004 om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2004) 327 slutlig) samt överväger att (möjligen under 2008) föreslå ett nytt regelverk för samordning av tilldelningen av tjänstekoncessioner, vilket i sådant fall kommer att ansluta till befintliga regler om offentlig upphandling och innehålla detaljerade bestämmelser om tilldelning av tjänstekoncessioner.

omfattas av krav på offentlig upphandling.¹³ I det senare fallet bär leverantören normalt enbart risk för att investerings- och driftkostnaderna skulle visa sig överstiga den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande, men inte risken för att inkomster kopplade till rätten att utnyttja anläggningen inte förslår.¹⁴

Förfarandet vid tilldelningen av tjänstekoncessioner omfattas, i likhet med offentlig upphandling, av EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet vilka kommer till uttryck genom artiklarna 28-30 och 43-55 EG, särskilt artiklarna 43 och 49 EG, liksom av de grundläggande gemenskapsrättsliga principer, däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *proportionalitet*.¹⁵ Dessa principer har i en rad avgöranden uttolkats av EG-domstolen som gemensamma för såväl tilldelning av tjänstekoncessioner som för offentlig upphandling.¹⁶

Principen om *likabehandling och icke-diskriminering* innebär att samtliga företag som kan vara intresserade av att tilldelas till exempel en tjänstekoncession ska ges så lika förutsättningar för anbudsgivning som möjligt. Alla måste t.ex. få tillgång till för anbudsförfarandet relevant information, vid samma tillfälle och på liknande villkor. Förekommande krav och villkor får vidare inte ges någon diskriminerande verkan.

Av *proportionalitetsprincipen* följer vidare att krav och villkor som ställs i ett anbudsförfarande måste vara relevanta (proportionella) i förhållande till det behov som skall täckas med förfarandet. Den anbudsinfordrande myndigheten får således inte ställa andra eller mer långtgående krav än vad som erfordras för att täcka det aktuella behovet. Enligt fast praxis från EG-domstolen¹⁷ måste kriterierna för en anbudsgivning uppfylla fyra villkor. De ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de ska motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de ska vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med upphandlingen uppnås och de ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. Frågan huruvida det är förenligt med proportionalitetsprincipen att ställa krav på att leverantörer redan på anbudsstadiet ska förfoga över erforderlig utrustning eller kapacitet för det aktuella uppdraget, har av EG-domstolen exempelvis besvarats nekande.

I målet *Contse* (C-234/03)¹⁸ hade EG-domstolen att bedöma tillämpningen av bl.a. proportionalitetsprincipen inom ramarna för ett offentligt upphandlingsförfarande avseende hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd, där den upphandlande myndigheten uppställt dels villkor för deltagande (skall-krav) enligt vilket det anbudsgivande företaget redan vid tidpunkten för anbudets avgivande skulle förfoga över lokaler som är öppna för allmänheten, dels bedömningskriterier för anbudsvärderingen (bör-krav) som innebär att det skulle beaktas, i form av tilldelning av tilläggsपोäng, att anbudsgivaren vid anbudsgivningen besitter egna anläggningar för tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas inom visst geografiskt område eller lokaler öppna för allmänheten på andra angivna orter. Den upphandlande myndigheten hade även angivit som bör-krav att anbudsgivarnas förmåga att leverera största möjliga varumängd skulle tillmätas betydelse vid tilldelningen. EG-domstolen konstaterade att det aktuella skall-kravet var ägnat att medföra särskilda utgifter för leverantörerna som de endast kan få tillbaka om kontraktet tilldelas dem. Detta, menade domstolen, får till följd att det blir väsentligt mindre attraktivt att lämna anbud i upphandlingen. Detsamma gällde enligt domstolen för de aktuella bör-kraven enligt vilka tilläggsपोäng skulle beviljas om en befintlig kapacitet redan fanns tillgänglig i på de orter som avsågs i upphandlingen (p. 29). Även i detta avseende framstod det enligt domstolen som uppenbart att kraven är ägnade att hindra anbudsgivning från företag som inte redan förfogar över aktuell kapacitet (p. 30). EG-domstolen fastslog också att även om

¹³ Se lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.

¹⁴ Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 21 mars 2001 till regeringen (dnr. 2000/0339-22) samt yttrande den 8 juni 2006 till Kammarrätten i Stockholm (dnr. 2006/0068-29).

¹⁵ De grundläggande gemenskapsrättsliga principer som normalt brukar framhållas är principen om likabehandling och icke-diskriminering samt kraven på öppenhet (transparens), proportionalitet samt ömsesidigt erkännande. Se bl.a. EG-domstolens dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, *Storebæltsforbindelsen AS*, REG 1993, s. I-3353. samt den 25 april 1996 i mål C-87/94, *kommissionen mot Belgien*, REG 1996, s. I-1631. Se vidare Förstainstansrättens avgörande den 8 maj 1996 i målet T-19/95, *Adia Interim*, REG 1996, s. II-321 samt den 17 december 1998 i målet T-203/96, *Embassy Limousines & Services*, REG 1996, s. II-4239.

¹⁶ Se EG-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p. 46, där domstolen avseende tjänstekoncessionen att driva en parkeringsplats konstaterade att trots att "avtal om koncession avseende allmännyttiga tjänster på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte omfattas av tillämpningsområdet för [offentlig upphandling], är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet" (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000, s. I-10745, punkt 60, och av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, *Coname*, REG 2005, s. I-0000, punkt 16).

¹⁷ Se EG-domstolens dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, *Kraus*, REG 1993, s. I-1663, p. 32, vidare domstolens dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, *Gebhard*, REG 1995, s. I-4165 samt av den 6 november 2003 i mål C-243/01, *Gambelli*, REG 2003, s. I-1303, pp. 64 och 65.

¹⁸ Se EG-domstolens dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, *Contse*, REG 2005, s. I-9315.

Sid. 5 (7)

förekomsten av befintliga lokaler i sig kan anses lämplig för att säkra patienternas hälsa framstår ändå kravet på att inneha sådana vid anbudets avgivande som uppenbart oproportionerligt (p. 43). Det kunde enligt EG-domstolen anses tillräckligt med att upphandlande enheten genom särskilda kontraktsvillkor (minimivillkor) hade försäkrat sig om sådana arrangemang inom ramarna för uppdragets fullgörande, så att behovet av kontinuitet och patientsäkerhet därmed kunde anses uppfyllt (pp. 45 och 46).

I ett annat avgörande samma dag, *kommissionen mot Spanien (C-158/03)*¹⁹ redovisade domstolen en liknande bedömning. Sakförhållandena var så gott som identiska med det ovan beskrivna *Contse-målet*. Domstolen fastslog att förfarandet stred mot kravet på proportionalitet och att Spanien således hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG.

Från svensk rättspraxis kan nämnas ett avgörande från Svea hovrätt år 2003 i samband med ett mål om upphandling av helikopterambulanstransporter, där ett i anbudsförutsättningarna intaget krav på att anbudsgivaren skulle besitta mörkerflygningscertifikat (IFR-certifiering) inte ansågs sådant att detta kunde krävas redan vid anbudsgivningen eller före beslutet om tilldelning. Hovrätten fastslog, att det kunde anses tillräckligt att det vinnande företaget meddelades erforderligt IFR-certifikat för mörkerflygning två dagar innan den aktuella entreprenaden skulle påbörjas, d.v.s. 15 månader efter anbudstidens utgång och 11 månader efter beslut om tilldelning. Av Gotlands tingsrätts, sedermera av Svea hovrätt fastställda, dom i målet framgår bl.a. följande domskäl.

”Det kan [...] hävdas att den omständigheten att ett certifikat inte är beroende endast av företaget självt utan även av myndighets tillstånd borde leda till det måste vara uppfyllt vid anbudstidens utgång. Emellertid har det upplysts i målet att IFR-certifikat vid den aktuella tidpunkten beviljades för mycket korta tider, vilket innebär att samtliga företag måste ansöka om förnyade certifikat under en så lång tid här är aktuell och kanske till och med under de 18 månader som förlöt från anbudets avgivande till avtalstidens början. Redan med hänsyn härtill kan ett krav på IFR-certifiering inte anses vara ett sådant grundläggande tekniskt krav på företaget att det bör behandlas på annat sätt än övriga skall-krav [nytt stycke] Tingsrätten finner således att bestämmelsen i 1 kap. 20 a § [lagen (1992:1528) om offentlig upphandling] inte bör ges den innebörden att samtliga skall-krav skall vara uppfyllda redan vid anbudstidens utgång. Istället bör den, som kommunen angett, tolkas så att den upphandlande enheten har att pröva om anbudsgivaren reserverat sig mot någon del av förfrågningsunderlaget eller om denne uppfyller de krav som ställts upp.”²⁰

Yttrande

Rikstrafiken har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anfört sammanfattningsvis följande. Det är inte fråga om någon överträdelse av proportionalitetsprincipen, lika lite som bristande likabehandling. Konkurrensen har inte snedvridits genom förfarandet och Konkurrenskommissionens oro för att Sverige skulle fällas för fördragsbrott i EG-domstolen är obefogad.

Syftet med kravet på operativ licens (OL) samt giltigt driftstillstånd (AOC) för den trafik anbudet avser var att Rikstrafiken skulle kunna pröva dels om uppställda krav på trafiken uppfylldes med den angivna flygplanstypen, dels om anbudsgivaren förfogade över flygplanstypen i fråga. Rikstrafiken konstaterade att gällande AOC för Anbudsgivare 5 inte innefattade någon av de flygplanstyper som bolaget skulle använda för den aktuella trafiken, varken vid tiden för anbudsgivning eller när tiden för komplettering hade löpt ut. Till förutsättningarna för anbudsgivning hörde att anbudsgivare kunde åberopa annan leverantörs kapacitet, d.v.s. använda sig av underleverantör som tydligt förfogade över de resurser som krävdes i anbudsförfarandet. Anbudsgivare 5 utnyttjade emellertid inte denna möjlighet. Rikstrafiken konstaterade alltså att anbudsgivaren saknade formell kompetens i form av AOC att flyga med den flygplanstyp som angavs i anbudet. Att förvärva sådant AOC kan ta månader och föregås dessutom av en tillståndsprövning som inte självklart leder till bifall.

¹⁹ Se EG-domstolens dom av den 27 oktober 2005 i mål C-158/03, *kommissionen mot Spanien*, inte publicerad i REG.

²⁰ Se Svea Hovrätt, dom av den 19 juni 2003 i mål T 567-02 (*Norrlandsflyg AB mot Gotlands kommun*) se även Gotlands tingsrätt, dom av den 21 december 2001 i samma mål (nr T 843-00), domskälen s. 15.

Såsom Rikstrafiken uppfattat anser Konkurrenskommissionen att Rikstrafiken har ställt ett onödigt långtgående krav. Alla presumtiva anbudsgivare kan emellertid inte ges identiska förutsättningar när det gäller förmågan att uppfylla ställda krav. Eftersom utövandet av regelbunden lufttrafik utgör tillståndspliktig verksamhet har förekommande krav en stark koppling till allmänintresset och Rikstrafikens mål med anbudsförfarandet. Om tillståndsgivningen skulle dra ut på tiden eller om tillstånd inte skulle beviljas skulle nämligen trafiken inte kunna utövas.

Rikstrafiken medgav komplettering av AOC senast två månader efter anbudstillfället. Syftet var att flytta fram tidpunkten för komplettering så långt det var möjligt för att underlätta konkurrensen. Det får också påpekas att den allmänna trafikplikt som anbudsförfarandet avser varit känd under en längre tid, varför det har funnits gott om tid för intresserade företag att förbereda sig för anbudsgivning.

En uppfattning som ofta framförs av de regioner som är berörda av trafiken är att anbudsgivare bör ha flerårig erfarenhet av den flygplanstyp som anges i anbudet. Så långt har Rikstrafiken emellertid av konkurrensskäl inte valt att gå.

Kravet som följer av anbudsförfarandet innebär inte att anbudsgivare behöver förfoga över exakt den eller de flygplansindivider som ska användas, utan avser att anbudsgivare ska besitta den formella kompetensen att operera den flygplanstyp som ska användas. Anbudsgivare 5 ställde dock inga flygplanstyper, för vilka giltigt AOC fanns, till förfogande för uppdraget. Det har funnits ett stort antal lufttrafikföretag som har kunnat delta i anbudsförfarandet, varför konkurrensen inte kan anses ha snedvridits. Genom kravet på giltigt AOC har Rikstrafiken säkerställt att anbudsgivare förfogar över en för uppdraget fundamental resurs. Om tillgången till denna resurs skulle ha varit avhängig en tillståndsprövning efter tilldelningsbeslut, och således efter det att anbudsförfarandet hade avslutats, skulle Rikstrafiken ha riskerat försenad eller rent av utebliven trafikstart.²¹

Till saken hör att det genomförda anbudsförfarandet är ett öppet förfarande med ytterst begränsade möjligheter vad det gäller komplettering eller förhandling eftersom detta skulle kunna få till följd att myndigheten "hjälp" en specifik anbudsgivare. Det har däremot funnits goda möjligheter att ställa frågor till Rikstrafiken om anbudets innehåll och innebörden av olika krav till underlag för beslut om anbud ska lämnas eller inte.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Det aktuella anbudsförfarandet avseende regelbunden flygtrafik mellan ett antal platser vilka omfattas av s.k. trafikplikt, däribland passagerartrafik på sträckorna Torsby-Stockholm/Arlanda och Hagfors/Stockholm/Arlanda, har genomförts i enlighet med EG-lufttrafikförordningen.

Förfarandet utgör en tilldelning av tjänstekoncession, med beaktande av att det rör sig om trafikrättigheter med ensamrätt där de kontrakterade EG-flygtrafikföretagen ska erhålla rätten att utnyttja de upplåtna tjänsterna ekonomiskt samtidigt som en betydande ekonomisk risk i samband med tjänsternas utövande överförs på företagen. Vid sådan tilldelning ska, på samma sätt som vid offentlig upphandling, tillämpas de grundläggande principer som ytterst följer av EG-fördraget, däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *proportionalitet*. Enligt fast praxis från EG-domstolen kan det inte anses förenligt med nämnda principer att ställa krav på att anbudsgivarna redan vid tidpunkten för anbudsgivningen måste besitta tillräcklig kapacitet, i form av exempelvis tillgänglig materiel eller lokal organisation, för att tillhandahålla de för uppdraget aktuella tjänsterna. Som domstolen tidigare har konstaterat, bl.a. målet *Contse (C-234/03)*, är ett sådant förfarande ägnat att hindra anbudsgivning

²¹ Avseende de påpekanden som Konkurrenskommissionen redovisar i fotnot 7, anger Rikstrafiken att skillnaden mellan Anbudsgivare 5 och 6 är att den senare anbudsgivaren hade redovisat giltigt AOC för den flygplanstyp som skulle användas. Den nödvändiga kompetensen hade förvärvats. Enligt tillståndsmyndigheten återstod endast en administrativ åtgärd för att tillståndet skulle gälla passagerartransport. Dessutom redovisade Anbudsgivare 6 att den genom samarbetsavtal med andra flygbolag hade tillgång till nödvändig kompetens.

från företag som inte redan förfogar över aktuell kapacitet och snedvrider därmed konkurrensen. Den som inforrar anbud kan istället uppställa krav på att anbudsgivarna ska redovisa på vilket sätt de avser att säkerställa tillräcklig kapacitet för att efter tilldelning kunna utföra uppdraget på ett ändamålsenligt sätt, exempelvis genom att i anbudet visa optionsavtal eller liknande garantier avseende framtida leverans av för uppdraget erforderlig utrustning. Det ankommer i sådant fall på den som inforrar anbud att avpassa anbudsförutsättningarna, främst tiden mellan beslut om tilldelning och verksamhetens påbörjande, så att risk för förseningar normalt inte ska uppkomma. Särskilt betydelsefullt framstår detta om vissa för verksamheten väsentliga tillgångar behöver anskaffas eller tillstånd behöver inhämtas i efterhand.

Av utredningen i ärendet framgår att Rikstrafiken uppställt krav på att anbudsgivarna ska redovisa bl.a. giltigt driftstillstånd (AOC) för ”... *den trafik anbudet avser*”. Detta medför, i Rikstrafikens tolkning och med beaktande av villkoren för att erhålla AOC, att anbudsgivarna antingen själva eller genom underleverantörer måste besitta för den aktuella trafiken erforderliga flygplan eller flygplantyper redan innan beslut om tilldelning har meddelats och det därmed klarlagts om de har vunnit de aktuella trafikrättigheterna.

En anbudsgivare, här angiven som Anbudsgivare 5, har till följd av detta fått sitt anbud förkastat trots att företaget har ingivit giltiga OL och AOC för bl.a. passagerarflyg inom Europeiska unionen och i anbudet redovisat två flygplansmodeller med vilka företaget avser att utföra den aktuella trafiken.²² Det kan noteras att i det aktuella fallet den s.k. *implementeringstiden*, d.v.s. tiden som vinnande anbudsgivare har att inrätta sig i enlighet med beslutet om tilldelning till dess att kontraktet ska påbörjas, uppgår till c:a fem månader (de 28 maj 2009 till den 26 oktober 2008).

Vad som ska gälla för den ifrågavarande typen av anbudsförfarande avgörs ytterst av domstol. Det beskrivna förfarandet innebär i enlighet med vad som ovan redovisats enligt Konkurrenskommissionens mening en överträdelse av bl.a. den s.k. proportionalitetsprincipen på ett sätt som strider mot grundläggande gemenskapsrätt. Konkurrensen på den aktuella marknaden för flygtransporter har därmed snedvridits samtidigt som Sverige riskerar att fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.

²² Samtidigt har en konkurrerande Anbudsgivare 6 inom ramarna för samma anbudsinfördran tilldelats trafikrättigheter trots att det av företaget åberopade flygplanet (enligt ingivet AOC) är utrustat för fraktflyg och därmed inte utan ytterligare ”administrativ åtgärd för att tillståndet skulle gälla passagerartransport” kan anses ägnat att utföra *den trafik anbudet avser* (se fotnot 7 jämfört med fotnot 21).