

PM 2 2012-03-29 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom underlåtenhet att tillämpa det gällande upphandlingsrättsliga regelverket.

Ett huvudsakligen offentligägt bolag som driver en flygplats i Göteborg anser sig inte underkastat de upphandlingsrättsliga regelverken. Bolaget har därför genomfört en upphandling av flygtrafik-tjänster utan iakttagande av bland annat det upphandlingsrättsliga kravet på annonsering.

Cityflygplatsen i Göteborg AB (nedan Flygplatsbolaget)¹ driver Göteborg City Airport, tidigare Säve flygplats, i nordvästra Göteborgs utkanter.

Flygplatsbolaget ägs med 40 procent av Göteborgs kommun och med 20 procent av staten genom Swedavia AB². Resterande del (40 procent) ägs av AB Volvo som är ett privat företag. Enligt konsortialavtal utser de offentligt finansierade ägarna, Göteborgs kommun och Swedavia AB tillsammans fyra av styrelsens totalt sex ledamöter.

Flygplatsbolaget, som har funnits sedan 1977, genomför bl.a. upphandlingar utan att iaktta upphandlingsrättens obligatoriska bestämmelser.

Bland annat genomförde Flygplatsbolaget den 12 september 2011 en informell anbudsinfordran från staten genom Luftfartsverket samt från ett privat EU-flygtrafiktjänstföretag avseende köp av flygtrafiktjänster, däribland flygtrafikledning³ och meteorologiska tjänster, där flygtrafiklednings-tjänsterna värdemässigt dominerar.⁴ Med *EU-flygtrafiktjänstföretag* avses ett privat eller offentligt ägt företag eller en myndighet som har certifierats enligt gällande unionsrättslig reglering.⁵

Någon annonsering i enlighet med de formföreskrifter som följer av den upphandlingsrättsliga regleringen skedde inte. Dessa bestämmelser tillämpades heller inte vid valet av leverantör. Kontraktet tilldelades Luftfartsverket på skönsmässiga grunder.

I ett därefter anhängiggjort mål om överprövning i domstol avseende denna upphandling angav Flygplatsbolaget att det inte ansåg sig skyldigt att följa gällande upphandlingsrättsliga regelverk.⁶ Bolaget har därför inte tidigare upphandlat varor, tjänster eller byggtreprenader med utgångspunkt i de upphandlingsrättsliga regelverken och de på unionsrätten grundade principerna om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens).

¹ Cityflygplatsen i Göteborg AB, med organisationsnummer 556195-5823, bildades den 5 maj 1977 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 26 september samma år. Nuvarande firma registrerades den 29 mars 2001. Bolaget har registrerad bifirma Göteborg City Airport. Tidigare firma var Göteborg-Säve Flygplats Aktiebolag (1977-2001). Nu gällande bolagsordning registrerades den 23 april 2009. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att "... äga, förvalta och driva flygplats samt utöva därmed förenlig verksamhet". Bolaget, vilket ägs med vardera 40 procent av AB Volvo och Göteborgs kommun samt med 20 procent av Swedavia AB, omsätter c:a 68 miljoner kronor.

² Swedavia AB, med organisationsnummer 556797-0818, bildades den 13 november 2009 och registrerades av Bolagsverket den 14 december samma år. Tidigare firma har varit Goldcup 5285 AB. Nu gällande bolagsordning registrerades den 16 augusti 2010. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att "... direkt eller indirekt: (i) finansiera, äga, förvalta, driva och utveckla flygplatser med därtill hörande byggnader och anläggningar, (ii) tillhandahålla och utveckla flygplatsoperativa tjänster samt kommersiella tjänster och produkter med anknytning till flygplatsverksamhet såsom bilparkering, upplåtelse av lokaler och fastigheter, marktjänster, reklam, servicetjänster samt konsult- tjänster m.m, (iii) äga och förvalta fast egendom, (iv) äga och förvalta aktier och andelar i bolag som bedriver motsvarande verksamhet samt, (v) bedriva därmed förenlig verksamhet. Bolaget ska, [även] inom ramen för affärsmässighet, aktivt medverka i utvecklingen av transportsektorn och bidra till att de av riksdagen beslutade transportpolitiska målen uppnås". Bolaget, vilket helägs av staten genom Finansdepartementet, har omkring 2.600 medarbetare och omsätter cirka 5 miljarder kronor.

³ Flygtrafikledning (flygkontrolltjänst) innefattar en kontroll av att flygplan inte kommer för nära varandra eller för nära marken. Tjänsten baseras på beprövade metoder och internationella standards som är desamma i hela EU. För att få tillhandahålla aktuella tjänster krävs att utföraren ifråga är ett *EU-flygtrafiktjänstföretag* (se fotnot nedan).

⁴ Den meteorologiska tjänsten innefattar att utövaren två gånger i timmen rapporterar flygplatsens väder (METAR) till Statens Meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI). I utbyte erhåller utövaren/flygplatsen från SMHI en väderprognos (TAF) som flygbolag och fritidsflygare ska använda för att planera sina flygningar.

⁵ Med *EU-flygtrafiktjänstföretag* avses ett privat eller offentligt ägt företag (eller en myndighet) som har certifierats enligt Parlamentets och kommissionens förordning (550/2004/EG) av den 10 mars 2004 jämte kommissionens förordning (1035/2011/EU) av den 17 oktober 2011. Transportstyrelsen utgör nationell tillsynsmyndighet i Sverige som utfärdar certifikat samt tillser att regelverket följs av sådana EU-flygtrafiktjänstföretag som tillhandahåller flygtrafikledningstjänster i Sverige. Således är såväl staten genom Luftfartsverket som förekommande privata EU-flygtrafiktjänstföretag underkastade samma regler samt Transportstyrelsens tillsyn.

⁶ Se Flygplatsbolaget, yttrande av den 18 november 2011 Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr. 13312-11, aktbilaga 4.

Genom ett ännu inte lagkraftvunnet avgörande förordnade Förvaltningsrätten i Göteborg i dom av den 15 februari 2012 att Flygplatsbolaget ska göra om den aktuella upphandlingen med tillämpning av bestämmelserna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.⁷ Bedömningen grundade sig bl.a. på ett yttrande av tillsynsmyndigheten, Konkurrensverket, som angav att den beskrivna verksamheten enligt verkets mening är sådan som omfattas av regleringen i LUF samt att Flygplatsbolaget omfattas av skyldighet att tillämpa LUF vid upphandlingar som rör denna verksamhet.

Gällande rätt

Bedömningen av vilken lagstiftning som ska tillämpas i det aktuella fallet ska i första hand utgå från vilken verksamhet som den upphandlade tjänsten är avsedd för.⁸

Bestämmelser om upphandling för bl.a. företag som bedriver verksamhet inom de s.k. försörjningssektorerna finns i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

Lagen avser upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader för verksamheter som bl.a. består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att ge tillgång till flygplatser, hamnar eller andra terminaler för transporter i luften⁹ och har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/17/EG) om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (det s.k. försörjningsdirektivet).

Enligt unionsrättslig praxis ska bestämmelserna för upphandling inom försörjningssektorerna tolkas restriktivt, så att de förfaranden som gäller där inte vidgas till andra tillämpningsområden. Det är således endast de kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar avseende, och för, utövandet av verksamheter som anges i försörjningsdirektivet, som omfattas av tillämpningsområdet för de svenska bestämmelserna i LUF.¹⁰

Den – myndighet eller företag¹¹ – som är skyldig att iakttä LUF utgör en s.k. *upphandlande enhet*.¹² I detta begrepp ingår även rent privata företag som är verksamma inom försörjningssektorerna

Med *upphandling* avses enligt 2 kap. 23 § LUF de åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt¹³ eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Tillsynen över upphandling enligt LUF utövas av Konkurrensverket.¹⁴

⁷ Förvaltningsrätten i Göteborg, dom av den 15 februari 2012 mål nr. 13312-11, domen har överklagats och följaktligen inte vunnit laga kraft.

⁸ EU-domstolen har fastslagit att en upphandlande enhet, i den mening som avses i försörjningsdirektivet är skyldig att tillämpa detta direktiv endast när enheten tilldelar kontrakt som har samband med de verksamheter som enheten bedriver inom en eller flera sektorer som avses med artiklarna 3-7 i direktivet – se vidare prop. 2006/07: 128 s. 137 f, jämte Kammarrätten i Sundsvall, dom av den 3 oktober 2010 i mål nr 385-10.

⁹ Se 1 kap. 10 § 2 p. LUF. Bestämmelsen, som motsvaras av artikel 7 b) i försörjningsdirektivet (2004/17/EG), har utformats i överensstämmelse med detta direktiv – se prop. 2006/07:128, s. 455. Bestämmelsen i LUF ska enligt unionsrättslig praxis tolkas i enlighet med direktivet – se EU-domstolens dom av den 10 april 1984 i mål C-14/83, *von Colson och Kamann*, REG 1984, s. 1891, p. 26 jämte dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, *Marleasing*, REG 1990, s. I- 4135, p. 8.

¹⁰ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2008 i mål C- 393/06, *Ing. Aigner*, REG 2008, s. I- 2339, pp. 25-27.

¹¹ Enligt 2 kap. 20 § LUF omfattar lagens bestämmelser varje företag över vilket en upphandlande myndighet har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande till följd av ägarförhållande, finansiellt deltagande eller gällande regler. Ett bestämmande inflytande över ett företag ska anses föreligga om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, äger större delen av det tecknade kapitalet, kontrollerar röstmajoriteten eller kan utse mer än hälften av medlemmar i ledningsorgan. Bestämmelsen motsvaras av artikel 2.1 i försörjningsdirektivet (2004/17/EG).

¹² Enligt 2 kap. 20 § 1 st. 1 p. och 2 st. LUF avses med upphandlande enhet sådana företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över genom att direkt eller indirekt inneha mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollera majoriteten av rösttalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller liknande ledningsorgan. Begreppet *upphandlande enhet* enligt LUF omfattar inte bara myndigheter och offentligt ägda företag, utan även privata företag som bedriver verksamhet inom någon av de s.k. försörjningssektorerna omfattas i detta avseende av regleringen i LUF. Motsvarande beteckning på dem som är skyldiga att inom den klassiska sektorn iakttä lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – är numera *upphandlande myndighet* och *offentligt styrt organ*.

¹³ Med kontrakt avses enligt 2 kap. 10 § LUF ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

LUF är tillämplig på upphandlingar som har *påbörjats*¹⁵ efter den 1 januari 2008. För upphandling som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LUF införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjligheterna till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel. Motsvarande reglering fanns tidigare i 4 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÅLOU.

Hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporter, innefattande bl.a. trafikbevakning och trafikkontroll (CPV 63712700-0 och 63712710-3), hamndrift (CPV 63721200-1),¹⁶ utgör sådana s.k. B-tjänster, kategori 20 enligt bilaga 2 till LUF som om det samlade värdet av det kontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlas i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LUF, normalt genom ett *förenklat förfarande* eller genom *urvalsupphandling*.¹⁷ Ett icke annonserat förfarande får komma i fråga genom s.k. *direktupphandling* endast om särskilda i lag angivna undantagsförutsättningar befinns uppfyllda (se vidare nedan).

Enligt 3 kap. 3 § LUF ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om ett offentligt tjänstekontrakt har upphandlats för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 11 § LUF kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.¹⁸

Vid den aktuella tidpunkten, i september 2011, uppgick tröskelvärdet vid upphandling av tjänster inom de s.k. försörjningssektorerna till 3.849.489 kronor.¹⁹

Vid upphandling inom försörjningssektorerna ska enligt en generalklausul i 1 kap. 24 § LUF den upphandlande enheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra sina upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 1 kap. 20 § LUF behöver regelverket inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en upphandlande myndighet²⁰ som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.

Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²¹

¹⁴ Se 18 kap. LUF jämte förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

¹⁵ I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt lagens bestämmelser, får upphandlingen anses *påbörjad* först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande enheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

¹⁶ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kods-system. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

¹⁷ Vetenskapliga och tekniska konsulttjänster såsom tjänster för väder prognostisering och meteorologi (CPV 71351600-9 och 71351610-2) utgör emellertid A-tjänster kategori 12 enligt bilaga 2 till LUF. Dock ska enligt den s.k. överviktsbestämmelsen i 1 kap. 2 § LUF en blandad upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster anses vara en upphandling av B-tjänster om värdet av dessa tjänster överstiger värdet av förekommande A-tjänster.

¹⁸ Enligt 3 kap. 16 § LUF ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

¹⁹ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LUF, löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom försörjningssektorerna uppgår för närvarande till 387.000 euro eller 3.849.489 svenska kronor; se vidare regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling jämte Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

²⁰ För definition avseende vad som utgör *upphandlande myndighet*, se 2 kap. 21 § LUF.

Enligt 1 kap. 15 § LUF gäller vidare att lagens bestämmelser inte behöver iakttas ifråga om bl.a. kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett *anknutet företag*. Därmed avses företag över vilket den upphandlande enheten har ett bestämmande inflytande²² eller företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över den upphandlande enheten (moder <-> dotterbolag) eller företag som tillsammans med den upphandlande enheten står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under eller som på annat sätt befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande²³ med den upphandlande enheten (koncernsysterbolag).²⁴

Av EU-domstolens fasta rättspraxis²⁵ framgår att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG-/EU-fördragen inom området för de upphandlingsrättsliga regelverken ska tolkas restriktivt²⁶ och att det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁷

Syftet med LUF och det bakomliggande klassiska direktivet jämte aktuella fördragsbestämmelser är att säkra att upphandlingar inom de samhällsviktiga försörjningssektorerna sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att den betalande allmänheten på sikt skyddas mot onödigt höga flygplatsavgifter samt att korrupcion motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons

²¹ Jfr. EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande myndighet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infördran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfördran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63).

Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänstepupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

²² Ett bestämmande inflytande skall anses finnas om en upphandlande enhet direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan, se 2 kap. 2 § tredje stycket LUF eller 3 kap. 8 § andra stycket ÄLOU.

²³ Därmed avses företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983, senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/46/EG.

²⁴ Enligt 1 kap. 12 § LUF eller 4 kap. 4 § ÄLOU behöver lagens bestämmelser inte heller iakttas ifråga om anskaffningar som görs vid återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för kontraktet och även andra har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten är i sådant fall skyldig att till Europeiska gemenskapernas kommission anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt lagen.

²⁵ Från senare rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-7313, p. 23.

²⁶ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

²⁷ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

om upphandling ska på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen²⁸ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.²⁹

Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

I fråga om bl.a. tjänsteupphandling föreligger undantag enligt 15 kap. 3 § jämförd med 4 kap. 2 § LUF från skyldigheten att annonsera under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt³⁰ eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådskande orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdetsberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Med stöd av de ändringar som infördes i LUF från och med den 15 juli 2010 ges förfördelade konkurrenter som klagat på en otillåten direkttilldelning möjlighet att få kontraktet ogiltigförklarat i domstol.

Yttrande

Flygplatsbolaget har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att bolaget, med hänvisning till att ärendet inte är rättsligen avgjort i domstol, beslutat att avstå från att avge något yttrande. För det fall att det sedermera står klart att Flygplatsbolaget är en upphandlande enhet kommer dock bolaget att tillämpa LUF i fråga om anskaffningar för sådan verksamhet som omfattas av lagen.³¹

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.

Såvitt framgår av utredningen i ärendet avser Flygplatsbolagets aktuella upphandling köp av sådana flygtrafiktjänster, däribland flygtrafikledning och meteorologiska tjänster som är absolut nödvändiga för bolagets bedrivande av flygplatsverksamhet. Såsom förvaltningsrätten, och även Konkurrensverket, tidigare har kommit fram till innefattar de aktuella tjänsterna därigenom sådan verksamhet som omfattas av LUF.

Flygplatsbolaget ägs till huvuddelen av två offentligt finansierade aktörer, Göteborgs kommun och Swedavia AB. Tillsammans innehar de 60 procent av aktierna och rösterna i bolaget. De utser även tillsammans mer än hälften av bolagets styrelseledamöter.

²⁸ Se 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

²⁹ Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

³⁰ Med *lågt värde* avses enligt LUF ett kontraktsvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärdet, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom försörjningssektorerna medger direktupphandling av aktuellt tjänsteslag upp till maximalt 577.424 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LUF. Vid tillämpningen av ÅLOU var detta värde ännu inte fastställt i förfatningstexten, men får antas i vart fall inte överstiga den numera fastställda värdegränsen enligt LUF.

³¹ Flygplatsbolaget, yttrande till Konkurrenskommissionen av den 27 mars 2012. Yttrandet har förmedlats av den advokat som företräder bolaget i det aktuella överprövningsmålet.

Den aktuella upphandlingen ska därför bedömas utifrån de i LUF och försörjningsdirektivet (2004/17/EG) angivna bestämmelserna för upphandling inom försörjningssektorerna.

Eftersom upphandlingen avser B-tjänster ska denna bedömas med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LUF. Under sådant förhållande ska som huvudregel upphandlingen genomföras genom ett annonserat *förenklat förfarande*, eller genom *urvals-upphandling*. Det nu aktuella förfarandet, *direktupphandling*, varigenom Flygplatsbolaget, kan vända sig direkt till ett antal i förväg utsedda leverantörer får endast tillämpas under särskilda i LUF angivna undantagsförhållanden. Förutsättningarna för direktupphandling enligt LUF är emellertid inte uppfyllda i det aktuella fallet.

Det aktuella kontraktet avser inte något lågt värde och det föreligger inte synnerliga skäl som kan motivera tillämpning av direktupphandling enligt LUF. Någon lagstadgad ensamrätt, som skulle medföra att endast de tillfrågade leverantörerna kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte och någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte beror på Flygplatsbolaget, har inte ens påståtts. Det är heller inte så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av viss leverantör.

Inget av de i LUF förekommande undantagen från kraven på annonserad upphandling är således tillämpligt i det aktuella fallet. Genom att varken annonsera upphandlingen eller i övrigt tillämpa de principer om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) som följer av det unionsrättsliga regelverket på området för försörjningssektorerna har Flygplatsbolaget brutit mot lag och EU-fördragets bestämmelser på ett sätt som snedvridit eller riskerar att snedvrida konkurrensen på den aktuella marknaden för flygtrafiktjänster, däribland flygtrafikledning.

Eftersom Flygplatsbolaget sålunda hittills, under betydande tid, har undandragit sig sådan upphandlingsskyldighet som följer av lag och EU-direktiv förtjänar bolaget allvarlig kritik.