

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-010/011

PM 2 2003-09-18 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom antingen bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling eller stöd till enskild näringsidkare.

Nyköpings kommun har utan föregående konkurrensupphandling beslutat att förskottsbetala 55 miljoner kronor till det irländska flygbolaget Ryanair Plc. för vad kommunen uppger är ett köp av framtida tjänster för marknadsföring m.m. under tio år.

Nyköpings kommun, kommunstyrelsen, beslutade vid ett med kort varsel extrainkallat sammanträde den 26 mars 2003 (KS § 67/03) attgodkänna ett upprättat förslag till "Avtal om marknadsföringsinsatser mm" daterat 2003-03-26 mellan Nyköpings kommun och Ryanair plc., Irland, att uppdra åt ordföranden, efter kontrasignering av kommundirektören, att teckna avtalet, att finansiera åtagandena i avtalet genom upptagande av lån om högst 55 miljoner kronor, samt attomedelbart justera beslutet.

Någon upphandling genom infordran av konkurrerande anbud utöver förslaget till avtal med Ryanair Plc., hade inte föregått kommunstyrelsens beslut.

Ryanair Public Limited Company (nedan Ryanair) är ett privatägt aktiebolag med säte på Irland. Bolaget bedriver bland annat flygtrafik på Skavsta flygplats i Nyköpings kommun. Under 2002 och våren 2003 fördes diskussioner om att Ryanair skulle utvidga sin flygverksamhet på Skavsta.

Av underlaget till kommunstyrelsens beslut framgår att Ryanairs etablering på Skavsta flygplats "medfört att Skavsta flygplats och därmed också Nyköping, på ett enastående sätt 'satts på kartan', utan att några egentliga, större marknadsföringsinsatser hittills gjorts från Kommunens sida".

Av det av kommunstyrelsen godkända avtalet med Ryanair framgår att kommunen mot en ersättning av 55 miljoner kronor, under en period av tio år, räknat från den 4 april 2003 erbjuder följande tjänster: • exponering av kommunen logotyp på flygplan, • exponering på Ryanairs hemsida, "www.ryanair.com", innebärande en mindre annons, en "banner", som om man klickar på den vidarekopplar till kommunens egen hemsida "www.nykoping.se". • exponering av kommunens logotyp i samband med Ryanairs marknadsföring i dagstidningar, radio och TV samt • i Ryanairs reklambroschyrer, • möjlighet för kommunen att distribuera direktreklam bland annat genom istopp i flygplanens stolsfickor, • möjlighet för kommunen att bedriva egna reklamaktiviteter på destinationsorter, samt • möjlighet för kommunen att delta vid Ryanairs övriga marknadsaktiviteter.

Enligt avtalet skulle betalning av tjänsterna ske i förskott med en första betalning på 40 miljoner kronor den 31 mars 2003 och därefter tre betalningar om vardera fem miljoner kronor per den 30 juni, den 30 september samt den 31 december 2003. Av utredningen framgår att en första betalning av 40 miljoner kronor skedde den 27 mars 2003.

Efter diskontering till nuvärde av de förtida betalningarna på sammanlagt 49,5 miljoner kronor¹⁴, vid rak ränta motsvarande 4 procents årlig ränta, kan kommunens kostnad för avtalet uppskattas till knappt 66, 8 miljoner kronor.

Kommunen har i efterhand låtit två av varandra oberoende företag, Ad-on Media Nordic AB samt OMD Sweden AB, värdera aktuella marknadsaktiviteter. Dessa utföll enligt följande:

Aktivitet:	Uppskattat årligt värde:	
	Ad-on Media Nordic	OMD Sweden
1.1. Reklam på flygplan	750 tkr	1.800 tkr
1.2. Webbsidor	5.000 tkr *	1.715 tkr
1.3./ Mediaexponeringar i dagstid-	400 tkr	5.558 tkr
1.4. ningar, radio och TV		

1.5. Ryanairs reklambroschyrer	200 tkr	120 tkr
1.6. Direktreklam till passagerare	300 tkr	120 tkr
1.7. Reklamaktiviteter	100 tkr	100 tkr
1.8. Affischer på destinationer	800 tkr	2.316 tkr
1.9. Broschyrer ombord	500 tkr	120 tkr
1.10 Övriga marknadsaktiviteter	800 tkr	100 tkr

* Ad-on:s värdering baserar sig på en hittills obekräftad uppgift om 100 miljoner besök per år på Ryanairs hemsida där varje exponering av Nyköpings kommuns annons, värderas till 5 öre. OMD Sweden AB anger till stöd för sin värdering emellertid att ”Data från oberoende leverantörer i Frankrike och Sverige visar lägre antal besök på hemsidan än preliminära siffror från Ryanair...” samt att antalet ”...besök totalt per år ... med hänseende till försiktighet och data från oberoende mätföretag nedskrivits till 11 miljoner besökare i de aktuella länderna”. Omräknat i enlighet med dessa förutsättningar skulle värdet av kommunens exponering på Ryanairs webbsida, som av Ad-on Media Nordic AB värderats till 5 miljoner kronor per år, istället uppskattas till 550.000 kronor.

I fråga om annonsering genom s.k. banners på internet synes det inom branschen råda olika uppfattningar om hur sådan skall värderas. Från att ha varit högt prissatta under den s.k. IT-boomen, har värdet av dylika nyttigheter sjunkit kraftigt. Av ett telefax till Nyköpings kommun från mediaföretaget Starcom MediaTaktik framgår att en annons på Ryanairs hemsida skulle kunna betinga ett värde av mellan 7 och 13 öre per exponering under förutsättning att exponeringen sker högt upp på hemsidans högersida. Sker exponeringen som nummer 4 eller lägre bland annonsörerna uppgår däremot värdet maximalt till en tiondel av detta belopp, således till mellan 0,7 och 1,3 öre per exponering. På den aktuella hemsidan återfinns för närvarande (den 25 augusti 2003) 13 annonser i högermarginalen. Avtalet med Ryanair garanterar inte Nyköpings kommun någon exponering bland de fyra översta av dessa annonser. Under den tid exponering hittills förekommit har kommunens annons ambulerat på sidan och under lång tid förekommit som nummer åtta, räknat uppifrån.

Av tillgänglig statistik från Nyköpings kommun framgår att kommunen under perioden januari till och med mars 2003, d.v.s. innan samarbetet med Ryanair inleddes, räknade i snitt 12.200 individuella (s.k. unika) besökare per månad på sin egen hemsida "www.nykoping.se". Efter exponeringen på bl.a. "www.ryanair.com" och i samband med viss medieannonsering har antalet unika besökare på hemsidan ökat med drygt 10.000 besökare, till i snitt 22.340 unika besökare per månad, under perioden april till och med juni 2003.

En sammanställning som Konkurrenskommissionen har gjort av kommunens värderingar enligt den s.k. försiktighetsprincipen, med utgångspunkt i det lägsta av aktuella värden, ger följande resultat:

Aktivitet:	Lägsta värde/år	Lägsta värde 10 år
1.1. Reklam på flygplan	750 tkr	7,5 mkr
1.2. Webbssidor	550 tkr*	5,5 mkr*
1.3./ Mediaexponeringar i dagstid- 1.4. ningar, radio och TV	400 tkr	4 mkr
1.5. Ryanairs reklambroschyrer	120 tkr	1,2 mkr
1.6. Direktreklam till passagerare	120 tkr	1,2 mkr
1.7. Reklamaktiviteter	100 tkr	1 mkr
1.8. Affischer på destinationer	800 tkr	8 mkr
1.9. Broschyrer ombord	120 tkr	1,2 mkr
1.10 Övriga marknadsaktiviteter	100 tkr	1,2 mkr
TOTALT VÄRDE	3.060 tkr	30,6 mkr

- Nedjusterat värde med anledning av att uppgiften om 100 miljoner besökare per år på Ryanairs hemsida kan ifrågasättas och att en oberoende uppskattning anger antalet besökare till närmare 11 miljoner per år.

Vilken kommunalekonomisk nytta som kan förväntas av externa besök (turister, konferensdeltagare och övriga besökare) har utretts av bland annat Stockholms stads utrednings- och statistikkontor – USK. Av skriften "*Turismen i Stockholm 2002, Turismens betydelse för ekonomi och sysselsättning*" framgår att primärkommuner (och landstinget) kan förvänta sig intäkter genom löneskatter m.m. för bl.a. den personal som direkt och indirekt sysselsätts i besöks- och turismnäring. Intäkterna härrör dels från besökarnas utlägg för t ex hotell, mat, inträdesavgifter och andra direkta utgifter under vistelsen, dels indirekt sysselsättning i underleverantörsled, (ex: tvätteriet som tvättar hotellets linne, grossisten som levererar råvaror till restaurangen samt deras respektive underleverantörer, etc.).

Enligt statistikkontorets rapport gav det totala skatteunderlag som genererades av inresande turister till Stockholms län under 2002 totala kommunala skatteintäkter på ca 1,5 miljarder kr, varav drygt hälften hänförde sig till direkta intäkter. Landstingets andel av skatteintäkterna uppgick till drygt 35 procent, varför den primär kommunala behållningen utgjorde knappt 65 procent eller 980 miljoner kronor. Den primärkommunala skatteintäktens andel av den totala omsättningen uppgår således till 5,67 procent (980 mkr / 17,3 mdr = 0,0566).²⁴ I Stockholm fördelade sig under 2002 den genomsnittliga konsumtionen per besökare på i huvudsak följande sätt:

Besökstyp:	Konsumtion/dygn:	Skatteintäkt*:
Hotellövernattning:	1 165:- kr/dygn	66:01 kr/dygn
Dagsbesök:	495:- kr/dygn	28:04 kr/dygn

* Beloppet avser direkt och indirekt primärkommunal skatteintäkt, d.v.s. den totala skatteintäkt som kommunen kan förvänta sig till följd av varje besökares dagskonsumtion.

Den beräknade kommunala intäkten uppgår således till c:a 66 kr för varje besökare som väljer att övernatta på hotell och c:a 28 kr för varje dagsbesökare.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett yttrande till Länsrätten i Södermanlands län yttrat att bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling enligt nämndens mening skall vara tillämpliga på kommunens avtal med Ryanair¹³. Länsrätten har genom dom den 15 september 2003 förordnat om att upphandling av de aktuella tjänsterna skall genomföras enligt lagen om offentlig upphandling¹⁴. Länsrätten har även, genom beslut samma dag, meddelat att den inte anser sig kunna pröva frågan om otillåtet stöd¹⁵.

Gällande rätt

(I) Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Med ”upphandling” avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU alla köp av tjänster. Stadgandet är därvid undantagslöst. Tjänster för annonsering (reklam) utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 13) enl. bilaga A till lagen som, om det samlade kontraktsvärdet överstiger tröskelbeloppet € 200.000 eller 1,741 miljoner kronor, skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EU-rådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet. Understiger upphandlingens värde angivet tröskelbelopp skall denna istället handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

För tjänsteupphandlingar över tröskelvärdet föreligger enligt 5 kap. 12 § LOU en obligatorisk skyldighet för de upphandlande enheterna att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. Samtliga företag som tillhandahåller aktuella tjänster (leverantörer) skall därvid lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (anbudsansökan). Under följande förutsättningar kan emellertid upphandling undantagsvis formlöst ske direkt från en viss leverantör (se 5 kap. 17 och 19 §§ LOU):

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska 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 skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Vid upphandling av tjänster föreligger även enligt 5 kap. 2 § LOU undantag från lagens bestämmelser i sin helhet om köpet sker från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten. Någon annan möjlighet att upphandla tjänster direkt från en viss leverantör föreligger däremot inte. Det förhållandet att en upphandlande enhet tror sig veta att aktuell vara eller tjänst enbart kan tillhandahållas av viss leverantör utgör således inte skäl för att underlåta att inleda ett formellt upphandlingsförfarande.¹⁶

EG-domstolen har i ett avgörande i målen C-20/01 och C-28/01, den 10 april 2003 konstaterat att undantag från gällande upphandlingsdirektiv kan endast föreligga om det fastställs att det av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av skyddande av ensamrätt endast finns ett företag som faktiskt kan utföra den tjänst som den berörda upphandlingen avser (punkten 59 i domskälen) samt att risken för att icke-diskrimineringsprincipen åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens (punkten 63 i domskälen).

Även Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett avgörande den 1 april 2003 avseende en tjänsteupphandling uttalat att ”Något undantag för det fall en upphandlande enhet

känner till marknaden så väl att den kan avgöra att endast en leverantör kan uppfylla dess krav finns inte ...”.

En upphandlande enhet får heller inte utforma förutsättningarna för en upphandling så att enbart en viss leverantör eller en viss process - t.ex. just vingarna på Ryanairs flygplan eller just Ryanairs hemsida – kan komma ifråga (se 1 kap. 16 § LOU).

Enligt EG-Romfördraget gäller dessutom en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478) att "Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen". Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

(II) Kommunernas allmänna befogenheter regleras i 2 kap. kommunallagen (1991:900) - KL. Enligt dess 1 § får kommunerna själva ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller dess medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun eller landsting eller någon annan.

Bestämmelser särskilt om näringsverksamhet finns i 7 – 8 §§. Kommuner får enligt 7 § driva näringsverksamhet om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen. Vidare får kommuner enligt 8 § genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen. Däremot får individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare lämnas bara om det finns synnerliga skäl för det. I regeringens proposition till ny kommunallag^[2] framhålls bland annat att *"de internationella överenskommelser som Sverige på senare år slutit ger ytterligare grund för att inte tillåta konkurrensnedvridande stödåtgärder till företag"*. Bland dessa överenskommelser återfinns Sveriges åtaganden gentemot Europeiska unionen, vars rättsakter genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, har givits giltighet som svensk lag.

Av EG-Romfördragets, artikel 92.1, framgår att statligt stöd är oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna och om stödet snedvrider eller hotar att snedvrída konkurrensen. Enligt artikel 93 i fördraget skall förekommande statsstöd som regel förhandsanmälas till EU-kommissionen. Fördragets statsstödsbegrepp är mycket vidsträckt. Artikel 92.1 talar om "stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel". Råder tvivel om ett stöds karaktär måste stödet ovillkorligen anmälas enligt artikel 93.3, eftersom den enskilda medlemsstaten bär risken vid en felaktig värdering. Vad som i angivet avseende avses med "statstöd" har i ett flertal avgöranden varit föremål för tolkning av EG-domstolen. Enligt domstolens definition föreligger "statstöd" vid finansiering som skett genom "allmänna medel".^[8] Dessutom är det en fast praxis att det saknas grund för att göra åtskillnad mellan stöd som utges direkt av staten och stöd som utges av kommuner, regioner, delstater eller andra mer eller mindre självstyrande organ inom medlemsstaternas offentliga förvaltning. Även kommunalt stöd skall jämföras med "statsstöd" i fördragets mening^[9] Även situationer där stödet utges av andra offentliga eller privata organ som staten inrättat eller utnämnt i syfte att administrera stödformen omfattas av begreppet "statsstöd".^[10]

Yttrande

Nyköpings kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom utsatt tid inkomma med något svar.

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.

Nyköpings kommun har utan föregående upphandling i konkurrens beslutat att teckna ett avtal med det privata flygbolaget Ryanair om att bolaget under en period av tio år, fram till 2014, mot en ersättning av 55 miljoner kronor skall tillhandahålla kommunen vissa reklamtjänster. Hela ersättningen som finansierats genom lån skall betalas av kommunen i förskott under 2003. Med beaktande av denna förskottsbetalning kan kommunens kostnad för enbart avtalet i sig uppskattas till c:a 66 miljoner kronor. Därtill kommer kostnaden för erforderlig personal samt framtagande av material (affischer, broschyrer m.m.).

(I) Det aktuella avtalet omfattar s.k. A-tjänster till ett sådant värde att upphandlingslagen av EG-direktiv styrda bestämmelser äger generell tillämpning. Ryanair är inte någon upphandlande enhet med legal ensamrätt att tillhandahålla kommunen den aktuella sortens tjänster. Skäl för undantag från lagen i sin helhet föreligger således inte utan upphandling skulle ha genomförts i enlighet med lagen bestämmelser om tjänsteupphandling i 5 kap. LOU. Enligt dessa bestämmelser skall som huvudregel upphandlingen annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) samt skriftliga anbud infordras i konkurrens. Undantag från denna huvudregel föreligger i förevarande fall endast om den upphandlande enheten kan visa synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten eller att det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, varvid upphandling kan ske direkt från viss leverantör.

Enligt Konkurrenskommissionens bedömning föreligger det inte skäl för undantag från lagens krav på konkurrensupphandling. Nyköpings kommuns beslut att köpa aktuella tjänster direkt från Ryanair strider således mot lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv samt snedvrider konkurrensen på marknaden för annonseringstjänster.

(II) Avtalet med Ryanair är svårt att med säkerhet uppskatta till sitt värde. Av de värderingar som kommunen själv låtit utföra i efterhand framgår mycket stora skillnader i bedömningen av de olika tjänster som avtalet omfattar. En sammanställning enligt den s.k. försiktighetsprincipen, där de lägsta av de angivna värdena läggs till grund för bedömningen visar att avtalets uppskattade värde (c:a 30,6 mkr) riskerar att understiga hälften av den uppskattade kostnaden för avtalet (c:a 66 mkr). Även andra förhållanden, som att avtalet föregåtts av diskussioner om utökning av flygverksamheten på Skavsta flygplats, att avtalet kommit att förskottsbetalas för tio år samt att den kommunalekonomiska nytta av de köpta tjänsterna kan sättas i fråga, tyder enligt Konkurrenskommissionen på att det snarare kan vara fråga om ett förtäckt etableringsstöd till Ryanair än ett rent köp av tjänster. I sådant fall strider enligt Konkurrenskommissionens mening avtalet mot såväl den svenska kommunallagens förbud mot stöd till enskild näringsidkare som mot de internationella åtaganden, däribland EG-Romfördragets förbud mot otillåtet statsstöd, vilka kommunallagens förarbeten hänvisar till, samt snedvrider konkurrensen för flygtrafiken.

^[1] Från det avtalade beloppet 55 miljoner kronor har vid förskottsberäkningen bortsetts från det första årets kostnad på 5,5 miljoner kronor.

^[2] Stockholms stads utrednings- och statistikkontor – USK, skriften ”TURISMEN I STOCKHOLM 2002, TURISMENS BETYDELSE FÖR EKONOMI OCH SYSSELSÄTTNING”. Kalkylen bygger på att inresande besökare till Stockholmsregionen under 2002 gav upphov till en total omsättning på drygt 17,3 miljarder kronor i länet

^[3] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), yttrande den 1 augusti 2003 (dnr. 2003/0234-29)

^[4] Länsrätten i Södermanlands län, dom i mål nr. 1537-03, meddelad den 15 september 2003. Domen har inte vunnit laga kraft.

^[5] Länsrätten i Södermanlands län, beslut i mål nr. 798-03, meddelad den 15 september 2003. Beslutet har inte vunnit laga kraft och är överklagat till kammarrätt.

^[6] Se bl.a. EG-domstolens avgörande i målen C-20/01 och C-28/01 (Kommissionen mot Tyskland).

^[7] Se prop. 1990/91:117 sid. 34 f.

^[8] Se EG-domstolens avgöranden i mål C-290/83 (Kommissionen mot Frankrike), C-248/84 (Kommissionen mot Tyskland) samt C248/84 (Italien mot Kommissionen).

^[9] Se EG-domstolens avgöranden i mål), C-248/84 (Kommissionen mot Tyskland) samt C248/84 (Italien mot Kommissionen).

^[10] Se EG-domstolens avgöranden i målen C-67/85, 68/85 och 79/85 (van der Kooy) samt mål C303/88 (Italien mot Kommissionen).

