

PM 2 2009-04-22

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom anbudsinfordran i strid mot de grundläggande principerna för tilldelning av kontrakt (likabehandlings- och proportionalitetsprincipen) jämte sammanblandning av tjänstekoncession med offentlig upphandling.**

*Det kommunala bolaget Storumans flygplats AB har utan iakttagande av bestämmelserna om offentlig upphandling tilldelat ett kontrakt avseende köp av tjänster för regelbunden flygtrafik mellan Storuman och Stockholm. Bolaget har även iakttagit för korta tidsfrister för anbudsansökan och anbud.*

Storumans flygplats AB (nedan kallat Flygplatsbolaget)<sup>1</sup> helägs indirekt av Storumans kommun genom Storumans Förvaltnings AB och driver Storumans flygplats<sup>2</sup> som är en s.k. allmän flygplats. Flygplatsbolaget har i oktober 2008 infordrat anbudsansökningar avseende tjänster för flygtransport med CPV nummer 60400000<sup>3</sup>. Ett meddelande om anbudsinbjudan skickades den 27 oktober 2008 till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE) för annonsering i bl.a. databasen TED.<sup>4</sup> Enligt annonsen ska anbudsinfordran handläggas enligt selektivt förfarande, vilket är ett offentligt upphandlingsförfarande. Meddelandet är i huvudsak avfattat på engelska språket. Av punkterna II.1.1 och II.1.2 i meddelandet om anbudsinbjudan framgår att denna avser ”*Service Concession Invitation for Scheduled Air Service Storuman Airport – Arlanda Airport*” med NUTS-koden SE332<sup>5</sup> och med ”*Storuman, Sweden*” som huvudplats för entreprenaden. Av punkterna II.2.1 och II.3 i annonsen framgår vidare att den aktuella tjänsten omfattar elva tur- och returflygningar i veckan som ska utföras under perioden den 17 november 2008 till och med den 31 december 2009, med trafikuppehåll under sex veckor, sommaren 2009. Kontraktet kan komma att förlängas även efter den 31 december 2009.<sup>6</sup>

Annonsen har införts i TED med rubriken ”*Byggentreprenader*” och anges omfatta ”*bygg- och anläggningsarbeten som tilldelas av koncessionshavaren*”. Fristen att inkomma med anbudsansökningar löpte ut den 3 november 2008, klockan 11.00. Detta medför en ansökningsfrist på totalt 7 dagar (varav 4,5 vardagar). Som preliminärt datum för avsändande av inbjudan till utvalda sökande att lämna anbud anges i annonsen den 4 november 2008 och själva flyg-

<sup>1</sup> Storumans flygplats AB, med organisationsnummer 556526-8272, bildades den 19 oktober 1995 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 27 oktober 1995. Nuvarande firma registrerades den 17 januari 1996. Tidigare firma har varit Calico nr 1466 Aktiebolag. Nu gällande bolagsordning antogs av kommunfullmäktige i Storuman den 24 april 2007 och registrerades av Bolagsverket den 24 juli 2007. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... driva och utveckla civil trafik på Storumans flygplats i Gunnarn samt idka därmed förenlig verksamhet”. Storumans flygplats AB ägs av Storumans kommun.

<sup>2</sup> Storumans flygplats ligger c:a 38 kilometer sydöst om Storumans tätort efter väg E12 mot Lycksele och c:a 66 kilometer från Lycksele flygplats. Storumans kommun betjänas av en ytterligare flygplats, Hemavan Tärnaby Airport, som ligger nära Hemavans samhälle, c:a 145 kilometer nordväst om Storumans tätort. Verksamheten med reguljär flygtrafik inleddes på Storumans flygplats år 1993.

<sup>3</sup> CPV eller *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 kodsysteem. 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 en ny förordning, som trädde i kraft per den 13 september 2008).

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> NUTS koderna innefattar kombinerade bokstavs- och sifferkoder inom ramarna för en geografisk och administrativ indelning av Europeiska unionens samlade territorium och används vid bl.a. annonsering i TED (EU:s databas för annonsering av upphandlingar) för att visa i vilket land och vilken region som ett uppdrag eller en leverans kommer att utföras. NUTS koderna består av landkod (i bokstäver), exempelvis SE för Sverige, samt av olika sifferkoder för medlemsstaternas regionala delar. NUTS-koden för Stockholm är t.ex. SE011. NUTS-koden SE332 står för Norrbottens län.

<sup>6</sup> Av annonsen i TED framgår följande beskrivning: ”*Eleven return flights SQO-ARN per week. Service to be suspended for six weeks during the summer of 2009. Possible extension of contract after completion date below*”.

ningarna skulle, såsom tidigare redovisats, påbörjas den 17 november 2008. Inalles har Flygplatsbolaget således avsatt en tid av 21 dagar (varav 15 vardagar) för infordran av anbudsansökningar, urval av anbudsgivare, infordran av anbud, anbudsvärdering och tilldelning av kontrakt samt förberedelser för den tilldelade leverantören inför flygstart.

Av utredningen i övrigt framgår att flyglinjen Storuman-Stockholm/Arlanda sedan tidigare har omfattats av s.k. allmän trafikplikt enligt EG-lufttrafikförordningen 2408/92/EEG (se vidare nedan under gällande rätt). Efter det att Rikstrafiken<sup>7</sup> i oktober 2007 beslutat att inte förnya möjligheten till ekonomisk ersättning för flygtrafik på linjen Storuman-Stockholm beslutade regeringen den 7 februari 2008 att den allmänna trafikplikten på flyglinjen skulle upphöra från och med den 26 oktober 2008. Regeringskansliet har därefter, under hand vid ett flertal tillfällen under 2008 och 2009, såväl muntligt som skriftligt påtalat för Storumans kommun och Flygplatsbolaget att de kan hemställa hos regeringen om att den allmänna trafikplikten ska återinföras på flyglinjen Storuman-Stockholm/Arlanda samt att kommunen eller bolaget ska ges rätten att teckna avtal med företag som uppfyller kravet i den allmänna trafikplikten enligt på området gällande EG-förordningar. Regeringskansliet har emellertid hittills (primo mars 2009) inte mottagit någon sådan begäran.<sup>8</sup>

Den 19 januari 2009 inkom till Sveriges ständiga representation vid Europeiska unionen en skrivelse från EU-kommissionen där det bl.a. påpekades att den flygtrafik som numera har etablerats av Flygplatsbolaget på flyglinjen Storuman-Stockholm/Arlanda kan vara i strid mot gemenskapsrätten. Vidare indikerades att underlåtenhet från svensk sida, att vidta åtgärder för att säkerställa att den aktuella flygtrafiken inrättas i enlighet med gällande gemenskapsrätt, kan resultera i att EU-kommissionen inleder en formell granskning i ärendet.<sup>9</sup>

Flygplatsbolagets kontrakt i anledning av den aktuella anbudsinfordran har av bolaget förklarats delvis hemlig.<sup>10</sup> Av de delar av avtalet som har lämnats ut samt av det yttrande som Flygplatsbolaget har lämnat till Regeringskansliet framgår emellertid att kontraktet har tecknats den 18 december 2008 mellan Flygplatsbolaget och det Vilniusbaserade flygbolaget UAB Avion Express (nedan kallat AVEX) samt att avtalad reguljär flygtrafik mellan Storumans flygplats och Stockholm/Arlanda inleddes per den 12 januari 2009. Vidare framgår att Flygplatsbolaget från AVEX ska köpa totalt 1.200 blocktimmar flygproduktion<sup>11</sup> intill dess att det aktuella kontraktet upphör att gälla per den 11 januari 2010. Samtliga flygbiljetter på linjen Storuman-Stockholm/Arlanda ska säljas av Flygplatsbolaget som även tillgodogör sig intäkterna av biljettförsäljningen jämte samtliga övriga intäkter av flygtrafiken, såsom avgifter

<sup>7</sup> Rikstrafiken, beslut av den 22 oktober 2007 att inte avtala om förnyad statlig ersättning till flygtrafik mellan Storuman och Stockholm. Såvitt kan förstås motiverades Rikstrafikens beslut av att Storumans flygplats ligger så nära Lycksele flygplats (som omfattas av allmän trafikplikt) att de båda kommunernas behov av flygförbindelse med Stockholm kan tillgodoses gemensamt. Särskild ersättning behöver därför inte betalas för trafik från Storumans flygplats.

<sup>8</sup> Se Regeringskansliet, Näringsdepartementet, skrivelse till Storumans Flygplats AB av den 3 mars 2009 (dnr. N2008/8002/MK).

<sup>9</sup> När en *formell underrättelse* riktas till en medlemsstat utgör detta det första formaliserade steget i ett av EU-kommissionen initierat överträdelseförfarande, om kommissionen anser att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördraget. Det andra steget i förfarandet utgörs av ett *motiverat yttrande*, där EU-kommissionen, efter att ha tagit del av medlemsstatens synpunkter, framför krav på rättelse i visst avseende. Om den berörda staten sedan inte rättar sig efter yttrandet inom den tid som kommissionen har angivit, får kommissionen enligt artikel 226/EG föra ärendet vidare till EG-domstolen. EU-kommissionen ska ange det standardbelopp eller det vite som den med hänsyn till omständigheterna anser det lämpligt att den berörda medlemsstaten ska betala. Det slutliga beslutet avseende åläggande av de straffavgifter som föreskrivs i artikel 228/EG fattas av domstolen inom ramen för en särskild process mot medlemsstaten. Straff- och vitesbelopp som i dessa fall kan komma ifråga kan med hänsyn till överträdelseernas art och övriga omständigheter bli betydande.

<sup>10</sup> Flygplatsbolaget har lämnat ut själva kontraktet med AVEX i dess allmänna delar, men inte förekommande bilagor med uppgifter om ersättningsnivåer m.m. Kammarrätten i Sundsvall har genom dom av den 17 mars 2009 i mål 429-09, avslagit en begäran att få ut kontraktet i sin helhet på den grunden att aktuella bilagor och där ingående uppgifter omfattas av sekretess enligt 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen (1980:100) till stöd för det allmänna och enskilda affärsintresse.

<sup>11</sup> En enkelresa mellan Storumans flygplats och Stockholm/Arlanda tar c:a 90 minuter. Det antal flygtimmar ("a total of 1,200 blockhours of flight production") som Flygplatsbolaget uppger ger vid handen att det handlar om c:a 800 enkelurer under kontraktstiden. Med beaktande av stipulerade sex veckors flyguppehåll under sommaren ger detta c:a 4 avgångar per dag, två avgångar i vardera riktningen, under helgfria vardagar utom lördagar under ett år. Flygningarna ska enligt parternas kontrakt utföras med ett flygplan som uppfyller motsvarande kriterium för en SAAB 340A med

för godsbefordran och bagageöverviktsavgifter m.m.<sup>12</sup> Flygplatsbolaget bestrider i yttrandet till regeringen att förfarandet skulle innefatta något direkt driftstöd till AVEX och pekar på att de inslag av subvention som kan uppkomma består av skillnaden mellan Flygplatsbolagets betalning till flygbolaget och den ersättning som Flygplatsbolaget erhåller genom försäljningen av biljetter till tredje man. Stödmottagare blir under dessa förhållanden de enskilda flygpassagerarna och inte Avion Express.

Det s.k. kontraktsvärdet anges i annonsen med ansökningsinbjudan (punkten II.2.) till en kostnadsram inom intervallet upp till 500.000 euro. Detta ger ett högsta kontraktsvärde på c:a 5 miljoner kronor. Storumans kommun beslutade i oktober 2008 att bevilja Flygplatsbolaget en kapitaltäckningsgaranti på 4,15 miljoner kronor.<sup>13</sup>

Ett överklagande av det aktuella förfarandet, vilket enligt vad Länsrätten i Västerbottens län bedömt måste förstås som en ansökan om överprövning enligt LOU, avvisades av länsrätten genom beslut av den 3 november 2008. Till grund härför anfördes bland annat att det ”*av handlingarna i målet framgår [...] att det är fråga om tjänstekoncession [...] På grund [därav] kan ansökan inte prövas i sak och ska därför avvisas*”. Länsrättens beslut har vunnit laga kraft.<sup>14</sup> Det ovan angivna kontrakt som sedermera tecknades i december 2008 mellan Flygplatsbolaget och AVEX förelåg dock inte vid tidpunkten för länsrättens handläggning.

### Gällande rätt

Förutsättningarna för den kommersiella flygtrafiken inom Sverige och Europeiska unionen, inbegripet bl.a. rätten att trafikera allmänna flygplatser, regleras genom Europaparlamentets och rådets förordning (EEG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om EG-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen (här angiven som EG-lufttrafikförordningen eller LtF). Förordningen trädde i kraft samma dag som den meddelades, d.v.s. den 24 september 2008, och innefattar en omarbetning av bl.a. den tidigare förordningen (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 om EG-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen.

Den gemenskapsrättsliga grundtanke som kommer till uttryck genom EG-lufttrafikförordningen är att samtliga behöriga s.k. EG-lufttrafikföretag ska ha tillträde till och fritt kunna etablera och utöva trafikrättigheter på samtliga flyglinjer inom gemenskapen. Med EG-lufttrafikföretag avses företag som har fått en giltig operativ licens (OL) utfärdad av någon av unionens medlemsstater.

Medlemsstaterna får dock, under vissa förhållanden, undantagsvis begränsa den fria etableringsrätten med stöd av EG-lufttrafikförordningens (Ltf) nedan redovisade bestämmelser om allmän trafikplikt. Enligt art. 16.1 Ltf får medlemsstaterna införa s.k. *allmän trafikplikt* med avseende på regelbunden lufttrafik till och från ytterområde eller utvecklingsområden eller på flyglinjer med låg trafikintensitet. Allmän trafikplikt får införas endast i den utsträckning som behövs för att säkerställa ett minimiutbud av regelbunden lufttrafik som annars inte skulle uppfyllas med hänsyn till lufttrafikföretagens kommersiella intressen. Normerna för den flyglinje som omfattas av trafikplikt ska fastställas på ett öppet och icke-diskriminerande sätt.

Om inget annat transportsätt kan säkerställa en oavbruten trafik med minst två dagliga avgångar får enligt art. 16.2 LtF medlemsstaterna låta den allmänna trafikplikten omfatta även krav på att de EG-lufttrafikföretag som trafikerar eller avser att trafikera en viss flyglinje måste garantera utförandet av lufttrafiken under en viss period. Skulle inget lufttrafikföretag visa sig intresserat eller kunna utöva en bärkraftig regelbunden lufttrafik på den aktuella flyglinjen får enligt art. 16.9

<sup>12</sup> I yttrandet till regeringen anger Flygplatsbolaget följande: ”[Flygplatsbolaget] is purchaing a total of 1,200 blockhours of flight production until the contract ends on 11th of january 2010. All tickets are sold by [Flygplatsbolaget] and all other revenues, like cargo revenues and excess baggage fees, also accrue to [Flygplatsbolaget]”.

<sup>13</sup> Se kommunfullmäktige i Storumans kommun, beslut av den 14 oktober 2008 (KF § /08) om att lämna en kapitaltäckningsgaranti på maximalt 4 150 000 kronor till Storumans Flygplats AB, via Storumans kommuns Förvaltnings AB, i form av aktieägartillskott så att det egna kapitalet uppgår till det registrerade aktiekapitalet i Storumans Flygplats AB.

<sup>14</sup> Länsrätten i Västerbottens län, beslut av den 3 november 2008 i mål 1919-08.

LtF medlemsstaten begränsa tillträdet till flyglinjen till ett EG-lufttrafikföretag åt gången. Begränsningen får i så fall omfatta en period på högst fyra år, varefter situationen ska omprövas.

En begränsning med ensamrätt enligt art. 16.9 LtF kan enligt art. 17.8 samma förordning kombineras med rätt till ersättning för det valda EG-lufttrafikföretaget. Ersättningen får dock inte överstiga vad som krävs för att täcka nettokostnaderna för fullgörandet av den allmänna trafikplikten, med hänsyn till lufttrafikföretagets intäkter och till en rimlig vinst.

Rättigheten att utöva lufttrafik på flyglinjer som omfattas av allmän trafikplikt ska enligt art. 16.10 LtF erbjudas genom ett *offentligt anbudsförfarande* riktat till alla EG-lufttrafikföretag som är berättigade att utöva sådan lufttrafik. Den berörda medlemsstaten ska skicka texten med erbjudandet att delta i ett anbudsförfarande till EU-kommissionen för annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT). Tidsfristen för inlämnande av anbud får enligt art. 17.4 LtF inte vara kortare än två månader räknat från dagen då annonsen publicerades.<sup>15</sup> Medlemsstaten ska vidare, utan dröjsmål skriftligen informera EU-kommissionen om resultatet av det offentliga anbudsförfrandet och om valet av lufttrafikföretag.<sup>16</sup>

Förekommande EG-lufttrafikföretag ska behandlas på ett icke-diskriminerande sätt. En allmän flygplats<sup>17</sup> förutsätts vara öppen för envar som vill landa och starta från flygplatsen, inom ramarna för flygplatsens tekniska förutsättningar för att ta emot viss trafik och de eventuella kapacitetsbegränsningar som härvid kan föreligga samt under förutsättning att flygplatsens allmänna villkor om öppettider och avgifter m.m. iakttas. Det är således inte möjligt för en flygplats, för vilken det inte föreligger någon allmän trafikplikt med ensamrätt i enlighet med EG-lufttrafikförordningens reglering, att hindra EG-lufttrafikföretag från att etablera sig och bedriva regelbunden flygtrafik till och från flygplatsen.

För svenskt vidkommande beslutar regeringen om vilka flyglinjer som ska omfattas av allmän trafikplikt därjämte beslutar Rikstrafiken<sup>18</sup> om tilldelning av trafikrättigheter på dessa flyglinjer. Den 2 december 1993 beslutade regeringen om införande av allmän trafikplikt från och med den 27 oktober 2002 på flyglinjen Östersund-Umeå. Genom beslut av den 20 december 2001 utvidgades trafikplikten till att omfatta ett antal ytterligare sträckor, däribland flyglinjen Storuman-Stockholm/Arlanda.<sup>19</sup> Som tidigare redovisats beslutade regeringen den 7 februari 2008 att den allmänna trafikplikten på flyglinjen Storuman-Stockholm/Arlanda skulle upphöra från och med den 26 oktober 2008. Rikstrafiken hade därförinnan beslutat att inte avtala om förnyad statlig ersättning till trafik på den aktuella flyglinjen.<sup>20</sup>

Ett offentligt styrt organs (exempelvis ett kommunalt bolags) kontrakt med fristående rättssubjekt kan, om kontraktet innefattar tillhandahållande av tjänster mot ersättning, utgöra antingen upphandling av ett *offentligt tjänstekontrakt* eller tilldelning av en *tjänstekoncession*. Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på hur avtalskonstruktionen är utformad. Oaktat

<sup>15</sup> Om anbudet avser en flyglinje till vilken tillträdet redan har begränsats till endast ett lufttrafikföretag i enlighet med artikel 16.9 LtF, ska erbjudandet att delta i anbudsförfrandet offentliggöras minst *sex månader* innan löptiden för den nya koncessionen börjar så att det kan prövas huruvida det fortfarande är nödvändigt att begränsa tillträdet.

<sup>16</sup> Informationen till EU-kommissionen ska enligt artikel 17.9 EG-lufttrafikförordningen innefatta följande: a) Antal anbudsgivare, deras namn samt upplysningar om respektive företag. b) Driftsrelaterade inslag i anbudet. c) Ersättning som begärs i anbudet. d) Namn på den utvalda anbudsgivaren.

<sup>17</sup> Se luftfartslagen (1957:297), luftfartsförordningen (1986:171) samt Luftfartsstyrelsens (numera Transportstyrelsen) Bestämmelser för Civil Luftfart-Flygplatser (BCL-F).

<sup>18</sup> Rikstrafiken är en statlig myndighet, som inrättades 1999 och har till uppgift att subventionera inrikes nationell kollektivtrafik. Rikstrafikens ansvarsområde omfattar stödgivning för mellanlänstrafik på sträckor som är mer än 100 kilometer. För kortare sträckor och på inomlänstrafik svarar länstrafikhuvudmannansvariga landsting och kommuner eller deras länstrafikbolag.

<sup>19</sup> De sträckor som omfattades av regeringens beslut av den 20 december 2001 om allmän trafikplikt är, förutom de tidigare beslutade trafikplikten på sträckan Östersund – Umeå, följande flyglinjer: Arvidsjaur - Stockholm/Arlanda, Gällivare - Stockholm/Arlanda, Hagfors - Stockholm/Arlanda, Hemavan - Stockholm/Arlanda, Lycksele - Stockholm/Arlanda, Storuman - Stockholm/Arlanda Sveg - Stockholm/Arlanda, Torsby - Stockholm/Arlanda, Vilhelmina - Stockholm/Arlanda, Pajala – Luleå. Utvidgningen avser tiden från och med den 27 oktober 2002.

<sup>20</sup> Rikstrafiken, beslut av den 22 oktober 2007.

vilken avtalskonstruktion som har valts gäller dock alltid EG-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet som kommer till uttryck i artiklarna 43 EG och 49 EG, liksom de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn.

Med *offentlig upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelningen av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande enheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Begreppet offentligt kontrakt ska enligt EU-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten åt den upphandlande enheten. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.<sup>21</sup>

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar upphandlingsskyldigheten även kommunala bolag, s.k. *offentligt styrda organ*, som tillgodoser behov i det allmännas intresse under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>22</sup> Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag<sup>23</sup> förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Mot denna bakgrund kan kommunala företag normalt anses skyldiga att iaktta bestämmelserna i LOU jämte bakomliggande EG-direktiv.<sup>24</sup> Termen *upphandlande myndighet* används i lagen som gemensam beteckning för myndigheter och bolag som är skyldiga att tillämpa LOU.<sup>25</sup> Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera är det Konkurrensverket som utövar tillsynen.<sup>26</sup>

Tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt där förfarandet har påbörjats efter den 31 december 2007<sup>27</sup> regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor eller tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

Tjänster avseende flygtransport (CPV 60400000-2)<sup>3</sup> eller reguljär flygtrafik (CPV 60410000-5)<sup>3</sup> utgör sådana A-tjänster för ”*Flygtransport av passagerare och gods, med undantag av postbefordran*”, kategori 3, enligt bilaga II till den s.k. CPV-förordningen (2195/2002/EEG).<sup>28</sup> Om

<sup>21</sup> Med upphandling avses enligt 1 kap. 5 § LOU köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster. Se vidare definitionen av offentligt kontrakt och offentligt tjänstekontrakt i art. 1.2 a) och d) i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) samt EG-domstolens dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *la Scala*, REG 2001, s. I-5409, pp. 6 och 51. Se även Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 16 juni 2005 till Länsrätten i Stockholms län (dnr. 2005/0121-29).

<sup>22</sup> Se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU.

<sup>23</sup> Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport. För bolag som bedriver blandad verksamhet med även annan verksamhet, gäller nämnda befrielse enbart de delar som avser elhandel respektive tjänsteexport och inverkar inte på övriga verksamheter i bolaget.

<sup>24</sup> Undantag från lagens tillämpning gäller enligt 1 kap. 3 § LOU även för upphandlande myndigheter och enheter verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna för sådan av myndigheten/enheten bedriven verksamhet som består av bl.a. tillhandahållande eller drift i fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten, eller i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Även posttjänster samt prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen samt tillhandahållande av hamnar och flygplatser är undantaget från lagens tillämpning. I dessa fall ska bestämmelserna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) tillämpas (se 1 kap. 4 – 10 §§ LUF).

<sup>25</sup> Enligt 2007 års LOU benämns myndigheter och andra upphandlingsskyldiga organ inom den klassiska sektorn som *upphandlande myndigheter*. Termen upphandlande enheter är numera enbart förbehållet organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

<sup>26</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

<sup>27</sup> Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>28</sup> Se förteckningen av CPV-tjänster i bilaga II till Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV.

tjänsternas sammanlagda upphandlingsvärde<sup>29</sup> överstiger tröskelvärdet 1.911.155 kronor<sup>30</sup> ska upphandlingen av detta skäl handläggas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. – 14 kap. LOU, normalt genom öppen eller selektiv upphandling.<sup>31</sup>

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Bestämmelserna i LOU behöver inte tillämpas i fråga om tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) att utföra tjänsten (se 1 kap. 7 § LOU) samt i fråga om vissa särskilt undantagna områden.<sup>32</sup> I övriga fall som avser tilldelning av kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster ska de i lagen föreskrivna upphandlingsförfarandena följas. Som huvudregel ska enligt 4 kap. 1 § LOU något av de annonserade förfarandena *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling* användas. I dessa fall ska enligt 7 kap. 1 § LOU den upphandlande myndigheten annonsera upphandlingen med iakttagande av vissa i 8 kap. samma lag angivna tidsfrister.

Vid *öppen upphandling* utgör anbudsfristen normalt 52 dagar efter det att meddelandet om upphandlingen skickades för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT).<sup>33</sup> Vid *selektiv upphandling*<sup>34</sup> utgör motsvarande frist för att komma in med anbudsansökningar minst 37 dagar, varefter tidsfristen för att lämna anbud ska uppgå till minst 40 dagar (se 8 kap. 3 § LOU). Föreligger det sådan tidsbrist att det inte är möjligt att tillämpa ovan beskrivna tidsfrister kan dessa förkortas genom tillämpning av s.k. *påskyndat förfarande* enligt 8 kap. 8 § LOU. Tidsfristen att inkomma med anbudsansökan eller anbud ska i sådant fall utgöra minst 15 dagar eller, om meddelandet om upphandling har skickats med elektroniska medel, minst 10 dagar. Vid påskyndat selektivt förfarande ska dessutom minimifristen för att därefter lämna anbud uppgå till minst tio dagar. För att påskyndat förfarande ska kunna tillämpas får emellertid förutsättas att den upphandlande myndigheten inte genom försummelse har försatt sig i en sådan situation att den aktuella tidsbristen har uppstått. Exempelvis bristande planering från den upphandlande myndighetens sida skapar således inte någon rätt att använda påskyndat förfarande.<sup>35</sup> Påskyndat förfarande innebär ett undantagsförfarande. Förutsättningarna för att tillämpa detta förfarande ska enligt gemenskapsrättslig praxis därför tolkas restriktivt, och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan att visa att tillräckliga skäl för undantag föreligger.<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inom den klassiska sektorn inte anger något totalpris ska värdet enligt 3 kap. 12 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid. Vid beräkningen ska enligt 3 § samma kapitel options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

<sup>30</sup> Gällande tröskelvärden fr.o.m. den 1 januari 2008, se 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 samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>31</sup> Se 4 kap. 1 § LOU.

<sup>32</sup> Se 1 kap. 5 och 6 §§ LOU. Områden som undantas från lagens tillämpning är bl.a. den upphandlande myndighetens förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet, 2. anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och TV-program samt upphandling av sändningstid, 3. skiljemanna- eller förlikningsuppdrag, 4. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument, 5. anställningar, 6. forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten, eller 7. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster från en centralbank.

<sup>33</sup> Meddelandet ska skickas till EU-kommissionen, genom till Byrån för Europeiska gemenskapernas publikationer (OPOCE), vilken i sin tur svarar för att upphandlingen annonserats i EUT.

<sup>34</sup> Med *selektivt förfarande* avses en upphandling i två steg, där den upphandlande myndigheten först inhämtar ansökningar om att lämna anbud (anbudsansökningar) för att därefter, i det andra steget, bjuda in ett urval av de mest kvalificerade anbudssökande leverantörerna till anbudsgivning. Inga andra än inbjudna leverantörer tillåts lämna anbud i upphandlingen (se 2 kap. 16 § LOU).

<sup>35</sup> Se prop. 1992/93:88 s. 79, där regeringen anförde bl.a. följande ”Det anges inte i grundtexten vad som kan utgöra godtagbara skäl för tidsnöd. Klart är att brådskan inte får vara hänförlig till den upphandlande enheten. Det får alltså inte vara fråga om t.ex. bristande inköpsplanering”. Jfr även prop. 2006/07:128, s. 365 f.

<sup>36</sup> Från senare rättspraxis, se EG-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23.

Vissa typer av avtal ska anses utgöra *tjänstekoncessioner* och är i sådant fall inte underkastade bestämmelserna om offentlig upphandling. Med *tjänstekoncession* avses enligt gällande gemenskapsrätt ett kontrakt av samma typ som ett *offentligt tjänstekontrakt*, men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att ekonomiskt utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels viss betalning.<sup>37</sup>

Någon entydig reglering angående tilldelning av tjänstekoncession föreligger för närvarande inte.<sup>38</sup> EU-kommissionen avgav år 2000 ett tolkningsmeddelande av vilket framgår att tjänstekoncession skulle kunna anses föreligga om en upphandlande myndighet tilldelar någon rätten att kommersiellt utnyttja en viss anläggning eller tjänst och samtidigt på denne överlåter en betydande ekonomisk risk för driften av en verksamhet. Om den upphandlande myndigheten lämnar ekonomiska garantier om exempelvis kostnadstäckning eller liknande för det fall att den tilldelade entreprenören utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt kan det dock inte vara fråga om någon tjänstekoncession. Någon övergång av den ekonomiska risken har i sådant fall inte skett.<sup>39</sup>

Den beskrivna riskexponering som 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 upphandlande myndigheten utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga tjänstekontrakt, där leverantören normalt bär risk endast för att hans investerings- och driftkostnader skulle visa sig överstiga den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande, men inte risken för att hans inkomster kopplade till rätten att utnyttja anläggningen inte förslår.<sup>40</sup>

Rättspraxis har senare utbildats i enlighet med detta synsätt. EG-domstolen har exempelvis ansett att ett kontrakt avseende tryckning och utgivning av telefonkataloger skulle vara att anse som en tjänstekoncession eftersom inget annat vederlag utgick än att det katalogutgivande företaget gavs rätten att utnyttja utgivningen kommersiellt.<sup>41</sup> EG-domstolen har i ett senare avgörande även ansett ett kontrakt där en myndighet lade ut driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser på ett parkeringsbolag skulle anses utgöra en tjänstekoncession, eftersom bolaget som motprestation skulle erhålla ersättning från tredjeman och inte från den uppdragsgivande myndigheten.<sup>42</sup> En serie kontrakt där leverantörerna dels skulle erhålla viss (kommunal) ersättning för att ta emot brännbart avfall för omvandling till elenergi, dels fick möjlighet till inkomster även från tredje man för

<sup>37</sup> 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 byggentreprenader, 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 byggentreprenad, 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 byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i [direktivets] bilaga I*”. Vid blandade 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 i artikel 1.2d andra stycket).

<sup>38</sup> Regeringen har i propositionen 2006/07:128 med förslag till ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster uttryckligt undantagit tjänstekoncessioner från de föreslagna upphandlingslagarnas tillämpningsområde.

<sup>39</sup> Se EU-kommissionens tolkningsmeddelande den 29 april 2000 om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121). EU-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.

<sup>40</sup> Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse av den 21 mars 2001 till regeringen (dnr. 2000/0339-22) samt yttrande av den 8 juni 2006 till Kammarrätten i Stockholm (dnr. 2006/0068-29).

<sup>41</sup> Se EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C 324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000 s. I-10745.

<sup>42</sup> EG-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397.

försäljningen av utvunnen elektricitet ansågs däremot inte utgöra koncessioner, även om de beräknade intäkterna från el-försäljningen icke var obetydliga.<sup>43</sup>

I svensk nationell rättstillämpning, RÅ 2008 not. 101,<sup>44</sup> har kommunala avtal om utförandet av obligatorisk sotning som ska betalas av tredje man inte ansetts innefatta offentlig upphandling utan istället utgöra tjänstekoncessioner. Även ett kontrakt avseende parkeringsövervakning, där leverantörens ersättning skulle bestå endast av rätten att tillgodogöra sig inflytande parkerings- och kontrollavgifter, har ansetts utgöra en tjänstekoncession.<sup>45</sup> Ett avtal avseende bl.a. driften av ett gym i en kommunal simhall har däremot inte bedömts utgöra koncession.<sup>46</sup>

Den särskilda rättigheten för EG-lufttrafikföretag att utöva lufttrafik på sådan flyglinje som omfattas av trafikplikt i enlighet med EG-lufttrafikförordningen (2008/1008/EG), med eller utan inslag av ekonomisk ersättning, utgör till sin karaktär en *tjänstekoncession*.

Gemensamt för såväl offentlig upphandling som tjänstekoncessioner är som tidigare redovisats att EG-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet, i artiklarna 43 EG och 49 EG, liksom gemenskapsrättens principer om likabehandling, icke-diskriminering och insyn alltid ska iakttas. Principen om *likabehandling och icke-diskriminering*<sup>47</sup> innefattar enligt EG-domstolarnas fasta praxis<sup>48</sup> krav om att såväl faktiska som potentiella anbudsgivare inte får diskrimineras utan ska erbjudas lika förutsättningar att komma ifråga för koncessioner eller offentlig upphandling. Förekommande krav och kriterier får inte heller utformas med utgångspunkt i att endast en viss utförare ska kunna komma ifråga. Principen om *öppenhet (transparens)* innebär att det ska råda insyn avseende samtliga förutsättningar för sådana förfoganden där medlemsstaternas myndigheter tilldelar kontrakt i samband med koncession eller offentlig upphandling, bland annat ska som huvudregel anbud infordras i ett offentligt förfarande. Av *proportionalitetsprincipen* följer slutligen att krav och villkor som ställs i ett anbuds förfarande måste vara relevanta (proportionella) i förhållande till det behov som ska

<sup>43</sup> Se EG-domstolens dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, REG 2007, s. I-0000. Domstolen anförde särskilt följande (pp.39 och 40): ”Beträffande den omständigheten att leverantörerna, vid sidan av den överenskomna avgiften, får uppbära intäkterna från försäljningen av den elektricitet som produceras i samband med hanteringen av avfallet, erinrar domstolen om att det i artikel 1 a i direktiv 92/50 talas om ”avtal med ekonomiska villkor”. De ekonomiska villkoren i ett avtal avser den motprestation som leverantören erbjuder av den upphandlande myndigheten med anledning av tillhandahållandet av tjänsterna i fråga ... I det föreliggande fallet är det uppenbart att den motprestation som leverantören får för tillhandahållandet av de aktuella tjänsterna, det vill säga hantering av det avfall som överläts med energiåtervinning, i huvudsak består i den avgift som betalas av regionkommisarierna. [...] I det föreliggande fallet är det uppenbart att den motprestation som leverantören får för tillhandahållandet av de aktuella tjänsterna, det vill säga hantering av det avfall som överläts med energiåtervinning, i huvudsak består i den avgift som betalas av regionkommisarierna”. För liknande resonemang, se även EG-domstolens dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, *Auroux m.fl.*, REG 2007, s. I-0000, p. 45.

<sup>44</sup> Se Regeringsrätten, dom av den 3 juni 2008 i de förenade målen 7364-06 och 7366-06 (*Skorstensfejarmästarnas Service AB mot Stockholms stad*).

<sup>45</sup> Kammarrätten i Stockholm, dom av den 4 juli 2005 i mål 4374-05.

<sup>46</sup> Kammarrätten i Stockholm, dom av den 14 februari 2007 i mål 797-06. Se även yttrande från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i detta mål (dnr. 2006/0068-29).

<sup>47</sup> Den allmänna principen om likabehandling i EG-fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, även direkt giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen 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” (se prop. 1994/95:19 del 1 s. 478). Principen ska 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.

<sup>48</sup> Se EG-domstolens dom av den 11 juli 1991 i målet C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*, REG 1989, s. I-3641 samt den 25 april 1996 i målet 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.



täckas med förfarandet.<sup>49</sup> Den anbudsinfordrande myndigheten får således inte ställa andra eller mer långtgående krav än vad som erfordras för att täcka det aktuella behovet.<sup>50</sup>

### Yttrande

Flygplatsbolaget har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att bolaget inte avser att avge något yttrande i ärendet.

### 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.

Flygplatsbolaget är en sådan upphandlande myndighet (offentligt styrt organ) som ska iaktta antingen bestämmelserna om *offentlig upphandling* eller de regler som gäller för tilldelning av *tjänstekoncessioner*. Oaktat kontraktsform ska dock alltid de grundläggande principer om likabehandling och icke-diskriminering, öppenhet (transparens) samt proportionalitet som ytterst följer av EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet av tjänster iakttas.

Flygplatsbolaget saknar rätt att tilldela sådana trafikrättigheter som avses i EG-lufttrafikförordningen, eftersom den aktuella flyglinjen, Storuman-Stockholm/Arlanda, inte omfattas av någon allmän trafikplikt enligt nämnda förordning. Vidare är det för närvarande Rikstrafiken som på regeringens uppdrag beslutar om tilldelning av trafikrättigheter. Såväl Flygplatsbolaget som Storumans kommun saknar således även behörighet att besluta om sådan tilldelning.

Av utredningen i ärendet framgår att Flygplatsbolaget har tecknat ett kontrakt med det Vilniusbaserade EG-lufttrafikföretaget AVEX om köp av 1.200 flygtimmar för reguljär flygtrafik på linjen Storuman-Stockholm/Arlanda under perioden den 12 januari 2009 till och med den 11 januari 2010. Vidare framgår att Flygplatsbolaget ska sälja biljetter till den reguljära flygtrafiken samt tillgodogöra sig samtliga inkomster av denna.

För det första måste utredas om kontraktet mellan Flygplatsbolaget och AVEX utgör ett *offentligt tjänstekontrakt* som ska upphandlas enligt LOU eller om det är fråga om en *tjänstekoncession*. Kontraktet innefattar inte någon tillämpning av EG-lufttrafikförordningen. I sin allmänna egenskap som EG-lufttrafikföretag har vidare AVEX varit oförhindrad att etablera sig för reguljär flygtrafik på linjen Storuman-Stockholm/Arlanda sedan den 26 oktober 2008 då den allmänna trafikplikten och därmed följande ensamrätt på flyglinjen upphörde att gälla. Det aktuella kontraktet från december 2008 innefattar således inte någon tilldelning av en rättighet som AVEX inte redan hade sedan tidigare. Vidare innebär kontraktet att AVEX ska erhålla en mellan parterna avtalad ersättning för sina tjänster i samband med de aktuella flygningarna medan den kommersiella risken för biljettförsäljning m.m. ligger hos Flygplatsbolaget. Någon sådan överföring av den ekonomiska risken från Flygplatsbolaget till AVEX som utgör förutsättning för att tjänstekoncession ska anses föreligga har därmed aldrig uppkommit. Det kan således inte anses vara fråga om någon tjänstekoncession i gemenskapsrättslig mening eftersom kraven för denna avtalsform inte är uppfyllda. Att Länsrätten i Västerbottens län har

<sup>49</sup> Enligt fast praxis från EG-domstolen måste kriterierna för anbudsgivning uppfylla följande fyra villkor. De ska (1) tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de ska (2) motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de ska (3) vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med anbudsförfarandet uppnås och de ska (4) inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål; 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.

<sup>50</sup> Se 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 målet 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.

gjort en annan bedömning kan ha sin förklaring i att rätten vid tidpunkten för handläggningen, i november 2008, saknat information om kontraktets fulla innebörd eftersom detta tecknades först en dryg månad senare.

Eftersom det aktuella kontraktet enligt vad Flygplatsbolaget själv har uppgivit innefattar köp av flygtimmar från AVEX innefattar parternas förfogande ett *offentligt tjänstekontrakt* avseende flygtransporter (CPV 60400000-2)<sup>3</sup> eller av reguljär flygtrafik (CPV 60410000-5)<sup>3</sup>. Eftersom upphandlingen har påbörjats efter den 31 december 2007 och avser ett kontraktsvärde på upp till 500.000 euro eller c:a 5 miljoner kronor omfattas den av de direktivstyrda bestämmelser som finns införda i 1 kap.-14 kap. LOU. Enligt dessa bestämmelser ska upphandlingen annonseras i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) varvid vissa i lagen föreskrivna ansöknings- eller anbudsfrister ska iakttas.<sup>51</sup> Det förhållandet att den allmänna trafikplikten med centralt subventionerade flygningar på flyglinjen Storuman-Stockholm/Arlanda skulle komma att upphöra har varit känt sedan i vart fall den 7 februari 2008 då regeringen fattade beslut i frågan. Det kan således inte anses ha förelegat en sådan tidsbrist för Flygplatsbolaget med att handla upp de aktuella tjänsterna, att påskyndat förfarande kan motiveras. Annonseringen om selektiv upphandling skulle således ha varit införd med en ansökningsfrist på minst 37 dagar samt en ytterligare frist på 40 dagar för själva anbudsgivningen, således totalt 77 dagar. Den i annonsen angivna fristen för anbudsansökan på totalt 7 dagar (varav 4,5 vardagar) jämte den totala tidsfristen på totalt 21 dagar för hela förfarandet inklusive anbudsgivning fram till och med trafikstart strider således mot LOU och mot de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt proportionalitet. Även det förhållandet att upphandlingen har utlysts som en byggentreprenadupphandling trots att den avser flygtransporttjänster gör att annonseringen har utformats på ett vilseledande sätt, vilket strider mot såväl öppenhets- som likabehandlingsprincipen.

Sammantaget har i enlighet med vad som ovan redovisats bestämmelserna om offentlig upphandling såväl som grundläggande gemenskapsrättsliga principer frångåtts i samband med Flygplatsbolagets tilldelning av kontrakt till AVEX avseende regelbunden flygtrafik på sträckan Storuman-Stockholm/Arlanda. Konkurrensen på marknaden för flygtransporter har därmed kommit att snedvridas samtidigt som Sverige riskerar att fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.

---

<sup>51</sup> Som tidigare redovisats utgör selektiv upphandling ett tvåstegsförfarande, där ansökningsfristen för att få delta med anbud normalt ska uppgå till minst 37 dagar. Endast vid tidsbrist som inte beror på bristande planering hos den upphandlande myndigheten kan genom påskyndat förfarande anbudstiden förkortas till 10 dagar. Tidsfristen för själva anbudsgivningen ska därefter uppgå till minst 40 dagar, eller vid påskyndat förfarande, minst 10 dagar. Vid öppen upphandling, som är ett enstegsförfarande, ska fristen för ingivande av anbud som huvudregel uppgå till minst 52 dagar eller, vid påskyndat förfarande på grund av tidsbrist, minst 10 dagar.