



<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012 -06- 2 9	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**KLAGANDE**

Cityflygplatsen i Göteborg AB, 556195-5823  
Säve Flygplatsväg  
423 73 Säve

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Joel Gustafsson  
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

ACR Aviation Capacity Resources AB, 556656-1204  
Box 500  
111 73 Stockholm

Ombud: Advokaterna Mikael Dubois och Fredrik Linder  
Hamilton Advokatbyrå KB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 15 februari 2012 i mål  
nr 13312-11, se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena  
vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

**YRKANDEN M.M.**

**Cityflygplatsen i Göteborg AB** (Cityflygplatsen) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avvisa ansökan om överprövning. Cityflygplatsen anför bl.a. följande. Av ordalydelsen i 2 kap. 20 § första stycket 1 LUF följer att ett företag kan utgöra en upphandlande enhet om en upphandlande myndighet utövar ett bestämmande inflytande över företaget. Av lagtexten framgår således inte att flera upphandlande myndigheter tillsammans kan utöva ett sådant bestämmande inflytande. Detsamma följer av ordalydelsen i den svenska versionen av direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) där det endast anges myndighet i singular. En eventuell felaktig implementering av försörjningsdirektivet ger inte ACR någon rättighet gentemot Cityflygplatsen då Cityflygplatsen inte utgör staten och direktiv saknar horisontell direkt effekt.

Alldeles oavsett om ett bestämmande inflytande kan utövas gemensamt av två upphandlande myndigheter eller inte kan en kommunal myndighet och ett statligt ägt bolag inte tillsammans utöva ett sådant bestämmande inflytande som krävs för att LUF ska bli tillämplig. Enbart den omständigheten att såväl Swedavia AB som Göteborgs kommun utgör någon form av offentliga organ innebär inte att de har gemensamt bestämmande inflytande över Cityflygplatsen i den mening som avses i 2 kap. 20 § LUF. Swedavia AB och Göteborgs kommun är två ägare av Cityflygplatsen som är helt oberoende i förhållande till varandra. Att dessa subjekt båda lyder under offentlig rätt, som förvaltningsrätten funnit, kan inte heller vara tillräckligt för att gemensamt bestämmande inflytande ska anses föreligga. Det har inte framkommit sådana omständigheter som innebär att Cityflygplatsen är skyldigt att tillämpa LUF vid anskaffning av flygtrafiktjänst.

**ACR Aviation Capacity Resources AB** (ACR) anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Det faktum att det i 2 kap. 20 § LUF anges "en upphandlande myndighet" ska inte tolkas som att avsikten har varit att

slå fast att det bestämmande inflytandet som definieras ska utövas av en upphandlande myndighet, dvs. i motsats till flera upphandlande myndigheter. Vidare anges tydligt i art. 2.1 b) i den engelska versionen av försörjningsdirektivet att det bestämmande inflytande som krävs för att ett företag ska anses vara ett offentligt företag kan utövas gemensamt av två eller flera upphandlande myndigheter. En direktivkonform tolkning av 2 kap. 20 § LUF ger således att ett bestämmande inflytande i denna bestämmelses mening kan utövas av en eller flera myndigheter. Cityflygplatsens synsätt, att bestämmande inflytande inte kan utövas av flera myndigheter tillsammans, skulle t.ex. innebära att två kommuner kunde förlägga sin försörjningsverksamhet i ett till lika stora delar ägt bolag och därmed aldrig behöva tillämpa LUF. I sådant fall skulle det grundläggande syftet med LUF, att tillse att det allmänna konkurrensutsätter sina inköp, kraftigt urholkas.

ACR vidhåller att Cityflygplatsen bedriver sin verksamhet med stöd av en särskild rättighet/ensamrätt enligt 2 kap. 20 § första stycket 2 LUF och att Cityflygplatsen är ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LUF och hänvisar härvid till vad man anfört i förvaltningsrätten. ACR vidhåller att Cityflygplatsen inte har tillämpat LUF vid upphandlingen. Upphandlingen ska göras om med tillämpning av LUF.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

*Omfattas tjänsterna i Cityflygplatsens offertförfrågan av LUF?*

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att de tjänster som efterfrågas i Cityflygplatsens offertförfrågan omfattas av LUF.

*Är Cityflygplatsen en upphandlande enhet?*

I svensk rätt genomförs bl.a. artikel 2.1 b) i försörjningsdirektivet i 2 kap. 20 § LUF. Bestämmelsen i LUF, som är återgiven i förvaltningsrättens dom,

definierar vad som utgör upphandlande enheter. Med upphandlande enheter avses bl.a. sådana företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över. Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande myndighet, 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.

Av utredningen i målet framgår att 20 procent av aktierna i Cityflygplatsen ägs av Göteborgs kommun, 40 procent av det statligt helägda bolaget Swedavia AB och resterande 40 procent av AB Volvo. Aktieägarna har utsett två styrelseledamöter vardera i Cityflygplatsens styrelse. Varken Göteborgs kommun eller staten genom Swedavia AB utövar således ensam ett bestämmande inflytande över Cityflygplatsen. Frågan är om flera upphandlande myndigheter gemensamt kan utöva ett bestämmande inflytande.

I den svenska språkversionen av försörjningsdirektivet anges i artikel 2.1. b) andra stycket att bestämmande inflytande ska anses föreligga när en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag äger större delen av det tecknade kapitalet i företaget, eller kontrollerar röstmajoriteten för andelarna i företaget, eller kan utse fler än hälften av medlemmarna i företagets förvaltningsorgan, styrelseorgan eller övervakande organ. I den engelska språkversionen av försörjningsdirektivet används uttrycket "A dominant influence on the part of the contracting authorities". I den franska språkversionen används uttrycket "les pouvoirs adjudicateurs" och i den danska "ordregivende myndigheder". I den tyska språkversionen används uttrycket "der Auftraggeber". Såväl uttryck i singular som i plural används således i medlemsländernas olika språkversioner av försörjningsdirektivet. Frågan om flera upphandlande myndigheter gemensamt kan utöva bestämmande inflytande över ett företag synes inte ha behandlats i förarbetena till den svenska lagstiftningen.

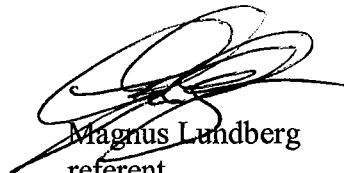
Kammarrätten anser, liksom Konkurrensverket har anfört i yttrande i förvaltningsrätten, att begrepp som "staten", "upphandlande myndighet" och "organ som lyder under offentlig rätt" ska tolkas funktionellt och ges stor räckvidd (se bl.a. EU-domstolens dom den 15 maj 2003 i mål nr C-214/00, kommissionen mot Spanien, p. 53 i domskälen). Begreppen ska tolkas med hänsyn till det sammanhang där de ingår och mot bakgrund av syftet med direktivet. Avgörande vikt bör inte läggas vid det uttryckssätt som valts i LUF och den svenska språkversionen av försörjningsdirektivet.

Upphandlingslagstiftningens huvudsakliga ändamål är att öppna upp för konkurrens och insyn, så att ekonomiska aktörers intressen skyddas och risken undanröjs för att upphandlande myndigheter och enheter låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Om ett företag där flera upphandlande myndigheter utövar ett gemensamt bestämmande inflytande inte vore att betrakta som en upphandlande enhet, så kunde tillämpningen av LUF enkelt kringgås. Skyddet för ekonomiska aktörers intressen skulle därmed urholkas på ett sätt som enligt kammarrättens uppfattning inte är förenligt med försörjningsdirektivet. Kammarrätten anser mot denna bakgrund att Cityflygplatsen är en upphandlande enhet på grund av att staten, som upphandlande myndighet indirekt genom Swedavia AB, och Göteborgs kommun som upphandlande myndighet direkt, tillsammans utövar ett bestämmande inflytande över Cityflygplatsen.

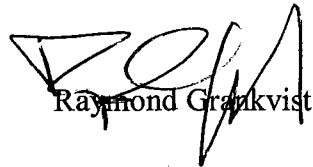
Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att Cityflygplatsen har brutit mot LUF, att ACR därigenom har lidit eller kan komma att lida skada, samt att upphandlingen ska göras om med tillämpning av bestämmelserna i LUF.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



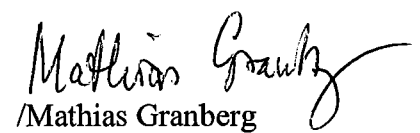
Magnus Lundberg  
referent



Raymond Granqvist



Carina Gester  
Carina Gester



Mathias Granberg  
/Mathias Granberg



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**  
2012-02-15  
Meddelad i  
Göteborg

*akt bel 23*

Sida 1 (12)

Mål nr  
13312-11 E  
Enhet 2:2

*Bilaga A*

**SÖKANDE**

ACR Aviation Capacity Resources AB, 556656-1204  
Box 500  
111 73 Stockholm

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur kand Mikael Dubois  
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPART**

Cityflygplatsen i Göteborg AB, 556195-5823  
Säve Flygplatsväg  
423 73 Säve

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz  
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB  
Box 226  
201 22 Malmö

**SAKEN**

Tillämpning av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster; förkortad LUF

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Cityflygplatsen i Göteborg AB ska göra om upphandling av Flygtrafiktjänster och met med tillämpning av bestämmelserna i LUF.

## **BAKGRUND**

Cityflygplatsen i Göteborg AB har riktat en förfrågan om offert till bland annat ACR Aviation Capacity Resources AB avseende Flygtrafiktjänster och met vid Göteborg City Airport. Den 28 oktober 2011 har Cityflygplatsen i Göteborg AB meddelat att man kommer att skriva avtal med annan leverantör än ACR Aviation Capacity Resources AB.

## **YRKANDEN**

ACR Aviation Capacity Resources AB (ACR) yrkar att förvaltningsrätten förordnar att Cityflygplatsen i Göteborg AB:s (Cityflygplatsen) upphandling av flygtrafiktjänster mm ska göras om. ACR hemställer att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket avseende frågan om Cityflygplatsen ska anses vara ett offentligt styrt organ och/eller en upphandlande enhet enligt LUF.

Cityflygplatsen i Göteborg AB bestrider ACR:s yrkande och yrkar för egen del att Förvaltningsrätten ska avvisa ACR:s ansökan.

## **GRUNDER**

- Frågan om Cityflygplatsen en upphandlande enhet enligt LUF

ACR anför i huvudsak följande. Kommunen äger 20 procent av aktierna i Cityflygplatsen, svenska staten (genom Swedavia) äger 40 procent av aktierna och AB Volvo ("Volvo") äger resterande 40 procent av aktierna. Cityflygplatsen tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Kommunen och svenska staten är otvivelaktigt upphandlande myndigheter. Tillsammans innehar kommunen och svenska staten (genom Swedavia) mer än hälften av andelarna i Cityflygplatsen (totalt 60 procent av aktierna) och tillsammans kontrollerar de majoriteten av rösttalet i Cityflygplatsen på grund av aktieäggande (totalt 60 procent). Tillsam-



mans kan kommunen och svenska staten (genom Swedavia) utse mer än halva antalet ledamöter i Cityflygplatsens styrelse (totalt fyra av sex ledamöter). Således utövar kommunen och svenska staten (genom Swedavia), enligt alla tre av de alternativa förutsättningarna som anges i 2 kap. 20 § andra stycket LUF, ett bestämmande inflytande över Cityflygplatsen. Cityflygplatsen är därmed en upphandlande enhet enligt 2 kap. 20 § första stycket 1 p. och andra stycket LUF. Den verksamhet som bedrivs på en flygplats är av sådan art att det inte kan finnas några konkurrenter som bedriver samma slags verksamhet på den aktuella flygplatsens geografiska plats. Vidare är flygtrafik av sådan art att det normalt inte finns några utbytbara alternativa resmöjligheter för flygplatsens resenärer. Den verksamhet som Cityflygplatsen bedriver inte är utsatt för någon reell konkurrens på den aktuella marknaden, och än mindre en sådan utvecklad konkurrens att det behov som Cityflygplatsen tillgodoser kan anses vara av industriell eller kommersiell karaktär. Sammantaget tillgodoser Cityflygplatsen behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Cityflygplatsen är ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LUF. Således ska Cityflygplatsen tillämpa LUF. – Cityflygplatsen bedriver sin verksamhet med stöd av en särskild rättighet/ensamrätt. Cityflygplatsen är därför en upphandlande enhet enligt 2 kap. 20 § första stycket 2 p. och tredje stycket LUF. Cityflygplatsens verksamhet innefattar att ge tillgång till flygplats för transporter i luften i enlighet med vad som anges i 1 kap 10 § LUF. – Konkurrensverkets beslut i ärende 441/2007 (Skavsta flygplats) kan inte utan vidare anses innebära att Cityflygplatsens verksamhet inte bedrivs med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Cityflygplatsen bedriver sin verksamhet med stöd av ett antal tillstånd som beviljats enligt miljöbalken och luftfartsförordningen. Eftersom det finns en naturlig begränsning av hur många flygplatser det kan finnas inom ett givet geografiskt område, innebär det faktum att Cityflygplatsen beviljats tillstånd för sin verksamhet att såväl rätten som möjligheterna för andra aktörer att bedriva samma verksamhet begränsas väsentligt. Cityflygplatsen bedriver därför sin verksamhet med stöd av en särskild rättighet/ensamrätt enligt 2 kap. 20 § första stycket 2 p. och tredje stycket LUF.

**Cityflygplatsen** anför i huvudsak följande. LUF är inte tillämplig då Cityflygplatsen anskaffar varor eller tjänster. Cityflygplatsen utgör inte en upphandlande enhet enligt 2 kap. 20 § första stycket LUF eller enligt 2 kap. 20 § första stycket 2 p. LUF. Cityflygplatsen är inte ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LUF. Den flygplatsverksamhet som Cityflygplatsen bedriver omfattas av LUFs tillämpningsområde jämlikt 1 kap. 10 § 2 p. Däremot bedriver Cityflygplatsen inte denna verksamhet med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Cityflygplatsen åberopar Konkurrensverkets beslut 2008-06-24 (Dnr 441/2007) gällande frågan om Skavsta flygplats är en upphandlande enhet och framför att Cityflygplatsen har beviljats drift- och miljötillstånd enligt samma bestämmelser i svensk lagstiftning som Skavsta flygplats. Några andra särskilda tillstånd eller dylikt till stöd av en "särskild rättighet" eller ensamrätt för Cityflygplatsen saknas. Då Cityflygplatsen inte heller omfattas av LUF på annan grund än den av ACR framförda saknas skäl att bifalla ACR:s yrkande.

**Cityflygplatsen** har efter att ha tagit del av Konkurrensverkets yttrande (se nedan) vidhållit att ACRs ansökan ska avvisas och att Cityflygplatsen inte ska anses vara skyldig att tillämpa LUF i dess anskaffning av varor eller tjänster.

- Frågan om Cityflygplatsen har följt LUF

**ACR** anför i huvudsak följande. Cityflygplatsen inte följt LUF genom att offertförfrågan helt saknar hänvisningar till LUF, att någon annonsering av upphandlingen inte skett trots att värdet av upphandlingen klart överstiger tillämpligt tröskelvärde enligt LUF om 3 849 489 SEK (387 000 Euro).

**Cityflygplatsen** har inte bemött denna grund.

- Frågan om prisutvärderingsmodellen strider mot LUF

ACR anför i huvudsak följande. Prisutvärderingsmodellen i avsnitt 4 i offertförfrågan är mycket otydligt utformad och möjliggör inte en objektiv jämförelse av anbudena. Det framgår inte för vilken tidsperiod pris ska anges. Är det för ett år i enlighet med avsnitt 7 i offertförfrågan där det anges att avtalstiden är ett år eller är det för någon annan period? I denna del kan noteras att det av tilldelningsbeslutet framgår att ett treårigt avtal kommer att tecknas. Det framgår inte vad tjänsterna ATS/ATC, MET och Fackansvar AFIS består i och inte heller vad som ska ingå i de olika delarna ATS/ATC, MET respektive Fackansvar AFIS. Vidare anges härefter att tillkommande arbetsuppgifter ska ingå i kostnadsbilden, varvid tio exempel på tillkommande arbetsuppgifter anges. Cityflygplatsen har alltså endast angivit exempel på vad som ska innefattas i anbudsgivarnas prissättning, vilket omöjliggör en förutsebar prissättning för anbudsgivarna i upphandlingen. Prisutvärderingsmodellen strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 24 § LUF.

**Cityflygplatsen har inte bemött denna grund.**

- Fråga om skada

ACR framför att bolaget har lidit skada som avses i 16 kap. 5 § LUF eftersom vid en korrekt genomförd upphandling enligt LUF hade haft möjlighet att antas som leverantör.

## **UTREDNING**

Av Förfrågan om offert avseende Flygtrafiktjänster och met vid Göteborg City Airport den 12 september 2011 framgår bland annat följande.

### **1. Inledning**

Göteborg City Airport är en flygplats med ett stort trafikutbud. På flygplatsen förekommer tung reguljär in och utrikes linjetrafik, s.k. lågkostnadstrafik, taxi-flygtrafik med såväl mindre som större jet- och turbopropflygplan och ett stort antal flygrörelser enligt de visuella flygreglerna både med flygplan och helikop-

ter. Flygplatsen är också bas för regionens samhällsanknutna flygverksamheter med helikopter och flygplan däribland, ambulansflyg, sjöräddning, polis mm. På flygplatsen finns ungefär 70 flygplan och helikoptrar baserade i olika verksamheter. Här finns två taxifygbolag, två flygklubbar, en kommersiell flygskola, företagsflyg, ett kommersiellt helikopterföretag och privatflyg.

#### 2. Förutsättningar

Flygplatsens produktionsförutsättningar begränsas av gällande miljövillkor vilka ger tillstånd till en total rörelsevolym om 58 000 årliga flygrörelser. Merparten av dessa rörelser är knutna till flygning enligt VFR-reglerna och till utbildning, (mer än 65 % av totala antalet rörelser). För den tunga kommersiella verksamheten finns ett utrymme om 16 100 rörelser per år. Av bullerskäl kan detta antal rörelser inte utnyttjas fullt ut av flygplatsens dimensionerande flygplanstyp (Boeing 737-500- 800) utan endast med 11 500 rörelser per år. Den totala rörelsevolymen under år 2010 var 48 752 rörelser. Därtill kommer ett antal rörelser under övning med helikopter.

---

#### 4. Offertens omfattning

Göteborg City Airport önskar offert på:

ATS/ATC vid Göteborg City Airport

MET vid Göteborg City Airpor

Fackansvar AFIS vid Göteborg City Airport

Offerten skall innehålla priser för var och en av dessa delar

Utöver ovanstående skall i kostnadsbilden ingå tillkommande arbetsuppgifter som t.ex.

- I samverkan med driftansvarig vid flygplatsen formulera och distribuera NOTAM-uppgifter rörande flygplatsens driftsstatus
- Att i samverkan med flygplatsens Snöröjningsledare distribuera SNOWTAM-uppgifter
- Att i samverkan med flygplatsen administrera publicering av flygplats-uppgifter för Cityflygplatsen i Göteborg i AIP Sverige
- Att vara flygplatsen behjälplig med visuell övervakning av flygplatsens hinderytor med avseende på genomträngning av tillfälliga hinder t.ex. lyftkranar. Vid befarad genomträngning meddela FC
- Bistå flygplatsen med utbildning av nya och tillfälliga entreprenörer
- Att göra inmatningar i SIGMA AMP systemet av fakturerings- och statistikunderlag
- Att sammanställa statistik dygnsvis manuellt
- Att logga motorprovning under TWR öppethållning
- Att lämna underlag till miljörapport kvartalsvis till flygplatsen
- Att vara behjälplig med övervakning av flygplatsområdet

#### 5. Verksamhetsförutsättningar

---

#### 6. Myndighets- och verksamhetskrav

---

#### 7. Avtalstid

Flygplatsen har för avsikt att teckna ett avtal omfattande perioden 2012-01-11—2012-12-31 med möjlighet till förlängning.

---

I tilldelningsmeddelande den 28 oktober 2011 har angetts bland annat att Flygplatsen kommer att teckna ett treårigt avtal med annan leverantör, men hoppas kunna komma tillbaka med ny begäran om offert då denna period gått ut.

Förvaltningsrätten har inhämtat yttrande från Konkurrensverket, som framfört bland annat följande.

*Cityflygplatsens verksamhet*

De flygtrafiktjänster som är aktuella i förevarande mål är dock av sådan art att de är absolut nödvändiga för bedrivande av flygplatsverksamhet, varför det saknas anledning att närmare utreda var gränserna går för denna bedömning. Enligt Konkurrensverkets mening utgör därför de aktuella tjänsterna sådan verksamhet som omfattas av 1 kap. 10 § 2 p. LUF.

*Cityflygplatsens upphandlingsrättsliga status*

--- med upphandlande enhet avses ett företag över vilket en upphandlande myndighet har ett bestämmande inflytande. Ett sådant inflytande anses föreligga om en upphandlande myndighet direkt eller indirekt innehar mer än hälften av t.ex. aktierna ett bolag eller utser mer än hälften av styrelseledamöterna. --- Frågorna som uppkommit är om dessa förhållanden innebär att Cityflygplatsen står under ett indirekt bestämmande inflytande av en upphandlande myndighet samt om ett sådant bestämmande inflytande kan utövas gemensamt av flera upphandlande myndigheter. --- För att ha ett bestämmande inflytande enligt 2 kap. 20 § LUF krävs endast att något av de tre rekvisiten avseende aktieinnehav, utseende av ledamöter till ledningsorgan eller kontroll av röstmajoritet är uppfyllt. Något krav på att en aktieägare faktiskt utövar något inflytande över den löpande verksamheten utöver detta, föreligger inte. --- Majoriteten av aktierna i Cityflygplatsen ägs således av upphandlande myndigheter, dvs. direkt genom Göteborgs kommun och indirekt genom svenska staten. --- Tolkningen av om Cityflygplatsen är en upphandlande enhet på grund av att den står under gemensamt direkt och indirekt bestämmande inflytande av flera upphandlande myndigheter ska ske mot bakgrund av vad som redovisats ovan avseende EU-domstolens uttalanden. Bedömningen ska därmed ske mot bakgrund av den allmänna systematiken och syftet med de föreskrifter i vilka de ingår. -- För det fall den aktuella bestämmelsen skulle tolkas så att ett bestämmande inflytande måste utövas av enbart en upphandlande myndighet för att det kontrollerade företaget skulle anses omfattas av LUF, är risken stor att en sådan reglering inte skulle uppnå upphandlingsreglernas syfte. Genom relativt enkla åtgärder skulle reglerna kunna kringgåås med följd att upphandlingsskyldigheten inte skulle föreligga. En sådan tolkning av bestämmelsen skulle riskera att förhindra direktivets ändamålsenliga verkan.

**Slutsats**

Konkurrensverket bedömer att de aktuella tjänsterna utgör sådan verksamhet som omfattas av 1 kap. 10 § 2 p. LUF. Vidare är det Konkurrensverkets bedömning att Cityflygplatsen är ett företag som står under bestämmande inflytande av upphandlande myndighet, direkt under Göteborgs kommun och indirekt av staten genom dess helägda bolag Swedavia AB. Cityflygplatsen ska således tillämpa LUF vid upphandlingar som rör den i målet aktuella verksamheten.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

LUF gäller för upphandling av bland annat varor och tjänster för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster enligt 4–10 §§ (1 kap. 2 § LUF). – En verksamhet omfattas av LUF om den består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att ge tillgång till flygplatser, hamnar eller andra terminaler för transporter i luften eller till havs eller på inre vattenvägar (1 kap. 10 § 2 p. LUF).

Med upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader (2 kap. 23 § LUF).

Med upphandlande enheter avses i denna lag dels upphandlande myndigheter enligt 21 §, dels sådana företag som

1. en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller
2. bedriver verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 1 kap. 4–10 §§ med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt enligt tredje stycket.

Ett bestämmande inflytande skall anses finnas om en upphandlande myndighet, 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.

Med särskild rättighet eller ensamrätt avses en rättighet eller ensamrätt som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ till ett eller flera företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet (2 kap. 20 § LUF).

Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av denna lag skall med upphandlande myndighet jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och
2. offentligt styrda organ som avses i 12 §, samt
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2 (2 kap. 21 § LUF).

Med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet (2 kap. 12 § LUF).

Av praxis framgår att prövningen av huruvida en privaträttslig enhet skall anses vara ett organ som lyder under offentlig rätt måste begränsa sig till att undersöka huruvida den aktuella enheten uppfyller de tre kumulativa villkor som anges i artikel 1 b andra stycket i direktiven 93/36 och 93/37, varvid en enhets privaträttsliga status inte utgör något kriterium som i sig kan utesluta att den klassificeras som upphandlande myndighet i den mening som avses i nämnda direktiv (C-84/03 p. 27).

I artikel 2.1.a) Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) – som motsvarar artikel 1 b ovan – används beteckningen upphandlande

myndighet i betydelsen: statlig, regional eller lokal myndighet, offentlig-rättsligt organ samt sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

Med "offentligrättsligt organ" avses varje organ som

- särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,
- är en juridisk person, och
- till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller andra offentligrättsliga organ, eller organ vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

Av 16 kap. LUF framgår bland annat följande. – Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling. – Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I 1 kap. 24 § LUF stadgas att upphandlande enheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.



*Förvaltningsrättens bedömning*

- Frågan om Cityflygplatsen är en upphandlande enhet

Den svenska regleringen av offentlig upphandling har sin grund delvis i Europeiska unionens direktiv om offentlig upphandling. Tolkningen av de inhemska bestämmelserna ska därför i den del de avser införlivade direktivbestämmelser ske i konformitet med EU-rättens tolkning av bestämmelserna. Förvaltningsrätten noterar här att unionens reglering på området är avsett att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat.

Cityflygplatsens verksamhet är enligt dess bolagsordning att äga, förvalta och driva flygplats samt utöva därmed förenlig verksamhet. Bolagets verksamhet omfattas således av LUF. Det framkommer inte annat än att det aktuella köpet av tjänster för att driva verksamhet på flygplatsen omfattas av LUF.

Flygplatsen produktionsförutsättningar begränsas av miljövillkor och knappt 28 procent (16 100) av möjliga flygrörelser (58 000) kan användas för kommersiell verksamhet. Bolagets verksamhet bedrivs med stöd av beviljade tillstånd. Även om endast en mindre, obetydlig del av ett organs totala verksamhet tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär – och resten av verksamheten således tillgodoser behov av kommersiell eller industriell karaktär – är det fråga om ett offentligt styrt organ (jfr C-44/96 Mannesmann p. 20ff).

Cityflygplatsen ägs ostridigt av Swedavia AB (40 procent), AB Volvo (40 procent) och Göteborgs kommun (20 procent). Swedavia AB är ostridigt ett av svenska staten helägt bolag. Stat och kommun äger således indirekt och

direkt tillsammans 60 procent av Cityflygplatsen. Staten och Göteborgs kommun har också tillsammans det bestämmande inflytandet över Cityflygplatsen genom ledamöter i Cityflygplatsens styrelse. Den omständigheten att varken staten eller kommunen var för sig har bestämmande inflytande över Cityflygplatsen kan inte medföra att Cityflygplatsen inte är en upphandlande enhet eftersom båda lyder under offentlig rätt.

Cityflygplatsen ska därför bedömas utgöra en upphandlande enhet (jfr C-380/98 University of Cambridge, p. 26, 32-33, C-214/00 Kommission ./, Spanien p. 53-59, NJA 2003 s. 683, RÅ 2008 ref 26).

- Frågan om Cityflygplatsens upphandling strider mot LUF

I målet är obesträtt att upphandlingen, som överstiger tillämpligt tröskelvärde, inte annonserats, att förfrågningsunderlaget inte är transparent samt att prisutvärderingsmodellen strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 24 § LUF. Förvaltningsrätten finner inte skäl till annan bedömning. Cityflygplatsen har således brutit mot LUF.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att ACR lidit eller kan komma att lida skada genom att Cityflygplatsen inte tillämpat bestämmelserna i LUF, att felaktigheterna främst rör det konkurrensuppsökande ledet samt att rättelse inte kan ske på annat sätt än genom att upphandlingen görs om enligt bestämmelserna i LUF. Sökandens talan ska därför bifallas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV3109/1b LOU)

  
Silja Klint

Rådman

Föredragande har varit föredraganden M Georgsson.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

