

Förvaltningsrätten i Karlstad
Box 568
651 12 Karlstad

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Örebro Läns Flygplats AB, 556241-6353, Flygfältsvägen 10, 705 94 Örebro

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Örebro Läns Flygplats AB ska betala 1 400 000 (enmiljonfyrahundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Upplysning om sekretess

Konkurrensverket upplyser härmed förvaltningsrätten om att det i denna ansökan och bilaga 2 till denna ansökan finns uppgifter om enskilda affärs- eller driftförhållanden som Konkurrensverket under utredningen har bedömt omfattas av sekretess enligt 30 kap. 1 § och 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL). Den upphandlande myndigheten har även under utredningen angett att handlingarna innehåller företagshemligheter enligt lag (2018:558) om företagshemligheter.

För kännedom bifogas en icke-konfidentiell version av bilaga 2 (se bilaga 3) samt version av denna ansökan (se bilaga 4) utifrån de sekretessbestämmelser som Konkurrensverket har att tillämpa (jfr 36 kap. 2 § första stycket OSL för handläggningen i domstol).

Grunder

1. Örebro Läns Flygplats AB har den 11 september 2021 ingått avtal om marknadsföringstjänster med Airport Marketing Services Limited utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

Avtalsparterna

2. Örebro Läns Flygplats AB (ÖLF) ägs av Region Örebro, Örebro kommun, Karlskoga kommun och Kumla kommun. ÖLF driver och förvaltar Örebro läns flygplats, se [bilaga 1](#).
3. Airport Marketing Services Limited (AMS) är ett helägt dotterbolag till Ryanair. Bolagets huvudsakliga verksamhetsområde är att marknadsföra reklamtyor på Ryanairs webbplats. AMS är innehavare av en exklusiv licens för marknadsföringstjänster på Ryanairs webbplats www.ryanair.com (webbplatsen).

Förhandlingar och ingående av avtal

4. Våren 2021 inledde ÖLF och Ryanair diskussioner om att etablera en flyglinje mellan Örebro flygplats och London. Diskussionerna omfattade även köp av vissa marknadsföringstjänster från AMS. Parterna utväxlade avtalsutkast samt underlag för ÖLF:s marknadsanalys av linjen, såsom Ryanairs prognoser över passagerarunderlag.
5. Formella avtalsförhandlingar med Ryanair och AMS inleddes under september 2021.
6. Den 11 september 2021 ingick ÖLF två separata avtal, dels ett avtal med AMS om marknadsföringstjänster, se [bilaga 2](#) (Avtalet), dels avtalet med Ryanair om en etablering av en flyglinje mellan Örebro–London (Ryanairavtalet). Det senare avtalet reglerar de operativa villkoren för flyglinjen samt villkoren för landning, hantering och andra tjänster som ÖLF tillhandahåller och säljer.
7. Det är Avtalet som ligger till grund för denna ansökan.

Avtalets innehåll

8. Enligt Avtalet har ÖLF, Region Örebro och Örebrokompaniet AB beslutat att aktivt främja Örebro som semester mål för internationella flygresenärer och även som ett attraktivt affärscentrum. Avtalet syftar till att reglera villkoren för AMS:s tillhandahållande av marknadsföringstjänsterna avsedda att gynna regionens besöksnäring och affärsmöjligheter.

9. ÖLF åtar sig enligt Avtalet att köpa marknadsföringstjänster från AMS. En viss mängd marknadsföring ska enligt Avtalet även köpas indirekt från AMS och säljas vidare av ÖLF till Region Örebro län och Örebrokompaniet AB. Varje enhet kommer således att köpa [REDACTED] vardera av marknadsföringstjänsterna.
10. I AMS:s åtagande ligger att tillhandahålla ett årligt marknadsföringspaket för en initial period om [REDACTED]. Punkt 3 i Avtalet specificerar vad som ingår i marknadsföringspaketet.
11. Avtalet anger att, med hänsyn till AMS:s erfarenhet inom området och den unika och originella karaktären hos de tjänster som tillhandahålls, bolaget är det enda företaget som har potential att rikta sig till ett stort antal Ryanairpassagerare för att främja turist- och affärsattraktioner i regionen. För att säkra ett maximalt antal inkommande resenärer avser ÖLF att aktivt marknadsföra stadens och regionens faciliteter och rikta in sig direkt till potentiella resenärer via webbplatsen.
12. Vidare följer att Avtalet grundas i Ryanairs åtagande att etablera och driva rutter till och från Örebro (punkt 1 *Purpose of the Agreement*). Flygplatsen har därför möjlighet att marknadsföra Örebro och regionens affärs- och turistattraktioner till ett stort antal resenärer som besöker webbplatsen, och locka ett ökat antal inkommande köpstarka resenärer. Detsamma gäller för Region Örebro län och Örebrokompaniet, som i sin tur kommer att behöva sådana specifika marknadsföringstjänster från AMS indirekt genom ÖLF.
13. Avtalet gäller under [REDACTED], med option om att förlänga Avtalet i ytterligare [REDACTED] (förutsatt att parterna är överens om sådan förlängning minst [REDACTED] innan den initiala avtalsperioden löper ut). Efterföljande förlängning kan även bli aktuell efter förhandling mellan parterna.¹ Avtalet är vidare villkorat av att Ryanair påbörjar trafiken på Örebro läns flygplats senast den [REDACTED].²

Vad ÖLF har anfört

14. Under Konkurrensverkets utredning har ÖLF gjort gällande att LOU är tillämplig på Avtalet och att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering varit möjligt då det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens eller annat möjligt alternativ till AMS som leverantör av de aktuella marknadsföringstjänsterna (6 kap. 14 § 2 LOU). Dessutom, eftersom AMS har en ensamrätt att erbjuda marknadsföringstjänster på webbplatsen³, så fanns det ingen alternativ leverantör inom EU som kunde tillhandahålla

¹ Se punkt 2.1–2.3 i Avtalet.

² Se punkt 2.4 i Avtalet.

³ Se punkt A i Avtalet.

motsvarande tjänster (6 kap. 14 § 3 LOU). ÖLF har tillsammans med regionen och Örebrokompaniet AB identifierat ett påtagligt behov att bidra till en nystart till besöksnäringen efter pandemin. ÖLF sökte ett sätt att marknadsföra Örebroregionen mot en (utländsk) målgrupp som hade en faktisk möjlighet att resa direkt till Örebro. Varken marknadsanalys eller detaljerad kravställning avseende marknadsföringstjänsterna har genomförts. Bedömningen var att den internationella marknadsföringen endast skulle vara möjlig att genomföra i samverkan med en researrangör eller en transportör. Enligt ÖLF gick det inte att jämföra ett marknadsföringserbjudande från ett vid Örebro flygplats etablerat och välkänt flygbolag som Ryanair, med andra alternativa eller "traditionella" reklamleverantörer av t.ex. internetreklam, som möjligen skulle kunna erbjuda marknadsexponering för en lägre kostnad (t.ex. "per klick"). Den avgörande skillnaden enligt ÖLF är den målgruppsoptimering som ÖLF, Regionen och Örebrokompaniet AB såg sig vara i behov av. Det finns ingen webbplats som kan ge ett motsvarande potentiellt kundunderlag som den hos www.ryanair.com. Webbplatsen rankas av Google som en av världens fem främsta resewebbplatser, med cirka fem miljarder sidexponeringar per år. Webbplatsen ger en unik möjlighet att marknadsföra Örebro och regionens varumärke och därmed nå miljontals potentiella turister och besökare genom att bland annat visa upp tillgängliga transportalternativ, besöksmål och attraktioner. Webbplatsen erbjuder också e-postannonsering som regelbundet levereras till över [REDACTED] prenumeranter på webbplatsen. Besökaren av webbplatsen kan planera sitt besök i Örebro direkt på webbplatsen baserat på den information som exponeras. En förutsättning för att Ryanair skulle etablera flyglinjen var att ÖLF ingick Avtalet. Avtalet hade inte ingåtts om Ryanair inte samtidigt hade etablerat flyglinjen.

15. Konkurrensverket har under utredningen skickat en sammanfattande skrivelse till ÖLF med verkets bedömning om att Avtalet utgör en otillåten direktupphandling. ÖLF har inkommit med svar på denna skrivelse. I svaret upprepas att Avtalet aldrig hade kommit till stånd om det inte varit för etableringen av den aktuella flyglinjen. Flyglinjen har varit det huvudsakliga målet för ÖLF. ÖLF gör gällande att Ryanairavtalet och Avtalet är så sammanbundna att de inte kan separeras och därför bildar en odelbar enhet. Eftersom Ryanairavtalet (som inte är något kontrakt i LOU:s mening) utgör det huvudsakliga ändamålet med de båda avtalen, ska Avtalet undantas från upphandlingsskyldighet (jfr 2 kap. 4 § 2 och 12 § LOU samt mål C-220/05 *Jean Auroux*). För det fall Konkurrensverket inte skulle anse att det är fråga om ett odelbart blandat kontrakt, så har ÖLF ändå haft rätt att ingå Avtalet med stöd av undantagen om tekniska skäl (6 kap. 14 § 2 LOU) alternativt ensamrätt (6 kap. 14 § 3 LOU).

Avtalet mellan ÖLF och AMS utgör en otillåten direktupphandling

Bedömning av tillämplig lag

Rättslig bakgrund

16. Gränserna mellan LOU och lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) dras mellan vilken verksamhet som en upphandlande myndighets eller enhets anskaffning är avsedd för, jfr artikel 1.2 i direktiv 2014/25/EU (LUF-direktivet).⁴ LUF omfattar de verksamheter som anges i 2 kap. 1–8 §§ LUF, däribland verksamhet som avser utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla en flygplats för transporter i luften (2 kap. 7 § LUF).
17. LUF är således sektorsspecifik, vilket får till följd att LOU inte gäller för en upphandling eller en projekttävling som omfattas av LUF, se 3 kap. 1 § 1 LOU.
18. Enligt mål C-462/03 och C-463/03 *Strabag och Kostmann* beror LUF-direktivets tillämpning på den verksamhet som den upphandlande enheten bedriver liksom banden mellan denna verksamhet och den upphandling som enheten ska göra. I detta mål slog EU-domstolen fast att om ett kontrakt inte avser en av de verksamheter som regleras i LUF-direktivet, regleras det i stället av det s.k. klassiska direktivet.⁵
19. Räckvidden av LUF-direktivets tillämpningsområde har även varit aktuell i EU-domstolens mål C-393/06 *Ing. Aigner*, där ett offentligt organ bedrev såväl försörjningsverksamhet som verksamhet som omfattades av den klassiska sektorn. EU-domstolen påpekade att det uttryckligen framgår av LUF-direktivet att det inte omfattar kontrakt som tilldelas för något annat än utövande av de typer av verksamhet som förtecknas i nämnda direktiv (p. 28). Domstolen menade att tillämpningsområdet för LUF-direktivet på så sätt är strikt begränsat (p. 29) och att det endast gäller de kontrakt som en enhet tilldelar avseende, och för utövandet av, försörjningsverksamheter (p. 31).
20. 1 kap. 18 och 22 §§ LOU innehåller bestämmelser om begreppen offentligt styrt organ och upphandlande myndighet. Motsvarande bestämmelser finns i 1 kap. 17 och 23 §§ LUF. Upphandlande *enhet* definieras i 1 kap. 22 § LUF.

⁴ Enligt artikeln menas med upphandling upphandlande enheters anskaffning genom kontrakt avsedda för utövande av en försörjningsverksamhet.

⁵ Mål C-462/03 och C-463/03 *Strabag och Kostmann*, p. 37. Målet avsåg frågan om samtliga kontrakt för anläggande av järnväg samt andra sammanhängande anläggningsarbeten, såsom markutjämningsarbeten och byggande av järnvägsbroar, omfattades av det då gällande LUF-direktivet som föreskrev ett mer flexibelt förfarande. Se även mål C-393/06 *Ing. Aigner*, p. 32.

21. Med kontrakt avses, enligt både LOU och LUF, ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter/enheter och en eller flera leverantörer, och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.⁶
22. Kontrakt som avser dels upphandling enligt LOU, dels annan upphandling, ska enligt 2 kap. 1 § 2 och andra stycket LOU regleras i enlighet med 2 kap. 3–12 §§ LOU.
23. Enligt 2 kap. 4 § LOU är ett delbart blandat kontrakt ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 2 kap. 5–11 §§ LOU. Vidare framgår att ett odelbart blandat kontrakt är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 2 kap. 12 § LOU.
24. Om ett delbart blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i denna lag, får den upphandlande myndigheten tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Myndigheten får också tilldela ett enda kontrakt (2 kap. 5 § LOU).
25. Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt, ska de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet (2 kap. 6 § LOU).
26. Enligt EU-domstolens rättspraxis ska – i fall där det är fråga om ett blandat avtal, vars olika delar är sammanbundna så att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet – transaktionen prövas i sin helhet, för att fastställa den rättsliga kvalificeringen enligt bestämmelserna om offentlig upphandling, och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör avtalets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel.⁷
27. EU-domstolen har senare uttalat att avtalsparternas uttryckliga eller presumerade avsikt att betrakta de olika delarna av ett blandat avtal som oskiljaktiga inte utgör en tillräcklig omständighet. En sådan bedömning ska i stället grunda sig på sakliga omständigheter som kan göra dem motiverade och som kan ligga till grund för behovet att ingå ett enda avtal.⁸

⁶ 1 kap. 15 § LOU respektive 1 kap. 14 § LUF.

⁷ Se de förenade målen C-145/08 och C-149/08 *Club Hotel Loutraki m.fl.*, p. 48 och 49 och där angiven rättspraxis.

⁸ Mål C-215/09 *Mehiläinen*, p. 39.

Upphandlande myndighet/enhet samt ÖLF:s verksamhet

28. ÖLF är en sådan juridisk person som avses i 1 kap. 18 § LOU⁹. Styrelsen utses av de offentliga ägarna.¹⁰ ÖLF är enligt bolagsordningen skyldigt att utföra de uppdrag som bolaget tilldelas gemensamt av Örebro kommun och Region Örebro. Vid utövandet av verksamheten ska de kommunalrättsliga principerna, såsom självkostnadsprincipen, följas.¹¹ Bolaget står därmed under offentlig kontroll och tillgodoser behov i det allmännas intresse utan industriell eller kommersiell karaktär. ÖLF är således ett offentligt styrt organ som ska jämföras med en upphandlande myndighet (1 kap. 22 § 2 LOU).
29. ÖLF driver och förvaltar Örebro läns flygplats. Bolagets ändamål är att ta tillvara och utveckla kommunikationer med reguljärflyg, fraktflyg och charterflyg till och från regionen och att därigenom bidra till regionens utveckling och tillväxt.¹² Bolagets verksamhet kan därmed omfattas av LUF.
30. Vid upphandlingar i syfte att utöva denna verksamhet, kan således ÖLF även anses utgöra en upphandlande enhet.¹³

Avtalet omfattas av LOU

31. Konkurrensverket har under utredningen noterat att det av punkt 1 i Avtalet framgår att Avtalet grundas i Ryanairs åtagande att etablera och driva flyglinjen samt att Avtalets giltighet förutsätter att Ryanair påbörjar trafiken senast ett visst datum. Utan Ryanairs flyglinje finns inget behov av att marknadsföra regionens turistattraktioner och affärsmöjligheter på webbplatsen.
32. Frågan är dock om de båda avtalen ska ses som ett enda odelbart blandat kontrakt eller om de kan ses som ett delbart kontrakt.
33. Det borde vara ostridigt att ÖLF de facto har ingått två separata avtal, dels Avtalet om marknadsföringstjänster, dels Ryanairavtalet. I syfte att främja turismen och affärsmöjligheterna i regionen har ÖLF ingått Avtalet med en leverantör som – mot ersättning – ska tillhandahålla marknadsföringstjänster. Enligt Ryanairavtalet ska Ryanair etablera och driva den avtalade rutten. De

⁹ Lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 februari 2022. Av övergångsbestämmelserna framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. ÖLF inledde diskussioner med Ryanair våren 2021. Formella avtalsförhandlingar med AMS inleddes i september 2021. Den aktuella upphandlingen påbörjades således före den 1 februari 2022, vilket innebär att LOU i sin tidigare lydelse är tillämplig.

¹⁰ Bilaga 1, § 6 samt punkt 2 ovan.

¹¹ Bilaga 1, § 3.

¹² Bilaga 1, § 3.

¹³ Se 1 kap. 17, 22 och 23 §§ LUF. Jfr även artikel 1.2 i direktiv 2014/25/EU (LUF-direktivet), enligt vilken det med upphandling avses upphandlande enheters anskaffning genom kontrakt avsedda för utövande av en försörjningsverksamhet.

båda avtalen uppfyller kriterierna för vad som är ett kontrakt, jfr punkt 21 ovan.

34. Att avtalen har ingåtts separat talar för att de är objektivt delbara. Enligt EU-domstolen utgör dessutom avtalsparternas uttryckliga eller presumerade avsikt att betrakta de olika delarna av ett blandat avtal som oskiljaktiga inte en tillräcklig omständighet (se punkt 27 ovan).
35. Det ska i samband med detta noteras att denna rättspraxis avser olika delar av *ett* kontrakt. Den avser alltså inte en sådan situation som är för handen i förevarande mål (dvs. en bedömning av två separat ingångna avtal som reglerar såväl olika verksamheter som syften, men där den upphandlande myndigheten i efterhand påstår att det är ett enda [odelbart] kontrakt).
36. Ryanairavtalet syftar till utövandet av en sådan verksamhet som avses i 2 kap. 7 § LUF, vilken omfattas av LUF. Ryanairavtalet reglerar enligt ÖLF de operativa villkoren för flyglinjen samt villkoren för landning, hantering och andra tjänster som ÖLF tillhandahåller och säljer (se punkt 6 ovan).
37. Avtalet syftar däremot till att främja turist- och affärsattraktioner i regionen. Marknadsföringstjänsterna kan svårligen anses vara avsedda för försörjningssektorn i fråga, dvs. utnyttjandet av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla en flygplats för transporter i luften. Enligt EU-rättspraxis omfattar LUF-direktivet endast de kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar avseende, och för utövandet av, de i direktivet angivna försörjningsverksamheterna.¹⁴ LUF:s tillämpningsområde är strikt begränsat.¹⁵ Se även punkt 16–17 ovan.
38. De båda avtalen avser således två olika verksamheter och syften; en som omfattas av LUF (Ryanairavtalet) och en annan som omfattas av LOU (Avtalet).
39. Ryanairavtalet är förvisso grunden till Avtalet och en förutsättning för att Avtalet ska gälla. När Avtalet väl trätt i kraft, står dock Avtalet fristående från Ryanairavtalet. Avtalet kan endast sägas upp vid ett väsentligt avtalsbrott från de åtaganden som föreskrivs i Avtalet (se punkt 7 *Termination* i Avtalet). Avtalet utgör dessutom parternas hela överenskommelse, utan beaktande av tidigare avtal eller uppgörelser (se punkt 13 *Entire Agreement* i Avtalet). Varje avtalsbestämmelse i Avtalet är slutligen avskiljbar från Avtalet. Även om en eller flera bestämmelser i Avtalet skulle bedömas ogiltig

¹⁴ Se mål C-462/03 och C-463/03 *Strabag och Kostmann*, p. 37, samt mål C-393/06 *Ing. Aigner*, p. 28 och 31–32.

¹⁵ Jfr mål C-393/06 *Ing. Aigner*, p. 29.

eller annat, ska genomförandet av resterande delar av Avtalet i princip inte påverkas eller hindras (se punkt 12 *Severability* i Avtalet).

40. Att ÖLF i efterhand påstår att avtalen tillsammans utgör ett odelbart blandat kontrakt, utgör ingen saklig omständighet och är därför inte av relevans (se punkt 27 och 34 ovan). De sakliga omständigheterna talar i stället för att de båda avtalen är delbara, vilket innebär att de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt ska tillämpas.¹⁶
41. LOU är således tillämplig på Avtalet.

Avtalets karaktär och värde

42. Avtalet utgör ett tjänstekontrakt enligt 1 kap. 21 § LOU.
43. Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet på options- och förlängningsklausuler ska inbegripas som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.
44. Under utredningen har ÖLF uppgett att Avtalets uppskattade värde uppgår till totalt cirka [REDACTED] kronor exklusive mervärdesskatt, baserad på Riksbankens genomsnittskurs för september 2021. Bolagets bedömning utgår från den planerade utbetalningen under den initiala avtalsperioden, då Avtalet inte innehåller någon ensidig rätt att påkalla en förlängning efter denna period. I det uppskattade värdet ingår vidareförsäljningen till Region Örebro och Örebrokompaniet AB.
45. Enligt Konkurrensverkets uppfattning ska förlängningsoptioner som följer av Avtalet beaktas vid uppskattningen av upphandlingens värde som om de hade utnyttjats. Upphandlingens värde är därmed i vart fall [REDACTED] kronor ([REDACTED]).
46. Avtalets värde uppgår således till [REDACTED] kronor, vilket överstiger aktuellt tröskelvärde.¹⁷ Avtalet, som har ingåtts utan föregående annonsering, borde därmed som huvudregel ha annonserats i enlighet med i 10 kap. 1 § LOU.

¹⁶ Jfr 2 kap. 5–6 § LOU. Se även mål C-215/09 *Mehiläinen*, p. 39, avseende krav på sakliga omständigheter vid bedömning av om ett kontrakt är delbart eller odelbart.

¹⁷ Under 2021 uppgick tröskelvärdet för andra än statliga myndigheter till 2 197 545 kronor, se tillkännagivandet (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Direktupphandlingsgränsen uppgick till 615 312 kronor.

47. För att Avtalet ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU varit tillämpligt. Undantagen ska tolkas restriktivt.¹⁸

Undantag från annonsering

Tillämpliga bestämmelser m.m.

48. Enligt 6 kap. 14 § LOU¹⁹ får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör bland annat därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens (punkt 2), eller det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör (punkt 3). Av andra stycket i samma bestämmelse får ett sådant förfarande som avses i punkterna 2 och 3 endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 7 § LUF.
49. I skäl 50 till LOU-direktivet²⁰ anges bland annat följande. Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Undantaget bör begränsas till fall där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Endast objektivt exklusiva situationer kan motivera användningen av förfarandet, där den exklusiva situationen inte har skapats av den upphandlande myndigheten själv med tanke på det framtida upphandlingsförfarandet. Upphandlande myndigheter som åberopar detta undantag bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att använda alternativa distributionskanaler, inklusive utanför den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, eller överväga till sin funktion jämförbara byggtreprenader, varor och tjänster. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Det kan exempelvis röra sig om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan ekonomisk aktör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller att det är

¹⁸ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02 *kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

¹⁹ 6 kap. 14 § LOU genomför artikel 32.2 (b) i direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet).

²⁰ Motsvarande följer även av LUF-direktivet, skäl 61.

nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en ekonomisk aktör har.

50. När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den en stor frihet, under förutsättning att kraven har en koppling till det som upphandlas och inte strider mot de grundläggande principerna.²¹ En upphandling får exempelvis inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och den får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).²²
51. Användningen av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering måste motiveras och det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i undantagsbestämmelserna är uppfyllda.²³
52. Det krävs att det är oumbärligt att upphandla de omtvistade arbetena från den berörda leverantören.²⁴
53. Undantaget från upphandling av marknadsföringstjänster på grund av ensamrätt har varit föremål för bedömning i RÅ 2005 ref. 10.²⁵ Även det rättsfallet involverade Ryanair. Enligt den berörda kommunen förelåg en ensamrätt för Ryanair att leverera de aktuella tjänsterna eller i vart fall en ensamrättsliknande situation. Regeringsrätten konstaterade att undantag från annonsering ska tolkas restriktivt och fann att kommunen inte visat att det förelegat ensamrätt i den mening som avses i undantagsbestämmelsen.

Konkurrensverkets bedömning

Ensamrätt enligt 6 kap. 14 § 3 LOU

54. AMS innehar en civilrättslig "ensamrätt", i betydelsen att Ryanair upplåtit en exklusiv rätt till sitt dotterbolag att sälja annonsutrymme på webbplatsen. Enligt Konkurrensverket ligger det i sakens natur att varje leverantör har en exklusiv rätt att disponera över sina egna tillgångar och marknadsplatser. Att enbart Ryanair kan bestämma över innehållet på sin egen webbplats och att avtal gällande denna rätt har ingåtts med ett dotterbolag, innebär däremot

²¹ RÅ 2010 ref. 78.

²² Jfr art. 18.1 andra stycket LOU-direktivet.

²³ Se bl.a. mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, p. 14 och C-385/02 *kommissionen mot Italien*, p. 19. Jfr även HFD 2019 ref. 65, HFD 2017 ref. 66 och där anmärkta rättsfall.

²⁴ Mål C-57/94 *kommissionen mot Italien*, p. 25.

²⁵ I målet hävdade den upphandlande myndigheten att Ryanair i realiteten var den enda möjliga leverantören av marknadsföringstjänster som på ett marknadsmässigt effektivt sätt kunde nå den till stor del internationella resandeströmmen som passerar Skavsta flygplats. Bedömningen av undantaget om ensamrätt gjordes utifrån LOU.

inte att marknadsföringstjänsten är föremål för skydd av ensamrätt (inklusive immateriella rättigheter) i den mening som avses i 6 kap. 14 § 3 LOU.

Tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § 2 LOU

55. Av de uppgifter ÖLF lämnat till Konkurrensverket framgår att bolaget inte har upprättat någon detaljerad kravställning eller genomfört någon marknadsanalys avseende marknadsföringstjänster. Av bolagets redogörelse framgår i huvudsak att processen att marknadsföra en destination direkt mot konsument på en utlandsmarknad är mycket svårt och att bolagets bedömning var att detta endast skulle vara möjligt att genomföra i samverkan med en researrangör eller en transportör. Webbplatsen ger, enligt bolaget, en unik möjlighet att rikta in sig på miljontals potentiella Ryanairpassagerare.
56. För att undantaget för tekniska skäl ska kunna vara tillämpligt krävs det *att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens*. Tjänsten ska vara så pass tekniskt komplicerad att det är nära nog omöjligt för en annan leverantör att uppnå erforderlig fullgörandenivå, eller att endast en leverantör besitter en sådan specifik kunskap att leverantören är ensam om att kunna utföra tjänsten.²⁶ Det är inte tillräckligt att det rör sig om en tjänst som utförs på en teknisk plattform (webbplatsen) och att det av andra skäl än tekniska inte finns några andra leverantörer som kan utföra uppdraget. Det ligger i sakens natur att det måste röra sig om något som är tillräckligt tekniskt komplicerat för att det av tekniska skäl inte ska finnas någon konkurrens.²⁷
57. LOU tillåter dessutom inte upphandlande myndigheter att – utifrån egna bedömningar om vilka eller vilken leverantör som kan tillhandahålla en viss tjänst – utforma en upphandling på ett sätt som antingen undantar den från lagens tillämpningsområde eller medför en konstlad avgränsning av marknaden.²⁸
58. ÖLF uppger att deras behov av marknadsföringstjänster från AMS var beroende av Ryanairs etablering av en flyglinje, och tvärtom. Denna omständighet samt de allmänt hållna kraven utformning visar på att den påstådda avsaknaden av konkurrens kan bero på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.²⁹ Det föreligger ingen objektivt exklusiv situation.³⁰ Den påstådda exklusiva situationen har

²⁶ Se 6 kap. 14 § 2 LOU samt skäl 50 och art. 32 2 (b) (ii) LOU-direktivet. Se även EU-domstolens dom i mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, p. 34–39.

²⁷ Jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 11 april 2013 i mål nr 5426-12 där kammarrätten, inom ramen för bedömning av om det förelåg tekniska skäl, tog hänsyn till att det relevanta avtalsföremålet inte föreföll särskilt tekniskt komplicerat.

²⁸ Jfr art. 18.1 andra stycket LOU-direktivet och 4 kap. 2 § LOU.

²⁹ Jfr 6 kap. 14 § andra stycket och 4 kap. 2 § LOU.

³⁰ Skäl 50 LOU-direktivet.

tillskapats av ÖLF genom att ingå Ryanairavtalet. Utan Ryanairavtalet skulle något behov av marknadsföringstjänster från AMS inte finnas, eftersom etableringen av flyglinjen var en förutsättning för Avtalets ikraftträdande. Det har således inte varit oundgängligt för ÖLF att upphandla marknadsföringstjänster från AMS.³¹

Slutsats

59. Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att förutsättningarna för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte har varit uppfyllda vid tidpunkten då Avtalet slöts. ÖLF var skyldigt att annonsera enligt 10 kap. 1 § LOU. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

60. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.³² Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.³³
61. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.³⁴

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

62. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.³⁵ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.³⁶
63. Kontraktsvärdet uppgår till i vart fall [REDACTED] kronor. Tio procent av detta belopp är [REDACTED] kronor. Upphandlingsskadeavgiften ska därför som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst till [REDACTED] kronor.
64. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.³⁷

³¹ Jfr mål C-57/94 *kommissionen mot Italien*, p. 25.

³² 21 kap. 1 § 3 LOU.

³³ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

³⁴ A. prop. s. 196–197.

³⁵ 21 kap. 4 § LOU.

³⁶ HFD 2014 ref. 69.

³⁷ 21 kap. 5 § LOU.

65. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.³⁸
66. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.³⁹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁴⁰
67. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken försvårande eller förmildrande. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.
68. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 1 400 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Anna Görgård

³⁸ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

³⁹ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

⁴⁰ A. prop. s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

Bifogas

Bilaga 1 – Bolagsordning Örebro Läns Flygplats AB

Bilaga 2 – Avtalet (konfidentiellt)

Bilaga 3 – Avtalet (icke-konfidentiell version)

Bilaga 4 – Denna ansökan (icke-konfidentiell version)