

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
3999-15
4000-15

meddelad i Stockholm den 14 juni 2019

KLAGANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

SJ AB, 556196-1599

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. AA
Advokatfirman Ulfsdotter AB
Box 5102
102 43 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 4 juni 2015 i mål nr 603-14 och 604-14

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och visar målen åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

Dok.Id 205445

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:30

DOM

Mål nr
3999-15
4000-15

BAKGRUND

1. Om den som omfattas av upphandlingslagstiftningen bryter mot regelverket får Konkurrensverket ansöka hos förvaltningsrätten om att upphandlingsskadeavgift ska tas ut. Det gäller exempelvis om ett avtal har ingåtts utan föregående annonsering, dvs. om det har skett en s.k. otillåten direktupphandling.
2. SJ AB är ett av staten helägt aktiebolag som driver persontrafik med tåg. SJ ingick i januari 2012 två avtal utan föregående annonsering. Båda avtalen avsåg städtjänster ombord på SJ:s tåg och värdet av dem uppgick till 56 respektive 60 miljoner kr.
3. Konkurrensverket ansökte hos Förvaltningsrätten i Stockholm om att SJ skulle åläggas att betala två upphandlingsskadeavgifter. Verket anförde att SJ bedriver sådan verksamhet i form av järnvägstransport som omfattas av upphandlingslagstiftningen och att SJ, genom att ingå avtal utan föregående annonsering, hade upphandlat städtjänsterna i strid mot denna.
4. Förvaltningsrätten avvisade Konkurrensverkets ansökningar eftersom rätten fann att SJ:s verksamhet inte omfattades av upphandlingsreglerna. Efter överklagande av Konkurrensverket gjorde Kammarrätten i Stockholm samma bedömning som förvaltningsrätten och avslog överklagandet.
5. Högsta förvaltningsdomstolen beslutade den 21 juni 2017 att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen, se punkterna 15–21 nedan.

YRKANDEN M.M.

6. *Konkurrensverket* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska ändra kammarrättens dom och besluta att SJ ska betala två upphandlingsskadeavgifter. I andra hand yrkar verket att Högsta förvaltningsdomstolen ska visa målen åter till förvaltningsrätten för prövning av frågan om upphandlingsskadeavgift.

DOM

Mål nr
3999-15
4000-15

7. *SJ* anser i första hand att ingen avgift ska tas ut. I andra hand medger bolaget att Högsta förvaltningsdomstolen beslutar om lägsta möjliga avgift eller att målen återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av avgifterna. Bolaget anför att det genom förhandsavgörandet från EU-domstolen står klart att bolagets verksamhet omfattas av upphandlingslagstiftningen och att bolaget kommer att rätta sig efter det avgörandet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målen

8. Huvudfrågan i målen är om *SJ* bedriver sådan transportverksamhet som avses i upphandlingslagstiftningen.

Rättslig reglering

9. I målen är lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) tillämplig. Lagen genomför bestämmelserna i direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster i svensk rätt.
10. Av 2 kap. 20 § första stycket LUF framgår att med upphandlande enheter avses bl.a. sådana företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över.
11. I 1 kap. 8 § första stycket anges att en verksamhet omfattas av lagen om den består av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med bl.a. järnväg. Av andra stycket framgår att ett nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. Bestämmelsen genomför artikel 5.1 i direktivet.

DOM

Mål nr
3999-15
4000-15

12. Bestämmelser om upphandlingsskadeavgift finns i 17 kap. LUF.
13. Numera gäller lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna. Den lagen genomför bestämmelserna i direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och post-tjänster. En bestämmelse motsvarande den i 1 kap. 8 § LUF finns i 2 kap. 5 § i den nya lagen. Den paragrafen genomför artikel 11 i direktivet. Bestämmelser om upphandlingsskadeavgift finns i 21 kap.
14. Direktiv 2012/34/EU om inrättande av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde innehåller bestämmelser som reglerar järnvägstransporter, däribland bestämmelser om tilldelning av infrastrukturkapacitet och om uttag av avgifter för att utnyttja järnvägsinfrastruktur.

Förhandsavgörande från EU-domstolen

15. Högsta förvaltningsdomstolen har i begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen ställt följande frågor.
16. Fråga 1: Ska artikel 5.1 andra stycket i direktiv 2004/17/EG tolkas på så sätt att ett nät för transporttjänster föreligger när transporttjänster på ett statligt förvaltad järnvägsnät för nationell och internationell järnvägstrafik tillhandahålls enligt bestämmelser i nationell lagstiftning som genomför direktiv 2012/34/EU, vilka innebär att tilldelningen av järnvägsinfrastrukturkapacitet baseras på ansökningar från järnvägsföretag och att samtliga ansökningar ska tillmötesgå i största möjliga utsträckning?
17. Fråga 2: Ska artikel 5.1 första stycket i direktiv 2004/17/EG tolkas på så sätt att en verksamhet som bedrivs av ett sådant järnvägsföretag som avses i direktiv 2012/34/EU och som innebär att allmänheten erbjuds transporttjänster på ett järnvägsnät utgör sådant tillhandahållande eller sådan drift av nät som avses i bestämmelsen?

DOM

Mål nr
3999-15
4000-15

18. EU-domstolen besvarade frågorna genom dom den 28 februari 2019 (mål C-388/17, EU:C:2019:161).
19. EU-domstolen konstaterade att en förutsättning för att ett nät för transporttjänster ska anses föreligga är att tjänsterna tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet, i detta fall Trafikverket (punkterna 31 och 32). Efter en genomgång av bestämmelserna i direktiv 2012/34/EU kom domstolen fram till att även om järnvägsföretaget har viss frihet att bestämma villkoren för driften av sin transportverksamhet så får tjänsterna anses tillhandahållas enligt villkor som fastställs av Trafikverket (punkt 41).
20. Fråga 1 besvarades därefter med att det föreligger ett nät för järnvägstransporttjänster i den mening som avses i artikel 5.1 andra stycket i direktiv 2004/17/EG även om Trafikverket är skyldigt att tillmötesgå järnvägsföretagens ansökningar så länge som gränserna för utnyttjandet av infrastrukturkapaciteten inte är uppnådda.
21. Fråga 2 besvarades med att den i frågan beskrivna verksamheten utgör en sådan ”drift av nät” som avses i direktivet.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

22. SJ är, i egenskap av ett av staten helägt aktiebolag, ett sådant företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över och bolaget är därmed en upphandlande enhet enligt 2 kap. 20 § LUF. Om den transportverksamhet som SJ bedriver omfattas av 1 kap. 8 § var SJ således skyldigt att tillämpa LUF när bolaget köpte de aktuella städtjänsterna.
23. Genom EU-domstolens dom står det klart att SJ:s transportverksamhet omfattas av artikel 5.1 i direktiv 2004/17/EG. Det står därmed även klart att verksamheten omfattas av 1 kap. 8 § LUF och SJ var alltså skyldigt att tillämpa den lagen. Förvaltningsrätten borde därmed inte ha avvisat Konkurrensverkets ansökningar

DOM

Mål nr
3999-15
4000-15

om upphandlingsskadeavgift utan prövat dem i sak. Underinstansernas avgöranden ska därför upphävas och målen visas åter till förvaltningsrätten för prövning av frågan om SJ ska åläggas att betala upphandlingsskadeavgift och i så fall med vilka belopp.

I avgörandet har deltagit justitieråden Helena Jäderblom, Margit Knutsson, Kristina Ståhl, Mahmut Baran och Helena Rosén Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Daniel Sandberg.