

## **HFD 2019 ref. 31**

### **SJ har ansetts bedriva sådan verksamhet bestående i drift av nät för transporter med järnväg som omfattas av upphandlingslagstiftningen.**

1 kap. 8 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, artikel 5.1 i direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 14 juni 2019 följande dom (mål nr 3999-15 och 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.

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, turtaethet och liknande förhållanden. Bestämmelsen genomför artikel 5.1 i direktivet.

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 posttjänster. 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?

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 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.

### **Högsta förvaltningsdomstolens avgörande**

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

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom, Knutsson, Ståhl, Baran* och *Rosén Andersson*. Föredragande var justitiesekreteraren Daniel Sandberg.

---

#### *Förvaltningsrätten i Stockholm (2014-01-10, Söderberg):*

[text här utelämnad]

Enligt Konkurrensverkets mening avser ordet tillhandahållande av nät i 1 kap. 8 § LUF den verksamhet som bedrivs av en infrastrukturförvaltare, t.ex. Trafikverket när det gäller de järnvägsspår som trafikeras av SJ, medan ordet drift av nät avser själva transporterna. När det gäller gas, värme, el och dricksvatten anges dock, i 1 kap. 4 § LUF, att en verksamhet omfattas av lagen om den består av 1. tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten, eller 2. leverans av gas, värme, el eller dricksvatten till sådana nät som avses i 1. I direktiv 93/38/EEG, som även omfattade telekommunikationer, angavs vidare i artikel 2.2 d) att direktivet omfattade tillhandahållande eller drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera offentliga telekommunikationstjänster. När det gäller andra sektorer än transportsektorn anges således uttryckligen i såväl LUF som försörjningsdirektivet (artikel 3 och 4), och angavs även i direktiv 93/38/EEG (artikel 2.2 a), att direktivet förutom tillhandahållande och drift av ett nät även omfattar leverans av respektive nytthet till det aktuella nätet. Konkurrensverket har anfört att formuleringen drift av publika nät i form av transporter i 1 kap. 8 § LUF klargör att även själva transporterna på ett nät omfattas av bestämmelsen. Artikel 5 i försörjningsdirektivet, i ljuset av vilken 1 kap. 8 § LUF måste tolkas (se EU-domstolens dom i mål C-14/83 von Colson), är dock inte formulerad på detta sätt, utan anges omfatta verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på området järnvägstransporter. I den dom från England and Wales High

Court of Justice ([2012] EWHC 28 (Ch)), som båda parter har hänvisat till i målen, har domstolen bedömt att ett tågtransportföretag som inte är infrastrukturförvaltare inte ska anses driva ett nät, och således inte omfattas av försörjningsdirektivet, om det inte driver sin verksamhet i enlighet med sådana villkor som anges i artikel 5.1 andra stycket försörjningsdirektivet (punkt 66).

I 1 kap. 8 § andra stycket LUF anges 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. SJ:s verksamhet omfattas enligt förvaltningsrättens bedömning inte av några av myndighet fastställda villkor vad gäller linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet. Fråga är då om det faktum att SJ inte kan köra sina tåg utan att ha beviljats tåglägen av Trafikverket ska anses medföra att beviljande av tågläge ska anses vara ett sådant villkor för tillhandahållande av tjänsten som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF. Beviljande av tågläge är, som Konkurrensverket har anfört, en absolut förutsättning för att ett tåg ska kunna köras på en viss sträcka. De olika tågoperatörerna väljer dock själva vilka tåglägen de önskar ansöka om. Trafikverket beviljar regelmässigt ansökta tåglägen under förutsättning att det inte förhåller sig så att antalet ansökningar överskrider den tillgängliga infrastrukturkapaciteten på en viss sträcka vid ett visst tillfälle och det därmed inte är möjligt att bevilja samtliga ansökningar. Omständigheten att Trafikverket, för det fall att man inte kan nå en samförståndslösning med de olika tågoperatörerna om hur de mest eftertraktade tåglägena ska fördelas, ska beakta samhälls-ekonomiska kriterier vid beslut om fördelning av de aktuella tåglägena innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att fördelningen av tåglägen kan anses vara ett villkor av liknande förhållande som de i lagrummet angivna villkoren avseende linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet och turtäthet. Förvaltningsrätten anser därför att Trafikverkets beslut om tilldelning av tåglägen inte kan anses vara ett sådant villkor för tillhandahållande av tjänsten som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF (jfr även punkt 68 och 69 i den ovan nämnda domen från England and Wales High Court of Justice).

Med beaktande av ovanstående finner förvaltningsrätten att SJ:s verksamhet inte omfattas av bestämmelsen i 1 kap. 8 § LUF och att LUF således inte är tillämplig på SJ:s inköp av byggentreprenader, varor och tjänster. SJ kan därför inte bli skyldigt att betala upphandlingsskadeavgift och Konkurrensverkets båda ansökningar ska följaktligen avvisas. – Förvaltningsrätten avvisar ansökningarna.

***Kammarrätten i Stockholm (2015-06-04, Ekman, Jonsson och Jahn):***

[text här utelämnad]

Av 1 kap. 8 § första stycket LUF framgår att tillhandahållande eller drift av publika nät i form av bl.a. busstrafik omfattas av LUF, vilket tyder på att bestämmelsen även gäller abstrakta nät i form av transporter. I andra stycket definieras nät som en tjänst som tillhandahålls enligt vissa villkor avseende bl.a. turtäthet, vilket ytterligare talar för att ett nät i

bestämmelsens mening även omfattar nät i form av transporttjänster. Kammarrätten konstaterar mot denna bakgrund att den omständigheten att SJ:s verksamhet består i tågtrafik, och att bolaget alltså inte tillhandahåller eller driver det fysiska järnvägsnätet, inte utesluter verksamheten från lagens tillämpningsområde.

Den fråga som kammarrätten därefter har att ta ställning till är om SJ:s transporttjänster tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

Begreppet behörig myndighet definieras varken i LUF eller i försörjningsdirektivet, vilket i svensk rätt har införlivats genom LUF. Frågan är då om Trafikverket, som behörig myndighet, fastställer den typ av villkor som anges i bestämmelsen.

För att SJ ska kunna bedriva järnvägstrafik på den järnväg som Trafikverket förvaltar krävs att bolaget efter ansökan därom tilldelas tågläge av Trafikverket. Vid tilldelning av tåglägen ska infrastrukturförvaltaren i så stor utsträckning som möjligt tillmötesgå alla ansökningar. Vid konkurrens om samma tågläge som inte kunnat lösas genom andra i järnvägslagen angivna förfaranden, eller när det är uppenbart att det kommer att bli en betydande kapacitetsbrist, kan Trafikverket dock tilldela kapacitet i enlighet med prioriteringskriterier som medför ett samhällsekonomiskt effektivt utnyttjande av infrastrukturen.

SJ:s linjesträckning, tillgängliga transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden styrs av bolagets ansökningar om tåglägen. Endast vid oförenliga önskemål har Trafikverket möjlighet att ensidigt besluta att inte tillmötesgå en ansökan. Verket har då att agera konkurrensneutralt och icke-diskriminerande samt att följa sina tidigare uppställda prioriteringskriterier. Kammarrätten anser att Trafikverket genom tilldelningen av tåglägen och därmed sammanhängande förfarande främst har en samordnande funktion och att verket har mycket begränsade möjligheter att aktivt påverka SJ:s utförande av transporttjänster i fråga om den typ av förhållanden som anges i 1 kap. 8 § andra stycket LUF.

Kammarrätten beaktar i sammanhanget att EU-domstolen i sitt avgörande den 10 april 2008 i mål C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH mot Fernwärme Wien GmbH, uttalat att försörjningsdirektivet har en begränsad räckvidd och att bestämmelserna i direktivet ska tolkas restriktivt. Kammarrätten tar vidare hänsyn till att SJ verkar i konkurrens med andra tågbolag och att samma process för tilldelning av tåglägen gäller även för dessa.

Kammarrätten anser sammantaget att Trafikverket genom tilldelningen av tåglägen och därmed sammanhängande förfarande inte utövar ett sådant inflytande över SJ:s transportverksamhet att tjänsten kan anses tillhandahållas enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. Förvaltningsrätten har alltså haft fog för sin bedömning att LUF inte är tillämplig. Överklagandet ska därmed avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.