

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

SJ AB (556196-1599), 105 50 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster beslutar att SJ AB ska betala 4 000 000 (fyra miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. SJ AB (SJ) är en upphandlande enhet vars verksamhet omfattas av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). SJ är därmed skyldigt att följa LUF vid anskaffandet av varor, tjänster och byggentreprenader.
2. SJ har brutit mot LUF genom att ingå ett städserviceavtal, bilaga 1, med Sodexo AB (Sodexo), org.nr 556232-7873, avseende städning, vård, distribution, furnering av X2000, personvagnar dagtrafik, X55 och X52-E till ett värde av 56 miljoner kr utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LUF. SJ har således ingått det aktuella avtalet genom en otillåten direktupphandling.

Bakgrund

3. SJ är ett av staten helägt aktiebolag som bedriver persontrafik med tåg och vars kärnverksamhet är tågtrafik, främst på marknaden för interregionala och långväga tågresor.
4. Enligt vad Konkurrensverket har kunnat fastställa genomför SJ inte sina upphandlingar enligt regelverket i LUF. SJ anser sig inte behöva tillämpa LUF eftersom SJ enligt egen uppfattning inte bedriver sådan verksamhet som enligt 1 kap. 4-10 §§ LUF omfattas av lagen.

SJs verksamhet omfattas av LUF

Övergripande om rättsområdet samt Konkurrensverkets bedömning

5. LUF trädde i kraft den 1 januari 2008 och genomför direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) i svensk rätt. Försörjningsdirektivet antogs efter en omarbetning av det tidigare försörjningsdirektivet (93/38/EG). Omarbetningen gjordes i syfte att bland annat förenkla och samordna upphandlingsförfaranden för verksamheter inom områdena inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna; gemensamt benämnda som försörjningssektorerna.
6. Enligt försörjningsdirektivet är ett viktigt skäl för införande av regler om samordnande är att nationella myndigheter kan påverka en upphandlande enhets agerande på olika sätt, bland annat genom att vara delägare eller vara företräd i enhetens förvaltnings-, lednings- eller övervakningsorgan.¹
7. Ett annat skäl enligt försörjningsdirektivet till behovet av samordning av upphandlingsförfarandena inom försörjningssektorerna är att dessa marknader har varit förhållandevis slutna som en följd av att nationella myndigheter ofta

¹ Beaktandesats 2 i försörjningsdirektivet.

har beviljat särskild rättighet eller ensamrätt till aktörer att bedriva verksamheterna i fråga. Det har därför bedömts nödvändigt att aktörer som beviljats en sådan särskild rättighet eller ensamrätt ska tillämpa reglerna om upphandling i LUF. Vidare bedöms att aktörer som verkar på en avreglerad marknad, och därmed inte längre har någon ensamrätt eller särskild rättighet att bedriva verksamheten, ska tillämpa reglerna om upphandling i försörjningsdirektivet, förutsatt att de har en viss definierad koppling till en upphandlande myndighet.²

8. LUF har liksom det bakomliggande försörjningsdirektivet en begränsad tillämplighet på upphandlingar som genomförs. För att LUF ska vara tillämplig krävs att upphandlingen är kopplad till de *verksamheter* som anges och definieras i 1 kap. 4-10 §§ LUF. Initialt måste därför fastställas vilken specifik verksamhet ett avtal avser när man ska bedöma huruvida LUF är tillämplig på tilldelning av avtalet.
9. EU-domstolen har bekräftat att försörjningsdirektivets bestämmelser inte omfattar en upphandlande enhets samtliga ekonomiska verksamhetsområden, utan endast de områden som särskilt definierats. Det innebär enligt domstolen att bestämmelserna i försörjningsdirektivet ska tolkas restriktivt, så att de förfaranden som gäller där inte vidgas till andra verksamhetsområden. Det är således endast de kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar avseende, och för, utövandet av sådana verksamheter som uttryckligen anges i försörjningsdirektivet, som omfattas av tillämpningsområdet för direktivet.³ Avseende upphandlingar som saknar koppling till de angivna verksamheterna kan istället lag (2007:1091) om offentlig upphandling vara tillämplig.
10. SJs avtal med Sodexo avser ett städserviceåtagande avseende X2000, personvagnar dagtrafik, X55 och X52-E. Avtalet är direkt kopplat till SJs verksamhet avseende tågtransporter vilket därmed är den verksamhet som måste bedömas utgöra en av de i LUF angivna verksamheterna för att LUF:s regelverk ska vara tillämpligt.
11. Enligt SJs bolagsordning, bilaga 2, är SJs verksamhetsföremål att "direkt eller indirekt genom dotter- och intressebolag, bedriva persontrafik samt att bedriva därmed förenlig verksamhet". I SJs årsredovisning för år 2011, bilaga 3, anges att SJs uppdrag är att "bedriva lönsam persontrafik och verka under marknadsmässiga villkor och krav" samt att "SJs kärnverksamhet är tågtrafik, främst på marknaden för interregionala och långväga tågresor".⁴

² Beaktandesats 3 i försörjningsdirektivet.

³ EU-domstolens mål C-393/06, *Ing. Aigner*, pp. 25-27.

⁴ SJs årsredovisning 2011, s. 42.

12. Konkurrensverkets bedömning är att SJs verksamhet utgör en transporttjänst i LUF:s mening.

SJs inställning

13. SJ har till Konkurrensverket uppgett att den verksamhet som avses i LUF inte omfattar den verksamhet som SJ bedriver och att SJ därmed inte är skyldigt att följa LUF. Sammanfattningsvis stöder SJ sin bedömning på följande förhållanden.
14. Redan år 1988 separerades dåvarande affärsverket Statens Järnvägar från Banverket. Uppdelningen innebar att Banverket fick ensamt ansvar för infrastrukturen, bestående bl.a. av järnvägsnätet, medan affärsverket Statens Järnvägar bedrev trafik på detta nätverk. Statens Järnvägar har inte haft något ansvar för infrastrukturen sedan uppdelningen skedde. I januari 2001 bolagiserades Statens järnvägar och blev SJ AB.
15. Sedan den 1 oktober 2010 är marknaden för persontrafik på järnvägsområdet helt öppen och konkurrensutsatt. SJ har ingen särställning eller särskild rättighet på denna marknad utan konkurrerar om möjligheten att bedriva persontrafik på järnväg på exakt samma villkor som andra aktörer.
16. Av försörjningsdirektivet framgår tydligt att den verksamhet som omfattas endast är drift och tillhandahållande av järnvägsnät. Eftersom SJ sedan reformen år 1988 frångits allt ansvar för tillhandahållande och drift av det svenska järnvägsnätet har SJ, allt sedan det tidigare försörjningsdirektivet, inte ansett sig omfattat av denna lag. Denna funktion utförs sedan år 1988 ensamt av Banverket och sedermera Trafikverket.

Utvecklande av Konkurrensverkets bedömning – 1 kap. 8 § LUF

17. Den avgörande frågan för detta mål är således att fastställa tillämpningsområdet för 1 kap. 8 § LUF. För att det ska vara möjligt krävs att det fastställs vad som avses med de begrepp som anges i bestämmelsen.
18. I 1 kap. 8 § LUF definieras verksamheten transporttjänst enligt följande.

En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana.

Ett nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

19. Med *publikt nät* avses enligt 2 kap. 15 § LUF ett nät som är avsett för att tillhandahålla tjänster för allmänheten inom de områden som omfattas enligt 1 kap. 4-10 §§ LUF.
20. 1 kap. 8 § LUF implementerar artikel 5 försörjningsdirektivet och har utformats i överensstämmelse med denna artikel. Bestämmelsens innebörd ska därmed tolkas direktivkonformt, dvs. så långt som möjligt i överensstämmelse med direktivtexten. Detta framkommer av EU-domstolens praxis.⁵
21. I artikel 5 försörjningsdirektivet anges bl.a. följande.

Detta direktiv omfattar verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägstransporter, automatiserade system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.

Ett nät för transporttjänster skall anses föreligga om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, t.ex. i fråga om linjedragning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet.

[...]

Första stycket i 1 kap. 8 § LUF - "tillhandahållande eller drift av publika nät"

22. Det första av de två styckena i 1 kap. 8 LUF tar sikte på att verksamheten ska bestå av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter för att den ska omfattas av bestämmelsen. Sådana transporter kan ske exempelvis med järnväg. Av bestämmelsen framgår därmed att det är själva verksamheten som sådan som ska omfatta tillhandahållande eller drift av publika nät. Avgörande för att kunna fastställa om SJs verksamhet omfattas är således i första hand att avgöra vad som avses med "tillhandahållande eller drift av publika nät".
23. Det första stycket i bestämmelsen motsvarar artikel 5.1 första stycket försörjningsdirektivet. Artikel 5 har ännu inte varit uppe för tolkning av EU-domstolen och det finns därför inte några unionsrättsliga domar som specifikt besvarar frågan om vilka situationer som ska anses utgöra tillhandahållande eller drift av nät för transporttjänster. Den tolkning som därför blir aktuell är en semantisk och systematisk tolkning av försörjningsdirektivet.
24. Försörjningsdirektivets ordalydelse anger att verksamheten som bedrivs ska avse tillhandahållande eller drift av nät som i sin tur syftar till att tillhandahålla en transporttjänst. Artikelns tillämpningsområde är jämfört med 1 kap. 8 § första stycket LUF något vidare; artikeln omfattar uttryckligen, förutom situationer där tillhandahållande eller drift av nät sker *i form av transporter*,

⁵ Se EU-domstolens mål 14/83, *von Colson*, punkt 26 och C-106/89, *Marleasing*, punkt 8.

även sådana aktiviteter som inte i sig utgör transporter så länge aktiviteterna syftar till att tillhandahålla sådana tjänster för allmänheten. Det är värt att notera att både LUF, genom 1 kap. 8 § och 2 kap. 15 §, och försörjningsdirektivet ger uttryck för att de verksamheter som omfattas av upphandlingsskyldighet är sådana som syftar till att tillhandahålla transporttjänster till allmänheten. SJs verksamhet, så som den beskrivs i bolagsordning och årsredovisning, överensstämmer väl med en verksamhet som syftar till att tillhandahålla transporttjänster till det allmänna. Skillnaden mellan ordalydelsen i LUF och försörjningsdirektivet påverkar dock inte bedömningen i förevarande mål eftersom SJs verksamhet avser utförandet av transporter av personer med tåg och således syftar till att tillhandahålla en tjänst till allmänheten inom området järnvägstransporter.

25. Vad gäller begreppet "tillhandahållande" (av nät) i artikel 5 första stycket infördes detta först i och med försörjningsdirektivet. Begreppet drift är däremot detsamma som det som förekom redan i artikel 2.2 (c) i direktiv 93/38/EG som föregick försörjningsdirektivet.

26. I denna artikel 2.2 (c) angavs bland annat följande.

Detta direktiv gäller följande former av verksamhet:

c) Drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg, automatiska system, spårvagnar, trådbussar eller linbana.

27. Inför antagandet av försörjningsdirektivet omarbetades artikel 2.2 (c) till artikel 5 och begreppet "tillhandahålla" infördes. Genom ändringen skapades en heltäckande systematik kring transporttjänster. Efter begreppets införande omfattas nämligen även situationer som inte utgör drift, och som tidigare föll utanför tillämpningsområdet så som det angetts i direktiv 93/38/EG.

28. Att den tidigare lydelsen inte var heltäckande och den otillfredsställande ordning detta innebar illustreras tydligt i generaladvokat Mischos förslag till avgörande i mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab och Helsingin kaupunki m.fl. (Concordia Bus), [bilaga 4](#).

29. Målet Concordia Bus behandlar en begäran om förhandsavgörande kring en upphandling av busstransporttjänster inom Helsingfors stad. Frågorna i målet rörde om direktiv 93/38/EG var tillämpligt på det nationella målet samt om det enligt direktiven 92/50/EG och 93/38/EG var tillåtligt att beakta miljöaspekter vid utvärdering av anbud. Bakgrunden till målet var att Helsingfors stad beslutade att genom annonsering begära in anbud för driften av stadens busstrafik avseende vissa angivna rutter och tidsschema. Bland de angivna rutterna fanns busslinje 62 för vilken HKL-Bussiliikenne (HKL) tilldelades

avtal. Detta avtal utgjorde grunden för den nationella tvisten i vilken förhandsavgörande begärdes.

30. Enligt de vid tidpunkten gällande bestämmelserna för kollektivtrafiken skulle Helsingfors stads Kollektivtrafiknämnd och Helsingfors stads Trafikverk, ansvara för bland annat planering, utveckling, genomförande, samt övervakning av kollektivtrafiken. Upphandlingar av tjänster inom kollektivtrafiken sköttes av Helsingfors stads Affärstjänstnämnd i enlighet med de mål som stadsfullmäktige och Kollektivtrafiknämnden fastställde. Helsingfors stads Trafikverk var ett kommunalt affärsverk som löd under Kollektivtrafiknämnden och som i funktionellt och ekonomiskt hänseende delades upp i fyra produktionsenheter (buss, spårvagn, tunnelbana samt vägar, gator och fastigheter). HKL, som senare tilldelades avtalet i den aktuella upphandlingen, ansvarade för verksamheten i den produktionsenhet som utförde busstrafiken inom Helsingfors stad.
31. I sitt förslag till avgörande i Concordia Bus inleder generaladvokat Mischo med att konstatera att direktivet 93/38/EG är tillämpligt på offentliga myndigheter som driver ett nät och som inom ramen för detta har för avsikt att ingå ett avtal.⁶ Därefter yttrar generaladvokat Mischo bland annat följande. Begreppen drift och tillhandahållande⁷ indikerar att det är den upphandlande enheten själv som ska erbjuda busstransporter. För att den upphandlande enheten ska anses driva ett nät, räcker det således inte att den till exempel bestämmer vilka rutter som ska trafikerats eller antalet turer. Det framgår nämligen av artikel 2.2 (c) andra stycket att det förhållandet att villkor fastställs beträffande den trafikerade ruten och så vidare, inte utgör drift av ett nät, utan enbart är ett sätt att fastställa eller definiera begreppet nät. *Drift av ett nät innebär med andra ord att själv se till att verksamheten fungerar, i princip med hjälp av egen personal och egna bussar.*⁸
32. Gällande de faktiska förhållandena i Concordia Bus konstaterar generaladvokat Mischo, med beaktande av att det vid tidpunkten för upphandlingsförfarandet var HKL som utförde transporttjänsterna och inte Helsingfors stad, att Helsingfors stad inte kunde anses utföra någon drift av nät.⁹ Det dåvarande försörjningsdirektivet 93/38/EG var således inte tillämpligt på det nationella målet.

⁶ Punkt 44 i förslaget till avgörande.

⁷ I sammanhanget bör poängteras att begreppet tillhandahållande som generaladvokat Mischo uttalar sig kring inte är likalydande med "tillhandahållande av ett nät" i artikel 5 första stycket i försörjningsdirektivet utan det tillhandahållande av själva transporttjänsten som angavs i det dåvarande direktivets artikel 2.4 (se artikel 5 andra stycket försörjningsdirektivet).

⁸ Punkt 48 i förslaget till avgörande.

⁹ Punkt 60 i förslaget till avgörande.

33. EU-domstolen fick emellertid inte anledning att gå in på frågan om omständigheterna i det nationella målet kunde anses utgöra drift av nät i sitt avgörande. Anledningen härtill var att domstolen ansåg sig kunna besvara den huvudsakliga frågan i målet, tillåtligheten av att beakta miljöaspekter vid utvärdering av anbud, utan att ta ställning till vad som utgör drift. Generaladvokat Mischos uppfattning är således att det är själva transporten med egna bussar som utgör drift av nät.
34. Sett till generaladvokat Mischos yttrande är det klart att den verksamhet som SJ bedriver i vart fall omfattas av begreppet "drift av publika nät". Även om en generaladvokats yttrande inte är bindande för domstolen anses det väga mycket tungt och följs ofta av domstolen. Ett generaladvokatsyttrande utgör en rättskälla inom EU-rätten som det, särskilt i en situation som denna där domstolen inte funnit anledning att ge uttryck för en motsatt ståndpunkt i den aktuella frågan, finns all anledning att ta i beaktande. Detta särskilt med hänsyn till att generaladvokaterna, till skillnad från domstolen, ofta belyser flera aspekter av ett mål och analyserar domstolens rättspraxis samt resonerar för och emot en viss lösning och analyserar de praktiska konsekvenserna av domen.
35. Den förändring som infördes i artikel 5 försörjningsdirektivet hade, som tidigare nämnts i punkt 27, inte syftet att åstadkomma någon materiell förändring vad gäller innebörden av begreppet drift.¹⁰ Således är generaladvokat Mischos yttranden kring vad som avses med drift allttjämt giltiga och vägledande.
36. Att begreppet drift avser själva utförandet av transporter vinner även stöd hos Sue Arrowsmith, som uttalar sig på följande sätt kring definitionen av drift av nät för transporter med järnväg i direktiv 93/38/EG.

*"The regulations cover, first, the operation of a network providing a service to the public in the field of transport by railway. In contrast with the provision on air and water this transport covers the operation of the transport itself (Konkurrensverkets markering). It also covers contracts made in connection with provisions of facilities for operating the network, such as provisions of stations. Here the same difficulties arise as with air transport in deciding exactly which facilities for users (for example, shopping facilities) are covered, as discussed in the section on air transport above."*¹¹

¹⁰ Enligt jämförelsetabellen i bilaga 26 till försörjningsdirektivet framgår att artikel 5 innebär en ändring jämfört med artikel 2.2 (c). I bilagans notering anges att om räckvidden av bestämmelser i det upphävda direktivet, dvs. 93/38/EG, har ändrats, markeras detta med ordet ändrad.

¹¹ Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2 ed. London, Thomson Reuters Limited Sweet & Maxwell, 2010, s. 872.

37. Vidare finns stöd för Konkurrensverkets tolkning av begreppet drift i proposition 2006/07:128 i vilken regeringen uttalade följande.¹²

”Enligt den motsvarande bestämmelsen i det äldre försörjningsdirektivet (artikel 2.2 c) gällde det direktivet endast drift av nät i syfte att tillhandahålla allmänheten transporter. Det nya försörjningsdirektivet däremot omfattar såväl tillhandahållande som drift av publika nät. Den markbundna persontrafiken i Sverige är numera i stor utsträckning organiserad så att en trafikhuudman som har ansvar för att upprätthålla viss trafik uppträder utförandet av trafiken åt någon annan. Enligt utredningens uppfattning tillhandahåller (Konkurrensverkets markering) trafikhuudmannen i ett sådant fall ett nät för transporter och omfattas därför av bestämmelserna i försörjningsdirektivet och i försörjningslagen.

Ändringen innebär att bestämmelsen om publika nät i form av transporter bringas i överensstämmelse med bestämmelserna om fasta nät avseende gas, värme, el och vatten, som omfattar såväl tillhandahållande som drift av nät. Vidare tydliggör ändringen att sådana upphandlande enheter som förvaltar ett transportnät utan att själv tillhandahålla transporttjänster omfattas av försörjningsdirektivet (Konkurrensverkets markering).”

38. Regeringen gör här en åtskillnad mellan tillhandahållande av nät och drift av nät. Den tidigare regleringen av transporttjänster omfattade endast situationer när den upphandlande enheten själv utförde transporttjänsterna. Detta är i linje med vad generaladvokat Mischo konstaterade i sitt förslag till avgörande i Concordia Bus samt Konkurrensverkets uppfattning att SJs verksamhet under alla förutsättningar utgör tillhandahållande eller drift av nät.

Bemötande av SJs inställning

39. Enligt SJs uppfattning omfattar begreppen tillhandahållande eller drift endast tillhandahållande och drift av det fysiska järnvägsnätet, dvs. den typ av verksamhet som en infrastrukturförvaltare typiskt sett har att bedriva i form av att tillhandahålla och underhålla samt förvalta anläggningar som utgör den infrastruktur, inbegripet spår-, signal och säkerhetsanläggningar, som används av transportföretag för utförande av transporter.
40. Om SJs uppfattning skulle vara korrekt, dvs. att det enbart är infrastrukturförvaltare som är skyldiga att tillämpa LUF, synes detta anmärkningsvärt med beaktande av unionens aktiviteter på området. Unionen har exempelvis antagit både direktiv 93/38/EG och försörjningsdirektivet i ljuset av direktiv 91/440/EEG om järnvägens utveckling som uttryckligen anger att medlemsstaterna ska särskilja mellan transportverksamhet och infrastrukturförvaltning samt ge transportverksamheten förutsättningarna att

¹² Proposition 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, s. 256.

verka på marknadsmässiga grunder vilket lett till att ett flertal av unionens medlemsstater, däribland Sverige, inordnat den tidigare statliga tågverksamheten i ett statligt bolag som sköter transportverksamheten och låtit infrastrukturförvaltningen kvarstå hos myndighet.

41. För det fall SJs uppfattning skulle vara korrekt, att avsikten varit att transportverksamheten i sig inte skulle omfattas, skulle det mot nämnd bakgrund inte ha funnits någon anledning för unionen att behålla begreppet drift i försörjningsdirektivet. Begreppet drift borde i så fall ha utmönstrats och helt ersatts med begreppet tillhandahålla. Så har emellertid inte skett utan unionen har tvärtom valt att bredda direktivets tillämpningsområde till att även omfatta tillhandahållande av nät. Detta talar för att unionen, sett till den medvetna uppdelningen mellan transport- och förvaltningsverksamhet samt det tidigare rättsläget illustrerat av generaladvokat Mischo, avsett att försörjningsdirektivet skulle omfatta både transportverksamhet och infrastrukturförvaltning samt för att SJs tolkning inte är korrekt.
42. Konkurrensverket anser att de förhållanden som SJ pekar på kring infrastrukturförvaltarnas verksamhet i så fall snarast skulle kategoriseras som ett tillhandahållande av nät och inte en drift av nät.

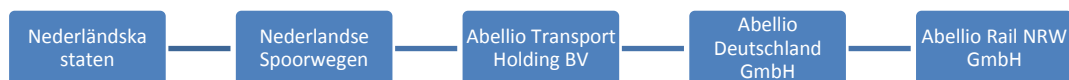
Komparativ studie – andra medlemsstaters syn på vad som avses med drift av nät och bolag som utför tågtransporter

43. Till ytterligare stöd för att SJs uppfattning är felaktig kan anföras att om unionens avsikt varit att enbart infrastrukturförvaltare skulle omfattas av försörjningsdirektivet, så har detta missuppfattats av ett flertal av unionens medlemsstater. Detta indikeras av de typer av organ och aktörer som ett antal medlemsstater själva angett som upphandlande enheter i bilaga IV till försörjningsdirektivet samt i den jämförande studie över olika nationella system för offentlig upphandling som Public Procurement Network publicerade i december år 2010.¹³ Exempelvis kan nämnas att italienska staten i nämnda studie har angett att upphandlande enheter är de enheter eller företag som tillhandahåller kollektiva transporttjänster på bl.a. järnväg eller som förvaltar infrastruktur för detta. Tyskland har i bilaga IV till försörjningsdirektivet angett att upphandlande enheter är bland annat de företag som utför spårbundna tjänster för allmänheten. Österrike har i samma bilaga å sin sida angett myndigheter som har befogenhet att tillhandahålla trafiktjänster.
44. Att företag i andra medlemsstater som har samma rättsliga ställning och faktiska verksamhet som SJ, anser sig skyldiga att upphandla i enlighet med försörjningsdirektivet talar även det mot SJs tolkning av regelverket. Som

¹³ Public Procurement Network, "The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems across the PPN", Roma, December 2010.

exempel kan nämnas Abellio Rail NRW GmbH (Abellio). Abellio är ett bolag som till fullo ägs av Abellio Deutschland GmbH (ADG). ADG är ett helägt dotterbolag till Abellio Transport Holding BV som i sin tur till fullo ägs av bolaget Nederlandse Spoorwegen som är ägt av den nederländska staten. Abellio är således ett av nederländska staten helägt bolag.

Skiss över ägarstrukturen kring Abellio



45. Abellios verksamhet i Tyskland består av att transportera personer med tåg. Abellio anskaffar enligt uppgift de varor, tjänster och byggtreprenader som har direkt koppling till denna verksamhet genom annonserat förfarande i enlighet med försörjningsdirektivet, bilaga 5.
46. Vidare kan bolaget TrainOSE A.E. nämnas som exempel. TrainOSE A.E. är ett av den grekiska staten ägt bolag som utför alla persontransporter med tåg på den grekiska infrastrukturförvaltaren OSE:s spår. I likhet med SJ äger TrainOSE A.E. inte någon infrastruktur utan har som kärnverksamhet att utföra transporter. Likt Abellio anskaffar TrainOSE A.E. enligt uppgift varor, tjänster, bland annat städtjänster, och byggtreprenader genom annonserat förfarande i enlighet med försörjningsdirektivet, bilaga 6.
47. Abellio och TrainOSE A.E. anser sig således bedriva en sådan verksamhet som omfattas av försörjningsdirektivet. Detta visar på att SJs bedömning inte delas av samtliga aktörer på marknaden. Förvisso är dessa bolags bedömning kring skyldigheten att tillämpa försörjningsdirektivet inte bindande eller ensamt avgörande men det är en tydlig indikation på att verksamheten persontransport med tåg uppfattas som omfattad av försörjningsdirektivet som drift av nät.
48. I denna komparativa studie bör det även nämnas att i England så har frågan om vad som avses med drift av nät varit uppe till prövning i High Court of Justice i ett avgörande från den 20 januari 2012, bilaga 8. Upphovet till avgörandet var det statliga företaget Eurostar International Limiteds (Eurostar) beslut att ge Siemens i uppdrag att bygga en ny tågflotta inför avregleringen av tågtrafiken i tunneln under Engelska kanalen. Frågan i målet var primärt om Eurostar, som likt SJ utför transporttjänster med tåg på ett järnvägsnät utan att ansvara för infrastrukturen, hade att följa Utilities Contracts Regulation (UCR), dvs. det regelverk som genomför försörjningsdirektivet i England.
49. I avgörandet konstaterar domstolen att försörjningsdirektivet omfattar dels tillhandahållande av infrastruktur och med tillhandahållandet sammanhängande

drift av infrastruktur, dels själva utförandet av tågtransporter under förutsättning att det tillhandahålls i enlighet med legala krav avseende villkor som linjesträckning och turtäthet.¹⁴ Domstolens uppfattning bekräftar därmed Konkurrensverkets bedömning.

50. Domstolens slutsats blev förvisso att Eurostar inte hade att tillämpa UCR och försörjningsdirektivet. Emellertid beror denna slutsats på att domstolen bedömde att Eurostar inte tillhandahöll transporttjänsten i enlighet med den typ av villkor som avses i artikel 5.1 försörjningsdirektivet och som även återfinns i 1 kap. 8 § andra stycket LUF.
51. Frågan om det finns sådana villkor som avses i artikel 5.1 försörjningsdirektivet samt 1 kap. 8 § LUF och som reglerar SJs verksamhet utvecklas nedan.

Andra stycket i 1 kap. 8 § LUF – ”i enlighet med villkor som fastställs av en behörig myndighet”

52. I 1 kap. 8 § andra stycket LUF anges att ett nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.
53. Det andra stycket i bestämmelsen motsvarar artikel 5.1 andra stycket försörjningsdirektivet i vilket det anges att ett nät för transporttjänster ska anses föreligga om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, t.ex. i fråga om linjedragning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet.
54. Det andra stycket tar sikte på att transporttjänsten ifråga ska tillhandahållas i enlighet med villkor som fastställs av behörig myndighet. Konkurrensverket noterar i detta sammanhang att villkoren i bestämmelsens andra stycke endast är exemplifieringar och alternativa¹⁵. Exemplifieringen av villkoren visar på att även aktörer som utför själva transporttjänsten, dvs. att utföra tjänsten utan att äga infrastruktur, omfattas av bestämmelsen.
55. Utförandet av persontrafik på järnväg med tåg i Sverige är förenad med villkoret att samtliga aktörer som önskar köra tåg inom nätet måste ansöka om och tilldelas infrastrukturkapacitet att framföra järnvägsfordon på spåren från en plats till en annan under en viss tidsperiod, så kallade *tåglägen*.
56. Ett tågläge omfattar hela förflyttningen från en plats till en annan, från det att fordonsrörelsen inleds på den första platsen i tågläget till det att fordonet

¹⁴ Punkt 66 i avgörandet.

¹⁵ Jmf ordalydelsen i försörjningsdirektivet.

stannat på den slutliga platsen. Tåglägen kan även vara delsträckor i ett större tåguppdrag, exempelvis kan ett resa från Stockholm till Göteborg vara uppdelat i tre tåglägen, ett mellan Stockholm-Arboga, ett Arboga-Skövde och ett Skövde-Göteborg.

57. Tilldelningen av tåglägen fastställs av Trafikverket i dess egenskap av ansvarig myndighet för fastställandet av den årliga tågplanen. I den årliga tågplanen anges tidtabeller för avgångar och ankomster samt fördelningen av tåguppdrag och däri liggande tåglägen bland de aktörer som ansökt om att utföra järnvägstrafik. Efter det att ansökningarna kommit in till Trafikverket påbörjas själva arbetet med att ta fram giltiga tåglägen, vilket innebär tåglägen som är möjliga att genomföra utan att det uppstår följdkonflikter med andra tåglägen eller banarbeten. När tåglägena fastställts för det kommande året publiceras detta i den nya tågplanen.¹⁶
58. Tilldelningen av tåglägen konkretiseras genom att operatören ingår så kallade trafikeringsavtal med Trafikverket. Trafikeringsavtal är avtal som reglerar sådan administration, teknik och ekonomi som en operatör behöver ha tillgång till för att kunna utnyttja det tilldelade tågläget. Förekomsten av ett sådant trafikeringsavtal är enligt järnvägslagen en legal förutsättning för att operatören ska få utföra järnvägstrafik.¹⁷
59. När en operatör tilldelats ett tågläge av Trafikverket innebär detta bl.a. en rätt för operatören att framföra fordon på spår och genom växlar i enlighet med de villkor som anges i trafikeringsavtalen samt en rätt att använda Trafikverkets elledning för strömförsörjning av tåg. Ett tågläge är således detsamma som det utrymme inom järnvägsnätet där en operatörs fordon har rätt att befinna sig vid en given tidpunkt och ta i anspråk den infrastruktur som behövs för att utföra järnvägsverksamhet.
60. Trafikverkets tilldelning av tåglägen är en absolut förutsättning för att en operatör ska få bedriva järnvägstrafik. Tilldelningen är därmed ett sådant villkor för driften av nätet som anges i 1 kap. 8 § andra stycket LUF. Kriterierna i det andra stycket i 1 kap. 8 § LUF är därmed uppfyllda avseende SJs verksamhet.

Sammanfattning av varför SJs verksamhet omfattas av LUF

61. Enligt Konkurrensverkets bedömning utgör den verksamhet som SJ bedriver tillhandahållande eller drift av publika nät i den mening som avses i 1 kap. 8 § första stycket LUF och artikel 5.1 första stycket försörjningsdirektivet. Vidare utgör den svenska regleringen kring tilldelningen av tåglägen och

¹⁶ Trafikanalys rapport 2011:9, Utvärdering av marknadsöppningar i kollektivtrafiken – rapport 2011, s. 91-92, bilaga 7.

¹⁷ 6 kap 22 § järnvägslagen

trafikeringsavtal, till skillnad från den typ av villkor som var aktuella i High Court of Justice avgörande, sådana villkor som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF och artikel 5.1 andra stycket försörjningsdirektivet. Konkurrensverkets bedömning grundas bl.a. på ordalydelsen, systematiken och ändamålet för de relevanta bestämmelserna. Vidare stöds bedömningen av generaladvokatsuttalande, förarbeten, svensk och internationell doktrin, domstolsavgörande från medlemsstat. Sammantaget uppfylls samtliga rekvisit för att den verksamhet som SJ bedriver är en sådan transportverksamhet som avses i 1 kap. 8 § LUF.

SJ är en upphandlande enhet

62. För att SJ ska vara skyldigt att tillämpa LUF vid anskaffningar av varor, tjänster och byggtreprenader för sin transportverksamhet krävs, förutom att SJs verksamhet omfattas av lagen, att SJ är att anse som en upphandlande enhet.
63. Begreppet upphandlande enhet innefattar enligt 2 kap. 20 § första stycket LUF upphandlande myndigheter, offentligt styrda organ samt sådana företag, ofta benämnda offentliga företag, som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över, eller som bedriver verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är SJ en upphandlande enhet genom att utgöra ett företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över. Med bestämmande inflytande avses nämligen enligt 2 kap. 20 § andra stycket LUF att 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.
64. SJ är i sin helhet ägt av staten och förvaltas av Regeringskansliet genom Finansdepartementets enhet för statlig ägande. Genom att SJ till fullo ägs av staten som är en upphandlande myndighet uppfylls därmed rekvisitet på bestämmande inflytande i 2 kap 20 § andra stycket LUF. SJ är därmed en upphandlande enhet i LUF:s mening.
65. Av detta följer som tidigare nämnts att SJ i egenskap av upphandlande enhet är skyldigt att tillämpa LUF vid anskaffningar av varor, tjänster och byggtreprenader som är avsedda för bolagets verksamhet enligt 1 kap. 8 § LUF. Det SJ anfört i sitt yttrande om att SJ bedriver sin verksamhet i konkurrens är således ovidkommande för bedömningen av om SJ har att följa LUF på den grund som nu anförs.
66. Likaledes är det i detta sammanhang ovidkommande att pröva om SJs verksamhet tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av

industriell eller kommersiell karaktär och som i så fall skulle innebära att SJ är att anse som ett offentligt styrt organ som är jämställa med en upphandlande myndighet. Skälet till detta är att upphandlande enhet som nämnts ovan är ett vidare begrepp som innefattar offentligt styrda organ. Konkurrensverket väljer därför att i detta skede inte tynga målet med en bedömning av om SJ är att anse som ett offentligt styrt organ.

Avtalet och dess värde

67. Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift rör det avtal som SJ ingått med Sodexo, bilaga 1. Avtalet avser städserviceåtagande som inkluderar städning, materialvård/periodiskt underhåll, distribution av material m.m. av X2000, personvagnar dagtrafik, X55 och X52-E.
68. Avtalsföremålet utgörs av sådana tjänster som anges i bilaga 2 till LUF och är därmed ett sådant tjänstekontrakt som avses i 2 kap. 19 § LUF. Tjänsterna är vidare kopplade till, och nödvändiga för, att SJ ska kunna utföra transporttjänster enligt 1 kap. 8 § LUF.
69. Baserat på uppgifterna i det aktuella avtalet, ska avtalets värde enligt 3 kap. 2-3 §§ LUF anses uppgå till åtminstone 14 miljoner kronor per år. Med beaktande av att det aktuella avtalet är ett tjänstekontrakt som löper på obestämd tid för vilket det inte angetts något totalpris ska avtalets värde beräknas i enlighet med 3 kap. 11 § LUF, dvs. månadsvärdet multiplicerat med 48 månader. Värdet av det aktuella avtalet uppgår därmed till åtminstone 56 miljoner kronor.

Otillåten direktupphandling

70. En upphandlande enhets anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader till det aktuella värdet, 56 miljoner kronor, ska normalt sett föregås av en annonsering enligt 7 kap. 1 § LUF. Av detta följer att alla eventuella leverantörer ska beredas tillfälle att lämna anbud alternativt ansöka om att få lämna anbud.
71. Enligt 7 kap. 1 § LUF ska en annonsering om upphandling ske genom förhandsannonsering, annonsering om kvalificeringssystem eller annonsering om upphandling enligt ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande.
72. SJs avtal med Sodexo skulle ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt bestämmelserna i LUF. SJ har till Konkurrensverket uppgett att tilldelningen av det aktuella avtalet inte har föregåtts av någon annonserad upphandling enligt bestämmelserna i LUF. SJs avtal utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

73. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för upphandling i enlighet med 18 kap. 1 § LUF och 3 § 2 förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Enligt 17 kap. 2 § andra stycket LUF får Konkurrensverket i egenskap av tillsynsmyndighet ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 17 kap. 1 § 3 LUF, däribland att en upphandlande enhet slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LUF.
74. Om en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från Konkurrensverket finner att en upphandlande enhet genomfört en otillåten direktupphandling får domstolen med stöd av 17 kap. 1 § 3 LUF besluta att den upphandlande enheten ska betala upphandlingsskadeavgift.

Avgiftens storlek och överträdelsens sanktionsvärde

75. En upphandlingsskadeavgift kan uppgå till minst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vid fastställandet av avgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till överträdelsens allvarlighetsgrad. I ringa fall ska någon avgift inte utdömas och avgiften får efterges om synnerliga skäl föreligger.¹⁸
76. Av förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift framgår att ett av syftena med avgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att både den specifika enheten samt övriga upphandlande enheter avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till.¹⁹
77. Enligt Konkurrensverkets bedömning bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som bör inverka på avgiftens storlek. Denna metod bidrar till en enhetlighet och förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med offentlighetsrättsliga sanktionsavgifter i svensk rätt, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet.²⁰

¹⁸ 17 kap. 4-5 §§ LUF.

¹⁹ Prop. 2009/10:180 s. 196-197, 370.

²⁰ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53. Jmf även prop. 2009/10:180 s. 183.

78. Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av den svenska lagstiftaren vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta bör vara högt.²¹ En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan. Som förmildrande omständighet omnämns t.ex. att rättspraxis är rättsläget är oklart vilket skulle kunna tala för en något lägre avgift i detta fall.
79. Även avtalets värde bör beaktas vid bestämmandet av avgiftens storlek eftersom det är ett lämpligt mått på hur allvarlig överträdelsen är. Ett högre avtalsbelopp kan ofta anses motsvara en grövre överträdelse.²² Avgiften bör därför kunna bestämmas till mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden, bör avgiften kunna ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga sju till åtta procent av avtalets värde.
80. Konkurrensverket har i flera avgöranden från kammarrätt och förvaltningsrätter fått fullt gehör för sin beräkning av upphandlingsskadeavgiften, vilken således bedömts vara väl avvägd.²³
81. Avtalets värde uppgår enligt Konkurrensverkets beräkning till 56 miljoner kr. En upphandlingsskadeavgift om 4 miljoner kr utgör 7,5 procent av kontraktsvärdet och är enligt Konkurrensverkets bedömning ett belopp som står i rimlig proportion till den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Malin de Jonge

²¹ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

²² Jmf prop. 2009/10:180 s. 197.

²³ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholms domar från den 14 december 2012 i mål 7009-12 och den 7 juni 2012 i mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Stockholms domar från den 25 juli 2012 i mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12 samt Förvaltningsrätten i Växjö dom från den 15 februari 2012 i mål nr 286-12.

Bilagor

1. Avtal ingånget mellan SJ och Sodexo den 26 januari 2012.
2. SJs bolagsordning av den 28 april 2011.
3. Utdrag ur SJs årsredovisning för år 2011.
4. Generaladvokat Mischos förslag till avgörande i mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab och Helsingin kaupunki m.fl.
5. Annonser publicerad i Tenders Electronic Daily den 11 september 2012 avseende Abellio Rail NRW GmbH:s anskaffande av personvagnar för järnväg enligt försörjningsdirektivet.
6. Annonser publicerad i Tenders Electronic Daily den 5 oktober 2012 avseende TrainOSE A.E.s anskaffande av städtjänster enligt försörjningsdirektivet.
7. Utdrag ur Trafikanalys rapport 2011:9, Utvärdering av marknadsöppningar i kollektivtrafiken – rapport 2011.
8. High Court of Justice mål [2012] EWHC 28 (Ch).