

# Överblick över de viktigaste domarna rörande upphandlingsskadeavgift m.m.

Nohr-Con, Köpenhamn den 16 november 2017

Chefsjurist Per Karlsson; Processråd Magnus Ehn

# Upphandlingsskadeavgift i siffror

Det senaste året:

- » 22 ansökningar in till domstol (tio obligatoriska)
- Landsting 8 mål
- Kommun 9 mål
- Kommunalt bolag 3 mål
- Statlig myndighet 2 mål

# Upphandlingsskadeavgift, forts

Under året har 26 mål om upphandlingsskadeavgift vunnit laga kraft

- » Fullt bifall i samtliga mål
- » Summa 32,5 miljoner kr i utdömda avgifter
- Landsting 13 mål
- Kommun 5 mål
- Kommunalt bolag 4 mål
- Statlig myndighet 3 mål
- Statligt bolag 1 mål

# Exempel på handläggningstider.....

- » Länstrafikbolagen i Västerbotten och Västernorrland
  - ansökan 27 juni 2012; laga kraft 27 september 2017
- » Akademiska Hus
  - ansökan 11 september 2012; laga kraft 29 juni 2016
- » Statens Järnvägar
  - ansökan 24 januari 2013; laga kraft ?
- » Statens servicecenter
  - ansökan 23 maj 2013; laga kraft ?
- » Vafab Miljö AB
  - ansökan 17 december 2015; handläggs fortfarande i FörvR

# KKV./SJ AB

- » SJ:s upphandlingsrättsliga status har länge varit omdebatterad och föremål för olika prövningar
- » KKV anser att SJ är en upphandlande enhet enligt LUF
- » KKV ansökte om upphandlingsskadeavgift i januari 2013 på totalt 8,5 miljoner kronor för två direktupphandlade städavtal
- » Förvaltningsrätten i Stockholm avvisade KKV:s ansökningar den 10 januari 2014
- » KKV överklagade och begärde att kammarrätten i Stockholm skulle inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen

# KKV./SJ AB

- » Kammarrätten avslog överklagandena den 4 juni 2015
- » KKV överklagade till HFD som meddelade PT (mål 3999--4000-15)
  - » ”Fråga om tillämpningen av bestämmelsen om transporttjänster i 1 kap. 8 § LUF”
- » HFD beslutade den 21 juni 2017 att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF
  - » Justitieråden Mats Melin, Eskil Nord, Kristina Ståhl, Thomas Bull och Per Classon

## Behovet av förhandsavgörande

67. I målen i Högsta förvaltningsdomstolen är det av avgörande betydelse hur bestämmelserna om transporttjänster i artikel 5.1 i direktiv 2004/17/EG ska tolkas.
68. Prövningen i målen förutsätter en tolkning av vad som avses med ”nät för transporttjänster” i artikelns andra stycke, vilket innefattar en tolkning av vad som menas med att ”tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, t.ex. i fråga om linjedragning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet”.
69. Prövningen i målen förutsätter också en tolkning av vad som avses med ”tillhandahållande eller drift” i artikelns första stycke. Frågan är om tillhandahållandet av en transporttjänst på järnvägsnätet utgör tillhandahållande eller drift av ett nät i den mening som avses i första stycket.
70. EU-domstolen har inte uttalat sig om tolkningen av artikel 5.1 i direktiv 2004/17/EG i nu aktuella avseenden. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening är den korrekta tolkningen av bestämmelserna inte klar.
71. Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att det är nödvändigt att begära att EU-domstolen meddelar förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF.

## Frågorna

72. Högsta förvaltningsdomstolen önskar svar på följande frågor.

### *Fråga 1*

73. 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?

### *Fråga 2*

74. 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?



# KKV./ SJ i EU-domstolen C-388/17

- » Endast **ett** parallellt skriftligt yttrande per part
- » EU-kommissionen ska alltid yttra sig
- » Medlemsstaterna *får* yttra sig skriftligt (inte intervention)
- » Senare muntlig förhandling efter översättning av de skriftliga yttrandena
  - » Mycket korta muntliga yttranden av parterna, EU-kommissionen och ev. medlemsstater
  - » Frågor från domarna och/eller generaladvokaten
- » Yttrande med förslag från generaladvokaten
- » EU-domstolens förhandsavgörande/dom

# KKV:s yttrande 17 oktober 2017

- » Betydelsen av *travaux préparatoires*
- » Kommissionens *explanatory memorandum*
- » Syftet med regleringen
- » Avsett omfatta verksamheter som består av att erbjuda allmänheten transporttjänster med tåg som framförs på järnväg

# KKV:s förslag på nätfrågan (1)

- » Artikel 5.1 andra stycket i direktiv 2004/17 ska 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.
- » Slutsatsen påverkas inte av att tilldelningen av järnvägsinfrastrukturkapacitet baseras på ansökningar från järnvägsföretag och att samtliga ansökningar tillmötesgår i största möjliga utsträckning.

# KKV:s förslag på verksamhetsfrågan (2)

- » Artikel 5.1 första stycket i direktiv 2004/17 ska tolkas på så sätt att en verksamhet som bedrivs av ett sådant järnvägsföretag som avses i direktiv 2012/34 och som innebär att allmänheten erbjuds transporttjänster på ett järnvägsnät utgör sådant tillhandahållande eller sådan drift av nät som avses i bestämmelsen när järnvägsföretaget självt bemannar och framför de tåg som används för transporttjänsten.

# Alingsås kommun

- » KKV har ansökt om att kommunen ska betala 5 000 000 kr i avgift (FR Gbg, mål 7530-17)
- » Direktupphandling av driften av äldreboende
- » Alltså skattefinansierade välfärdstjänster
- » Upphandlingspliktigt?
- » NESGI?

# Swedavia Airport Telecom

- » Gränsdragning LOU/LUF
- » Köp av markradiosystem för flygplatser
- » S.A.T. åberopade teleundantaget i LOU
- » FR Uppsala: LUF tillämplig (underliggande dom i mål 2484-15)
- » FR Uppsala, fullt bifall till yrkad upphandlings-skadeavgift 3,5 Mkr (mål nr 5785-16)

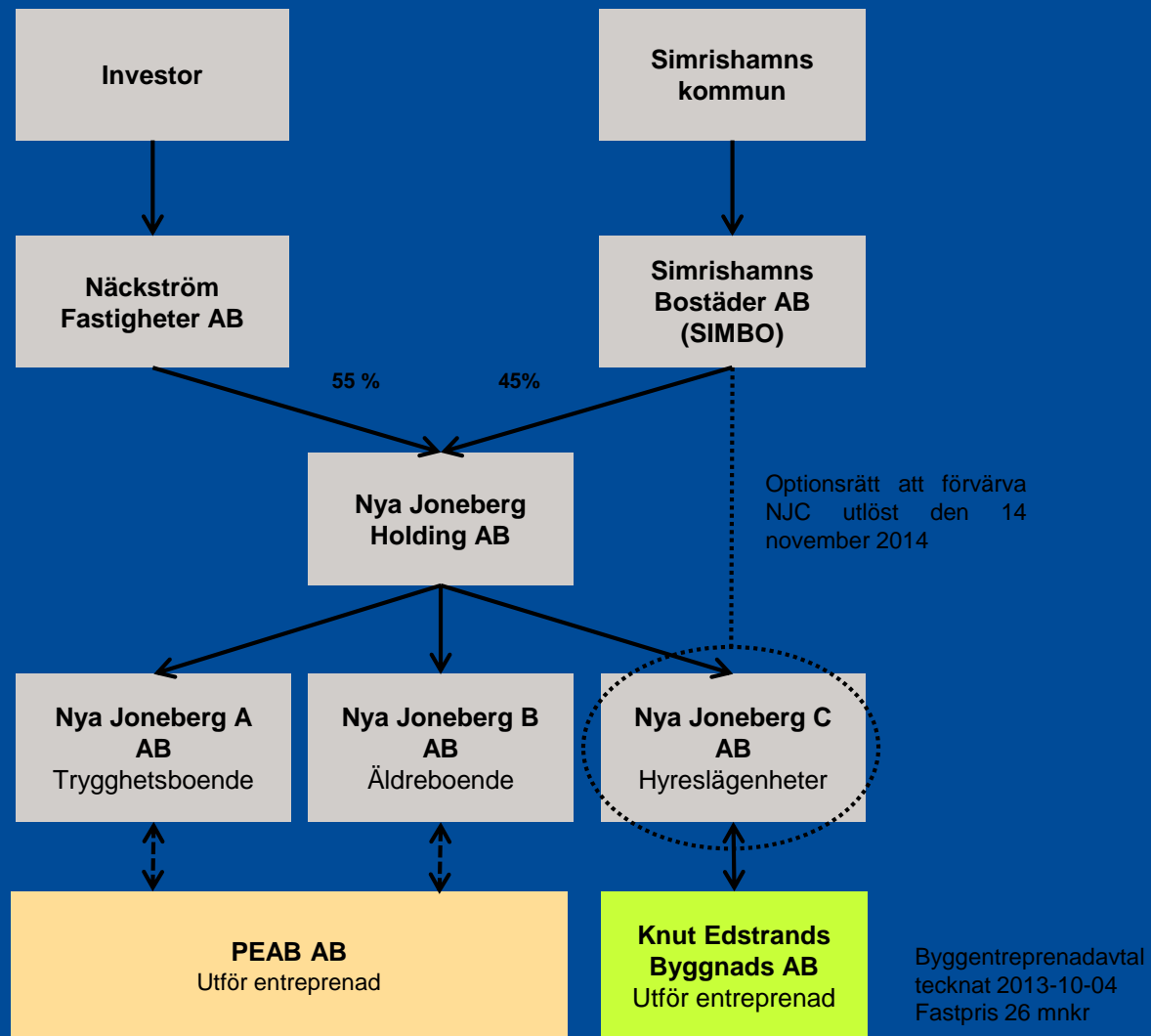
# SYSAV, tillsynsbeslut

- » Ägarkommunerna till SYSAV och en ägarkommun till NSR (Teckal-kriterierna)
- » Genomlysning av koncernförhållandet vid bedömningen av verksamhetskriteriet
- » KamR Stockholm avslog kommunernas överklaganden, se mål nr 4167-16
- » Domen överklagad till HFD, beslut om PT har ännu inte tagits (mål nr 1894-17)

# Tillsynsbeslut Nya Joneberg

- » Meddelat den 11 oktober 2017 (KKV dnr 517/2016)
  - Allmännyttiga Simrishamnsbostäder bildade ett holdingbolag tillsammans med privat fastighetsbolag
  - Ägarbild privat/kommunal = 55/45
  - Holdingbolaget ägde i sin tur tre dotterbolag, Nya Joneberg A, B och C
  - Nya Joneberg C ingick entreprenadkontrakt, uppförande av ett hyreshus, avsett för allmännyttan
  - Entreprenadkontraktet upphandlades inte





# 2 kap. 12 § ÄLOU

- » Med offentligt styrda organ avses sådana bolag m.m. som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och som
  - » till största delen är finansierade av .... en upphandlande myndighet,
  - » vars verksamhet står under kontroll av .... en upphandlande myndighet, eller
  - » i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av .... en upphandlande myndighet

# Statens servicecenter

- » Rekvizitet ”absolut nödvändigt” i bestämmelsen om synnerlig brådska
- » Underinstanserna avslog KKV:s ansökan
- » HFD meddelade dom den 15 november 2017
- » HFD anser att Statens Servicecenters brådska uppkom på grund av regeringens snäva tidsram, men menar att ett regeringsbeslut om en myndighets vid viss tid angivna verksamhetsstart inte kan utgöra en sådan oförutsedd omständighet som krävs enligt undantagsbestämmelsen i fråga.

# Statens servicecenter

- » HFD fann att KKV:s yrkande om upphandlingsskadeavgift inte borde ha avslagits på den grunden att synnerlig brådska varit tillämplig.
- » Med bifall till KKV:s överklagande, upphävdes underinstansernas avgöranden och målet har återförvisats till Förvaltningsrätten i Falun.
- » Förvaltningsrätten har nu att pröva om KKV:s ansökan ska lämnas utan bifall på andra grunder eller, om upphandlingsskadeavgift ska utdömas, att bestämma avgiftens storlek.

# Tack!

- » [www.konkurrensverket.se](http://www.konkurrensverket.se)
- » 08-700 16 00
- » Torsgatan 11, Stockholm