



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 17

**BESLUT**  
2014-01-10  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
1959-13  
1960-13

### **SÖKANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

### **MOTPART**

SJ AB, 556196-1599  
105 50 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Erik Olsson  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

### **SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen om upphandling inom  
områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

---

## **FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar ansökningarna.

Dok.Id 423102

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

## YRKANDEN

**Konkurrensverket** yrkar i mål 1959-13 att förvaltningsrätten ska besluta att SJ AB (SJ) ska betala 4 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. I mål 1960-13 yrkar Konkurrensverket att förvaltningsrätten ska besluta att SJ ska betala 4 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

**SJ** bestrider Konkurrensverkets yrkanden om upphandlingsskadeavgift och yrkar för egen del att Konkurrensverkets ansökningar ska avvisas. För det fall att förvaltningsrätten skulle finna skäl att bifalla ansökningarna yrkar SJ att upphandlingsskadeavgiften i respektive mål ska sättas ned till 10 000 kr.

---

## GRUNDER

**Konkurrensverket** anger som grund för ansökningarna bl.a. följande. 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 byggtreprenader. SJ har brutit mot LUF genom att ingå ett städserviceavtal med Sodexo AB avseende städning, vård, distribution, furnering av X2000, personvagnar dagtrafik, X55 och X52-E till ett värde av 56 000 000 kr utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LUF (mål 1959-13). SJ har även brutit mot LUF genom att ingå ett städserviceavtal med Miljöteamet i Sverige AB avseende städning, vård, distribution, furnering av X2000, personvagnar dagtrafik, X55 och X52-E till ett värde av 60 000 000 kr utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LUF (mål 1960-13). SJ har således ingått de aktuella avtalen genom två otillåtna direktupphandlingar.

SJ har som grund för sin inställning i de båda målen anfört följande. SJ bedriver inte någon verksamhet som omfattas av LUF och är därmed inte att betrakta som en upphandlande enhet som har att följa reglerna i LUF. Eftersom LUF inte är tillämplig saknas laga grund för ansökningarna.

## UTVECKLING AV TALAN

### Konkurrensverket

#### *Bakgrund*

SJ är ett av staten helägt aktiebolag som bedriver persontrafik med tåg. SJ genomför inte sina upphandlingar enligt regelverket i LUF eftersom SJ enligt egen uppfattning inte bedriver sådan verksamhet som enligt 1 kap. 4-10 §§ LUF omfattas av lagen. LUF genomför Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) i svensk rätt. Enligt försörjningsdirektivet, beaktandesats 2, är ett viktigt skäl för införande av regler om samordnande 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. Ett annat skäl enligt försörjningsdirektivet, beaktandesats 3, till behovet av samordning av upphandlingsförfarandena inom försörjningssektorerna är att dessa marknader har varit förhållandevis slutna som en följd av att nationella myndigheter ofta har beviljat särskilda rättigheter 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. Ett av försörjningsdirektivets och därmed LUF:s syften är att offentligt styrda aktörer ska tillämpa upphandlingsreglerna vid sina anskaffningar i syfte att neutralisera den fördel de har gentemot de privata aktörerna på marknaden och på så sätt uppnå en likabehandling.

För att LUF ska vara tillämplig krävs att en upphandling är kopplad till de verksamheter som anges och definieras i 1 kap. 4-10 §§ LUF. SJ har anfört att försörjningsdirektivet, till skillnad från Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, ska ges en begränsad räckvidd och att dess bestämmelser ska tolkas restriktivt. SJ har härvid hänvisat till EU-domstolens avgörande i mål C-393/06 Ing.

Aigner. EU-domstolens uttalande i Ing. Aigner beträffande försörjningsdirektivets begränsade räckvidd rör emellertid frågan om avgränsningen gentemot direktiv 2004/18/EG och dess striktare bestämmelser. Det ska således endast göras en restriktiv bedömning vid avgörandet av vilket av de två direktiven som är tillämpligt. En restriktiv bedömning ska inte göras vid bedömningen av om en verksamhet över huvud taget omfattas av försörjningsdirektivet.

De i målen aktuella avtalen avser städserviceåtaganden avseende X2000, personvagnar dagtrafik, X55 och X52-E. Avtalen är direkt kopplade till SJ:s 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. Enligt SJ:s bolagsordning är SJ:s verksamhetsföremål att "direkt eller indirekt genom dotter- och intressebolag, bedriva persontrafik samt att bedriva därmed förenlig verksamhet". I SJ:s årsredovisning för 2011 anges att SJ:s uppdrag är att "bedriva lönsam persontrafik och verka under marknadsmässiga villkor och krav" samt att

”SJ:s kärnverksamhet är tågtrafik, främst på marknaden för interregionala och långväga tågresor”. Konkurrensverkets bedömning är att SJ:s verksamhet utgör en transporttjänst i LUF:s mening.

*Tillhandahållande eller drift av nät*

Den avgörande frågan för detta mål är att fastställa tillämpningsområdet för 1 kap. 8 § LUF. Enligt 1 kap. 8 § LUF omfattas en verksamhet av lagen 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.

Med publikt nät avses enligt 2 kap. 15 § LUF ett nät som är avsett för att tillhandahålla tjänster för allmänheten inom de verksamheter som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 1 kap. 4 – 10 §§ LUF.

Enligt 1 kap. 8 § LUF ska verksamheten bestå av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter för att den ska omfattas av bestämmelsen. Vad gäller begreppet ”tillhandahållande” i artikel 5 första stycket försörjningsdirektivet infördes detta i och med det aktuella direktivet. Begreppet drift är däremot detsamma som det som förekom redan i artikel 2.2 (c) i Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (direktiv 93/38/EEG), vilket föregick försörjningsdirektivet. Generaladvokat Mischo har i sitt förslag till avgörande i EU-domstolens mål C-513/99 Concordia Bus konstaterat att det framgår av artikel 2.2 (c) andra stycket att det förhållandet att villkor fastställs beträffande den trafikerande rutten 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 att själv se till att verksamheten fungerar, i princip med hjälp av egen personal och egna bussar (punkt 48 i förslaget till avgörande), d.v.s. ett faktiskt utförande av transporter. Sett till generaladvokat Mischos yttrande är det klart att transporter som sådana faller inom begreppet drift och tillhandahållande av publika nät och att den verksamhet som SJ bedriver i vart fall omfattas av begreppet "drift av publika nät". Den förändring som infördes i artikel 5 försörjningsdirektivet syftade inte till att åstadkomma någon materiell förändring vad gäller innebörden av begreppet drift. Således är generaladvokat Mischos yttranden kring vad som avses med drift alltså giltiga och vägledande. Att begreppet drift avser själva utförandet av transporter vinner även stöd hos Sue Arrowsmith, (*The Law of Public and Utilities Procurement*, 2 ed, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 872) och det finns också stöd för Konkurrensverkets tolkning av begreppet drift i proposition 2006/07:128, s. 256, där det anges att tillägget av ordet tillhandahålla i artikel 5 i försörjningsdirektivet tydliggör att sådana upphandlande enheter som förvaltar ett transportnät utan att själv tillhandahålla transporttjänster omfattas av försörjningsdirektivet.

Enligt SJ:s uppfattning omfattar begreppen tillhandahållande och drift endast tillhandahållande och drift av det fysiska järnvägsnätet, d.v.s. den typ av verksamhet som en infrastrukturförvaltare har att bedriva i form av att tillhandahålla och underhålla den infrastruktur som används av transportföretag för utförande av transporter. Om SJ:s uppfattning skulle vara korrekt synes detta anmärkningsvärt med beaktande av unionens aktiviteter på området. Unionen har exempelvis antagit både direktiv 93/38/EEG och försörjningsdirektivet i ljuset av Rådets direktiv 91/440/EEG av den 29 juli 1991 om utvecklingen av gemenskapens järnvägar som uttryckligen anger att medlemsstaterna ska särskilja mellan transportverksamhet och infrastrukturförvaltning samt ge transportsverksamheten förutsättningarna att

verka på marknadsmissiga 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 en myndighet. För det fall SJ:s 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 avsett att försörjningsdirektivet skulle omfatta både transportverksamhet och infrastrukturförvaltning. Det kan ifrågasättas om infrastruktur över huvud taget kan tillhandahållas eller drivas i enlighet med sådana villkor som rör exempelvis turtäthet och linjesträckning. Om enbart förvaltning av infrastruktur skulle vara omfattat skulle det även saknas anledning att i 1 kap. 8 § första stycket LUF ange att nätet ska vara i form av transporter. Likaledes skulle det saknas skäl att i 1 kap. 8 § andra stycket LUF reglera att ett nät ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls i enlighet med villkor som avser till exempel linjesträckningen, tillgänglig transportkapacitet och turtäthet. Sett till ordalydelsen framgår det att det är transporttjänster som avses. Förhållandet att det är en behörig myndighet som ska fastställa villkoren, och inte den upphandlande enheten själv, talar ytterligare för att det är en faktisk transporttjänst som avses. Den verksamhet som SJ bedriver i form av transporter med järnväg faller således väl inom ordalydelsen i 1 kap. 8 § LUF.

Till stöd för att SJ:s uppfattning är felaktig kan vidare anföras att om unionens avsikt hade varit att enbart infrastrukturförvaltare skulle omfattas av försörjningsdirektivet har detta missuppfattats av ett flertal av unionens medlemsstater. Detta indikeras av de typer av organ och aktörer som ett

antal medlemsstater själva har 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 2010 (The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems Across the PPN). Omständigheten 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 SJ:s tolkning av regelverket.

Frågan om vad som avses med drift av nät har i England varit uppe till prövning i England and Wales High Court of Justice i ett avgörande från den 20 januari 2012 ([2012] EWHC 28 (Ch)). 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 det regelverk som genomför försörjningsdirektivet i England. 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 de tillhandahålls i enlighet med legala krav avseende villkor som linjesträckning och turtäthet. Domstolens slutsats blev förvisso att Eurostar inte hade att tillämpa det aktuella engelska regelverket och försörjningsdirektivet. Emellertid berodde 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. Den engelska domstolen ansåg således att en sådan verksamhet som SJ bedriver omfattas av försörjningsdirektivet under förutsättning att den bedrivs i enlighet med villkor som fastställs av behörig myndighet. Vid den engelska domstolens prövning av om sådana villkor förelåg beaktades enbart de förhållanden som sökanden lyfte fram som villkor i processen. Bland de förhållanden sökanden anförde som villkor återfanns inte nödvändigheten av att tilldelas tågläge. Den engelska domstolen har således



inte uttalat sig kring om tilldelningen av tåglägen är att anse som ett sådant villkor som åsyftas i försörjningsdirektivet.

SJ lyfter fram en semantisk diskrepans i det äldre försörjningsdirektivet mellan regleringen av transporttjänster och telekommunikationssektorn och tar denna diskrepans till intäkt för att själva transporttjänsterna inom transportsektorn inte omfattas av det äldre försörjningsdirektivet eftersom det till skillnad mot bestämmelsen beträffande telekommunikationssektorn inte uttryckligen angavs att själva tjänsten omfattades. Vid en primär språklig tolkning av 1 kap. 8 § LUF framgår det dock att transporttjänster omfattas av bestämmelsens tillämpningsområde, då det i 1 kap. 8 § LUF anges att tillhandahållandet och driften avser publika nät ”i form av transporter”. Det framgår således klart och tydligt av bestämmelsen att transporttjänster omfattas. Den efterföljande konstruktiva tolkningen blir således inte med beaktande av syftet med reglerna i en annan sektor utan syftet med reglerna i transportsektorn. Enligt Konkurrensverkets mening saknas det därmed skäl att göra en analogitolkning av 1 kap. 8 § LUF mot reglerna i det äldre försörjningsdirektivet avseende ett helt annat försörjningsområde.

SJ har även uppgett att hela telekommunikationssektorn togs bort ur försörjningsdirektivet till följd av att marknaden hade konkurrensutsatts och öppnats för tillträde och lägger detta till grund för att en likadan bedömning ska göras ifråga om SJ:s skyldighet att tillämpa LUF sett till öppnandet av den svenska tågmarknaden. Vid utformandet av det nuvarande försörjningsdirektivet beslutade unionslagstiftaren att direktivet inte skulle omfatta telekommunikationssektorn. Detta beslut fattades efter att det vid en marknadsbedömning avseende hela den inre marknaden kunde konstateras att det inom denna sektor fanns en effektiv konkurrens, både ur ett faktiskt och ur ett rättsligt perspektiv. Om en medlemsstat har gått längre än övriga medlemsstater i öppnandet av en viss marknad och uppnått en effektiv konkurrens både faktiskt och rättsligt föreligger en möjlighet,

enligt artikel 30 i försörjningsdirektivet respektive 1 kap. 23 § LUF, att ansöka hos kommissionen om att beviljas undantag från direktivets tillämpningsområde. Av undantagsförfarandet följer att en enskild aktör inte på eget bevåg kan ta ett beslut om att inte tillämpa LUF sett till konkurrensituationen i den egna medlemsstaten. Av beaktandeskäl 3 framgår att det inte behöver vara fråga om helt slutna marknader utan att försörjningsdirektivet kan vara tillämpligt även på marknader där det finns konkurrens. Att konkurrens finns inom en viss marknad innebär således inte att försörjningsdirektivet per definition blir irrelevant.

*Villkor för utförandet*

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. De villkor som anges i bestämmelsen är exemplifieringar och alternativa. Exemplifieringen visar att även aktörer som utför själva transporttjänsten, utan att äga infrastruktur, omfattas av bestämmelsen. 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. Tilldelningen av tåglägen fastställs av Trafikverket i dess egenskap av ansvarig myndighet för fastställandet av den årliga tågplanen och konkretiseras genom att operatören ingår så kallade trafikeringsavtal med Trafikverket. Dessa avtal reglerar sådan administration, teknik och ekonomi som en operatör behöver ha tillgång till för att kunna utnyttja det tilldelade tågläget. Förekomsten av ett trafikeringsavtal är enligt järnvägslagen (2004:519) en legal förutsättning för att operatören ska få utföra järnvägstrafik och Trafikverkets tilldelning av tåglägen är följaktligen en absolut förutsättning för att en operatör ska få bedriva järnvägstrafik. Det

är således inte järnvägsaktörerna som beslutar om när tågen ska kunna köras i trafik även om deras ansökningar utgör det underlag Trafikverket har att ta ställning till. Om en sökande är missnöjd med den föreslagna tågplanen tar Trafikverket beslut utifrån samhällsekonomiska kriterier om hur det aktuella tågläget ska se ut för den kommande tågplanen. Den grundläggande principen är att Trafikverket ska besluta om den lösning som ger den största samhällsekonomiska nyttan. I regel innebär Trafikverkets beslut att den som inte tilldelas önskat tågläge får köra sitt tåg vid en annan tidpunkt, men det kan även leda till att vissa tåg inte kan eller får köras över huvud taget. SJ kan således inte fritt själv prioritera ordningen bland sina egna tåg, vilket visar att det inte är SJ som beslutar om tilldelningen av tåglägen. Med beaktande av att tåglägen är en absolut förutsättning för att bedriva tågtrafik, är beviljandet av tågläge ett sådant villkor för driften av nätet som avses i 1 kap. 8 § LUF, vilket beslutas av en behörig myndighet i form av Trafikverket. Kriterierna i det andra stycket i 1 kap. 8 § LUF är därmed uppfyllda avseende SJ:s verksamhet. Samtliga rekvisit för att den verksamhet som SJ bedriver är en sådan transportverksamhet som avses i 1 kap. 8 § LUF är således uppfyllda.

SJ verkar vilja göra gällande att det trafikavtal som sluts mellan Trafikverket och järnvägsföretag är att likställa med ett vanligt affärsförhållande likt det när en kund köper en tjänst från en leverantör. Konkurrensverket delar inte SJ:s bedömning. Av prop. 2003/04:123 s. 119-120 framgår att järnvägsföretagens ansökningar är önskemål som bör tillgodoses så långt det är möjligt men det är inte något som Trafikverket är bunden av. För det fall det finns tvistiga ansökningar om tågläge är det Trafikverket som ensidigt och utifrån en samhällsekonomisk bedömning avgör vilket järnvägsföretag som ska tilldelas det tågläge som är ett absolut villkor för att få bedriva transporter med järnväg. Den valfrihet som SJ menar att ett järnvägsföretag har i att de kan köpa sig infrastrukturkapacitet för att bedriva sin verksamhet är således att anse som begränsad. När det gäller den ersättning som

erläggs av järnvägsföretaget för sitt "köp" av infrastruktur, och som får anses vara en avgörande del i ett affärsförhållande, så sker denna genom ett uttag av avgifter som är reglerade i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/14/EG av den 26 februari 2001 om tilldelning av infrastrukturkapacitet, uttag av avgifter för utnyttjande av järnvägsinfrastruktur och utfärdande av säkerhetsintyg. I direktivet anges att avgiften för ansökan och utnyttjande av tåglägen, trafikledning och trafikinformation huvudregelbundet ska fastställas till den kostnad som uppstår som en direkt följd av den trafik som bedrivs. Det är således frågan om en avgift i form av självkostnad och inte någon vinstgenererande ersättning. Konkurrensverket bedömer således att Trafikverket inte agerar som en säljare av tjänster på en fri marknad.

SJ gör gällande att det är Transportstyrelsen som är behörig myndighet på järnvägsområdet enligt järnvägslagen och att Trafikverket därigenom inte kan vara en sådan behörig myndighet som avses i 1 kap. 8 § LUF. Konkurrensverket instämmer i att Transportstyrelsen genom bemyndigande i järnvägsförordningen (2004:526) är den myndighet som är tillsynsmyndighet enligt järnvägslagen. Konkurrensverket delar emellertid inte SJ:s bedömning att Trafikverket inte skulle vara behörig myndighet i enlighet med vad som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF. LUF grundar sig på försörjningsdirektivet som är skrivet så att det kan tillämpas inom hela unionen. Av denna anledning har det inte i försörjningsdirektivet angetts i vilken form fastställandet av villkor ska ske, eller vad som utgör en behörig myndighet. Det som uttrycks är att denna ska vara behörig att fastställa villkoren i fråga. Enligt Konkurrensverkets uppfattning måste det inte vara samma behöriga myndighet som fastställer samtliga villkor för ett och samma transportslag. Exempelvis kan villkor om linjesträckning och turtaethet fastställas av en behörig myndighet i form av en regional kollektivtrafikmyndighet som ansvarar för att tågtrafiken inom ansvarsområdet trafikerar vissa orter, medan villkor om tillgänglig transportkapacitet kan fast-

ställas av en annan, exempelvis Trafikverket genom beviljandet av tåglägen.

SJ

### *Bakgrund*

SJ är ett bolag som i helhet ägs av staten. SJ:s verksamhet består i att driva persontrafik med tåg och därmed förenlig verksamhet. Redan 1988 separerades dåvarande affärsverket Statens järnvägar från dåvarande Banverket. Uppdelningen innebar att Banverket fick ensamt ansvar för järnvägsnätet och infrastrukturen medan Statens järnvägar bedrev trafiken på detta nätverk. Statens järnvägar har inte haft något ansvar vare sig för tillhandahållandet eller för driften av Sveriges järnvägsnät sedan 1988 då denna uppdelning skedde. SJ bolagiserades i januari 2001. SJ bedriver sin verksamhet helt på kommersiella villkor och ska enligt direktiv från ägaren vara ett konkurrenskraftigt tåg företag som genererar vinst till ägaren.

Sedan den 1 oktober 2010 är den svenska 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 alla andra aktörer på marknaden. Alla tågbolag kan ansöka om att trafikera olika tåglägen. Denna process är en öppen ansökningsprocess baserad på de ansökningar om olika tåglägen som inkommer från olika tågbolag spridda över hela Europa.

### *Tillhandahållande eller drift av nät*

Det framgår i såväl 1 kap. 8 § LUF som artikel 5 i försörjningsdirektivet att LUF omfattar tillhandahållande och drift av järnvägsnätet men inte tillhan-

dahållandet av persontrafiken som sådan. Eftersom SJ redan 1988 framtogs allt ansvar för tillhandahållande och drift av det svenska järnvägsnätet anser SJ sig inte omfattas av LUF. Ansvaret för tillhandahållande och drift av järnvägsnätet vilar på Trafikverket.

Det överensstämmer inte med syftena bakom LUF och försörjningsdirektivet att sådan verksamhet som SJ bedriver omfattas av LUF. Av beaktandesats 11 – 13 till direktiv 93/38/EEG framgår skälen till att regleringen infördes. Därav följer att det första försörjningsdirektivet var avsett att tillämpas på sådana verksamheter där nationella myndigheter begränsade konkurrensen genom att meddela särskilda rättigheter eller ensamrätter. Det framgick även uttryckligen att direktivet inte var avsett att tillämpas på sådan verksamhet som antingen föll utanför försörjningssektorerna eller som visserligen föll inom dessa sektorer, men som var konkurrensutsatt på en marknad utan etableringshinder. Det framgick vidare att skillnad görs mellan tillhandahållande och drift av nätet och de tjänster som erbjuds på dessa nät. Huruvida endast drift av nätet eller både drift av nätet och de tjänster som erbjuds på nätet skulle omfattas framgick tydligt av regleringen för respektive sektor. Vad avsåg transportsektorn reglerades endast driften av nätet som sådant. Införandet av försörjningsdirektivet innebar ingen skillnad i detta avseende, utan direktivet fortsatte att ta sikte på tillhandahållandet och driften av nätet som sådant och inte på de person- och godstransporter som utfördes på detta nät. Konkurrensverket försöker göra gällande att tillägget av begreppet tillhandahållande innebar att tillämpningsområdet för direktivet blev större än tidigare. Detta stämmer emellertid inte, vilket framgår inte minst av att redan beaktandesats 11 till direktiv 93/38/EEG talade om såväl tillhandahållande som drift av nät. Införandet av det nya direktivet innebar således ingen skillnad i omfattningen eller regleringen. Det kan dock konstateras att vare sig direktiv 93/38/EEG eller försörjningsdirektivet berör de tjänster som utförs på järnvägsnätet på det sätt som gällde för exempelvis telekommunikationstjänster. Vad gäller gas,

värme, el och dricksvatten anges i 1 kap. 4 § LUF att såväl tillhandahållande och drift som leverans omfattas av LUF. Någon skrivning om att själva leveransen av persontågtrafik också omfattas saknas i 1 kap. 8 § LUF. Om avsikten var att även leverans till nätet skulle omfattas borde detta tydligt ha klargjorts.

Försörjningsdirektivet ska, till skillnad från det klassiska direktivet, ges en begränsad räckvidd och dess bestämmelser ska tolkas restriktivt, se EU-domstolens dom i mål C-393/06 Ing. Aigner. EU-domstolens uttalanden om att försörjningsdirektivet ska tolkas restriktivt (punkt 27) och att tillämpningsområdet för försörjningsdirektivet är strikt begränsat (punkt 29) är skrivna helt utan kvalifikationer och det finns inget stöd för Konkurrensverkets tes om att man skulle tillämpa olika tolkningsmetod beroende på om ett mål rör frågan om försörjningsdirektivets tillämpning i förhållande till direktiv 2004/18/EG eller om ett mål rör frågan om försörjningsdirektivets tillämpning över huvud taget. Den restriktiva tolkningen av försörjningsdirektivets tillämpningsområde innebär dels att inga andra verksamheter än de som uttryckligen anges i försörjningsdirektivet ska kunna omfattas, dels att tolkningen av direktivets ordalydelse inte får medföra att sådana verksamheter som inte var avsedda att omfattas kommer att omfattas.

Enligt EU-domstolen ska nationella bestämmelser baserade på ett EU-direktiv så långt möjligt tolkas i enlighet med direktivets ordalydelse, men även i enlighet med det bakomliggande direktivets syfte (se mål C-14/83 von Colson och C-106/89 Marleasing). Vid tolkningen av en nationell bestämmelse måste man således utröna syftet med det bakomliggande direktivet för att undvika att tillämpningen av den nationella bestämmelsen blir sådan att effekter uppstår vilka står i strid med direktivets syfte. Exempelvis får en verksamhet som bedrivs på en konkurrensutsatt marknad utan

handelshinder inte komma att omfattas eftersom detta skulle stå i direkt konflikt med direktivens bakomliggande syften som dessa framgår av beaktandesats 13 i direktiv 93/38/EEG. På motsvarande sätt kan en tolkning av direktivets ordalydelse inte medföra olika behandling av upphandlande enheter från den offentliga respektive den privata sektorn eftersom detta hade stått i direkt konflikt med beaktandesats 10 i försörjningsdirektivet, vilken föreskriver att syftet med direktivet är att åstadkomma likabehandling mellan enheter inom den privata och den offentliga sektorn.

Av beaktandesats 25 till försörjningsdirektivet framgår att sådana rättigheter som en medlemsstat beviljar ett begränsat antal företag, oavsett hur de beviljas, exempelvis genom tilldelning av koncessioner, på grundval av objektiva kriterier, som är proportionerliga och icke-diskriminerande och ger alla berörda parter som uppfyller kriterierna möjlighet att utnyttja dessa rättigheter, inte anses utgöra särskilda rättigheter eller ensamrätt i sådan bemärkelse som kan medföra att försörjningsdirektivet blir tillämpligt på privata enheter. Eftersom hela den svenska marknaden för tågtrafik sedan oktober 2010 är konkurrensutsatt genom sådana förfaranden som avses i beaktandesats 25 är det idag uteslutet att en privat enhet som bedriver exakt samma verksamhet som SJ kan komma att omfattas av LUF. Den extensiva tolkning som Konkurrensverket tycks göra av LUF:s tillämpningsområde skulle således innebära att SJ åläggs att verka på andra villkor än de privata enheter som SJ konkurrerar med. En sådan tolkning står således i direkt konflikt med beaktandesats 10 i försörjningsdirektivet i vilken det föreskrivs att syftet med direktivet är att åstadkomma likabehandling mellan enheter inom den privata och den offentliga sektorn.

Konkurrensverkets påstående om att SJ:s konkurrenssituation endast är relevant inom ramen för en ansökan enligt 1 kap. 23 § LUF är felaktigt. Det står i strid med försörjningsdirektivets syften att tillämpa LUF på verksamheter som i alla delar är utsatta för konkurrens. Vidare gör omständig-



heten att SJ agerar på en helt avreglerad marknad att SJ inte tillhandahåller sina tjänster enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet avseende linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. De villkor Trafikverket uppställer gäller lika för alla aktörer på marknaden och är således inte sådana villkor som reglerar SJ:s verksamhet, utan villkor för att över huvud taget bedriva verksamhet på marknaden. I det av Konkurrensverket åberopade avgörandet från England and Wales High Court framgår, av punkt 66, att domstolen anser att tillhandahållandet av tågtrafik faller utanför nätverksbegreppet i de situationer då den bedrivs i öppen konkurrens.

Av beaktandesats 3 till försörjningsdirektivet kan utläsas att även unionslagstiftaren skiljer mellan att försörja, tillhandahålla och driva de nät som används för tjänsterna. SJ kan sägas försörja det nät, vilket Trafikverket tillhandahåller och driver, med persontrafik. Verksamheten att försörja nätet omfattas dock inte av ordalydelsen i 1 kap. 8 § LUF och inte heller av artikel 5 i försörjningsdirektivet.

Försörjningsdirektivet ska tillämpas restriktivt och således endast på sådana verksamheter som uttryckligen omfattas av dess tillämpningsområde. Det är mot denna bakgrund anmärkningsvärt att Konkurrensverket väljer att ansöka om upphandlingsskadeavgift om sammanlagt 8 500 000 kr samtidigt som det framgår att Konkurrensverket har ytterst lite stöd för sitt påstående om att SJ omfattas av försörjningsdirektivet. Konkurrensverket tycks framförallt grunda sin bedömning på generaladvokat Mischos förslag till avgörande i EU-domstolens mål C-513/99 Concordia Bus, vilket inte utgör en del av EU-domstolens rättspraxis. Vidare behandlar generaladvokat Mischo över huvud taget inte frågan om ett organ som endast tillhandahåller transporttjänster, och således inte driver och tillhandahåller själva nätet, omfattas av försörjningsdirektivet. Generaladvokat Mischos förslag till avgörande rör tillhandahållandet av nät genom busstrafik, vilket

på ett avgörande sätt skiljer sig från tillhandahållandet av järnvägsnät. Ett bussnätverk kan nämligen inte skiljas från de bussar som trafikerar nätet och existerar inte om det inte trafikeras. Ett järnvägsnät kan å andra sidan skiljas från de transporttjänster som utförs på nätet och upphör inte att existera om dessa tjänster inte längre utförs.

Sue Arrowsmiths uttalanden, vilka gjordes år 2005, har blivit överspelade även i Storbritannien. I det avgörande från England and Wales High Court som Konkurrensverket har hänvisat till har domstolen bedömt frågan om ett statligt kontrollerat företag vilket endast bedriver transporttjänster på ett järnvägsnätverk, men inte är ansvarigt för tillhandahållandet och driften av nätverket, omfattas av det regelverk som i England genomför försörjningsdirektivet. Domstolen finner att det inte finns stöd i ordalydelsen av artikel 5 att omfatta sådana bolag som endast engagerar sig i utförandet av tjänster på ett järnvägsspår. Domstolens slutsats är således att den som endast utför tjänster på ett järnvägsnät inte omfattas av begreppet "tillhandahållande eller drift av publika nät". Endast om tågtransporterna utförs under legala krav vad avser linjesträckning och turtäthet skulle något annat kunna gälla. Vad gäller frågan om det föreligger sådana legala krav på det i målet aktuella statliga företaget uppger domstolen att sådana regler som exempelvis olika säkerhetsföreskrifter, driftstillstånd, etc. inte är tillräckligt för att även tjänsteutövaren ska anses bedriva sådan verksamhet som avses i försörjningsdirektivet. Detta hade nämligen i domstolens mening varit att tolka direktivet för brett, vilket hade stått i strid med dess föreskrivna restriktiva tillämpning. Det kan konstateras att det inte finns någon som helst skillnad mellan de villkor som gäller för tågbolag i England och de villkor som gäller för SJ och andra verksamma tågbolag i Sverige. Precis som SJ har det engelska bolaget att ansöka om tåglägen hos de infrastrukturförvaltare vars spår det önskar trafikera. Vare sig infrastrukturförvaltaren eller någon statlig myndighet kan bestämma vilka linjer SJ eller det engelska

bolaget ska trafikera eller när detta ska ske, allt utformas efter respektive ansökan om tågläge.

Konkurrensverket anför att SJ:s ståndpunkt att endast infrastrukturförvaltaren ska omfattas av försörjningsdirektivet är anmärkningsvärd med tanke på att unionsrättsliga direktiv anger att infrastrukturförvaltning ska skiljas från transportverksamhet. Enligt vad Konkurrensverket anför syftar denna uppdelning till att ge transportbolag möjlighet att verka på marknadsmässiga grunder. Enligt SJ:s mening är detta ett mycket starkt argument för att ren transportverksamhet inte omfattas av försörjningsdirektivet. Den uppdelning som har gjorts mellan infrastrukturverksamhet och transport på sådan infrastruktur möjliggör för rena transportbolag, såsom SJ, att verka på rent kommersiella grunder. Någon reglering av sådana bolags upphandling av tjänster och varor behövs således inte. När försörjningsdirektivet infördes skedde detta i vetskap om att själva transporterna på nätverken gick mot en ökad konkurrens och avreglering medan infrastrukturförvaltningen av naturliga skäl inte kunde följa med i denna utveckling. Det förefaller således sannolikt att försörjningsdirektiven undantog själva transporten just av den anledning som Konkurrensverket hänvisar till. Statliga transportbolag som inte verkar på kommersiella grunder kommer sannolikt att utgöra offentligt styrda organ och av denna anledning omfattas av upphandlingsskyldighet. Bolag som SJ som endast utför persontransporter på marknadsmässiga grunder var inte avsedda att omfattas.

Omständigheten att det finns ett särskilt undantagsförfarande i 1 kap. 23 § LUF för konkurrensutsatta marknader saknar bäring på definitionen av vad som ska anges utgöra ett järnvägsnät. Det finns ingen unionsrättslig tolkningsmetodik som föreskriver att förekomsten av ett undantag i ett direktiv medför att alla andra bestämmelser ska tolkas extensivt. Detta särskilt inte när EU-domstolen uttryckligen har angett att ett direktivs tillämpningsområde ska vara strikt begränsat och dess tillämplighet ska tolkas restriktivt.

I brist på rättskällor som stöder Konkurrensverkets inställning att SJ omfattas av LUF har Konkurrensverket hänvisat till att ett antal andra medlemsstater i olika sammanhang ska ha angett att vissa organ verkar inom försörjningssektorena. SJ har ingen insyn i vad detta är för organ eller vilka villkor de verkar på. Det kan röra sig om företag som har någon särskild rättighet eller som på något annat sätt agerar utifrån villkor som skiljer sig från SJ:s.

*Villkor för utförandet*

Av 1 kap. 8 § andra stycket LUF följer att ett nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet vad avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. SJ bedriver inte sin verksamhet enligt dylika villkor. SJ bestämmer självt vilka linjer bolaget önskar trafikera, när dessa ska trafikeras samt hur ofta detta ska ske. SJ gör detta helt utifrån kommersiella överväganden och ansöker sedan om att, mot betalning, få trafikera de relevanta tåglägena. Omständigheten att Trafikverket, som äger infrastrukturen, måste godkänna SJ:s ansökan innebär inte att Trafikverket bestämmer villkoren för hur SJ väljer att bedriva sin verksamhet vare sig vad avser vilka linjer som ska trafikeras, vilka tider dessa ska trafikeras eller med vilken frekvens. Det aktuella ansökningsförfarandet gäller på samma sätt för SJ som för alla andra tågbolag. Till skillnad från vad Konkurrensverket försöker göra gällande är den årliga tågplanen inte ett beslut varigenom Trafikverket bestämmer att olika tågbolag ska trafikera olika sträckor. Inget tågbolag tilldelas någon sträcka om det inte har ansökt om ett visst tågläge.

Det kan svårligen vara så att SJ ska anses omfattas av försörjningsdirektiven då SJ är konkurrensutsatt och därför inte självt kan styra över om det

får tillgång till nätet utan måste konkurrera med andra aktörer om tågläge. Det förhållande att Trafikverket tar vissa samhällsekonomiska hänsyn vid sin handläggning av ansökningar avseende tåglägen är inte unikt för Trafikverkets verksamhet utan gäller i princip all tillståndsgivning. Det anges inte någonting om villkor på grundval av samhällsekonomiska överväganden i 1 kap. 8 § LUF. Inte heller innebär det förhållande att Trafikverket ibland inte beviljar en ansökan i sin helhet att det är Trafikverket som fastställer villkoren för hur en tågoperatör ska bedriva sin verksamhet.

Trafikverket är inte tillsynsmyndighet på området för järnvägstransporter. Tillsynsorgan är istället Transportstyrelsen, som för övrigt också utövar tillsyn över Trafikverkets agerande som infrastrukturförvaltare. Trafikverket har inte heller någon möjlighet att meddela föreskrifter enligt järnvägslagen. Även detta ansvar åligger Transportstyrelsen. Samtliga beslut Trafikverket fattar vad avser tilldelning av tåglägen utmynnar i ett trafikeringsavtal mellan Trafikverket och den som ansökt om tågläge. Trafikeringsavtalet innehåller de villkor av administrativ, teknisk och ekonomisk natur som behövs för utnyttjandet av tågläget. Ärenden som utmynnar i denna typ av avtal anses normalt inte utgöra myndighetsutövning. Slutsatsen att Trafikverkets tilldelning av infrastrukturkapacitet inte utgör myndighetsutövning stärks av det förhållande att Trafikverket inte har monopol på denna rättighet utan att den tillkommer alla infrastrukturförvaltare på samma villkor. I prop. 2003/04:123 s. 119 anges att sökandenas relation till infrastrukturförvaltaren närmast är att betrakta som en kundrelation. Denna beskrivning visar att relationen mellan Trafikverket och sökande är affärsmässig och inte ett förhållande mellan "det allmänna" och "enskilda".

När det gäller beslut om tilldelning av infrastrukturkapacitet och den process som föregår ett sådant beslut finns inget i järnvägslagen eller de föreskrifter som meddelats med stöd av lagen som antyder att Trafikverket skulle agera som myndighet. Trafikverkets beslut om tilldelning av tåglä-

gen utgör således inte myndighetsutövning och kan därmed inte heller anses utgöra villkor som fastställs av behörig myndighet. En mer precis jämförelse är relationen mellan två avtalsparter på civilrättens område. Även mot denna bakgrund bestrids att Trafikverkets beslut om ingående av trafikeringsavtal skulle utgöra ett sådant fastställande av villkor för tillhandahållande av tjänst som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF eller att Trafikverket skulle anses utgöra en sådan behörig myndighet som där avses.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 2 § LUF gäller lagen för upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster enligt 4–10 §§. Lagen gäller också då en upphandlande enhet anordnar projektävlingar. Vad som avses med upphandling och upphandlande enhet framgår av 2 kap. 23 § respektive 20 §.

Av 1 kap. 8 § LUF följer att en verksamhet omfattas av lagen 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 fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

Enligt artikel 2.2 försörjningsdirektivet gäller direktivet upphandlande enheter som

a) är upphandlande myndigheter eller offentliga företag och som bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7.

I artikel 5 försörjningsdirektivet stadgas bl.a. följande.

#### Transporttjänster

1. 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 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.

*Förvaltningsrättens bedömning*

En ansökan om upphandlingsskadeavgift som grundas på 17 kap. 1 § 3 LUF ska, enligt 17 kap. 7 § andra stycket LUF, när ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 § LUF, ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. De i målen aktuella ansökningarna om upphandlingsskadeavgift inkom till förvaltningsrätten den 24 januari 2013. Avtalet i mål 1959-13 slöts den 26 januari 2012. Avtalet i mål 1960-13 är daterat den 30 januari 2011. Konkurrensverket har dock uppgett att SJ har bekräftat att detta avtal är feldaterat och att det de facto ingicks den 30 januari 2012. SJ har inte invänt mot detta påstående. Båda de aktuella ansökningarna om upphandlingsskadeavgift får därför anses ha inkommit i rätt tid.

Det är i målen ostridigt att SJ är ett sådant företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över och att SJ med anledning härav skulle kunna vara en upphandlande enhet i enlighet med 2 kap. 20 § LUF. För att SJ ska behöva tillämpa LUF vid inköp av varor, tjänster och byggtreprenader krävs dock enligt 1 kap. 2 § LUF att SJ bedriver sådan verksamhet som omfattas av 1 kap. 4 – 10 §§ LUF.

Konkurrensverket har gjort gällande att SJ:s verksamhet består av drift av publika nät i form av transporter med järnväg och att tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av Trafikverket. Enligt Konkurrensverkets mening omfattas SJ:s verksamhet således av 1 kap. 8 § LUF.

SJ anför att bolagets verksamhet inte omfattas av 1 kap. 8 § LUF då SJ dels inte driver något järnvägsnät utan endast levererar persontågstrafik till nätet, dels inte bedriver sin verksamhet under sådana villkor som anges i

1 kap. 8 § andra stycket LUF. SJ har vidare anfört att nationella bestämmelser baserade på ett EU-direktiv enligt EU-domstolen ska tolkas i enlighet med direktivets ordalydelse, men även i enlighet med dess syfte. Av beaktandesats 11 – 13 till direktiv 93/38/EEG följer att direktivet var avsett att tillämpas på sådana verksamheter där nationella myndigheter begränsade konkurrensen genom att meddela särskilda rättigheter eller ensamrätter och att direktivet inte ska tillämpas på sådan verksamhet som är konkurrensutsatt på en marknad utan etableringshinder. SJ har också anfört att det av beaktandesats 10 till försörjningsdirektivet framgår att ett av syftena bakom direktivet är att åstadkomma likabehandling mellan enheter inom den privata och den offentliga sektorn. Eftersom hela den svenska marknaden för tågtrafik är konkurrensutsatt är det enligt SJ numera uteslutet att en privat enhet som bedriver samma verksamhet som SJ kan komma att omfattas av LUF. Konkurrensverkets extensiva tolkning av LUF skulle innebära att SJ åläggs att verka på andra villkor än sina privata konkurrenter, vilket strider mot beaktandesats 10 i försörjningsdirektivet.

I beaktandesats 40 till försörjningsdirektivet anges att direktivet inte bör gälla kontrakt som avser utförandet av en verksamhet enligt artiklarna 3 – 7 om verksamheten, i den medlemsstat där den bedrivs, är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. I beaktandesatsen anges vidare att det därför bör införas ett förfarande som tillåter att hänsyn tas till effekterna av pågående eller kommande konkurrensutsättning. Ett sådant förfarande har införts i artikel 30 i försörjningsdirektivet. Enligt punkt 1 i denna artikel omfattas kontrakt som syftar till att medge utförandet av en verksamhet enligt artiklarna 3 – 7 inte av direktivet om den aktuella verksamheten i den medlemsstat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. Detta måste, med undantag av tillämpning av de bestämmelser som anges i bilaga XI till försörjningsdirektivet, vilka inte gäller SJ:s verksamhet, visas i en ansökan till kommissionen som sedan beslutar om huruvida punkt 1 i artikel 30 är tillämplig på en viss verksam-



het eller inte. För att en verksamhet inte ska omfattas av försörjningsdirektivet på grund av att den är konkurrensutsatt krävs således, enligt artikel 30 i försörjningsdirektivet, till vilken 1 kap. 23 § LUF hänvisar, ett beslut av kommissionen eller att en ansökan har gjorts men kommissionen inte har fattat något beslut inom den föreskrivna tidsfristen. Omständigheten att SJ verkar på en konkurrensutsatt marknad medför således inte i sig att försörjningsdirektivet inte är tillämpligt på SJ:s verksamhet.

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 tåglägen ska anses vara ett sådant villkor för tillhandahållande av tjänsten som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF. Beviljande av tåglägen 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 överstiger 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 samhällsekonomiska 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. Förvalt-

ningsrätten 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 byggtreprenader, varor och tjänster. SJ kan därför inte bli skyldigt att betala upphandlingsskadeavgift och Konkurrensverkets båda ansökningar ska följaktligen avvisas.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

---

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Kaisa Söderberg

Rådman

Föredragande har varit Cecilia Larsson.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

**Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

**Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.