

KLAGANDE
Konkurrensverket

MOTPART
SJ AB, 556196-1599

Ombud: Advokat Anna Ulfsson och jur.kand. Erik Olsson
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm beslut den 10 januari 2014
i mål nr 1959-13 och 1960-13, se bilaga A

SAKEN
Upphandlingskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att kammarrätten ska ändra förvaltningsrättens beslut på så sätt att kammarrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) ska besluta att SJ AB ska betala 4 000 000 kr respektive 4 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket anför i huvudsak följande.

SJ är ett företag som staten utövar ett bestämmande inflytande över. Bolagets verksamhet består av drift av ett publikt nät i form av transporter med järnväg enligt 1 kap. 8 § LUF eftersom dess transporttjänster tillhandahålls enligt villkor som fastställts av behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. Tåglägen och den därmed sammanhängande regleringen avser sådana villkor som anges i bestämmelsen och dessa fastställs av Trafikverket som är en behörig myndighet. Den transportverksamhet som SJ bedriver utgör drift av nät. SJ omfattas därmed av LUF.

Konkurrensverket har gett in och hänvisat till ett rättsutlåtande av docenten och jur.dr, tillika advokaten, Andrea Sundstrand.

Konkurrensverket har utvecklat sin talan enligt följande.

Tillhandahållande eller drift av nät

De inneboende skillnaderna mellan de sektorer som omfattas av LUF gör att en jämförelse mellan regleringen avseende transportsektorn och den avseende gas, värme, el och dricksvatten inte låter sig göras. En transporttjänst kan inte levereras på samma sätt som gas eller värme levereras till kunder i nätet. Reglerna har inte samlats i samma direktiv till följd av att sektorerna i praktiken är så lika att regleringen ska vara

likalydande. Att begreppet leverans återfinns i beskrivningen av de verksamheter som avser gas, värme, el och dricksvatten ska således inte läggas till grund för bedömningen om den i målet aktuella verksamheten uppfyller förutsättningarna för att utgöra transporttjänster.

Villkor

Förutsättningarna för drift av tågtrafik på det statliga järnvägsnätet regleras av järnvägsnätsbeskrivningen, tågplanen och trafikeringsavtalet. Dessa handlingar innehåller villkor som avser just linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden i den mening som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF. Till stöd för denna uppfattning bör särskilt följande omständigheter framhållas. Ett tågläge är en absolut förutsättning för att få köra tåg på det statliga järnvägsnätet. Tågplanen reglerar vilka sträckor som de aktuella tågföretagen får trafikera, vid vilka exakta tider som sådan trafik får ske samt när tågen ska ankomma och avgå från orter längs sträckan. Tågplanen innehåller bestämmelser om största tillåtna längd på de tåg som får användas längs olika sträckor på järnvägsnätet. Tågplanen reglerar således den tillgängliga transportkapaciteten genom att begränsa storleken på de tåg som får köras enligt de tidsangivelser och på de sträckor som framgår av tågplanen. I en bilaga till järnvägsnätsbeskrivningen anges de högsta tillåtna hastigheterna som tågföretagen får köra med sina tåg längs olika sträckor, vilket är ett exempel på liknande förhållanden. Järnvägsnätsbeskrivningen reglerar den ersättning som tågföretag ska utge till Trafikverket för tilldelade tåglägen. För det fall ett tågföretag som tilldelats ett tågläge inte följer villkoren i trafikeringsavtalet inklusive järnvägsnätsbeskrivningen förfaller rätten att utnyttja tågläget.

Regleringen av upphandling inom försörjningssektorerna är avsedd att inkludera sektorer med ingen eller begränsad konkurrens, vilket är fallet med transporttjänster som förutsätter ett nyttjande av en infrastruktur med

begränsad kapacitet. Ett nät för transporttjänster föreligger om tillgången till järnvägen är begränsad och det därför måste ske en reglering av dess fördelning. Avsaknad av villkor som rör annat än tillträdet till tåginfrastrukturen ska därför inte beaktas vid bedömningen av om ett nät föreligger. Om villkoren endast omfattar exempelvis säkerhetsföreskrifter är detta inte tillräckligt för att ett nät för transporttjänster ska föreligga. Tåglägen och den därmed sammanhängande regleringen innehåller just sådana villkor som ger tillgång till en infrastruktur med begränsad kapacitet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. Om det skulle uppstå erforderlig konkurrens i en försörjningssektor, trots att tjänstens utförande förutsätter tillgång till ett tekniskt nät med begränsad kapacitet, exempelvis järnvägstrafik, finns en möjlighet att ansöka om undantag från upphandlingsskyldigheten i artikel 30 försörjningsdirektivet (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). SJ har dock inte beviljats något sådant undantag.

Vid en tillämpning av 1 kap. 8 § andra stycket LUF i ljuset av försörjningsdirektivets ordalydelse och syfte ska uppräknningen ”linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden” tillmätas betydelsen av en icke utförmmande exemplifiering på vad som kan regleras i de villkor som fastställts av en behörig myndighet. Andrea Sundstrand hänvisar härvidlag i sitt rättsutlåtande till kommissionens tolkningsmeddelande, Bulletin of the European Communities, Supplement 6/88 som bifogades de två första direktivförslagen för försörjningssektorerna och som ger ledning vid klargörandet av direktivets syfte.

Fastställande

Det är Trafikverket som utformar och fastställer innehållet i järnvägsnätsbeskrivningen, tågplanen och trafikeringsavtalet. Det är därmed också Trafikverket som fastställer dessa handlingars villkor för linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden i den mening som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF. Följande omständigheter bör beaktas särskilt. Trafikverket upprättar och antar ensidigt järnvägsnätsbeskrivningen. Genom beslutet att anta denna beskrivning utformar Trafikverket även de allmänna avtalsvillkoren för nyttjande av tåglägen. Genom beslut om upprättande av järnvägsnätsbeskrivningen fastställer Trafikverket även de prioriteringskriterier som ska användas för tilldelning av tåglägen för de delar av infrastrukturen som förklarats överbelastade. Sådant fastställande sker således ensidigt av Trafikverket. Trafikverket utarbetar och upprättar förslag till tågplan. Vidare fattar Trafikverket beslut om tilldelning av tåglägen och fastställande av tågplanen. Vid intressekonflikter fattar Trafikverket ensidigt beslut om tilldelning av tåglägen. Villkoren i trafikeringsavtalen utformas ensidigt av Trafikverket. Genom antagandet av järnvägsnätsbeskrivningen fastställer Trafikverket avgifterna för nyttjande av tåglägen. Det sätt på vilket Trafikverket utformar och fastställer villkoren i järnvägsnätsbeskrivningen, tågplanen och trafikeringsavtalet är noga reglerat i myndigheternas interna föreskrifter och arbetsordning. Sökanden har möjlighet att överklaga Transportstyrelsens beslut i fråga om tilldelning av kapacitet avseende överbelastade delar av järnvägsnätet, samt Transportstyrelsens beslut i fråga om villkoren i trafikeringsavtalet hos allmän förvaltningsdomstol.

Den omständigheten att Trafikverket strävar efter att tillmötesgå inkomna ansökningar om tåglägen och att ett stort antal av de beviljade tåglägena överensstämmer med inlämnade ansökningar inverkar inte på det faktum att det är Trafikverket som tilldelar tåglägen och beslutar om förutsättningarna

för dess nyttjande. Trafikverkets samordningsarbete sker nämligen i syfte att säkerställa att ansökningar om tåglägen behandlas på ett konkurrensneutralt och icke-diskriminerande sätt i enlighet med 6 kap. 1 § järnvägslagen (2004:519). Trafikverkets försök att samordna önskemål om tåglägen i möjligaste mån saknar relevans för bedömningen av vem som fastställer villkoren. Ett fastställande av aktuella villkor kan ske genom att Trafikverkets beslut om tilldelning av tåglägen och upprättande av tågplan föregås av ansökningar om tåglägen.

Behörig myndighet

För att en myndighet ska vara behörig i den mening som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF krävs det inte att den ägnar sig åt myndighetsutövning. Bestämmelsen tar istället sikte på att myndigheten ska vara behörig att fastställa villkor som avser exempelvis linjedragning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet. Trafikverket är en myndighet under regeringen. Genom förordningen (2010:185) med instruktion för Trafikverket har regeringen utsett Trafikverket till infrastrukturförvaltare för det statliga järnvägsnätet. Av 6 kap. järnvägslagen följer att det är infrastrukturförvaltaren som upprättar järnvägsnätsbeskrivning och förslag till tågplan, tilldelar tåglägen, fastställer tågplan samt ingår trafikeringsavtal med tågföretag som tilldelats tåglägen. Därav följer att Trafikverket är behörig myndighet i relevant mening. Trafikverkets tilldelning av tåglägen och upprättande av tågplan utgör i vart fall myndighetsutövning.

SJ motsätter sig bifall till Konkurrensverkets överklagande. För det fall kammarrätten skulle bifalla överklagandet yrkar SJ att målen återförvisas till förvaltningsrätten för bestämmande av om någon upphandlingsskadeavgift ska beslutas och i förekommande fall om avgiftens storlek. SJ hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten och anför därutöver i huvudsak följande.

SJ är inte ett sådant organ som driver eller tillhandahåller ett nät för transporttjänster som avses i 1 kap. 8 § LUF. SJ:s transporttjänster tillhandahålls inte i enlighet med villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. Tåglägen och den därmed sammanhängande regleringen utgör inte sådana villkor som avses i 1 kap. 8 § andra stycket LUF. Inte heller utgör Trafikverket, i dess roll utifrån järnvägslagen, en behörig myndighet på det sätt som avses i nyss nämnda bestämmelse. SJ omfattas därför inte av LUF.

SJ har gett in och hänvisat till två rättsutlåtanden utfärdade av docenten och jur.dr Jakob Heidbrink.

SJ har utvecklat sin talan enligt följande.

Tillhandahållande eller drift av nät

Av 1 kap. 4 § LUF framgår att lagstiftaren när det gäller nät för gas, värme, el eller dricksvatten uttryckligen reglerat även verksamhet som består i leverans till sådana nät. Denna tydliga skrivning saknas i 1 kap. 8 § LUF. Orden tillhandahållande eller drift av nät avser i sammanhanget att ombesörja så att nätet är möjligt att använda eller fylla med något, men inte själva leveransen av transporttjänsten till nätet som sådan.

Villkor

Det framgår av bestämmelsens ordalydelse att det ska röra sig om villkor som ställs på SJ:s verksamhet. Jakob Heidbrink framhåller att så kan vara fallet bland annat när ”den för kollektivtrafikförsörjning ansvariga myndigheten bestämmer vilka sträckor som ska betjänas, hur ofta trafiken ska gå samt andra villkor såsom exempelvis tariffstrukturen inom trafiken och fordonens logotyper med mera”. Jakob Heidbrinks poäng är att

Trafikverkets bedömningsutrymme och beslutandemandat vid tilldelningen av tåglägen är så begränsat enligt det svenska regelverket att man omöjligen kan tala om att Trafikverket fastställer villkoren för tjänster på nätet. Innehållet i ett visst tågläge bestäms inte av Trafikverket utan av det trafikföretag som ansöker om en viss sträckning vid en viss tidpunkt. Trafikverkets "tilldelning" av tågläge handlar alltså aldrig om att bestämma eller besluta om tillträdet till en viss infrastruktur. Trafikverket bestämmer inte vilka linjer SJ ska trafikera, dvs. villkor för SJ:s linjesträckning. Inte heller bestämmer Trafikverket hur många tåg SJ ska köra eller hur många vagnar som ska kopplas till varje tåg, dvs. villkoren för SJ:s tillgängliga transportkapacitet. Slutligen bestämmer Trafikverket inte heller hur ofta SJ ska köra en viss sträcka, dvs. villkoren för SJ:s turtäthet.

Kommissionens kommentarer till ett lagförslag ska inte tillmätas någon vidare betydelse vid uttolkningen av 2004 års direktiv. Till skillnad från 1988 års förslag var direktiv 90/531/EEC utformat för att klara en verklighet under förändring. Av beaktandesatsen till direktiv 90/531/EEC framgår att syftet var att organ som bedriver verksamhet på kommersiell grund inte ska omfattas medan organ som bedriver verksamhet som huvudsakligen är politiskt motiverad och som bedrivs för att tillgodose politiska och allmännyttiga mål ska omfattas. Syftet med regleringen är att täcka sådana situationer där statligt inflytande och villkor medför att den berörda enheten inte längre kan ta kommersiella beslut utan framförallt agerar för att tillgodose de villkor som staten ställer upp.

Sedan avregleringen av den svenska tågmarknaden är det tydligt att SJ inte längre regleras av politiska beslut som inte är av kommersiell karaktär. Systemet med tilldelning av tåglägen är konstruerat så att det är omöjligt för Trafikverket eller andra infrastrukturförvaltare att ta annat än kommersiella hänsyn vid tilldelningen. Trafikverket kan inte utöva sådant inflytande över SJ:s verksamhet att bolaget skulle anamma dess intressen och inte genomföra sina inköp utifrån enbart affärsmässigt hållbara aspekter. Det

finns ingen anledning att anta att SJ skulle ta andra hänsyn än kommersiella vid upphandling av avtal. De säkerhetsvillkor som måste finnas vid bedrivandet av tågtransporter möjliggör inte något politiskt inflytande över verksamheterna och kan formuleras på ett objektivet sätt. Vidare kan de inte leda till icke-kommersiella inköpsbeslut. Staten använder inte det förhållandet att det rör sig om en infrastruktur med begränsad kapacitet för att driva igenom olika politiska och icke-kommersiella villkor på tågbolagen. Det bolag som tilldelas en "monopolställning" avseende ett visst tågläge kan komma att förlora detta nästa år om bolaget inte upprätthåller sin konkurrenskraft. Vidare kan Trafikverket inte utnyttja sitt "fastställande" för att driva igenom villkor på icke-kommersiell grund. Det kan därmed konstateras att de aktuella bestämmelserna inte tar sikte på den typ av säkerhets- och kapacitetsrelaterade villkor som Trafikverket fastställer.

Fastställande

Den brittiska domstolen England and Wales High Court of Justice ansåg i avgörandet den 20 januari 2012 ([2012] EWHC 28 (Ch)) att den typ av fastställande som innebär att myndigheten beslutar om tilldelning av tågägen och därigenom fastställer dessa inte utgjorde fastställande av villkor på det sätt som avses i artikel 5.1 i försörjningsdirektivet.

En syftesanalys ger vid handen att begreppet fastställa i aktuell bestämmelse måste avse en typ av fastställande där den behöriga myndigheten har ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning att den, genom sitt fastställande, kan bestämma villkoren på andra grunder än objektiva eller kommersiella.

Trafikverkets möjlighet att i de undantagsfall då samförståndslösning inte kan nås mellan de olika tågoperatörerna om fördelningen av de mest attraktiva tågägena, besluta om fördelning med beaktande av

samhällsekonomiska risker kan inte jämföras med att Trafikverket fastställer villkoren för SJ:s verksamhet i den bemärkelse som krävs enligt 1 kap. 8 § LUF. Det är också den bedömning som Jakob Heidbrink gör.

Behörig myndighet

Det är Transportstyrelsen och inte Trafikverket som är behörig myndighet på järnvägsområdet. Inte heller Transportstyrelsen fastställer villkor på det sätt som anges i 1 kap. 8 § LUF. För att en myndighet ska anses behörig krävs i Sverige att myndigheten har regeringens bemyndigande att fatta beslut, dvs. idka myndighetsutövning, inom ett visst område. Något bemyndigande finns inte för Trafikverket på järnvägsområdet och Trafikverket är därför inte en behörig myndighet. De förfaranden eller skyldigheter som en infrastrukturförvaltare ska beakta enligt järnvägslagen utgör inte myndighetsutövning enligt svensk rätt. Skyldigheterna för en infrastrukturförvaltare enligt järnvägslagen åligger alla infrastrukturförvaltare oavsett om de är privata aktörer eller myndigheter under regeringen. Att Trafikverket har vissa andra myndighetsuppgifter utanför järnvägsområdet medför inte att verket är behörig myndighet på järnvägsområdet. Myndighetsutövning används för att utöva politisk makt i en nationell kontext och skiljer sig därigenom från rent kommersiella beslut. Genom att ställa upp krav på att det ska röra sig om en behörig myndighet särskiljer direktivet aktuella krav från sådana villkor som infrastrukturförvaltaren ställer upp i sin egenskap av kommersiell infrastrukturförvaltare.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I målen är ostridigt att SJ är ett företag som en upphandlande myndighet utövar ett bestämmande inflytande över i den mening som avses i 2 kap. 20 § LUF. Bolaget skulle därmed kunna betraktas som en upphandlande enhet i enlighet med nyss nämnda bestämmelse.

Frågan som kammarrätten har att ta ställning till är om den verksamhet som SJ bedriver är att betrakta som tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med järnväg enligt 1 kap. 8 § LUF. 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 har invänt att begreppen tillhandahållande och drift av nät inte omfattar leveransen av en transporttjänst. Av 1 kap. 8 § första stycket LUF framgår att tillhandahållande eller drift av publika nät i form av bl.a. busstrafik omfattas av LUF, vilket tyder på att bestämmelsen även gäller abstrakta nät i form av transporter. I andra stycket definieras nät som en tjänst som tillhandahålls enligt vissa villkor avseende bl.a. turtäthet, vilket ytterligare talar för att ett nät i bestämmelsens mening även omfattar nät i form av transporttjänster. Kammarrätten konstaterar mot denna bakgrund att den omständigheten att SJ:s verksamhet består i tågtrafik, och att bolaget alltså inte tillhandahåller eller driver det fysiska järnvägsnätet, inte utesluter verksamheten från lagens tillämpningsområde.

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

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

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

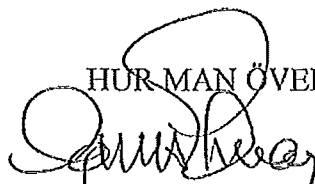
SJ:s linjesträckning, tillgängliga transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden styrs av bolagets ansökningar om tåglägen. Endast vid oförenliga önskemål har Trafikverket möjlighet att ensidigt besluta att inte tillmötesgå en ansökan. Verket har då att agera konkurrensneutralt och icke-diskriminerande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

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

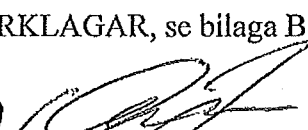
Kammarrätten anser sammantaget att Trafikverket genom tilldelningen av tåglägen och därmed sammanhängande förfarande inte utövar ett sådant inflytande över SJ:s transportverksamhet att tjänsten kan anses

tillhandahållas enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. Förvaltningsrätten har alltså haft fog för sin bedömning att LUF inte är tillämplig. Överklagandet ska därmed avslås.

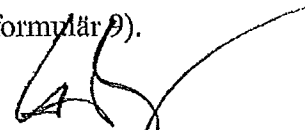
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Magnus Ekman
lagman
ordförande



Anders Jonsson
kammarrättsråd



Carin Jahn
kammarrättsråd
referent

/Pauline Etemad
kammarrättsfiskal
föredragande