

Publikation

Upphandlingsreglerna omfattar utförande av transporttjänster till allmänheten

28 mars, 2019

STOCKHOLM (28 mars 2019) – Tjugo år efter NOU:s utredning av vilka statliga bolag som ska följa upphandlingsregelverken kommer EU-domstolen fram till att den verksamhet som SJ bedriver omfattas av LUF.

Det följer av det förhandsavgörande som EU-domstolen meddelade i mål C-388/17 den 28 februari 2019 där det klargörs under vilka omständigheter tillhandahållande av transporttjänster till allmänheten på järnväg omfattas av EU:s försörjningsdirektiv.

Förhandsavgörandet är inte bara speciellt då det är första gången som en svensk nationell domstol vänder sig till EU-domstolen för tolkning av ett upphandlingsdirektiv, utan det är principiellt viktigt då det klargör räckvidden av upphandlingsreglerna inom den hårt reglerade järnvägsbranschen. Förhandsavgörandet har redan fått till följd att SJ har avbrutit upphandlingen av ett trettiotal snabbtåg som skulle börja trafikera centrala sträckor i Sverige om två år. Beskedet har även bäring på andra statliga transportaktörer i Europa med samma rättsliga ställning och faktiska verksamhet som SJ.

Bakgrund

Konkurrensverket har i två ansökningar 2013 yrkat att SJ AB (SJ) ska åläggas s.k. upphandlingsskadeavgift med 8,5 miljoner kronor för att under 2012 utan föregående annonsering ha tilldelat två städserviceavtal med ett kontraktsvärde om totalt ca 56 respektive 60 miljoner kronor. Vid denna tidpunkt gällde lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ("ÄLUF") och de bakomliggande direktivbestämmelser som lagen implementerade^[1] Regelverket har i nu aktuella delar i allt väsentligt överförts i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ("LUF") till följd av det nya försörjningsdirektivet. ^[2]

Kravet på upphandlingsskadeavgift initierades som en del av ett projekt som gällde hur statliga bolag följer upphandlingslagarna. Mot bakgrund av bl.a. SJ:s stora inköpsvolym blev bolaget föremål för Konkurrensverkets granskning.

SJ är ett av staten helägt aktiebolag som bedriver persontrafik med tåg. Konkurrensverket menar att SJ är en upphandlande enhet som bedriver sådan verksamhet (drift av publika nät i form av transporter på järnväg) som omfattas av upphandlingsreglerna för försörjningssektorn. Verkets ståndpunkt är i korthet att SJ:s verksamhet rymms inom begreppet drift av nät i den mening som avses i 1 kap 8 § ÄLUF samt att tjänsterna tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet, Trafikverket, med avseende på beviljande av tågläge, linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

Det är inte tvistigt att SJ är ett offentligt företag. Enligt SJ:s uppfattning bedriver dock bolaget inte sådan verksamhet som omfattas av LUF. SJ menar i första hand att bolaget inte bedriver verksamhet på ett nät för transporttjänster pga. att Trafikverket inte är en behörig myndighet som fastställer villkor såsom 1 kap. 8 § ÄLUF anger. SJ:s verksamhet är således inte beroende av villkor som har fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

SJ menar i andra hand att bolagets verksamhet inte avser "tillhandahållande" eller "drift" av nät i den mening som följer av 1 kap. 8 § ÄLUF. Enligt SJ:s uppfattning omfattar lagrummet tillhandahållande och drift av det fysiska järnvägsnätet, d.v.s. den typ av verksamhet som Trafikverket har att bedriva i form av att tillhandahålla och underhålla den infrastruktur som används av transportföretag för utförande av transporter.

Sammanfattningsvis anser SJ därför att bolagets verksamhet inte omfattas av upphandlingsreglerna.

Förvaltningsrätten gav som första instans SJ rätt och avvisade Konkurrensverkets ansökan. Konkurrensverket överklagade till Kammarrätten i Stockholm som avslag överklagandet. Kammarrätten menade, liksom förvaltningsrätten, att Trafikverket i egenskap av infrastrukturförvaltare tilldelar de tåglägen som är nödvändiga för att driva järnvägstransportsverksamheten som sådan, men att Trafikverket endast har mycket begränsade möjligheter att aktivt påverka SJ:s utförande av transporttjänster. Kammarrätten ansåg därför att Trafikverket inte kan anses vara en myndighet som fastställer villkor för hur SJ bedriver sin verksamhet. De tjänster som SJ tillhandahåller kunde därför inte, enligt kammarrätten, anses tillhandahållas enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet, som avses i 1 kap 8 § ÄLUF. Slutsatsen blev därför att SJ kunde tilldelas de aktuella städserviceavtalen utan beaktande av ÄLUF.

Konkurrensverket överklagade Kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen ("HFD"), som beslutade att vilandeförklara målet och inhämta ett s.k. förhandsavgörande från EU-domstolen. HFD ställde följande tolkningsfrågor.

"1. Ska artikel 5.1 andra stycket i direktiv 2004/17/EG tolkas på så sätt att ett nät för transporttjänster föreligger när transporttjänster på ett statligt förvaltad järnvägsnät för nationell och internationell järnvägstrafik tillhandahålls enligt bestämmelser i nationell lagstiftning som genomför direktiv 2012/34/EU, vilka innebär att tilldelningen av järnvägsinfrastrukturkapacitet baseras på ansökningar från järnvägsföretag och att samtliga ansökningar ska tillmötesgå i största möjliga utsträckning?

2. Ska artikel 5.1 första stycket i direktiv 2004/17/EG tolkas på så sätt att en verksamhet som bedrivs av ett sådant järnvägsföretag som avses i direktiv 2012/34/EU och som innebär att allmänheten erbjuds transporttjänster på ett järnvägsnät utgör sådant tillhandahållande eller sådan drift av nät som avses i bestämmelsen?"

Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona meddelade sitt förslag den 19 september 2018. Generaladvokaten fann att Trafikverket har befogenhet att fastställa sådana villkor för SJ:s tillhandahållande av tjänster som avses i bestämmelsen att det anses föreligga ett nät av transporttjänster. Generaladvokaten fann att det föreligger ett nät när järnvägsinfrastruktur som förvaltas av staten görs tillgänglig för företag som tillhandahåller transporttjänster (som SJ i förevarande fall), på de driftsvillkor som fastställts av den behöriga myndigheten i den staten, även om den myndigheten i möjligaste mån är skyldig att tillmötesgå ansökningar om kapacitetstilldelning från transportföretagen. EU-domstolen meddelade sin dom den 28 februari 2019 och gick på Generaladvokatens linje.

EU-domstolens bedömning

Den första tolkningsfrågan

Den första tolkningsfrågan som Högsta förvaltningsdomstolen ställer avser omfattningen av begreppet "ett nät för transporttjänster".

Enligt den relevanta bestämmelsen föreligger ett nät för transporttjänster om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, t.ex. i fråga om linjedragning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet.

SJ påpekade bl.a. att (i) bolaget tillhandahåller sina järnvägstransporttjänster på en fullt konkurrensutsatt marknad, (ii) det inte får någon finansiering från staten, (iii) intäkterna kommer från biljettförsäljning, (iv) företaget inte har förtur till järnvägskapacitet vid tåglägesansökningar och (v) all trafik baseras på företagets egna beslut.

EU-domstolen konstaterar att de nämnda omständigheterna inte har någon inverkan på förhållandet om villkoren enligt vilka ett järnvägsföretag som SJ tillhandahåller sina tjänster har fastställts av en behörig myndighet.

Domstolen konstaterar att Trafikverket utgör infrastrukturförvaltaren^[3] och tillika den behöriga myndigheten i Sverige. Trafikverket har att agera i enlighet med Järnvägsdirektivet^[4] bl.a. i fråga om tilldelning av kapaciteten på den aktuella infrastrukturen.

Det konstateras att Trafikverket enligt Järnvägsdirektivet är skyldigt att upprätta och offentliggöra en beskrivning av järnvägsnätet med information om de villkor som gäller för att få tillträde till infrastrukturen. Järnvägsföretag måste sedan i sin ansökan om infrastrukturkapacitet lämna in en ansökan som motsvarar principerna och kriterierna i beskrivningen. Järnvägsföretaget måste uppfylla krav avseende deras kapacitet att lägga fram en ansökan och de villkor enligt vilka de kommer att använda infrastrukturen. EU-domstolen konstaterar att detta innebär en avsevärd begränsning av järnvägsföretagens kommersiella frihet.

Trafikverket ska i så stor utsträckning som möjligt tillmötesgå ansökningar om infrastrukturkapacitet och ska försöka finna bästa möjliga lösningar på järnvägsföretagens önskemål. Trafikverket kan dock, vid konkurrens, inom rimliga gränser föreslå annan infrastrukturkapacitet eller till och med avslå en ansökan om tågläge från järnvägsföretag.

EU-domstolen konstaterar således att det är Trafikverket som fastställer de övergripande villkor enligt vilka SJ kan tillhandahålla sina tjänster. Särskilt framhålls att trafiken bara kan bedrivas enligt tilldelade tåglägen, och att SJ har att iakttä de villkor som är förbundna med dessa.

EU-domstolens slutsats blir därför att artikel 5.1 st 2 anger att det föreligger ett nät för järnvägstransporttjänster när transporttjänster tillhandahålls i enlighet med Järnvägsdirektivet på en järnvägsinfrastruktur som förvaltas av en nationell myndighet som tilldelar kapaciteten på infrastrukturen. EU-domstolen konstaterar vidare att det gäller även om den nationella myndigheten är skyldig att tillmötesgå järnvägsföretagens ansökningar så länge som gränserna för utnyttjandet av kapaciteten inte är uppnådd.

Den andra tolkningsfrågan

Därefter tar EU-domstolen ställning till om artikel 5.1 st 1 ska tolkas så att en verksamhet som bedrivs av ett järnvägsföretag

och som består i att tillhandahålla allmänheten transporttjänster på ett järnvägsnät utgör ett sådant "tillhandahållande" eller en sådan "drift av nät" som avses i det äldre försörjningsdirektivet.

EU-domstolen konstaterar att bestämmelsen omfattar verksamhet som avser både tillhandahållande och drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten avseende bl.a. järnvägstransporter.

I sammanhanget åsyftas drift av nät i företagets del i utövandet av rätten att använda järnvägsinfrastrukturen för att erhålla inkomster. Liksom generaladvokaten anser EU-domstolen att det är infrastrukturförvaltaren som svarar för "tillhandahållandet av nät", och inte järnvägsföretaget.

EU-domstolen konstaterar också att uttrycket "tillhandahållande av nät" har tagits in i det äldre försörjningsdirektivet för att upphandlingsförfarandena skulle vara tillämpliga på förvaltningen av fysiska nät, såsom järnvägsspår, järnvägsanläggningar, tunnlar, broar och plankorsningar.

EU-domstolens slutsats blir därför enligt artikel 5.1 st 1 att en verksamhet som avser "drift av nät" avser rätten att använda järnvägsnätet för att tillhandahålla transporttjänster, medan den verksamhet som avser "tillhandahållande av nät" avser förvaltningen av nätet. Det konstateras därför att den verksamhet som bedrivs av ett järnvägsföretag och som består av ett utövande av en rätt att använda järnvägsnätet för att tillhandahålla allmänheten transporttjänster utgör en sådan "drift av nät" som avses i direktivet.

Analys

Vi ser det som positivt att en svensk domstol har vänt sig till EU-domstolen för besked avseende hur upphandlingsreglerna ska tolkas.

Rättsläget avseende upphandlingsplikt för statliga järnvägsbolag har här till varit en återkommande fråga i EU:s medlemsstater där aktörerna har gjort olika bedömningar av sin skyldighet att följa reglerna. Detta trots att Kommissionen redan 1988, i dess förslag till de två ursprungliga direktivförslagen inom försörjningssektorerna, publicerade en förteckning över vilka statliga järnvägsbolag som var upphandlande enheter i enlighet med det första försörjningsdirektivet, 90/531/EEC[5] Av förteckningen i bilagorna följer att t ex Danske Statsbaner (DSB), Deutsche Bundesbahn (DB) och Societe nationale des Chemins de fer francais (SNCF) ansågs vara upphandlande enheter och att bolagens verksamheter omfattades av det ursprungliga försörjningsdirektivet då de avsåg drift av järnvägsnät till allmänheten då tillgången till nätet fastställdes av en relevant myndighet.[6]

Frågan har emellertid till dagens datum hållit sig borta från EU-domstolens prövning. Det har därför saknats auktoritativ vägledning i frågan om den verksamhet som bedrivs är att betrakta som drift av publika nät i form av transporter med järnväg men även för bedömningen kring de villkor utifrån vilka verksamheten bedrivs.

Före klagörandet från EU-domstolen hade frågan i princip endast prövats en handfull gånger. Det mest omskrivna målet är England and Wales High Court of Justice ([2012] EWHC 28 (Ch)) den 20 januari 2012.

I målet konstaterades att försörjningsdirektivet omfattar dels tillhandahållande av infrastruktur och sammanhängande drift av infrastruktur, dels själva utförandet av tågtransporter under förutsättning av att de tillhandahålls i enlighet med legala krav avseende villkor som linjesträckning och turtäthet. Målet rörde ett statligt järnvägsbolag som likt SJ utförde transporttjänster med tåg på järnvägsnät utan ansvar för infrastrukturen. I det aktuella målet fann domstolen dock att bolaget inte omfattades av

reglerna, då järnvägsbolagets verksamhet inte kunde anses bedrivas enligt villkor som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden som fastställs av en behörig myndighet.

Motsvarande utgång har franska motsvarigheten till Högsta förvaltningsdomstolen, Conseil d'Etat, meddelat i några mål som i allt väsentligt liknar de avgöranden som förvaltningsrätten och kammarrätten har meddelat i SJ-målet med avseende på de nu aktuella frågorna.[7]

EU-domstolens förhandsavgörande innebär således ett välkommet klargörande av upphandlingsreglernas omfattning. Upphandlingsreglerna omfattar upphandlande enheter vars verksamhet består i att bedriva transporttjänster för allmänheten på järnväg enligt på i förhand fastställda villkor av relevant myndighet.

När det är utrett att transporttjänsterna på järnväg bedrivs på villkor från den behöriga myndigheten (infrastrukturförvaltaren) får upphandlingsplikt anses inträda för en upphandlande enhet som bedriver nu aktuell verksamhet. Fastställs inte några sådana villkor för trafiken, följer inte skyldighet att följa upphandlingsreglerna.

Beskedet från EU-domstolen avser hur EU-direktiven ska tolkas. Dessa direktiv gäller lika i samtliga EU-medlemsstater. Det innebär att förhandsavgörandet kommer att ha bäring på andra statliga transportaktörer i Europa med samma rättsliga ställning och faktiska verksamhet som SJ. Motsvarande aktörer kommer att behöva genomföra annonserade upphandlingar enligt de EU-gemensamma eller nationella upphandlingsregler som gäller för försörjningssektorn. Detta får stora konsekvenser i många länder inklusive Sverige då de europeiska statliga järnvägsbolagen i många fall bedriver verksamhet runt om i hela EU. Detta leder då även till att dotterbolag till det i huvudsak av staten Hongkong ägda järnvägsbolaget som bedriver liknande verksamhet som SJ i Sverige inte behöver beakta upphandlingsreglerna[8]

Det måste understrykas att EU-domstolens förhandsavgörande är vägledande för Högsta förvaltningsdomstolen där målet snart ska avgöras slutligt. Vår bedömning är dock att domen inte lämnar utrymme för någon annan bedömning än den som EU-domstolen har gjort av att SJ:s verksamhet omfattas av upphandlingsreglerna.

Det får alltså anses klargjort att SJ:s verksamhet omfattades av ÅLUF. Det får vidare anses som högst sannolikt att HFD i sin slutliga dom kommer fram till att SJ bedriver trafik som är riktad till allmänheten efter att ha erhållit tillstånd härför från Trafikverket vilket innebär att SJ är en upphandlande enhet och som sådan ska förhålla sig till upphandlingsreglerna som gäller för försörjningssektorerna.

Detta gäller alltså oaktat att järnvägsföretaget i fråga verkar på en konkurrensutsatt marknad där privata konkurrenter inte omfattas av bestämmelserna.

För att inte riskera en för extensiv tillämpning av bestämmelserna menar vi emellertid att det kan ifrågasättas vilka konsekvenser detta får i samband med en del av SJ:s verksamhet. Det rör upphandlingar av transporttjänster där SJ och andra järnvägsföretag själva deltar. Med detta avses sådana upphandlingar där regionala kollektivtrafikmyndigheter (RKTm), som t ex Stockholms läns landsting genom Trafiknämnden, upphandlar kollektivtrafik som bedrivs på järnväg.

RKTm kan då hamna i prekära situationer på grund av risken för överprövningar i flera led. Det kan dels bli fråga om överprövning av RKTm:s tilldelningsbeslut men även av anbudsgivarnas upphandlingar avseende varor och tjänster som är nödvändiga för att järnvägsföretaget ska kunna lämnaanbud i RKTm:s upphandling. Järnvägsföretagen har svårt att lämna pris i en upphandling innan de själva har erhållit pris från sina underleverantörer. Det riskerar att skapa en omöjlig situation som i

slutändan motverkar konkurrens då det finns risk för att dessa bolag överhuvudtaget inte kommer att kunna lämna anbud i upphandlingar av transporttjänster.

Såvitt vi förstår är det i dessa upphandlingar emellertid inte järnvägsföretagen utan RKTМ som ansöker om tåglägen och erhåller beslut om fastställda tåglägen från Trafikverket. Det kan under sådana förutsättningar diskuteras om det fastställs villkor för järnvägsföretagets verksamhet av den behöriga myndigheten på det sätt som följer av direktivtexten. Såsom EU-domstolen anger finns det krav under ansökningsprocessen hos infrastrukturförvaltaren som avsevärt begränsar sökandeföretagets kommersiella frihet. I samband med upphandlingar träffar detta istället RKTМ vars verksamhet på nämnda sätt blir begränsad. En annan sak är att motsvarande villkor får tas över av den vinnande anbudsgivaren men då såsom en förutsättning i upphandlingen.

En parallell möjlighet är att SJ hos Europeiska kommissionen i ett särskilt förfarande ansöker om undantag för de delar av bolagets helt konkurrensutsatta verksamhet. Detta skulle beroende på omständigheterna kunna omfatta även de delar av SJ:s verksamhet som inte är upphandlade transporttjänster. SJ har också redan aviserat att bolaget avser att söka undantag från regelverket från EU-kommissionen.

[1] *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 ("Äldre försörjningsdirektivet").*

[2] *Europaparlamentet och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG ("Försörjningsdirektivet").*

[3] *Infrastrukturförvaltare definieras i artikel 3.2 i Järnvägsdirektivet enligt följande. "Infrastrukturförvaltare: varje organ eller företag som särskilt ansvarar för att anlägga, förvalta och underhålla järnvägsinfrastruktur, inklusive trafikledning, trafikstyrning och signalering. Infrastrukturförvaltarens uppgifter med avseende på järnvägsnät eller del av ett järnvägsnät får tilldelas olika organ eller företag".*

[4] *Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/34/EU av den 21 november 2012 om inrättande av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde ("Järnvägsdirektivet").*

[5] *KOM (88) 376 slutlig och KOM (88) 377 slutlig*

[6] *KOM (88) 377 slutlig, appendix VI, sid 123*

[7] *CE, 19 oct. 2001, Société Alstom Transport SA, req. n° 233 173, Lebon; CE, 24 juin 2011, Communauté d'agglomération Rennes Métropole, req. n° 346 529, Lebon; CE, 9 juill. 2007, Syndicat Entreprises Générales de France – Bâtiments Travaux Publics, req. n° 297 711, Lebon.*

[8] *För närvarande olika bolag i MTR-koncernen.*