Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 19 września 2018 r.[1]

Sprawa C-388/17

Konkurrensverket
przeciwko
SJ AB

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Högsta förvaltningsdomstolen (naczelny sąd administracyjny, Szwecja)]

Pytanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne w sektorze transportu kolejowego – Działalność w zakresie dostaw lub obsługi sieci – Pojęcie sieci – Udzielenie zamówienia na usługi sprzątania pociągów przez przedsiębiorstwo kolejowe należące w całości do państwa – Brak uprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia

1. SJ AB (zwana dalej „SJ") jest spółką akcyjną świadczącą usługi kolejowego transportu pasażerskiego, której kapitał należy w całości do państwa szwedzkiego. W 2012 r. spółka zawarła dwie umowy na usługi sprzątania w jej pociągach bez uprzedniego przeprowadzenia przetargu. Zachowanie to zostało uznane przez Konkurrensverket (urząd ds. konkurencji, Szwecja) za sprzeczne z dyrektywą 2004/17/WE[2].

2. Spór między przedsiębiorstwem publicznym a organem ds. konkurencji dotyczy wykładni art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17. W szczególności sąd odsyłający, który musi rozstrzygnąć ten spór, zmierza do wyjaśnienia pojęć zawartych we wspomnianym artykule, których wykładnia pozwoli mu stwierdzić, czy przedsiębiorstwo publiczne świadczące usługi transportu kolejowego jest objęte zakresem zastosowania powyższej dyrektywy.

3. W związku z tym przedmiotem sporu są dwie kwestie:

– Po pierwsze, pojęcie „sieci" transportu kolejowego w rozumieniu wspomnianego przepisu.

– Po drugie, co rozumie się – w przypadkach, w których istnieje sieć – przez zwroty „dostaw[a] lub obsług[a] sieci", użyte w powyższym przepisie.

1 Język oryginału: hiszpański.

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1).

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2004/17

4. Zgodnie z art. 2:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy,

[…]

b) »przedsiębiorstwo publiczne« oznacza każde przedsiębiorstwo, na które instytucje zamawiające mogą wywierać bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ na mocy ich prawa własności, udziału finansowego we wspomnianym przedsiębiorstwie lub poprzez zasady określające jego działanie.

Domniemywa się istnienie dominującego wpływu instytucji zamawiających, jeżeli wspominane instytucje, bezpośrednio lub pośrednio, w stosunku do przedsiębiorstwa:

– posiadają większość subskrybowanego kapitału tego przedsiębiorstwa, lub

[…]

2. Niniejsza dyrektywa dotyczy podmiotów zamawiających:

a) będących instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi oraz prowadzących jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 3–7;

[…]”.

5. Artykuł 5 stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa dotyczy działalności obejmującej dostawy lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejowego, systemów automatycznych, tramwajów, trolejbusów, autobusów lub kolei linowych.

Odnośnie do usług transportowych istnienie sieci zostanie stwierdzone, jeżeli usługi są dostarczane zgodnie z warunkami określonymi przez właściwy organ państwa członkowskiego, takimi jak warunki na obsługiwanych trasach, wymagana zdolność przewozowa lub częstotliwość usług.

[…]”.

6. Artykuł 30 stanowi:

„1. Zamówienia mające na celu umożliwienie prowadzenia działalności wymienionej w art. 3–7 nie podlegają niniejszej dyrektywie, jeżeli w państwie członkowskim, w którym ta działalność jest wykonywana, bezpośrednio podlega ona konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony.

[…]

5. Jeżeli ustawodawstwo danego państwa członkowskiego przewiduje taką możliwość, podmiot zamawiający może wnioskować do Komisji o zgodę na zastosowanie ust. 1 do danej działalności, poprzez wydanie decyzji zgodnie z ust. 6 […].

[…]”.

2. Dyrektywa 2012/34/UE[3]

7. Zgodnie z art. 1:

„1. Przepisy niniejszej dyrektywy określają:

a) zasady mające zastosowanie do zarządzania infrastrukturą kolejową oraz przewozów kolejowych wykonywanych przez istniejące przedsiębiorstwa kolejowe lub przedsiębiorstwa kolejowe, które zostaną założone w państwach członkowskich, jak określono w rozdziale II;

b) kryteria mające zastosowanie do wydawania, odnawiania lub zmiany przez państwo członkowskie licencji przeznaczonych dla istniejących przedsiębiorstw kolejowych lub przedsiębiorstw kolejowych, które zostaną założone w Unii, jak określono w rozdziale III;

c) zasady i procedury mające zastosowanie do ustalania i pobierania opłat za dostęp do infrastruktury kolejowej i do alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej, jak określono w rozdziale IV.

2. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do użytkowania infrastruktury kolejowej w kolejowych przewozach krajowych i międzynarodowych”.

8. Artykuł 3 stanowi:

„Na użytek niniejszej dyrektywy stosuje się następujące definicje:

1) »przedsiębiorstwo kolejowe« oznacza każde przedsiębiorstwo publiczne lub prywatne, posiadające licencję zgodnie z niniejszą dyrektywą, którego działalność podstawowa polega na świadczeniu usług w transporcie towarowym lub pasażerskim koleją, z zastrzeżeniem, że przedsiębiorstwo to zapewnia pojazdy trakcyjne; obejmuje to także przedsiębiorstwa, które tylko dostarczają pojazdy trakcyjne;

2) »zarządca infrastruktury« oznacza każdy podmiot lub przedsiębiorstwo, które są odpowiedzialne w szczególności za założenie infrastruktury kolejowej, zarządzanie nią i jej utrzymanie, w tym za prowadzenie ruchu pociągów, urządzenia bezpiecznej kontroli jazdy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym (srk); funkcje zarządcy infrastruktury na sieci lub części sieci mogą być przydzielane różnym podmiotom lub przedsiębiorstwom;

3) »infrastruktura kolejowa« oznacza elementy wymienione w załączniku I;

[…]

24) »zdolność przepustowa infrastruktury« oznacza potencjał do układania rozkładu jazdy zamówionych tras pociągów dla danego odcinka infrastruktury w określonym przedziale czasowym;

3 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 listopada 2012 r. w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego (Dz.U. 2012, L 343, s. 32).

25) »sieć« oznacza całość infrastruktury kolejowej zarządzanej przez zarządcę infrastruktury;

[…]

27) »trasa pociągu« oznacza zdolność przepustową infrastruktury potrzebną do prowadzenia pociągu między dwoma punktami w określonym przedziale czasowym;

28) »obowiązujący rozkład jazdy« oznacza dane określające wszelki planowy ruch pociągów i taboru, który będzie miał miejsce na danej infrastrukturze w ciągu okresu, w którym on obowiązuje;

[…]”.

9. Artykuł 10 stanowi:

„1. Przedsiębiorstwom kolejowym przyznaje się na sprawiedliwych, niedyskryminacyjnych i przejrzystych warunkach prawo dostępu do infrastruktury kolejowej we wszystkich państwach członkowskich w celu wykonywania wszystkich rodzajów kolejowych przewozów towarowych. Prawo to obejmuje dostęp do infrastruktury łączącej porty morskie i śródlądowe z innymi obiektami infrastruktury usługowej, o których mowa w załączniku II pkt 2, i infrastruktury służącej lub mogącej służyć więcej niż jednemu klientowi końcowemu.

[…]”.

10. Zgodnie z art. 27:

„1. Zarządca infrastruktury, po skonsultowaniu się z zainteresowanymi stronami, opracowuje i publikuje regulamin sieci […].

2. Regulamin sieci podaje charakterystykę infrastruktury, która jest dostępna dla przedsiębiorstw kolejowych oraz zawiera informacje dotyczące warunków dostępu do danej infrastruktury kolejowej. Regulamin sieci zawiera także informacje dotyczące warunków dostępu do obiektów infrastruktury usługowej podłączonych do sieci zarządcy infrastruktury oraz świadczenia usług w tych obiektach lub wskazuje stronę internetową, na której takie informacje są udostępniane nieodpłatnie w formie elektronicznej. Treść regulaminu sieci określono w załączniku IV.

[…]”.

11. Artykuł 44 stanowi:

„1. Wnioskodawcy mogą występować na podstawie prawa publicznego lub prywatnego do zarządcy infrastruktury o zawarcie umowy przyznającej im uprawnienia do użytkowania infrastruktury kolejowej za opłatą, zgodnie z przepisami rozdziału IV sekcja 2.

[…]”.

12. Artykuł 45 stanowi:

„1. Zarządca infrastruktury w miarę możliwości realizuje wszystkie wnioski o przyznanie zdolności przepustowej infrastruktury […].

2. Zarządca infrastruktury może nadać priorytet określonym usługom w ramach procesu układania rozkładu jazdy i koordynacji, ale tylko w przypadkach określonych w art. 47 i 49.

3. Zarządca infrastruktury konsultuje się z zainteresowanymi stronami na temat projektu obowiązującego rozkładu jazdy i daje im przynajmniej jeden miesiąc na przedstawienie ich opinii. Zainteresowanymi stronami są wszyscy, którzy złożyli wnioski o przyznanie zdolności przepustowej infrastruktury, oraz inne strony, które chcą mieć możliwość przekazania uwag na temat, jak obowiązujący rozkład jazdy może wpłynąć na ich zdolność do zapewniania przewozów kolejowych w trakcie okresu ważności obowiązującego rozkładu jazdy.

[…]".

13. Artykuł 46 stanowi:

„1. W przypadku gdy w trakcie procesu układania rozkładu jazdy, o którym mowa w art. 45, zarządca infrastruktury napotyka konflikty między różnymi wnioskami, próbuje w drodze koordynacji różnych wniosków zapewnić możliwie najlepsze dopasowanie wszystkich zgłoszonych potrzeb.

2. W przypadku gdy zachodzi sytuacja wymagająca koordynacji, zarządca infrastruktury ma prawo, w rozsądnych granicach, proponować zdolność przepustową infrastruktury, która różni się od tej, na jaką złożono wniosek.

[…]".

B. Prawo krajowe

1. Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster[4]

14. Zgodnie z rozdziałem 2 § 20 podmiot zamawiający stanowi w szczególności dowolne przedsiębiorstwo, na które instytucja zamawiająca może wywierać dominujący wpływ. Domniemywa się istnienie dominującego wpływu instytucji zamawiającej, jeżeli wspomniana instytucja, bezpośrednio lub pośrednio, posiada w stosunku do przedsiębiorstwa ponad połowę udziałów w przedsiębiorstwie lub kontroluje większość głosów z tytułu udziałów lub podobnych, lub może powoływać ponad połowę członków zarządu tej spółki lub odpowiadającego mu organu zarządzającego.

15. Stosownie do rozdziału 1 § 8 akapit pierwszy ustawa ma zastosowanie do działalności w zakresie dostawy lub obsługi sieci publicznych w postaci transportu, w szczególności kolejowego.

16. Z rozdziału 1 § 8 akapit drugi wynika, że uznaje się, że sieć w obszarze usług transportowych istnieje, jeżeli usługi są dostarczane zgodnie z warunkami określonymi przez właściwy organ, dotyczącymi obsługiwanych tras, wymaganej zdolności przewozowej, częstotliwości usług i tym podobnych.

2. Järnvägslagen (2004:519)[5]

17. Zgodnie z rozdziałem 5 § 2 przedsiębiorstwa kolejowe z siedzibą na terytorium państwa członkowskiego Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub Szwajcarii mogą obsługiwać i organizować ruch w szwedzkiej sieci kolejowej.

4 Ustawa (2007:1092) o udzielaniu zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych; zwana dalej „ustawą o udzielaniu zamówień".

5 Ustawa (2004:519) o kolei.

18. Rozdział 6 § 7 stanowi, że każdy podmiot uprawniony do obsługi lub organizacji ruchu w szwedzkiej sieci kolejowej może wystąpić do zarządcy infrastruktury z wnioskiem o udzielenie informacji o zdolności przepustowej infrastruktury w formie tras pociągów zgodnie z opisem sieci kolejowej.

19. Rozdział 6 §§ 1 i 7 oraz rozdział 6 § 9 dotyczą wniosku o udzielenie informacji o zdolności przepustowej infrastruktury, jak również zarządzania i decyzji o alokacji zdolności w odniesieniu do wniosków o przyznanie zdolności przepustowej infrastruktury.

20. Rozdział 6 § 9 stanowi, że zarządca infrastruktury musi opracować projekt obowiązującego rozkładu jazdy, biorąc pod uwagę otrzymane wnioski.

21. Z rozdziału 6 § 10 wynika, że zarządca infrastruktury stara się w drodze koordynacji rozwiązać wszelkie konflikty interesów powstałe przy alokacji zdolności przepustowej. Jeżeli jest to możliwe, zarządca infrastruktury musi udostępnić szybką procedurę rozstrzygania konfliktów (rozdział 6 § 12).

22. Rozdział 6 §§ 14 i 15 dotyczy kryteriów pierwszeństwa określonych w opisie sieci kolejowej.

II. Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu i pytania prejudycjalne

23. SJ zawarł w styczniu 2012 r. dwie umowy dotyczące zamówienia na świadczenie usług sprzątania jego pociągów (o wartości, odpowiednio, 56 i 60 mln SEK) bez jakiegokolwiek przetargu publicznego.

24. W styczniu 2013 r. organ ds. konkurencji wniósł skargę do Förvaltningsrätten i Stockholm (sądu administracyjnego w Sztokholmie, Szwecja), żądając nałożenia kary na SJ, ponieważ uznał, że przedsiębiorstwo to prowadziło działalność objętą rozdziałem 1 § 8 ustawy o udzielaniu zamówień. SJ wyraził sprzeciw wobec żądań skarżącego, które zostały oddalone.

25. Organ ds. konkurencji wniósł odwołanie od wyroku wydanego w pierwszej instancji do Kammarrätten i Stockholm (administracyjnego sądu apelacyjnego w Sztokholmie, Szwecja), które również zostało oddalone.

26. Od wyroku wydanego przez sąd apelacyjny wniesiono skargę do Högsta förvaltningsdomstolen (naczelnego sądu administracyjnego, Szwecja). Sąd ten przedkłada do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że istnienie sieci w obszarze usług transportowych stwierdza się, gdy usługi transportowe w zarządzanej przez państwo sieci kolejowej dla krajowego i międzynarodowego ruchu kolejowego są świadczone zgodnie z przepisami ustawodawstwa krajowego stanowiącego transpozycję dyrektywy 2012/34, które to przepisy przewidują alokację zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej na podstawie wniosków przedsiębiorstw kolejowych oraz wymóg zakładający konieczność zrealizowania – w miarę możliwości – wszystkich wniosków?

2) Czy art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo kolejowe, o którym mowa w dyrektywie 2012/34, obejmująca świadczenie usług transportowych dla odbiorców publicznych w sieci kolejowej, stanowi dostawę lub obsługę sieci w rozumieniu powołanego przepisu?”.

III. Zwięzłe przedstawienie uwag stron

A. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

27. Zdaniem organu ds. konkurencji ze względu na okoliczność, że dyrektywa 2004/17 nie określa, co należy rozumieć pod pojęciem „sieci" usług transportowych ani pod pojęciem „dostawy lub obsługi sieci", znaczenie i zakres tych pojęć odpowiadają ich zwyczajowemu znaczeniu w języku potocznym, w zależności od kontekstu, w którym są one użyte, oraz zamierzonych celów.

28. Organ ds. konkurencji podkreśla ryzyko wynikające z faktu, że publiczne instytucje zamawiające mają pod wpływem państw tendencję do uprzywilejowanego traktowania krajowych przedsiębiorstw, czym naruszają przepisy Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczące swobody przepływu i ochrony konkurencji. Procedury przetargowe przewidziane w dyrektywie 2004/17 zmierzają do zneutralizowania tych zagrożeń. Bez tego przepisu ograniczenie konkurencji wynikające z nieuniknionych ograniczeń zdolności przepustowej sieci umożliwiłoby instytucjom zamawiającym pominięcie względów finansowych przy udzielaniu zamówienia, aby skoncentrować się na kryteriach preferencji pod względem przynależności państwowej.

29. Organ ds. konkurencji twierdzi, że dyrektywa 2012/34 reguluje dostęp przedsiębiorstw kolejowych (takich jak SJ) do sieci technicznej o ograniczonej zdolności przepustowej. Przy przydzielaniu tras pociągów w sieci zarządca infrastruktury określa warunki dotyczące między innymi obsługiwanych tras, wymaganej zdolności przewozowej lub częstotliwości usług. Okoliczność, że zarządca sieci musi dążyć do spełnienia żądań przedsiębiorstw kolejowych, nie zmienia ograniczeń zdolności przepustowej danej sieci.

30. Urząd ds. konkurencji przyznaje, że art. 30 dyrektywy 2004/17 zezwala na to, by objęta zakresem dyrektywy działalność nie podlegała jej przepisom, jeżeli bezpośrednio podlega ona konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony. Taka możliwość wymaga jednak decyzji Komisji po przeprowadzeniu odpowiedniej procedury, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

31. SJ zauważa, że w przeciwieństwie do innych państw, w których utrzymywany jest monopol transportu kolejowego, w Szwecji transport ten jest w pełni zliberalizowany i odbywa się zasadach równej konkurencji.

32. SJ wskazuje, że chociaż jest spółką, której kapitał należy w całości do państwa szwedzkiego, to nie otrzymuje żadnego finansowania ani innych korzyści od państwa. Jej dochód pochodzi ze sprzedaży biletów i nie korzysta ona z żadnych preferencji przy przydzielaniu tras pociągów.

33. SJ uważa, że art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17 musi podlegać ścisłej wykładni, jak wynika z orzecznictwa Trybunału [6]. Nie wystarczy, aby podmiot podlegał dominującemu wpływowi, o którym mowa w art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/17. Konieczne jest, aby warunki zawarte w art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17 zostały jednostronnie określone przez właściwy organ państwa członkowskiego oraz miały bezpośredni i zasadniczy wpływ na potencjalnego użytkownika, wywierając bezpośredni i konkretny wpływ na formę świadczenia realizowanej przez przedsiębiorstwo kolejowe usługi transportu kolejowego.

6 SJ powołuje się na wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r., Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, pkt 27, 29).

34. SJ dodaje, że przedsiębiorstwo to oraz pozostałe przedsiębiorstwa kolejowe działające w Szwecji same określają, zgodnie z kryteriami handlowymi, trasy, użytkowane pociągi, rozkłady jazdy, liczbę odjazdów, liczbę stacji i ceny biletów. Zarządca infrastruktury nie posiada uprawnień innych niż te przyznane w dyrektywie 2012/34, a jego zadania ograniczają się do zapewnienia dostępu do infrastruktury kolejowej na równych warunkach, lecz nie obejmują regulowania szczegółowych warunków świadczenia usług transportu przez przedsiębiorstwa kolejowe.

35. Zdaniem Komisji brzmienie art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17 miało na celu przedstawienie szerokiego pojęcia „sieci". Sieć może istnieć nie tylko wtedy, gdy istnieje fizyczna infrastruktura (torowiska dla pociągów i tramwajów), ale także wtedy, gdy infrastruktury takiej brakuje, pod warunkiem że jest to sieć połączonych linii wykorzystywanych przez pojazdy zgodnie z warunkami ustalonymi przez organy[7].

36. Komisja powołuje się na dyrektywę 2012/34 jako instrument, który oprócz określenia uczestników ruchu kolejowego pozwala zapewnić, aby przedsiębiorstwa kolejowe miały przejrzysty i niedyskryminujący dostęp do infrastruktury kolejowej. Zwraca ona szczególną uwagę na sekcję 3 rozdziału IV, która dotyczy alokacji zdolności przepustowej infrastruktury i opisuje sposób ustalania warunków takich jak te przewidziane w art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17.

37. Zdaniem Komisji ze względu na to, że Trafikverket (urząd transportu, Szwecja) zatwierdza regulamin sieci, podejmuje decyzję w sprawie przydzielania tras pociągów oraz określa obowiązujący rozkład jazdy, ustala on warunki korzystania z infrastruktury kolejowej. Nic nie stoi na przeszkodzie, by urząd ten musiał w miarę możliwości zrealizować wnioski składających je podmiotów.

B. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

38. Urząd ds. konkurencji uważa, że sieć usług transportowych w rozumieniu art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17 istnieje, gdy ruch pociągów wymaga dostępu do sieci technicznej o ograniczonej zdolności przepustowej. Termin „obsługa" wskazuje na rzeczywiste prowadzenie ruchu w sieci kolejowej[8].

39. SJ twierdzi, że nie zarządza infrastrukturą kolejową, a jego działalność ogranicza się do świadczenia usług transportu dla ogółu odbiorców przemieszczających się po składnikach tej infrastruktury. W związku z tym SJ nie uczestniczy w dostawach ani w obsłudze szwedzkiej sieci kolejowej, a zatem jego działalność nie jest objęta zakresem zastosowania dyrektywy 2004/17.

40. Komisja podkreśla, że art. 5 ust. 1 akapit pierwszy wprowadza rozróżnienie między dostawami i obsługą sieci. Ani pierwsza dyrektywa w sprawie zamówień publicznych (dyrektywa 90/531/EWG)[9] ani dyrektywa 93/38/EWG[10] nie odnosiły się do „dostaw". Dopiero w dyrektywie 2004/17 zawarto powyższe odniesienie w celu objęcia zarządzania siecią fizyczną i rozróżnienia dwóch rodzajów działalności, które zwykle są powierzone różnym operatorom, dzięki czemu zapewniono, że oba rodzaje działalności są objęte zakresem zastosowania dyrektywy.

7 W ten sposób Komisja odnosi się do swojego komunikatu w sprawie wspólnotowego systemu zamówień publicznych w sektorach wykluczonych: gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (COM/88/376) [tłumaczenie własne].

8 Urząd ds. konkurencji opiera się na pkt 48 opinii rzecznika generalnego J. Mischa w sprawie Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2001:686), zgodnie z którą „obsługa sieci oznacza prowadzenie jej we własnym zakresie, zasadniczo z wykorzystaniem własnej siły roboczej i autobusów".

9 Dyrektywa Rady z dnia 17 września 1990 r. w sprawie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1990, L 297, s. 1).

10 Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1993, L 199, s. 84).

41. Zdaniem Komisji „obsługa sieci" obejmuje rzeczywiste świadczenie transportu kolejowego, natomiast pojęcie „dostawy" odnosi się do możliwości dostępu do sieci w celu wykorzystania jej przez inne podmioty.

IV. Postępowanie przed Trybunałem

42. Postanowienie o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 29 czerwca 2017 r.

43. Uwagi na piśmie zostały złożone przez urząd ds. konkurencji, SJ i Komisję Europejską, które wzięły udział w rozprawie w dniu 13 czerwca 2018 r.

V. Ocena

44. Zarówno strony postępowania, jak i sąd odsyłający odnoszą się do dyrektywy 2012/34 w celu wyznaczenia granic sporu i *rozszyfrowania* znaczenia wyrażeń zawartych w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17.

45. Uważam, że podejście to jest prawidłowe. Jednakże, jako taka, dyrektywa 2012/34 z dnia 21 listopada 2012 r. nie mogłaby mieć zastosowania ratione temporis do zawartych w styczniu tego samego roku umów, które są przedmiotem niniejszego sporu. Zastrzeżenie to można pokonać dzięki temu, że dyrektywa 2012/34 „przekształciła i połączyła w jeden akt prawny, dla zachowania przejrzystości"[11] inne, wcześniejsze dyrektywy, obowiązujące w chwili zawarcia wspomnianych umów.

46. Ponadto jest bezsporne, że SJ jest przedsiębiorstwem kolejowym zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 1 dyrektywy 2012/34 oraz że jako spółka, której kapitał w całości należy do państwa, może być instytucją zamawiającą [konkretnie – przedsiębiorstwem publicznym w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/17].

47. Sąd odsyłający wątpi jednak, czy działalność SJ może być objęta opisem zawartym w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17. Jedynie w przypadku gdyby tak było, wspomniana dyrektywa miałaby do SJ zastosowanie, gdyż art. 2 ust. 2 lit. a) wymaga, aby podmioty zamawiające prowadziły jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 3–7 tejże dyrektywy.

A. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

48. Artykuł 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17 łączy pojęcie sieci transportowej („istnienie sieci zostanie stwierdzone") z dostarczaniem usług „zgodnie z warunkami określonymi przez właściwy organ państwa członkowskiego, takimi jak warunki na obsługiwanych trasach, wymagana zdolność przewozowa lub częstotliwość usług".

49. W swoim pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy w ramach wykonywania swoich uprawnień zarządca infrastruktury kolejowej, który odpowiada za przydzielanie tras pociągów, rzeczywiście ustala warunki dla przedsiębiorstw kolejowych, które to warunki mogą mieć wpływ na kwestie takie jak trasy, wymagana zdolność przepustowa lub częstotliwość usług.

11 Motyw pierwszy in fine.

50. Pytanie dotyczy sytuacji, w której przedsiębiorstwa kolejowe, czy to publiczne, czy prywatne, świadczą usługi transportowe na podstawie kryteriów handlowych [12], lecz one same nie są zarządcami sieci kolejowej. Należy zatem przeanalizować, po pierwsze, co należy rozumieć pod pojęciem sieci, a następnie zbadać znaczenie tego pojęcia dla niniejszej sprawy [13].

1. Zarządzanie siecią i alokacja zdolności przepustowej infrastruktury

51. Dyrektywa 2012/34 zawiera przepisy mające zastosowanie, po pierwsze, do zarządzania infrastrukturą kolejową, a po drugie, do działalności przedsiębiorstw kolejowych. Te ostatnie obejmują przepisy regulujące system prawny uzyskiwania licencji i alokacji zdolności przepustowej infrastruktury dla przedsiębiorstw, które muszą wnosić opłaty za korzystanie ze zdolności przepustowej.

52. Infrastruktura kolejowa ma oczywiście ograniczoną zdolność przepustową [14], ponieważ stanowi „naturalny monopol" [15], którego powielanie nie miałoby sensu. Zamiast wprowadzenia definicji infrastruktury kolejowej dyrektywa 2012/34 opisuje jej elementy składowe wymienione w załączniku I [16]. Pojęcie sieci jest związane z tą infrastrukturą: sieć kolejowa oznacza „całość infrastruktury kolejowej zarządzanej przez zarządcę infrastruktury" [17].

53. Infrastruktura kolejowa (powiązana z pojęciem trasy pociągu) [18] jest zarządzana przez zarządcę odpowiedzialnego za jej eksploatację, utrzymanie i odnawianie. Podmioty, które wcześniej uzyskały licencję, na podstawie której zostały one uznane za przedsiębiorstwa kolejowe, muszą wystąpić o uznanie prawa do korzystania z określonej zdolności przepustowej infrastruktury.

54. Proces alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej jest poprzedzony opracowaniem tzw. regulaminu sieci, w którym zarządca infrastruktury podaje szczegółowo ogólne zasady, terminy, procedury i kryteria dotyczące alokacji. Dyrektywa 2012/34 pozostawia w gestii zarządcy uszczegółowienie różnych uwarunkowań w tym zakresie [19].

55. Zgodnie z podstawową zasadą zarządca infrastruktury w miarę możliwości realizuje wszystkie wnioski o przyznanie zdolności przepustowej infrastruktury, które otrzyma. Jeżeli nie jest to możliwe, stosuje inne kryteria alokacji [20]. Ponadto zarządca ustala proponowany obowiązujący rozkład jazdy i przekazuje go zainteresowanym stronom, aby zgłosiły one swoje uwagi.

12 Motyw 5 dyrektywy 2012/34 stanowi, że „[w] celu uczynienia transportu kolejowego efektywnym i konkurencyjnym wobec innych rodzajów transportu państwa członkowskie powinny zapewnić, aby przedsiębiorstwa kolejowe miały status niezależnych podmiotów działających na zasadach komercyjnych i dostosowujących się do potrzeb rynku".

13 Chociaż SJ wspomina o istnieniu ponad 320 zarządców infrastruktury kolejowej w Szwecji, należy podkreślić, że sieć będąca przedmiotem niniejszej sprawy jest państwowa. Z § 2 pkt 9 förordningen (2010:185) med instruktion för Trafikverket [rozporządzenia (2010:185) ustanawiającego instrukcje dla szwedzkiego urzędu transportu] wynika, że o ile nie określono inaczej, zarządcą infrastruktury sieci kolejowej należącej do państwa szwedzkiego jest urząd transportu. Jest to organ właściwy w zakresie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury w postępowaniu głównym (pkt 27 postanowienia odsyłającego).

14 Motyw 58 dyrektywy 2012/34 podkreśla, że „[s]ystemy pobierania opłat i alokacji zdolności przepustowej infrastruktury powinny uwzględnić skutki coraz pełniejszego wykorzystania zdolności przepustowej infrastruktury i w końcu powstania niedoboru tej zdolności".

15 Motyw 71 dyrektywy 2012/34.

16 Obejmują one bazę fizyczną niezbędną do utworzenia sieci kolejowej i jej eksploatacji, taką jak grunty, tory i podtorze, perony pasażerskie i rampy towarowe, drogi technologiczne i przejścia wzdłuż torów, mury ogradzające, zabezpieczenia, obiekty inżynieryjne (mosty lub tunele), przejazdy kolejowe, nawierzchnia kolejowa, drogi dostępu dla pasażerów i towarów, urządzenia zabezpieczające, sygnalizacyjne i łącznościowe na szlaku, w stacjach i stacjach rozrządowych, systemy oświetleniowe oraz urządzenia przetwarzania i rozdziału energii elektrycznej na potrzeby zasilania trakcyjnego lub budynki wykorzystywane przez dział infrastruktury.

17 Artykuł 3 pkt 25 dyrektywy 2012/34.

18 Zdolność przepustowa infrastruktury oznacza „potencjał do układania rozkładu jazdy zamówionych tras pociągów dla danego odcinka infrastruktury w określonym przedziale czasowym" (art. 3 pkt 24 i 27).

19 Na przykład ustalenie zasad pobierania opłat (art. 29 ust. 3), określenie wymogów, jakie muszą spełnić wnioskodawcy (art. 41 ust. 2), ustalenie zasad procesu koordynacji i systemu rozwiązywania sporów (art. 46 ust. 4 i 6) lub, wreszcie, w odniesieniu do infrastruktury przepełnionej, procedury i kryteria, których należy przestrzegać, oraz określenie minimalnej wielkości wykorzystania tras (art. 47 ust. 6 i art. 52 ust. 2).

20 Jeżeli zarządca infrastruktury stwierdzi, że istnieją konflikty między różnymi wnioskami, spróbuje on w drodze koordynacji złożonych wniosków zapewnić możliwie najlepsze ich dopasowanie oraz może zaproponować, w rozsądnych granicach, alokacje zdolności przepustowej infrastruktury, które różnią się od wnioskowanych alokacji.

56. Całość decyzji [21] dotyczących alokacji zdolności przepustowej infrastruktury pozwala na zamknięcie rozkładu jazdy poprzez zaplanowanie ruchu pociągów i taboru kolejowego w infrastrukturze w okresie, w którym obowiązuje wspomniany rozkład jazdy. Załącznik VII pkt 2 dyrektywy 2012/34 dotyczy nieprzewidzianych zmian lub dostosowań rozkładu jazdy, co daje wyobrażenie o jego elastyczności i zdolności dostosowania się do zmieniających się okoliczności.

2. Zastosowanie do niniejszej sprawy

57. Jak już wskazałem, SJ podnosi, że w Szwecji przedsiębiorstwa kolejowe określają trasy, po jakich poruszają się pociągi, ich rozkłady jazdy, liczbę odjazdów oraz miejsca postojów. SJ uzasadnia, że jeśli wspomniana zdolność przepustowa jest ograniczona, wynika to po prostu z ograniczenia fizycznej zdolności przepustowej infrastruktury, a nie z tego, że zarządca infrastruktury ma uprawnienie do jednostronnego określania sposobu zarządzania świadczeniem usług przez przedsiębiorstwa kolejowe.

58. Moim zdaniem argumenty SJ nie są przekonujące. Zarządca infrastruktury działa w rzeczywistości, która oferuje ograniczone możliwości (pod względem przestrzeni i czasu) zrealizowania wniosków przedsiębiorstw. Ze względu na to, że trasy są ograniczone do układów torowisk i zależą od zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej, zarządca z konieczności musi koordynować świadczenie usług transportowych przez przedsiębiorstwa kolejowe. To samo dotyczy również szwedzkiej sieci państwowej.

59. W rzeczywistości swoboda przedsiębiorstw kolejowych, takich jak SJ, w zakresie oferowania odbiorcom publicznym preferowanych tras i najbardziej odpowiadających im rozkładów jazdy pociągów jest kompatybilna z tym, aby propozycje te były uzależnione od decyzji zarządcy infrastruktury dotyczących koordynacji. To właśnie zarządca infrastruktury ostatecznie „ustanawia" (nawet gdy polega to na uwzględnieniu wniosków przedsiębiorstw) tzw. warunki działania usługi.

60. W dyrektywie 2012/34 przewidziano wiele przypadków, w których przyznano zarządcy infrastruktury uprawnienia mające wpływ na te warunki. Definicje zawarte w art. 3, dotyczące „trasy alternatywnej", „realnej alternatywy" lub „przepełnionej infrastruktury", są następnie odzwierciedlone w regulacji, zgodnie z którą zarządca infrastruktury może – i powinien – uczestniczyć w określaniu warunków korzystania z infrastruktury w odniesieniu do „wymaganej zdolności przepustowej", „tras" lub „częstotliwości usług", aby uniknąć powielania tras lub przepełnienia infrastruktury [22].

61. Regulamin sieci, do opublikowania którego zobowiązany jest zarządca infrastruktury, pozwala mu również na wprowadzenie zmian w elementach, które nie są możliwe do określenia a priori. Zarządca ten może ponadto zdecydować o alokacji zdolności przepustowej inaczej, niż wnioskowano, co świadczy o tym, że margines decyzji przedsiębiorstw świadczących usługi transportu kolejowego jest ograniczony przez skończone możliwości związane z naturalnym niedostatkiem dostępnych zasobów, którymi musi zarządzać zarządca infrastruktury.

21 Chociaż dyrektywa nie zawiera dosłownego odniesienia do decyzji dotyczących alokacji zdolności przepustowej infrastruktury, ich wydanie jest oczywiste. Artykuł 46 ust. 6 przewiduje system rozwiązywania sporów (z zastrzeżeniem prawa do odwołania zgodnie z art. 56).

22 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2370 z dnia 14 grudnia 2016 r. zmieniająca dyrektywę 2012/34/UE w odniesieniu do otwarcia rynku krajowych kolejowych przewozów pasażerskich oraz zarządzania infrastrukturą kolejową (Dz.U. 2016, L 352, s. 1) potwierdza tę ocenę. Motyw 28 wspomnianej dyrektywy stanowi, że „[p]aństwa członkowskie mogą uzależnić prawo dostępu do infrastruktury od spełnienia szczególnych warunków, aby umożliwić wdrożenie zintegrowanego systemu rozkładu jazdy krajowych kolejowych przewozów pasażerskich […]".

62. Wreszcie, w transporcie kolejowym dopuszczalne jest nakładanie obowiązków w zakresie świadczenia usług publicznych, które mogą mieć jeszcze większy wpływ na warunki dostępu do infrastruktury. Dyrektywa 2012/34 przewiduje współistnienie, w sieciach kolejowych państw członkowskich, świadczenia usług na warunkach otwartego dostępu i usług podlegających zamówieniom publicznym na usługi, z możliwością określenia kryteriów pierwszeństwa w przypadkach przepełnionej infrastruktury [23].

63. Podsumowując, ze względu na konieczność zarządzania ograniczonymi zasobami kolejowymi i ich rozdziału zarządca infrastruktury musi mieć uprawnienie do nakładania na przedsiębiorstwa, które wykorzystują te zasoby, warunków świadczenia ich usług, mających wpływ na wymaganą zdolność przepustową, trasy oraz częstotliwość tych usług. Taki jest właśnie wymóg zawarty w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17, umożliwiający stwierdzenie istnienia sieci transportu.

B. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

64. Sąd odsyłający musi wyjaśnić znaczenie wyrażeń „dostawa lub obsługa sieci" użytych w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17. W szczególności sąd zamierza ustalić, czy przy świadczeniu usług transportu kolejowego działalność przedsiębiorstw kolejowych jest objęta zakresem zastosowania jednego z tych dwóch pojęć.

65. Niejasność dotyczy zwłaszcza wyrażenia „obsługa sieci". Bezsporne wydaje się, że „dostawa sieci" należy do uprawnień zarządcy infrastruktury, a nie przedsiębiorstw transportowych. Skoncentruję się zatem na wykładni pojęcia „obsługi".

66. Propozycja Komisji jest sugestywna dzięki swej prostocie: „dostawa" odpowiada funkcjom zarządcy infrastruktury, natomiast „obsługa sieci" stanowi działalność przedsiębiorstw kolejowych. Świadczy o tym rozwój prawodawstwa, który doprowadził do nadania określonego brzmienia art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17: w przeciwieństwie do odnośnych artykułów poprzednich dyrektyw dotyczących zamówień publicznych w sektorach szczególnych [24], w których była mowa wyłącznie o „obsłudze sieci", w 2004 r. dodano zwrot „dostawa [tych sieci]".

67. Zdaniem Komisji zwrot „dostawa" został wprowadzony w celu uwzględnienia zarządzania fizyczną siecią i rozróżnienia dwóch odmiennych rodzajów działalności: „obsługa sieci" obejmuje rzeczywiste świadczenie usług transportu kolejowego, realizowane przez przedsiębiorstwa, natomiast zwrot „dostawa" odnosi się do możliwości dostępu do sieci w celu jej wykorzystania przez inne podmioty.

68. Argument Komisji napotyka jednak przeszkodę: dyrektywa 2012/34 wyraźnie rozróżnia między „świadczeniem usług przewozowych" z jednej strony a „eksploatacją infrastruktury" z drugiej strony [25] Eksploatacja infrastruktury jest obowiązkiem zarządcy infrastruktury, natomiast świadczenie usług przewozowych jest realizowane przez przedsiębiorstwa, którym przyznano licencję w tym celu.

69. Dyrektywa 2012/34 stosuje kilkakrotnie pojęcie „świadczenia przewozów" kolejowych, utożsamiając je z działalnością instytucji, które mają licencję przedsiębiorstwa kolejowego, w związku z czym świadczą te usługi odbiorcom publicznym. Jednakże w terminologii wspomnianej dyrektywy czym innym jest „świadczenie usług", a czym innym „eksploatacja infrastruktury".

23 Artykuł 47 ust. 4 akapit drugi dyrektywy 2012/34 odnosi się do wymogów obowiązku użyteczności publicznej. Podobnie motyw 24dyrektywy 2016/2370 potwierdza możliwość ograniczenia przez państwa członkowskie prawa dostępu, „w przypadku gdy prawo to zagrażałoby równowadze ekonomicznej […] umów o świadczenie usług publicznych".

24 Dyrektywa 90/531 i dyrektywa 93/38.

25 Motyw 6 dyrektywy 2012/34. Podobnie stanowi motyw 26: „należy dokonać rozróżnienia między świadczeniem usług przewozowych a eksploatacją obiektów infrastruktury usługowej".

70. Zgodnie z dyrektywą 2012/34 eksploatacja infrastruktury jest wyłącznym zadaniem zarządcy infrastruktury, który nie tylko zapewnia dostęp do niej przedsiębiorstwom świadczącym usługi przewozowe, lecz także utrzymuje ją [26] i zarządza nią, korzystając z sieci w celu wykonania obowiązków powierzonych mu na mocy art. 7 wspomnianej dyrektywy.

71. Rozróżnienie to zastosowano już w definicjach zawartych w pierwotnym brzmieniu dyrektywy 2012/34. Z pojęcia „sieci" zawartego w tej dyrektywie [27] wynikało, że jej obsługa dotyczyła zarządcy infrastruktury. Późniejsze przepisy miały podobne brzmienie:

– Po pierwsze, rozporządzenie wykonawcze 2015/909, mające zastosowanie do obliczenia kosztów przejazdu pociągu, które zostaną pokryte z opłat [28], wiąże przedsiębiorstwa kolejowe z wykonywaniem przewozów pociągami (motyw 18), w przeciwieństwie do dwuelementowego wyrażenia: zarządca infrastruktury-obsługa sieci, do którego odnosi się motyw 2 („zarządcy infrastruktury mają obowiązek obsługi sieci").

– Po drugie, w wyniku zmiany dyrektywy 2012/34 przeprowadzonej w 2016 r. do art. 3 pkt 2 dodano nowy podpunkt, zgodnie z którym „»eksploatacja infrastruktury kolejowej« oznacza alokację tras pociągów, zarządzanie ruchem oraz pobieranie opłat za dostęp do infrastruktury" [29]. Zadania te należą do zarządcy infrastruktury, a nie do przedsiębiorstw transportowych.

72. W takiej sytuacji istnieją dwie możliwości wykładni. Pierwsza polega na dokonaniu wykładni art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17 w świetle późniejszych aktów prawnych regulujących w szczególności jednolity obszar kolejowy (zwłaszcza dyrektywy 2012/34 wraz z późniejszymi zmianami).

73. W przypadku przyjęcia takiego stanowiska konieczne będzie zapewnienie zgodności pojęcia „obsługa sieci [kolejowych]", zawartego w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17, z wyrażeniem „eksploatacja infrastruktury kolejowej", zawartym w dyrektywie 2012/34. Pojęcie prowadzenia przewozów kolejowych nie byłoby objęte zakresem zastosowania wyrażenia „eksploatacja infrastruktury kolejowej", gdyby wziąć się pod uwagę znaczenie nadane (obecnie) przez art. 3 pkt 2b dyrektywy 2012/34, w brzmieniu nadanym przez dyrektywę 2016/2370. Innymi słowy, obsługa sieci nie obejmowałaby prowadzenia przewozów kolejowych, które to pojęcie odpowiada świadczeniu usług transportowych przez przedsiębiorstwa kolejowe.

74. Druga możliwość wymaga autonomicznej wykładni pojęcia „obsługi sieci", zawartego w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17, na które nie mają wpływu niejasności regulacyjne, o których mowa powyżej [30]. Zgodnie z tą wykładnią nic nie stoi na przeszkodzie, aby przedsiębiorstwa kolejowe również „obsługiwały" sieć w tym sensie, żeby czerpały z niej korzyści, wykorzystywały ją lub użytkowały do realizacji transportu kolejowego.

75. Za tym drugim rozwiązaniem przemawia wiele argumentów. Po pierwsze, czyni to argument podniesiony przez Komisję w odniesieniu do genezy art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17, który poprzez wprowadzenie „dostawy sieci", jako pojęcia różniącego się od obsługi sieci, wydaje się rozszerzać pole semantyczne tego zwrotu.

26 Artykuł 7 ust. 1 pozwala jednak państwom członkowskim „powierzyć przedsiębiorstwom kolejowym […] odpowiedzialność za przyczynianie się do rozwoju infrastruktury kolejowej, na przykład poprzez inwestycje, utrzymanie oraz finansowanie".

27 „[C]ałość infrastruktury kolejowej zarządzanej przez zarządcę infrastruktury".

28 Rozporządzenie wykonawcze Komisji z dnia 12 czerwca 2015 r. w sprawie zasad obliczania kosztów, które są ponoszone bezpośrednio jako rezultat przejazdu pociągu (Dz.U. 2015, L 148, s. 17).

29 Artykuł 3 pkt 2b wprowadzony przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2370 z dnia 14 grudnia 2016 r. (Dz.U. 2016, L 352, s. 1).

30 Na rozprawie Komisja poparła powyższe stanowisko.

76. Po drugie, z dosłownego punktu widzenia, wśród różnych znaczeń terminu „obsługa” [„eksploatacja”] istnieje to, które łączy powyższy termin z czerpaniem korzyści z jakiejś rzeczy poprzez posługiwanie się nią. Przedsiębiorstwa świadczące usługi kolejowe dla pasażerów „obsługują” [„eksploatują”] sieć, po której poruszają się ich pociągi, to znaczy użytkują ją lub wykorzystują w celu czerpania z niej korzyści związanej z działalnością w zakresie świadczenia usług publicznych.

77. Po trzecie, stosując wykładnię systemową, nie miałoby sensu, aby art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17 w sposób ogólny wykluczał ze swojego zakresu zastosowania przedsiębiorstwa świadczące usługi przewozowe, ponieważ działalność ta nie jest uznana za obsługę sieci, a w dalszej części (ust. 2 tego przepisu) artykuł stanowił, że dyrektywa nie dotyczy „podmiotów świadczących usługi transportu autobusowego odbiorcom publicznym, które zostały wyłączone z zakresu dyrektywy 93/38/EWG zgodnie z jej art. 2 ust. 4”. To wyraźne doprecyzowanie jest konieczne właśnie ze względu na to, że do innych przedsiębiorstw świadczących usługi przewozowe co do zasady stosuje się dyrektywę 2004/17.

78. Po czwarte wreszcie, dyrektywa 2004/17 zawiera „[n]iewyczerpujące wykazy podmiotów zamawiających w rozumieniu niniejszej dyrektywy [które] przedstawione są w załącznikach I–X” [31]. W załączniku IV, który dotyczy podmiotów zamawiających w zakresie usług kolejowych, zawarte są przedsiębiorstwa publiczne z różnych państw członkowskich, które świadczą takie usługi. W szczególności, w odniesieniu do Szwecji, za takowe uznaje się między innymi „[p]odmioty publiczne świadczące usługi kolejowe zgodnie z järnvägslagen (2004:519) i järnvägsförordningen (2004:526)” [32].

79. Uwzględnienie tego rodzaju podmiotów (do których należy SJ) w załączniku IV do dyrektywy 2004/17 wskazuje, że dla prawodawcy Unii działalność przedsiębiorstw świadczących usługi transportu dla odbiorców publicznych z wykorzystaniem sieci kolejowej jest objęta zakresem zastosowania pojęcia obsługi wspomnianej sieci, w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy, w związku z czym, jeśli spełnione są pozostałe warunki, przedsiębiorstwa te powinny zastosować procedury udzielania zamówień przewidziane w dyrektywie 2004/17 [33].

80. Podsumowując: choć należy przyznać, że istnieje pewna niespójność między pojęciami użytymi w przepisach dotyczących jednolitego europejskiego obszaru kolejowego (dyrektywa 2012/34 i odpowiednie przepisy) oraz pojęciami zastosowanymi w dyrektywie 2004/17, to wykładnia wyrażenia „obsługa sieci”, zawartego w art. 5 ust. 1 powyższej dyrektywy, nie zależy od pojęć zdefiniowanych w przepisach dotyczących jednolitego europejskiego obszaru kolejowego.

81. Wreszcie, SJ podkreślił, że jest przedsiębiorstwem działającym wyłącznie w celach komercyjnych, konkurującym z innymi operatorami kolejowymi, co jego zdaniem wyklucza możliwość uznania go za podmiot zamawiający podlegający przepisom dyrektywy 2004/17.

31 Artykuł 8 („Wykazy podmiotów zamawiających”) dyrektywy 2004/17.

32 Decyzja Komisji z dnia 9 grudnia 2008 r. zmieniająca załączniki do dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie wykazów podmiotów zamawiających i instytucji zamawiających (Dz.U. 2008, L 349, s. 1).

33 Chociaż w wyroku z dnia 5 października 2017 r., LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:736), Trybunał nie rozpatrywał problemu podniesionego w niniejszej sprawie, którego nie dotyczyło odesłanie prejudycjalne, orzekł on, że – w okolicznościach powyższej sprawy i z pewnymi zastrzeżeniami – dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114) podlegała działalność spółki zależnej, należącej w całości do litewskiej spółki kolejowej, którą zaopatrywała ona w sprzęt kolejowy niezbędny dla realizacji działalności transportu kolejowego mającej na celu zapewnienie potrzeb w interesie ogólnym. W mojej opinii w powyższej sprawie (C-567/15, EU:C:2017:319) uznałem, w związku z argumentem jednej ze stron, która powołała się na dyrektywę 2004/17, iż „zważywszy, że art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/17 i art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 zawierają identyczną definicję »podmiotów prawa publicznego« […], udzielenie odpowiedzi na pytania Vilniaus apygardos teismas (sądu okręgowego w Wilnie) jest możliwe bez wykluczania z góry możliwości zastosowania jednego lub drugiego z tych aktów normatywnych”.

82. Dyrektywa 2004/17 przewiduje taką sytuację w art. 30 („Procedura stwierdzająca, czy dana działalność jest bezpośrednio poddana konkurencji"). Wystarczy stwierdzić, że w niniejszej sprawie nie stwierdza się, aby procedura ta została uruchomiona, w związku z czym zastosowanie wspomnianej dyrektywy nie jest wyłączone.

VI. Wnioski

83. W świetle powyższych uwag proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedłożone przez Högsta förvaltningsdomstolen (naczelny sąd administracyjny, Szwecja) Trybunał udzielił następujących odpowiedzi:

Artykuł 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych należy interpretować w ten sposób, że:

– „sieć" istnieje, gdy przedsiębiorstwom świadczącym usługi transportowe zapewnia się dostęp do infrastruktury kolejowej zarządzanej przez państwo na warunkach działania określonych przez właściwy organ tego państwa, nawet jeżeli wspomniany organ musi uwzględnić, w miarę możliwości, wszystkie złożone przez rzeczone przedsiębiorstwa wnioski o przyznanie zdolności przepustowej;

– działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo publiczne, polegająca na świadczeniu usług transportu publicznego z wykorzystaniem sieci kolejowej, stanowi „obsługę sieci« „w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE.