CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 19 september 2018 [1]

Zaak C-388/17

Konkurrensverket
tegen
SJ AB

[verzoek van de Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten in de sector van het spoorvervoer – Activiteiten van het ter beschikking stellen of exploiteren van netten – Begrip ‚net' – Plaatsing, door een spoorwegonderneming waarvan het kapitaal volledig in handen is van de staat, van een overheidsopdracht voor het schoonmaken van treinen – Geen voorafgaande oproep tot mededinging"

1. SJ AB is een naamloze vennootschap die diensten op het gebied van reizigersvervoer per spoor verricht en waarvan het kapitaal volledig in handen is van de Zweedse Staat. In 2012 sloot zij twee overeenkomsten voor de schoonmaak van haar treinen, zonder voorafgaande oproep tot mededinging. De Konkurrensverket (Zweedse mededingingsautoriteit) meende dat die gedraging strijdig was met richtlijn 2004/17/EG. [2]

2. Het geschil tussen het overheidsbedrijf en de mededingingsautoriteit betreft de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17. De verwijzende rechter, die dit geschil moet oplossen, wenst met name verduidelijking van de begrippen van dat artikel, zodat hij kan bepalen of een overheidsbedrijf dat spoorvervoersdiensten verricht binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt.

3. In casu zijn twee kwesties aan de orde:

– ten eerste het begrip „net" voor spoorvervoer, in de zin van die bepaling, en

– ten tweede, voor de gevallen waarin een net bestaat, de betekenis van de uitdrukkingen „ter beschikking stellen of exploiteren van netten", die in de betrokken bepaling worden gebruikt.

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1).

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2004/17

4. Artikel 2 bepaalt:

„1. In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

b) *‚overheidsbedrijf'*: bedrijf waarop aanbestedende diensten rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften.

Een overheersende invloed wordt vermoed aanwezig te zijn, wanneer de aanbestedende diensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf:

– de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezitten, of

[...]

2. Deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die:

a) overheidsdiensten of overheidsbedrijven zijn en die een van de in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten uitoefenen;

[...]"

5. Artikel 5 luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus of autobus of kabel beogen.

Ten aanzien van vervoerdiensten wordt ervan uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.

[...]"

6. In artikel 30 is bepaald:

„1. De richtlijn is niet van toepassing op de opdrachten voor de in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten indien de activiteit in de lidstaat waar zij wordt uitgeoefend rechtstreeks aan mededinging blootstaat op marktgebieden tot welke de toegang niet beperkt is.

[...]

5. Wanneer de wetgeving van de betrokken lidstaat daarin voorziet kunnen de aanbestedende diensten de Commissie verzoeken te bepalen dat lid 1 van toepassing is overeenkomstig lid 6. [...]

[...]”

2. Richtlijn 2012/34/EU

7. Artikel 1 van richtlijn 2012/34/EU [3] luidt:

„1. Deze richtlijn stelt vast:

a) de regels inzake het beheer van de spoorweginfrastructuur en de vervoersactiviteiten per spoor van spoorwegondernemingen die in een lidstaat zijn of zullen worden gevestigd, zoals bepaald in hoofdstuk II;

b) de criteria voor de verlening, verlenging of wijziging, door een lidstaat, van vergunningen voor spoorwegondernemingen die in de Unie gevestigd zijn of zich daar zullen vestigen, zoals bepaald in hoofdstuk III;

c) de beginselen en procedures die bij de vaststelling en de inning van de rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur en de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit moeten worden toegepast, zoals bepaald in hoofdstuk IV.

2. Deze richtlijn is van toepassing op het gebruik van spoorweginfrastructuur voor binnenlandse en internationale spoorwegdiensten.”

8. Artikel 3 bepaalt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

1) ‚spoorwegonderneming’: iedere publiek- of privaatrechtelijke onderneming die in het bezit is van een vergunning overeenkomstig deze richtlijn en waarvan de voornaamste activiteit bestaat in het verlenen van spoorwegvervoersdiensten voor goederen en/of voor passagiers, waarbij die onderneming voor de tractie zorgt; hiertoe behoren ook ondernemingen die uitsluitend voor tractie zorgen;

2) ‚infrastructuurbeheerder’: een instantie of onderneming die met name belast is met de aanleg, het beheer en het onderhoud van spoorweginfrastructuur, met inbegrip van het verkeersbeheer en de besturing en seingeving. De taken van de infrastructuurbeheerder op een net of een deel van een net kunnen aan verschillende instanties of ondernemingen worden toegewezen;

3) ‚spoorweginfrastructuur’: de elementen vermeld in bijlage I;

[...]

24) ‚infrastructuurcapaciteit’: het vermogen om voor een bepaalde periode voor een infrastructuurelement gevraagde treinpaden te plannen;

25) ‚net’: de gehele spoorweginfrastructuur die beheerd wordt door een infrastructuurbeheerder;

[...]

3 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (PB 2012, L 343, blz. 32).

27) ‚treinpad': de infrastructuurcapaciteit die nodig is om een trein in een bepaald tijdvak tussen twee plaatsen te laten rijden;

28) ‚dienstregeling': de informatie over alle geprogrammeerde bewegingen van treinen en rollend materieel, die gedurende de periode dat de dienstregeling geldt op de betreffende infrastructuur zullen worden uitgevoerd;

[...]".

9. Artikel 10 luidt:

„1. Spoorwegondernemingen krijgen onder eerlijke, niet-discriminerende en transparante voorwaarden het recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur in alle lidstaten met het oog op de exploitatie van alle typen goederenvervoersdiensten per spoor. Onder dat recht is begrepen de toegang tot infrastructuur die zee- en binnenhavens verbindt, en andere in bijlage II, punt 2, bedoelde dienstvoorzieningen, alsmede tot infrastructuur die meer dan één eindgebruiker bedient of kan bedienen.

[...]"

10. Artikel 27 bepaalt het volgende:

„1. De infrastructuurbeheerder stelt na overleg met de belanghebbenden een netverklaring op en maakt deze verklaring bekend [...]

2. De netverklaring beschrijft de aard van de voor spoorwegondernemingen beschikbare infrastructuur, en bevat informatie over de voorwaarden voor toegang tot de betreffende spoorweginfrastructuur. De netverklaring bevat ook informatie over de voorwaarden voor toegang tot dienstvoorzieningen die zijn aangesloten op het netwerk van de infrastructuurbeheerder en voor de dienstverlening in die voorzieningen, of een verwijzing naar een website waarop deze informatie kosteloos in elektronische vorm wordt aangeboden. De inhoud van de netverklaring is opgenomen in bijlage IV.

[...]"

11. Artikel 44 bepaalt:

„1. Aanvragers kunnen op publiek- dan wel privaatrechtelijke basis bij de infrastructuurbeheerder een aanvraag indienen ter verkrijging van gebruiksrechten voor spoorweginfrastructuur tegen een heffing als bedoeld in hoofdstuk IV, afdeling 2.

[...]"

12. In artikel 45 is bepaald:

„1. De infrastructuurbeheerder dient zoveel mogelijk aan alle infrastructuurcapaciteitsaanvragen te voldoen, [...].

2. De infrastructuurbeheerder kan binnen de programmerings- en coördinatieprocedure prioriteit verlenen aan specifieke diensten, maar enkel in overeenstemming met de artikelen 47 en 49.

3. De infrastructuurbeheerder raadpleegt de belanghebbenden over de ontwerpdienstregeling en geeft hun ten minste één maand de tijd om hun mening kenbaar te maken. Tot de belanghebbenden behoren behalve de partijen die infrastructuurcapaciteit hebben aangevraagd, ook andere partijen die in de gelegenheid wensen te worden gesteld opmerkingen te maken over de invloed die de dienstregeling kan hebben op hun mogelijkheden om gedurende het dienstregelingstijdvak spoorwegdiensten te verrichten.

[...]"

13. Artikel 46 luidt:

„1. Wanneer de infrastructuurbeheerder tijdens de in artikel 45 bedoelde programmeringsprocedure op met elkaar concurrerende aanvragen stuit, tracht hij door coördinatie van deze aanvragen de meest geschikte oplossing uit te werken, die tegemoet komt aan alle vereisten.

2. Wanneer zich een situatie voordoet, waarin coördinatie vereist is, heeft de infrastructuurbeheerder het recht, binnen redelijke grenzen een van de oorspronkelijk aangevraagde infrastructuurcapaciteit afwijkende capaciteit voor te stellen.

[...]"

B. Nationaal recht

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

14. Ingevolge afdeling 2, § 20, van de Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster[4] zijn aanbestedende entiteiten onder meer ondernemingen waarop aanbestedende diensten een overheersende invloed kunnen uitoefenen. Een overheersende invloed wordt vermoed aanwezig te zijn wanneer de aanbestedende dienst, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezit, of beschikt over de meerderheid van de stemmen die aan de door de onderneming uitgegeven aandelen zijn verbonden, of meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming kan aanwijzen.

15. Afdeling 1, § 8, eerste alinea, bepaalt dat deze wet van toepassing is op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van openbare netten bestemd voor het vervoer per, onder andere, trein beogen.

16. Ingevolge afdeling 1, § 8, tweede alinea, wordt ten aanzien van vervoersdiensten ervan uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.

2. Järnvägslagen (2004:519)

17. Volgens afdeling 5, § 2, van de Järnvägslag (2004:519)[5] is een spoorwegonderneming die haar zetel in een van de EER-landen of in Zwitserland heeft, gerechtigd om op het Zweedse spoorwegnet vervoersdiensten te exploiteren en te organiseren.

4 Wet (2007:1092) inzake het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten; hierna: „LUF".

5 Spoorwegwet; hierna: „JL"

18. Afdeling 6, § 7, bepaalt dat een partij die gerechtigd is om op het Zweedse spoorwegnet vervoersdiensten te exploiteren en te organiseren, infrastructuurcapaciteit in de vorm van treinpaden bij een infrastructuurbeheerder kan aanvragen overeenkomstig zijn beschrijving van het spoorwegnet.

19. Afdeling 6, §§ 1 en 7, en afdeling 6, § 9, hebben betrekking op het verzoek om informatie over de infrastructuurcapaciteit, en op het beheer van en het gunningsbesluit over de aanvragen voor infrastructuurcapaciteit.

20. Afdeling 6, § 9, bepaalt dat de infrastructuurbeheerder een ontwerp van dienstregeling dient op te stellen op basis van de ontvangen aanvragen.

21. Ingevolge afdeling 6, § 10, dient de infrastructuurbeheerder bij wege van onderlinge afstemming te proberen om belangenconflicten bij de toewijzing van capaciteit op te lossen. Wanneer een belangenconflict niet kan worden opgelost, dient de infrastructuurbeheerder een versnelde geschillenbeslechtingsprocedure in het leven te roepen (afdeling 6, § 12).

22. Afdeling 6, §§ 14 en 15, betreft de prioriteitscriteria die zijn opgenomen in de beschrijving van het spoorwegnet.

II. Feiten van het geding en prejudiciële vragen

23. SJ sloot in januari 2012 twee overeenkomsten voor de schoonmaak van haar treinen (ter waarde van respectievelijk 56 en 60 miljoen Zweedse kroon), zonder voorafgaande oproep tot mededinging.

24. De mededingingsautoriteit heeft in januari 2013 de Förvaltningsrätt i Stockholm (bestuursrechter in eerste aanleg Stockholm, Zweden) verzocht om veroordeling van SJ tot een geldboete, aangezien die onderneming een activiteit uitoefende die onder afdeling 1, § 8, LUF viel. SJ verzette zich tegen de vorderingen van verzoekster, die werden afgewezen.

25. De mededingingsautoriteit heeft tegen de beslissing in eerste aanleg beroep ingesteld bij de Kammarrätt i Stockholm (bestuursrechter in tweede aanleg Stockholm, Zweden), dat ook werd verworpen.

26. Ingevolge het cassatieberoep tegen die laatste beslissing bij de Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden), verzoekt die rechter het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/17 aldus worden uitgelegd dat sprake is van een net op het gebied van vervoersdiensten, indien vervoersdiensten op een onder het beheer van de staat vallend spoorwegnet voor nationaal en internationaal spoorvervoer worden verleend overeenkomstig nationale wettelijke bepalingen ter uitvoering van richtlijn 2012/34, welke bepalingen de toewijzing van spoorwegcapaciteit op basis van aanvragen van spoorwegondernemingen behelzen en het vereiste inhouden dat alle aanvragen voor zover als mogelijk worden gehonoreerd?

2) Moet artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/17 aldus worden uitgelegd dat de activiteiten van een spoorwegonderneming als bedoeld in richtlijn 2012/34 die de levering aan het publiek van vervoersdiensten op een spoorwegnet behelzen, het ter beschikking stellen of exploiteren in de zin van die bepaling van de richtlijn inhouden?”

III. Samenvatting van de opmerkingen van partijen

A. Eerste prejudiciële vraag

27. De mededingingsautoriteit is van mening dat aangezien richtlijn 2004/17 niet bepaalt wat onder „net" op het gebied van vervoersdiensten of onder „ter beschikking stellen of exploiteren van netten" moet worden verstaan, de betekenis en de draagwijdte van die termen overeenstemmen met de gebruikelijke betekenis ervan in de omgangstaal, afhankelijk van de context waarin zij worden gebruikt en de nagestreefde doelstellingen.

28. De mededingingsautoriteit wijst op het risico dat aanbestedende diensten onder invloed van de staten geneigd zijn om nationale bedrijven te bevoordelen, hetgeen in strijd is met de regels van het VWEU inzake vrij verkeer en bescherming van de mededinging. De aanbestedingsprocedures waarin richtlijn 2004/17 voorziet, trachten dit risico uit te schakelen. Zonder die bepalingen zou de vermindering van de mededinging als gevolg van de beperkingen die eigen zijn aan de netcapaciteit, aanbestedende diensten in staat stellen bij het plaatsen van een opdracht economische overwegingen buiten beschouwing te laten en vooral criteria in aanmerking te nemen waarbij nationale bedrijven voorrang krijgen.

29. Zij voert aan dat richtlijn 2012/34 de toegang van spoorwegondernemingen (zoals SJ) regelt tot een technisch net met beperkte capaciteit. De infrastructuurbeheerder stelt bij de toewijzing van de treinpaden op dat net voorwaarden vast met betrekking tot onder meer de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst. De omstandigheid dat de netbeheerder ernaar moet streven aan de aanvragen van de spoorwegondernemingen te voldoen, wijzigt niets aan de capaciteitsbeperkingen van dat net.

30. De mededingingsautoriteit erkent dat het volgens artikel 30 van richtlijn 2004/17 mogelijk is dat deze richtlijn niet langer van toepassing is op activiteiten die binnen de werkingssfeer ervan vallen, wanneer die activiteiten rechtstreeks aan mededinging blootstaan op marktgebieden tot welke de toegang niet is beperkt. Die mogelijkheid vereist evenwel een besluit van de Commissie, dat volgens de toepasselijke procedure is genomen, hetgeen in casu niet het geval is.

31. SJ wijst erop dat het spoorvervoer in Zweden volledig geliberaliseerd is en plaatsvindt in een situatie van gelijke mededinging, anders dan in andere staten waar op het gebied van spoorvervoer nog een monopolie geldt.

32. SJ merkt op dat zij ondanks het feit dat zij een vennootschap is waarvan het kapitaal volledig in handen van de Zweedse Staat is, geen overheidssteun of andere voordelen van de staat ontvangt. Haar inkomsten zijn afkomstig uit de verkoop van vervoerbewijzen en zij krijgt geen voorrang bij de toewijzing van treinpaden.

33. Volgens SJ moet artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 restrictief worden uitgelegd, zoals blijkt uit de rechtspraak.[6] Het volstaat niet dat op een entiteit een overheersende invloed kan worden uitgeoefend in de zin van artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/17. De voorwaarden van artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 moeten eenzijdig door een bevoegde instantie van de lidstaat zijn gesteld en onmiddellijk en hoofdzakelijk gevolgen hebben voor de potentiële gebruiker, doordat zij direct en concreet ingrijpen in de wijze waarop de spoorwegonderneming de dienst op het gebied van het vervoer per trein verricht.

6 Zij beroept zich op het arrest van 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, punten 27 en 29).

34. SJ voegt eraan toe dat zowel zijzelf als de andere spoorwegondernemingen die in Zweden actief zijn, op basis van commerciële criteria zelf de trajecten, de treinen waarvan zij gebruikmaken, de dienstregelingen, het aantal ritten, de stops en de prijzen van de vervoersbewijzen bepalen. De infrastructuurbeheerder heeft geen andere bevoegdheden dan die welke hem bij richtlijn 2012/34 zijn verleend en zijn taken bestaan enkel in het garanderen van de toegang tot de spoorweginfrastructuur onder gelijke voorwaarden, niet in het regelen van de concrete voorwaarden voor de vervoersdiensten van de spoorwegondernemingen.

35. Volgens de Commissie werd met de formulering van artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 een ruime opvatting van het begrip net beoogd. Van een net kan sprake zijn zowel wanneer er een fysieke infrastructuur aanwezig is (dat is het geval bij sporen voor treinen of trams), als wanneer die niet aanwezig is, op voorwaarde dat het gaat om een netwerk van met elkaar verbonden lijnen die worden gebruikt door voertuigen in overeenstemming met de door de autoriteiten opgelegde voorwaarden. [7]

36. De Commissie citeert richtlijn 2012/34 als het instrument dat niet alleen de bij het spoorwegverkeer betrokken actoren definieert, maar het ook mogelijk maakt te garanderen dat spoorwegondernemingen op transparante wijze en zonder discriminatie toegang hebben tot de infrastructuur. Zij vestigt in het bijzonder de aandacht op afdeling 3 van hoofdstuk IV, die betrekking heeft op de toewijzing van infrastructuurcapaciteit en in dat verband beschrijft hoe voorwaarden zoals die waarin artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 voorziet, moeten worden bepaald.

37. Aangezien de Trafikverket (Zweedse vervoerbeheerder) de netverklaring goedkeurt, beslist over de toewijzing van de treinpaden en de dienstregeling vaststelt, stelt die autoriteit volgens de Commissie de voorwaarden vast voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur. Dat belet niet dat die autoriteit voor zover mogelijk moet voldoen aan de verzoeken van de aanvragers.

B. Tweede prejudiciële vraag

38. De mededingingsautoriteit is van mening dat er een net van vervoersdiensten bestaat in de zin van artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 wanneer voor het treinverkeer toegang tot een technisch net met beperkte capaciteit is vereist. Het begrip „exploiteren” heeft betrekking op de feitelijke uitvoering van het vervoer op het spoorwegnet. [8]

39. SJ wijst erop dat zij niet verantwoordelijk is voor de spoorweginfrastructuur en dat haar activiteit beperkt is tot het verstrekken van vervoersdiensten aan het publiek, waarbij van die infrastructuur wordt gebruikgemaakt. Derhalve neemt zij niet deel aan het ter beschikking stellen of exploiteren van het Zweedse spoorwegnet, zodat haar activiteiten niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 vallen.

7 Zij beroept zich in dat verband op haar mededeling over een gemeenschapsregeling voor het plaatsen van opdrachten in de uitgesloten sectoren: water, energie, vervoer en telecommunicatie (COM/88/376).

8 Zij baseert zich op punt 48 van de conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2001:686), waarin wordt verklaard dat „exploiteren van het net wil zeggen dit net zelf runnen met, in beginsel, eigen personeel en eigen bussen”.

40. De Commissie benadrukt dat artikel 5, lid 1, eerste alinea, een onderscheid maakt tussen het ter beschikking stellen en het exploiteren van netten. Noch de eerste richtlijn inzake het plaatsen van opdrachten (richtlijn 90/531/EEG)[9], noch richtlijn 93/38/EEG[10] vermeldde het „ter beschikking stellen". Deze vermelding is opgenomen in richtlijn 2004/17 met als doel het beheer van het fysieke net te regelen en de twee activiteiten, die gewoonlijk aan verschillende exploitanten worden toegewezen, af te bakenen en zo te garanderen dat zij beide binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen.

41. De Commissie is van mening dat het „exploiteren van netten" het werkelijk verrichten van het spoorwegvervoer omvat, terwijl het „ter beschikking stellen" verwijst naar de mogelijkheid van toegang tot het net voor het gebruik ervan door anderen.

IV. Procedure bij het Hof

42. De verwijzingsbeslissing is ter griffie van het Hof ingekomen op 29 juni 2017.

43. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de mededingingsautoriteit, SJ en de Europese Commissie, die ook aanwezig waren op de terechtzitting van 13 juni 2018.

V. Beoordeling

44. Zowel de partijen bij het geding als de verwijzende rechter baseren zich op richtlijn 2012/34 om het geschil af te bakenen en de betekenis van de uitdrukkingen in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 te *ontcijferen*.

45. Ik meen dat dit de juiste benadering is. Richtlijn 2012/34 van 21 november 2012 kan als zodanig echter ratione temporis niet worden toegepast op overeenkomsten als aan de orde in het onderhavige geding, welke ondertekend zijn in januari van dat jaar. Tegen dit bezwaar kan worden ingebracht dat richtlijn 2012/34 andere, vroegere richtlijnen, die golden toen die overeenkomsten werden gesloten, „ter wille van de duidelijkheid [heeft herschikt] en [...] tot één handeling [heeft] samengevoegd"[11].

46. Overigens wordt niet betwist dat SJ een spoorwegonderneming is volgens de definitie van artikel 3, punt 1, van richtlijn 2012/34, noch dat zij als kapitaalvennootschap die volledig eigendom is van de staat, een aanbestedende dienst kan zijn [met name een overheidsbedrijf in de zin van artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/17].

47. De verwijzende rechter twijfelt echter of de activiteit van SJ onder de beschrijving van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 kan vallen. Alleen wanneer het antwoord op deze vraag bevestigend is, is die richtlijn op haar van toepassing, want artikel 2, lid 2, onder a), ervan vereist dat de aanbestedende diensten een van de in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten uitoefenen.

9 Richtlijn van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1990, L 297, blz. 1).

10 Richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1993, L 199, blz. 84).

11 Overweging 1, in fine.

A. Eerste prejudiciële vraag

48. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 koppelt het begrip vervoersnet („wordt ervan uitgegaan dat er een net bestaat") aan de verlening van een „dienst [...] onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst".

49. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de beheerder van spoorweginfrastructuur, die verantwoordelijk is voor de toewijzing van treinpaden, middels uitoefening van zijn bevoegdheden aan spoorwegondernemingen in feite voorwaarden oplegt die gevolgen kunnen hebben voor aspecten zoals te volgen routes, beschikbaar te stellen capaciteit of frequentie van de dienst.

50. De vraag heeft betrekking op een context waarin zowel publieke als particuliere spoorwegondernemingen vervoersdiensten verlenen op basis van commerciële criteria [12], zonder dat zij zelf spoorwegnetbeheerders zijn. Derhalve moet in de eerste plaats worden geanalyseerd wat wordt verstaan onder net, en vervolgens worden onderzocht wat de gevolgen daarvan zijn voor het onderhavige geding. [13]

1. Beheer van het net en toewijzing van infrastructuurcapaciteit

51. Richtlijn 2012/34 bevat enerzijds bepalingen betreffende het spoorweginfrastructuurbeheer en anderzijds bepalingen voor de activiteiten van spoorwegondernemingen. Tot de laatste behoren die welke de juridische regeling vaststellen voor het verkrijgen van vergunningen en voor de toewijzing van infrastructuurcapaciteit aan die ondernemingen, die heffingen moeten betalen voor het gebruik van die infrastructuur.

52. Spoorweginfrastructuur heeft uiteraard een beperkte capaciteit [14], aangezien zij een „natuurlijk monopolie" [15] uitmaakt en het zinloos zou zijn de capaciteit ervan te vergroten. Richtlijn 2012/34 geeft geen definitie van spoorweginfrastructuur, maar geeft er de voorkeur aan de elementen waaruit zij bestaat, nader te omschrijven in bijlage I. [16] Het begrip net is gekoppeld aan die infrastructuur: het spoorwegnet is „de gehele spoorweginfrastructuur die beheerd wordt door een infrastructuurbeheerder". [17]

12 In overweging 5 van richtlijn 2012/34 staat te lezen dat „[m]et het oog op de efficiëntie en het concurrentievermogen van het vervoer per spoor ten opzichte van de andere vervoertakken, [de lidstaten] ervoor [dienen] te zorgen dat de spoorwegondernemingen het statuut krijgen van een volgens commerciële beginselen functionerende onafhankelijke onderneming die zich richt naar de behoeften van de markt".

13 SJ verklaart dat er in Zweden meer dan 320 spoorweginfrastructuurbeheerders zijn, maar het moet worden benadrukt dat het net in de onderhavige zaak een staatsnet is. Dat blijkt uit § 2, punt 9, van de förordning med instruktion för Trafikverket (2010:185) (verordening houdende aanwijzingen voor de Zweedse vervoerbeheerder), ingevolge welke, behoudens andersluidende beslissing, de infrastructuurbeheerder van het Zweedse staatsspoorwegnet de Zweedse vervoerbeheerder is. Dat is in het hoofdgeding de overheid die bevoegd is voor de toewijzing van infrastructuur (punt 27 van de verwijzingsbeslissing).

14 Dat wordt benadrukt in overweging 58 van richtlijn 2012/34, waarin wordt verklaard dat „[i]n de heffings- en capaciteitstoewijzingsregelingen [...] rekening [dient] te worden gehouden met de effecten van toenemende infrastructuurcapaciteitsverzadiging en, uiteindelijk, van capaciteitsschaarste".

15 Overweging 71 van richtlijn 2012/34.

16 Tot die elementen behoren de fysieke basis die nodig is voor de totstandbrenging van het spoorwegnet en het gebruik ervan, zoals terreinen, aardebaan, passagiers- en goederenperrons, bermen en paden, afsluitingen, beveiligingen, kunstwerken (bruggen of tunnels), gelijkvloerse kruisingen, bovenbouw, toegangswegen ten dienste van passagiers en goederen, installaties voor de veiligheid, het seinwezen en de telecommunicatie voor de vrije baan, stations en rangeerstations, verlichtingsinstallaties en installaties voor het transformeren en overbrengen van elektrische stroom voor tractiedoeleinden of dienstgebouwen voor de infrastructuur.

17 Artikel 3, punt 25, van richtlijn 2012/34.

53. Spoorweginfrastructuur (die gekoppeld is aan het begrip treinpad)[18] wordt beheerd door de beheerder ervan, die verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en de vernieuwing ervan. De ondernemingen die eerst een vergunning hebben verkregen waardoor zij als spoorwegondernemingen worden aangemerkt, moeten hem om toekenning vragen van het recht om een bepaalde capaciteit van die infrastructuur te gebruiken.

54. Het proces voor de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit wordt voorafgegaan door de zogenoemde „netverklaring", waarin de infrastructuurbeheerder de algemene regels, termijnen, procedures en criteria die deze toewijzing regelen, nader omschrijft. Richtlijn 2012/34 laat de uitwerking van een groot aantal bijzonderheden in dat verband over aan die beheerder.[19]

55. Het basisbeginsel is dat de infrastructuurbeheerder zoveel mogelijk aan alle door hem ontvangen infrastructuurcapaciteitsaanvragen dient te voldoen. Indien dat niet mogelijk is, moet hij andere toewijzingscriteria toepassen.[20] Hij dient bovendien een ontwerpdienstregeling op te stellen en de betrokkenen daarvan in kennis te stellen, zodat die hun opmerkingen kunnen maken.

56. Op basis van alle besluiten[21] over de toewijzing van infrastructuurcapaciteit kan de dienstregeling worden opgesteld, middels planning van de bewegingen van de treinen en van het rollend materieel in de infrastructuur gedurende het tijdvak waarin dat dienstrooster geldt. Bijlage VII, lid 2, van richtlijn 2012/34 voorziet in de mogelijkheid van wijzigingen of aanpassingen van de dienstregeling, waaruit blijkt dat die dienstregeling flexibel is en kan worden aangepast aan wijzigende omstandigheden.

2. Toepassing op het onderhavige geval

57. Zoals ik reeds heb opgemerkt, voert SJ aan dat in Zweden de spoorwegondernemingen de trajecten die hun treinen zullen afleggen, de dienstregelingen, het aantal ritten en de stopplaatsen bepalen. Zij meent dat indien deze bevoegdheid wordt beperkt, dit gewoon te wijten is aan de beperkte fysieke capaciteit van de infrastructuur, en niet aan het feit dat de infrastructuurbeheerder bevoegd is om eenzijdig te bepalen hoe de spoorwegondernemingen de dienstverlening moeten beheren.

58. De redenering van SJ is mijns inziens niet overtuigend. De infrastructuurbeheerder handelt in het kader van een realiteit die (in ruimte en tijd) beperkte mogelijkheden biedt om de aanvragen van de verzoekende ondernemingen te honoreren. Aangezien de trajecten beperkt zijn tot de plaatsen waar spoorwegen zijn aangelegd en afhankelijk zijn van het rendement van de dienstvoorzieningen, is de beheerder wel verplicht de vervoersdiensten die door alle spoorwegondernemingen worden aangeboden, te coördineren. Dat gebeurt ook bij het Zweedse staatsnet.

59. De vrijheid van de spoorwegondernemingen, zoals SJ, om het publiek de trajecten aan te bieden die zij verkiezen en de dienstregelingen die hun het best uitkomen, is verenigbaar met het feit dat hetgeen zij aanbieden afhankelijk wordt gesteld van de coördinatiebeslissingen van de infrastructuurbeheerder. Het is derhalve laatstgenoemde die uiteindelijk de zogenoemde „voorwaarden" van de dienst „vaststelt" (ook wanneer hij dit doet door in te stemmen met de aanvragen van de ondernemingen).

18 Onder infrastructuurcapaciteit wordt verstaan „het vermogen om voor een bepaalde periode voor een infrastructuurelement gevraagde treinpaden te plannen" (artikel 3, punten 24 en 27).

19 Aldus bijvoorbeeld de vaststelling van regels voor de toepassing van heffingen (artikel 29, lid 3), de bepaling van de regels waaraan de kandidaten moeten voldoen (artikel 41, lid 2), de vaststelling van de beginselen van de coördinatieprocedure en van een regeling om geschillen te beslechten (artikel 46, leden 4 en 6) of, ten slotte, met betrekking tot overbelaste infrastructuur, de te volgen procedures en criteria en de bepaling van de minimumdrempelwaarde voor het gebruik (artikel 47, lid 6, en artikel 52, lid 2).

20 Wanneer de infrastructuurbeheerder vaststelt dat er met elkaar concurrerende aanvragen bestaan, tracht hij door coördinatie van de ingediende aanvragen de meest geschikte oplossing uit te werken, die tegemoet komt aan alle vereisten. Daarbij heeft hij het recht, binnen redelijke grenzen een van de oorspronkelijk aangevraagde infrastructuurcapaciteit afwijkende capaciteit voor te stellen.

21 De richtlijn verwijst weliswaar niet uitdrukkelijk naar besluiten over de toewijzing van infrastructuurcapaciteit, maar de vaststelling daarvan ligt voor de hand. Artikel 46, lid 6, voorziet in een regeling om geschillen te beslechten (onverminderd de relevante beroepsprocedure overeenkomstig artikel 56).

60. Bij richtlijn 2012/34 worden aan de infrastructuurbeheerder in vele gevallen bevoegdheden toegewezen met betrekking tot die voorwaarden. De definities in artikel 3 van „alternatief traject", „levensvatbaar alternatief" of „overbelaste infrastructuur" komen verder nog tot uitdrukking in de regeling, krachtens welke de infrastructuurbeheerder kan – en moet – worden betrokken bij de vaststelling van de gebruiksvoorwaarden van het spoorwegnet, ongeacht of het gaat om de „beschikbaar te stellen capaciteit", de „te volgen routes" zelf, of de „frequentie van de dienst", om overlappingen of overbelasting te vermijden. [22]

61. De netverklaring, die door de infrastructuurbeheerder moet worden bekendgemaakt, stelt hem ook in staat aspecten te wijzigen die niet a priori kunnen worden bepaald. Bovendien kan hij capaciteit toewijzen die afwijkt van wat is aangevraagd, waaruit blijkt dat de beslissingsbevoegdheid van de ondernemingen die spoorvervoer verstrekken, beperkt wordt door begrensde mogelijkheden, die inherent zijn aan de schaarste van beschikbare middelen, die de infrastructuurbeheerder moet beheren.

62. Ten slotte is het in het kader van het spoorvervoer toegestaan openbaredienstverplichtingen op te leggen, die nog meer impact kunnen hebben op de voorwaarden voor de toegang tot de infrastructuur. Richtlijn 2012/34 bepaalt dat op de spoorwegnetten van de lidstaten vrij toegankelijke diensten en diensten die onder openbaredienstcontracten vallen naast elkaar bestaan, met de mogelijkheid om voorrangscriteria vast te stellen in geval van overbelaste infrastructuur. [23]

63. Uiteindelijk betekent de noodzaak om beperkte spoorwegmiddelen te beheren en te verdelen dat de infrastructuurbeheerder het recht moet hebben om aan de verstrekking van diensten door de ondernemingen die van die middelen gebruikmaken voorwaarden te verbinden in verband met de beschikbaar te stellen capaciteit, de te volgen routes en de frequentie van die diensten. Dat is precies wat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 vereist om ervan uit te kunnen gaan dat er een vervoersnet bestaat.

B. Tweede prejudiciële vraag

64. De verwijzende rechter wenst verduidelijking van de uitdrukkingen „ter beschikking stellen of exploiteren van netten", die in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 worden gebruikt. Hij wenst met name te vernemen of het verstrekken van spoorvervoersdiensten door spoorwegondernemingen onder een van die twee begrippen valt.

65. Zijn twijfel betreft het „exploiteren van netten". Blijkbaar bestaat er consensus over het feit dat het „ter beschikking stellen van netten" tot de bevoegdheid van de infrastructuurbeheerder behoort en niet tot die van de vervoersondernemingen. Ik zal mij derhalve toeleggen op de uitlegging van het begrip „exploiteren".

22 Richtlijn (EU) 2016/2370 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 tot wijziging van richtlijn 2012/34/EU, met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands passagiersvervoer per spoor en het beheer van de spoorweginfrastructuur (PB 2016, L 352, blz. 1), bevestigt die zienswijze. In overweging 28 ervan staat te lezen dat „de lidstaten specifieke voorwaarden [kunnen] verbinden aan het recht op toegang tot de infrastructuur teneinde de uitvoering van een geïntegreerde dienstregeling voor binnenlandse passagiersdiensten per spoor mogelijk te maken".

23 Artikel 47, lid 4, tweede alinea, van richtlijn 2012/34 vermeldt de eisen van de openbare dienst. In dezelfde zin wordt in overweging 24 van richtlijn 2016/2370 de mogelijkheid bekrachtigd van de lidstaten om het recht op toegang te beperken „indien de uitoefening van dat recht het economisch evenwicht van die openbaredienstcontracten in gevaar zou brengen".

66. Het voorstel van de Commissie is aantrekkelijk omdat het duidelijk is: het „ter beschikking stellen" behoort tot de functies van de infrastructuurbeheerder, terwijl het „exploiteren van netten" de activiteit van de spoorwegondernemingen is. Dat wordt bevestigd door de evolutie van de wetgeving die heeft geleid tot de bewoordingen van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17: anders dan in de desbetreffende artikelen van de voorgaande richtlijnen inzake het plaatsen van opdrachten in speciale sectoren [24], waarin uitsluitend sprake was van „exploitatie van netten", werd in 2004 „het ter beschikking stellen [van die netten]" toegevoegd.

67. Volgens de Commissie is het „ter beschikking stellen" toegevoegd om ook het beheer van het fysieke net onder de richtlijn te laten vallen en twee verschillende activiteiten van elkaar te onderscheiden: het „exploiteren van netten" heeft betrekking op het daadwerkelijk verstrekken van spoorvervoer door de ondernemingen, terwijl het „ter beschikking stellen" verwijst naar de mogelijkheid van toegang tot het net, zodat het kan worden gebruikt door anderen.

68. Het standpunt van de Commissie stuit echter op het volgende probleem: in richtlijn 2012/34 wordt duidelijk een onderscheid gemaakt tussen de „exploitatie van vervoersdiensten" en het „beheer van de infrastructuur". [25] Dat laatste is de taak van de infrastructuurbeheerder, terwijl de exploitatie van vervoersdiensten wordt uitgevoerd door de ondernemingen die daartoe een vergunning hebben verkregen.

69. In richtlijn 2012/34 wordt herhaaldelijk gebruikgemaakt van het begrip „exploitatie van vervoersdiensten" per spoor, waarbij dit wordt omschreven als de activiteit van de entiteiten die over een vergunning van spoorwegonderneming beschikken en op basis daarvan deze diensten aan het publiek verstrekken. Volgens de terminologie van die richtlijn wordt echter een onderscheid gemaakt tussen het „exploiteren van de dienst" en het „exploiteren van de infrastructuur".

70. Het „exploiteren van de infrastructuur" is volgens richtlijn 2012/34 exclusief een taak van de infrastructuurbeheerder, die deze infrastructuur niet alleen ter beschikking stelt van de ondernemingen die de vervoersdienst exploiteren, maar ook onderhoudt [26] en beheert, en daarbij gebruikmaakt van het net om de taken te vervullen die hem bij artikel 7 van die richtlijn worden toegewezen.

71. Deze tweepartijenregeling bleek reeds uit de definities in de oorspronkelijke versie van richtlijn 2012/34. Uit het begrip „net" van die richtlijn [27] kon worden opgemaakt dat de exploitatie ervan de verantwoordelijkheid van de infrastructuurbeheerder was. De latere regels zijn in dezelfde zin geëvolueerd:

– In uitvoeringsverordening 2015/909, die moet worden toegepast om de exploitatiekosten te berekenen die door de heffingen moeten worden gedekt [28], worden spoorwegondernemingen aan de exploitatie van treindiensten gekoppeld (overweging 18), tegenover het tweespan infrastructuurbeheerder-exploitatie van spoornetten, waarnaar overweging 2 verwijst („infrastructuurbeheerders zijn belast met de exploitatie van spoornetten").

24 Richtlijn 90/531 en richtlijn 93/38.

25 Overweging 6 van richtlijn 2012/34. In dezelfde zin staat in overweging 26 het volgende te lezen: „[er] moet een onderscheid worden gemaakt tussen het aanbieden van vervoersdiensten en de exploitatie van voorzieningen".

26 Artikel 7, lid 1, staat de lidstaten evenwel toe „de spoorwegondernemingen [te] belasten met de verantwoordelijkheid bij te dragen tot de ontwikkeling van de spoorweginfrastructuur, bijvoorbeeld door middel van investeringen, onderhoud en financiering".

27 „[D]e gehele spoorweginfrastructuur die beheerd wordt door een infrastructuurbeheerder".

28 Uitvoeringsverordening van de Commissie van 12 juni 2015 betreffende de modaliteiten voor de berekening van de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien (PB 2015, L 148, blz. 17).

– Verder is bij de hervorming van richtlijn 2012/34 in 2016 een nieuw punt ingevoegd na punt 2 van artikel 3, op grond waarvan onder „exploitatie van de spoorweginfrastructuur [...] toewijzing van treinpaden, verkeersbeheer en infrastructuurheffingen" wordt verstaan.[29] Dit zijn taken die onder de bevoegdheid van de infrastructuurbeheerder vallen en niet onder die van vervoersondernemingen.

72. In dit verband zijn er twee uitleggingsmogelijkheden. De eerste bestaat in de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 in het licht van de latere wetteksten die in het bijzonder de gemeenschappelijke spoorwegruimte regelen (met name richtlijn 2012/34 en de wijzigingen daarvan).

73. Indien die benadering wordt gevolgd, dient het begrip „exploiteren van spoorwegnetten" van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 in overeenstemming te worden gebracht met het begrip „exploitatie van spoorweginfrastructuur" van richtlijn 2012/34. De exploitatie van de treindienst zou niet onder dat begrip vallen indien de betekenis werd gevolgd die (thans) in artikel 3, punt 2 ter), van richtlijn 2012/34, zoals gewijzigd bij richtlijn 2016/2370, aan dat begrip wordt gegeven. Met andere woorden zou de exploitatie van het net niet de exploitatie van de treindienst omvatten, die overeenstemt met de exploitatie van de vervoersdiensten door de spoorwegondernemingen.

74. De tweede mogelijkheid pleit voor een autonome lezing van het begrip „exploiteren van netten" in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17, die niet is beïnvloed door de hierboven vermelde regelgevende ontwikkelingen.[30] Volgens die uitlegging staat niets eraan in de weg dat ook spoorwegondernemingen het net „exploiteren", in de zin dat zij er voordeel uit trekken, het benutten of het gebruiken om het spoorvervoer te verrichten.

75. Ter ondersteuning van deze tweede mogelijkheid kunnen verschillende argumenten worden aangevoerd. In de eerste plaats is er het argument van de Commissie met betrekking tot de ontstaansgeschiedenis van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17, dat met de invoering van het „ter beschikking stellen van het net" als een zelfstandig begrip, dat verschilt van het exploiteren ervan, het betekenisveld van dit laatste begrip lijkt te verruimen.

76. In de tweede plaats betekent de term „exploiteren" in letterlijke zin onder meer voordeel trekken uit een zaak door ermee te werken. De ondernemingen die spoorwegdiensten verlenen aan reizigers „exploiteren" het net waarop hun treinen rijden, dit wil zeggen dat zij het gebruiken of benutten om er het profijt van te trekken dat eigen is aan hun openbaredienstactiviteit.

77. In de derde plaats zou het vanuit systematisch oogpunt niet erg logisch zijn dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 ondernemingen die vervoersdiensten verlenen, algemeen van de werkingssfeer van die richtlijn zou uitsluiten op grond dat deze activiteit niet als het exploiteren van het net kan worden beschouwd, terwijl aansluitend (in lid 2 van dat artikel) wordt verklaard dat die richtlijn niet van toepassing is „op diensten die openbare busdienst verzorgen en die op grond van artikel 2, lid 4, van richtlijn 93/38/EEG van het toepassingsgebied van die richtlijn zijn uitgesloten". Deze vermelding is juist nodig omdat richtlijn 2004/17 in beginsel wel van toepassing is op de andere ondernemingen die vervoersdiensten verrichten.

29 Artikel 3, punt 2 ter), ingevoegd door richtlijn (EU) 2016/2370 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 (PB 2016, L 352, blz. 1).

30 Ter terechtzitting heeft de Commissie dit standpunt onderschreven.

78. In de vierde en laatste plaats bevat richtlijn 2004/17 „niet-limitatieve lijsten van aanbestedende diensten in de zin van deze richtlijn [die] zijn opgenomen in de bijlagen I tot en met X”.[31] Bijlage IV, die betrekking heeft op de aanbestedende diensten in de sector vervoersdiensten per trein, vermeldt de overheidsbedrijven van de verschillende lidstaten die deze diensten verlenen. Wat Zweden betreft, behoren daartoe concreet onder meer de „publieke entiteiten die spoorwegdiensten verlenen overeenkomstig de järnvägslag (2004:519) en de järnvägsförordning (2004:526)”.[32]

79. Uit de opname van dit soort entiteiten (waartoe SJ behoort) in bijlage IV bij richtlijn 2004/17 blijkt dat de activiteit van de ondernemingen die vervoersdiensten aanbieden aan het publiek door gebruik te maken van het spoorwegnet volgens de Uniewetgever onder het begrip exploiteren van dat net in de zin van artikel 5, lid 1, van die richtlijn valt, zodat wanneer voldaan is aan de andere voorwaarden, moet worden gebruikgemaakt van de in richtlijn 2004/17 bepaalde aanbestedingsprocedures.[33]

80. Hoewel dient te worden erkend dat er een zeker gebrek aan samenhang bestaat tussen de begrippen die worden gebruikt in de bepalingen inzake de gemeenschappelijke Europese spoorwegruimte (richtlijn 2012/34 en overeenkomstige regels) en die welke worden gehanteerd in richtlijn 2004/17, is de uitlegging van de uitdrukking „exploiteren van netten” in artikel 5, lid 1, van deze laatste al met al niet afhankelijk van de begrippen die in de eerste bepalingen zijn vastgesteld.

81. Ten slotte heeft SJ benadrukt dat zij een onderneming is die haar activiteiten met strikt commerciële doeleinden verricht en in dat verband concurreert met andere spoorwegondernemingen, wat volgens haar uitsluit dat zij als een aanbestedende dienst wordt beschouwd die onder richtlijn 2004/17 valt.

82. Richtlijn 2004/17 voorziet in die situatie in artikel 30 („Procedure om te bepalen of een specifieke activiteit rechtstreeks aan mededinging blootgesteld is”). In dat verband kan worden volstaan met de vaststelling dat in casu niet blijkt dat die procedure is gestart, zodat de toepassing van die richtlijn niet is uitgesloten.

31 Artikel 8 („Lijsten van aanbestedende diensten”) van richtlijn 2004/17.

32 Beschikking van de Commissie van 9 december 2008 tot wijziging van de lijsten van aanbestedende diensten in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten (PB 2008, L 349, blz. 1).

33 Hoewel het Hof in het arrest van 5 oktober 2017, LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:736), niet is ingegaan op het in casu aan de orde gestelde probleem, waarop de prejudiciële verwijzing geen betrekking had, heeft het geoordeeld dat de activiteit van een dochteronderneming, die volledig eigendom was van de Litouwse spoorwegmaatschappij, waaraan deze dochteronderneming het spoorwegmateriaal leverde dat die maatschappij nodig had om haar spoorvervoersactiviteit te verrichten met het oog op het voldoen van behoeften van algemeen belang, in de omstandigheden van die zaak en onder bepaalde voorwaarden, binnen de werkingssfeer viel van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114). In mijn conclusie in die zaak (C-567/15, EU:C:2017:319) heb ik, gelet op het argument van een van de partijen die aanvoerde dat richtlijn 2004/17 van toepassing was, verklaard dat „[a]angezien artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/17 en artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 een identieke definitie bevatten van het begrip ‚publiekrechtelijke instelling’ [...] de vragen van de Vilniaus apygardos teismas (rechter in eerste aanleg Vilnius, Litouwen) in de praktijk [kunnen] worden beantwoord zonder dat de toepasselijkheid van de ene of van de andere richtlijn meteen al hoeft te worden uitgesloten”.

VI. Conclusie

83. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Högsta förvaltningsdomstol als volgt te beantwoorden:

„Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten dient aldus te worden uitgelegd dat:

– sprake is van een ‚net' indien aan ondernemingen die vervoersdiensten verrichten een door de staat beheerde spoorweginfrastructuur ter beschikking wordt gesteld onder de operationele voorwaarden die door de bevoegde autoriteit van die staat zijn vastgesteld, ook al dient die autoriteit alle aanvragen van die ondernemingen voor de toewijzing van capaciteit voor zover als mogelijk te honoreren;

– de activiteit van een overheidsbedrijf die bestaat in de verrichting van publieke vervoersdiensten op het spoorwegnet, het ‚exploiteren van netten' in de zin van richtlijn 2004/17/EG inhoudt."