



## Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
föredraget den 19 september 2018<sup>1</sup>

**Mål C-388/17**

**Konkurrensverket  
mot  
SJ AB**

(begäran om förhandsavgörande från Högsta förvaltningsdomstolen (Sverige))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling inom sektorn för järnvägstransport – Tillhandahållande eller drift av nät – Begreppet nät – Ett av staten helägt järnvägsföretags tilldelning av kontrakt om städservice ombord på tåg – Något föregående upphandlingsförfarande har inte genomförts”

1. SJ AB (nedan kallat SJ) är ett av svenska staten helägt aktieföretag som bedriver persontrafik på järnväg. År 2012 ingick SJ två avtal om städservice ombord på bolagets tåg utan att det föregicks av något offentligt upphandlingsförfarande, vilket Konkurrensverket anser strider mot direktiv 2004/17/EG.<sup>2</sup>

2. Tvisten mellan det offentliga företaget och Konkurrensverket handlar i första hand om tolkningen av artikel 5.1 i direktiv 2004/17. Närmare bestämt vill den hänskjutande domstolen, som ska avgöra denna tvist, få klargjort innebörden av de begrepp som förekommer i den artikeln, vilket kan hjälpa den att avgöra om ett offentligt företag som bedriver järnvägstrafik omfattas av tillämpningsområdet för det direktivet.

3. I det här sammanhanget är det två frågor som är omtvistade:

- Dels begreppet ”nät” för järnvägstransporter, i den mening som avses i den artikeln.
- Dels, för de fall där det finns ett nät, vilken betydelse uttrycket ”tillhandahållande eller drift av nät” i den bestämmelsen har.

<sup>1</sup> Originalspråk: spanska.

<sup>2</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, 2004, s. 1).

## I. Tillämpliga bestämmelser

### A. Unionsrätt

#### 1. Direktiv 2004/17

4. Artikel 2 har följande lydelse:

”1. ”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

b) offentligt företag: varje företag över vilket en upphandlande myndighet har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande till följd av ägarförhållande, finansiellt deltagande eller gällande regler.

Bestämmande inflytande skall anses föreligga när en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag

– äger större delen av det tecknade kapitalet i företaget, eller

...

2. Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

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

...”

5. Artikel 5 har följande lydelse:

”1. Detta direktiv omfattar verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägstransporter, automatiserade system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.

Ett nät för transporttjänster skall anses föreligga om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, t.ex. i fråga om linjedragning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet.

...”

6. Artikel 30 har följande lydelse:

”1. Kontrakt som syftar till att medge utförandet av en verksamhet enligt artiklarna 3–7 omfattas inte av detta direktiv om den aktuella verksamheten i den medlemsstat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.”

...

5. När det föreskrivs i den berörda medlemsstatens lagstiftning får en upphandlande enhet begära att kommissionen genom ett beslut i enlighet med punkt 6 fastställer att punkt 1 är tillämplig för en viss verksamhet. ...

...”

## 2. Direktiv 2012/34/EU<sup>3</sup>

7. Artikel 1 föreskriver följande:

”1. Detta direktiv fastställer

- a) de regler som ska tillämpas på förvaltningen av järnvägsinfrastrukturen och på järnvägstransporter utförda av järnvägsföretag som är etablerade eller kommer att etableras i en medlemsstat, som anges i kapitel II,
- b) de kriterier som ska tillämpas när en medlemsstat utfärdar, förnyar eller ändrar tillstånd som är avsedda för järnvägsföretag som är eller kommer att vara etablerade inom unionen, som anges i kapitel III,
- c) de principer och förfaranden som ska tillämpas vid fastställande och uttag av avgifter för utnyttjande av järnvägsinfrastruktur och vid tilldelning av järnvägsinfrastrukturkapacitet, som anges i kapitel IV.

2. Detta direktiv gäller användning av järnvägsinfrastruktur för inrikes och internationell järnvägstrafik.”

8. I artikel 3 föreskrivs följande:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

- 1) järnvägsföretag: varje offentligt eller privat företag med tillstånd i enlighet med detta direktiv vars huvudsakliga verksamhet består i att tillhandahålla tjänster för transport av gods och/eller passagerare på järnväg med kravet att företaget måste tillhandahålla dragkraft; detta gäller även företag som endast tillhandahåller dragkraft.
- 2) infrastrukturförvaltare: varje organ eller företag som särskilt ansvarar för att anlägga, förvalta och underhålla järnvägsinfrastruktur, inklusive trafikledning, trafikstyrning och signalering. Infrastrukturförvaltarens uppgifter med avseende på järnvägsnät eller del av ett järnvägsnät får tilldelas olika organ eller företag,
- 3) järnvägsinfrastruktur: de anläggningar som finns förtecknade i bilaga I.

...

24) infrastrukturkapacitet: möjlighet att planera begärda tåglägen för en del av infrastrukturen under en viss period.

25) järnvägsnät: hela den järnvägsinfrastruktur som förvaltas av en infrastrukturförvaltare.

...

27) tågläge: den infrastrukturkapacitet som behövs för att framföra ett visst tåg från en plats till en annan under en viss period.

<sup>3</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv av den 21 november 2012 om inrättande av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde (EUT L 343, 2012, s. 32).

28) tågplan: uppgifter om alla planerade rörelser av tåg och rullande materiel som kommer att äga rum på den berörda infrastrukturen under den tid som tågplanen gäller.

...”

9. I artikel 10 föreskrivs följande:

”1. Järnvägsföretag ska på rättvisa, icke-diskriminerande och öppna villkor beviljas rätt till tillträde till järnvägsinfrastrukturen i alla medlemsstater i syfte att utföra alla sorters godstransporttjänster. Denna rätt ska inbegripa tillträde till infrastruktur som förbinder kusthamnar och inlandshamnar och andra anläggningar för tjänster som avses i punkt 2 i bilaga II, och till infrastruktur som betjänar eller kan betjäna mer än en slutlig kund

...”

10. I artikel 27 föreskrivs följande:

”1. Infrastrukturförvaltaren ska efter samråd med de berörda parterna upprätta och offentliggöra en beskrivning av järnvägsnätet ...

2. Beskrivningen av järnvägsnätet ska ange vilken art av infrastruktur som är tillgänglig för järnvägsföretag, och den ska innehålla information om de villkor som gäller för att få tillträde till den berörda järnvägsinfrastrukturen. Beskrivningen av järnvägsnätet ska även innehålla information om de villkor som gäller för att få tillträde till de anläggningar för tjänster som är knutna till infrastrukturförvaltarens järnvägsnät och tillhandahållande av tjänster i dessa anläggningar eller ange en webbplats där sådan information görs tillgänglig gratis i elektroniskt format. Innehållet i beskrivningen av järnvägsnätet fastställs i bilaga IV.

...”

11. I artikel 44 föreskrivs följande:

”1. Sökande får i enlighet med offentlighetsrättsliga eller civilrättsliga bestämmelser, ansöka hos infrastrukturförvaltaren om ett avtal som ger rätt att använda järnvägsinfrastruktur mot den avgift som avses i avsnitt 2 i kapitel IV.

...”

12. Artikel 45 har följande lydelse:

”1. Infrastrukturförvaltaren ska i så stor utsträckning som möjligt tillmötesgå alla ansökningar om infrastrukturkapacitet ...

2. Infrastrukturförvaltaren får prioritera särskilda tjänster i tågplane- och samordningsprocessen, men endast i enlighet med artiklarna 47 och 49.

3. Infrastrukturförvaltaren ska samråda med berörda parter om utkastet till tågplan och ge dem en tidsfrist på minst en månad för att lämna sina synpunkter. Berörda parter ska omfatta alla som har ansökt om infrastrukturkapacitet samt andra parter som vill få möjlighet att lämna synpunkter på hur tågplanen eventuellt påverkar deras möjlighet att upphandla järnvägstjänster under tågplanperioden.

...”

13. I artikel 46 föreskrivs följande:

”1. Om intressekonflikter uppstår under den tågplaneprocess som avses i artikel 45 ska infrastrukturförvaltaren genom en samordning av ansökningarna sträva efter att finna bästa möjliga lösning på alla önskemål.

2. Om det uppstår en situation som kräver samordning skall infrastrukturförvaltaren inom rimliga gränser ha rätt att föreslå en annan infrastrukturkapacitet än den som har begärts.

...”

## **B. Nationell rätt**

### *1. Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster<sup>4</sup>*

14. Enligt 2 kap. 20 § avses med upphandlande enheter bland annat sådana företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över. Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag innehar mer än hälften av andelarna i företaget, eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande, eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

15. I 1 kap. 8 § första stycket anges att en verksamhet omfattas av lagen om den består av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med bland annat järnväg.

16. Av 1 kap. 8 § andra stycket framgår att ett nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

### *2. Järnvägslagen (2004:519)<sup>5</sup>*

17. Enligt 5 kap. 2 § har ett järnvägsföretag med säte i en stat inom EES eller i Schweiz rätt att utföra och organisera trafik på svenska järnvägsnät.

18. I 6 kap. 7 § anges att den som har rätt att utföra eller organisera trafik på svenska järnvägsnät kan ansöka om infrastrukturkapacitet i form av tågläge hos en infrastrukturförvaltare i enlighet med dennes beskrivning av järnvägsnätet.

19. 6 kap. 1 och 7 §§ och 6 kap 9 § handlar om ansökan om infrastrukturkapacitet samt om förvaltning och beslut om tilldelning av sökt infrastrukturkapacitet.

20. Enligt 6 kap. 9 § ska infrastrukturförvaltaren ta fram ett förslag till tågplan med utgångspunkt från de ansökningar som kommit in.

21. Av 6 kap. 10 § framgår att infrastrukturförvaltaren genom samordning ska försöka lösa de eventuella intressekonflikter som uppstår vid kapacitetstilldelningen. Om en intressekonflikt inte kan lösas, ska infrastrukturförvaltaren tillhandahålla ett förfarande för skyndsamt tvistlösning (6 kap. 12 §).

<sup>4</sup> Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (nedan kallad LUF).

<sup>5</sup> Järnvägslag (2004:519).

22. 6 kap. 14 och 15 §§ handlar om de prioriteringskriterier som anges i beskrivningen av järnvägsnätet.

## II. Faktiska omständigheter i det nationella målet och tolkningsfrågorna

23. SJ ingick i januari 2012 två avtal om städservice ombord på bolagets tåg (till ett värde av 56 respektive 60 miljoner SEK) utan att det föregicks av något offentligt upphandlingsförfarande.

24. Konkurrensverket ansökte i januari 2013 hos Förvaltningsrätten i Stockholm om att SJ skulle åläggas att betala sanktionsavgift eftersom Konkurrensverket ansåg att SJ bedriver sådan verksamhet som avses i 1 kap. 8 § LUF. SJ yrkade att Konkurrensverkets ansökningar inte skulle tas upp till prövning, och förvaltningsrätten avvisade ansökningarna.

25. Konkurrensverket överklagade förvaltningsrättens beslut till Kammarrätten i Stockholm som avlog överklagandet.

26. Kammarrättens dom har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen som har beslutat att följande frågor ska hänskjutas till EU-domstolen för ett förhandsavgörande:

- ”1) Ska artikel 5.1 första stycket i direktiv 2004/17/EG tolkas på så sätt att ett nät för transporttjänster föreligger när transporttjänster på ett statligt förvaltad järnvägsnät för nationell och internationell järnvägstrafik tillhandahålls enligt bestämmelser i nationell lagstiftning som genomför direktiv 2012/34/EU, vilka innebär att tilldelningen av järnvägsinfrastrukturkapacitet baseras på ansökningar från järnvägsföretag och att samtliga ansökningar ska tillmötesgåas i största möjliga utsträckning?
- 2) Ska artikel 5.1 första stycket i direktiv 2004/17/EG tolkas på så sätt att en verksamhet som bedrivs av ett sådant järnvägsföretag som avses i direktiv 2012/34/EU och som innebär att allmänheten erbjuds transporttjänster på ett järnvägsnät utgör sådant tillhandahållande eller sådan drift av nät som avses i bestämmelsen?”

## III. Sammanfattning av parternas ståndpunkter

### A. Den första tolkningsfrågan

27. Eftersom det i direktiv 2004/17 inte definieras vad som avses med ”nät för transporttjänster” eller ”tillhandahållande eller drift av nät”, ska innebörden och räckvidden av dessa begrepp enligt Konkurrensverket vara de som de ges i allmänt språkbruk, med hänsyn till det sammanhang där de används och de syften som eftersträvas.

28. Konkurrensverket har understrukit att det finns risk för att upphandlande myndigheter som står under statligt inflytande, tenderar att gynna inhemska företag och därmed åsidosätta bestämmelserna om fri rörlighet och konkurrens i EUF-fördraget. De upphandlingsförfaranden som föreskrivs i direktiv 2004/17 är avsedda att motverka denna risk. Utan sådana bestämmelser skulle den minskade konkurrensen på grund av nätets inneboende kapacitetsbegränsning göra det möjligt för upphandlande myndigheter att bortse från ekonomiska överväganden då de tilldelar ett avtal och i stället inrikta sig på nationella prioriteringskriterier.

29. Direktiv 2012/34 reglerar enligt Konkurrensverket järnvägsföretagens (som SJ) tillgång till ett tekniskt nät med begränsad kapacitet. När infrastrukturförvaltaren tilldelar tåglägen på detta nät, fastställer den bland annat villkor avseende såväl linjesträckning som tillgänglig transportkapacitet och turtäthet. Den omständigheten att infrastrukturförvaltaren ska bemöda sig om att tillgodose järnvägsföretagens efterfrågan påverkar inte nätets kapacitetsbegränsningar.

30. Konkurrensverket har medgett att det i artikel 30 i direktiv 2004/17 föreskrivs att direktivet inte behöver tillämpas på direkt konkurrensutsatta verksamheter på marknader med fritt tillträde som omfattas av dess tillämpningsområde. Detta kräver emellertid ett beslut av kommissionen efter genomförande av det föreskrivna förfarandet, vilket inte är fallet här.

31. SJ har gjort gällande att järnvägstransportmarknaden i Sverige har avreglerats helt och att det där råder konkurrens på lika villkor, till skillnad från i andra medlemsstater där det råder monopol på den marknaden.

32. SJ har anfört att det trots att det är ett av staten helägt bolag, inte erhåller någon statlig finansiering eller några andra fördelar. Dess intäkter kommer från biljettförsäljning och bolaget prioriteras inte vid tilldelningen av tåglägen.

33. SJ anser att det följer av rättspraxis att artikel 5.1 andra stycket i direktiv 2004/17 ska tolkas restriktivt.<sup>6</sup> Det räcker inte att en enhet är underkastad ett bestämmande inflytande, i den mening som avses i artikel 2.1 b i direktiv 2004/17. De villkor som avses i artikel 5.1 andra stycket i direktiv 2004/17 måste fastställas ensidigt av en behörig myndighet i medlemsstaten, så att de omedelbart och väsentligt påverkar potentiella användare genom att de direkt och konkret påverkar hur järnvägsföretaget tillhandahåller transporttjänsten.

34. SJ har tillagt att såväl SJ som de övriga järnvägsföretag som är verksamma i Sverige, på grundval av affärsmässiga kriterier själva bestämmer linjedragningar, vilka tåg de ska använda, tidtabeller, antal avgångar, stationer där de ska stanna och biljettpriser. Infrastrukturförvaltaren har inga andra befogenheter än de som föreskrivs i direktiv 2012/34. Infrastrukturförvaltaren har bara till uppgift att säkerställa tillträde till järnvägsinfrastrukturen på lika villkor, men inte att reglera de konkreta villkoren för järnvägsföretagens transporttjänster.

35. Kommissionen anser att lydelsen av artikel 5.1 andra stycket i direktiv 2004/17 var avsedd att ge begreppet nät en vid innebörd. Ett sådant kan föreligga inte bara när det finns en fysisk infrastruktur (som räls för tåg och spårvagnar), utan även när sådan infrastruktur saknas, under förutsättning att det rör sig om ett nätverk av sammankopplade linjer som används av fordon i enlighet med villkor som myndigheterna har beslutat om.<sup>7</sup>

36. Kommissionen har hänvisat till direktiv 2012/34 som ett instrument som förutom att det anger vilka aktörer som deltar i järnvägstrafiken, säkerställer att järnvägsföretagen får ett icke-diskriminerande och transparent tillträde till infrastrukturen. Kommissionen har särskilt framhållit avsnitt 3 i kapitel IV, som beträffande tilldelning av infrastrukturkapacitet beskriver hur villkor som de som föreskrivs i artikel 5.1 andra stycket i direktiv 2004/17 ska fastställas.

37. Kommissionen anser att Trafikverket fastställer villkoren för användandet av järnvägsinfrastrukturen, eftersom verket godkänner beskrivningen av järnvägsnätet, beslutar om tilldelning av tåglägen och fastställer tågplanen. Detta påverkas inte av att Trafikverket i möjligaste mån ska tillmötesgå sökandenas ansökningar.

<sup>6</sup> SJ har hänvisat till dom av den 10 april 2008, Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), punkterna 27 och 29.

<sup>7</sup> Kommissionen har hänvisat, för ett liknande resonemang, till sitt meddelande om gemenskapssystemet för offentlig upphandling inom de undantagna sektorerna: vatten, energi, transporter och telekommunikation (COM/88/376).

## **B. Den andra tolkningsfrågan**

38. Konkurrensverket anser att ett nät för transporttjänster i den mening som avses i artikel 5.1 andra stycket i direktiv 2004/17, föreligger när tågtrafiken förutsätter tillgång till ett tekniskt nät med begränsad kapacitet. Begreppet ”drift” syftar enligt Konkurrensverket på själva utförandet av trafiken på järnvägsnätet.<sup>8</sup>

39. SJ har gjort gällande att bolaget inte ansvarar för järnvägsinfrastrukturen och att dess verksamhet endast utgörs av att erbjuda allmänheten transporttjänster som utförs på den infrastrukturen. Således deltar bolaget inte i tillhandahållande eller drift av det svenska järnvägsnätet, vilket innebär att dess verksamhet inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17.

40. Kommissionen har påpekat att det i artikel 5.1 första stycket görs skillnad mellan tillhandahållande och drift av nät. Varken det första upphandlingsdirektivet (direktiv 90/531/EEG)<sup>9</sup> eller direktiv 93/38/EEG<sup>10</sup> nämnde ”tillhandahållande”. Det uttrycket infördes genom direktiv 2004/17 i syfte att inkludera förvaltningen av det fysiska nätet och avgränsa de två verksamheterna, vilka normalt tilldelas olika aktörer, och sålunda säkerställa att båda verksamheterna skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde.

41. Kommissionen anser att ”drift av nät” omfattar det faktiska utförandet av järnvägstransporterna, medan ”tillhandahållande” syftar på möjligheten till tillträde till nätet för att någon annan ska kunna använda det.

## **IV. Förfarandet vid EU-domstolen**

42. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 29 juni 2017.

43. Skriftliga yttranden har getts in av Konkurrensverket, SJ och Europeiska kommissionen, vilka deltog vid förhandlingen den 13 juni 2018.

## **V. Bedömning**

44. Såväl parterna i målet som den hänskjutande domstolen har hänvisat till direktiv 2012/34 för att avgränsa tvisten och *uttyda* innebörden av uttrycken i artikel 5.1 i direktiv 2004/17.

45. Jag anser att det är ett lämpligt angreppssätt. Direktiv 2012/34 av den 21 november 2012 kan emellertid av tidsmässiga skäl inte tillämpas på avtal som de som är aktuella i förevarande mål, vilka ingicks i januari det året. Denna invändning bortfaller dock om det beaktas att ett syfte med direktiv 2012/34 är att andra direktiv, som gällde när avtalen ingicks, ”av tydlighetsskäl [ska] omarbetas och slås samman till en enda rättsakt”.<sup>11</sup>

46. Vidare är det ostridigt att SJ är ett järnvägsföretag enligt definitionen i artikel 3.1 i direktiv 2012/34 och att det i sin egenskap av ett av staten helägt bolag kan kvalificeras som en upphandlande enhet (närmare bestämt ett offentligt företag i den mening som avses i artikel 2.1 b i direktiv 2004/17).

8 Konkurrensverket har hänvisat till punkt 48 i generaladvokat Mischos förslag till avgörande i målet Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2001:686), i vilken det konstateras att ”drift av ett nät innebär att själv se till att verksamheten fungerar, i princip med hjälp av egen personal och egna bussar”.

9 Council Directive 90/531/EEC of 17 September 1990 on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors (EGT L 297, 1990, s. 1).

10 Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, 1993, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177).

11 Skäl 1, *in fine*.



47. Den hänskjutande domstolen ifrågasätter emellertid om SJ:s verksamhet kan innefattas i den beskrivning som finns i artikel 5.1 i direktiv 2004/17. Endast om så är fallet är direktivet tillämpligt på SJ, eftersom det enligt artikel 2.2 a i direktivet krävs att upphandlande enheter bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7.

### *A. Den första tolkningsfrågan*

48. I artikel 5.1 i direktiv 2004/17 knyts begreppet transportnät ("ett nät för transporttjänster [ska] anses föreligga") till tillhandahållandet av en tjänst "enligt driftsvillkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, t.ex. i fråga om linjedragning, kapacitet som ska finnas tillgänglig eller turtäthet".

49. Med sin första tolkningsfråga vill den hänskjutande domstolen få klarlagt huruvida infrastrukturförvaltaren, på vilken det ankommer att tilldela tåglägen, då denne utövar sina befogenheter i själva verket ålägger järnvägsföretagen villkor som kan påverka aspekter som linjedragning, kapacitet som ska finnas tillgänglig och turtäthet.

50. Frågan avser ett sammanhang där järnvägsföretag, såväl offentliga som privata, tillhandahåller transporttjänster på ett marknadsorienterat sätt,<sup>12</sup> men inte själva förvaltar järnvägsnätet. Det är således lämpligt att till att börja med analysera vad som avses med nät och därefter undersöka vilken betydelse det har i förevarande mål.<sup>13</sup>

#### *1. Förvaltningen av nätet och tilldelning av infrastrukturkapacitet*

51. Direktiv 2012/34 innehåller både bestämmelser om järnvägsinfrastrukturförvaltning och om järnvägsföretagens verksamhet. Bland de sistnämnda bestämmelserna finns de som reglerar regelverket för beviljande av tillstånd och tilldelning av infrastrukturkapacitet till järnvägsföretagen, som måste betala avgifter för att få använda den.

52. Järnvägsinfrastrukturen har av naturliga skäl en begränsad kapacitet,<sup>14</sup> eftersom den utgör ett "naturligt monopol"<sup>15</sup> vars ytterligare utvidgning skulle sakna mening. I stället för att definiera begreppet järnvägsinfrastruktur, beskrivs dess beståndsdelar i bilaga I till direktiv 2012/34.<sup>16</sup> Begreppet järnvägsnät knyts till denna infrastruktur: med järnvägsnät avses "hela den järnvägsinfrastruktur som förvaltas av en infrastrukturförvaltare".<sup>17</sup>

12 I skäl 5 i direktiv 2012/34 anges det att "[f]ör att göra järnvägstransporterna effektiva och konkurrenskraftiga i jämförelse med andra transportsätt bör medlemsstaterna säkerställa att järnvägsföretag har en status som oberoende operatörer som handlar på ett marknadsorienterat sätt och anpassar sig till marknadens behov".

13 Även om SJ har uppgett att det finns mer än 320 järnvägsinfrastrukturförvaltare i Sverige, bör det understrykas att det nät som är aktuellt i förevarande mål är statligt. Detta följer av 2 § 9 förordningen (2010:185) med instruktion för Trafikverket, enligt vilken det är Trafikverket som ska vara infrastrukturförvaltare för det järnvägsnät som tillhör svenska staten, om inte något annat beslutats. Trafikverket är den behöriga myndigheten för kapacitetstilldelning i det nationella målet (punkt 27 i beslutet att begära förhandsavgörande).

14 Detta betonas i skäl 58 i direktiv 2012/34, där det anges att "[i] systemen för fastställande och uttag av avgifter och tilldelning av kapacitet bör hänsyn tas till effekten av ökande utnyttjande av infrastrukturkapacitet och i sista hand kapacitetsbrist".

15 Skäl 71 i direktiv 2012/34.

16 Den innefattar de fysiska förutsättningar som krävs för att bygga upp och driva järnvägsnätet, såsom mark, bana och banunderbyggnad, plattformar för passagerare eller gods, parallellvägar och gångbanor, inhägnader, skydd, byggnadstekniska konstruktioner (broar och tunnlar), plankorsningar, banöverbyggnader, tillfarter för passagerare och gods, säkerhets-, signal- och telekommunikationsinstallationer på linjen, i stationer och på rangerbangårdar, belysningsinstallationer, anläggningar för transformering och överföring av elkraft för tågdrift och tjänstebyggnader för banförvaltning.

17 Artikel 3.25 i direktiv 2012/34.

53. Järnvägsinfrastrukturen (som är knuten till begreppet tågläge)<sup>18</sup> förvaltas av en infrastrukturförvaltare som ansvarar för drift, underhåll och förnyelse. Företag som har erhållit tillstånd för att betecknas som ett järnvägsföretag, måste ansöka hos infrastrukturförvaltaren om att få använda viss infrastrukturkapacitet.

54. Förfarandet för tilldelning av järnvägsinfrastrukturkapacitet föregås av en så kallad ”beskrivning av järnvägsnätet”, i vilken infrastrukturförvaltaren redogör för allmänna bestämmelser, tidsfrister, förfaranden och kriterier för denna tilldelning. Enligt direktiv 2012/34 ges infrastrukturförvaltaren befogenhet att precisera en rad olika aspekter rörande detta.<sup>19</sup>

55. Grundprincipen är att infrastrukturförvaltaren i så stor utsträckning som möjligt ska tillmötesgå alla ansökningar om infrastrukturkapacitet. Om det inte är möjligt ska denne tillämpa andra tilldelningskriterier.<sup>20</sup> Infrastrukturförvaltaren ska dessutom utarbeta ett utkast till tågplan och delge de berörda parterna den så att de kan framställa sina synpunkter.

56. Genom de beslut som fattas<sup>21</sup> om tilldelning av infrastrukturkapacitet kan tågplanen fastställas med hjälp av uppgifter om planerad trafik med tåg och rullande materiel som kommer att äga rum på den berörda infrastrukturen, under den tid som tågplanen gäller. Punkt 2 i bilaga VII till direktiv 2012/34 innehåller bestämmelser om ändring eller justering av tågplanen, vilket visar att den senare är flexibel och kan anpassas till förändrade förhållanden.

## 2. Tillämpning i förevarande mål

57. Som jag tidigare nämnt har SJ gjort gällande att järnvägsföretagen i Sverige bestämmer vilka sträckor deras tåg ska trafikera, liksom tidtabeller, antal avgångar och på vilka stationer tågen ska stanna. Om denna kapacitet är begränsad beror det enligt SJ helt enkelt på att infrastrukturens fysiska kapacitet är begränsad, men inte på att infrastrukturförvaltaren har befogenhet att ensidigt fastställa hur järnvägsföretagen ska ombesörja tillhandahållandet av tjänsterna.

58. Jag anser inte att SJ:s resonemang är övertygande. Infrastrukturförvaltaren har att förhålla sig till en situation där möjligheterna att tillgodose sökandeföretagens ansökningar är begränsade (beträffande tid och rum). Eftersom linjerna är beroende av hur spåren är dragna och av kapaciteten vid anläggningarna för tjänster, måste förvaltaren samordna alla järnvägsföretags tillhandahållande av transporttjänster. Detta sker även på det svenska statliga järnvägsnätet.

59. Detta innebär att friheten för järnvägsföretag som SJ att erbjuda allmänheten de linjer de föredrar och de tågtider som bäst passar dem, är förenlig med det faktum att dessa erbjudanden är beroende av infrastrukturförvaltarens samordningsbeslut. Det är således infrastrukturförvaltaren som i slutändan ”fastställer” (även om det sker genom att tillmötesgå företagens ansökningar) de så kallade driftsvillkoren för tjänsten.

18 Med infrastrukturkapacitet avses ”möjlighet att planera begärda tågplaner för en del av infrastrukturen under en viss period” (artikel 3.24 och 3.27).

19 Det gäller fastställande av exempelvis regler för tillämpning av avgifter (artikel 29.3), krav som ska ställas på sökande (artikel 41.2), principer som styr samordningsprocessen och en metod för tvistlösning (artikel 46.4 och 46.6) samt avslutningsvis förfaranden och kriterier som ska tillämpas när infrastrukturen är överbelastad och vid fastställandet av en tröskelkvot (artiklarna 47.6 och 52.2).

20 Om intressekonflikter uppstår ska infrastrukturförvaltaren genom en samordning av ansökningarna sträva efter att finna bästa möjliga lösning på alla önskemål. Denne ska inom rimliga gränser ha rätt att föreslå en annan infrastrukturkapacitet än den som har begärts.

21 Även om beslut om tilldelning av infrastrukturkapacitet inte uttryckligen nämns i direktivet, är det underförstått att sådana beslut fattas. I artikel 46.6 föreskrivs en metod för tvistlösning (utan att det påverkar befintliga förfaranden för överklaganden enligt artikel 56).

60. I direktiv 2012/34 finns ett stort antal situationer där infrastrukturförvaltaren ges befogenheter som påverkar dessa villkor. Definitionerna i artikel 3 av begreppen "alternativ linje", "praktiskt möjligt alternativ" och "överbelastad infrastruktur" avspeglas sedan i bestämmelserna, enligt vilka infrastrukturförvaltaren får – och ska – medverka i fastställandet av villkoren för användning av järnvägsnätet, oavsett om det rör sig om "tillgänglig transportkapacitet", själva "linjerna" eller "turtätheten", för att undvika dubbleringar eller överbelastning.<sup>22</sup>

61. Den beskrivning av järnvägsnätet som infrastrukturförvaltaren ska offentliggöra, gör det dessutom möjligt för denne att ändra sådana delar som inte kan bestämmas på förhand. Infrastrukturförvaltaren får dessutom tilldela annan infrastrukturkapacitet än den som har begärts, vilket visar att järnvägsföretagens utrymme för skönsmässighet är begränsat av de ändliga möjligheter som följer av att de tillgängliga resurser som infrastrukturförvaltaren ska förvalta är begränsade.

62. Avslutningsvis får järnvägsföretagen åläggas allmän trafikplikt inom sektorn för järnvägstransporter, vilket kan påverka villkoren för tillträde till infrastrukturen ytterligare. Enligt direktiv 2012/34 får trafik med öppet tillträde och trafik som omfattas av avtal om allmän trafik bedrivas samtidigt på medlemsstaternas järnvägsnät, med möjlighet att fastställa prioriteringskriterier om infrastrukturen är överbelastad.<sup>23</sup>

63. Kort sagt medför behovet av att förvalta och fördela begränsade järnvägsresurser, att infrastrukturförvaltaren måste ha befogenhet att ålägga de företag som använder resurserna vissa villkor för tillhandahållandet av tjänsterna som berör den tillgängliga kapaciteten, linjedragningen och turtätheten. Det är just det som artikel 5.1 i direktiv 2004/17 kräver för att det ska anses föreligga ett transportnät.

## ***B. Den andra tolkningsfrågan***

64. Den hänskjutande domstolen vill få klarlagt innebörden av begreppen "tillhandahållande eller drift av nät" i artikel 5.1 i direktiv 2004/17. Den vill närmare bestämt veta om järnvägsföretagens verksamhet omfattas av något av dessa begrepp då de tillhandahåller transporttjänster på järnvägsnät.

65. Osäkerheten rör främst uttrycket "drift av nät". Det förefaller råda enighet om att "tillhandahållande av nät" är något som infrastrukturförvaltaren svarar för och inte transportföretagen. Jag ska således koncentrera mig på tolkningen av begreppet "drift".

66. Kommissionens förslag är tankeväckande, eftersom det är så klart och tydligt: "tillhandahållandet" tillhör infrastrukturförvaltarens uppgifter medan "drift av nät" ingår i järnvägsföretagens verksamhet. Detta bekräftas av det lagstiftningsarbete som mynnade ut i lydelsen av artikel 5.1 i direktiv 2004/17. De motsvarande artiklarna i de föregående direktiven om upphandling inom särskilda sektorer<sup>24</sup> innehöll enbart formuleringen "drift av nät", medan "tillhandahållande [av sådana nät]" lades till år 2004.

<sup>22</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/2370 av den 14 december 2016 om ändring av direktiv 2012/34/EU vad gäller öppnandet av marknaden för inrikes persontrafik på järnväg och styrningen av järnvägsinfrastrukturen (EUT L 352, 2016, s. 1), bekräftar detta. I skäl 28 i detta direktiv anges att "medlemsstaterna [får] förena tillträdesrätten till infrastruktur med särskilda villkor i syfte att möjliggöra genomförandet av en integrerad tidtabellsstruktur för inrikes persontrafik på järnväg".

<sup>23</sup> I artikel 47.4 andra stycket i direktiv 2012/34 nämns kraven på allmännyttiga tjänster. I linje med detta bekräftas det i skäl 24 i direktiv 2016/2370 att medlemsstaterna har befogenhet att begränsa tillträdesrätten "om den skulle äventyra den ekonomiska jämvikten i sådana avtal om allmän trafik".

<sup>24</sup> Direktiv 90/531 och direktiv 93/38.

67. Enligt kommissionen infördes uttrycket ”tillhandahållande” för att inkludera skötseln av det fysiska nätet och avgränsa två olika verksamheter: ”drift av nät” avser det faktiska utförandet av järnvägstransporter, som företagen svarar för, medan ”tillhandahållande” syftar på möjligheten till tillträde till nätet så att någon annan kan använda det.

68. Kommissionens uppfattning möter emellertid ett hinder: direktiv 2012/34 gör tydlig åtskillnad mellan ”tillhandahållande av transporttjänster” och ”förvaltningen av infrastrukturen”.<sup>25</sup> Förvaltningen ankommer på infrastrukturförvaltaren att utföra, medan transporttjänsterna tillhandahålls av de företag som beviljas tillstånd för detta.

69. I direktiv 2012/34 förekommer på flera ställen uttrycket ”drift av persontrafik på järnväg” och den förknippas med verksamheten vid de enheter som beviljats tillstånd för järnvägsföretag och erbjuder allmänheten sådana tjänster. Enligt direktivets språkbruk är emellertid ”driften av trafiken” inte samma sak som ”driften av infrastrukturen”.

70. ”Driften av infrastrukturen” är enligt direktiv 2012/34 en uppgift som uteslutande utförs av infrastrukturförvaltaren, som inte bara gör infrastrukturen tillgänglig för de företag som tillhandahåller transporttjänster, utan även utför underhåll på<sup>26</sup> och förvaltar den och använder sig av nätet för att fullgöra de uppgifter som förvaltaren har enligt artikel 7 i direktivet.

71. Denna uppdelning fanns redan i definitionerna i ursprungsversionen av direktiv 2012/34. Av begreppet ”järnvägsnät” i det direktivet<sup>27</sup> framgick det att dess drift ombesörjdes av infrastrukturförvaltaren. De senare bestämmelserna har utvecklats i samma linje:

- Dels knyter genomförandeförordning (EU) 2015/909, vilken är tillämplig för att beräkna de kostnader för driften som ska täckas med avgifterna,<sup>28</sup> järnvägsföretagen till bedrivandet av tågtrafiken (skäl 18), till skillnad från begreppsparet infrastrukturförvaltare-drift av nät, till vilket det hänvisas i skäl 2 (”infrastrukturförvaltarna är skyldiga att driva näten”).
- Dels infördes vid den ändring av direktiv 2012/34 som gjordes år 2016 ett nytt led i artikel 3.2, med lydelsen ”drift av järnvägsinfrastruktur: tilldelning av tåglägen, trafikledning och uttag av avgifter för infrastruktur”.<sup>29</sup> Dessa uppgifter ska utföras av infrastrukturförvaltaren och inte av transportföretagen.

72. I den här situationen finns det två tolkningsalternativ. Det första innebär att artikel 5.1 i direktiv 2004/17 tolkas mot bakgrund av de senare rättsakter som särskilt reglerar det gemensamma europeiska järnvägsområdet (bland annat direktiv 2012/34 i ändrad lydelse).

73. Intas den ståndpunkten måste uttrycket ”drift av [järnvägs]nät” som finns i artikel 5.1 i direktiv 2004/17 jämkas samman med uttrycket ”drift av järnvägsinfrastruktur” i direktiv 2012/34. Driften av tågtrafiken ingår inte där, om man ser till den definition som (nu) är angiven i artikel 3.2b i direktiv 2012/34, i dess lydelse enligt direktiv 2016/2370. Med andra ord innefattar driften av nätet inte driften av tågtrafiken, vilken utgörs av järnvägsföretagens tillhandahållande av transporttjänster.

25 Skäl 6 i direktiv 2012/34. Se även skäl 26: ”bör en åtskillnad göras mellan tillhandahållandet av transporttjänster och driften av anläggningar för tjänster”.

26 I artikel 7.1 föreskrivs det emellertid att medlemsstaterna får ”på järnvägsföretag eller annat organ överlåta ansvaret för att bidra till utvecklingen av järnvägsinfrastrukturen, exempelvis genom investeringar, underhåll och finansiering”.

27 ”hela den järnvägsinfrastruktur som förvaltas av en infrastrukturförvaltare”.

28 Kommissionens genomförandeförordning av den 12 juni 2015 om förfarandena för beräkning av den kostnad som uppstår som en direkt följd av den tågtrafik som bedrivs (EUT L 148, 2015, s. 17).

29 Artikel 3.2b, som infördes genom Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/2370 av den 14 december 2016 (EUT L 352, 2016, s. 1).

74. Det andra alternativet är att en fristående tolkning görs av begreppet ”drift av nät” i artikel 5.1 i direktiv 2004/17 som inte påverkas av de ovannämnda lagstiftningsändringarna.<sup>30</sup> Enligt denna tolkning finns det inget som hindrar att järnvägsföretagen också svarar för ”drift” av nätet, i den meningen att de drar nytta av, använder eller nyttjar det för att bedriva järnvägstransporter.

75. Det finns flera argument som talar för det sistnämnda alternativet. Det gäller för det första vad som har anförts av kommissionen när det gäller tillkomsten av artikel 5.1 i direktiv 2004/17, vilken genom att ”tillhandahållande av nät” infördes som ett eget begrepp som var skilt från driften av det, tycks utvidga det sistnämnda begreppets innebörd.

76. För det andra kan, beträffande ordalydelsen, en betydelse av ordet ”drift” vara att dra nytta av något genom att använda sig av det. De företag som bedriver passagerartrafik på järnväg ”driver” det nät på vilket deras tåg rullar, vilket innebär att de använder eller utnyttjar det för att på så sätt komma i åtnjutande av den fördel som är förknippad med dess allmännyttiga verksamhet.

77. Om man för det tredje anlägger ett systematiskt synsätt, skulle det vara meningslöst att från tillämpningsområdet för artikel 5.1 i direktiv 2004/17 generellt utesluta företag som tillhandahåller transporttjänster på grund av att den verksamheten inte anses utgöra en drift av nätet, för att omedelbart därefter (punkt 2 i samma artikel) slå fast att det inte omfattar ”de enheter som tillhandahåller busstransporttjänster för allmänheten, vilka är uteslutna från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG enligt dess artikel 2.4”. Anledningen till att det behövs en sådan uttrycklig precisering är just att de övriga företag som utför transporttjänster i princip omfattas av direktiv 2004/17.

78. För det fjärde och sista finns i direktiv 2004/17 ”[i]cke uttömmande förteckningar över upphandlande enheter enligt detta direktiv [vilka] återfinns i bilagorna I–X”.<sup>31</sup> I bilaga IV, vilken handlar om upphandlande enheter på området järnvägstjänster, återfinns de offentliga företag i medlemsstaterna som tillhandahåller sådana tjänster. Vad beträffar Sverige utgörs de bland annat av ”offentliga enheter som tillhandahåller järnvägstjänster i enlighet med järnvägslagen (2004:519) och järnvägsförordningen (2004:526)”.<sup>32</sup>

79. Inbegripandet av denna kategori av enheter (där SJ ingår) i bilaga IV till 2004/17 visar att unionslagstiftaren anser att den verksamhet som bedrivs av företag som med användning av järnvägsnätet tillhandahåller transporttjänster åt allmänheten, omfattas av begreppet drift av det nätet, i den mening som avses i artikel 5.1 i direktivet, vilket innebär att de när de övriga villkoren är uppfyllda ska tillämpa de upphandlingsförfaranden som föreskrivs i direktiv 2004/17.<sup>33</sup>

30 Vid förhandlingen anslöt sig kommissionen till denna ståndpunkt.

31 Artikel 8 (”Förteckning över upphandlande enheter”) i direktiv 2004/17.

32 Kommissionens beslut av den 9 december 2008 om ändring av bilagorna till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller deras förteckningar över upphandlande enheter och upphandlande myndigheter (EUT L 349, 2008, s. 1).

33 Även om domstolen i sin dom av den 5 oktober 2017, LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:736) inte tog upp det problem som här har aktualiserats, eftersom begäran om förhandsavgörande i det målet inte handlade om det, slog domstolen fast att verksamheten vid ett av det litauiska järnvägsbolaget helägt dotterbolag som levererade järnvägsmateriel som var nödvändig för att järnvägsbolaget skulle kunna bedriva sin järnvägstransportverksamhet, vilken syftade till att tillgodose behov i det allmännas intresse, omfattades av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114), under de omständigheter som var aktuella i det målet. I mitt förslag till avgörande i samma mål (C-567/15, EU:C:2017:319), anförde jag med anledning av att en av parterna hade gjort gällande att direktiv 2004/17 skulle tillämpas att ”[e]ftersom artikel 2.1 a i direktiv 2004/17 och artikel 1.9 andra stycket i direktiv 2004/18 innehåller identiska definitioner av begreppet ’offentligrättsliga organ’, är det ... möjligt att besvara de frågor som Vilniaus apygardos teismas [Regiondomstolen i Vilnius] har ställt utan att dessförinnan behöva pröva vilket av direktiven som är tillämpligt”.

80. Sammanfattningsvis kan det konstateras att även om de begrepp som används i bestämmelserna rörande det gemensamma europeiska järnvägsområdet (direktiv 2012/34 och med det direktivet sammanhängande bestämmelser) och de som används i direktiv 2004/17 inte är helt överensstämmande, är tolkningen av uttrycket ”drift av nät” som återfinns i artikel 5.1 i det sistnämnda direktivet, inte beroende av de begrepp som är definierade i de förstnämnda direktiven.

81. Avslutningsvis har SJ gjort gällande att det är ett företag som bedriver verksamhet på strikt affärsmässiga villkor, i konkurrens med andra järnvägsoperatörer, vilket enligt SJ utesluter att företaget ska anses vara en upphandlande enhet som omfattas av bestämmelserna i direktiv 2004/17.

82. Direktiv 2004/17 reglerar detta fall i artikel 30 (”Förfarande för att fastställa om en viss verksamhet är direkt konkurrensutsatt”). Det räcker att konstatera att det i förevarande mål inte har framkommit att något sådant förfarande skulle ha inletts, vilket innebär att något undantag inte ska göras från tillämpningen av det direktivet.

## VI. Förslag till avgörande

83. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Högsta förvaltningsdomstolen på följande vis:

Artikel 5.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska tolkas på följande sätt:

- Det föreligger ett ”nät” när järnvägsinfrastruktur som förvaltas av staten görs tillgänglig för företag som tillhandahåller transporttjänster, på de driftsvillkor som fastställts av den behöriga myndigheten i den staten, även om den myndigheten i möjligaste mån är skyldig att tillmötesgå samtliga ansökningar om kapacitetstilldelning från de företagen.
- Den verksamhet som bedrivs av ett offentligt företag och som består i att med användning av järnvägsnätet tillhandahålla transporttjänster, ska anses vara en sådan ”drift av nät” som avses i direktiv 2004/17/EG.