

Sprawa C-419/19**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

29 maja 2019 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Włochy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

6 marca 2019 r.

Strona skarżąca:

Irideos S.p.A.

Druga strona postępowania:

Poste Italiane S.p.A.

Pozostałe strony postępowania:

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

Przedmiot postępowania głównego

Skarga inicjująca w przedmiocie stwierdzenia nieważności decyzji, którymi w dniu 22 października 2018 r. Poste Italiane S.p.A. (zwana dalej „Poste Italiane”) poinformowała IRIDEOS S.p.A. o przyznaniu zamówienia na część 1 i część 2 przetargu „Zamówienie na mocy decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) 50/2016 – Otwarta procedura w trybie telematycznym na usługi telekomunikacyjne o dużych prędkościach w światłowodach z technologią DWDM (MAN) w obszarze metropolitalnym”, odpowiednio, spółkom Fastweb S.p.A. i Tim S.p.A., jak również zasądzenia od Poste Italiane odszkodowania za szkodę, na poniesienie której wskazuje strona skarżąca. Skarga wzajemna

wniesiona przez Tima S.p.A. w przedmiocie między innymi nakazania Poste Italiane powtórzenia przetargu.

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

- 1 Zgodność z przepisami Unii (dyrektywy 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE) uregulowania krajowego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 lit. e) decreto legislativo nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r., (kodeks zamówień publicznych; zwany dalej: „decreto legislativo nr 50/2016” lub „kodeks” lub „kodeks zamówień publicznych”), w sytuacji, w której przepis ten rozumie się zgodnie z interpretacją dostarczoną przez sąd kasacyjny (postanowienie nr 4899/2018, obowiązujące w prawie krajowym ze względu na kwestie dotyczące jurysdykcji) jako odstępstwo dla przedsiębiorstw działających w sektorach specjalnych, o których mowa w części II kodeksu, w odniesieniu do ogólnych zasad określonych w art. 1 i w art. 3 ust. 1 lit. a) kodeksu, jeżeli chodzi o obowiązek stosowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli umowa, która ma zostać zawarta, nie ma związku ze szczególnymi działaniami sektorów specjalnych.
- 2 W niniejszym postępowaniu sąd odsyłający musi również zająć się podwójnym zagadnieniem: pierwsze dotyczy wiążącego charakteru orzeczeń sądu kasacyjnego orzekającego w składzie izb połączonych w zakresie jurysdykcji we włoskim prawie procesowym; drugie dotyczy możliwego rozwoju orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wobec stopniowego przekształcania niektórych podmiotów prawnych, utworzonych jako podmioty prawa publicznego, w rzeczywiste przedsiębiorstwa, które dążą do wypracowania zysku i ponoszą straty, i których działalność prowadzona jest głównie na zasadach konkurencji (zob. motyw 21 i art. 16 dyrektywy 2014/23/UE).
- 3 W odniesieniu do pierwszego pytania sąd odsyłający zauważa, że sąd kasacyjny jest wezwany do ostatecznego i wiążącego ustalenia jurysdykcji sądu, który ma wydać orzeczenie co do istoty sprawy i przed którym postępowanie ma się toczyć we włoskim systemie procesowym; Trybunał Sprawiedliwości wskazał jednak ogólną zasadę, zgodnie z którą prawo Unii sprzeciwia się, aby sąd krajowy był związany wewnętrznym przepisem proceduralnym, mówiącym o tym, że sąd ten powinien postępować zgodnie z ocenami dokonywanymi przez sąd krajowy wyższej instancji, jeżeli okaże się, że oceny tego ostatniego nie są zgodne z prawem Unii tak jak je interpretuje Trybunał Sprawiedliwości (zob. wyrok z dnia 20 października 2011 r., Interedil, C-396/09).
- 4 Istnieje zatem uprawnienie (lub obowiązek dla sądów ostatniej instancji) wystąpienia do Trybunału Sprawiedliwości, jeżeli istnieje „uzasadniona wątpliwość” co do prawidłowego stosowania prawa Unii, bez względu na sprzeczne orzeczenie sądu kasacyjnego w sprawie jurysdykcji, lub zgromadzenia plenarnego rady stanu, wiążące dla zwykłych sekcji tej samej rady stanu (zob. również wyroki Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 5 kwietnia 2016 r., Puligienica Facility, C-689/13, i z dnia 6 października 1982 r., Cilfit, 283/81).

Pytania prejudycjalne

1) Czy na podstawie wskazanych powyżej cech spółka Poste Italiane s.p.a. powinna zostać uznana za „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. d) decreto legislativo nr 50 z 2016 r. i odnośnych dyrektyw wspólnotowych (2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE)?

2) Czy wspomniana spółka jest zobowiązana do przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tylko w celu rozstrzygnięcia przetargów, które odnoszą się do jej działalności prowadzonej w sektorach specjalnych, o których mowa w dyrektywie 2014/25/UE, przy zastosowaniu której sam status podmiotów prawa publicznego powinien zostać uznany za ujęty w zasadach części II kodeksu zamówień publicznych, natomiast w odniesieniu do działalności kontraktowej niezwiązanej w ścisły sposób ze wspomnianymi sektorami ma ona pełną swobodę działania, wyłącznie na zasadach prawa prywatnego, biorąc pod uwagę zasady określone w motywie 21 i art. 16 dyrektywy 2014/23/UE (wyrok izb połączonych sądu kasacyjnego nr 4899 z 2018 r., a w odniesieniu do ostatniej części wyrok zgromadzenia plenarnego Consiglio di Stato nr 16 z 2011 r.)?

[3] Czy w odniesieniu do zamówień uznanych za niezwiązane z sektorami specjalnymi spółka ta podlega jednak – w przypadku gdy spełnia wymogi dotyczące podmiotów prawa publicznego – ogólnej dyrektywie 2014/24/UE (a zatem zasadom dotyczącym udzielania zamówień publicznych), nawet jeśli prowadzi – w wyniku ewolucji w stosunku do chwili jej utworzenia – głównie działalność przedsiębiorczą na zasadach konkurencji, jak można wywnioskować z wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r., Ing. Aigner, C-393/06, a dyrektywa 2014/24/UE sprzeciwia się innej interpretacji w przypadku umów zawieranych przez instytucje zamawiające, mając na uwadze, że motyw 21 i art. 16 dyrektywy 2014/23/UE ustanawiają jedynie domniemany parametr dla celów wyłączenia statusu podmiotu prawa publicznego w odniesieniu do spółek, które działają w normalnych warunkach rynkowych, przy czym w każdym razie na podstawie łącznej lektury tych przepisów oczywiste jest pierwszeństwo odniesienia do etapu utworzenia podmiotu, w sytuacji kiedy ten ostatni ma zaspokajać „*potrzeby w interesie ogólnym*” (w niniejszej sprawie nadal istniejące)?

[4] Czy też jednak w przypadku lokali, w których jednocześnie prowadzona jest działalność związana z usługami specjalnymi oraz inna działalność, pojęcie „*funkcjonalnego charakteru*” – w odniesieniu do usługi świadczonej w określonym interesie publicznym – należy rozumieć w sposób niezawężający (przyjęty dotychczas w orzecznictwie krajowym zgodnie z wyżej wspomnianym wyrokiem zgromadzenia plenarnego Consiglio di Stato nr 16 z 2011 r.), czemu sprzeciwiają się zasady określone w motywie 16, a także art. 6 i 13 dyrektywy 2014/25/UE, które w celu określenia mającego zastosowanie uregulowania, odwołują się do pojęcia „*przypisania*” do jednej z działalności regulowanych przez kodeks zamówień publicznych”? W związku z tym należy wyjaśnić, czy wszystkie czynności funkcjonalne tego sektora zgodnie z zamiarem instytucji zamawiającej (w tym zamówienia dotyczące zwyczajnego i nadzwyczajnego

utrzymania, sprzątanania, wyposażenia, a także usług dozoru i opieki nad lokalami lub innych form wykorzystania tych ostatnich, jeśli są pomyślane jako usługa dla klientów), mogą „dotyczyć” odnośnego sektora specjalnego – także na słabiej wiążących zasadach właściwych dla sektorów wyłączonych – kiedy faktycznie sprywatyzowane pozostają jedynie czynności „niezwiązane”, które podmiot publiczny lub prywatny może swobodnie wykonywać w zupełnie innych obszarach na podstawie uregulowania zawartego wyłącznie w kodeksie cywilnym oraz z uwzględnieniem jurysdykcji sądu powszechnego (przykładem tego ostatniego rodzaju, w zakresie mającym tutaj znaczenie, z pewnością są usługi bankowe świadczone przez Poste Italiane, ale tego samego nie można powiedzieć w odniesieniu do dostawy i wykorzystywania narzędzi komunikacji elektronicznej, jeżeli są one oddane do dyspozycji całego zakresu działalności grupy, mimo że są szczególnie potrzebne właśnie dla działalności bankowej). Nie wydaje się ponadto bezcelowe podkreślenie „nierównowagi” spowodowanej obecnie dominującą interpretacją zawężającą, przez co do zarządzania sektorami podobnymi lub sąsiadującymi wprowadzane są zupełnie inne zasady udzielania zamówień na roboty budowlane lub usługi: z jednej strony drobiazgowo gwarancje nałożone przez kodeks zamówień publicznych dla określenia drugiego kontrahenta, z drugiej – pełna autonomia negocjacyjna przedsiębiorcy, który ma możliwość swobodnego prowadzenia pertraktacji wyłącznie w zależności od własnych interesów gospodarczych, bez żadnych gwarancji przejrzystości, wymaganych dla sektorów specjalnych i dla sektorów wyłączonych;

[5] Czy wreszcie ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z kodeksem zamówień publicznych – podane do wiadomości publicznej w formie przewidzianej zarówno na poziomie krajowym, jak i unijnym – może okazać się istotne dla określenia obszaru, którego dotyczy zamówienie, lub związania tego ostatniego ze specjalnym sektorem odniesienia, zgodnie z poszerzonym pojęciem „funkcjonalnego charakteru”, o którym mowa w poprzednim pytaniu nr [4]), lub – alternatywnie – czy zarzut braku jurysdykcji sądu administracyjnego, podniesiony przez podmiot, który ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, lub przez oferentów, którzy w tym postępowaniu zostali wybrani, może zostać uznany za nadużycie prawa zgodnie z art. 54 Karty [praw podstawowych Unii Europejskiej] jako postępowanie, które – mimo że nie może samo w sobie wypłynąć na rozdział jurysdykcji (zob. także w tym zakresie ww. wyrok zgromadzenia plenarnego Consiglio di Stato nr 16 z 2011 r.) – ma znaczenie przynajmniej dla celów odszkodowawczych, ponieważ narusza uzasadnione oczekiwania uczestników samego przetargu, którym nie udzielono zamówienia i obecnie są skarżącymi w sądzie?

Przywołane przepisy prawa Unii Europejskiej

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, w szczególności: motyw 21, art. 16

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności: motyw 16, art. 7 i 8

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, w szczególności: motyw 16, art. 5 ust. 5, art. 6 ust. 2 i art. 13 ust. 1 lit. b

Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych

Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi

Decyzja Komisji 2008/383/WE z dnia 30 kwietnia 2008 r. wyłączająca ekspresowe usługi kurierskie we Włoszech z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych

Przywołane przepisy prawa krajowego

Ustawa nr 124 z dnia 4 sierpnia 2017 r. – Roczna ustawa w sprawie rynku i konkurencji

Decreto legislativo (dekret ustawodawczy) nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r. – Wykonanie dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE w sprawie udzielania koncesji, zamówień publicznych oraz postępowań o udzielenie zamówienia przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, a także reorganizacji zasad dotyczących zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy, w szczególności: art. 1; art. 3 ust. 1 lit. a), c), d) i e); art. 4, 8 10; art. 14 ust. 2; art. 15, 115–121, szczególnie art. 120

Decreto legislativo nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. – Kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, w szczególności: art. 3 ust 26 i 29; art. 27 i załącznik VI F

Decreto legislativo nr 126 z dnia 22 lipca 1999 r. – Wykonanie dyrektywy 97/67/WE w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług

pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (art. 1; art. 23 ust. 2 i art. 3 ust. 12)

Decreto legislativo nr 58 z dnia 31 marca 2011 r. – Wykonanie dyrektywy 2008/6/WE zmieniającej dyrektywę 97/67/WE w sprawie pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty (art. 1)

Decreto legge (dekret z mocą ustawy) nr 487 z dnia 1 grudnia 1993 r. – Przekształcenie administracji poczty i telekomunikacji w publiczny podmiot gospodarczy oraz reorganizacja ministerstwa (art. 4)

Corte di cassazione (sąd kasacyjny): postanowienie nr 4899 z dnia 1 marca 2018 r.

Consiglio di Stato (rada stanu): wyrok nr 16 z dnia 1 sierpnia 2011 r.; wyroki nr 13, 14, 15 i 16 z 2016 r.

Zwięzłe przedstawianie okoliczności faktycznych i zasadniczych argumentów stron w postępowaniu głównym

- 5 W skardze spółka Irideos zaskarżyła czynności przetargu ogłoszonego przez Poste Italiane – „*na mocy decreto legislativo 50/2016*” – na usługi telekomunikacyjne o dużych prędkościach w światłowodach z technologią DWDM (MAN) w obszarze metropolitalnym. Usługi te miały na celu stworzenie sieci informatycznej do bezpiecznej i szybkiej transmisji danych między różnymi biurami tego podmiotu, dzięki zastosowaniu szczególnej technologii telekomunikacyjnej – Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM) - która umożliwia niezależną transmisję wielu sygnałów o różnych długościach fali na tym samym światłowodzie, z możliwością zwiększenia szerokości pasma wykorzystywanego na tym samym kanale światłowodowym i wynikającą z tego możliwością zwiększenia ilości przesyłanych danych, a także dostawę urządzeń DWDM, niezbędnych do realizacji samych usług. Wyżej wymienionym składnikom odpowiadały dwie części przetargu o równej wartości, na łączną kwotę 10 220 000,00 EUR.
- 6 Skarżąca zakwestionowała w szczególności parametry oceny oferty technicznej oparte na wzorze, którego sposób zastosowania oznaczałby przyznanie maksymalnej liczby punktów każdemu, kto zaoferowałby realizację projektu w czasie krótszym niż 45 dni, faktycznie anulując kryterium wyboru oparte na szybkości wykonania zadania, tak że wszyscy przedsiębiorcy biorący udział w przetargu uzyskali maksymalną liczbę punktów, mimo że skarżąca zaoferowała czas realizacji wynoszący 21 dni w przeciwieństwie do 44 dni zaoferowanych przez spółki będące pozostałymi stronami postępowania.
- 7 W tym kontekście zamówienie zostało udzielone w praktyce wyłącznie na podstawie oferty gospodarczej. Całe postępowanie zostało zatem przeprowadzone z naruszeniem prawa i nadużyciem władzy pod różnymi względami.

- 8 Spółki będące pozostałymi stronami postępowania sprzeciwiły się argumentom skarżącej, Tim s.p.a. również w skardze wzajemnej mającej na celu powtórzenie przetargu.
- 9 Inna strona postępowania, Fastweb S.p.A., podniosła również zarzut braku jurysdykcji sądu administracyjnego. Przedmiotowe usługi nie mają jej zdaniem ścisłego związku z usługami pocztowymi jako takimi, a zatem zaliczają się do zakresu usług niezwiązanego z „sektorami specjalnymi”, o których mowa w art. 120 decreto legislativo nr 50 z 2016 r.
- 10 Zdaniem Fastweb S.p.A. wybór co do poddania zamówienia uregulowaniu w przedmiocie udzielania zamówień publicznych nie był zatem konieczny: w rzeczywistości przedmiotowa infrastruktura telekomunikacyjna ma wspierać różne działania grupy Poste Italiane, z zastosowaniem reżimu prawnego właściwego dla czynności, do wykonywania których głównie służy ta infrastruktura, zgodnie z art. 5 ust. 5, art. 6 ust. 2 i motywem 16 dyrektywy 2014/25/UE: a zatem z pewnością nie z zastosowaniem pierwotnego odniesienia do usług pocztowych, z którymi związane jest jedynie 30% obrotów Poste Italiane. Z drugiej strony dobrowolny wybór instytucji zamawiającej nie był wystarczający dla ustalenia jurysdykcji administracyjnej, zważywszy że orzecznictwo wielokrotnie potwierdziło kompetencje sądu powszechnego w sporach niewchodzących w szczególności do sektora specjalnego i że Poste Italiane nie może zostać uznana za podmiot prawa publicznego, ponieważ działa w normalnych warunkach rynkowych, wypracowując zyski i ponosząc straty.
- 11 Następnie, w dniu 19 lutego 2019 r., również Tim S.p.A. podniosła zarzut braku jurysdykcji sądu administracyjnego, twierdząc, że jedynie postępowania dotyczące usług pocztowych sensu stricto należy uznać za podlegające uregulowaniu w przedmiocie udzielania zamówień publicznych.
- 12 Brak jurysdykcji jest potwierdzony przez art. 10 decreto legislativo nr 50 z 2016 r., który – zgodnie z art. 7 dyrektywy 2014/24/UE – wyłącza z zakresu stosowania kodeksu zamówienia, które można przypisać do „instytucji zamawiającej, która świadczy usługi pocztowe”, z odniesieniem do „usług o wartości dodanej związanych ze środkami elektronicznymi i świadczonych wyłącznie za pomocą takich środków, w tym bezpieczne przesyłanie kodowanych dokumentów za pomocą środków elektronicznych, usługi zarządzania adresami i przesyłanie poleconej poczty elektronicznej”.
- 13 Również art. 15 decreto legislativo nr 50, w zgodności z art. 8 dyrektywy 2014/24/UE, wyłącza zastosowanie kodeksu do zamówień „których głównym celem jest umożliwienie instytucjom zamawiającym udostępnienia lub eksploatacji publicznych sieci łączności lub świadczenia ogółowi społeczeństwa usługi lub usług łączności elektronicznej”.

- 14 Z kolei art. 8 kodeksu zamówień publicznych – w zgodności z art. 13 dyrektywy 2014/25/UE – wyłącza ze swojego zakresu zastosowania prowadzenie działalności pocztowej, „jeżeli działalność ta bezpośrednio podlega konkurencji”.
- 15 Ponadto, w świetle odnośnej ewolucji, operator pocztowy nie może być już określany jako „podmiot prawa publicznego”, nie spełnia on już bowiem celowościowego wymagania „zaspakajania potrzeb o charakterze ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego”.
- 16 Jeżeli nawet taki charakter prawny zostanie uznany, to obowiązek stosowania procedur o udzielenie zamówienia publicznego i tak zostałyby wyłączone przez przytoczone art. 8, art. 10 lit. b) i art. 15 decreto legislativo nr 50 z 2016 r.; wreszcie, nawet w przypadku podmiotów prawa publicznego, rzeczone procedury byłyby narzucone tylko w odniesieniu do dostaw i usług ściśle związanych z sektorami specjalnymi (wyrok połączonych izb sądu kasacyjnego nr 4899 z 2018 r.).
- 17 Tim S.p.A. zwrócił się również o to, aby sąd, przed którym toczy się postępowanie, w przypadku wątpliwości co do powyżej podsumowanej interpretacji, zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości zgodnie z art. 267 TFUE.
- 18 W końcowym piśmie procesowym, złożonym w dniu 18 lutego 2019 r., Poste Italiane powtórzyła zasadność kryterium i poprawność wzoru matematycznego, które zostały zastosowane. Natomiast żaden z argumentów na obronę podmiotu nie dotyczył prejudycjalnej kwestii jurysdykcji podnoszonej jedynie przez spółki będące pozostałymi stronami postępowania i na tej podstawie sprawa została przekazana do rozstrzygnięcia.

Zwięzłe uzasadnienie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 19 W kwestii jurysdykcji, podniesionej wobec ogólnego niepodlegania przez Poste Italiane kodeksowi zamówień publicznych w odniesieniu do umów, których nie można zakwalifikować jako usługi pocztowej w ścisłym znaczeniu, Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej zostały już przedstawione w drodze postanowienia organu kolegiального nr 7778 z dnia 12 lipca 2018 r. (sprawa C-521/18), wątpliwości co do zgodności z prawodawstwem Unii, w oparciu o obowiązujące dyrektywy i wcześniejsze orzeczenia tego Trybunału.
- 20 W omawianej sytuacji wchodzi jednak w grę szersze zagadnienie, za które sąd odsyłający musi wziąć odpowiedzialność i które z tego powodu uzasadnia wydanie nowego postanowienia, jedynie częściowo pokrywającego się z tym wskazanym wyżej.
- 21 Zdaniem sądu odsyłającego podniesione zagadnienie jurysdykcji wymaga dokonania następujących ustaleń:

- I) charakteru prawnego Poste Italiane przy uwzględnieniu ewolucji, jaka miała miejsce w sektorze usług pocztowych, świadczonych na coraz szerszych zasadach konkurencji;
- II) zdefiniowania pojęcia „*funkcjonalnego charakteru*”, w oparciu o które należy określić zakres zastosowania art. 114 i następnego kodeksu zamówień publicznych, aż do ograniczenia samego obszaru kompetencji sądu administracyjnego (przynajmniej dla przedsiębiorstw, które zgodnie z dominującą tendencją nie mają statusu podmiotu prawa publicznego);
- III) oceny uzasadnionych oczekiwań uczestników przetargu, ogłoszonego celem zwykłego samozobowiązania się w sektorach, które należy uznać za niezwiązane zasadami udzielania zamówień publicznych lub jedynie za wyłączone z ogólnego stosowania kodeksu zamówień publicznych, ale już nie odnośnych zasad.
- 22 Jeżeli chodzi o uznanie statusu podmiotu prawa publicznego, to następuje ono zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. c) decreto legislativo nr 50 z 2016 r. w oparciu o następujące parametry:
- 1) założenie celem zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego ani handlowego;
 - 2) posiadanie osobowości prawnej (bez rozróżniania między publicznym lub prywatnym jej charakterem);
 - 3) finansowanie w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego; albo taki podmiot, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego
- 23 Co się tyczy „podmiotów zamawiających”, mogą nimi być „instytucje zamawiające”, jak wskazano powyżej, lub przedsiębiorstwa publiczne, które prowadzą jeden z rodzajów działalności określonych w art. 115–121 kodeksu zamówień publicznych, lub które – chociaż nie zaliczają się do ww. kategorii – prowadzą działalność określoną we wspomnianych wyżej przepisach „na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych im przez właściwy organ”. Do takich rodzajów działalności na mocy art. 120 tego kodeksu zaliczają się usługi pocztowe.
- 24 Zdaniem sądu odsyłającego uznanie Poste Italiane za podmiot prawa publicznego wydaje się trudne do podważenia. Spółka ta jest następcą prawnym istniejącego wcześniej centralnego organu administracji, powstałego po zjednoczeniu Włoch, i ma na celu zapewnienie skuteczniejszych usług. Obecnie, mimo iż Poste Italiane działa również w sektorze finansowym, ubezpieczeniowym i telefonii komórkowej na zasadach konkurencji, spółka ta jest nadal koncesjonariuszem powszechnej usługi pocztowej, co oznacza, że, otrzymując odpowiednie nakłady

państwowe częściowo pokrywające koszty, musi obowiązkowo zapewnić podstawowe usługi doręczania listów i paczek po cenie regulowanej do wszystkich włoskich gmin, o czym świadczy zapowiedź wszczęcia przez Komisję Europejską postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego ze względu na podjęcie decyzji o zaprzestaniu doręczania korespondencji do 4000 gmin, gdyż usługa ta została uznana za nieopłacalną. W związku z powyższym należy stwierdzić, że wspomniana spółka posiadająca osobowość prawną została utworzona w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, bezpośrednio wynikających ze swobody korespondencji oraz wszelkich innych form komunikacji [wymogi 1)-2) dotyczące podmiotów prawa publicznego].

- 25 W odniesieniu do wymogu określonego w pkt 3) należy zauważyć, że Poste Italiane w większości należy do Ministero dell'Economia (ministerstwa gospodarki), które powołuje zarząd, oraz podlega kontroli i nadzorowi Ministero dello Sviluppo Economico (ministerstwa rozwoju gospodarczego) i Corte dei Conti (trybunału obrachunkowego); rada nadzorcza składa się z trzech członków i trzech zastępców, z których wszyscy powoływani są przez ww. organy administracji. AGCOM [Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (urząd ds. regulacji łączności)] jest również właściwy do wydawania decyzji regulacyjnych w zakresie jakości i cech usługi powszechnej podlegającej umowie ramowej, której drugą stroną wobec operatora pocztowego jest Ministero dello Sviluppo Economico.
- 26 Podstawowym elementem podmiotu prawa publicznego jest właśnie znaczenie realizowanego interesu ogólnego, w stosunku do którego – nawet jeżeli działalność generuje zyski – nie można pominąć funkcji administracyjnej w zakresie kontroli realizacji celów dotyczących jakości usług. Zadaniem administracji jest bowiem rzeczywista troska o interesy społeczeństwa, które państwo uznaje za istotne dla usług świadczonych na rzecz obywateli, a więc nawet jeżeli usługi te zostaną powierzone podmiotom spoza aparatu administracji, muszą spełniać kryteria bezstronności, dobrej administracji i przejrzystości
- 27 W aspekcie podmiotowym istnieją zatem wystarczające elementy dla zakwalifikowania Poste Italiane jako podmiotu prawa publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. d) decreto legislativo nr 50/2016, co stanowi zdanie podzielane również przez orzecznictwo Consiglio di Stato.
- 28 Jednakże z niedawnego, wydanego w dniu 1 marca 2018 r., postanowienia Corte di Cassazione nr 4899, przywołanego w niniejszym postępowaniu przez spółki będące pozostałymi stronami postępowania na poparcie zarzutu braku jurysdykcji, wynika inny kierunek. W rzeczonym postanowieniu wyrażone zostały następujące zasady:
- a) mimo iż spółka Poste Italiane jest odpowiedzialna za świadczenie „powszechnej usługi pocztowej”, obecnie prowadzi również działalność

o charakterze finansowym lub w każdym razie działalność niezwiązaną z usługą dostarczania korespondencji, która jest już świadczona na zasadach konkurencji;

b) w dyrektywie 18/2004/WE „wyraźnie wyłączono” Poste Italiane z kategorii podmiotów prawa publicznego. Poste Italiane stanowiła odtąd instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 3 ust. 29 i załącznika IV F do decreto legislativo nr 163 z 2006 r. z powodu braku spełniania „celowościowego wymogu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, co oznacza, że podmiot jest odpowiedzialny jedynie za zaspokajanie takich potrzeb, i nie dopuszcza wykonywania innych rodzajów działalności przez ten podmiot”;

d) „ewentualne uznanie Poste Italiane s.p.a. za podmiot prawa publicznego” byłoby jednak „nieistotne”, gdyż kwestia podlegania zasadom udzielania zamówień publicznych musi być rozstrzygana zgodnie z przepisami dotyczącymi sektorów specjalnych ze względu na uznanie Poste Italiane za instytucję zamawiającą.

- 29 Argumenty Corte di cassazione, a w szczególności te, o których mowa w lit. b) i d), wydają się pozostawać w sprzeczności z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 kwietnia 2008 r., C-393/06, Ing. Aigner, w którym dochodzi się do odmiennych wniosków, podsumowanych poniżej:

I) Dyrektywa 2004/17/WE (obecnie 2014/25/UE) reguluje umowy zawierane w tzw. „sektorach specjalnych” (dotyczących gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych), w których „podmiotami zamawiającymi” mogą być nie tylko „instytucje zamawiające” [zgodnie z obecną definicją zawartą w art. 3 ust. 1 lit. a) decreto legislativo nr 50/2016], lecz także „przedsiębiorstwa publiczne” lub „przedsiębiorstwa korzystające z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych im przez właściwy organ państwa członkowskiego”, w zakresie, w jakim podmioty te wykonują jeden z rodzajów działalności należących do sektora: należy bowiem dokonywać wykładni zawężającej przepisów odnośnej dyrektywy, a zatem jedynie w odniesieniu do umów dotyczących danego sektora, odstępując od „teorii infekcji”, o której mowa w wyroku z dnia 15 stycznia 1998 r., C-44/96, Mannesmann (zob. podobnie wyrok z dnia 16 czerwca 2005 r., C-462/03 i C-463/03, Strabag i Kostmann).

II) W odniesieniu do podmiotów prawa publicznego [zgodnie z definicją zawartą w dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE, transponowaną do art. 3 ust. 1 lit. d) decreto legislativo nr 50/2016] wykładnia nie powinna być zawężająca, lecz funkcjonalna, to znaczy oparta na ustaleniu, czy instytucja jest czy nie jest utworzona dla zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, „które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego”. Zgodnie z wyrokiem w sprawie Ing. Aigner w tym względzie jest nieistotne, że potrzeby takie są lub mogłyby być również zaspokajane przez przedsiębiorstwa prywatne. Ważne jest to, że chodzi o potrzeby, co do których ze względów leżących w interesie ogólnym państwo lub jednostka samorządu terytorialnego decydują się zazwyczaj na zaspokajanie ich

samodzielnie lub w odniesieniu do których pragną zachować decydujący wpływ. [...] Należy dodać, że w tym względzie nieistotne jest to, iż poza zadaniami w interesie ogólnym omawiany podmiot wykonuje również inną działalność w celach zarobkowych, jeżeli nadal zajmuje się zaspokajaniem potrzeb w interesie ogólnym, które ma on szczególny obowiązek zaspokajać. Również to, jaką część w ramach ogólnej działalności tego podmiotu stanowi działalność prowadzona dla zysku, jest nieistotne do celów uznania tego podmiotu za podmiot prawa publicznego”.

III) Dyrektywa 2004/18/WE, obecnie zastąpiona, bez zmian, przez dyrektywę 2014/24/UE, ma zastosowanie do umów podmiotów prawa publicznego, wykraczających poza zakres sektorów specjalnych, w których podmioty te również działają, i podlegających szczególnym przepisom w tym zakresie, w odniesieniu do działalności w rzeczonych sektorach. W rzeczywistości takie jest brzmienie sentencji wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Ing. Aigner: „zamówienia udzielane przez podmiot będący podmiotem prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18, mające związek z wykonywaniem działalności tego podmiotu w sektorze lub sektorach określonych w art. 3–7 dyrektywy 2004/17, powinny podlegać procedurom przewidzianym w tej dyrektywie. Natomiast wszystkie inne zamówienia udzielane przez ten podmiot w związku z inną działalnością podlegają procedurom określonym w dyrektywie 2004/18. Każda z tych dwóch dyrektyw ma zastosowanie, bez rozróżnienia między działalnością prowadzoną przez ten podmiot w celu wypełnienia swojego zadania zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz działalnością prowadzoną w warunkach konkurencji, nawet przy takim prowadzeniu księgowości, które ma na celu rozdział sektorów działalności tego podmiotu, aby uniknąć krzyżowego finansowania między tymi sektorami”.

- 30 W związku z powyższym dyrektywa 2004/18/WE (obecnie 2014/24/UE), która dotyczy sektorów zwykłych, ma zastosowanie do wszystkich podmiotów prawa publicznego, nawet jeśli prowadzą one działalność w sektorach specjalnych, o ile przedmiot wykonywanej działalności objętej umową nie jest związany ze wspomnianymi sektorami.
- 31 Zdaniem sądu odsyłającego w związku z tym w przypadku podmiotów prawa publicznego w żadnym wypadku nie jest wykluczona właściwość sądu administracyjnego w przedmiocie umów, przewidziana dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wymaganych zarówno dla sektora zwykłego, jak i sektora specjalnego.
- 32 Nie można zatem twierdzić, że uznanie statusu prawnego Poste Italiane jako podmiotu prawa publicznego jest „nieistotne”, jak stwierdził sąd kasacyjny.
- 33 Sąd odsyłający wskazuje również, że argumenty Corte di cassazione, o których mowa w pkt 28 lit. b), nie znajdują odzwierciedlenia w aktach prawnych: jeśli chodzi o dyrektywę 2004/18/WE (obecnie 2014/24/UE), rzeczywiście instytucje zamawiające są zaliczane do podmiotów zamawiających, a do instytucji

zamawiających są zaliczane podmioty prawa publicznego zdefiniowane w ww. art. 3 ust. 1 lit. d) decreto legislativo nr 50/2016, lecz oznacza to tylko, że pojęcie podmiotów zamawiających obejmuje również podmioty prawa publicznego, jednak bez wątplenia podmioty te nie są z tego powodu „wyłączone” z kategorii instytucji zamawiających, o której mowa w art. 3 ust. 1 lit. a), bezspornie podlegających przepisom kodeksu zamówień publicznych dla sektorów zwykłych. Ponadto kwalifikacja podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 29 decreto legislativo nr 163 z 2006 r. (obecnie art. 3 ust. 1 lit. e) decreto legislativo nr 50/2016), nie stanowi odstępstwa, lecz tylko poszerzenie zakresu podmiotowego w odniesieniu do sektorów specjalnych, natomiast załącznik VI do ww. decreto legislativo nr 163 zawiera jedynie niewyczerpujący wykaz podmiotów, którym powierzono funkcje w sektorach specjalnych, w związku z czym nie stanowi również odstępstwa okoliczność, że w powyższym kontekście spółka Poste Italiane jest wskazana jako podmiot zamawiający.

- 34 Ponadto już w decyzji Komisji [2008/383] z dnia 30 kwietnia 2008 r. ustanowiono wyłączenie przetargów Poste Italiane dotyczących krajowych i międzynarodowych ekspresowych usług kurierskich, a w kolejnej decyzji 2010/12/UE z dnia 5 stycznia 2010 r. wyłączono z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE w sprawie sektorów specjalnych usługi finansowe zarządzane przez Bancoposta (gromadzenie oszczędności, udzielanie kredytów w imieniu banków i akredytowanych pośredników finansowych, działalność inwestycyjna i działalność dotycząca emerytury dodatkowej, usługi płatnicze i usługi w zakresie przelewów pieniężnych).
- 35 Jednakże prowadzenie przez podmiot działalności na konkurencyjnym rynku świadczy jedynie o braku spełniania wymogu celowościowego. Aby całkowicie wykluczyć ten wymóg, musi również istnieć dążenie do czysto ekonomicznych celów przy przyjęciu pełnego ryzyka biznesowego: okoliczności te nie występują w przypadku powszechnej usługi pocztowej powierzonej Poste Italiane do dnia 30 kwietnia 2026 r. na podstawie art. 23 ust. 2 decreto legislativo nr 261 z 1999 r. Ten sam akt prawny stanowi w art. 3 ust. 12, że koszty świadczenia usługi powszechnej będą finansowane w drodze transferów z budżetu państwa. W związku z tym ryzyko biznesowe wydaje się bardzo ograniczone.
- 36 Biorąc pod uwagę wspomnianą decyzję Komisji [2008/383], można by zatem uznać, że określony jest, również zgodnie z art. 14 ust. 2 kodeksu zamówień publicznych, zakres sektorów, w których Poste Italiane może działać na zasadzie odstępstwa od ogólnych zasad obowiązujących w zakresie przetargów: zasad, na podstawie których dotychczas uznawano, iż „teoria infekcji” nie ma zastosowania do przedsiębiorstw publicznych, jednak oprócz podmiotów prawa publicznego, ponieważ podmioty te są zobowiązane – w przypadku gdy działają w sektorach specjalnych – do przestrzegania odpowiednich przepisów wyłącznie w odniesieniu do rodzajów działalności mających charakter funkcjonalny wobec sektorów specjalnych, przy czym nie są one jednak zwolnione ze stosowania przepisów dotyczących sektorów zwykłych w odniesieniu do wszelkich innych

rodzajów działalności, w zależności od interesów mających znaczenie dla społeczeństwa, w każdym razie powierzonych rzeczonym podmiotom.

- 37 Należy zatem ustalić, czy jest możliwe odstępstwo od zasad przyjętych w wyroku w sprawie Aigner, biorąc pod uwagę przewagę interesów o charakterze przemysłowo-handlowym nad interesem publicznym, który uzasadniał pierwotne utworzenie podmiotu prawa publicznego, czy też należy uznać, że nie jest możliwe odstępstwo od odniesienia do wspomnianego utworzenia – formalnie określonego w art. 3 ust. 1 lit. d) pkt nr 1 decreto legislativo nr 50 z 2016 r. – nawet w przypadku przedsiębiorstw działających na bardzo konkurencyjnych warunkach.
- 38 W omawianej sytuacji w grę wchodzi jednak szersze zagadnienie. Istotnie, po pierwsze, ocenić należy związek przedmiotu analizowanej umowy nie tyle z sektorami obecnie określanymi jako „specjalne” i uregulowanymi w art. 114 i następujących kodeksu zamówień publicznych (część II, tytuł VI, rozdział I), ile raczej z sektorami, które nadal definiuje się jako „wyłączone ... z przedmiotowego zakresu stosowania” tego samego kodeksu (część I, tytuł II, art. 4 i następne), ale których przydzielenie musi w każdym przypadku odbyć się, zgodnie ze wspomnianym art. 4 „z poszanowaniem zasad oszczędności, skuteczności, bezstronności, równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności, jawności, ochrony środowiska i efektywności energetycznej”.
- 39 W niniejszej sprawie chodzi o sektor łączności elektronicznej, zdefiniowany jako wyłączony na mocy art. 15 decreto legislativo nr 50 z 2016 r., w zgodzie z art. 7 i 8 dyrektywy 2014/24/UE, oraz będący sam w sobie przedmiotem dyrektywy ramowej w sprawie sieci i usług łączności elektronicznej 2002/21/WE.
- 40 Związek przedmiotowej procedury przetargowej z sektorem formalnie „wyłączonym”, ale nie „niezwiązanym” w kodeksie zamówień publicznych nie wpływa jednak na jurysdykcję sądu administracyjnego, albowiem art. 4 decreto legislativo nr 50 z 2016 r. zakłada procedurę negocjacyjną, zapewniającą poszanowanie określonych kryteriów, wobec których istnieją uzasadnione interesy, podlegające jurysdykcji wspomnianego sądu.
- 41 Sąd odsyłający uważa, że pytanie dotyczące pojęcia „funkcjonalnego charakteru” - w stosunku do zagadnień właściwych dla sektorów specjalnych – jako ograniczenia jurysdykcji sądu administracyjnego, powinno być sformułowane inaczej, nawet wtedy, kiedy może dojść do możliwej ewolucji pojęcia „podmiotu prawa publicznego” w „przedsiębiorstwo publiczne”, w zależności od pewnej specyfiki sektorów „wyłączonych” oraz szczególnie w sektorze „działalności bezpośrednio podlegającej konkurencji” (art. 8 decreto legislativo nr 50 z 2016 r.). Dzieje się tak, ponieważ obecnie konkurencyjny charakter usługi pocztowej – choć sam w sobie nie jest decydujący w odniesieniu do kwestii jurysdykcji (jak w przypadku wszystkich sektorów wyłączonych, o których mowa w art. 4–20 kodeksu) – mógłby jednak mieć znaczenie dla wyłączenia kwalifikacji Poste Italiane jako podmiotu prawa publicznego, gdyż podmiot ten działa

w normalnych warunkach rynkowych, wypracowujące zyski i ponosi straty z tytułu rodzajów działalności, które obecnie w większości bezpośrednio podlegają konkurencji (dyrektywa 2014/23/UE, motyw 21 i art. 16).

- 42 W tym ostatnim względzie skład orzekający ma wątpliwości co do faktu, czy uznanie Poste Italiane za „*przedsiębiorstwo publiczne*” (w przypadku gdy zostanie to uznane za dopuszczalne przez Trybunał UE), narzuca – zgodnie z tym, co zostało ustalone w wielokrotnie przywoływanym wyroku zgromadzenia plenarnego Consiglio di Stato nr 16 z 2011 r. – trzymanie się restrykcyjnej oceny w przedmiocie związania zamówienia z materią właściwą dla danego sektora specjalnego, do którego czyni się odniesienie. Granice tej oceny są poza tym jednak w każdym przypadku istotne dla określenia konkretnego uregulowania prawnego dla indywidualnego zamówienia, nawet jeżeli było ono ogłoszone przez podmiot, który może zostać zakwalifikowany jako podmiot prawa publicznego i działający w jednym z sektorów specjalnych.
- 43 Podczas gdy faktycznie wydaje się być do przyjęcia teza, zgodnie z którą przedsiębiorstwa (publiczne lub prywatne, a te ostatnie, jeśli posiadają specjalne lub wyłączne prawo) są objęte systemem kodeksu zamówień publicznych „*w sposób ograniczony do sektorów specjalnych, a nie ogólnie co w konsekwencji prowadzi do braku zastosowania tzw. teorii infekcji, o której mowa w orzecznictwie Mannesman...*” (ww. wyrok zgromadzenia plenarnego Consiglio di Stato nr 16/2011), brak w ustawodawstwie wspólnotowym (dyrektywa 2014/25/UE) dokładnego odniesienia do pojęcia „*funkcjonalnego charakteru*”, rozumianego jako bezpośrednie związanie usługi z działalnością specjalną, będące ograniczeniem dla stosowania przepisów art. 114 i następnych kodeksu zamówień publicznych i dla samej jurysdykcji sądu administracyjnego.
- 44 Ogólnie motyw 16 dyrektywy 2014/25/UE – odnoszącej się właśnie do sektorów specjalnych – uznaje możliwość przystąpienia do udzielenia zamówień „*związanych z różnymi rodzajami działalności*” poddanych „*różnym reżimom prawnym*” z możliwością każdorazowego zastosowania do pojedynczego zamówienia przepisów odnoszących się do sektora, którego zamówienie to głównie dotyczy, jak wynika z dokumentów przetargowych lub jak powinno być w każdym razie wyszczególnione przez instytucję zamawiającą.
- 45 Zasada ta została potwierdzona w art. 6 tej dyrektywy, który w przypadku braku wyszczególnienia, w akapicie trzecim dyktuje precyzyjne parametry pierwszeństwa, gdy przedmiot umowy jest właśnie związany z materią regulowaną przez więcej niż jedną dyrektywę.
- 46 Pojęcie „*przypisania*” do jakiejś określonej działalności, na podstawie wyboru instytucji zamawiającej, w każdym przypadku wydaje się znacznie szersze, niż zostało to wskazane przez zgromadzenie plenarne [Consiglio di Stato] nr 16 z 2011 r. (które uznało za stosowną dla specjalnego sektora odniesienia usługę ochrony, tylko jeśli została ona nabyta za pośrednictwem sieci energetycznej zarządzanej przez ENI, ale już nie dla ochrony odnośnych biur

administracyjnych). Należy zatem zadać sobie pytanie – w świetle przepisów prawa Unii – czy umowa uznawana za „niezwiązaną” z systemem sektorów specjalnych nie powinna raczej odnosić się do jakiejkolwiek działalności, którą spółki publiczne – lub podmioty prywatne posiadający prawo wyłączności – mogą faktycznie podejmować, ale wyraźnie poza rozpatrywanymi sektorami, jak wymagałaby tego wspomniana zasada „niewiązania”, która może spowodować, iż działania umowne nie będą podlegać zasadom udzielania zamówień publicznych.

- 47 Artykuł 13 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE określa bowiem zakres zastosowania samej dyrektywy do usług pocztowych, z rozszerzonym odniesieniem do „usług innych niż usługi pocztowe, pod warunkiem że wspomniane usługi są świadczone przez podmiot, który świadczy również usługi pocztowe”, zaliczając do zakresu tych ostatnich zarówno te objęte „zakresem usługi powszechnej, ustanowionej zgodnie z dyrektywą 97/67/WE, jak i usługi nieobjęte tym zakresem” [art. 13 ust. 2 lit. c)].
- 48 Wreszcie zostało już podkreślone, jak motyw 16 dyrektywy 2014/24/UE wymaga wyszczególnienia działalności, której zamówienie – abstrakcyjnie podlegające przepisom sektorów specjalnych, ale czasami przeznaczone do regulowania również różnych rodzajów działalności – rzeczywiście dotyczy. Powyższe wymaga znajomości mającego zastosowanie systemu prawnego, spełniającego wymagania przejrzystości i pewności prawa, które stanowią zasady immanentnie związane z całym sektorem zamówień publicznych (w tym z sektorami, które decreto legislativo nr 50 z 2016 r. określa jako „wyłączone”).
- 49 W ostatniej kolejności sąd odsyłający zadaje sobie pytanie, czy jest zgodna z uregulowaniem Unii, rozszerzona na pojęcie nadużycia prawa (Trybunał Sprawiedliwości, dnia 5 lipca 2007 r., sprawa C-321/05 Kofoed), coraz częściej spotykana w krajowym systemie prawnym, praktyka podnoszenia zarzutu braku jurysdykcji sąd administracyjny dopiero po wydaniu przez ten ostatni pierwszych, nawet zabezpieczających, orzeczeń w odniesieniu do przetargów ogłoszonych zgodnie z kodeksem zamówień publicznych, z ogłoszeniami podlegającymi opublikowaniu w Dziennikach Urzędowych Republiki Włoch i Unii Europejskiej, bez żadnego sprecyzowania w ramach podnoszenia tego zarzutu charakteru zwykłego samozobowiązania się dokonany wybór przez instytucję zamawiającą: wyborem, którego zgodność z prawem i skutki powinny zostać przedłożone sądowi powszechnemu, wezwanemu do wydania orzeczenia – należy założyć – wyłącznie w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego, ponieważ kodeks zamówień publicznych nie znajduje zastosowania w żadnej formie (choć wyraźnie się go przytacza, a zatem, pozostaje to w sprzeczności z tym, czego uczestnicy przetargu mieli prawo się spodziewać).