

Sprawa C-515/18

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Data wpływu:

6 sierpnia 2018 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Włochy)

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

4 lipca 2018 r.

Strona skarżąca:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Strona pozwana:

Regione autonoma della Sardegna

Przy udziale:

Trenitalia SpA

[...]

[...]

Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (regionalny sąd administracyjny dla Sardynii)

[...]

[...]

POSTANOWIENIE

w sprawie skargi [...] wniesionej przez:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [...] (urząd ochrony konkurencji i rynku)

przeciwko

Regione Autonoma della Sardegna (autonomicznemu regionowi Sardynii) [...]

przy udziale

Trenitalia S.p.A. [...]

o stwierdzenie nieważności

decyzji kierownika dyrekcji generalnej ds. transportu regionu Sardynia nr 406 z dnia 17 lipca 2017 r., której przedmiotem jest **[Or.2]** bezpośrednie udzielenie spółce Trenitalia S.p.A. zamówienia na usługę publicznego transportu kolejowego w Regione Sardegna w okresie od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 31 grudnia 2025 r.;

- decyzji Giunta Regionale della Regione Sardegna (organu wykonawczego regionu Sardynia) nr 31/4 z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie wyrażenia zgody na zawarcie dziewięcioletniej umowy o świadczenie usług publicznego transportu kolejowego między Regione Sardegna i Trenitalia.

[...] [zwroty proceduralne]

1. W ramach niniejszej skargi wniesionej na podstawie art. 21a ustawy nr 287 z dnia 10 października 1990 r. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (zwany dalej „urzędem”) wnosi o stwierdzenie nieważności [...] [dwóch ww. decyzji regionalnych].

2. Urząd wskazuje na wstępie, że otrzymał od przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w sektorze transportu pasażerskiego informację o uchybieniu wszczętego przez Regione Sardegna postępowania o bezpośrednie udzielenie zamówienia na regionalne usługi kolejowe.

3. Postępowanie to zostało wszczęte na podstawie wstępnego ogłoszenia informacyjnego opublikowanego w dniu 29 grudnia 2015 r. zgodnie z wymogiem określonym w art. 7 ust. 2 **[Or.3]** rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. Po opublikowaniu ogłoszenia regionalny organ administracji otrzymał ofertę Trenitalia S.p.A. oraz zgłoszenia zainteresowania od spółki ARRIVA ITALIA RAIL s.r.l. (w dniu 13 stycznia 2016 r.) i spółki AW RAIL s.r.l. (w dniu 2 listopada 2016 r.).

4. Wyżej wymienioną decyzją z dnia 17 lipca 2017 r. Regione Sardegna – wychodząc z założenia, że umowa o świadczenie usług wynikająca z negocjacji z Trenitalia była zgodna z celami przyjętymi przez Regione – udzielił zamówienia na usługi spółce Trenitalia bez przystąpienia do etapu postępowania obejmującego konkurs ofert podmiotów, które zgłosiły zainteresowanie, w szczególności bez uwzględnienia wniosku wyrażonego w tym względzie przez ARRIVA ITALIA RAIL s.r.l., która pismem z dnia 27 marca 2017 r. wniosła o „wskazanie przez

Regione ram formali, w których zostanie [przeprowadzony] konkurs ofert” [...].

5. Urząd podnosi wobec zaskarżonych decyzji dwa zarzuty dotyczące niezgodności z prawem bezpośredniego udzielenia zamówienia na usługi regionalnego transportu kolejowego z powodu ich sprzeczności z art. 7 ust. 2 i 4 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007. W szczególności urząd uważa, że przepis rozporządzenia wspólnotowego (art. 5 ust. 6), pozwalający na bezpośrednie udzielenie zamówienia na sporną usługę, nie zawiera żadnych postanowień dotyczących zasad postępowania, których musi przestrzegać właściwy organ w celu podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia i które powinny być oparte na poszanowaniu ogólnych zasad równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, stanowiących podstawę Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, których zastosowaniem są przepisy rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 zawarte w art. 7 ust. 2 i 4.

6. Ponadto zdaniem urzędu wnoszącego skargę ww. przepisy powinny być interpretowane w świetle motywów 29 i 30 **[Or.4]** rozporządzenia. Powinno to pozwolić na dokonanie wykładni przepisów prawa europejskiego dotyczących bezpośredniego udzielenia zamówienia na sporną usługę w ten sposób, że opublikowanie wstępnego ogłoszenia informacyjnego z dużym wyprzedzeniem w stosunku do chwili udzielenia zamówienia (art. 7 ust. 2 rozporządzenia WE) ma na celu umożliwienie potencjalnym wykonawcom usługi publicznej przygotowania oferty składanej w ramach postępowania o bezpośrednie udzielenie zamówienia [w tym względzie urząd powołuje się również na komunikat Komisji Europejskiej 2014/C92/01 w sprawie wytycznych interpretacyjnych w odniesieniu do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, opublikowany w Dz.U. UE w dniu 29 marca 2014 r.].

7. Z powyższego wynika ponadto, że obowiązki informacyjne Regione Sardegna, jako organu właściwego w niniejszej sprawie, zgodnie z art. 7 ust. 2 wspomnianego rozporządzenia (WE), powinny również obejmować skierowane do podmiotu, który od zawsze świadczy usługi transportowe (tzw. operatora historycznego, w niniejszym przypadku: Trenitalia S.p.A.), żądanie przedstawienia wszystkich danych będących w jego posiadaniu, dotyczących poziomów popytu, liczby pracowników, taboru kolejowego oraz innych danych, w celu udostępnienia ich podmiotom potencjalnie zainteresowanym udzieleniem zamówienia na rozpatrywaną usługę.

8. W postępowaniu wziął udział Regione Sardegna, który – podkreślając, że rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 pozwala na bezpośrednie udzielenie zamówienia na publiczne usługi transportu kolejowego (art. 5 ust. 6) – nie zgadza się, że stanowisko urzędu doprowadziłoby do odstąpienia od stosowania przepisu dotyczącego bezpośredniego udzielania zamówienia, tym samym prowadząc do procedury przetargowej zgodnej z zasadami konkurencji. Również w odniesieniu do obowiązków informacyjnych, przy założeniu że regionalny organ administracji przestrzegał przepisów art. 7 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, dodatkowa

dokumentacja, o którą zwróciła się spółka Arriva Italia Rail s.r.l., dotyczy różnych szczegółowych informacji przekazywanych tylko w procedurach przetargowych, ale nie w procedurach bezpośredniego udzielania zamówień.

9. W postępowaniu wzięła udział także spółka Trenitalia S.p.A., która potwierdza prawidłowość postępowania Regione Sardegna zarówno pod względem zgodności z prawem bezpośredniego udzielenia zamówienia na podstawie art. 5 ust. 6 rozporządzenia (WE) nr **[Or.5]** 1370/2007, jak i pod względem przestrzegania obowiązków informacyjnych i obowiązku uzasadnienia.

10. [...] *[postępowanie]*

11. W świetle kwestii podniesionych przez urząd sąd uważa, że konieczne jest wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zgodnie z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w przedmiocie wykładni ww. przepisów rozporządzenia wspólnotowego nr 1370/2007, co zostanie wyjaśnione poniżej.

12. Na wstępie należy zauważyć, że z uwagi na ściśle powiązanie ze sobą obu zarzutów skargi są one istotne w tym sensie, iż nawet ewentualne uwzględnienie tylko jednego z podniesionych zarzutów pozwoliłoby na rozstrzygnięcie sporu, a tym samym na stwierdzenie nieważności zaskarżonych decyzji.

13. - Przepisy prawa Unii Europejskiej mające zastosowanie do sprawy.

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne są różne przepisy rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

Po pierwsze, art. 5 ust. 6 wspomnianego rozporządzenia, który stanowi:

„O ile nie zakazuje tego prawo krajowe, właściwe organy mogą podjąć decyzję o bezpośrednim udzielaniu zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego z wyjątkiem innych rodzajów transportu szynowego, takich jak metro lub tramwaje. Na zasadzie odstępstwa od art. 4 ust. 3 takie umowy zawierane są maksymalnie na okres dziesięciu lat, z wyjątkiem sytuacji, w których ma zastosowanie art. 4 ust. 4”.

Należy również wziąć pod uwagę przepisy art. 7 ust. 2 i 4, zgodnie z którymi:

„Każdy właściwy organ podejmuje niezbędne środki, aby najpóźniej rok przed rozpoczęciem procedury przetargowej lub rok przed bezpośrednim przyznaniem zamówienia zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przynajmniej następujące informacje:

a) nazwa i adres właściwego organu;

b) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;

[Or.6]

c) usługi i obszary potencjalnie objęte zamówieniem.

Właściwe organy mogą zadecydować, że informacje te nie będą publikowane, jeżeli umowa o świadczenie usług publicznych dotyczy świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 50 000 kilometrów rocznie.

W przypadku zmiany określonych powyżej informacji po ich opublikowaniu, właściwy organ niezwłocznie publikuje odpowiednie sprostowanie. Sprostowanie takie nie ma wpływu na datę rozpoczęcia procedury bezpośredniego przyznania zamówienia lub rozpoczęcia procedury przetargowej.

Niniejszy ustęp nie ma zastosowania do art. 5 ust. 5" (art. 7 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007).

Ustęp 4 cytowanego art. 7 stanowi:

„Na wniosek zainteresowanej strony właściwy organ przekazuje jej uzasadnienie swojej decyzji o bezpośrednim udzieleniu zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych”.

Wreszcie należy również przywołać motyw 29 (zgodnie z którym: „Przed udzieleniem zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych, z wyjątkiem środków nadzwyczajnych i umów związanych ze świadczeniem usług na niewielką odległość, właściwe organy powinny przedsięwziąć niezbędne kroki, by ogłosić swój zamiar udzielenia zamówień prowadzących do zawarcia takich umów przynajmniej z rocznym wyprzedzeniem, tak aby potencjalne podmioty świadczące usługi publiczne mogły podjąć odpowiednie działania”) i motyw 30 („Zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych udzielane bezpośrednio powinny podlegać wymogowi zwiększonej przejrzystości”) rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

14. Przepisy prawa krajowego.

W ramach prawa krajowego istotny jest przepis art. 61 ustawy nr 99 z dnia 23 lipca 2009 r., w myśl którego „[w] celu zharmonizowania z przepisami wspólnotowymi procesu liberalizacji i konkurencji w sektorze regionalnego i lokalnego transportu publicznego organy właściwe w zakresie udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług, nawet w drodze odstępstwa od przepisów sektorowych, mogą powołać się na [Or.7] przepisy art. 5 ust. 2, 4-6 i art. 8 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. Zgodnie z przepisami wspomnianego rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 do spółek, którym we Włoszech lub za granicą udzielono zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług, nie stosuje się wyłączenia określonego w art. 18 ust. 2 lit. a) decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 422 z dnia 19 listopada 1997 r.”

Ponadto należy uwzględnić przepisy art. 17 ust. 1 lit. i) decreto legislativo nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r. („Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”) („Wykonanie dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE w sprawie udzielania koncesji, w sprawie zamówień publicznych i w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, a także w sprawie zmian obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych związanych z robotami budowlanymi, usługami i dostawami”), zgodnie z którymi „*postanowienia niniejszego kodeksu nie mają zastosowania do przetargów i udzielania zamówień na usługi [...] i dotyczących usług publicznego transportu pasażerskiego kolejną lub metrem; [...]*”; należy także uwzględnić przepisy art. 4 wspomnianego codice dei contratti pubblici (kodeksu zamówień publicznych): „*Udzielanie zamówień publicznych dotyczących robót budowlanych, usług i dostaw oraz zamówień czynnych, wyłączonych w całości lub w części z przedmiotowego zakresu zastosowania niniejszego kodeksu, odbywa się zgodnie z zasadami gospodarności, skuteczności, bezstronności, równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności, jawności, ochrony środowiska i efektywności energetycznej*”.

15. Wnioski.

Wątpliwość uzasadniająca skierowanie pytania prejudycjalnego dotyczy możliwości dokonania wykładni art. 7 ust. 2 i 4 rozporządzenia (WE) 1370/2007 zgodnie z zasadami traktatu dotyczącymi konkurencji, niedyskryminacji i przejrzystości poprzez przypisanie ww. przepisom rozporządzenia szerszego znaczenia zarówno w odniesieniu do obowiązków informacyjnych spoczywających na właściwym organie zamierzającym udzielić zamówienia bezpośrednio, które to obowiązki powinny umożliwić wszystkim podmiotom potencjalnie zainteresowanym świadczeniem usługi przygotowanie poważnej i racjonalnej oferty, jak i w odniesieniu do obowiązku **[Or.8]** uzasadnienia bezpośredniego wyboru wykonawcy, które powinno obejmować również ocenę porównawczą w przypadku, gdy organ, po opublikowaniu wstępnego ogłoszenia informacyjnego zgodnie z art. 7 rozporządzenia (WE), otrzymuje wiele ofert świadczenia usługi. Jak wskazano powyżej, odpowiedź Trybunału jest decydująca dla rozstrzygnięcia sporu dotyczącego zakresu normatywnego wielokrotnie wymienionych przepisów rozporządzenia (WE).

16. Sformułowanie pytań prejudycjalnych.

W związku z powyższym Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna przedkłada następujące pytania:

„Czy art. 7 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r. należy interpretować w ten sposób, że zobowiązuje on właściwy organ,

który zamierza wydać decyzję o bezpośrednim udzieleniu zamówienia, do podjęcia niezbędnych środków w celu opublikowania lub przekazania informacji wszystkim podmiotom potencjalnie zainteresowanym świadczeniem usługi, niezbędnych do przygotowania poważnej i racjonalnej oferty?”

„Czy art. 7 ust. 4 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r. należy interpretować w ten sposób, że przed wydaniem decyzji o bezpośrednim udzieleniu zamówienia właściwy organ musi dokonać oceny porównawczej wszystkich ofert świadczenia usługi otrzymanych po opublikowaniu wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa we wspomnianym art. 7 ust. 4?”

Z powyższych względów

Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (izba pierwsza) postanawia, co następuje:

- 1) przedkłada Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytanie prejudycjalne przedstawione w uzasadnieniu na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej;
- 2) zawiesza niniejsze postępowanie do czasu rozstrzygnięcia pytania prejudycjalnego;

[...] **[Or.9]** [...]

[...] Cagliari, [...] w dniu 4 lipca 2018 r. [...]

[...] *[zwroty proceduralne i podpisy]*