

Zaak C-347/24

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

13 mei 2024

Verwijzende rechter:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

7 mei 2024

Verzoekende partij:

Team Service Soc. cons. arl

Verwerende partij:

Ferservizi S.p.A.

[omissis] **ITALIAANSE REPUBLIEK**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië)

(Afdeling Vier Ter)

geeft de navolgende

BESCHIKKING

naar aanleiding van het beroep [omissis] dat door Team Service Società Consortile a r.l. is ingesteld, [omissis]

tegen

Ferservizi S.p.A., [omissis] in tegenwoordigheid van

CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., [omissis]

CNCP - Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360° Società Cooperativa, Security Service S.r.l., beide niet vertegenwoordigd in de procedure;

tot nietigverklaring, na vaststelling van conservatoire maatregelen,

a) van het besluit [*omissis*] waarbij Ferservizi S.p.A. aan de CNS – Consorzio nazionale servizi soc coop. – perceel 1 (gebied noordwest) van aanbestedingsprocedure 15/2023 heeft toegewezen voor de gunning van „Multiservice- en schoonmaakdiensten met geringe milieueffecten, ontsmetting, aanvullende diensten onder toezicht van Ferservizi S.p.A. voor de gebouwen die door de Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane worden gebruikt” [*omissis*];

b) van de handelwijze van de aanbestedende dienst, voor zover deze met betrekking tot perceel 1 – gebiedszone noordwest – de CNCP - Attività 360° della Rete Ferroviaria Italiana, tweede in de rangschikking, en de Security Service, derde in de rangschikking, niet van de aanbesteding heeft uitgesloten;

c) indien noodzakelijk, van de opdracht (raamovereenkomst) die de aanbestedende dienst met de begunstigde, CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., is overeengekomen [*omissis*];

d) van alle andere daarmee samenhangende handelingen of beslissingen;

en ter vergoeding van de geleden en nog te lijden schade,

a) hetzij door herplaatsing in een bepaalde vorm, met overname van de uitvoering van de dienst en de opdracht (raamovereenkomst), waartoe de verzoekende partij zich hierbij volledig verbindt;

b) hetzij door middel van een gelijkwaardige vergoeding waarvan de hoogte in de loop van het geding zal worden bepaald, onder voorbehoud van de billijkheidsbeoordeling door de rechter.

[*Omissis*] Gelet op artikel 267 VWEU;

Vooropgesteld dat:

- de verzoekende partij Team Service Società Consortile a r.l. de toewijzing aan CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. van de raamovereenkomst met betrekking tot de gunning van „Multiservice- en schoonmaakdiensten met geringe milieueffecten, ontsmetting, aanvullende diensten onder toezicht van Ferservizi S.p.A. voor de gebouwen die door de Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane worden gebruikt” – gebiedsperceel 1, heeft aangevochten, waarbij zij heeft aangevoerd dat het aanbod van de begunstigde onregelmatigheden bevat [*omissis*];

- de gunning werd bepaald na een openbare procedure die door Ferservizi S.p.A. is uitgeschreven op grond van decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (“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") (wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016) („Tenuitvoerlegging van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, overheidsopdrachten en het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en de intrekking van de geldende regelgeving inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen”), die bij aankondiging is bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 15 maart 2023;

- de geraamde waarde van perceel 1 („gebiedszone noordwest”) is € 15.713.019,48, exclusief btw, dientengevolge hoger dan de Europese drempelwaarden;
- in rechte heeft Ferservizi S.p.A. betwist dat zij gehouden was richtlijn 2014/25/EU en de nationale omzettingen na te leven, omdat zij als overheidsonderneming kon worden aangemerkt en de opdracht betrekking had op diensten die niet behoren tot de activiteiten als bedoeld in artikelen 8 tot en met 14 van de richtlijn;
- daarom was de organisatie van een openbare procedure en de naleving van de desbetreffende regels volgens Ferservizi S.p.A. het resultaat van een vrije keuze [*omissis*], met drie gevolgen: a) het onderhavige geval valt niet binnen de werkingssfeer van de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten; b) het burgerlijk recht is van toepassing; c) het geschil behoort tot de competentie van de gewone rechter en niet van de bestuursrechter [*omissis*];

Overwegende dat:

- volgens het nationale recht tot omzetting van richtlijn 2014/25/EU, dat *ratione temporis* van toepassing is op het onderhavige geval (artikel 114 van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016), zijn de bepalingen van het wetboek inzake overheidsopdrachten, en in het bijzonder de verplichting om een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht uit te schrijven, van toepassing op opdrachten voor specifieke sectoren (waartoe de dienst van het vervoer per trein behoort); wanneer een entiteit als overheidsonderneming kan worden aangemerkt, geldt dit slechts voor zover deze een van de activiteiten als bedoeld in de artikelen 115 tot en met 121 uitoefent (die overeenkomen met de activiteiten die in de artikelen 8 tot en met 14 van de richtlijn worden genoemd);
- bovendien kan volgens de nationale rechtspraak „het feit dat de gunning van een dienst is onderworpen aan de regeling die voor specifieke sectoren is vastgesteld, niet op basis van een louter subjectief criterium worden afgeleid, namelijk dat de opdracht wordt gegund door een instantie die in de specifieke sectoren werkzaam is, maar ook op basis van een objectieve maatstaf, waarbij

rekening wordt gehouden met het feit dat de dienst verband houdt met de specifieke activiteit” [omissis];

- met name „is de particuliere instantie die op grond van uitsluitende rechten werkzaam is, evenals de overheidsonderneming, slechts verplicht een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht uit te schrijven, indien aan twee voorwaarden is voldaan: wanneer deze in specifieke sectoren werkzaam is; wanneer de gunning betrekking heeft op activiteiten die functioneel zijn voor de activiteit in de specifieke sectoren” [omissis]; er is nader gepreciseerd dat „het begrip functionaliteit van de opdracht op een redelijk restrictieve wijze moet worden uitgelegd, waarmee wordt bedoeld dat een gunning de eigen doelstellingen (*kernactiviteit*) van de specifieke activiteit dient” [omissis];

- voor „externe” opdrachten daarentegen, die voor andere doeleinden worden gegund dan de activiteiten van overheidsondernemingen in de specifieke sectoren, „is er geen sprake van dat de regeling op het gebied van gewone sectoren daarop van toepassing is, maar dat beide richtlijnen daarop niet van toepassing zijn, met als gevolg dat de regels van gemeen recht gelden; - het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten, dat bij wetsbesluit nr. 36 van 31 maart 2023 (dat in dit geval niet van toepassing is, aangezien het in het geval dat de rechter moet beoordelen gaat om een aanbesteding die is uitgeschreven vóór de inwerkingtreding ervan) is goedgekeurd, dat uitgaat van het beginsel dat, overeenkomstig de opzet van richtlijn 2014/25/EU, voor overheidsondernemingen en particuliere personen met bijzondere of uitsluitende bevoegdheden, waarbij het niet gaat om overheidsdiensten, de naleving van de regels van de plaatsing van een overheidsopdracht, waarbij sprake is van een aanzienlijke beperking van de contractautonomie, [omissis] niet automatisch en voor elke gunning kan worden vastgesteld, omdat daarvoor een aanvullende voorwaarde met een objectief en doelgericht karakter is vereist, bevat in artikel 141, lid 2, een bepaling [...], die, ten opzichte van het oude artikel 114 van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016, deze voorwaarden explicieter maakt door te bepalen dat „overheidsondernemingen en houders van bijzondere of uitsluitende rechten de bepalingen van dit wetboek slechts toepassen op overeenkomsten die vanuit functioneel oogpunt verband houden met een van de activiteiten die in de artikelen 146 tot en met 152 worden genoemd”.

Overwegende dat:

- volgens de nationale rechtspraak [omissis] is Ferservizi S.p.A. „een overheidsonderneming die wordt bestuurd door, en onder de coördinatie valt van, Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., de holding van de FS-groep, die de leveringen en diensten die niet tot de kernactiviteit behoren, die geen rechtstreeks verband houden met de exploitatie van het spoor, beheert ter ondersteuning van de activiteiten van de andere vennootschappen van de FS-groep, en die daarom de wet inzake overheidsopdrachten uitsluitend moet toepassen voor aanbestedingsprocedures die zijn gericht op het nastreven van doelstellingen die nauw verband houden met de specifieke activiteit”;

- de aard van overheidsonderneming vloeit voort uit de volledige deelneming daarin van de moedermaatschappij Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. (artikel 4, lid 2, van richtlijn 2014/25/EU), die volgens de nationale rechtspraak op haar beurt een publiekrechtelijke instelling is [*omissis*] en daarom zowel in de gewone sectoren in de zin van artikel 2, lid 1, punt 4, van richtlijn 2014/24/EU als in de specifieke sectoren in de zin van artikel 3, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU een aanbestedende dienst is;
- de verwijzende rechter is het eens met de kwalificatie van Ferservizi S.p.A. als overheidsonderneming in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2014/25/EU, aangezien door de aanbestedende dienst aan het vereiste van een overheersende invloed wordt voldaan, die wordt vermoed telkens wanneer deze dienst de meerderheid van het geplaatste kapitaal in handen heeft, en samen met de andere vennootschappen van de groep die tot Ferrovie dello Stato SpA behoren, werkzaam is in de sector van het vervoer per trein, die wordt genoemd in de artikelen 8 tot en met 14 van de richtlijn;
- de verwijzende rechter is het ook eens met de kwalificatie van de moedermaatschappij Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. als publiekrechtelijke instelling, aangezien aan de drie cumulatieve voorwaarden is voldaan (Hof van Justitie van de Europese Unie, hierna: „Hof”, Tweede kamer, 13 januari 2005, Commissie/Spanje, C-84/03, ECLI:EU:C:2015:14): I) de oprichting met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, die van andere dan industriële of commerciële aard zijn (als concessiehouder beheert zij via haar dochteronderneming Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. de nationale spoorweginfrastructuur); II) het hebben van rechtspersoonlijkheid [*omissis*]; III) het in hoofdzaak worden gefinancierd door de staat (volledig in eigendom van het ministerie van Economische Zaken en Financiën);
- ten slotte deelt de verwijzende rechter de stelling van Ferservizi S.p.A., dat de betrokken opdracht moet worden geacht geen verband te houden met de activiteiten in de specifieke sectoren, aangezien de dienstverlening waarop de opdracht betrekking heeft, hoofdzakelijk bestemd is voor kantoorgebouwen die worden gebruikt door het personeel van de vennootschappen van de groep, die niet toegankelijk zijn voor de gebruikers van de dienst en die uiteindelijk niet nauw verbonden zijn met de exploitatie van de vervoerdienst per trein;
- deze restrictieve lezing vindt steun in de meest recente standpunten in de rechtspraak van het Hof, op grond waarvan slechts relevant zijn „de activiteiten die daadwerkelijk dienen voor de uitoefening van de activiteit die tot de sector behoort, (...) doordat zij het mogelijk maken dat deze activiteit, gelet op de normale voorwaarden voor de uitoefening daarvan, naar behoren worden uitgevoerd, met uitsluiting van activiteiten die worden verricht voor andere doeleinden dan de uitoefening van de betrokken sectorale activiteit” (Hof, Vijfde kamer, 28 oktober 2020, Pegaso en Sistemi di sicurezza, C-521/18, op het gebied van postdiensten), en de nationale rechtspraak, waarin juist op het gebied van vervoerdiensten per trein is vastgesteld dat er een functioneel verband bestaat

tussen de netwerkexploitatie door Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. en de schoonmaakdienst van (alleen) stations, en bijbehorende gebouwen [*omissis*];

- niettemin is de verwijzende rechter van oordeel dat in bijzondere gevallen als het onderhavige, het ontbreken van de voorwaarde van de functionele band van de dienst met de activiteit die tot de specifieke sectoren behoort die door de overheidsonderneming wordt uitgeoefend, er in het algemeen niet toe kan leiden dat de twee richtlijnen inzake overheidsopdrachten niet van toepassing zijn;

- de bijzonderheid van het geval is gelegen in het feit dat de opdracht betrekking heeft op de verwerving van diensten die de ondernemer aan wie de opdracht is gegund, ook moet verlenen aan derden die tot dezelfde groep vennootschappen behoren en die, voor zover zij rechtstreeks een beroep op de markt zouden doen, gezien hun aard gehouden zijn de richtlijnen na te leven;

- daarom bestaat er een reëel gevaar dat zich gedragingen voordoen die het Unierecht en het beginsel van vrije mededinging omzeilen;

- in het bijzonder zou een overheidsonderneming, gelet op de scherpere grenzen waaraan deze zich bij het benaderen van de markt aan de regels voor het plaatsen van een overheidsopdracht moet houden dan aanbestedende diensten, door laatstgenoemden op grond van verschillende rechtsregelingen kunnen worden belast met het verrichten van inkooptaken die in wezen zouden worden omgezet in een activiteit van loutere bemiddeling bij het verwerven van diensten in verband met „externe opdrachten” ten gunste van deze instanties, waarbij zij profiteren van het feit dat het ontbreken van het vereiste van het functionele verband het niet mogelijk maakt de overheidsonderneming als aanbestedende instantie aan te merken;

- bovendien krijgen de begrippen functionaliteit en behoren tot de kernactiviteit van de specifieke sectoren (dat telkens moet worden onderzocht wanneer de instantie aan de definitie van „overheidsonderneming” voldoet) slechts betekenis wanneer zij betrekking hebben op één instantie en in verband kunnen worden gebracht met het voorwerp van de opdracht voor het verrichten van diensten ten behoeve van die onderneming;

- wanneer dit argument tot het uiterste zou worden doorgevoerd, zou het voor een aanbestedende dienst (in dit geval een publiekrechtelijke instelling), die actief is in de specifieke sectoren en die hoe dan ook gehouden is de bepalingen van richtlijn 2014/25/EU toe te passen, volstaan een overheidsonderneming op te richten met als enige doel de toepassing van het Unierecht inzake overheidsopdrachten te omzeilen door gebruik te maken van de rechtsregeling waaraan overheidsondernemingen zijn onderworpen, die zonder beperkingen [*omissis*] op de markt werkzaam kunnen zijn, indien de opdracht als „extern” is aan te merken;

- aangezien het ontbreken van een functioneel verband met de activiteiten in de specifieke sectoren er hoe dan ook niet toe kan leiden dat de bepalingen inzake

overheidsopdrachten in de gewone sectoren alsnog van toepassing zijn (aangezien het gaat om autonome en afzonderlijke regelgeving), noch tot de kwalificatie van de overheidsonderneming als publiekrechtelijke instelling kan leiden [*omissis*], moeten volgens de verwijzende rechter daarom de bepalingen van richtlijn 2014/25/EU hoe dan ook worden toegepast in alle gevallen, waarin de diensten die het voorwerp uitmaken van de opdracht waarop de aanbesteding die door de overheidsonderneming is uitgeschreven betrekking heeft, in wezen moeten worden verleend aan instanties die werkzaam zijn in de specifieke sectoren die voldoen aan de voorwaarden om als aanbestedende diensten te worden aangemerkt, en die anders de regels voor het plaatsen van een overheidsopdracht moeten naleven, ongeacht of dit functionele verband is aangetoond;

- in het geval dat de verwijzende rechter in onderzoek heeft, gaat het om een overheidsonderneming (Ferservizi S.p.A.) die het „Gemeenschappelijk dienstencentrum” van de groep Ferrovie dello Stato vormt, aangezien het voor de moedermaatschappij en de vennootschappen van de FS-groep de activiteiten van de „back office” beheert, dat wil zeggen de activiteiten die geen rechtstreeks verband houden met de exploitatie van de spoorwegen, door de kernactiviteiten [*omissis*] te ondersteunen en voortdurend de doeltreffendheid van de beheerde processen te verbeteren, en die zich bezighoudt met „aankopen die niet met de kernactiviteiten te maken hebben”, waarbij volgens de wetten van de markt wordt gewerkt [*omissis*];

- het is dan ook duidelijk dat een instantie met deze kenmerken het risico loopt voor de controlerende aanbestedende dienst een middel te worden waarmee deze zich aan de toepassing van de twee richtlijnen kan onttrekken, aangezien deze instantie per definitie nooit kan worden beschouwd als een aanbestedende instantie, noch voor de toepassing van richtlijn 2014/25/EU (aangezien zij zich bezighoudt met aankopen die geen deel uitmaken van de kernactiviteit van de vennootschappen van de groep), noch voor de toepassing van Richtlijn 2014/24/EU (aangezien het gaat om een overheidsonderneming die in de specifieke sectoren werkzaam is);

- in die zin zij eraan herinnerd dat de aanbesteding die door Ferservizi S.p.A. overeenkomstig haar statutaire doel is uitgeschreven betrekking heeft op de gunning van „Multiservice- en schoonmaakdiensten met geringe milieueffecten, ontsmetting, aanvullende diensten onder toezicht van Ferservizi S.p.A. voor de gebouwen die door de Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane worden gebruikt”, dat wil zeggen voor een groot aantal vennootschappen, die allemaal onder leiding en controle staan van de Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., een publiekrechtelijke instelling [*omissis*];

- [*omissis*] [*nadere overweging in dezelfde zin*];

- ten slotte lijkt het nuttig eraan te herinneren dat het Hof zelf heeft verklaard dat „een onderneming die enerzijds volledig in handen is van een aanbestedende dienst die voorziet in behoeften van algemeen belang en anderzijds zowel

transacties voor die aanbestedende dienst als transacties op een concurrerende markt verricht, moet worden aangemerkt als een „publiekrechtelijke instelling” [...] voor zover de aanbestedende dienst zonder de activiteiten van die onderneming zijn eigen activiteit niet kan uitoefenen, en deze onderneming zich bij het vervullen van behoeften van algemeen belang laat leiden door andere dan economische overwegingen. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of dat zo is” (Hof, Vierde kamer, van 5 oktober 2017, LitSpecMet, C-567/15, juist naar aanleiding van een aanbesteding die is uitgeschreven door een handelsvennootschap die door het Litouwse spoorwegbedrijf wordt gecontroleerd);

- kortom, de verwijzende rechter wenst het Hof krachtens artikel 267 VWEU ter uitlegging van Unierecht te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet een overheidsonderneming die in specifieke sectoren werkzaam is (aanbestedende instantie in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2014/25/EU, zoals omgezet bij de artikelen 114 en volgende van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016) – die een overheidsonderneming is omdat een aanbestedende dienst, in het bijzonder een publiekrechtelijke instelling (artikel 2, lid 1, punt 4, van richtlijn 2014/25/EU) die de meerderheid van haar kapitaal bezit, een overheersende invloed op haar uitoefent – de bepalingen van richtlijn 2014/25/EU in acht nemen wanneer die overheidsonderneming voornemens is een overeenkomst inzake een opdracht voor diensten te sluiten waarvan het bedrag de Europese drempels overschrijdt, welke overeenkomst betrekking heeft op diensten die niet strikt verbonden zijn aan de activiteiten als bedoeld in de artikelen 8 tot en met 14 van richtlijn 2014/25/EU, maar die uitsluitend of hoofdzakelijk beogen te voorzien in de behoeften van de controlerende publiekrechtelijke instelling en de door die instelling gecontroleerde vennootschappen?”

- [omissis] procedure

OM DEZE REDENEN

De Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Afdeling Vier Ter):

a) verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing over de vraag die in de motivering is geformuleerd;

b) [omissis];

c) bepaalt de schorsing van deze procedure in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

[omissis] Rome [omissis] 23 april 2024 [omissis]