

Mål C-347/24

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

13 maj 2024

Domstol som begär förhandsavgörande:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

7 maj 2024

Klagande:

Team Service Soc. cons. arl

Motpart:

Ferservizi SpA

[utelämnas] **REPUBLIKEN ITALIEN**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(fjärde avdelningen, grupp C)

har meddelat följande

BESLUT

angående överklagande [utelämnas] som har ingetts av Team Service Società Consortile a r.l., [utelämnas]

mot

Ferservizi S.p.A., [utelämnas] med avseende på

CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., [utelämnas]

CNCP – Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360° Società Cooperativa, Security Service S.r.l., som inte har inkommit med svaromål,

med yrkande om ogiltigförklaring, efter det att säkerhetsåtgärder har vidtagits,

- a) av det beslut [utelämnas] genom vilket Ferservizi S.p.A. har tilldelat CNS – Consorzio nazionale servizi soc. coop. del 1 (det nordvästliga territoriella området) kontraktet i upphandling 15/2023 avseende ”Multiservice- och städtjänster med låg miljöpåverkan, desinfektion och kompletterande tjänster vid Ferservizi S.p.A. med avseende på de fastigheter som används av bolagen i koncernen Ferrovie dello Stato Italiane” [utelämnas],
- b) av den upphandlande myndighetens implicita beslut, såvitt avser underlåtenheten att utesluta CNCP – Attività 360° della Rete Ferroviaria Italiana (på andra plats i rangordningen) och Security Service (på tredje plats i rangordningen) från anbudsförandet avseende del 1 – det nordvästliga territoriella området,
- c) [om nödvändigt] av det upphandlingsavtal (ramavtal) som den upphandlande myndigheten har ingått med den utvalda anbudsgivaren CNS – Consorzio nazionale servizi soc. coop. [utelämnas], och
- d) av alla andra rättsakter och/eller beslut [i samband därmed],

samt yrkande om ersättning för den skada som klaganden har lidit eller kan komma att lida,

- a) dels genom återställande av klagandens materiella situation, varvid klaganden övertar tjänsterna och upphandlingsavtalet (ramavtalet), vilket klaganden är fullt beredd att göra redan nu,
- b) dels genom ersättning med ett likvärdigt belopp som ska fastställas under förfarandets gång, med förbehåll för rättens skälighetsbedömning.

[utelämnas] med beaktande av artikel 267 FEUF.

Bakgrund

– Klaganden Team Service Società Consortile a r.l. har överklagat beslutet att tilldela CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. ramavtalet avseende ”Multiservice- och städtjänster med låg miljöpåverkan, desinfektion och kompletterande tjänster vid Ferservizi S.p.A. med avseende på de fastigheter som används av bolagen i koncernen Ferrovie dello Stato Italiane” – territoriell del 1, och har gjort gällande att det finns avvikelser i den utvalda anbudsgivarens anbud.

– Kontraktet tilldelades efter ett öppet förfarande som hade inletts av Ferservizi S.p.a. i enlighet med 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”) (lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016 om genomförande av direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU om tilldelning av koncessioner, offentlig upphandling respektive upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, samt om omarbetning av gällande lagstiftning rörande offentlig upphandling avseende byggentreprenad, tjänster och varor). Meddelandet om upphandling offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 15 mars 2023.

– Det uppskattade värdet för del 1 (”det nordvästliga territoriella området”) uppgår till 15 713 019,48 euro, exklusive mervärdesskatt, och överstiger således de europeiska tröskelvärdena.

– Ferservizi S.p.a. har i sitt svaromål hävdad att bolaget inte omfattas av direktiv 2014/25/EU och av de nationella införlivandebestämmelserna, dels eftersom bolaget ska anses vara ett offentligt företag, dels eftersom kontraktet avser tjänster som inte hör till de verksamheter som avses i artiklarna 8–14 i direktivet.

– Enligt Ferservizi S.p.a. stod det således bolaget fritt att inleda ett öppet förfarande och att iaktta de relevanta bestämmelserna [utelämnas], vilket får följande tre konsekvenser: a) förevarande situation omfattas inte av tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv, b) civilrätten ska tillämpas och c) tvisten ska hänskjutas till allmän domstol [i stället för förvaltningsdomstol] [utelämnas].

Den hänskjutande domstolen har påpekat följande:

– Enligt den nationella lagstiftning som införlivar direktiv 2014/25/EU och som var tillämplig i tiden (*ratione temporis*) på förevarande mål (artikel 114 i lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016) ska bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling, däribland skyldigheten att inleda ett offentligt anbuds förfarande, tillämpas i upphandlingar som rör särskilda sektorer (däribland järnvägstransporter), när en enhet kan anses utgöra ett offentligt företag, endast om denna enhet bedriver någon av de verksamheter som anges i artiklarna 115–121 (vilka motsvarar dem som räknas upp i artiklarna 8–14 i direktivet).

– Det följer dessutom av nationell rättspraxis att ”det inte av ett rent subjektivt kriterium, det vill säga att kontraktet tilldelas av en enhet som är verksam inom särskilda sektorer, kan utläsas att tilldelning av en tjänst omfattas av den lagstiftning som gäller för särskilda sektorer, utan det ska även tillämpas en objektiv parameter, som innebär att tjänsten ska kunna hänföras till den särskilda verksamheten” [utelämnas].

– I synnerhet anges att ”en privat enhet som bedriver verksamhet med ensamrätter är, på samma sätt som ett offentligt företag, skyldig att inleda ett offentligt anbuds förfarande endast om följande två villkor samtidigt är uppfyllda: att aktören är verksam inom särskilda sektorer och att tilldelningen avser

verksamheter som har ett funktionellt samband med den som bedrivs inom särskilda sektorer”. [utelämnas] det påpekas dessutom ”begreppet kontraktets funktionella samband ska ges en skäligt restriktiv tolkning, så att det avser en tilldelning som görs för den särskilda verksamhetens egna syften (kärnverksamheten) [utelämnas].

– Vad däremot gäller ”ovidkommande” kontrakt som tilldelas för andra syften än sådana verksamheter som offentliga företag bedriver inom särskilda sektorer ”görs det inte någon som helst utvidgning i lagstiftningen om allmänna sektorer, utan båda direktiven är tillämpliga, vilket innebär att bestämmelserna i allmän rätt ska tillämpas. – Den nya lagen om offentlig upphandling, som antogs genom decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (lagstiftningsdekret nr 36 av den 31 mars 2023) (vilken inte är tillämplig i förevarande fall, eftersom det mål som Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio har att pröva avser ett anbudsförfarande som inleddes före det att lagen trädde i kraft), har som utgångspunkt att det följer av systematiken i direktiv 2014/25/EU att offentliga företag och privata aktörer som innehar särskilda eller exklusiva befogenheter, och som inte är offentliga myndigheter, inte automatiskt och, för någon som helst tilldelning, ska åläggas att iaktta bestämmelserna om offentlig upphandling, vilket innebär en betydande inskränkning av avtalsfriheten [utelämnas], eftersom det för detta ändamål krävs ett ytterligare krav av objektiv och finalistisk art. [utelämnas] [A]rtikel 141.2 i lagen innehåller således en bestämmelse (artikel 141.2) som, jämfört med den tidigare artikel 114 i lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016, tydligare klargör dessa krav genom att föreskriva att ”[o]ffentliga företag och aktörer som innehar särskilda rättigheter eller ensamrätter ska tillämpa bestämmelserna i denna lag enbart på kontrakt som har ett funktionellt samband med någon av de verksamheter som avses i artiklarna 146–152”.

Redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

– Enligt nationell rättspraxis [utelämnas] är Ferservizi S.p.a. ”ett offentligt företag som lyder under och samordnas av Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., som är ett *holdingbolag* i FS-koncernen. Detta bolag förvaltar varor och tjänster som inte ingår i kärnverksamheten och som inte har något direkt samband med järnvägsverksamheten, utan som utgör ett stöd för verksamheten vid de andra bolagen i FS-koncernen. Bolaget är således skyldigt att tillämpa upphandlingslagen enbart på anbudsförfaranden som syftar till att uppnå syften som har ett strikt funktionellt samband med den särskilda verksamheten”.

– Att bolaget är ett offentligt företag följer av den omständigheten att det är helägt av moderbolaget Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. (artikel 4.4 i direktiv 2014/25/EU), som i sin tur, enligt nationell rättspraxis, utgör ett offentlighetsorgan [utelämnas] och därmed en upphandlande myndighet både inom allmänna sektorer, i den mening som avses i artikel 2.1 led 4 i direktiv 2014/24/EU, och inom särskilda sektorer, i den mening som avses i artikel 3.4 i direktiv 2014/24/EU.

- Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio instämmer också i att Ferservizi S.p.a. är ett offentligt företag, i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2014/25/EU, eftersom kravet på att en upphandlande myndighet har ett bestämmande inflytande är uppfyllt, vilket presumeras föreligga varje gång som den sistnämnda äger större delen av det tecknade kapitalet, och driver detta, tillsammans med de andra bolagen i koncernen som lyder under Ferrovie dello Stato S.p.a., inom järnvägstransportsektorn, inbegripet inom de sektorer som anges i artiklarna 8–14 i direktivet.
- Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio delar även uppfattningen att moderbolaget Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. är ett offentlighetsorgan, eftersom följande tre villkor kumulativt är uppfyllda (EU-domstolen, andra avdelningen, den 13 januari 2005, nr 84): i) det har tillkommit för att tillgodose allmänna intressen och har inte industriell eller kommersiell karaktär (bolaget förvaltar den nationella järnvägsinfrastrukturen i egenskap av koncessionshavare, genom dotterbolaget Reta Ferroriaria Italiana S.p.a.), ii) det har juridisk personlighet [utelämnas] och iii) det finansieras till större delen av staten (eftersom det är helägt av Ministero dell'Economia e delle Finanze (ekonomi- och finansministeriet).
- Slutligen instämmer Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio med Ferservizi S.p.a. i att det här aktuella kontraktet ska anses ligga utanför sådana verksamheter som hör till särskilda sektorer, eftersom de tjänster som är föremål för kontraktet huvudsakligen avser kontorsbyggnader som används av de anställda vid bolagen i koncernen. Dessa byggnader är inte tillgängliga för användarna av tjänsten och de har definitivt inte något nära samband med bedrivandet av järnvägstransporterna.
- Denna restriktiva tolkning har stöd i de allra senaste ställningstagandena i EU-domstolens praxis, av vilken det framgår att i detta hänseende avses endast ”verksamhet som i praktiken tjänar verksamheten inom sektorn ... så att verksamheten, under normala förhållanden, kan bedrivas på ett ändamålsenligt sätt, varvid undantag görs för verksamhet som bedrivs för andra ändamål än för utövandet av den berörda sektorsspecifika verksamheten” (EU-domstolen, femte avdelningen, den 28 oktober 2020, nr 521, i fråga om posttjänster). Den har även stöd i nationell rättspraxis där det, just i fråga om järnvägstransporter, har konstaterats föreligga ett funktionellt samband mellan den förvaltning av nätet som Rete Ferroviaria Italiana SpA ombesörjer och den städtjänst som (enbart) utförs på stationer [och tillhörande anläggningar] [utelämnas].
- Den hänskjutande domstolen anser emellertid att som regel kan den omständigheten att kravet på ett funktionellt samband mellan tjänsten och den verksamhet som faller inom särskilda sektorer, vilken det offentliga företaget bedriver, inte är uppfyllt inte innebära att de båda upphandlingsdirektiven inte ska tillämpas, i särskilda fall som det här aktuella.

- Det som är utmärkande i förevarande mål är att kontraktet avser förvärv av tjänster som den utvalda ekonomiska aktören ska tillhandahålla även till förmån för tredje parter, eftersom dessa ingår i samma bolagskoncern, vilka på grund av sin beskaffenhet skulle vara skyldiga att följa direktiven, om de vänder sig direkt till marknaden.
- Det finns således en verklig risk för att det uppstår beteenden som innebär ett kringgående av unionsrätten och av principen om konkurrens om marknaden.
- Med hänsyn till de striktare krav som ställs på ett offentligt företag, jämfört med upphandlande myndigheter, om att iakttä bestämmeiserna om offentlig upphandling när det vänder sig till marknaden, kan upphandlande myndigheter närmare bestämt, enligt olika rättssystem, använda sig av det företaget för utförande av underleverantörsuppdrag som, i huvudsak, tar sig uttryck i en verksamhet som enbart består i förmedling för förvärv av tjänster i samband med ”ovidkommande kontrakt” till förmån för dessa enheter och på så sätt utnyttja den omständigheten att det offentliga företaget inte kan anses utgöra en upphandlande myndighet om kravet på att det ska finnas ett funktionellt samband inte är uppfyllt.
- Begreppen funktionellt samband och ouplöslig förbindelse med kärnverksamheten vad gäller den verksamhet som bedrivs inom särskilda sektorer (vilket ska fastställas närhelst aktören omfattas av begreppet ”offentligt företag”) får dessutom betydelse endast när de avser en enda enhet och sätts i relation till kontraktsföremålet för de tjänster som ska tillhandahållas till förmån för den.
- Om detta argument dras till sin spets skulle det vara tillräckligt för en upphandlande myndighet (i förevarande fall ett offentlighetsrättsligt organ), som är verksam inom särskilda sektorer och som under alla omständigheter är skyldig att tillämpa bestämmelserna i direktiv 2014/25/EU, att bilda ett offentligt företag i det enda syftet att kringgå tillämpningen av [de unionsrättsliga] upphandlingsbestämmelserna, med stöd av den rättsordning som gäller för offentliga företag, som kan verka utan begränsningar [utelämnas] på marknaden när kontraktet framstår som ”ovidkommande”.
- Avsaknaden av ett funktionellt samband med de verksamheter som hör till de särskilda sektorerna kan inte under några omständigheter medföra att bestämmelserna om upphandling inom allmänna sektorer blir tillämpliga (eftersom detta är fristående och separata regelverk) och inte heller att det statsägda offentliga företaget ska anses utgöra ett offentlighetsrättsligt organ [utelämnas]. Enligt den hänskjutande domstolens mening är därför bestämmelserna i direktiv 2014/25/EU under alla omständigheter tillämpliga i samtliga fall där de tjänster som är föremål för kontraktet i det offentliga företagens upphandling i huvudsak ska tillhandahållas till förmån för aktörer som är verksamma inom särskilda sektorer och som uppfyller kraven för att anses utgöra upphandlande myndigheter, vilka i annat fall är skyldiga att iakttä

bestämmelserna om offentlig upphandling oberoende av om nämnda funktionella samband konstateras föreligga eller inte.

– I det mål som den hänskjutande domstolen har att pröva rör det sig om ett offentligt företag (Ferservizi S.p.a.), som utgör det ”gemensamma servicecentret” för koncernen Ferrovie dello Stato, eftersom bolaget ombesörjer ”back office” verksamhet, det vill säga verksamhet som inte är direkt knuten till järnvägsverksamheten, till förmån för moderbolaget och bolagen i FS-koncernen. Bolaget har följaktligen en stödjande roll i kärnverksamheten [utelämnas] och förbättrar på kontinuerlig basis effektiviteten i de processer som sköts, och ägnar sig åt ”förvärv” ”utanför kärnverksamheten”, med tillämpning av marknadsprinciperna [utelämnas].

– Det är således uppenbart att en enhet med sådana egenskaper riskerar att kunna användas av den kontrollerande upphandlande myndigheten för att kringgå tillämpningen av båda direktiven, eftersom enheten, per definition, aldrig kan anses vara en upphandlande enhet vid tillämpningen av direktiv 2014/25/EU (eftersom den ägnar sig åt förvärv som inte hör till kärnverksamheten för bolagen i koncernen) och inte heller en upphandlande myndighet vid tillämpningen av direktiv 2014/24/EU (eftersom det är ett offentligt företag som är verksamt inom särskilda sektorer).

– Det ska i detta hänseende erinras om att det anbudsförfarande som har inletts av Ferservizi S.p.a., i överensstämmelse med dess bolagsändamål, avser tilldelning av kontraktet ”Multiservice- och städtjänster med låg miljöpåverkan, desinfektion och kompletterande tjänster vid Ferservizi S.p.A. med avseende på de fastigheter som används av bolagen i koncernen Ferrovie dello Stato Italiane”, det vill säga ett flertal bolag som alla lyder under och kontrolleras av moderbolaget Ferrovie dello Stato Italiano S.p.a., som är ett offentlighetsligt organ [utelämnas].

– [utelämnas] [ytterligare överväganden i samma avseende].

– Slutligen förefaller det lämpligt att erinra om att EU-domstolen själv har slagit fast att ”ett bolag, som i sin helhet ägs av en upphandlande myndighet vars verksamhet består i att tillgodose behov i det allmännas intresse och som genomför såväl transaktioner för denna upphandlande myndighet som transaktioner på en konkurrensutsatt marknad, ska betecknas som ’offentlighetsligt organ’ ... i den mån som detta bolags verksamhet är nödvändig för att nämnda upphandlande myndighet ska kunna utöva sin verksamhet och nämnda bolag, i syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse, låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera” (EU-domstolen, fjärde avdelningen, den 5 oktober 2017, nr 567, just med hänvisning till ett anbudsförfarande som hade inletts av ett kommersiellt bolag som var dotterbolag till ”Litauens järnvägsbolag”).

– Sammanfattningsvis vill Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, med stöd av artikel 267 FEUF, hänskjuta följande fråga till EU-domstolen för förhandsavgörande angående tolkningen av unionsrätten: ”Är ett offentligt företag, som är verksam inom särskilda sektorer (en upphandlande enhet i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2014/25/EU, såsom det har införlivats genom artikel 114 och följande artiklar i lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016), eftersom det är underkastat ett bestämmande inflytande från en upphandlande myndighets sida, närmare bestämt ett offentlighetsrättsligt organ (artikel 2.1 led 4 i direktiv 2014/25/EU), som äger större delen av företagets kapital, skyldigt att iaktta bestämmelserna i direktiv 2014/25/EU när det har för avsikt att ingå ett upphandlingsavtal avseende tjänster, vilket motsvarar ett belopp som överstiger de europeiska tröskelvärdena och avser tjänster som inte har något strikt samband med de verksamheter som avses i artiklarna 8–14 i direktiv 2014/25/EU, utan enbart eller till övervägande del syftar till att tillgodose behov hos det kontrollerande offentlighetsrättsliga organet och hos de bolag som i sin tur kontrolleras av detta?

– [utelämnas] [förfarandet]

Av dessa skäl

har Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (fjärde avdelningen, grupp C) beslutat

- a) att hänskjuta den tolkningsfråga som anges i motiveringen till Europeiska unionens domstol,
- b) [utelämnas],
- c) att vilandeförklara förevarande mål i avvaktan på avgörandet från Europeiska unionens domstol.

[utelämnas] Rom [utelämnas] den 23 april 2024 [utelämnas]