

**Sprawa C-347/24**

**Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

**Data wpływu:**

13 maja 2024 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Włochy)

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

7 maja 2024 r.

**Strona skarżąca:**

Team Service Soc. cons. arl

**Druga strona postępowania:**

Ferservizi SpA

---

[...] REPUBBLIKA WŁOSKA

**Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Quarta Ter) (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, izba czwarta b, Włochy)**

wydał następujące

**POSTANOWIENIE**

w przedmiocie skargi [...] wniesionej przez spółkę Team Service Società Consortile a r.l. [...]

*przeciwko*

**Ferservizi S.p.A., [...] oraz**

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

CNCP – Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360° Società Cooperativa, Security Service S.r.l., które nie wzięły udziału w postępowaniu;

***o stwierdzenie nieważności, z zastrzeżeniem uprzedniego przyjęcia środków zabezpieczających,***

a) decyzji [...], na podstawie której spółka Ferservizi S.p.A. udzieliła na rzecz CNS – Consorzio nazionale servizi soc. coop. zamówienia w ramach części 1 (obszar północno-zachodni) postępowania 15/2023 o udzielenie zamówienia na „różne usługi i usługi sprzątnia o niewielkim wpływie na środowisko, usługi dezynfekcji, a także dodatkowe usługi świadczone przez spółkę Ferservizi S.p.A. w odniesieniu do nieruchomości użytkowanych przez spółki z grupy Ferrovie dello Stato Italiane” [...];

b) działania instytucji zamawiającej w zakresie, w jakim nie wykluczyła ona z przetargu, w odniesieniu do części 1 – obszar północno-zachodni, konsorcjum CNCP – Attività 360° della Rete Ferroviaria Italiana, które zajęło drugie miejsce w klasyfikacji, oraz spółkę Security Service, która zajęła trzecie miejsce w klasyfikacji;

c) [w odpowiednim przypadku] umowy w sprawie zamówienia (umowy ramowej) zawartej przez instytucję zamawiającą z wybranym oferentem, a mianowicie z CNS – Consorzio nazionale servizi soc. coop. [...];

d) wszelkich innych aktów lub środków [z nimi związanych];

a także o naprawienie szkód, które już wystąpiły, oraz tych, które mogą jeszcze wystąpić,

a) albo przez przywrócenie stanu poprzedniego, poprzez wstąpienie w miejsce wykonawcy w ramach wykonania usługi i umowy w sprawie zamówienia (umowy ramowej), w odniesieniu do której skarżąca oświadcza, że jest już w pełni dostępna;

b) albo przez przyznanie równoważnej kwoty w wysokości, która zostanie ustalona w toku postępowania, z zastrzeżeniem oceny, której sąd odsyłający dokonuje na zasadzie słuszności.

[...] W świetle art. 267 TFUE;

Mając na uwadze, co następuje:

- skarżąca Team Service Società Consortile a.r.l. zaskarżyła decyzję o zawarciu z CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. umowy ramowej w sprawie zamówienia na „różne usługi i usługi sprzątnia o niewielkim wpływie na środowisko, usługi dezynfekcji, a także dodatkowe usługi świadczone przez spółkę Ferservizi S.p.A. w odniesieniu do nieruchomości użytkowanych przez

spółki z grupy Ferrovie dello Stato Italiane” – część terytorialna 1, podnosząc nieprawidłowość oferty wybranego oferenta;

- zamówienie zostało udzielone w następstwie procedury otwartej wszczętej przez spółkę Ferservizi S.p.a. na podstawie 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”) (dekretu ustawodawczego nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r. dotyczącego transpozycji 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 oraz reformy systemu zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy), przy czym ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 marca 2023 r.;
- szacunkowa wartość części 1 („obszar północno-zachodni”) wynosi 15 713 019,48 EUR bez VAT, a zatem przekracza progi istotności w Unii;
- przystępując do postępowania sądowego, spółka Ferservizi S.p.a. zaprzeczyła, jakoby podlegała przepisom dyrektywy 2014/25/UE i krajowym przepisom transponującym tę dyrektywę, ponieważ, po pierwsze, można ją uznać za przedsiębiorstwo publiczne, a po drugie, przedmiotem zamówienia są usługi niezwiązane z rodzajami działalności wymienionymi w art. 8–14 owej dyrektywy;
- zdaniem Ferservizi S.p.a. wszczęcie procedury otwartej i przestrzeganie związanych z nią zasad jest zatem wynikiem swobodnego wyboru [...], z którego wynikają trzy konsekwencje: a) okoliczność, że niniejsza sprawa nie jest objęta zakresem stosowania dyrektyw europejskich dotyczących zamówień publicznych; b) zastosowanie prawa cywilnego; c) przekazanie sporu do rozpoznania przez sąd powszechny [a nie sąd administracyjny] [...];

Mając także na uwadze, co następuje:

- zgodnie z prawem krajowym transponującym dyrektywę 2014/25/UE, mającym zastosowanie *ratione temporis* w niniejszej sprawie [art. 114 decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r.], przepisy codice dei contratti pubblici (kodeksu zamówień publicznych), w szczególności obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mają zastosowanie do zamówień dotyczących sektorów szczególnych (w tym usługi transportu kolejowego), w przypadku gdy dany podmiot można uznać za przedsiębiorstwo publiczne, tylko wtedy, gdy podmiot ten prowadzi jeden z rodzajów działalności, o których mowa w art. 115–121 (odpowiadających rodzajom działalności wymienionym w art. 8–14 dyrektywy);

- ponadto, zgodnie z orzecznictwem krajowym „nie można wywnioskować, że udzielenie zamówienia na usługę podlega przepisom ustanowionym w odniesieniu do sektorów szczególnych, wyłącznie na podstawie kryterium podmiotowego, a mianowicie na podstawie okoliczności, że zamówienia udziela podmiot działający w sektorach szczególnych, lecz również poprzez zastosowanie kryterium o charakterze przedmiotowym, dotyczącego okoliczności, że usługa jest związana z działalnością szczególną” [...];

- w szczególności „podmiot prywatny korzystający z praw wyłącznych, podobnie jak przedsiębiorstwo publiczne, jest zobowiązany do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w przypadku spełnienia dwóch kumulatywnych przesłanek: gdy prowadzi on działalność w sektorach szczególnych; gdy przedmiotem udzielenia zamówienia jest działalność funkcjonalna w stosunku do działalności wykonywanej w sektorach szczególnych”; [...] wyjaśniono również, że „pojęcie funkcjonalnego charakteru zamówienia należy interpretować w sposób rozsądnie zawężający, w tym znaczeniu, że udzielenie zamówienia jest ukierunkowane na cele związane z (*core business*) działalnością szczególną” [...];

- natomiast w przypadku zamówień „niezwiązanych z sektorami szczególnymi”, udzielanych w celach innych niż działalność wykonywana przez przedsiębiorstwa publiczne w sektorach szczególnych, „nie mamy do czynienia z ponownym zastosowaniem wcześniej wyłączonych przepisów dotyczących sektorów zwykłych, lecz z wyłączeniem z zakresu stosowania obu dyrektyw, a w konsekwencji ze stosowaniem przepisów prawa powszechnego; - nowy codice dei contratti pubblici (kodeks zamówień publicznych), zatwierdzony na mocy decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 36 z dnia 31 marca 2023 r. (który nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ sprawa rozpoznawana przez sąd odsyłający dotyczy przetargu wszczętego przed jego wejściem w życie) – opierając się na założeniu, że zgodnie z ramami określonymi w dyrektywie 2014/25/UE w przypadku przedsiębiorstw publicznych i podmiotów prywatnych, którym przysługują uprawnienia szczególne lub wyłączne, zważywszy, że nie są to organy administracji publicznej, wprowadzenie obowiązku przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych, który prowadzi do znacznego ograniczenia swobody zawierania umów [...], nie może mieć miejsca automatycznie i w odniesieniu do każdego udzielenia zamówienia, gdyż w tym celu wymagane jest spełnienie dodatkowej przesłanki o charakterze obiektywnym i celowościowym – [...] zawiera w art. 141 ust. 2 przepis (art. 141 akapit drugi), który, w porównaniu z obowiązującym wcześniej art. 114 decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r., lepiej wyjaśnia te przesłanki, stanowiąc, że „[p]rzedsiębiorstwa publiczne oraz podmioty, którym przysługują prawa szczególne lub wyłączne, stosują przepisy niniejszego działu jedynie w odniesieniu do umów, które są funkcjonalne w stosunku do jednej z działalności przewidzianych w art. 146–152”;

Ponadto mając na uwadze, co następuje:

- zgodnie z orzecznictwem krajowym [...] spółka Ferservizi S.p.a. jest „przedsiębiorstwem publicznym, które podlega kierownictwu i koordynacji Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., spółki holdingowej grupy FS, które zarządza dostawami i usługami *no core business* (niezwiązanymi z działalnością podstawową), niebędącymi bezpośrednio związanymi z działalnością kolejową, wspierającymi działalność innych spółek należących do grupy FS, i które w związku z tym jest zobowiązane do stosowania kodeksu zamówień publicznych wyłącznie w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia zmierzających do realizacji celów ściśle związanych z działalnością szczególną”;
- charakter przedsiębiorstwa publicznego wynika z okoliczności, że spółka dominująca Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. (art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE), która z kolei zgodnie z orzecznictwem krajowym jest podmiotem prawa publicznego [...], a tym samym instytucją zamawiającą zarówno w sektorach zwykłych w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE, jak i w sektorach szczególnych w rozumieniu art. 3 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, posiada wszystkie akcje spółki Ferservizi S.p.a.;
- sąd odsyłający zgadza się z uznaniem spółki Ferservizi S.p.a. za przedsiębiorstwo publiczne w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE, ponieważ spełniona jest przesłanka wywierania dominującego wpływu przez instytucję zamawiającą, domniemanego w każdym przypadku, gdy posiada ona większość subskrybowanego kapitału, oraz ponieważ działa ona wraz z innymi spółkami grupy, w której spółką dominującą jest Ferrovie dello Stato S.p.a., w sektorze transportu kolejowego, który jest jednym z sektorów wymienionych w art. 8–14 dyrektywy;
- sąd odsyłający zgadza się również z uznaniem spółki dominującej Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. za podmiot prawa publicznego, ponieważ spełnione są łącznie (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, druga izba, nr 84 z dnia 13 stycznia 2005 r.) trzy przesłanki: I) przesłanka dotycząca ustanowienia w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego (spółka Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. zarządza krajową infrastrukturą kolejową, działając jako koncesjonariusz za pośrednictwem swojej spółki zależnej, Rete Ferroviaria Italiana S.p.a.); II) przesłanka dotycząca posiadania osobowości prawnej [...]; III) przesłanka dotycząca finansowania w przeważającej części przez państwo [spółka Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. jest w całości kontrolowana przez Ministero dell’Economia e delle Finanze (ministerstwo gospodarki i finansów, Włochy)];
- wreszcie, sąd odsyłający zgadza się ze stwierdzeniem spółki Ferservizi S.p.a., że sporne zamówienie należy uznać za niezwiązane z działalnością dotyczącą sektorów szczególnych, ponieważ usługi będące przedmiotem umowy dotyczą głównie nieruchomości wykorzystywanych jako biura i użytkowanych przez pracowników spółek należących do grupy, które nie są dostępne dla użytkowników usługi i ostatecznie nie są ściśle związane ze świadczeniem usługi transportu kolejowego;



- ta zawężająca wykładnia znajduje potwierdzenie w stanowiskach wyrażonych w najnowszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zgodnie z którym znaczenie w tym celu ma jedynie „działalność rzeczywiście służąca wykonywaniu działalności należącej do sektora [...], poprzez umożliwienie realizacji we właściwy sposób tej działalności w normalnych warunkach jej prowadzenia, z wyłączeniem działalności wykonywanej w celach innych niż prowadzenie danej działalności sektorowej” (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, piąta izba, nr 521 z dnia 28 października 2020 r. w dziedzinie usług pocztowych), a także w najnowszym orzecznictwie krajowym, w którym właśnie w dziedzinie usług transportu kolejowego stwierdzono, że wykonywana przez spółkę Rete Ferroviaria Italiana S.p.a działalność w zakresie zarządzania siecią jest funkcjonalnie powiązana z usługą sprzątania (wyłącznie) stacji [i związanych z nimi urządzeń] [...];
- jednakże sąd odsyłający uważa, że w szczególnych przypadkach, takich jak rozpatrywany w niniejszej sprawie, brak przesłanki dotyczącej funkcjonalnego charakteru usługi w stosunku do wykonywanej przez przedsiębiorstwo publiczne działalności objętej zakresem sektorów szczególnych nie może co do zasady prowadzić do wyłączenia stosowania obu dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych;
- szczególny charakter niniejszej sprawy polega na tym, że zamówienie dotyczy nabycia usług, które mają być świadczone przez wykonawcę, któremu udzielono zamówienia, również na rzecz podmiotów trzecich należących do tej samej grupy spółek, które, gdyby korzystały bezpośrednio z rynku, podlegałyby ze względu na swój charakter przepisom dyrektyw;
- istnieje zatem rzeczywiste ryzyko wystąpienia zachowań stanowiących obejście prawa Unii i zasady konkurencji na rynku;
- w szczególności, biorąc pod uwagę węższe granice, w jakich przedsiębiorstwo publiczne, gdy korzysta z rynku, jest związane przepisami dotyczącymi zamówień publicznych w porównaniu z instytucjami zamawiającymi, mogłoby ono być wykorzystywane przez te instytucje, zgodnie z różnymi systemami prawnymi, do wykonywania zadań związanych z zamówieniami, które w istocie sprowadzałyby się do działalności polegającej jedynie na pośrednictwie w nabywaniu usług związanych z zamówieniami niezwiązanymi z działalnością dotyczącą sektorów szczególnych na rzecz tych podmiotów, korzystając z faktu, że brak spełnienia przesłanki dotyczącej charakteru funkcjonalnego nie pozwala na uznanie przedsiębiorstwa publicznego [za] podmiot zamawiający;
- ponadto pojęcia funkcjonalnego charakteru i związku z *core business* (podstawową) działalnością dotyczącą sektorów szczególnych (które należy ustalić w każdym przypadku, gdy podmiot jest objęty zakresem definicji „przedsiębiorstwa publicznego”), nabierają znaczenia tylko wtedy, gdy odnoszą

się do jednego podmiotu oraz do przedmiotu zamówienia na usługi, które mają być świadczone na jego rzecz;

- doprowadzając ten argument do skrajności, wystarczyłoby, aby instytucja zamawiająca (w niniejszej sprawie podmiot prawa publicznego), która działa w sektorach szczególnych i jest w każdym razie zobowiązana do stosowania przepisów dyrektywy 2014/25/UE, utworzyła przedsiębiorstwo publiczne wyłącznie w celu uniknięcia stosowania przepisów [prawa Unii] dotyczących zamówień publicznych, korzystając z systemu prawnego, któremu podlegają przedsiębiorstwa publiczne, które mogą działać bez ograniczeń [...] na rynku, gdy zamówienie jest niezwiązane z działalnością dotyczącą sektorów szczególnych;

- biorąc zatem pod uwagę, że brak funkcjonalnego związku z działalnością związaną z sektorami szczególnymi nie może w każdym razie prowadzić do ponownego zastosowania wcześniej wyłączonych przepisów dotyczących zamówień publicznych w sektorach zwykłych (ponieważ są to autonomiczne i odrębne zbiory przepisów), ani do uznania kontrolowanego przedsiębiorstwa publicznego za podmiot prawa publicznego [...], zdaniem sądu odsyłającego należałoby w każdym razie zastosować przepisy dyrektywy 2014/25/UE we wszystkich przypadkach, w których usługi objęte zamówieniem będącym przedmiotem przetargu ogłoszonego przez przedsiębiorstwo publiczne mają być w istocie świadczone na rzecz podmiotów, które działają w sektorach szczególnych, spełniają przesłanki uznania ich za instytucje zamawiające i są w każdym razie zobowiązane do przestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych niezależnie od stwierdzenia wspomnianego wyżej związku funkcjonalnego;

- w sprawie rozpatrywanej przez sąd odsyłający mamy do czynienia z przedsiębiorstwem publicznym (Ferservizi S.p.a.), które stanowi „zintegrowane centrum usług grupy Ferrovie dello Stato, ponieważ zarządza na rzecz spółki dominującej i spółek należących do grupy FS działalnością »back office«, to znaczy działalnością niezwiązaną bezpośrednio z działalnością kolejową, pełniąc rolę wspierającą *core business* (działalność podstawową) [...] i stale poprawiając wydajność zarządzanych procesów”, oraz zajmuje się „zakupami *no core* (niezwiązanymi z działalnością podstawową)”, działając zgodnie z logiką rynkową [...];

- w związku z tym jest oczywiste, że podmiot o takich cechach może stać się środkiem obejścia przez kontrolującą go instytucję zamawiającą stosowania obu dyrektyw, ponieważ z definicji nigdy nie mógłby zostać uznany za podmiot zamawiający do celów stosowania dyrektywy 2014/25/UE [gdyż zajmuje się zakupami niezwiązanymi z *core business* (działalnością podstawową) spółek należących do grupy] ani za instytucję zamawiającą do celów stosowania dyrektywy 2014/24/UE (gdyż jest przedsiębiorstwem publicznym działającym w sektorach szczególnych);

- w tym względzie należy powtórzyć, że zgodnie z przedmiotem jej działalności przetarg ogłoszony przez spółkę Ferservizi S.p.a. ma na celu udzielenie zamówienia na „różne usługi i usługi sprzątnia o niewielkim wpływie na środowisko, usługi dezynfekcji, a także dodatkowe usługi świadczone przez spółkę Ferservizi S.p.a. w odniesieniu do nieruchomości użytkowanych przez spółki z grupy Ferrovie dello Stato Italiane”, to znaczy przez wiele spółek, z których wszystkie podlegają zarządowi i kontroli spółki dominującej Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., będącej podmiotem prawa publicznego [...];

- [...] [dalsze podobne uwagi];

- wreszcie, należy przypomnieć, że sam Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, iż „spółkę, która, po pierwsze, w całości należy do instytucji zamawiającej prowadzącej działalność zaspokajającą potrzeby w interesie ogólnym, i która, po drugie, realizuje zarówno transakcje dla tej instytucji zamawiającej, jak i transakcje na rynku konkurencyjnym, należy uznać za »podmiot prawa publicznego« [...], pod warunkiem że działalność tej spółki jest niezbędna do tego, aby rzeczona instytucja zamawiająca mogła prowadzić swoją działalność, oraz że wskazana spółka w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym kieruje się względami innymi niż gospodarcze, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego” (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, czwarta izba, nr 567 z dnia 5 października 2017 r., dotyczący właśnie przetargu ogłoszonego przez spółkę handlową kontrolowaną przez „litewską spółkę kolejową”);

- podsumowując, sąd odsyłający zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 267 TFUE z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie następującego pytania dotyczącego wykładni prawa Unii: *czy przedsiębiorstwo publiczne, prowadzące działalność w sektorach szczególnych [podmiot zamawiający w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE, transponowanej na mocy art. 114 i nast. decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r.] – w zakresie, w jakim jego charakter przedsiębiorstwa publicznego wynika z okoliczności, że podlega ono dominującemu wpływowi instytucji zamawiającej, w szczególności podmiotu prawa publicznego (art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/25/UE), który posiada większość jego kapitału – jest zobowiązane do przestrzegania przepisów dyrektywy 2014/25/UE, gdy zamierza zawrzeć umowę w sprawie zamówienia na usługi na kwotę przekraczającą unijne progi istotności, mającą za przedmiot usługi, które nie są ściśle związane z rodzajami działalności wymienionymi w art. 8–14 dyrektywy 2014/25/UE, lecz które mają na celu wyłącznie lub w przeważającej mierze zaspokajanie potrzeb podmiotu prawa publicznego będącego spółką dominującą i spółek, które są z kolei przez niego kontrolowane?;*

- [...] [postępowanie]

Z powyższych względów



Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter) (sąd administracyjny dla Lacjum, izba czwarta b, Włochy):

- a) kieruje do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytanie prejudycjalne przedstawione w uzasadnieniu;
- b) [...];
- c) postanawia zawiesić niniejsze postępowanie do czasu wydania orzeczenia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

[...] Rzym [...], w dniu 23 kwietnia 2024 r. [...]

DOKUMENT ROBOCZY