



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHAŁA BOBEKA
przedstawiona w dniu 23 kwietnia 2020 r.¹

Sprawa C-521/18

**Pegaso Srl Servizi Fiduciari,
Sistemi di Sicurezza Srl,
YW
przeciwko
Poste Tutela SpA,
przy udziale:
Poste Italiane SpA,
Services Group**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/25/UE – Usługi pocztowe – Działalność związana z usługami pocztowymi – Usługi w zakresie dozoru, recepcji i kontroli dostępu – Cofnięcie ogłoszenia o zamówieniu w toku postępowania – Interes prawny skarżących pomimo takiego cofnięcia – Brak rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów

I. Wprowadzenie

1. W 2017 r. spółka Poste Tutela SpA (zwana dalej „Poste Tutela”), która w tym czasie była spółką zależną w 100% kontrolowaną przez spółkę Poste Italiane SpA (zwaną dalej „Poste Italiane”), opublikowała ogłoszenie o zamówieniu. Miało ono na celu zawarcie umów ramowych dotyczących usług dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach Poste Italiane i innych spółek należących do jej grupy.

2. Pegaso Srl Servizi Fiduciari, Sistemi di Sicurezza Srl i YW wniosły do sądu odsyłającego o stwierdzenie nieważności przedmiotowego ogłoszenia o zamówieniu. W ramach tego postępowania sąd odsyłający pragnie dowiedzieć się, czy działalność objęta tym ogłoszeniem o zamówieniu wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2014/25/UE² (zwanej dalej „dyrektywą sektorową”) lub dyrektywy 2014/24/UE³ (zwanej dalej „dyrektywą dotyczącą sektora publicznego”).

¹ Język oryginału: angielski.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 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 (Dz.U. 2014, L 94, s. 243).

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

3. Niemniej jednak po wydaniu postanowienia odsyłającego sporne ogłoszenie o zamówieniu zostało cofnięte. Okoliczność ta prowadzi do powstania kwestii wstępnej, czy przed Trybunałem sprawa nadal jest zawisła. W szczególności zaś, czy okoliczność, że sąd odsyłający musi jeszcze rozstrzygnąć w przedmiocie kosztów, wystarcza do stwierdzenia, że należy udzielić odpowiedzi na pytania przedstawione we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym?

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa dotycząca sektora publicznego

4. Motyw 10 dyrektywy dotyczącej sektora publicznego stanowi, że:

„Termin »instytucje zamawiające«, a zwłaszcza termin »podmioty prawa publicznego« były wielokrotnie analizowane w ramach orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. [...] należy wyjaśnić, że podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za »podmiot prawa publicznego«, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy.

Podobnie, warunek dotyczący źródła finansowania danego podmiotu także został przeanalizowany w ramach orzecznictwa, w którym m.in. określono, że finansowany »w przeważającej części« oznacza w części większej niż połowa oraz że finansowanie takie może obejmować wpłaty od użytkowników, które są nakładane, obliczane i ściągane zgodnie z zasadami prawa publicznego”.

5. Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy dotyczącej sektora publicznego:

„Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4”.

6. Artykuł 2 ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

„1) »instytucje zamawiające« oznaczają państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego;

[...]

4) »podmiot prawa publicznego« oznacza podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy:

- a) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- b) posiada osobowość prawną; oraz

- c) jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego;

[...]”.

7. Zgodnie z art. 7 dyrektywy dotyczącej sektora publicznego:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów, które zgodnie z dyrektywą 2014/25/UE są udzielane lub organizowane przez instytucje zamawiające prowadzące co najmniej jeden z rodzajów działalności określonych w art. 8–14 tej dyrektywy i które są udzielane w celu wykonywania tych działalności [...]”.

2. Dyrektywa sektorowa

8. Motyw 16 dyrektywy sektorowej ma następujące brzmienie:

„[...] [z]amówienia mogą być udzielane w celu spełnienia wymagań związanych z różnymi rodzajami działalności, podlegającymi ewentualnie różnym reżimom prawnym. Należy wyjaśnić, że reżim prawny mający zastosowanie w przypadku jednego zamówienia, które ma obejmować kilka różnych rodzajów działalności, powinien podlegać zasadom mającym zastosowanie do rodzaju działalności, którego to zamówienie zasadniczo dotyczy. Określenie działalności, której zamówienie zasadniczo dotyczy, może opierać się na analizie wymagań, jakie musi spełniać określone zamówienie, przeprowadzonej przez podmiot zamawiający w celu oszacowania wartości zamówienia i sporządzenia dokumentów zamówienia. [...]”.

9. Motyw 19 dyrektywy stanowi:

„W celu zapewnienia rzeczywistego otwarcia rynku i uczciwej równowagi w stosowaniu przepisów dotyczących zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych niezbędne jest określenie podmiotów objętych niniejszą dyrektywą na innej podstawie niż ich status prawny. Należy więc zadbać o równe traktowanie podmiotów zamawiających działających w sektorze publicznym oraz podmiotów zamawiających działających w sektorze prywatnym. Należy również zapewnić, z poszanowaniem art. 345 TFUE, aby nie zostały naruszone zasady regulujące system praw majątkowych w państwach członkowskich”.

10. Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy sektorowej stanowi:

„Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez podmioty zamawiające w odniesieniu do zamówień oraz konkursów, których szacunkowa wartość jest nie mniejsza niż progi określone w art. 15”.

11. Artykuł 4 ust. 1 definiuje „podmioty zamawiające” jako „podmioty, które:

- a) są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi i które prowadzą jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 8–14;
- b) w przypadku gdy nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi, wykonują pośród prowadzonych przez nie rodzajów działalności jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 8–14, bądź dowolne połączenie tych rodzajów działalności, i korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego”.

12. Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy sektorowej:

„»Przedsiębiorstwo publiczne« oznacza każde przedsiębiorstwo, na które instytucje zamawiające mogą wywierać bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ na mocy ich prawa własności, udziału finansowego we wspomnianym przedsiębiorstwie lub na mocy zasad określających jego działanie.

Zakłada się istnienie dominującego wpływu instytucji zamawiających w dowolnym z poniższych przypadków, gdy instytucje te, bezpośrednio lub pośrednio:

- a) posiadają większość subskrybowanego kapitału przedsiębiorstwa;
- b) kontrolują większość głosów przypadających na akcje wyemitowane przez przedsiębiorstwo;
- c) mogą powoływać ponad połowę członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa”.

13. Artykuł 5 ust. 4 stanowi:

„W przypadku zamówień, których przedmiotem jest zamówienie objęte niniejszą dyrektywą jak również zamówienie nieobjęte niniejszą dyrektywą, podmioty zamawiające mogą zdecydować o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części lub udzielić jednego zamówienia. W przypadku gdy podmioty zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części, decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia, podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych danej odrębnej części.

W przypadku gdy podmioty zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, przepisy niniejszej dyrektywy – o ile art. 25 nie stanowi inaczej – mają zastosowanie do udzielonego w ten sposób zamówienia mieszanego, bez względu na wartość części, które w przeciwnym razie podlegałyby innemu reżimowi prawnemu, i bez względu na to, jakiemu reżimowi prawnemu podlegałyby te części w innym przypadku.

[...]”.

14. Artykuł 13 ust. 1 dyrektywy sektorowej stanowi:

„Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do działalności związanej ze świadczeniem:

- a) usług pocztowych;
- b) usług innych niż usługi pocztowe, pod warunkiem że wspomniane usługi są świadczone przez podmiot, który świadczy również usługi pocztowe w rozumieniu ust. 2 lit. b) niniejszego artykułu, oraz jeżeli warunki określone w art. 34 ust. 1 nie są spełnione w odniesieniu do usług objętych ust. 2 lit. b) niniejszego artykułu”.

15. W art. 13 ust. 2 lit. b) zdefiniowano „usługi pocztowe” jako „usługi obejmujące przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych. Uwzględnia się zarówno usługi objęte zakresem usługi powszechnej, ustanowionej zgodnie z dyrektywą 97/67/WE, jak i usługi nieobjęte tym zakresem”. W art. 13 ust. 2 lit. c) zdefiniowano „usługi inne niż usługi pocztowe” jako usługi zarządzania usługami pocztowymi (zarówno usługi poprzedzające wysyłkę, jak i usługi następujące po wysyłce, w tym usługi zarządzania kancelarią pocztową) oraz niektóre usługi dotyczące przesyłek pocztowych, takich jak bezadresowe przesyłki reklamowe.

16. Artykuł 19 ust. 1 dyrektywy sektorowej stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień, których podmioty zamawiające udzielają w innym celu niż wykonywanie ich działalności, określonej w art. 8–14 [...]”.

III. Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

17. Poste Italiane jest spółką akcyjną. Z postanowienia odsyłającego wynika, że 29,26% jej kapitału zakładowego należy do Ministero dell’Economia e delle Finanze (ministerstwa gospodarki i finansów, Włochy), 35% należy do Cassa Depositi e Prestiti, a pozostała część należy do inwestorów prywatnych. Poste Italiane posiada koncesję na świadczenie powszechnej usługi pocztowej. Działa ona również w sektorze finansowym, ubezpieczeniowym i telefonii komórkowej.

18. W chwili publikacji spornego ogłoszenia o zamówieniu Poste Tutela była spółką zależną należącą w 100% do Poste Italiane. Do jej połączenia z Poste Italiane doszło ze skutkiem od dnia 1 marca 2018 r.

19. W lipcu 2017 r. Poste Tutela opublikowała ogłoszenie o zamówieniu w sprawie zawarcia umów ramowych dotyczących usług dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach Poste Italiane i innych spółek z grupy, na okres 24 miesięcy (lub na dodatkowe 12 miesięcy w przypadku przedłużenia umowy), na szacunkową łączną kwotę 25 253 242 EUR.

20. W ogłoszeniu o zamówieniu jako podstawę prawną wskazano dyrektywę sektorową. Zostało ono opublikowane w *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (dzienniku urzędowym Republiki Włoskiej, zwanym dalej „GURI”) ⁴ i w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ⁵.

21. W dniu 28 września 2017 r. spółki Pegaso Srl Servizi Fiduciari, Sistemi di Sicurezza Srl i YW (zwane dalej „skarżącymi”) zaskarżyły sporne ogłoszenie o zamówieniu do sądu odsyłającego. Zarzuciły szereg naruszeń włoskiego kodeksu zamówień publicznych.

22. W dniu 20 października 2017 r. sąd odsyłający postanowił zawiesić sporne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w drodze postanowienia o charakterze tymczasowym ze względu na to, że zarzuty skarżących były prima facie zasadne.

23. Poste Tutela i Poste Italiane (zwane dalej „pozwanymi”) zgłosiły wstępny zarzut dotyczący właściwości sądu odsyłającego. Twierdziły one, że sądy administracyjne nie są właściwe w sprawach, w których postępowanie o udzielenie zamówienia jest wszczynane przez przedsiębiorstwo publiczne w celu świadczenia usług niezwiązanych z usługami należącymi do sektorów specjalnych, takich jak sektor pocztowy.

24. Sąd odsyłający uważa, że kwestia właściwości wymaga od niego ustalenia, czy Poste Tutela (a obecnie Poste Italiane) była zobowiązana do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia na przedmiotowe usługi. W ocenie sądu odsyłającego Poste Tutela/Poste Italiane spełnia przesłanki do uznania jej za „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu dyrektywy 2014/23/UE ⁶ (zwanej dalej „dyrektywą w sprawie udzielania koncesji”), dyrektywy dotyczącej sektora publicznego i dyrektywy sektorowej.

4 N° 87 del 31 luglio 2017, 5ª Serie Speciale – Contratti pubblici (nr 87 z dnia 31 lipca 2017 r., 5. seria specjalna – zamówienia publiczne).

5 Dz.U. S 144 z dnia 29 lipca 2017 r. (ogłoszenie o zamówieniu nr 297868).

6 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

25. W tych okolicznościach Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy na podstawie wskazanych powyżej cech spółka Poste Italiane SpA 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 [...] (2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE)?
- 2) Czy wspomniana kwalifikacja obejmuje spółkę Poste Tutela SpA, która jest spółką zależną w 100% i wobec której podjęto już uchwałę o połączeniu z Poste Italiane SpA, biorąc pod uwagę motyw 46 dyrektywy 2014/23/UE dotyczący kontrolowanych osób prawnych [zob. także wyrok Trybunału Sprawiedliwości, czwarta izba, z dnia 5 października 2017 r. w sprawie C-567/15: obowiązek przeprowadzenia procedury przetargowej przez spółki kontrolowane przez administrację publiczną; wyrok Consiglio di Stato (rady państwa, Włochy) nr 6211, szósta izba, z dnia 24 listopada 2011 r.]?
- 3) Czy wspomniane spółki są zobowiązane do przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tylko w celu rozstrzygnięcia przetargów, które są związane z działalnością prowadzoną w sektorach specjalnych na podstawie dyrektywy 2014/25/UE, jako [podmioty] zamawiające, wobec których należy uznać, że ich status podmiotów prawa publicznego jest ujęty w zasadach części II Codice degli appalti (kodeksu zamówień publicznych), natomiast w odniesieniu do działalności kontraktowej niezwiązanej ze wspomnianymi sektorami mają one pełną swobodę działania wyłącznie zgodnie z zasadami prawa prywatnego, biorąc pod uwagę zasady określone w motywie 21 i art. 16 dyrektywy 2014/23/UE?
- 4) Czy w odniesieniu do zamówień uznanych za niezwiązane z sektorami specjalnymi spółki te podlegają jednak – w przypadku gdy spełniają wymogi dotyczące podmiotów prawa publicznego – ogólnej dyrektywie 2014/24/UE (a zatem zasadom dotyczącym zamówień publicznych), nawet jeśli prowadzą – w wyniku ewolucji w stosunku do chwili ich utworzenia – głównie działalność przedsiębiorczą na zasadach konkurencji?
- 5) Czy też jednak, w przypadku lokali, w których jednocześnie prowadzona jest działalność związana z usługą powszechną oraz działalność niezwiązana z tą usługą, pojęcie funkcjonalnego charakteru – w odniesieniu do usługi świadczonej w określonym interesie publicznym – można uznać za wykluczone w przypadku zamówień dotyczących zwyczajnego i nadzwyczajnego utrzymania, sprzątania, wyposażenia, a także usług dozoru i opieki nad lokalami?
- 6) Czy wreszcie, w przypadku gdyby przyjęto stanowisko Poste Italiane SpA, powinno się uznać, że ogłoszenie o postępowaniu przetargowym należycie opublikowane, bez dalszych zawiadomień w tym względzie, w *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (dzienniku urzędowym Republiki Włoskiej) oraz w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, jest jedynie indywidualnie wiążącą decyzją, niepodlegającą wszystkim gwarancjom w zakresie przejrzystości i równego traktowania uregulowanym w kodeksie zamówień publicznych, jest sprzeczne z utrwaloną zasadą ochrony uzasadnionych oczekiwań uczestników przetargu?”.

26. W dniu 11 października 2018 r. Poste Italiane poinformowała pismem zarówno sąd odsyłający, jak i Trybunał o cofnięciu zaskarżonego ogłoszenia o zamówieniu. Poste Italiane wprost zwróciła się do sądu odsyłającego o uznanie skargi wniesionej przez skarżące za niedopuszczalną. W dniu 20 października 2018 r. sąd odsyłający oddalił to żądanie.

27. W dniu 16 października 2018 r., po poinformowaniu Trybunału przez pozwane o unieważnieniu ogłoszenia o zamówieniu, Trybunał zwrócił się do sądu odsyłającego z pytaniem, czy chce wycofać wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W dniu 26 października 2018 r. sąd odsyłający wyraził wolę podtrzymania wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

28. W dniu 9 stycznia 2019 r., w odpowiedzi na wniosek Trybunału o uzasadnienie powodów, dla których sąd odsyłający uważa, że przedmiotowy spór jest nadal zawisły, Trybunał otrzymał od sądu odsyłającego dodatkowe wyjaśnienia. Sąd odsyłający sprecyzował, dlaczego jego zdaniem spór jest nadal zawisły i dlaczego tym samym Trybunał powinien udzielić odpowiedzi na zadane pytania.

29. Ponadto w dniu 3 kwietnia 2019 r. sąd odsyłający poinformował Trybunał o złożeniu skargi o stwierdzenie nieważności innego ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego przez Poste Italiane w odniesieniu do tych samych usług. Zdaniem sądu odsyłającego tanto ogłoszenie o zamówieniu jest identyczne z ogłoszeniem będącym przedmiotem sporu w niniejszej sprawie. Sąd odsyłający zawiesił nową sprawę do czasu wydania przez Trybunał orzeczenia w niniejszej sprawie.

30. Uwagi na piśmie przedstawiły Pegaso Srl Servizi Fiduciari i Sistemi di Sicurezza Srl, Poste Italiane SpA, rząd włoski i Komisja Europejska. Wszystkie te podmioty uczestniczyły w rozprawie, która odbyła się w dniu 22 stycznia 2020 r.

IV. Ocena

31. Niniejsza opinia ma następującą strukturę. W pierwszej kolejności wyjaśnię, dlaczego, biorąc pod uwagę rozwój sytuacji po złożeniu wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w niniejszej sprawie, nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego (A). Gdyby Trybunał nie podzielił mojego stanowiska, pokrótce przedstawię, w jaki sposób należy odpowiedzieć na kluczowe pytania co do istoty. Opowiem się za tym, że czynności takie jak te będące przedmiotem postępowania głównego (usługi dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach Poste Italiane) podlegają przepisom UE dotyczącym zamówień publicznych, mianowicie przepisom określonym w dyrektywie sektorowej dotyczącej sektorów specjalnych (B).

A. W przedmiocie zawisłości sporu w postępowaniu głównym

32. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pytania dotyczące wykładni prawa Unii w zakresie stanu prawnego i faktycznego są przedkładane przez sąd krajowy odpowiedzialny za ustalenie tego stanu – przy czym prawidłowość tego ustalenia nie podlega sprawdzeniu przez Trybunał. Pytania tego rodzaju korzystają z domniemania, iż mają znaczenie dla sprawy⁷.

33. Jednakże także zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zarówno z brzmienia, jak i z systematyki art. 267 TFUE wynika, że warunkiem uruchomienia procedury prejudycjalnej jest *rzeczywista zawisłość* przed sądami krajowymi sporu, w ramach którego sądy te będą zobowiązane wydać orzeczenie z uwzględnieniem orzeczenia Trybunału wydanego w trybie prejudycjalnym. Zawisłość sporu w postępowaniu głównym Trybunał może zatem badać z urzędu⁸. Jeżeli w czasie trwania postępowania przed Trybunałem przedmiot sporu przestał istnieć, czyniąc przedstawione pytania hipotetycznymi lub pozbawiając je związku z rzeczywistym sporem, Trybunał orzeka, że nie ma potrzeby wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym⁹.

⁷ Zobacz na przykład wyroki: z dnia 29 maja 2018 r., Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen i in. (C-426/16, EU:C:2018:335, pkt 31); z dnia 4 grudnia 2018 r., The Minister for Justice and Equality i The Commissioner of the Garda Síochána (C-378/17, EU:C:2018:979, pkt 27); z dnia 1 października 2019 r., Blaise i in. (C-616/17, EU:C:2019:800, pkt 35).

⁸ Zobacz na przykład wyroki: z dnia 13 września 2016 r., Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, pkt 24); z dnia 5 czerwca 2018 r., Kolev i in. (C-612/15, EU:C:2018:392, pkt 46); z dnia 19 czerwca 2018 r., Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, pkt 31).

⁹ Zobacz na przykład postanowienia: z dnia 10 stycznia 2019 r., Mahmood i in. (C-169/18, EU:C:2019:5); z dnia 2 maja 2019 r., Faggiano (C-524/16, niepublikowane, EU:C:2019:399); z dnia 1 października 2019 r., YX (Przekazanie wyroku do państwa członkowskiego, którego osoba skazana jest obywatelem) (C-495/18, EU:C:2019:808).

34. W niniejszej sprawie brak jest zgody co do tego, czy przed sądem krajowym nadal zawisły jest spór. Brak porozumienia dotyczy dwóch aspektów: po pierwsze, czy zaskarżone ogłoszenie o zamówieniu zostało cofnięte przez Poste Italiane, a po drugie, czy pomimo cofnięcia mogłaby wciąż istnieć jakakolwiek inna podstawa interesu prawnego skarżących w postępowaniu przed sądem odsyłającym.

1. Cofnięcie ogłoszenia o zamówieniu

35. W odpowiedzi na postawione przez Trybunał pytanie, czy spór jest nadal przed nim zawisły, sąd odsyłający wskazał, że Poste Italiane opublikowała w tym względzie ogłoszenie w GURI oraz krótsze ogłoszenia w gazetach codziennych. W ogłoszeniu w GURI poinformowano, że Poste Italiane podjęła decyzję o unieważnieniu/cofnięciu ogłoszenia o zamówieniu ze względu na złożony proces restrukturyzacji Poste Italiane w następstwie jej połączenia z Poste Tutela. Niemniej jednak sąd odsyłający wskazał dalej, że w pozostałych, krótszych ogłoszeniach publikowanych w gazetach codziennych Poste Italiane oświadczyła jedynie, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wstrzymane. W dalszej kolejności sąd odsyłający zastanawia się, czy Poste Italiane zamierzała w ten sposób naprawić naruszenia zarzucane przez skarżące, czy też zastosować inne postępowanie (w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia) w celu zaspokojenia zapotrzebowania, które było przedmiotem ogłoszenia o zamówieniu.

36. Poste Italiane i rząd włoski twierdzą, że ogłoszenie o zamówieniu zostało formalnie cofnięte. W szczególności Poste Italiane twierdzi, że unieważnienie zostało należycie opublikowane we wszystkich wymaganych miejscach (GURI, dwie gazety ogólnokrajowe i dwie gazety lokalne oraz Dziennik Urzędowy). Po unieważnieniu wszczęto nowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu skuteczniejszego zaspokojenia nowych potrzeb Poste Italiane w następstwie restrukturyzacji grupy, w szczególności w celu zmiany skali potrzeb w zakresie bezpieczeństwa i kontroli dostępu.

37. Skarżące nie kwestionują faktu cofnięcia ogłoszenia o zamówieniu. Twierdzą jednak, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pozostaje dopuszczalny, choć z innych powodów, które omówiono w następnej sekcji¹⁰.

38. Muszę przyznać, że na tym etapie czuję się nieco zagubiony. Wydaje się, że poza sądem odsyłającym wszyscy inni są zgodni co do tego, że przedmiotowe ogłoszenie o zamówieniu zostało cofnięte. Sam sąd odsyłający potwierdza, że w pełnym ogłoszeniu opublikowanym w GURI użyto sformułowania „unieważnić/cofnąć”. Sąd odsyłający zauważył również, że w pozostałych, krótszych wersjach ogłoszenia opublikowanych w prasie codziennej poinformowano, że postępowanie „zostało wstrzymane”, lecz wynikało to z postanowienia o charakterze tymczasowym wydanego przez sąd odsyłający już w dniu 20 października 2017 r.¹¹.

39. W świetle wszystkich przedstawionych Trybunałowi okoliczności faktycznych wydaje się, że ogłoszenie o zamówieniu rzeczywiście zostało cofnięte. Wydaje się, że sąd odsyłający zastrzegł sobie prawo do rozstrzygnięcia w przedmiocie tego, czy doszło do cofnięcia, czy też nie. W swojej odpowiedzi przedstawionej Trybunałowi sąd ten podkreślił, że niezależnie od tej kwestii pozostaje jeszcze pytanie dotyczące właściwości: czy sądy administracyjne są właściwe w przypadku takich ogłoszeń o zamówieniu.

¹⁰ Zobacz pkt 49 poniżej.

¹¹ Jak wskazano w pkt 22 powyżej.

40. Jestem w pełni świadomy standardowego podziału zadań w ramach procedury prejudycjalnej. Wyłącznie do sądu odsyłającego należy bowiem ustalenie, czy sporne ogłoszenie o zamówieniu zostało cofnięte, zarówno pod względem faktycznym, jak i w odniesieniu do jego oceny na podstawie prawa krajowego. O tym, że cofnięcie miało miejsce może ponadto świadczyć wszczęcie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez tego samego oferenta.

41. W niniejszej sprawie tradycyjny podział zadań zostaje jednak wystawiony na próbę. Pomimo ogromnego szacunku, jakim Trybunał zwykle darzy swoich partnerów w postępowaniu o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE, ostatecznie to jego obowiązkiem jest ocena, czy sprawa została do niego prawidłowo wniesiona¹².

42. Z całej przekazanej dokumentacji wynika, że ogłoszenie o zamówieniu zostało cofnięte. Ogłoszono bowiem nowy przetarg na te same usługi. Sąd odsyłający nadal ma jednak wątpliwości, czy ogłoszenie o zamówieniu zostało „formalnie” cofnięte.

43. Chociaż trudno mi pojąć to stwierdzenie, łatwiej byłoby mi zrozumieć, gdyby sąd odsyłający dalej chciał uzyskać odpowiedź w przypadku pozwalającym przypuszczać, że strategia danego pozwanego polega na notorycznym cofaniu ogłoszeń o zamówieniu. Jestem w stanie wyobrazić sobie sytuację, w której podmiot, który nie chce, by pewne kwestie zostały stanowczo rozstrzygnięte przez sąd, ucieka się do praktyki cofania ogłoszeń o zamówieniu w przypadku ich zakwestionowania, notorycznie próbując tym samym pozbawić sądy krajowe ich właściwości.

44. Wówczas sprawa niewątpliwie wyglądałaby inaczej. W takim przypadku, już nawet na etapie oceny dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym¹³, można by wykazać większą elastyczność przy ocenie tego, co należy rozumieć pod pojęciem zawisłego sporu. Zakaz nadużywania jest w istocie przekrojową zasadą prawa Unii¹⁴.

45. Żadna ze stron ani sąd odsyłający nie podniosły jednak, jakoby Poste Italiane wielokrotnie cofała ogłoszenia o zamówieniu z zamiarem uniknięcia kontroli sądowej lub w celu zniechęcenia pewnych kandydatów do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego¹⁵. W rzeczywistości jest wręcz przeciwnie: Poste Italiane przedstawiła wiarygodne wyjaśnienie, dlaczego pierwotne ogłoszenie o zamówieniu zostało cofnięte i wygląda na to, że jej zachowanie było spójne z tym wyjaśnieniem¹⁶.

46. W tych okolicznościach faktycznie wygląda na to, że spór w postępowaniu głównym stał się bezprzedmiotowy.

2. Istniejący interes prawny skarżących na szczeblu krajowym

47. Tytułem ewentualnym, sąd odsyłający, skarżące, a także częściowo Komisja Europejska wydają się uważać, że pomimo cofnięcia ogłoszenia o zamówieniu interes prawny nadal istnieje.

¹² Zobacz pkt 33 powyżej i przytoczone tam orzecznictwo.

¹³ Zobacz na dalszym etapie art. 100 § 1 zdanie drugie regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości.

¹⁴ Zobacz analogicznie, w odniesieniu do zakazu stosowania praktyk stanowiących nadużycie w przepisach dotyczących podatku VAT, wyroki: z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121); z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881). Niemniej jednak zasada zakazu nadużycia z pewnością nie ogranicza się jedynie do podatku VAT: zob. moja opinia w sprawie Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:648, pkt 23–30). Zobacz także wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., N Luxembourg 1 i in. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, pkt 96–102).

¹⁵ Należy zauważyć, że w innej sprawie zawisłej przed Trybunałem (C-419/19, Irideos, Dz.U. 2019, C 328, s. 5), która budzi bardzo podobne wątpliwości do tych, które występują w niniejszej sprawie, Poste Italiane nie cofnęła spornego ogłoszenia o zamówieniu.

¹⁶ Zobacz pkt 35 i 36 powyżej.

48. W ocenie sądu odsyłającego nie można przyjąć, iż skarżące nie miały już interesu prawnego w zaskarżeniu ogłoszenia o zamówieniu, mimo że zostało ono cofnięte. Tym samym Trybunał powinien rozpatrzyć jego wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, w szczególności w świetle zasady skutecznej kontroli sądowej.

49. Skarżące twierdzą, że pomimo cofnięcia prawo włoskie nadal wymaga, by właściwy sąd rozstrzygnął w przedmiocie zgodności z prawem zaskarżonych aktów w celu zasądzenia odszkodowania, a także w przedmiocie kosztów. W szczególności, zgodnie z prawem włoskim, wniesienie skargi o odszkodowanie jest możliwe w terminie 120 dni od dnia uprawomocnienia się wyroku stwierdzającego nieważność. Rozstrzygnięcie w tym przedmiocie wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, czy sąd odsyłający jest właściwy. Kwestia ta wymaga ustalenia, czy Poste Italiane podlega przepisom dotyczącym zamówień publicznych.

50. Zdaniem Komisji Europejskiej, przy założeniu, że ogłoszenie o zamówieniu zostało formalnie cofnięte, okoliczność ta w żadnym wypadku nie ma charakteru przesądzającego. Pytanie szóste przedstawione przez sąd odsyłający wymaga odpowiedzi w zakresie, w jakim pytanie to dotyczy konsekwencji związanych z ewentualnym naruszeniem uzasadnionych oczekiwań, a zatem kwestii niezależnej od utrzymania w mocy spornego ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto ustalenie, czy sporne ogłoszenie o zamówieniu dotyczy przetargu objętego zakresem stosowania dyrektywy sektorowej, ma rozstrzygające znaczenie dla ustalenia sądu, który jest właściwy do wniesienia przez skarżące skargi o odszkodowanie.

51. Z kolei zdaniem Poste Italiane i rządu włoskiego skarżące nie mają już interesu prawnego. Podczas gdy Poste Italiane uważa, że wyrok sądu odsyłającego nie byłby w żaden sposób korzystny dla skarżących, rząd włoski podnosi, że skarżące nie wystąpiły ze skargą o odszkodowanie. Możliwość wystąpienia z taką skargą jest zatem wyłącznie hipotetyczna.

52. Tym samym, pomimo cofnięcia ogłoszenia o zamówieniu, podnosi się, że a) skarżące mogą wnieść skargę o odszkodowanie w związku ze spornym ogłoszeniem o zamówieniu oraz że b) sąd odsyłający nadal musi rozstrzygnąć w przedmiocie kosztów.

a) Możliwość wniesienia skargi o odszkodowanie w przyszłości

53. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem celem wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie jest formułowanie opinii o charakterze doradczym w odpowiedzi na ogólne lub hipotetyczne pytania, ale faktyczna zaspokojenie potrzeby skutecznego rozstrzygnięcia sporu¹⁷. W okolicznościach podobnych do tych, które wystąpiły w postępowaniu głównym, Trybunał orzekł już, że zamiar wniesienia skargi w przedmiocie odszkodowania, co jest wyłącznie ewentualne i hipotetyczne, nie może uzasadniać utrzymania wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sytuacji, gdy postępowanie główne stało się bezprzedmiotowe¹⁸.

54. Skarżące potwierdziły na rozprawie, że do sądu odsyłającego ani zresztą do żadnego innego sądu krajowego *nie wniesiono* jeszcze w tej sprawie skargi o odszkodowanie. Jest oczywiście prawdą, że gdyby skarga o odszkodowanie została ostatecznie wniesiona, to miałaby znaczenie kwestia tego, czy ogłoszenie o zamówieniu było obowiązkowe i w związku z tym, który sąd krajowy byłby właściwy do orzekania w tym zakresie. Przy czym miałyby to znaczenie właśnie dla ewentualnej późniejszej skargi, która jeszcze nie została wniesiona. Zatem w ramach niniejszego postępowania przed sądem odsyłającym kwestie związane z ewentualną przyszłą skargą o odszkodowanie są całkowicie hipotetyczne.

¹⁷ Zobacz na przykład wyroki: z dnia 10 listopada 2016 r., Private Equity Insurance Group (C-156/15, EU:C:2016:851, pkt 56); z dnia 26 października 2017 r., Balgarska energiyana borsa (C-347/16, EU:C:2017:816, pkt 31).

¹⁸ Postanowienie z dnia 10 czerwca 2011 r., Mohammad Imran (C-155/11 PPU, EU:C:2011:387, pkt 18–22).

55. Podkreślony przez Komisję Europejską fakt, że skarżące mogły mieć uzasadnione oczekiwania w odniesieniu do kontynuowania postępowania o udzielanie zamówienia publicznego i że w każdym razie istnieje potrzeba udzielenia odpowiedzi na pytanie szóste, nie zmienia wcześniejszego wniosku.

56. Po pierwsze, *prima facie*, osobiście byłbym raczej zaskoczony dowiadując się, że unijna zasada uzasadnionych oczekiwań skutecznie pozbawia na zawsze instytucję zamawiającą możliwości cofnięcia ogłoszenia o zamówieniu. Czy oznaczałoby to zatem, że po ogłoszeniu przetarg musi zostać przeprowadzony do końca niezależnie od (zmiany) okoliczności?

57. Po drugie, jeżeli tak nie jest, to pytanie szóste skutecznie staje się kwestią, która podlegałaby ocenie w ramach ewentualnego późniejszego dochodzenia odszkodowania, jako naruszenie wszelkich innych praw kandydatów w postępowaniu o udzielenie zamówienia¹⁹. Jednak ponownie powtórzę, że kwestie te nie są przedmiotem postępowania zawisłego obecnie przed sądem odsyłającym.

b) Rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów

58. Wreszcie pozostaje kwestia kosztów związanych z postępowaniem przed sądem krajowym. Nawet gdyby ogłoszenie o zamówieniu zostało cofnięte, sąd odsyłający nadal musiałby rozstrzygnąć w przedmiocie kosztów postępowania. Można by zatem podnosić, że przed sądem krajowym nadal zawisły jest spór dotyczący co najmniej kwestii kosztów.

59. Nie sądzę, by można było przyjąć ten tok myślenia.

60. Po pierwsze, moje rozumienie ogólnych stwierdzeń dotyczących pojęcia *zawisłego sporu*²⁰ zawsze było takie, że wymagana jest racjonalna współzależność (choć niekoniecznie idealne dopasowanie) pomiędzy *zakresem pytań* przedstawionych przez sąd odsyłający a zawisłym przed nim sporem. Z tego też względu przedmiot skierowanych pytań musi mieć niejako wpływ na rozstrzygnięcie sporu zawisłego przed sądem krajowym. Poza tym zakresem (a zatem hipotetyczne) są pytania, które – niezależnie od odpowiedzi, jakiej Trybunał udzieli – nie będą miały wpływu na rozstrzygnięcie sporu przed sądem odsyłającym.

61. W tym świetle nie dostrzegam, w jaki sposób rozstrzygnięcie w przedmiocie sześciu dość szczegółowych pytań, które przedstawiono w związku z kontrolą prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ogłoszenia o zamówieniu, miałoby wpłynąć na rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania przed sądem krajowym po cofnięciu tego ogłoszenia. Jest to po prostu kwestia prawa krajowego, a odpowiedzi uzyskane od Trybunału nie mają wpływu na nierozstrzygniętą kwestię dotyczącą kosztów.

62. Po drugie, co do zasady, o ile koszty w danej sprawie nie są w sposób szczególny związane z kwestią wykładni prawa Unii, która wówczas powinna zostać należycie wyjaśniona w postanowieniu odsyłającym, fakt, że w następstwie odpadnięcia przedmiotu sporu nadal istnieje potrzeba rozstrzygnięcia o kosztach nie wystarcza do uzasadnienia właściwości Trybunału²¹.

¹⁹ Zobacz podobnie wyrok z dnia 26 lipca 2017 r., Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597, pkt 25).

²⁰ Zobacz pkt 33 powyżej i przytoczone tam orzecznictwo.

²¹ Odmienne podejście prowadziło do dość absurdalnych konsekwencji: skoro sąd krajowy musi każdorazowo rozstrzygać w przedmiocie nieuregulowanych kosztów, nawet jeśli zawisły przed nim spór stałby się bezprzedmiotowy z jakiegokolwiek przyczyny, to czy oznaczałoby to, że sprawa przed Trybunałem nie może w żadnym wypadku zostać wycofana ze względu na brak rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania przed sądem krajowym? Tym samym, niezależnie od wyniku sprawy na szczeblu krajowym, czy sprawa przed Trybunałem byłaby zawisła bezterminowo?

63. Co do zasady właściwość Trybunału ustaje, gdy przed sądem odsyłającym nie toczy się już żaden spór, na przykład dlatego że strona skarżąca uzyskała to, czego dochodziła w ramach postępowania, lub dlatego że autor zaskarżonego aktu wycofał go, lub dlatego że zmieniły się obowiązujące przepisy krajowe²². W tych okolicznościach spór uznaje się za rozstrzygnięty. Bez znaczenia jest okoliczność, że sąd krajowy ma jeszcze rozstrzygnąć w przedmiocie kosztów²³. Skoro do Trybunału nie należy rozstrzyganie sporu poprzez zastosowanie przepisów prawa Unii do spornych okoliczności faktycznych, tym bardziej nie należy do niego rozstrzyganie w przedmiocie kosztów nieistniejącego już sporu. Zatem o kosztach rozstrzyga wyłącznie sąd odsyłający na podstawie prawa krajowego²⁴.

64. Oczywiście istnieje zastrzeżenie: *chyba że* sama kwestia kosztów postępowania przed sądem krajowym związana jest z wykładnią prawa Unii, o którą zwrócono się do Trybunału. Będzie to miało miejsce w szczególności w dwóch przypadkach.

65. Po pierwsze, Trybunał jest z pewnością właściwy, gdy przedmiotem sporu w postępowaniu głównym są właśnie koszty. W takim stanie faktycznym zadaniem Trybunału, zgodnie z art. 267 TFUE, jest dokonanie wykładni każdego przepisu prawa Unii, który odnosi się konkretnie do kosztów postępowania sądowego lub, bardziej ogólnie, do prawa do skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości²⁵. Jednakże w tych przypadkach Trybunał ma dokonywać wykładni konkretnych, zharmonizowanych przepisów prawa Unii, które przewidują podział kosztów lub ich ograniczenie w niektórych sprawach. Godnym uwagi przykładem w ramach tej ostatniej kategorii jest przepis stanowiący, że postępowania w sprawach dotyczących ochrony środowiska są „niedyskryminacyjne ze względu na koszty”²⁶.

66. Po drugie, istnieją również przypadki sytuujące się na pograniczu, w których nie istnieją zharmonizowane przepisy prawa Unii dotyczące kosztów, ale kwestia wykładni lub ważności podniesiona przed Trybunałem ma wyraźny wpływ na rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów. To właśnie w ten sposób interpretowałbym powody, dla których Trybunał postanowił udzielić odpowiedzi co do istoty w sprawie *Amt i in.*²⁷.

67. Sprawa *Amt i in.* dotyczyła decyzji instytucji zamawiającej o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług transportu publicznego w jednym z włoskich regionów. Przepisy krajowe nie zezwalały wykonawcom na zaskarżenie decyzji instytucji zamawiającej dotyczących postępowania przetargowego, w którym postanowili oni nie brać udziału. Sąd odsyłający zasadniczo dążył do ustalenia, czy na gruncie prawa Unii wykonawcy ci mieli legitymację procesową.

68. W toku postępowania instytucja zamawiająca postanowiła umorzyć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po tym, jak została przyjęta nowa ustawa. Tym samym spór stał się formalnie bezprzedmiotowy. Niemniej jednak Trybunał uznał, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pozostaje dopuszczalny, i udzielił odpowiedzi na pytanie co do istoty. Było to zrozumiałe ze względu na strukturę tej sprawy i jedyne pytanie zadane przez sąd odsyłający: czy prawo Unii sprzeciwia się obowiązywaniu przepisów krajowych, które nie zezwalają osobom niebędącym uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na kwestionowanie dokumentów związanych z tym postępowaniem?

22 Zobacz na przykład postanowienie z dnia 14 października 2010 r., *Reinke* (C-336/08, niepublikowane, EU:C:2010:604, pkt 14); oraz wyrok z dnia 27 czerwca 2013 r., *Di Donna* (C-492/11, EU:C:2013:428, pkt 27).

23 Zobacz na przykład postanowienie z dnia 14 października 2010 r., *Reinke* (C-336/08, niepublikowane, EU:C:2010:604, pkt 15–16).

24 Wyrok z dnia 6 grudnia 2001 r., *Clean Car Autoservice* (C-472/99, EU:C:2001:663, pkt 27).

25 Zobacz także opinia rzecznika generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie *Amt Azienda Trasporti e Mobilità i in.* (C-328/17, EU:C:2018:542, pkt 40–49).

26 Zobacz, tytułem niedawnych przykładów, wyrok z dnia 17 października 2018 r., *Klohn* (C-167/17, EU:C:2018:833) lub wyrok z dnia 15 marca 2018 r., *North East Pylon Pressure Campaign i Sheehy* (C-470/16, EU:C:2018:185).

27 Wyrok z dnia 28 listopada 2018 r., *Amt Azienda Trasporti e Mobilità i in.* (C-328/17, EU:C:2018:958) (zwany dalej „sprawą *Amt i in.*”).

69. Pozytywna (lub negatywna) odpowiedź na to pytanie miała decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii poniesienia kosztów postępowania przez skarżące w postępowaniu głównym, które zakwestionowały dokumentację przetargową, mimo iż nie brały one udziału w tym postępowaniu.

70. Scenariusz ten, w którym jedno konkretne pytanie zadane przez sąd odsyłający jest rozstrzygające dla kwestii nieuregulowanych jeszcze kosztów, można przeciwstawić niniejszej sprawie. Sześć dość szczegółowych pytań przedstawionych przez sąd odsyłający dotyczy możliwości zastosowania szeregu przepisów dotyczących zamówień publicznych do usług dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach Poste Italiane. Nie dotyczą one żadnych kwestii związanych z wykładnią przepisów prawa Unii dotyczących kosztów lub, bardziej ogólnie, całkowitego kosztu procedury kontroli, która została wszczęta przez skarżące. Ponadto żadne z pytań przedstawionych przez sąd odsyłający nie dotyczy kwestii, które mogłyby mieć bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów. W szczególności nie kwestionuje się legitymacji procesowej skarżących w kontekście spornego ogłoszenia o zamówieniu. Nie dostrzegam zatem, w jaki sposób, *niezależnie od tego, jaka odpowiedź* miałyby zostać udzielona przez Trybunał w odpowiedzi na sześć zadanych szczegółowych pytań, mogłaby ona mieć jakikolwiek wpływ na rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów związanych z prowadzonym obecnie postępowaniem, zważywszy na kryteria dwóch przedstawionych powyżej scenariuszy.

71. W świetle powyższego, w okolicznościach niniejszej sprawy, ponieważ przedmiot sporu (ogłoszenie o zamówieniu) odpadł i obecnie nie toczy się żadne postępowanie odszkodowawcze, brak rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów nie może stanowić jedynej przesłanki uzasadniającej utrzymanie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

72. Tytułem uwagi końcowej jak najbardziej zgadzam się, że kwestia znaczenia odpowiedzi, której ma udzielić Trybunał w celu rozstrzygnięcia realnego sporu zawisłego przed sądem krajowym, rzadko kiedy jest prostym i jednoznacznym rozstrzygnięciem. Oczywiście są również przypadki, w których Trybunał wykazał się większą tolerancją (lub raczej większą wyobraźnią) co do tego, jakie dokładnie udzielona przez niego odpowiedź mogłaby mieć znaczenie dla danego sporu zawisłego przed sądem krajowym²⁸.

73. Tak czy inaczej, a nawet uznając, że chodzi raczej o płynną sferę znaczenia dla sprawy niż o ściśle odgródzone obszary, sześć pytań przedstawionych w rozpatrywanym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym znajduje się na odległym krańcu tej sfery. Ponownie należy wskazać, że jedyną kwestią, która pozostaje do rozstrzygnięcia, jest znaczenie tych pytań dla *zakresu sporu zawisłego obecnie* przed sądem krajowym. Niewygodna odpowiedź jest taka, że nie mają one znaczenia.

74. Wynika z tego, że nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na żadne z pytań przedstawionych przez sąd odsyłający.

B. W przedmiocie pytań prejudycjalnych

75. Mając na uwadze rolę rzeczników generalnych polegającą na (pełnym) wspomaganiu Trybunału (art. 252 TFUE), pokrótce omówię istotę przedstawionych przez sąd odsyłający pytań, na wypadek gdyby Trybunał nie podzielił mojego stanowiska co do (braku) potrzeby orzekania w ich przedmiocie w okolicznościach niniejszej sprawy. Uczynię to jednak wyłącznie pokrótce i w takim zakresie, w jakim byłoby to konieczne, gdyby przedmiot sporu nie odpadł. Nawet gdyby Trybunał miał orzekać co do istoty sprawy, nie byłoby konieczne rozpatrywanie wszystkich pytań przedstawionych przez sąd odsyłający.

²⁸ Zobacz niedawny wyrok z dnia 1 października 2019 r., Blaise i in. (C-616/17, EU:C:2019:800, pkt 26–29, 31–39).

76. Sąd odsyłający zadał sześć pytań. Poprzez wszystkie te pytania sąd odsyłający zasadniczo dąży do ustalenia, czy przedmiotowe usługi, na które Poste Tutela ogłosiła przetarg przed jej połączeniem z Poste Italiane, są objęte zakresem stosowania przepisów prawa Unii dotyczących zamówień publicznych, w szczególności dyrektywy sektorowej i dyrektywy dotyczącej sektora publicznego²⁹.

77. Pytania pierwsze, drugie i czwarte (oraz częściowo pytanie trzecie) dotyczą kwalifikacji prawnej Poste Italiane (i Poste Tutela) jako podmiotów prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy dotyczącej sektora publicznego i dyrektywy sektorowej. Pytania trzecie i piąte dotyczą możliwości zastosowania dyrektywy sektorowej do działalności takiej jak działalność objęta przedmiotem postępowania głównego. Jeżeli chodzi o pytanie szóste, jego zakres jest nieco niejasny. Można je rozumieć jako ogólne pytanie o to, jakie uzasadnione oczekiwania powstają po stronie oferentów w związku z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i czy oczekiwania te uniemożliwiają cofnięcie opublikowanego już ogłoszenia³⁰. Można je również rozumieć jako pytanie, czy po stronie oferentów powstają jakiegokolwiek uzasadnione oczekiwania, w przypadku gdy podmiot przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z własnej inicjatywy, mimo że w normalnych warunkach nie byłby do tego zobowiązany.

78. Na potrzeby niniejszej sprawy, w ramach której sąd odsyłający stara się dowiedzieć, czy dana działalność podlega przepisom prawa Unii dotyczącym zamówień publicznych, a jeśli tak, to którym, całkowicie wystarczające jest udzielenie odpowiedzi na pytania trzecie i piąte dotyczące zastosowania dyrektywy sektorowej. Moim zdaniem, w kontekście ogłoszenia o zamówieniu, które było przedmiotem sprawy przed sądem odsyłającym, to właśnie dyrektywa sektorowa miałaby zastosowanie do przedmiotowej działalności.

1. Odpowiednie zakresy stosowania dyrektywy dotyczącej sektora publicznego i dyrektywy sektorowej

79. Odpowiednie zakresy stosowania dyrektywy dotyczącej sektora publicznego i dyrektywy sektorowej określono w różny sposób. Jeśli chodzi o ich zastosowanie w indywidualnym przypadku, oba instrumenty mają się wzajemnie wykluczać³¹.

80. Zakres stosowania dyrektywy dotyczącej sektora publicznego jest przede wszystkim określony *ratione personae*. Ma ona ogólnie zastosowanie do instytucji zamawiających, a zatem konkretnie do państwa, ^{władz} regionalnych lub lokalnych oraz do podmiotów prawa publicznego³², ze względu na ich formalny status i charakter jako pewnego rodzaju osób prawnych.

81. Z kolei zakres stosowania dyrektywy sektorowej jest określony przede wszystkim *przedmiotowo*, poprzez odniesienie do *charakteru działalności*³³. Rodzaje działalności określono w art. 8–14 dyrektywy. Obejmują one w szczególności energię cieplną, energię elektryczną, gospodarkę wodną, usługi transportowe, porty i porty lotnicze oraz usługi pocztowe.

29 Sąd odsyłający powołuje się również na dyrektywę 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Nie dostrzegam jednak żadnego znaczenia tej ostatniej dyrektywy dla niniejszej sprawy. W dość mało prawdopodobnym scenariuszu, w którym przedmiotowa działalność byłaby prowadzona na podstawie koncesji, art. 5 ust. 4 akapit ostatni dyrektywy sektorowej stanowi, że co do zasady „[w] przypadku zamówień mieszanych zawierających elementy zamówień na dostawy, roboty budowlane i usługi *oraz elementy koncesji*, zamówienie mieszane udzielane jest zgodnie z niniejszą dyrektywą” (wyróżnienie moje).

30 Wygląda na to, że jest to tok rozumowania Komisji Europejskiej w odniesieniu do tego, które z pytań sądu odsyłającego zachowałyby aktualność pomimo cofnięcia ogłoszenia o zamówieniu (pkt 50 powyżej).

31 Artykuł 7 dyrektywy dotyczącej sektora publicznego. Zobacz również art. 5 ust. 4 i art. 6 ust. 3 dyrektywy sektorowej.

32 Zobacz art. 1 ust. 2 i art. 2 ust. 1 dyrektywy dotyczącej sektora publicznego.

33 Zobacz art. 1 ust. 2 i art. 4 ust. 1 dyrektywy sektorowej.

82. Jednocześnie dyrektywa sektorowa jest mniej rygorystyczna w odniesieniu do charakteru osób objętych jej zakresem. Ma ona zastosowanie do szerokiego kręgu „podmiotów zamawiających”. Do tej ostatniej kategorii zalicza się instytucje zamawiające, przedsiębiorstwa publiczne oraz przedsiębiorstwa, które korzystają z praw wyłącznych lub specjalnych³⁴. Ten szeroki zakres podmiotowy stosowania jest logiczną konsekwencją zakresu przedmiotowego dyrektywy. Zakres przedmiotowy ma bowiem na celu uregulowanie sektorów gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Zaś w tych sektorach, w których kiedyś istniały monopole państwowe, obecnie działające podmioty przyjmują różne formy prawne, w związku z czym „niezbędne jest określenie podmiotów objętych niniejszą dyrektywą na innej podstawie niż ich status prawny”³⁵.

83. Z przepisów tych wynika, że zakres przedmiotowy dyrektywy sektorowej jest dość ściśle określony. Jedną z ważniejszych konsekwencji tej różnicy pojęciowej jest okoliczność, że z tego względu w dyrektywie sektorowej brak jest miejsca na stosowanie podejścia znanego jako „teoria infekcji”.

84. Podejście to zostało pierwotnie przyjęte przez Trybunał w 1998 r. w wyroku Mannesmann Anlagenbau Austria i in.³⁶. Sprawa ta dotyczyła kwalifikacji prawnej austriackiej drukarni państwowej (Österreichische Staatsdruckerei – zwanej dalej „ÖS”). Zgodnie z prawem austriackim ÖS była niegdyś przedsiębiorstwem państwowym, które później stało się przedsiębiorcą w rozumieniu kodeksu handlowego. ÖS powierzano przede wszystkim sporządzanie urzędowych dokumentów administracyjnych wymagających zachowania tajemnicy lub zastosowania środków bezpieczeństwa. Prowadziła ona jednak również inne rodzaje działalności, takie jak wydawanie książek czy gazet. Trybunał uznał, że ÖS jest podmiotem prawa publicznego w rozumieniu obowiązującej wówczas dyrektywy dotyczącej sektora publicznego. W związku z tym *wszystkie* rodzaje prowadzonej przez nią działalności wchodziły w zakres stosowania tej dyrektywy. Tym samym nawet jej działalność handlowa została uznana za podlegającą dyrektywie dotyczącej sektora publicznego *ze względu na* jej status prawny jako podmiotu prawa publicznego.

85. W metaforycznym skrócie zatem, podobnie jak król Midas, dotyk podmiotu prawa publicznego „skaża” całą jego działalność i sprawia, że wszystkie jej rodzaje wchodzą w zakres dyrektywy dotyczącej sektora publicznego (choć może niekoniecznie zamieniają się w złoto).

86. Trybunał odmówił natomiast rozszerzenia tego podejścia na dyrektywę sektorową w sprawie Ing. Aigner.³⁷ Sprawa ta dotyczyła przedsiębiorstwa Fernwärme Wien, które zostało utworzone w celu zaopatrywania w energię ciepłą miasta Wiedeń. Jednocześnie przedsiębiorstwo to zajmowało się również generalnym projektowaniem instalacji chłodniczych dla większych przedsięwzięć budowlanych. W ramach tej działalności konkurowało z innymi przedsiębiorstwami. W swoim wyroku Trybunał przypomniał, że wszystkie zamówienia udzielane przez instytucję zamawiającą podlegają przepisom UE dotyczącym zamówień publicznych, ponieważ Fernwärme Wien było również „podmiotem prawa publicznego”. Trybunał dokonał jednak rozróżnienia między rozpatrywanymi rodzajami działalności: podczas gdy zamówienia związane z działalnością wymienioną w dyrektywie sektorowej podlegały określonym w niej przepisom, pozostałe zamówienia były objęte dyrektywą dotyczącą sektora publicznego.

³⁴ Zobacz art. 4 ust. 1 dyrektywy sektorowej.

³⁵ Motyw 19 dyrektywy sektorowej.

³⁶ Wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. (C-44/96, EU:C:1998:4).

³⁷ Wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. (C-393/06, EU:C:2008:213, pkt 28–30).

87. Wynika z tego, że status prawny podmiotu prawa publicznego skutkuje rozszerzeniem stosowania przepisów UE dotyczących zamówień publicznych na wszystkie rodzaje działalności objęte dyrektywą dotyczącą sektora publicznego. Nie rozciąga on jednak ewentualnej możliwości zastosowania dyrektywy dotyczącej sektora publicznego na działalność wyraźnie objętą dyrektywą sektorową. Zakres przedmiotowy dyrektywy sektorowej pozostaje zatem niezmienny niezależnie od statusu prawnego danego przedsiębiorstwa. Teoria infekcji nie ma przy tym zastosowania do działalności objętej dyrektywą sektorową.

88. Tym samym dyrektywa sektorowa stanowi *lex specialis*, natomiast dyrektywa dotycząca sektora publicznego stanowi *lex generalis*. Jako regulację *lex specialis*, dyrektywę sektorową należy stosować w sposób bardziej rygorystyczny.

2. „Usługi pocztowe” na gruncie dyrektywy sektorowej

89. Jaki jest zatem zakres pojęcia usług pocztowych na gruncie dyrektywy sektorowej? Zgodnie z art. 13 ust. 1 dyrektywa ta ma zastosowanie do działalności związanej ze świadczeniem usług pocztowych i usług innych niż usługi pocztowe, w szczególności pod warunkiem że wspomniane usługi są świadczone przez podmiot, który świadczy również usługi pocztowe.

90. Przepis ten, jak się wydaje, określa dwie kategorie: (i) usługi pocztowe (*sensu stricto*); (ii) inne usługi wymienione w art. 13 ust. 2 lit. c) dyrektywy sektorowej, o ile spełnione są warunki określone w art. 13 ust. 1 lit. b). Jednakże z wprowadzenia do art. 13 ust. 1 dyrektywy sektorowej wyraźnie wynika również, że nie chodzi tu tylko o usługi *sensu stricto*, lecz (iii) o *działalność związaną ze świadczeniem usług pocztowych* lub innych usług wymienionych w art. 13 ust. 2 lit. c).

91. Po pierwsze, definicję legalną *usług pocztowych* zawarto w art. 13 ust. 2 lit. b), zgodnie z którą są to usługi obejmujące przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych, przy czym definicję „przesyłki pocztowej” zawarto w art. 13 ust. 2 lit. a). Definicja ta obejmuje zarówno usługi objęte zakresem usługi powszechnej, jak i usługi nieobjęte tym zakresem.

92. Po drugie, w art. 13 ust. 2 lit. c) „usługi inne” niż usługi pocztowe definiuje się jako „usługi zarządzania usługami pocztowymi (zarówno usługi poprzedzające wysyłkę, jak i usługi następujące po wysyłce, w tym usługi zarządzania kancelarią pocztową)” oraz „usługi dotyczące przesyłek pocztowych nieuwzględnionych w [art. 13 ust. 2 lit. a)], takich jak bezadresowe przesyłki reklamowe”.

93. Po trzecie, jak ma się rzecz z pozostałą lub dodatkową kategorią „działalności związanej ze świadczeniem” usług pocztowych i usług innych niż usługi pocztowe?

94. Zdaniem Poste Italiane i rządu włoskiego, ponieważ „teoria infekcji” nie ma zastosowania w kontekście dyrektywy sektorowej, zakres stosowania art. 13 dyrektywy sektorowej należy interpretować w sposób zawężający. Dyrektywą tą objęte są wyłącznie te dwa rodzaje działalności wyraźnie wymienione w art. 13 ust. 1 dyrektywy sektorowej.

95. Zgadzam się z pierwszym twierdzeniem. Nie zgadzam się natomiast z drugim twierdzeniem.

96. Rzeczywiście aktualność zachowuje stanowisko przedstawione w tym zakresie przez Trybunał w sprawie Ing. Aigner. Jednakże prawidłowa wykładnia art. 13 dyrektywy sektorowej polega na tym, że jej zakres nie jest tak wąski, jak sugerują Poste Italiane i rząd włoski.

97. Moim zdaniem istnieje wyraźnie trzecia kategoria wpisana w art. 13 ust. 1 dyrektywy sektorowej: *działalność związana ze świadczeniem usług pocztowych*.

98. Po pierwsze, należy wskazać na brzmienie nie tylko art. 13 ust. 1, lecz także art. 1 ust. 2 dyrektywy sektorowej: „[z]amówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie – w drodze zamówienia na dostawę, roboty budowlane lub usługi – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jeden podmiot zamawiający od wykonawców wybranych przez ten podmiot zamawiający, pod warunkiem że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi *są przeznaczone na potrzeby wykonywania jednego z rodzajów działalności*, o których mowa w art. 8–14”³⁸. Oba te wyrażenia wskazują, że objęte mają być nie tylko te usługi pocztowe sensu stricto, lecz także inne niezbędne dostawy lub usługi, wskutek których ta główna usługa jest świadczona.

99. Po drugie, to samo znajduje również potwierdzenie w logice, którą rządzi się ten sektor. Można słusznie przyjąć, że zwykle usługi pocztowe sensu stricto (przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych) świadczone są przez same podmioty zamawiające. Odkrycie, że poczta, a w szczególności dostawca powszechnej usługi pocztowej, w rzeczywistości sam nie dostarcza żadnych przesyłek pocztowych, byłoby raczej zaskakujące. Gdyby jednak następnie stwierdzić, jak zasadniczo sugeruje Poste Italiane, że obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych dotyczy wyłącznie usług pocztowych sensu stricto, wówczas art. 13 ust. 1 lit. a) oraz art. 13 ust. 1 lit. b) zostałyby w praktyce pozbawione jakiejkolwiek treści. Do czego w takiej sytuacji miałyby zastosowanie te przepisy?

100. Tym samym jest dla mnie raczej jasne, że celem art. 13 dyrektywy sektorowej są w szczególności roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają *umożliwić* świadczenie usług pocztowych. Jak stwierdził Trybunał, „jeżeli podmiot zamawiający wykonujący jeden z rodzajów działalności, o których mowa w [dyrektywie sektorowej] zamierza w ramach wykonywania tej działalności udzielić zamówienia na usługi, roboty budowlane lub dostawy lub zorganizować konkurs na projekt, to owo zamówienie lub konkurs podlegają przepisom tej dyrektywy”³⁹.

101. Tym samym, co do zasady, dyrektywa sektorowa ma zastosowanie nie tylko do zamówień udzielanych w ramach jednego z rodzajów działalności wyraźnie w niej wymienionych, lecz także do zamówień udzielanych w ramach wykonywania rodzajów działalności określonych w dyrektywie sektorowej. W konsekwencji, jeżeli zamówienie udzielone przez podmiot zamawiający jest związane z działalnością, którą podmiot ten prowadzi w sektorach wymienionych w dyrektywie sektorowej, zamówienie to podlega procedurom przewidzianym w tej dyrektywie⁴⁰.

102. W takiej sytuacji pojawia się jednak kluczowe pytanie o to, jak daleko sięga znaczenie „w związku z” lub „w celu umożliwienia”. Z jednej strony, z pewnością nie jest ono tak wąskie, jak sugeruje Poste Italiane. Z drugiej strony, nie jest na tyle szerokie, by oznaczało zastosowanie de facto teorii infekcji również w ramach dyrektywy sektorowej.

103. Moim zdaniem wyrażenie „działalność związana ze świadczeniem” w świetle art. 13 ust. 1 dyrektywy sektorowej należałoby rozumieć jako obejmujące wszystkie te rodzaje działalności, które są *niezbędne do* świadczenia usług pocztowych lub które są *zazwyczaj związane z* ich świadczeniem. Niezbędne w tym sensie, że bez nich usługi pocztowe nie mogłyby być należycie świadczone. Niemniej jednak użyte w tym znaczeniu określenie „związana z” obejmowałoby również te rodzaje działalności, które nie są, ściśle rzecz biorąc, niezbędne, ale które są zwykle i zazwyczaj związane ze świadczeniem tego rodzaju usług.

38 Wyróżnienie moje.

39 Wyrok z dnia 16 czerwca 2005 r., Strabag i Kostmann (C-462/03 i C-463/03, EU:C:2005:389, pkt 39).

40 Zobacz wyroki: z dnia 16 czerwca 2005 r., Strabag i Kostmann (C-462/03 i C-463/03, EU:C:2005:389, pkt 41–42); z dnia 10 kwietnia 2008 r., Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, pkt 56–59); z dnia 19 kwietnia 2018 r., Consorzio Italiano Management i Catania Multiservizi (C-152/17, EU:C:2018:264, pkt 26).

104. Sugerowałbym włączenie obu kategorii, bowiem granica między nimi może niekiedy być dość niewyraźna. Oczywiście obecnie za przykłady niezbędnych dostaw można uznać energię elektryczną do prowadzenia placówek pocztowych; samochody lub skutery do dostarczania poczty; lub szczególnie ubiór umożliwiający osobom identyfikację pracowników placówek pocztowych. Niemniej jednak można by się zastanawiać już chociażby nad ostatnim przykładem: czy pracownicy placówek pocztowych naprawdę potrzebują specjalnego ubioru do skutecznego doręczania przesyłek pocztowych? Można by bowiem podnieść, że specjalny strój nie jest, ściśle rzecz ujmując, niezbędny do skutecznego doręczania przesyłek pocztowych. Pracownik placówki pocztowej z pewnością może również wykonywać swoje obowiązki w dżinsach i koszulce.

105. Z tego też względu pojęcie „związana z” powinno obejmować nie tylko ściśle *technicznie niezbędne*, lecz także *zazwyczaj z nimi związane*. Tym samym działalność, która nie jest zazwyczaj związana ze świadczeniem usług pocztowych, taka jak zawieranie umów ubezpieczenia samochodu, sprzedaż gazet lub czasopism czy otwarcie kącika masażu w holu placówki pocztowej prawdopodobnie nie zostanie zakwalifikowana jako działalność związana ze zwykłym świadczeniem usług pocztowych⁴¹.

106. Poza tym do sądów krajowych z pewnością należeć będzie rozstrzygnięcie, czy w konkretnym przypadku konkretna dostawa lub działalność, o których mowa, są zazwyczaj związane ze świadczeniem usług pocztowych lub usług innych niż usługi pocztowe. Chodzi o to, by ustalić pakiet, co do którego aktualnie uznaje się zazwyczaj, że składa się na prawidłowe świadczenie usług pocztowych.

3. Zastosowanie w niniejszej sprawie

107. Niniejsza sprawa dotyczy usług dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach Poste Italiane i innych spółek należących do tej grupy. Czy te rodzaje działalności są objęte zakresem stosowania dyrektywy sektorowej?

108. Zdaniem skarżących, nawet jeśli nie są to bezpośrednio usługi pocztowe, przedmiotowe usługi są niezbędne do wykonywania działalności wymienionej w art. 13 dyrektywy sektorowej lub z nią związane, gdyż umożliwiają one wykonywanie działalności związanej z usługą powszechną. Sprawne funkcjonowanie lokalu, w którym świadczona jest usługa powszechna, zapewniają również portierzy i stróżę.

109. Według Poste Italiane przedmiotowa działalność nie wchodzi w zakres działalności wymienionych w dyrektywie sektorowej. Rozpatrywana działalność nie jest nierozzerwalnie związana z usługami, które dają podstawy do stosowania przepisów prawa publicznego, ponieważ nie polega ona na świadczeniu usługi obejmującej odbiór i doręczanie poczty. Działalność ta nie ma charakteru pomocniczego w stosunku do usług pocztowych, ponieważ nie jest ona niezbędna do świadczenia tych usług. Usługi dozoru, recepcji i kontroli dostępu stanowią działalność uzupełniającą i przekrojową w odniesieniu do wszystkich rodzajów usług świadczonych przez Poste Italiane. Lokale, których dotyczy przedmiotowa działalność, są jednocześnie wykorzystywane jako siedziby biur w których prowadzona jest działalność administracyjna i w dziedzinie usług finansowych. Tym samym przedmiotowe usługi są świadczone na rzecz spółek z całej grupy, w tym również tych, które nie świadczą usług pocztowych (np. PostePay S.A., która specjalizuje się w usługach płatniczych, usługach cyfrowych i telefonii komórkowej, czy Poste Vita, która świadczy usługi ubezpieczeniowe).

⁴¹ Chociaż bez wątpienia byłoby to miłe w odniesieniu do tej ostatniej działalności.

110. Według Komisji Europejskiej dyrektywa sektorowa ma zastosowanie do usług, które są funkcjonalnie powiązane z usługami wyraźnie w niej wymienionymi. W niniejszej sprawie lokale, w których prowadzone są przedmiotowe usługi, są tymi samymi, w których świadczone są usługi pocztowe. Przy rozstrzyganiu o możliwości zastosowania dyrektywy sektorowej nie tylko bez znaczenia jest okoliczność, że lokale te są wykorzystywane również na potrzeby realizacji operacji finansowych, ale nie jest też konieczne ustalenie mocy powiązania funkcjonalnego istniejącego między przedmiotowymi usługami a usługami pocztowymi.

111. Zasadniczo podzielam stanowisko skarżących i Komisji Europejskiej. Niewątpliwie przedmiotowa działalność wchodzi w zakres stosowania dyrektywy sektorowej, w zakresie, w jakim jest niezbędna do prawidłowego świadczenia usług pocztowych, a tym samym jest związana ze świadczeniem usług pocztowych zgodnie z art. 13 dyrektywy sektorowej.

112. Po pierwsze, Poste Italiane (i Poste Tutela w chwili wydania ogłoszenia o zamówieniu) objęta jest zakresem *podmiotowym* dyrektywy sektorowej. Chociaż charakter prawny Poste Italiane był obszernie omawiany w przedstawionych przez strony uwagach pisemnych i ustnych, do celów zastosowania dyrektywy sektorowej nie jest konieczne ustalenie, czy Poste Italiane jest „podmiotem prawa publicznego”.

113. Wystarczy zauważyć, że Poste Italiane spełnia określone w art. 4 ust. 2 dyrektywy sektorowej przesłanki uznania za „przedsiębiorstwo publiczne”. Ponieważ większość akcji Poste Italiane należy do państwa lub podmiotów państwowych⁴², należy przyjąć, że państwo ma dominujący wpływ na Poste Italiane. Wynika z tego, że Poste Italiane jest przedsiębiorstwem publicznym w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy sektorowej.

114. Po drugie, przedmiotowe usługi wchodzą w *przedmiotowy* zakres stosowania dyrektywy sektorowej. Moim zdaniem usługi dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach Poste Italiane są niezbędne dla właściwego wykonania usług pocztowych. Z pewnością, per analogiam do przedstawionych wyżej punktów o charakterze ogólnym⁴³, można by polemizować, czy te konkretne usługi są, ściśle rzecz biorąc, niezbędne do świadczenia usług pocztowych⁴⁴. Z pewnością są one jednak *zazwyczaj związane* ze świadczeniem takich usług i w tym rozumieniu rzeczywiście się są *z nimi związane*.

115. W tym względzie nie ma znaczenia okoliczność, że przedmiotowe usługi nie są świadczone wyłącznie na rzecz placówek pocztowych, lecz również na rzecz biur administracyjnych, które nie przyjmują interesantów, oraz w lokalach, w których świadczone są usługi finansowe czy ubezpieczeniowe.

116. Po pierwsze, nawet jeśli biura administracyjne normalnie nie przyjmują interesantów – użytkowników usług pocztowych, to okoliczność, że polityka w zakresie usług pocztowych jest przyjmowana i wdrażana w tych właśnie biurach świadczy o tym, iż po prostu stanowią one element usług pocztowych. W pewnym sensie jest to kontynuacja argumentu Poste Italiane, która podnosi, że usługi pocztowe w rzeczywistości polegają jedynie na fizycznej obsłudze przesyłek pocztowych. Siłą rzeczy jednak usługi pocztowe muszą również obejmować planowanie tych usług i zarządzanie nimi: usługi pocztowe nie odbywają się samoistnie.

⁴² Zobacz powyżej pkt 17 niniejszej opinii.

⁴³ Zobacz powyżej pkt 101–103 niniejszej opinii.

⁴⁴ Tego rodzaju zastrzeżenie mogłoby jednak w takiej sytuacji zostać poczynione w odniesieniu do działalności, która – z uwzględnieniem odpowiedniej interpretacji – zostałaby normalnie uznana za niezbędny element usług pocztowych. Z pewnością usługi pocztowe mogłyby być świadczone bez energii elektrycznej (w placówkach pocztowych korzystano by ze świec), bez samochodów (pracownicy placówek pocztowych mogą chodzić pieszo) lub bez usług porządkowych (stosy śmieci nie muszą fizycznie uniemożliwiać klientom dostępu do okienka obsługi w placówce pocztowej).

117. Po drugie, co się tyczy innych rodzajów usług świadczonych przez Poste Italiane, prawdopodobnie są one świadczone w tych samych lokalach, co usługi pocztowe. W celu ustalenia braku funkcjonalnego powiązania między przedmiotową działalnością a usługami pocztowymi należałoby w każdym przypadku wykazać, że działalność ta została zlecona *wyłącznie* w odniesieniu do lokali, które nie mają bezpośredniego lub pośredniego związku z usługami pocztowymi.

118. Po trzecie, art. 5 ust. 4 dyrektywy sektorowej przewiduje w istocie, że w przypadkach, w których podmioty zamawiające decydują się na udzielenie jednego zamówienia (obejmującego usługi pocztowe i usługi inne niż pocztowe), może dojść do wyjścia poza zakres zastosowania. Niemniej jednak nawet w takich przypadkach dyrektywa ta ma zastosowanie do wynikającego z niej *jednego zamówienia mieszanego*.

119. Tego rodzaju przekroczenie zakresu stosowania nie jest jednak nieuniknione. Jest to konsekwencja wyboru przez podmiot zamawiający takiego postępowania i połączenia wszystkich tych usług w ramach jednego zamówienia. Artykuł 6 ust. 1 pozwala bowiem podmiotom zamawiającym na udzielanie odrębnych zamówień w celu uniknięcia niezróżnicowanego stosowania dyrektywy sektorowej do wszystkich – jednak zróżnicowanych – rodzajów działalności Poste Italiane, niezależnie od stopnia ich zróżnicowania.

120. Podsumowując, logika działania dyrektywy sektorowej jest w pewnym sensie spreczna z tym, co wydaje się sugerować Poste Italiane. Możliwe jest bowiem odstępianie od stosowania dyrektywy sektorowej, jeżeli zamiast stawiać na jedno zamówienie mieszane mające zastosowanie przekrojowo do wszystkich rodzajów działalności, w tym działalności pocztowej, podmiot zamawiający zdecyduje się udzielić odrębnych zamówień na potrzeby każdego z tych rodzajów działalności. Niemniej jednak nie można odstąpić od stosowania dyrektywy sektorowej poprzez zdecydowanie się na zamówienie mieszane, aby następnie twierdzić, że skoro dyrektywa nie miałaby zastosowania się do niektórych części zamówienia, gdyby występowały one oddzielnie, to nie ma zastosowania do całego zamówienia.

V. Wnioski

121. Proponuje uznać, że nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytania przedstawione przez Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy).