

Rechtssache C-419/19

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

29. Mai 2019

Vorlegendes Gericht:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italien)

Datum der Vorlageentscheidung:

6. März 2019

Klägerin:

Irideos SpA

Beklagte:

Poste Italiane SpA

Mitbeteiligte:

Fastweb SpA

Tim SpA

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Klage auf Nichtigerklärung der Rechtsakte vom 22. Oktober 2018, mit denen die Poste Italiane SpA (im Folgenden: Italienische Post) der IRIDEOS SpA die Zuschlagserteilung für die Lose 1 und 2 der Ausschreibung für die „Vergabe im Sinne des Decreto legislativo [gesetzesvertretende Verordnung] Nr. 50/2016 – offenes telematisches Verfahren für Telekommunikationsdienstleistungen im städtischen Bereich mit der DWDM-Hochgeschwindigkeitsglasfasertechnologie (MAN)“ jeweils an die Gesellschaften Fastweb SpA und Tim SpA mitgeteilt hat, sowie auf Ersatz des der Klägerin entstandenen Schadens durch die Italienische Post; Widerklage der Tim SpA u. a. auf Verpflichtung der Italienischen Post zur Wiederholung des Vergabeverfahrens

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage zur Vorabentscheidung

- 1 Vereinbarkeit der nationalen Bestimmungen des Art. 3 Abs. 1 Buchst. e des Decreto legislativo Nr. 50 vom 18. April 2016 (Gesetzbuch über öffentliche Aufträge; im Folgenden: Decreto legislativo Nr. 50/2016 oder Vergabegesetzbuch) mit dem Unionsrecht (Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU), soweit diese Vorschrift im Einklang mit der Auslegung durch den Kassationsgerichtshof (Beschluss Nr. 4899/2018, der im innerstaatlichen Recht für Zuständigkeitsfragen verbindlich ist) bezweckt, Unternehmen, die in besonderen, in Teil II des Vergabegesetzbuchs genannten Sektoren hinsichtlich der Verpflichtung zu öffentlichen Vergabeverfahren eine Abweichung von der Einhaltung der allgemeinen Grundsätze in Art. 1 und Art. 3 Abs. 1 Buchst. a dieses Gesetzbuchs zu gestatten, sofern sich der abzuschließende Vertrag nicht auf die Tätigkeiten der besonderen Sektoren im eigentlichen Sinne bezieht.
- 2 Im vorliegenden Verfahren hat das vorlegende Gericht darüber hinaus ein doppeltes Problem zu lösen: Das erste betrifft die Verbindlichkeit der Urteile des Kassationsgerichtshofs, Vereinigte Senate, über die Zuständigkeit im italienischen Verfahrensrecht; das zweite betrifft die mögliche Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs angesichts der schrittweisen Umwandlung bestimmter, als Einrichtungen des öffentlichen Rechts gegründeter juristischer Personen in echte Unternehmen, die Gewinne erzielen und Verluste tragen und deren Tätigkeit hauptsächlich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld ausgeübt wird (vgl. den 21. Erwägungsgrund und Art. 16 der Richtlinie 2014/23/EU).
- 3 In Bezug auf die erste Frage stellt das vorlegende Gericht fest, dass der Kassationsgerichtshof endgültig und verbindlich die Zuständigkeit des Gerichts, bei dem die Rechtssache nach italienischem Verfahrensrecht anhängig ist, für die Sachentscheidung feststellen muss; der Gerichtshof hat jedoch den allgemeinen Grundsatz geäußert, dass das Unionsrecht verbietet, dass ein nationales Gericht an eine interne Verfahrensvorschrift gebunden ist, nach der es sich an die Bewertungen eines höheren nationalen Gerichts zu halten hat, wenn sich herausstellt, dass dessen Bewertungen nicht im Einklang mit dem vom Gerichtshof ausgelegten Unionsrecht stehen (vgl. Urteil vom 20. Oktober 2011, Interedil, C 396/09).
- 4 Es besteht somit das Recht (oder, für die Gerichte der letzten Instanz, die Pflicht), den Gerichtshof anzurufen, wenn ein „begründeter Zweifel“ an der ordnungsgemäßen Anwendung des Unionsrechts besteht, und zwar unabhängig von einer entgegenstehenden Entscheidung des Kassationsgerichtshofs zur Zuständigkeit oder der Vollversammlung des Consiglio di Stato (Staatsrat), die für dessen einfache Senate bindend sind (vgl. auch Urteile des Gerichtshofs vom 5. April 2016, C-689/13, PFE, und vom 6. Oktober 1982, Cilfit, 283/81).

Vorlagefragen

1. Ist die Gesellschaft Poste Italiane SpA aufgrund der oben erwähnten Eigenschaften als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. d des Decreto legislativo Nr. 50/2016 und der einschlägigen Gemeinschaftsrichtlinien (2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU) einzustufen?

2. Ist diese Gesellschaft, bei der die Eigenschaft als Einrichtung des öffentlichen Rechts nach den Vorschriften von Teil II des Vergabegesetzbuchs als gegeben anzusehen ist, als Auftraggeber aufgrund der Richtlinie 2014/25/EU verpflichtet, öffentliche Vergabeverfahren ausschließlich für die Vergabe von Aufträgen durchzuführen, die sich unmittelbar auf die in den besonderen Sektoren ausgeübte eigene Tätigkeit beziehen, während sie für die diese Sektoren nicht im engeren Sinn betreffende Auftragstätigkeit über volle Verhandlungsautonomie – nach ausschließlich privatrechtlichen Vorschriften – verfügen, wenn man die im 21. Erwägungsgrund und in Art. 16 der Richtlinie 2014/23/EU genannten Grundsätze berücksichtigt (Urteil Nr. 4899/2018 des Kassationsgerichtshofs [vereinigte Senate] und bezüglich des letzten Teils Urteil Nr. 16/2011 des Staatsrats [Vollversammlung])?

[3.] Oder bleibt diese Gesellschaft hingegen für nicht in die Bereiche der besonderen Sektoren fallende Aufträge – falls sie die Voraussetzungen für Einrichtungen des öffentlichen Rechts erfüllt – der allgemeinen Richtlinie 2014/24/EU (und damit den Vorschriften des öffentlichen Auftragswesens) auch dann unterworfen, wenn sie – im Vergleich zum Zeitpunkt ihrer ursprünglichen Gründung – überwiegend unternehmerische und wettbewerbsorientierte Tätigkeiten ausübt, wie aus dem zitierten Urteil C-393/06 vom 10. April 2008 – Ing. Aigner ableitbar ist, wobei die Richtlinie 2014/24/EU für von öffentlichen Auftraggebern abgeschlossene Verträge einer anderen Auffassung entgegensteht und andererseits der 21. „Erwägungsgrund“ sowie Art. 16 der genannten Richtlinie 2014/23/EU nur ein mutmaßliches Kriterium aufstellen, um die Charakterisierung als Einrichtung des öffentlichen Rechts für die Unternehmen auszuschließen, die unter normalen Marktbedingungen agieren, dabei aber die vornehmliche Bezugnahme auf der Grundlage dieser Bestimmungen auf die Gründungsphase der Einrichtung klar ist, soweit diese zur Erfüllung von (im vorliegenden Fall bestehenden und noch nicht übertragenen) „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben“ bestimmt ist?

[4.] Ist im Falle von Geschäftsräumen, in denen Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem besonderen Sektor und andere Tätigkeiten nebeneinander ausgeübt werden, das Konzept der „Funktionalität“ – in Bezug auf die Dienstleistung von besonderem öffentlichen Interesse – in nicht-restriktiver Weise zu verstehen (wie bisher von der innerstaatlichen Rechtsprechung im Einklang mit dem zitierten Urteil Nr. 16/2011 der Vollversammlung des Staatsrats vertreten), wobei in letzterer Hinsicht die Grundsätze des 16. „Erwägungsgrundes“ sowie die Art. 6 und 13 der Richtlinie 2014/25/EU, die für die Ermittlung der anwendbaren

Regelungen das Konzept der „*Bestimmung*“ für eine der vom Vergabegesetzbuch geregelten Tätigkeiten übernehmen, entgegenstehen? Zu klären ist somit, ob sämtliche nach den Absichten des Auftraggebers für den jeweiligen besonderen Sektor funktionale Tätigkeiten für diesen „*bestimmt*“ sein können – auch mit den den ausgeschlossenen Sektoren eigenen abgeschwächt bindenden Formen – (somit einschließlich der Verträge über die ordentliche und außerordentliche Instandhaltung, die Reinigung, die Einrichtung sowie über Hausmeister- und Bewachungsdienstleistungen für die Geschäftsräumlichkeiten bzw. anderer Nutzungsformen letzterer im Sinne von Kundendienstleistungen), wodurch letztlich nur „*fremde*“ Tätigkeiten privatisiert würden, die die öffentliche oder private Einrichtung frei in völlig anderen Bereichen mit Regelungen ausschließlich nach dem Codice civile (Bürgerliches Gesetzbuch) und eigener Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte ausüben kann (ein Beispiel für letzteren Fall stellen, soweit hier von Interesse, zweifellos die von der Italienischen Post angebotenen Bankdienstleistungen dar, was jedoch nicht auch in Bezug auf die Lieferung und Nutzung von elektronischen Kommunikationsinstrumenten gesagt werden kann, wenn sie für den gesamten Tätigkeitsbereich des Konzerns zur Verfügung gestellt werden, obwohl sie gerade für die Banktätigkeit besonders notwendig sind). Im Übrigen scheint der Hinweis auf das durch die derzeit herrschende restriktive Auslegung hervorgerufene „*Ungleichgewicht*“ nicht unwichtig zu sein, wo in die Bewirtschaftung ähnlicher oder angrenzender Sektoren völlig unterschiedliche Regelungen für die Vergabe von Arbeiten oder Dienstleistungen hineinspielen: einerseits die detaillierten Vorschriften des Vergabegesetzbuchs für die Bestimmung des Vertragspartners, andererseits die volle Verhandlungsautonomie des Unternehmers, dem der Abschluss von Verträgen ausschließlich nach seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen ohne irgendeine der für die besonderen und für die ausgeschlossenen Sektoren geforderten Transparenzgarantien freisteht.

[5.] Kann schließlich die Durchführung – mit den auf nationaler wie auch auf gemeinschaftlicher Ebene vorgesehenen Publizitätsformen – eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens gemäß dem Vergabegesetzbuch für die Ermittlung des Bestimmungsbereichs des Auftrags bzw. für dessen Bezug zu dem jeweiligen besonderen Sektor gemäß dem erweiterten Begriff der „*Funktionalität*“ im Sinne der vorstehenden Frage Nr. [4] von Relevanz sein, oder – hilfsweise – kann die vom Auftraggeber des Ausschreibungsverfahrens bzw. von erfolgreichen Bietern dieses Verfahrens erhobene Einrede der Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts als Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 54 der Charta [der Grundrechte] von Nizza angesehen werden, ein Verhalten, das – auch wenn es für sich nicht über die Art des Rechtsweges entscheiden kann (vgl. dazu auch das zitierte Urteil Nr. 16/2011 der Vollversammlung des Staatsrats) – zumindest hinsichtlich des Schadenersatzes und der Verfahrenskosten von Bedeutung ist, da es das berechnete Vertrauen der unterlegenen Bieter im Vergabeverfahren und nunmehrigen Kläger im Gerichtsverfahren verletzt?

Angeführte Unionsbestimmungen

Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe; im Besonderen: 21. Erwägungsgrund, Art. 16

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG; im Besonderen: 16. Erwägungsgrund, Art. 7 und 8

Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG; im Besonderen: 16. Erwägungsgrund, Art. 5 Abs. 5, Art. 6 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 Buchst. b

Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste

Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge

Entscheidung 2008/383/EG der Kommission vom 30. April 2008 zur Freistellung von Express- und Kurierdiensten in Italien von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste

Angeführte nationale Vorschriften

Gesetz Nr. 124 vom 4. August 2017 – Jährliches Wettbewerbsgesetz

Decreto legislativo Nr. 50 vom 18. April 2016 – Umsetzung der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU über die Konzessionsvergabe, die öffentliche Auftragsvergabe und die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, sowie für die Neuordnung der geltenden Vorschriften für öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge; im Besonderen: Art. 1, 3 Abs. 1 Buchst. a, c, d und e, Art. 4, 8, 10, 14 Abs. 2, 15 sowie 115 bis 121, speziell Art. 120

Decreto legislativo Nr. 163 vom 12. April 2006 – Gesetzbuch für öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge als Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG; im Besonderen: Art. 3 Abs. 26 und 29 sowie Anhang VI F

Decreto legislativo Nr. 261 vom 22. Juli 1999 – Umsetzung der Richtlinie 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität (Art. 1, Art. 23 Abs. 2, Art. 3 Abs. 12)

Decreto legislativo Nr. 58 vom 31. März 2011 – Umsetzung der Richtlinie 2008/6/EG, mit der die Richtlinie 97/67/EG geändert wird, über die Vollendung des Binnenmarktes für Postdienste der Gemeinschaft (Art. 1)

Decreto legge (Gesetzesdekret) Nr. 487 vom 1. Dezember 1993 – Umwandlung der Verwaltungen für Post- und Fernmeldewesen in eine wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtung und Umstrukturierung des Ministeriums (Art. 4)

Kassationsgerichtshof: Beschluss Nr. 4899 vom 1. März 2018

Staatsrat: Urteil Nr. 16 vom 1. August 2011, Urteile Nrn. 13, 14, 15 und 16 aus 2016

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des wesentlichen Vorbringens der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 5 Die Gesellschaft Irideos erhob Klage gegen die Ausschreibung der Italienischen Post – „gemäß dem Decreto legislativo Nr. 50/2016“ – für Telekommunikationsdienstleistungen im städtischen Bereich mit der DWDM-Hochgeschwindigkeitsglasfasertechnologie (MAN). Diese Dienstleistungen waren bestimmt zur Errichtung eines Informationstechnologienetzes für die sichere und schnelle Datenübertragung zwischen den diversen Standorten der Post mittels einer besonderen Telekommunikationstechnologie – Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM) –, die die unabhängige Übertragung mehrerer Signale unterschiedlicher Wellenlängen über diese Glasfaser mit der Möglichkeit zur Erweiterung der Bandbreite auf demselben Glasfaserkanal und somit der übertragenen Datenmenge erlaubt, sowie zur Lieferung von zur Installation dieser Dienste erforderlichen DWDM-Geräten. Für die angegebenen Komponenten wurden zwei Lose zu gleichen Teilen mit einem Gesamtbetrag in Höhe von 10 220 000 Euro ausgeschrieben.
- 6 Die Klägerin bestritt im Besonderen die Beurteilungskriterien des fachlichen Angebots auf der Grundlage einer Berechnungsformel, deren Parameter die Vergabe der Höchstpunktzahl an diejenigen bedungen hätten, der die Durchführung des Projekts in weniger als 45 Tagen angeboten habe, wodurch faktisch das auf der Schnelligkeit der Durchführung beruhende Zuschlagskriterium insofern aufgehoben würde, als sämtliche Bieter im Ausschreibungsverfahren die Höchstpunktzahl erhalten hätten, obwohl die Klägerin eine Durchführungszeit von 21 Tagen angeboten habe und die mitbeteiligten Gesellschaften eine in der Dauer von 44 Tagen.

- 7 In diesem Zusammenhang sei der Zuschlag faktisch nur auf der Grundlage des wirtschaftlichen Angebots erteilt worden. Das gesamte Verfahren sei somit mit verschiedenen Gesetzesverstößen und Ermessensüberschreitungen behaftet.
- 8 Die mitbeteiligten Gesellschaften traten dem Vorbringen der Klägerin entgegen, wobei die Tim SpA auch eine auf die Wiederholung des Vergabeverfahrens gerichtete Widerklage erhob.
- 9 Die andere Mitbeteiligte, die Fastweb SpA, machte darüber hinaus die Einrede der Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts geltend. Die gegenständlichen Dienstleistungen wiesen keinen engen Zusammenhang mit den Postdiensten als solche auf und zählten somit nicht zu den „*besonderen Sektoren*“ nach Art. 120 des Decreto legislativo Nr. 50/2016.
- 10 Nach Auffassung der Fastweb SpA war die Entscheidung, den Auftrag öffentlich auszuschreiben, somit nicht zwingend: die hier in Rede stehende Telekommunikationsinfrastruktur diene nämlich zur Unterstützung der verschiedenen Tätigkeiten des Post-Konzerns mit eigenen rechtlichen Regelungen für die Tätigkeiten, für die diese Infrastruktur hauptsächlich bestimmt sei, wie in Art. 5 Abs. 5, Art. 6 Abs. 2 und im 16. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/25/EU vorgesehen sei; somit nicht eindeutig mit vorrangigem Bezug auf die eigentlichen Postdienste, die nur 30% des Umsatzes der Italienischen Post ausmachen würden. Die freiwillige Entscheidung der ausschreibenden Stelle sei andererseits nicht ausreichend für die Begründung der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gewesen, da die Rechtsprechung mehrmals die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für nicht spezifisch zu den besonderen Sektoren gehörende Streitfälle bejaht habe und die Italienische Post nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts angesehen werden könne, weil sie unter normalen Marktbedingungen agiere, nach Gewinn strebe und Verluste trage.
- 11 In weiterer Folge erhob am 19. Februar 2019 auch die Tim SpA die Einrede der Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts und führte dazu aus, dass lediglich Postdienste im engeren Sinne betreffende Auftragsvergabeverfahren einer öffentlichen Ausschreibung zu unterliegen hätten.
- 12 Die Unzuständigkeit werde durch Art. 10 des Decreto legislativo Nr. 50/2016 bestätigt, der – im Einklang mit Art. 7 der Richtlinie 2014/24/EU – vom Anwendungsbereich des Vergabegesetzbuchs Aufträge ausschließe, die von einem „*öffentlichen Auftraggeber, der Postdienste erbringt*“, vergeben werden, und zwar mit Bezug auf „*Mehrwertdienste, die mit elektronischen Mitteln verknüpft sind und gänzlich mit diesen Mitteln erbracht werden, einschließlich der abgesicherten Übermittlung von verschlüsselten Dokumenten mit elektronischen Mitteln, Adressenverwaltungsdiensten und der Übermittlung von registrierten E-Mail-Sendungen*“.
- 13 Auch Art. 15 des Decreto legislativo Nr. 50/2016 schließe im Einklang mit Art. 8 der Richtlinie 2014/24/EU die Anwendung des Vergabegesetzbuchs auf Aufträge

aus, „die hauptsächlich den Zweck haben, dem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen“.

- 14 Art. 8 des Vergabegesetzbuchs schließe seinerseits – in Übereinstimmung mit Art. 13 der Richtlinie 2014/25/UE – die Erbringung von Postdiensttätigkeiten von seinem Anwendungsbereich aus, „wenn die Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist“.
- 15 Im Licht der betreffenden Entwicklung könne ferner der Postdienstbetreiber nicht mehr als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ angesehen werden, da es ihm nunmehr an der teleologischen Anforderung der „Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art“ mangle.
- 16 Auch für den Fall, dass diese Rechtsnatur anerkannt werden sollte, sei die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung jedenfalls durch die bereits angeführten Art. 8, 10 Buchst. b und 15 des Decreto legislativo Nr. 50/2016 ausgeschlossen, und zwar auch für Einrichtungen des öffentlichen Rechts, da solche Ausschreibungsverfahren nur für Lieferungen und Dienstleistungen zwingend seien, die eng mit den besonderen Sektoren verbunden seien (Urteil Nr. 4899/2018 des Kassationsgerichtshofs, Vereinigte Senate).
- 17 Im Übrigen regte die Tim SpA beim angerufenen Gericht an – sofern es Zweifel an den oben skizzierten Auslegungshypothesen hegen sollte –, die Frage gemäß Art. 267 AEUV dem Gerichtshof vorzulegen.
- 18 In ihrem abschließenden Schriftsatz vom 18. Februar 2019 verteidigte die Italienische Post die Rechtmäßigkeit des verwendeten Kriteriums und die Richtigkeit der angewandten Berechnungsformel. Allerdings bezog sich das Verteidigungsvorbringen der Post nicht auf die nur von den mitbeteiligten Gesellschaften aufgeworfene Vorabentscheidungsfrage nach der Zuständigkeit, weshalb die Rechtssache auf dieser Grundlage entscheidungsreif ist.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage zur Vorabentscheidung

- 19 Zur im Hinblick auf einen generellen Dispens der Italienischen Post von den Regelungen des Vergabegesetzbuchs – für nicht mit den Postdiensten im engeren Sinne zusammenhängende Aufträge – aufgeworfenen Frage nach der Zuständigkeit wurden dem Gerichtshof der Europäischen Union bereits mit Beschluss Nr. 7778 des vorliegenden Gerichts vom 12. Juli 2018 (Rechtssache C-521/18) Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht auf der Grundlage der geltenden Richtlinien und früherer Entscheidungen des Gerichtshofs unterbreitet.
- 20 Im vorliegenden Fall treten jedoch noch weiterreichende Fragen zur Diskussion hinzu, die das vorliegende Gericht zu behandeln hat und die somit einen neuen

Vorlagebeschluss rechtfertigen, der sich nur zum Teil mit dem oben zitierten deckt.

- 21 Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts erfordert die aufgeworfene Frage nach der Zuständigkeit Feststellungen zur:

I) Rechtsnatur der Italienischen Post unter Berücksichtigung der Entwicklung im Sektor der Postdienste, die unter immer größeren Wettbewerbsbedingungen vorgenommen werden;

II) Definition des Konzepts der „*Funktionalität*“, auf deren Grundlage der Anwendungsbereich der Art. 114 ff. des Vergabegesetzbuchs abzugrenzen ist, um auch den Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsgerichts abzustecken (zumindest für Unternehmen, die nach herrschender Auffassung nicht den Charakter von Einrichtungen des öffentlichen Rechts aufweisen);

III) Beurteilung des berechtigten Vertrauens der Teilnehmer an einem kraft reiner Selbstbindung durchgeführten Vergabeverfahren in Sektoren, die als von den Regeln über öffentliche Ausschreibungen oder aber bloß von der vollen Anwendung des Vergabegesetzbuchs, nicht aber von den bezughabenden Grundsätzen, ausgenommen zu gelten haben.

- 22 Was die Qualifizierung als Einrichtung des öffentlichen Rechts betrifft, erfolgt die Anerkennung dieser Rechtsnatur nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. c des Decreto legislativo Nr. 50/2016 auf der Grundlage folgender Kriterien:

1. Errichtung zu dem Zweck, Erfordernisse im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art zu erfüllen;

2. Ausstattung mit Rechtspersönlichkeit (ohne Unterscheidung zwischen ihrem öffentlichen und privaten Charakter);

3. Finanzierung der Tätigkeit überwiegend durch den Staat, durch die Gebietskörperschaften oder durch andere Einrichtungen des öffentlichen Rechts, deren Leitung der Aufsicht durch die Letztgenannten unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

- 23 Bei den „Auftraggebern“ kann es sich um die oben genannten „öffentlichen Auftraggeber“ oder um öffentliche Unternehmen handeln, die eine der in den Art. 115 bis 121 des Vergabegesetzbuchs genannten Tätigkeiten ausüben oder die – wenn auch nicht zu den zuvor erwähnten Kategorien gehörend – die in diesen Regeln genannten Tätigkeiten „aufgrund besonderer oder ausschließlicher Rechte, die ihnen von der zuständigen Behörde gewährt werden“, ausüben. Gemäß Art. 120 dieses Gesetzbuchs umfassen diese Tätigkeiten Postdienste.

- 24 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist es schwierig, die Einstufung der Italienischen Post als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu widerlegen. Diese Gesellschaft hat die ehemalige Zentralverwaltung, die nach der Vereinigung Italiens gegründet wurde, abgelöst, um die Dienstleistung effizienter zu gestalten. Obwohl die Italienische Post auch im Finanz-, Versicherungs- und Mobilfunksektor unter Wettbewerbsbedingungen tätig ist, ist sie nach wie vor Konzessionärin des Universalpostdiensts, der die obligatorische Bereitstellung wesentlicher Dienste für die Zustellung von Briefen und Paketen zu einem kontrollierten Preis bei staatlichen Zuwendungen und teilweiser Kostenübernahme an alle italienischen Gemeinden vorsieht, wie die Ankündigung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission aufgrund der Entscheidung, die Post nicht mehr an 4 000 Gemeinden zuzustellen, weil es sich um einen nicht rentablen Dienst handele, deutlich macht. Es ist daher zu berücksichtigen, dass die betreffende, mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gesellschaft gegründet wurde, um allgemeinen Interessen nicht gewerblicher Art zu dienen, die unmittelbar mit der Korrespondenzfreiheit und jeder anderen Form der Kommunikation verbunden sind [Anforderungen 1 und 2 an Einrichtungen des öffentlichen Rechts].
- 25 Hinsichtlich der Anforderung 3 ist darauf hinzuweisen, dass sich die Italienische Post mehrheitlich im Besitz des Ministero dell'Economia befindet, das den Vorstand ernennt, und der Kontrolle und Aufsicht des Ministero dello Sviluppo Economico und des Rechnungshofs unterliegt; das Rechnungsprüfungskollegium besteht aus drei ständigen und drei stellvertretenden Mitgliedern, die alle von den genannten Verwaltungen ernannt werden. Die AGCOM ist auch für die Annahme von Regulierungsmaßnahmen hinsichtlich Qualität und Merkmale des Universaldienstes zuständig, die in einem Programmvertrag geregelt sind, in dem das Ministero dello Sviluppo Economico als Gegenpart zum Postbetreiber fungiert.
- 26 Das Grundelement der Einrichtung des öffentlichen Rechts ist gerade die Bedeutung der verfolgten allgemeinen Interessen, bei denen – auch wenn der Betrieb Gewinne erwirtschaften sollte – eine Kontrolle der Verfolgung der Ziele der Dienstleistungsqualität durch die Verwaltung nicht beeinträchtigt werden darf. Diese hat nämlich konkret für die Interessen der Gemeinschaft Sorge zu tragen, die nach Ansicht des Staates den Dienstleistungen für die Bürger entsprechen und daher, auch wenn Personen außerhalb des Verwaltungsapparats selbst mit ihnen betraut werden, die Kriterien der Unparteilichkeit, der angemessenen Durchführung und der Transparenz erfüllen müssen.
- 27 Für die Einstufung der Gesellschaft Italienische Post als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. d des Decreto legislativo Nr. 50/2016 gibt es daher ausreichende inhaltliche Gründe, eine Auffassung, die auch von der Rechtsprechung des Staatsrats geteilt wird.
- 28 Eine andere Auffassung findet sich allerdings im jüngsten Beschluss Nr. 4899 des Kassationsgerichtshofs (Vereinigte Senate) vom 1. März 2018, der im

vorliegenden Fall von den mitbeteiligten Gesellschaften zur Stützung der Einrede der Unzuständigkeit ins Treffen geführt wurde. In diesem Beschluss sind die folgenden Grundsätze niedergelegt:

a) Zwar ist die Gesellschaft Italienische Post mit der Erbringung des „Universalpostdiensts“ betraut, doch übt sie derzeit Tätigkeiten, auch finanzieller Art, oder auf jeden Fall Tätigkeiten aus, die sich nicht auf den Postzustelldienst beziehen, der mittlerweile unter Wettbewerbsbedingungen erbracht wird;

b) Die Richtlinie 2004/18/EG habe die Italienische Post aus der Kategorie der Einrichtungen des öffentlichen Rechts „ausdrücklich ausgeschlossen“. Die Italienische Post wurde nunmehr gemäß Art. 3 Abs. 29 und Anhang VI F des Decreto legislativo Nr. 163/2006 als Auftraggeber konzipiert, da sie nicht die „teleologische Anforderung erfüllt, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, was bedeutet, dass die Einrichtung allein mit der Erfüllung dieser Aufgaben betraut und es ihr nicht gestattet ist, andere Tätigkeiten auszuüben“;

d) „die etwaige Einstufung der Italienischen Post als Einrichtung des öffentlichen Rechts“ wäre jedoch „irrelevant“, da die Frage der Unterwerfung unter die Öffentlichkeitsvorschriften gemäß den Bestimmungen über die besonderen Sektoren auf der Grundlage der Stellung der Italienische Post als Auftraggeberin gelöst werden muss.

29 Die Argumentation des Kassationsgerichtshofs, insbesondere die unter den Buchst. b und d, scheinen im Widerspruch zum Urteil des Gerichtshofs vom 10. April 2008, Ing. Aigner (C-393/06) zu stehen, dessen gegenteilige Schlussfolgerungen folgendermaßen zusammengefasst werden können:

I) Die Richtlinie 2004/17/EG (jetzt 2014/25/EU) regelt Verträge in den sogenannten „besonderen Sektoren“ (Wasser-, Energie-, Verkehrs- und Postdienste), in denen „Auftraggeber“ nicht nur „öffentliche Auftraggeber“ sein können (wie nunmehr in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a des Decreto legislativo Nr. 50/2016 definiert), sondern auch „öffentliche Unternehmen“ oder „Unternehmen, denen von der zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats besondere oder ausschließliche Rechte eingeräumt werden“, sofern diese Einrichtungen eine Tätigkeit ausüben, die in den Anwendungsbereich des Sektors fällt: Die Bestimmungen der in Bezug genommenen Richtlinie sind eng auszulegen und gelten daher nur für Verträge, die den entsprechenden Sektor betreffen, wobei die im Urteil vom 15. Januar 1998, Mannesmann (C-44/96), dargelegte „Ansteckungstheorie“ aufgegeben wird (vgl. hierzu auch Urteil vom 16. Juni 2005, Strabag und Kostmann, C-462/03 und C-463/03).

II) In Bezug auf die Einrichtungen des öffentlichen Rechts (durch die Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU definiert und in Art. 3 Abs. 1 Buchst. d des Decreto legislativo Nr. 50/2016 umgesetzt) muss die Auslegung hingegen nicht eng, sondern funktional sein, also mit der Prüfung beginnen, ob die

Gründung der Einrichtung zur Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse dient, „die nicht gewerblicher Art sind“. Insofern ist es nach dem Urteil Ing. Aigner unerheblich, „dass derartige Aufgaben auch von privaten Unternehmen erfüllt werden oder erfüllt werden können. Entscheidend ist, dass es sich um Aufgaben handelt, die der Staat oder eine Gebietskörperschaft aus Gründen des Allgemeininteresses im Allgemeinen selbst erfüllen oder bei denen er oder sie einen entscheidenden Einfluss behalten möchte. ... Zu ergänzen ist, dass dabei unbeachtlich ist, dass die betreffende Einrichtung nicht nur ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe hat, sondern – in Gewinnerzielungsabsicht – auch andere Tätigkeiten ausübt, solange sie weiterhin die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat. Welchen Anteil die in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeiten an den Gesamttätigkeiten dieser Einrichtung ausmachen, ist für die Frage, ob sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren ist, ebenfalls unerheblich.“

III) Die nunmehr unverändert durch die Richtlinie 2014/24/EU ersetzte Richtlinie 2004/18/EG gilt für Aufträge von Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die nicht von den besonderen Sektoren erfasst werden, in denen diese Einrichtungen ebenfalls tätig sind und die, was die eigentlichen Tätigkeiten dieser Sektoren betrifft, weiterhin den zu diesem Zweck festgelegten besonderen Vorschriften unterliegen. So kommt das erwähnte Urteil des Gerichtshofs Ing. Aigner nämlich zu folgendem Ergebnis: „Aufträge, die von einer Einrichtung mit der Eigenschaft einer Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der Richtlinien 2004/17 und 2004/18 vergeben werden und die Zusammenhänge mit der Ausübung von Tätigkeiten dieser Einrichtung in einem oder mehreren der in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie 2004/17 genannten Sektoren aufweisen, sind den Verfahren dieser Richtlinie zu unterwerfen. Dagegen unterliegen alle übrigen Aufträge, die von dieser Einrichtung im Zusammenhang mit der Ausübung anderer Tätigkeiten vergeben werden, den Verfahren der Richtlinie 2004/18. Jede dieser beiden Richtlinien gilt, ohne dass zwischen den Tätigkeiten, welche die Einrichtung ausübt, um ihrem Auftrag nachzukommen, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und den von ihr unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten zu unterscheiden ist und selbst im Fall einer Buchführung, die auf Trennung der Tätigkeitsbereiche dieser Einrichtung abzielt, um Querfinanzierungen der betreffenden Sektoren zu vermeiden.“

- 30 Folglich gilt die Richtlinie 2004/18/EG (jetzt 2014/24/EG), die sich auf die gewöhnlichen Sektoren bezieht, für alle Einrichtungen des öffentlichen Rechts, auch wenn sie in besonderen Sektoren tätig sind, sofern die begründete vertragliche Tätigkeit eine Tätigkeit außerhalb dieser Sektoren zum Gegenstand hat.
- 31 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts erlischt daher in Vertragsangelegenheiten der Einrichtungen des öffentlichen Rechts, unter keinen Umständen die vorgesehene Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die sowohl für den gewöhnlichen als auch für den besonderen Sektor vorgeschrieben öffentlichen Vergabeverfahren.

- 32 Die rechtliche Einstufung der Italienischen Post als Einrichtung des öffentlichen Rechts kann daher nicht, wie der Kassationsgerichtshof festgestellt hat, als „irrelevant“ angesehen werden.
- 33 Das vorliegende Gericht stellt ferner fest, dass sich die in Rn. 28 Buchst. b wiedergegebenen Argumente des Kassationsgerichtshofs in den Rechtstexten nicht widerspiegeln: Was die Richtlinie 2004/18/EG (jetzt 2014/24/EG) betrifft, so sind die öffentlichen Auftraggeber und unter ihnen die Einrichtungen des öffentlichen Rechts nämlich Teil der Begriffsbestimmungen des erwähnten Art. 3 Abs. 1 Buchst. d des Decreto legislativo Nr. 50/2016, aber dies bedeutet nur, dass die Auftraggeber auch Einrichtungen des öffentlichen Rechts umfassen, ohne jedoch von der Kategorie der in diesem Art. 3 Abs. 1 Buchst. a genannten öffentlichen Auftraggeber „ausgeschlossen“ zu werden, die stillschweigend den Bestimmungen des Vergabegesetzbuchs für gewöhnliche Sektoren unterliegen. Die Einstufung der öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 3 Abs. 29 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 (jetzt Art. 3 Abs. 1 Buchst. e des Decreto legislativo Nr. 50/2016) stellt zudem keine Ausnahme dar, sondern impliziert lediglich ein breiteres Spektrum von Einrichtungen für die besonderen Sektoren, während Anhang VI dieses Decreto legislativo Nr. 163/2006 nur eine nicht erschöpfende Liste der Einrichtungen enthält, die mit Aufgaben in den besonderen Sektoren betraut sind, so dass die Tatsache, dass die Gesellschaft Italienische Post als öffentlicher Auftraggeber in diesem Bereich angegeben ist, ebenso wenig Ausnahmecharakter erlangt.
- 34 Darüber hinaus wurde bereits mit dem Beschluss der Kommission [2008/383] vom 30. April 2008 die Freistellung der Ausschreibungen der Italienischen Post für nationale und internationale Express- und Kurierdienste festgestellt, während die anschließende Entscheidung 2010/12/EU vom 5. Januar 2010 die Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG in den von der Bancoposta verwalteten besonderen Sektoren für Finanzdienstleistungen (Spareinlagen, Darlehen für Banken und andere zugelassene Finanzvermittler, Anlage- und Zusatzrententätigkeiten, Zahlungs- und Geldüberweisungsdienste) ausschloss.
- 35 Jedoch ist die Tätigkeit der Einrichtung im Wettbewerbsumfeld nur ein Indiz für das Fehlen der teleologischen Anforderung. Um diese Anforderung vollständig auszuschließen, muss nämlich auch die Verfolgung klarer wirtschaftlicher Ziele unter vollständiger Übernahme des Geschäftsrisikos erfolgen: Umstände, die nicht für den Universalpostdienst gelten, welcher der Italienischen Post gemäß Art. 23 Abs. 2 des Decreto legislativo Nr. 261/1999 bis zum 30. April 2026 übertragen wurde. Diese gesetzliche Regelung sieht unter Art. 3 Abs. 12 vor, dass die Lasten für die Bereitstellung des Universaldienstes durch Übertragungen aus dem Staatshaushalt finanziert wird. Dadurch scheint das unternehmerische Risiko stark gemindert zu sein.
- 36 Unter Berücksichtigung des erwähnten Beschlusses [2008/383] der Kommission könnte daher der Geltungsbereich der Sektoren, in denen die Italienische Post abweichend von den allgemeinen Vorschriften für das Auftragswesen tätig sein

kann, auch im Sinne von Art. 14 Abs. 2 des Vergabegesetzbuchs als abgegrenzt gelten: Vorschriften, auf deren Grundlage bisher davon ausgegangen wurde, dass die Ansteckungstheorie für öffentliche Unternehmen, nicht aber auch für Einrichtungen des öffentlichen Rechts abgelöst wurde, da diese – sofern sie in den besonderen Sektoren tätig sind – die einschlägigen Vorschriften nur für Tätigkeiten befolgen müssen, die für diese Sektoren von Bedeutung sind, ohne jedoch für alle anderen Tätigkeiten im Einklang mit den wichtigen Interessen der Gemeinschaft den Vorschriften für die gewöhnlichen Sektoren, mit denen sie betraut wurden, zu entgehen.

- 37 Es ist daher zu prüfen, ob die im Urteil Ing. Aigner anerkannten Grundsätze unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Interessen nicht gewerblicher Art über die Interessen der Gemeinschaft hinausgehen können, die die ursprüngliche Gründung der Einrichtung des öffentlichen Rechts gerechtfertigt hatten, oder ob die Bezugnahme auf diese Gründung – die in dem genannten Art. 3 Abs. 1 Buchst. d Nr. 1 des Decreto legislativo Nr. 50/2016 formell enthalten ist – auch für Unternehmen, die im vollständigen Wettbewerb tätig sind, als nicht überwindbar anzusehen sind.
- 38 Im vorliegenden Fall treten jedoch noch weiterreichende Fragen zur Diskussion hinzu. Zunächst ist nämlich der Bezug des Vertragsgegenstands nicht so sehr zu den derzeit als „besonders“ definierten und in den Art. 114 ff. des Vergabegesetzbuchs (Teil II, Titel VI, Kapitel I) geregelten Sektoren zu beurteilen, sondern vielmehr zu den Sektoren, die durch dieses Gesetzbuch (Teil I, Titel II, Art. 4 ff.) weiterhin „vom sachlichen Anwendungsbereich ... ausgeschlossen“ bleiben, aber deren Vergabe nichtsdestotrotz gemäß dem genannten Art. 4 „nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, der Wirksamkeit, der Fairness, der Gleichbehandlung, der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit, der Öffentlichkeit, des Umweltschutzes und der Energieeffizienz“ erfolgen muss.
- 39 Im vorliegenden Fall wird der fragliche Sektor, nämlich jener der elektronischen Kommunikation, von Art. 15 des Decreto legislativo Nr. 50/2016 im Einklang mit den Art. 7 und 8 der Richtlinie 2014/24/EU als ausgeschlossen definiert und bildet für sich den Gegenstand der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste.
- 40 Der Bezug des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu einem formal vom Vergabegesetzbuch „ausgeschlossen“, diesem aber nicht „fremden“ Sektor entscheidet allerdings nicht über die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, da Art. 4 des Decreto legislativo Nr. 50/2016 ein Verhandlungsverfahren impliziert, das zur Gewährleistung der Einhaltung der angegebenen Kriterien geeignet ist, in Bezug auf die berechnete Interessen bestehen, die in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts fallen.
- 41 Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts ist die Frage nach dem Konzept der „Funktionalität“ – in Bezug auf die den besonderen Sektoren zugehörigen Bereiche – als Grenze für die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts auch dort,

wo die mögliche Entwicklung des Begriffs der „*Einrichtung des öffentlichen Rechts*“ hin zu jenem des „*öffentlichen Unternehmens*“ anerkannt werden könnte, anhand einiger Besonderheiten der „*ausgeschlossenen*“ Sektoren und speziell des Sektors der „*unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzten Tätigkeiten*“ (Art. 8 des angeführten Decreto legislativo Nr. 50/2016) anders zu sehen. Dies deshalb, weil der derzeit wettbewerbsmäßige Charakter der Postdienste – auch wenn er sich nicht als *per se* für die Frage der Zuständigkeit entscheidend erweist (wie für sämtliche gemäß den Art. 4 bis 20 des Gesetzbuchs ausgeschlossene Sektoren) – dennoch Relevanz für den Ausschluss der Qualifizierung der Italienischen Post als Einrichtung des öffentlichen Rechts haben könnte, weil diese Einrichtung unter normalen Marktbedingungen agiert und in Bezug auf Tätigkeiten, die – nunmehr mehrheitlich – unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind (Richtlinie 2014/23/EU, 21. Erwägungsgrund und Art. 16), nach Gewinn strebt und Verluste trägt.

- 42 In letzterer Hinsicht zweifelt das vorliegende Gericht an dem Umstand, dass die Einstufung der Italienischen Post als „*öffentliches Unternehmen*“ (sofern sie vom Gerichtshof der EU als zulässig erachtet werden sollte) – im Einklang mit dem mehrfach zitierten Urteil Nr. 16/2011 der Vollversammlung des Staatsrats – eine restriktive Beurteilung des Bezugs der Auftragsvergabe zu dem dem betreffenden besonderen Sektor zugehörigen Bereich aufzwingt. Die Grenzen einer solchen Beurteilung sind im Übrigen jedenfalls für die Festlegung der speziellen rechtlichen Regelungen für die einzelne Auftragsvergabe relevant, auch wenn sie durch eine als Einrichtung des öffentlichen Rechts qualifizierbare Stelle getätigt wird, die in einem der besonderen Sektoren tätig ist.
- 43 Während nämlich die Auffassung vertretbar erscheint, dass die Unternehmen (öffentliche oder private, sofern letztere ein besonderes oder ausschließliches Recht innehaben) den Regelungen des Vergabegesetzbuchs „*beschränkt auf die besonderen Sektoren und nicht in allgemeiner Hinsicht ... folglich unter Nichtanwendung der sog. Ansteckungstheorie nach der Mannesman-Rechtsprechung ...*“ (zitiertes Urteil Nr. 16/2011 der Vollversammlung [Staatsrat]) unterliegen, findet sich im Gemeinschaftsrecht (Richtlinie 2014/25/EU) kein genauer Hinweis auf den Begriff der „*Funktionalität*“, verstanden als unmittelbarer Bezug der Dienstleistung auf die besondere Tätigkeit als Grenze für die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Art. 114 ff. des Vergabegesetzbuchs sowie für die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts.
- 44 In allgemeiner Hinsicht anerkennt der – gerade auf die besonderen Sektoren bezogene – 16. „*Erwägungsgrund*“ der Richtlinie 2014/25/EU die Möglichkeit zur Vergabe von Aufträgen „*in mehreren Tätigkeitsbereichen*“, die „*unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterworfen*“ sind, unter Anwendung auf einen einzigen Auftrag jedenfalls der Vorschriften für den Sektor, auf den der Auftrag „*in erster Linie abzielt*“, wie aus der Ausschreibung ableitbar oder zumindest vom Auftraggeber spezifiziert sein sollte.

- 45 Dieser Grundsatz wird in Art. 6 dieser Richtlinie bekräftigt, der für den Fall der mangelnden Spezifizierung in Abs. 3 bestimmte Vorrangkriterien normiert, wenn der Vertragsgegenstand Bereiche betrifft, die unterschiedlichen Richtlinien unterliegen.
- 46 Das Konzept der vom Auftraggeber gewählten „Bestimmung“ für eine gewisse Tätigkeit erscheint jedenfalls weit breiter als jenes der Vollversammlung [des Staatsrats im Urteil] Nr. 16/2011 (wo ein Wachdienst nur bei Rekrutierung für ein von der ENI betriebenes Energienetz als für den betreffenden besonderen Sektor relevant anerkannt wurde, nicht aber auch für die Bewachung der dazugehörigen Verwaltungsräumlichkeiten). Es stellt sich allerdings – im Licht der Unionsregelung – die Frage, ob der in Bezug auf die besonderen Sektoren als „fremd“ erachtete Auftrag nicht vielmehr auf jede Tätigkeit zu beziehen ist, die öffentliche Unternehmen – bzw. private Träger eines ausschließlichen Rechts – tatsächlich betreiben können, die aber eindeutig außerhalb der fraglichen Sektoren stehen, wie es der erwähnte Grundsatz der „Fremdheit“ verlangen würde, der die vertraglich vergebene Tätigkeit den Regelungen über die öffentliche Ausschreibung entziehen kann.
- 47 Art. 13 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/25/EU erweitert nämlich deren Anwendungsbereich in Bezug auf Postdienste auf „*ander[e] Dienst[e] als Postdienst[e], vorausgesetzt, dass diese Dienstleistungen von einer Stelle erbracht werden, die auch Postdienste ... erbringt*“, wobei zu letzteren sowohl jene zählen, „*die Universaldienstleistungen im Sinne der Richtlinie 97/67/EG darstellen, als auch Dienstleistungen, die nicht darunter fallen*“ (Art. 13 Abs. 2 Buchst. b leg. cit.).
- 48 Schließlich wurde bereits ausgeführt, dass der 16. „Erwägungsgrund“ der Richtlinie 2014/24/EU die Spezifizierung der Tätigkeit verlangt, für die der – abstrakt den Regelungen für die besonderen Sektoren unterliegende, aber zuweilen auch für andere Tätigkeiten bestimmte – Auftrag tatsächlich bestimmt ist. Wie oben ausgeführt, ist Gewissheit über die anwendbaren rechtlichen Regelungen samt den Verpflichtungen zu Transparenz und Rechtssicherheit erforderlich, die dem gesamten öffentlichen Auftragswesen (einschließlich der von dem Decreto legislativo Nr. 50/2016 als „ausgeschlossen“ definierten Sektoren) immanente Grundsätze darstellen.
- 49 Zuletzt stellt sich für das vorliegende Gericht die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht in Bezug auf das Rechtsmissbrauchskonzept (Gerichtshof, 5. Juli 2007, Rechtssache C-321/05 Kofoed) der – im innerstaatlichen Rechtssystem immer häufiger anzutreffenden – Praxis, bei gemäß dem Vergabegesetzbuch durchgeführten und in den Amtsblättern der Italienischen Republik sowie der Europäischen Union veröffentlichten Ausschreibungen die Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts erst nach dessen – allenfalls einstweiligen – ersten Entscheidungen einzuwenden, ohne in diesem Stadium auf den rein selbstbindenden Charakter der Entscheidung des Auftraggebers zu verweisen, eine Entscheidung, deren Rechtmäßigkeit und Wirkungen den

ordentlichen Gerichten zu beurteilen überlassen werden müssten, die dazu aufgerufen sind – so die Annahme –, allein auf der Grundlage der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu entscheiden, wobei das Vergabegesetzbuch in keiner Weise Anwendung findet (auch wenn darauf ausdrücklich verwiesen wird, diesfalls im Widerspruch zu den berechtigten Erwartungen der Bieter).

ARBEITSDOKUMENT