

Mål C-419/19**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

29 maj 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

6 mars 2019

Klagande:

Irideos S.p.A.

Motpart:

Poste Italiane SpA

Övriga rättegångsdeltagare:

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

Saken i det nationella målet

Överklagande av de beslut av den 22 oktober 2018 genom vilka Poste Italiane S.p.A. (nedan kallat Poste Italiane) meddelade Irideos S.p.A. att delarna 1 och 2 i anbudsförfarandet avseende ”Upphandling enligt lagstiftningsdekret 50/2016 – Öppet elektroniskt förfarande för upphandling av telekommunikationstjänster i storstäder vilka tillhandahålls i fiberoptiska nät med hög hastighet med användning av tekniken DWDM (MAN)” hade tilldelats bolagen Fastweb S.p.A. och Tim S.p.A., varvid klaganden har yrkat att dessa beslut ska upphävas och att Poste Italiane ska förpliktas att betala skadestånd till klaganden för uppkommen skada. Anslutningsöverklagande ingivet av Tim S.p.A. med yrkande om bland annat att Poste Italiane ska förpliktas att göra om anbudsförfarandet.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

- 1 Begäran rör frågan huruvida den nationella bestämmelsen i artikel 3.1 e i lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016 (lagen om offentlig upphandling) är förenlig med unionsrätten (direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU), för det fall ifrågavarande nationell bestämmelse, i enlighet med den tolkning som har gjorts av Corte di Cassazione (beslut nr 4899/2018, som enligt det nationella regelverket är bindande i behörighetsfrågor) ska förstås så, att företag som bedriver verksamhet inom de särskilda sektorerna, vilka nämns i del II i lagen, är undantagna från de allmänna principer som fastställs i artiklarna 1 och 3.1 a i lagen i fråga om skyldigheten att genomföra ett offentligt anbudsförfarande när det kontrakt som ska ingås inte har samband med verksamheter inom de särskilda sektorerna.
- 2 I förevarande fall har den hänskjutande domstolen att ta ställning till två problemställningar. Den första gäller den bindande karaktär som avgöranden om domstols behörighet meddelade av Corte di Cassazione i plenum har enligt den italienska processrätten. Den andra rör den möjliga utvecklingen av EU-domstolens praxis mot bakgrund av att vissa enheter som bildats som offentligrättsliga organ gradvis ombildas till renodlade företag som har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med att de utövar sin verksamhet, vilken huvudsakligen är konkurrensutsatt (se skäl 21 och artikel 16 i direktiv 2014/23/EU).
- 3 När det gäller den första problemställningen påpekar den hänskjutande domstolen att det ankommer på Corte di Cassazione att genom slutgiltigt beslut, som är bindande för den domstol som ska avgöra själva saken, fastställa huruvida den domstol vid vilken talan har väckts är behörig enligt italiensk processrätt. EU-domstolen har emellertid fastställt den allmänna principen att unionsrätten utgör hinder för att en nationell domstol är bunden av en nationell processrättslig bestämmelse som innebär att den måste följa den bedömning som har gjorts av en högre nationell instans, när det står klart att den bedömning som denna högre instans har gjort inte är förenlig med unionsrätten, såsom denna har tolkats av EU-domstolen (se dom av den 20 oktober 2011, C-396/09, Interdil Srl i likvidation).
- 4 Således har de nationella domstolarna möjlighet (eller skyldighet, när de dömer i sista instans) att hänskjuta en fråga om tolkningen av relevanta unionsbestämmelser till EU-domstolen om de hyser ”rimligt tvivel” angående den korrekta tillämpningen av unionsrätten, även om motstridiga avgöranden har meddelats av Corte di Cassazione angående domstols behörighet, och av Consiglio di Stato i plenum, vilka är bindande för avdelningarna vid den domstolen (se, även, EU-domstolens dom av den 5 april 2016, C-689/13, Puligienica Facility, och dom av den 6 oktober 1982, 283/81, Cilfit).

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

1) Ska bolaget Poste Italiane SpA mot bakgrund av ovan angivna egenskaper kvalificeras som ”offentlighetsorgan” i den mening som avses i artikel 3.1 d i lagstiftningsdekret nr 50/2016 och tillämpliga direktiv (2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU)?

2) Har detta bolag skyldighet att genomföra upphandlingsförfaranden enbart i fråga om offentliga kontrakt som är direkt kopplade till verksamhet inom de särskilda sektorerna i enlighet med direktiv 2014/25/EU, med tillämpning av vilken denna karaktär av offentlighetsorgan ska anses följa de reglerna i del II i lagen om offentlig upphandling, så att detta bolag mot bakgrund av principerna i skäl 21 och artikel 16 i direktiv 2014/23/EU har oinskränkt avtalsfrihet – och enbart ska följa privaträttsliga regler – när det har för avsikt att ingå kontrakt som inte avser dessa sektorer? (Corte di Cassazione dom nr 4899/2018 och, vad gäller sistnämnda del, Consiglio di Stato dom i plenum, nr 16/2011)?

[3] Omfattas samma bolag när det gäller kontrakt som faller utanför området för de särskilda sektorerna emellertid fortfarande – om det uppfyller kraven för att kvalificeras som ett offentlighetsorgan – av det allmänna direktivet 2014/24/EU (och därmed av reglerna om upphandlingsförfaranden i samband med ingående av offentliga kontrakt), även om detta bolag – till följd av hur det har utvecklats från det att det bildades – bedriver en verksamhet som huvudsakligen har affärsmässig karaktär och är konkurrensutsatt, vilket kan utläsas av ovannämnda dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06), på grund av att direktiv 2014/24/EU utgör hinder för en annan tolkning vad gäller kontrakt som ingås av upphandlande myndigheter? Uppställs i skäl 21 och artikel 16 i direktiv 2014/23/EU endast en presumtionsgrund för att utesluta att företag som verkar på normala marknadsmässiga villkor ska anses utgöra offentlighetsorgan, då det utifrån de nämnda bestämmelserna, betraktade tillsammans, står klart att den fas under vilken organet bildades, för att tillgodose ”behov i det allmänna intresse” (vilka i förevarande fall inte har upphört utan alltför föreligger), ska prioriteras?

[4] Ska begreppet ”funktionellt samband” – med en specifik allmännyttig tjänst – med avseende på en situation där det finns kontor där det blandat bedrivs verksamhet som hänförs till den särskilda sektorn och andra verksamheter inte tolkas restriktivt (såsom hittills gjorts i nationell rättspraxis, i enlighet med Consiglio di Stato ovannämnda pleniavgörande nr 16/2011), då detta strider mot de principer som följer av skäl 16 och artiklarna 6 och 13 i direktiv 2014/25/EU, vilka för att bestämma de tillämpliga rättsreglerna tar fasta på huruvida ett kontrakt är *avsett* för en av de verksamheter som regleras i lagen om offentlig upphandling? Det måste därför klargöras huruvida alla verksamheter som fyller en funktion för den aktuella särskilda sektorn, enligt den upphandlande enhetens avsikt, (och således även kontrakt avseende löpande och extraordinärt underhåll, rengöring, inredning samt vaktmästeri och övervakning av dessa kontor eller andra former av användning av dessa, om användningen syftar till att tillhandahålla kunderna en tjänst) – även med beaktande av de mindre stränga

bindande villkor som gäller för de undantagna sektorerna – kan betraktas som ”avsedda” för den särskilda sektorn, vilket i praktiken skulle innebära att den enda verksamhet som anses privatiserad är verksamhet som ”saknar anknytning” [till sektorn], som det offentliga eller privata organet fritt kan utöva på helt andra områden och som uteslutande omfattas av civillagen och beträffande vilken de allmänna domstolarna är behöriga (ett exempel på den sistnämnda typen av verksamhet som med säkerhet är relevant i målet är den banktjänst som Poste Italiane tillhandahåller, medan detsamma inte gäller i fråga om tillhandahållande och användning av elektroniska kommunikationsmedel, om de utnyttjas för koncernens hela verksamhetsområde, även om de är särskilt nödvändiga för just bankverksamheten). Det förefaller vidare relevant att erinra om den ”obalans” som orsakats av den nu rådande restriktiva tolkningen, genom att helt andra regler har införts för jämförbara eller angränsande sektorer när det gäller tilldelning av kontrakt avseende byggtreprenader eller tjänster: i det ena fallet föreskrivs detaljerade garantier i lagen om offentlig upphandling i fråga om val av avtalspart, medan näringsidkaren i det andra fallet har full förhandlingsfrihet och är fri att ingå avtal uteslutande med hänsyn till sina egna ekonomiska intressen, utan att behöva iaktta några av de garantier för insyn som gäller inom de särskilda sektorerna och inom de undantagna sektorerna.

[5] Kan slutligen den omständigheten att ett offentligt anbudsförfarande inletts i enlighet med lagen om offentlig upphandling – med iakttagande av de krav på offentliggörande som föreskrivs på både nationell nivå och gemenskapsnivå – ha någon betydelse vid bedömningen av avsikten med kontraktet eller kontraktets samband med den aktuella särskilda sektorn, i enlighet med det utvidgade begreppet ”funktionellt samband” som avses i fråga nr [4] ovan? I andra hand önskas svar på följande fråga: Kan en invändning om att förvaltningsdomstol saknar behörighet, som framställs av det rättssubjekt som inlett nämnda anbudsförfarande, eller av rättssubjekt som med framgång deltagit i det förfarandet, anses som ett sådant missbruk av en rättighet som avses i artikel 54 i [Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna], på grund av att det utgör ett beteende som, även om det inte i sig kan påverka behörighetsfördelningen (se även på denna punkt Consiglio di Stato dom nr 16/2011), i vart fall har betydelse för möjligheten att erhålla skadestånd och för rättegångskostnaderna, eftersom det strider mot de berättigade förväntningarna hos de företag som deltagit i anbudsförfarandet men som inte tilldelats kontraktet och som väcker talan vid domstol?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, särskilt skäl 21 och artikel 16

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, särskilt skäl 16 och artiklarna 7 och 8

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, särskilt skäl 16 och artiklarna 5.5, 6.2 och 13.1 b

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster

Kommissionens beslut 2008/383/EG av den 30 april 2008 om medgivande av undantag för express- och budtjänster i Italien från tillämpning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Anförda nationella bestämmelser [och anförd praxis från nationella domstolar]

Legge 4 agosto 2017, n. 124 – Legge annuale per il mercato e la concorrenza (lag nr 124 av den 4 augusti 2017 – den årliga lagen om marknaden och konkurrensen)

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016 om genomförande av direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU om tilldelning av koncessioner, om offentlig upphandling och om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, samt om anpassning av gällande bestämmelser om offentliga byggtreprenad-, tjänste- och varukontrakt), särskilt artiklarna 1, 3.1 a, c, d och e, 4, 8, 10, 14.2, 15 och 115–121, i synnerhet artikel 120

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006 om lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, tjänster och varor för att genomföra direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG), särskilt artiklarna 3.26, 3.29 och 27 samt bilaga VI F

Decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 – Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali

comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio (lagstiftningsdekret nr 261 av den 22 juli 1999 om genomförande av direktiv 97/67/EG om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna), särskilt artiklarna 1, 23.2 och 3.12

Decreto legislativo 31 marzo 2011, n. 58 – Attuazione della direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE, per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali della Comunità (lagstiftningsdekret nr 58 av den 31 mars 2011 om genomförande av direktiv 2008/6/EG om ändring av direktiv 97/67/EG beträffande fullständigt genomförande av gemenskapens inre marknad för posttjänster), särskilt artikel 1

Decreto legge 1° dicembre 1993, n. 487 – Trasformazione dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni in ente pubblico economico e riorganizzazione del Ministero (lagdekret nr 487 av den 1 december 1993 om ombildning av post- och telemyndigheten till affärsdrivande offentligt organ och omorganisation av ministeriet), särskilt artikel 4

Corte di Cassazione (Högsta domstolen): beslut av den 1 mars 2018, nr 4899

Consiglio di Stato: dom nr 16 av den 1 augusti 2011 och domarna nr 13, 14, 15 och 16 från 2016

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 5 Irideos överklagade besluten rörande det anbudsförfarande som inletts av Poste Italiane – ”i enlighet med lagstiftningsdekret nr 50/2016” – för upphandling av telekommunikationstjänster i storstäder vilka tillhandahålls i fiberoptiska nät med hög hastighet med användning av tekniken DWDM (MAN). Dessa tjänster syftade till att skapa ett datornät för säker och snabb dataöverföring mellan myndighetens olika kontor med hjälp av en viss telekommunikationsteknik – Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM) – som gör det möjligt att i en och samma optiska fiber överföra flera signaler med olika våglängder oberoende av varandra, vilket gör det möjligt att öka den tillgängliga bandbredden i samma fiberoptiska kanal och därmed att öka kvantiteten data som överförs, samt tillhandahållande av den DWDM-utrustning som behövs för genomförandet av själva tjänsterna. De ovannämnda komponenterna var uppdelade i två upphandlingsdelar till lika värde, med ett totalt belopp på 10 220 000,00 euro.
- 6 Sökanden bestred särskilt kriterierna för bedömningen av det tekniska anbudet, som inkluderade en formel som innebar att högsta möjliga poäng skulle tilldelas alla som erbjöd sig att genomföra projektet på mindre än 45 dagar. Detta innebar att kriteriet för val av anbudsgivare baserat på genomförandetiden blev irrelevant, eftersom alla berörda aktörer fick högsta möjliga poäng, trots att sökanden hade erbjudit sig att genomföra projektet på 21 dagar, jämfört med 44 dagar som övriga berörda företag hade erbjudit.

- 7 Mot denna bakgrund har kontraktet i praktiken tilldelats endast på grundval av det ekonomiska anbudet. Förfarandet stred därför i sin helhet mot lagen och kännetecknades av maktmissbruk i olika avseenden.
- 8 De företag som är intressenter i målet bestred sökandens argument och Tim s.p.a. inkom även med ett anslutningsöverklagande med yrkande om att anbuds förfarandet skulle göras om.
- 9 Den andra intressenten, Fastweb S.p.A., gjorde dessutom gällande att förvaltningsdomstol inte var behörig att pröva saken. De berörda tjänsterna hade enligt sistnämnda bolag inte något nära samband med själva posttjänsterna och saknade därför anknytning till de ”särskilda sektorer” som avses i artikel 120 i lagstiftningsdekret nr 50/2016.
- 10 Enligt Fastweb S.p.A. förelåg inte någon skyldighet att genomföra upphandlingen i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling. Teleinfrastrukturen i fråga skulle nämligen användas för att stödja Poste-koncernens olika verksamheter, och upphandlingen omfattades därför av bestämmelserna avseende de verksamheter som denna infrastruktur huvudsakligen ska anses vara avsedd för, i enlighet med artiklarna 5.5 och 6.2 och skäl 16 i direktiv 2014/25/EU, vilka inte innefattar posttjänsten som endast motsvarar 30 procent av Poste Italianes omsättning. Den upphandlande myndighetens frivilliga val [att inleda ett upphandlingsförfarande] var inte tillräckligt för att förvaltningsdomstol skulle bli behörig, med hänsyn till att det i rättspraxis vid upprepade tillfällen har bekräftats att allmän domstol är behörig att avgöra tvister som inte specifikt avser den särskilda sektorn, och att Poste Italiane inte kan anses vara ett offentlighetsorgan, eftersom det verkar på normala marknadsmässiga villkor, har vinstsyfte och lider förluster.
- 11 Senare gjorde även Tim S.p.A., den 19 februari 2019, gällande att förvaltningsdomstol inte var behörig att pröva saken. Enligt bolaget var det endast avtal om posttjänster i strikt bemärkelse som skulle ingås i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling.
- 12 Att förvaltningsdomstol saknade behörighet bekräftades enligt nämnda bolag av artikel 10 i lagstiftningsdekret nr 50/2016, som – i överensstämmelse med artikel 7 i direktiv 2014/24/EU – från lagens tillämpningsområde undantar kontrakt som kan ingås av en ”upphandlande myndighet som tillhandahåller posttjänster”, med avseende på ”[m]jervärdestjänster som har anknytning till och utförs helt och hållet med elektroniska medel (inbegripet säker överföring av kodade dokument med elektroniska medel, adresshanteringstjänster och överföring av registrerad e-post)”.
13 Även genom artikel 15 i samma lagstiftningsdekret nr 50, som överensstämmer med artikel 8 i direktiv 2014/24/EU, undantas från lagens tillämpningsområde kontrakt ”som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet

möjlighet att tillhandahålla eller driva allmänna kommunikationsnät, eller att för allmänheten tillhandahålla en eller flera elektroniska kommunikationstjänster”.

- 14 Genom artikel 8 i lagen om offentlig upphandling, som överensstämmer med artikel 13 i direktiv 2014/25/EU, undantas från lagens tillämpningsområde bedrivandet av postverksamhet, ”om verksamheten är direkt konkurrensutsatt”.
- 15 Mot bakgrund av utvecklingen på detta område kan postoperatören dessutom inte längre anses som ett ”offentlighetsorgan”, eftersom det teleologiska kravet avseende att operatören ska ”uppfylla allmänna krav, som inte har industriell eller kommersiell karaktär”, inte är uppfyllt.
- 16 Även om operatören skulle anses som ett sådant organ, skulle den likväl inte omfattas av skyldigheten att tillämpa förfarandena för offentlig upphandling med hänsyn till de ovannämnda artiklarna 8, 10 b och 15 i lagstiftningsdekret nr 50/2016. Inte heller offentlighetsorgan är skyldiga att genomföra sådana förfaranden annat än i fråga om varor och tjänster som har ett nära samband med de särskilda sektorerna (Corte di Cassazione dom nr 4899/2018).
- 17 Tim S.p.A. har också yrkat att rätten ska hänskjuta frågan till EU-domstolen i enlighet med artikel 267 FEUF, för det fall att den är osäker på huruvida den tolkning som sammanfattats ovan är riktig.
- 18 Poste Italiane har i sin sista inlägga, som gavs in den 18 februari 2019, vidhållit att det använda kriteriet är lagenligt och att den matematiska formel som använts är korrekt. Poste Italiane har emellertid inte yttrat sig angående den prejudiciella frågan om förvaltningsdomstols behörighet, vilken enbart behandlats av intressenterna, varför beslut ansågs kunna meddelas i målet.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 19 Frågan om behörighet har [även] uppkommit i ett mål om huruvida Poste Italiane generellt sett inte omfattas av lagen om offentlig upphandling, när det är fråga om avtal som inte kan hänföras till posttjänsten i strikt bemärkelse. Tvivel om huruvida detta är förenligt med unionslagstiftningen, mot bakgrund av befintliga direktiv och tidigare domar från Europeiska unionens domstol, har framförts till sistnämnda domstol i den hänskjutande domstolens beslut nr 7778 av den 12 juli 2018 (mål C-521/18).
- 20 I den nu aktuella situationen uppkommer emellertid bredare frågor, vilka den hänskjutande domstolen måste ta ställning till och vilka därför motiverar ett nytt beslut, som endast delvis överlappar det ovan nämnda.
- 21 Enligt den hänskjutande domstolen måste följande klargöras för att kunna ta ställning till den uppkomna behörighetsfrågan:

- I) Den rättsliga kvalificeringen av Poste Italiane, med hänsyn till utvecklingen inom sektorn för posttjänster, vilka tillhandahålls i allt större konkurrens.
- II) Innebörden av begreppet ”funktionellt samband”, som avgränsar tillämpningsområdet för artikel 114 och följande artiklar i lagen om offentlig upphandling och som avgränsar förvaltningsdomstolarnas behörighet (åtminstone beträffande företag som, enligt rådande uppfattning, inte kan anses vara offentligrättsliga organ).
- III) Bedömningen av de berättigade förväntningarna hos deltagarna i ett anbudsförfarande, som frivilligt inletts av den upphandlande enheten, i en sektor som inte omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling eller som endast undantagits från den fullständiga tillämpningen av lagen om offentlig upphandling, men inte från de principer som gäller på detta område.
- 22 Vad gäller frågan huruvida en enhet ska anses som ett offentligrättsligt organ, gäller att bedömningen härav enligt artikel 3.1 c i lagstiftningsdekret nr 50/2016 ska göras utifrån följande kriterier:
- 1) Enheten ska ha inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, utan industriell eller kommersiell karaktär.
 - 2) Enheten ska vara en juridisk person (ingen åtskillnad görs mellan offentligrättsliga och privaträttsliga juridiska personer).
 - 3) Enheten ska till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller stå under administrativ tillsyn av sådana myndigheter eller organ, eller ha ett förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan där mer än hälften av ledamöterna utses av staten, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.
- 23 Begreppet ”upphandlande enheter” inbegriper ”upphandlande myndigheter”, såsom ovan angetts, och offentliga företag som bedriver någon av de verksamheter som nämns i artiklarna 115–121 i lagen om offentlig upphandling eller vilka – trots att de inte tillhör de nämnda kategorierna – bedriver någon av de verksamheter som nämns i dessa bestämmelser, vilka ”bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, som har beviljats av en behörig myndighet”. Dessa verksamheter omfattar, i enlighet med artikel 120 i samma lag, posttjänster.
- 24 Den hänskjutande domstolen är av den uppfattningen att det knappast går att ifrågasätta kvalificeringen av Poste Italiane SpA som offentligrättsligt organ. Bolaget är nämligen den enhet som i syfte att effektivisera tjänsten har ersatt den tidigare existerande centrala myndighet som inrättades efter Italiens enande. I dagsläget sysslar Poste Italiane visserligen med finansiering, försäkringar och mobiltelefoni under normala konkurrensvillkor, men bolaget är fortfarande koncessionshavare för samhällsomfattande posttjänster, vilka inbegriper obligatoriskt tillhandahållande, vars kostnader delvis täcks av statliga medel, av grundläggande tjänster såsom utdelning av post och paket till ett reglerat pris i

samtliga italienska kommuner. Detta bekräftas av att Europeiska kommissionen har aviserat att den har för avsikt att väcka talan om fördragsbrott till följd av bolagets beslut att upphöra med utdelning av post i 4 000 kommuner eftersom ifrågavarande tjänst enligt bolaget inte är lönsam. Det måste antas att det aktuella bolaget, som är bildat som en juridisk person, har tillkommit i syfte att tillgodose det allmännas intressen, som inte är av kommersiell eller industriell karaktär, men har direkt samband med friheten att skicka och ta emot post samt använda övriga kommunikationssätt (kraven 1 och 2 för att en enhet ska anses som ett offentligrättsligt organ).

- 25 Vad gäller krav 3 ska det erinras om att Poste Italiane huvudaktieägare är Ministero dell'Economia [e delle Finanze], som väljer styrelseledamöter, och att bolaget står under kontroll och tillsyn av Ministero dello Sviluppo Economico och Corte dei Conti (revisionsverket). Revisorskollegiet består av tre ordinarie ledamöter och tre suppleanter, vilka samtliga väljs av samma myndigheter. Dessutom har AGCOM behörighet att vidta regleringsåtgärder i fråga om kvaliteten på och egenskaperna hos samhällsomfattande posttjänster. Innehållet av dessa tjänster regleras i ett programavtal där avtalsparterna är posttjänstens leverantör och Ministero dello Sviluppo Economico.
- 26 Den grundläggande faktor som kännetecknar ett offentligrättsligt organ är just betydelsen av det allmännas intressen som organet tillgodoser. Vad gäller dessa intressen måste det finnas en administrativ funktion som, även om driften sker i vinstsyfte, kontrollerar att målen avseende tjänstens kvalitet eftersträvas. Det ankommer nämligen på förvaltningen att konkret tillgodose det allmännas intressen, vilka enligt statens bedömning motsvarar tjänster till befolkningen. Även om dessa tjänster tillhandahålls av enheter utanför förvaltningen i sig, ska de under alla omständigheter uppfylla kriterier om opartiskhet, god förvaltningssed och öppenhet.
- 27 På det subjektiva planet föreligger det därför tillräckliga faktorer för att bolaget Poste Italiane SpA ska kunna kvalificeras som offentligrättsligt organ i enlighet med artikel 3.1 d i lagstiftningsdekret nr 50/2016. Consiglio di Stato har för övrigt intagit samma ståndpunkt i sin praxis.
- 28 En annan uppfattning framgår dock av Corte di Cassazione nyligen meddelade pleniavgörande nr 4899 av den 1 mars 2018, vilket åberopats av intressenterna i detta mål till stöd för invändningen om bristande behörighet. I nämnda pleniavgörande slog Corte di Cassazione fast följande:
- a) Bolaget Poste Italiane SpA ska visserligen tillhandahålla ”samhällsomfattande posttjänster”, men bedriver nu även finansiell verksamhet eller under alla omständigheter verksamheter som inte rör utdelning av post. Den sistnämnda tjänsten tillhandahålls numera på en konkurrensutsatt marknad.
- b) Direktiv 2004/18/EG har ”uttryckligen uteslutit” Poste Italiane från kategorin offentligrättsliga organ. Poste Italiane kvalificeras nu som upphandlande enhet i

enlighet med artikel 3.29 och bilaga VI F i lagstiftningsdekret nr 163/2006, eftersom bolaget inte uppfyller ”det teleologiska kravet om att tillgodose behov i det allmännas intresse, som inte är av kommersiell eller industriell karaktär, vilket krav innebär att enheten enbart ska tillgodose sådana intressen och inte får bedriva andra verksamheter”.

d) ”Den eventuella kvalificeringen av Poste Italiane som offentligrättsligt organ” är under alla omständigheter ”irrelevant”, eftersom frågan huruvida bolaget omfattas av reglerna om upphandlingsförfaranden ska lösas i enlighet med bestämmelserna om de särskilda sektorerna, i och med att Poste Italiane betraktas som en upphandlande enhet.

- 29 Corte di Cassazione överväganden, i synnerhet de i led b och d, tycks strida mot EU-domstolens dom av den 10 april 2008, C-393/06, Ing. Aigner, vars avvikande slutsatser sammanfattas i det följande:

I) Direktiv 2004/17/EG (nu 2014/25/EU) reglerar kontrakt inom de så kallade särskilda sektorerna (vatten, energi, transporter och posttjänster). I dessa sektorer avses med ”upphandlande enheter” inte bara ”upphandlande myndigheter” (enligt definitionen i artikel 3.1 a i lagstiftningsdekret nr 50/2016), utan även ”offentliga företag” eller ”företag vilkas verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, som har beviljats av en behörig myndighet i en medlemsstat”, i den mån dessa enheter bedriver någon av de verksamheter som omfattas av sektorn. Bestämmelserna i det tillämpliga direktivet ska i själva verket tolkas restriktivt och enbart tillämpas på kontrakt inom ifrågavarande sektor, varvid det bortses från ”kontaminationsteorin” i den mening som avses i domen av den 15 januari 1998, C-44/96, Mannesmann (se, för ett liknande resonemang, även dom av den 16 juni 2005, C-462/03 och C-463/03, Strabag och Kostmann).

II) Vad gäller offentligrättsliga organ (enligt definitionen i direktiven 2014/24/EU och 2014/25/EU, som har genomförts genom artikel 3.1 d i lagstiftningsdekret nr 50/2016) ska tolkningen däremot inte vara restriktiv, utan funktionell och därmed utgå från huruvida enheten har tillkommit i syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse, ”utan kommersiell eller industriell karaktär”. I detta avseende är det enligt domen Ing. Aigner [”]utan betydelse att sådana behov även tillgodoses eller kan tillgodoses av privata företag. Det är viktigt att det är fråga om behov som statliga, regionala eller lokala myndigheter, av skäl som har samband med det allmännas intresse, i regel väljer att själva tillgodose eller som de avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på. ... Det ska tilläggas att det i detta sammanhang inte är av betydelse att enheten, förutom sitt uppdrag i det allmännas intresse, också bedriver andra verksamheter i vinstsyfte, då den fortsätter att åta sig behov i det allmännas intresse, behov som den är särskilt skyldig att tillgodose. Hur stor del av företaget som bedriver verksamhet med vinstsyfte är inte heller av betydelse för frågan huruvida det kan betraktas som ett offentligrättsligt organ.

III) Direktiv 2004/18/EG, som nu, utan ändringar, har ersatts av direktiv 2014/24/EU, är tillämpligt på kontrakt som ingås av offentligrättsliga organ och inte faller under de särskilda sektorerna, medan verksamhet inom sistnämnda sektorer där dessa organ bedriver verksamhet fortsatt omfattas av motsvarande speciallagstiftning. EU-domstolen drog nämligen följande slutsats i domen Ing. Aigner: De kontrakt, som tilldelas av en enhet i dess egenskap av offentligrättsligt organ, i den mening som avses i direktiv 2004/17 och direktiv 2004/18, och som har samband med denna enhets verksamhet i en eller flera av de sektorer som avses i artiklarna 37 i direktiv 2004/17, ska omfattas av det förfarande som föreskrivs i detta direktiv. Alla andra kontrakt som en sådan enhet tilldelar i samband med utövandet av andra verksamheter omfattas däremot av det förfarande som föreskrivs i direktiv 2004/18. Vart och ett av dessa båda direktiv är tillämpligt, utan åtskillnad mellan de verksamheter som denna enhet bedriver för att fullgöra sitt uppdrag att tillgodose behov i det allmännas intresse och de verksamheter som bedrivs på konkurrensmässiga villkor, och till och med då det finns bokföring avsedd att göra åtskillnad mellan enhetens verksamhetssektorer, i syfte att undvika korsfinansiering mellan dessa sektorer.”

- 30 Till följd av detta är direktiv 2004/18/EG (nu 2014/24/EU) om de allmänna sektorerna tillämpligt på samtliga offentligrättsliga organ, även när dessa bedriver verksamhet inom de särskilda sektorerna, om föremålet för det aktuella kontraktet inte faller under dessa.
- 31 Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning ska mål avseende kontrakt som ingås av offentligrättsliga organ under alla omständigheter prövas av förvaltningsdomstolarna, eftersom det är just dessa domstolar som är behöriga att pröva upphandlingsförfaranden, vilka krävs i både de allmänna och de särskilda sektorerna.
- 32 I motsats till vad Corte di Cassazione har slagit fast kan det inte hävdas att den rättsliga kvalificeringen av Poste Italiane som offentligrättsligt organ är ”irrelevant”.
- 33 Den hänskjutande domstolen preciserar dessutom att övervägandena från Corte di Cassazione, som har anförts i punkt 28 b ovan, inte finner stöd i några lagbestämmelser. Det stämmer att upphandlande enheter enligt direktiv 2004/18/EG (nu 2014/24/EU) även inbegriper upphandlande myndigheter, däribland offentligrättsliga organ enligt definitionen i ovannämnda artikel 3.1 d i lagstiftningsdekret nr 50/2016, men detta innebär endast att upphandlande enheter inbegriper offentligrättsliga organ utan att dessa för den skull automatiskt ”utesluts” från kategorin upphandlande myndigheter i den mening som avses i samma artikel 3.1 a, vilka ostridigt ska iakttas bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling avseende de allmänna sektorerna. Dessutom är kvalificeringen av upphandlande enheter i artikel 3.29 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 (nu artikel 3.1 e i lagstiftningsdekret nr 50/2016) inte något uttryck för ett undantag, utan resulterar enbart i en bredare personkrets för de särskilda sektorerna. Bilaga VI till lagstiftningsdekret nr 163/2006 innehåller emellertid enbart en icke uttömmande

förteckning över enheter som ska fullgöra uppdrag inom de särskilda sektorerna. Den omständigheten att bolaget Poste Italiane SpA i detta sammanhang benämns som upphandlande enhet ska därför inte heller tillmätas någon betydelse med avseende på undantag.

- 34 Dessutom stadgades det redan i kommissionens beslut [2008/383/EG] av den 30 april 2008 att Poste Italiane SpA:s kontrakt avseende express- och budtjänster, både inrikes och utrikes, skulle vara undantagna från konkurrens. Genom senare beslut 2010/12/EU av den 5 januari 2010 undantogs finansiella tjänster som tillhandahålls av Bancoposta (insamling av sparande från allmänheten, utlåning för bankers och godkända finansiella mellanhänders räkning, investeringsaktiviteter och individuella pensionsförsäkringar, betalnings- och penningöverföringstjänster) från tillämpningen av direktiv 2004/17/EG om de särskilda sektorerna.
- 35 Den omständigheten att enheten bedriver verksamhet på en konkurrensutsatt marknad utgör emellertid enbart en indikation på att det teleologiska kravet inte är uppfyllt. För att helt utesluta att kravet är uppfyllt ska enheten även eftersträva renodlade ekonomiska mål och bära hela affärsrisken. Dessa villkor är inte uppfyllda med avseende på samhällsomfattande posttjänster som Poste Italiane ska tillhandahålla till och med den 30 april 2026 i enlighet med artikel 23.2 i lagstiftningsdekret nr 261/1999. Det bestäms i artikel 3.12 i samma lagstiftningsdekret att kostnaderna för tillhandahållande av samhällsomfattande posttjänster täcks av statliga medel. Därav följer att affärsrisken ska uppfattas som kraftigt minimerad.
- 36 Mot bakgrund av kommissionens nämnda beslut [2008/383] går det således att fastställa, inte minst med stöd av artikel 14.2 i lagen om offentlig upphandling, spännvidden för de sektorer där Poste Italiane kan bedriva verksamhet utan att behöva följa de allmänna reglerna om offentliga kontrakt. Enligt dessa regler har man hittills slagit fast att man kunde bortse från kontaminationsteorin i fråga om offentliga företag, men däremot inte om offentligrättsliga organ, eftersom sistnämnda organ – om de bedriver verksamhet inom de särskilda sektorerna – enbart ska iaktta den motsvarande lagstiftningen med avseende på verksamheter som har funktionellt samband med dessa sektorer, men emellertid ska följa lagstiftningen om de allmänna sektorerna när det gäller alla andra verksamheter med hänsyn tagen till det allmännas relevanta intressen som dessa organ ska tillgodose.
- 37 Det ska därmed prövas huruvida man kan bortse från de principer som har fastställts i domen Ing. Aigner i fall där intressen av kommersiell eller industriell karaktär väger tyngre än det allmännas intressen som låg till grund för att ifrågasvarande offentligrättsliga organ inrättades, eller huruvida hänvisningen till denna institution – som formellt återfinns i ovannämnda artikel 3.1 d nr 1 i lagstiftningsdekret nr 50/2016 – ska anses vara ofrånkomlig även i fråga om verksamheter som i större omfattning är konkurrensutsatta.

- 38 I den nu aktuella situationen uppkommer emellertid bredare frågor. Det måste nämligen först bedömas huruvida det aktuella avtalsföremålet inte i första hand har samband med någon av de sektorer som för närvarande definieras som ”särskilda” och som regleras av artikel 114 och följande artiklar i lagen om offentlig upphandling (del II, avdelning VI, kapitel I), utan snarare har samband med de sektorer som fortfarande ”uteslutna från tillämpningsområdet” för denna lag (del I, avdelning II, artikel 4 och följande artiklar), men vars tilldelning under alla omständigheter enligt artikel 4 i lagen ska ske ”med iakttagande av principerna om ekonomisk lönsamhet, effektivitet, opartiskhet, likabehandling, öppenhet, proportionalitet, offentliggörande, miljöskydd och energieffektivitet”.
- 39 I det aktuella fallet rör det sig om sektorn för elektronisk kommunikation, som har undantagits genom artikel 15 i lagstiftningsdekret nr 50/2016, i enlighet med artiklarna 7 och 8 i direktiv 2014/24/EU, och som i sig omfattas av ramdirektivet för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster 2002/21/EG.
- 40 Det förhållandet att anbudsförfarandet har samband med en sektor som är formellt ”undantagen”, men som inte ”saknar anknytning” till lagen om offentlig upphandling, saknar dock betydelse för förvaltningsdomstolarnas behörighet, då artikel 4 i lagstiftningsdekret nr 50/2016 förutsätter ett förhandlat förfarande, som är ägnat att säkerställa iakttagandet av de fastställda kriterierna, beträffande vilka det finns legitima intressen, som omfattas av de nämnda domstolarnas behörighet.
- 41 Den hänskjutande domstolen anser att frågan avseende begreppet ”funktionellt samband” – med avseende på särskilda sektorer – , som en begränsning av förvaltningsdomstolarnas behörighet, föranleder en annan bedömning, även om det skulle kunna anses ha skett en utveckling av begreppet ”*offentlighetsrättsligt organ*” till begreppet ”*offentligt företag*”, på grundval av vissa särdrag hos de ”uteslutna” sektorerna, särskilt beträffande ”*verksamhet som är direkt konkurrensutsatt*” (artikel 8 i lagstiftningsdekret nr 50/2016). Detta beror på att posttjänstens konkurrensutsatta karaktär – även om den inte i sig är avgörande för frågan om behörighet (vilket gäller för alla uteslutna sektorer enligt artiklarna 4–20 i lagen) – likväl kan ha betydelse för att utesluta att Poste Italiane kan kvalificeras som ett offentlighetsrättsligt organ, eftersom det verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär förluster för olika verksamheter – som nu utgör dess huvudsakliga verksamheter – som är direkt konkurrensutsatta (direktiv 2014/23/EU, punkt 21 i skälen och artikel 16).
- 42 I sistnämnda avseende hyser den hänskjutande domstolen tvivel om huruvida ett erkännande av Poste Italiane som ”*offentligt företag*” (även om detta skulle vara möjligt enligt EU-domstolen) kräver – i enlighet med den ovan flera gånger nämnda domen nr 16/2011 av Consiglio di Stato i plenum – att en restriktiv bedömning görs av huruvida upphandlingen har samband med det område som omfattas av den aktuella särskilda sektorn. Gränserna för denna bedömning är dock av betydelse för fastställandet av de specifika rättsregler som är tillämpliga på den enskilda upphandlingen, även när den inleds av en enhet som kan

kvalificeras som offentligrättsligt organ och som bedriver verksamhet i en av de särskilda sektorerna.

- 43 Även om det förefaller finnas fog för uppfattningen att företag (offentliga, men även privata om dessa har beviljats en särskild rättighet eller ensamrätt) omfattas av lagen om offentlig upphandling *”endast i fråga om särskilda sektorer och inte generellt ... vilket medför att den ’kontaminationsteori’ som avses i domen Mannesmann inte är tillämplig ...”* (pleniavgörande nr 16/2011), går det inte att av gemenskapslagstiftningen (direktiv 2014/25/EU) utläsa en tydlig hänvisning till begreppet *”funktionellt samband”*, i betydelsen direkt samband mellan tjänsten och den särskilda verksamheten, som gräns för tillämpningen av bestämmelserna i artikel 114 och följande artiklar i lagen om offentlig upphandling och av förvaltningsdomstolarnas behörighet.
- 44 Generellt gäller att det i skäl 16 i direktiv 2014/25/EU – som specifikt hänvisar till de särskilda sektorerna – erkänns att det är möjligt att tilldela kontrakt som är *relevanta för ”olika verksamheter”* och omfattas av *”olika rättsregler”*, vilket i samtliga fall medför att det enskilda kontraktet omfattas av de regler som är tillämpliga på den verksamhet som kontraktet *”främst är avsett för”* enligt upphandlingsdokumenten eller enligt vad som angetts av den upphandlande myndigheten.
- 45 Principen upprepas i artikel 6 i samma direktiv, där det i punkt 3 anges tydliga och prioriterade kriterier som ska tillämpas när det inte har angetts vilken verksamhet som främst avses med kontraktet och avtalsföremålet har samband med flera områden som regleras av mer än ett direktiv.
- 46 Uttrycket att kontraktet är *”avsett”* för en viss verksamhet, till följd av den upphandlande enhetens val, verkar under alla omständigheter kunna täcka in betydligt mer än det begrepp som tillämpats i pleniavgörandet nr 16/2011 (enligt vilket en bevakningstjänst ansågs relevant för den aktuella särskilda sektorn, endast om den förvärvades för ett energinät som drevs av ENI, men inte för bevakning av motsvarande administrativa kontor). Det finns däremot skäl att, mot bakgrund av unionens regelverk, fråga sig huruvida ett kontrakt, som ska anses *”sakna anknytning”* till bestämmelserna om de särskilda sektorerna, inte snarare ska avse en verksamhet som offentliga företag – eller privata företag som har beviljats ensamrätt – faktiskt har möjlighet att bedriva men som ligger klart utanför de berörda sektorerna, i enlighet med principen om *”brist på anknytning”*, för att kontraktet inte ska omfattas av reglerna om offentlig upphandling.
- 47 I artikel 13.1 b i direktiv 2014/25/EU avgränsas nämligen tillämpningsområdet för det direktivet vad gäller posttjänster, genom en hänvisning till *”andra tjänster än posttjänster, förutsatt att sådana tjänster tillhandahålls av en enhet som också tillhandahåller posttjänster”*, varvid de sistnämnda anges innefatta både *”tjänster inom och utanför de samhällsomfattande tjänsternas räckvidd i enlighet med direktiv 97/67/EG”* (artikel 13.2 b).

- 48 Det har slutligen redan påpekats att det enligt skäl 16 i direktiv 2014/24/EU ska fastställas vilken verksamhet som kontraktet – som i teorin omfattas av bestämmelserna om de särskilda sektorerna men som kan vara avsett att reglera även andra verksamheter – faktiskt är avsett för. Ovanstående kräver kännedom om tillämplig lagstiftning, inklusive kraven på insyn och rättssäkerhet, vilka utgör principer som gäller inom hela sektorn för offentliga kontrakt (inklusive de sektorer som enligt lagdekret nr 50/2016 är ”undantagna”).
- 49 Den hänskjutande domstolen undrar slutligen huruvida en praxis – som blir allt vanligare i de nationella domstolarna – bestående i att invändningar om bristande behörighet för en förvaltningsdomstol framställs först efter det att förvaltningsdomstolen meddelat sina första avgöranden, även interimistiska sådana, när det är fråga om anbudsförfaranden som inletts i enlighet med lagen om offentlig upphandling, med meddelanden som offentliggjorts i Republiken Italiens och Europeiska unionens officiella tidningar, utan att det därvid klargjorts att det den upphandlande enheten endast har agerat frivilligt: ett val vars lagenlighet och verkningar borde prövas av allmän domstol utifrån – får man anta – enbart bestämmelserna i civillagen då lagen om offentlig upphandling inte är tillämplig på något sätt (trots att det uttryckligen har hänvisats till denna, och detta således strider mot konkurrenternas berättigade förväntningar).