

Дело C-419/19**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда****Дата на постъпване:**

29 май 2019 г.

Запитваща юрисдикция:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Италия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

6 март 2019 г.

Жалбоподател:

Irideos S.p.A.

Отвeтник:

Poste Italiane S.p.A.

Други страни в производството:

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

Предмет на главното производство

Жалба за отмяна на решенията, с които на 22 октомври 2018 г. Poste Italiane S.p.A (наричано по-нататък: „Poste Italiane“) уведомява IRIDEOS S.p.A. за възлагането на позиция 1 и позиция 2 от обществената поръчка с наименование „Обществена поръчка съгласно Законодателен декрет № 50/2016 — Открита електронна процедура за градски високоскоростни далекосъобщителни услуги чрез влакнестооптични линии с технология DWDM (MAN)“, съответно на дружествата Fastweb S.p.A и Tim S.p.A., като се иска и да се осъди Poste Italiane да заплати обезщетение на вредите, които жалбоподателят твърди, че е претърпял. Насрещна жалба, подадена от Tim S.p.A., с която иска по-специално да се осъди Poste Italiane да проведе отново процедурата за възлагане на обществена поръчка.

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

- 1 Съвместимост със законодателството на Съюза (Директиви 2014/23/ЕС, 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС) на националната правна уредба, посочена в член 3, параграф 1, буква е) от Законодателен декрет № 50 от 18 Април 2016 г. (Кодекс за обществените поръчки, наричан по-нататък: „Законодателен декрет № 50/2016“, „Кодекс“ или „Кодекс за обществените поръчки“), когато съгласно тълкуването на Corte di cassazione (Касационен съд) (Определение № 4899/2018, задължително във вътрешното право по въпросите за компетентността) тази норма е предвидена като дерогация за дружествата, извършващи съгласно част II от Кодекса дейност в специалните сектори, от общите принципи, посочени в член 1 и член 3, параграф 1, буква а) от Кодекса, по отношение на задължението за провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки, ако договорът, който трябва да се сключи, не се отнася до дейности, присъщи на специалните сектори.
- 2 В настоящото производство запитващата юрисдикция трябва да разгледа два проблема: първият се отнася до обвързващия характер в италианското процесуално право на решенията на Corte di cassazione a Sezioni Unite (пленум на Касационния съд) по отношение на компетентността; вторият се отнася до евентуалното развитие на съдебната практика на Съда в условията на постепенното преобразуване на някои правни субекти, учредени като публичноправни организации, в същински дружества, които се стремят към печалби и понасят загуби и чиято дейност се осъществява основно в условията на конкуренция (вж. съображение 21 и член 16 от Директива 2014/23/ЕС).
- 3 Във връзка с първия въпрос запитващата юрисдикция отбелязва, че Касационният съд трябва да установи окончателно и обвързващо с оглед произнасянето на решение по съществуването на спора кой съд е компетентен да разгледа делото в италианската процесуална система; Съдът на Европейския съюз обаче е изтъкнал общия принцип, според който правото на Съюза не допуска национален съд да бъде обвързан от вътрешна процесуална разпоредба, съгласно която направените от висшестоящ национален съд изводи са задължителни за него, когато се установи, че тези изводи не са в съответствие с правото на Съюза, както е тълкувано от горепосочения Съд (вж. решение от 20 октомври 2011 г., дело C-396/09, Interedil srl, в ликвидация).
- 4 Следователно съществува възможността (или задължението — за съдилищата от последна инстанция) за сезиране на Съда, когато е налице „основателно съмнение“ относно правилното прилагане на правото на Съюза, независимо от наличието на всякакво противоречащо решение на Касационния съд относно компетентността, или на пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет), което е задължително за обикновените състави на

Consiglio di Stato (вж. също решения на Съда от 5 април 2016 г., C-689/13, Puligienica Facility, и от 6 октомври 1982 г., 283/81, Cilfit).

Преюдициални въпроси

1) Следва ли дружеството Poste Italiane s.p.a. да се квалифицира въз основа на горепосочените характеристики като „публичноправна организация“ по смисъла на член 3, параграф 1, буква d) от Законодателен декрет № 50 от 2016 г. и на съответните общностни директиви (2014/23/ЕС, 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС)?

2) Задължено ли е посоченото дружество да провежда процедури за обществени поръчки само за възлагането на обществените поръчки, които са пряко свързани с дейностите, присъщи на специалните сектори, посочени в Директива 2014/25/ЕС, съгласно която поради характера му на публичноправна организация следва да се счита, че попада в обхвата от правилата на част II от Кодекса за обществените поръчки, и което от друга страна разполага с пълна автономия на волята — и изключително частноправна уредба — за договорните дейности, които не се отнасят в тесен смисъл до тези сектори, като се имат предвид принципите, залегнали в съображение 21 и член 16 от Директива 2014/23/ЕС (решение № 4899 от 2018 г. на Cass. SS.UU. (пленум на Касационния съд) и за последната част — решение № 16 от 2011 г. на Cons. Stato, Ad. Plen. (Пленум на Държавния съвет);

[3] По отношение на договорите извън областта на специалните сектори, когато това дружество отговаря на изискванията за публичноправна организация, продължава ли спрямо него обаче да се прилага общата Директива 2014/24/ЕС (и следователно правилата за възлагане на обществените поръчки), дори ако поради измененията след първоначалното учредяване, извършва основно дейности с търговски характер и в условията на конкуренция, както може да се приеме въз основа на посоченото решение от 10 април 2008 г., Ing. Aigner, C-393/06, тъй като Директива 2014/24/ЕС не допуска различно тълкуване за договорите, сключени от възлагащи органи; а от друга страна в съображение 21 и в член 16 от посочената Директива 2014/23/ЕС е предвиден само ориентиращ критерий, за да се изключи характерът на публичноправни организации за предприятията, които извършват дейност при нормални пазарни условия, като във всеки случай въз основа на посочените разпоредби, разглеждани във връзка една с друга, е ясно, че преди всичко се има предвид етапът на учредяване на организацията, когато тя е предназначена да задоволява „*потребности от общ интерес*“ (които в конкретния случай съществуват и все още не са прекратени);

[4] При наличието на служебни помещения, в които се извършват едновременно дейности, присъщи на специалния сектор, и други дейности,

трябва ли понятието за „свързаност“ — по отношение на услугата от конкретен обществен интерес — да се тълкува разширително (както е тълкувано досега в националната съдебна практика, съгласно с посоченото решение № 16 от 2011 на пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет), като в това отношение е налице противоречие с принципите, посочени в съображение 16 и членове 6 и 13 от Директива 2014/25/ЕС, в които при определянето на приложимата правна уредба се използва понятието „предназначение“ за една от дейностите, уредени в Кодекса за обществените поръчки. Ето защо е необходимо да се изясни дали могат да бъдат „предназначени“ за съответния специален сектор — дори при присъщите за изключените сектори облекчени условия — всички дейности, свързани с този сектор, съгласно намеренията на възлагащия орган (включително и договорите за редовна и извънредна поддръжка, почистване, обзавеждане, както и за портиерски услуги и охрана на службите, или други форми на използване на тези служби, ако са предназначени за обслужване на клиентите), като действително частноправен характер продължават да имат само „външните“ дейности, които публичните или частните субекти могат свободно да извършват в съвсем различни области, спрямо които се прилагат само правилата на Гражданския кодекс и които са от компетентността на общите съдилища (доколкото е релевантно, от този вид например със сигурност е банковата услуга, извършвана от Poste Italiane, но същото не може да се каже по отношение на доставката и използването на електронни съобщителни средства, ако се използват за целия обхват на дейност на групата, въпреки че те са особено необходими именно за банковата дейност). Поради това изглежда не е без значение да се подчертае „дисбалансът“, породен от преобладаващото понастоящем ограничително тълкуване, чрез въвеждането на напълно различни правила за възлагане на строителство или услуги при управлението на съпоставими или близки сектори: от една страна, стриктните гаранции, които се изискват по Codice dei contratti (Кодекс на договорите) за определяне на изпълнителя, и от друга страна, пълната независимост при договаряне на предприемача, който е свободен да сключва договори, само в зависимост от собствените си икономически интереси, без никакви гаранции за прозрачност, които се изискват за специалните и изключените сектори;

[5)] Накрая, може ли започването на процедура за възлагане на обществена поръчка в съответствие с Кодекса за обществените поръчки, използвайки механизмите на оповестяване, предвидени както на национално равнище, така и на равнището на Общността, да бъде релевантно при определянето на предназначението на обществената поръчка или на връзката на тази поръчка с референтния специален сектор, в съответствие с разширеното понятие за „свързаност“, посочено във въпрос [4)] по-горе, или — при условията на евентуалност — може ли възражението за липса на компетентност на административния съд, повдигнато от същия субект, който е започнал тази процедура за възлагане на обществена поръчка или от субекти, които са участвали успешно в тази процедура, да се счита за злоупотреба с право по смисъла на член 54 от Хартата на основните права на Европейския съюз,

като поведение, което — макар и само по себе си да не може да се отрази върху разпределението на компетентността на съдилищата (вж. в това отношение и посоченото решение № 16 от 2011 г. на пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет) — е релевантно поне за целите на обезщетението и съдебните разноски, тъй като то накърнява оправданите правни очаквания на участниците в тази процедура по възлагане на обществена поръчка, когато те не са спечелили и обжалват по съдебен ред?

Релевантни разпоредби на правото на ЕС

Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия, по-специално: съображение 21, член 16

Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, по-специално: съображение 16 и членове 7 и 8

Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО, по-специално: съображение 16, член 5, параграф 5; член 6, параграф 2 и член 13, параграф 1, буква б)

Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги

Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги

Решение 2008/383/ЕО на Комисията от 30 април 2008 година за освобождаване на експресните и куриерските услуги в Италия от прилагането на Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги

Релевантни разпоредби на националното право

Legge 4 agosto 2017, n. 124 — Legge annuale per il mercato e la concorrenza (Закон № 124 от 4 август 2017 г. — Годишен закон за пазара и конкуренцията)

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 (Законодателен декрет № 50 от 18 април 2016 г. — Прилагане на Директиви 2014/23/ЕС, 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС за възлагане на договори за концесия, за обществените поръчки и относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, както и за реформа на действащата правна уредба в областта на обществените поръчки за строителство, услуги и доставки), по-специално: член 1; член 3, параграф 1, букви а), с), d) и е); членове 4, 8, 10; член 14, параграф 2; член 15, членове 115—121, по-конкретно член 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 (Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г. — Кодекс на обществените поръчки за строителство, услуги и доставки в изпълнение на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО), по-специално: член 3, параграфи 26 и 29; член 27 и Приложение 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 (Законодателен декрет № 261 от 22 юли 1999 г. — Прилагане на Директива 97/67/ЕО относно общите правила за развитието на вътрешния пазар на пощенските услуги в Общността и за подобряването на качеството на услугата) (член 1, член 23, параграф 2 и член 3, параграф 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 (Законодателен декрет № 58 от 31 март 2011 г. — Прилагане на Директива 2008/6/ЕО за изменение на Директива 97/67/ЕО с оглед пълното изграждане на вътрешния пазар на пощенски услуги в Общността (член 1)

Decreto legge 1° dicembre 1993, n. 487 – Trasformazione dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni in ente pubblico economico e riorganizzazione del Ministero (Декрет-закон № 487 от 1 декември 1993 г. — Преобразуване на пощенската и телекомуникационната администрация в публичноправно стопанско образувание и реорганизация на министерството) (член 4)

Corte di cassazione (Касационен съд): определение № 4899 от 1 март 2018 г.

Consiglio di Stato (Държавен съвет): решение № 16 от 1 август 2011 г.; решения № 13, 14, 15 и 16 от 2016 г.

Кратко представяне на фактите и основни доводи на страните в главното производство

- 5 С жалба дружеството Irideos оспорва актовете, приети в рамките на процедурата за възлагане на обществена поръчка, проведена от Poste Italiane — „*съгласно Законодателен декрет № 50 от 2016 г.*“ — за градски високоскоростни далекосъобщителни услуги чрез влакнестооптични линии с технология DWDM (MAN). Посочените услуги са предназначени за създаването на компютърна мрежа за сигурно и бързо предаване на данни между различните филиали на организацията чрез използването на специална телекомуникационна технология — Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM), която позволява самостоятелно предаване по едно и също оптично влакно на няколко сигнала с различни дължини на вълната, с възможност за увеличаване на широчината на честотната лента, която може да се използва на същия оптичен канал и с последваща възможност за увеличаване на количеството на предаваните данни, както и за доставката на устройства DWDM, необходими за осъществяването на тези услуги. Горепосочените елементи са разделени в две позиции с еднаква стойност, за обща сума в размер на 10 220 000,00 EUR.
- 6 Жалбоподателят оспорва по-специално параметрите за оценка на техническата оферта въз основа на формула, чиито методи на прилагане водят до предоставяне на максимален брой точки на всеки, който е предложил да изпълни проекта за по-малко от 45 дни, като на практика се премахва критерият за избор, основаващ се на бързината на извършване на дейностите, така че всички участващи оператори са получили максималния брой точки, въпреки че жалбоподателят е предложил срок за изпълнение от 21 дни, в сравнение със срока от 44 дни, предложен от другите дружества.
- 7 В този контекст обществената поръчка на практика е възложена само въз основа на финансовата оферта. Поради това цялата процедура се оспорва поради нарушение на закона и превишаване на правомощията в различни аспекти.
- 8 Другите страни в производството се оспорват доводите на жалбоподателя, като Tim s.p.a. подава и насрещна жалба, с която иска повторно провеждане на процедурата за възлагане на обществена поръчка.
- 9 Другата страна в производството Fastweb S.p.A. освен това повдига възражение за липса на компетентност на административния съд. Разглежданите услуги не били тясно свързани с пощенските услуги сами по себе си и следователно не попадали в сферата на „*специалните сектори*“, посочени в член 120 от Законодателен декрет № 50 от 2016 г.

- 10 Според Fastweb S.p.A. решението възлагането на поръчката да се проведе съгласно правилата за възлагане на обществени поръчки следователно не е било необходимо: разглежданата далекосъобщителна инфраструктура всъщност ще бъде използвана за подпомагане на различните дейности на Gruppo Poste, като се прилага специалният правен режим, приложим за дейностите, за които трябва да се счита, че инфраструктурата е основно предназначена, както е предвидено в член 5, параграф 5, член 6, параграф 2 и съображение 16 от Директива 2014/25/ЕС и поради това няма за приоритетно предназначение пощенската услуга, която представлява само 30% от оборота на Poste Italiane. От друга страна, направеният от възлагащия орган избор не е достатъчен за определяне на административната компетентност с оглед на обстоятелството, че в съдебната практика многократно се потвърждава компетентността на общите съдилища по споровете, които не са конкретно свързани със специалния сектор и че Poste Italiane не може да бъде определено като публичноправна организация, тъй като извършва дейност в нормални пазарни условия, като се стреми към печалби и понася загуби.
- 11 Впоследствие, на 19 февруари 2019 г., Tim S.p.A. също повдига възражение за липса на компетентност на административния съд, като твърди, че само процедурите по договаряне свързани с пощенските услуги в тесен смисъл, трябва да се считат за процедури, за които се прилагат правилата за обществените поръчки.
- 12 Липсата на компетентност се потвърждава от член 10 от Законодателен декрет № 50 от 2016 г., който в съответствие с член 7 от Директива 2014/24/ЕС изключва от приложното поле на Кодекса обществените поръчки, които могат да бъдат свързани с *„възлагащ орган, който предоставя пощенски услуги“*, във връзка с *„услуги с добавена стойност, свързани с електронни средства и предоставени изцяло чрез такива средства, включително защитено предаване на кодирани документи с електронни средства, адресни разпределителни услуги и предаване на регистрирана електронна поща“*.
- 13 Член 15 от същия Законодателен декрет № 50, в съответствие с член 8 от Директива 2014/24/ЕС също изключва прилагането на Кодекса за обществени поръчки, *„с основна цел да се позволи на възлагащите органи да предоставят или експлоатират обществени съобщителни мрежи или да предоставят на обществото една или повече електронни съобщителни услуги“*.
- 14 От своя страна член 8 от Кодекса за обществените поръчки, в съответствие с член 13 от Директива 2014/25/ЕС, изключва от приложното си поле дейността, свързана с предоставянето на пощенски услуги, *„ако дейността е пряко изложена на конкуренцията“*.

- 15 Освен това, с оглед на съответно настъпилите изменения, операторът на пощенските услуги не би могъл повече да се определя като „публичноправна организация“, тъй като не отговаря на телеологичното изискване за „задоволяване на нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер“.
- 16 Дори ако бъде признат такъв правен статус, задължението за прилагане на процедурите за възлагане на обществени поръчки във всички случаи е изключено съгласно посочените по-горе член 8, член 10, буква b) и член 15 от Законодателен декрет № 50 от 2016 г.; накрая, дори по отношение публичноправните организации тези процедури се изискват само за доставки и услуги, тясно свързани със специалните сектори (решение № 4899 от 2018 г. на Cass. SS.UU. (заседание на Касационния съд).
- 17 Освен това Tim S.p.A. иска, в случай че сезираният съд изпитва съмнения относно обобщените по-горе тълкувателни тези, да се отправи запитване до Съда съгласно член 267 ДФЕС.
- 18 В заключителното становище, представено на 18 февруари 2019 г. Poste Italiane потвърждава законосъобразността на критерия и правилността на използваната математическа формула. Нито един от защитните доводи на организацията обаче не се отнася до преюдициалния въпрос относно компетентността, поставен само от другите страни в производството и на това основание делото е обявено за решаване.

Кратко представяне на мотивите за преюдициалното запитване

- 19 По повдигнатия, с оглед на обстоятелството, че правилата на Кодекса за обществените поръчки по правило не се прилагат спрямо Poste Italiane, въпрос за компетентността по отношение на договори, които не са тясно свързани с пощенската услуга — със съдебно определение № 7778 от 12 юли 2018 г. (дело C-521/18) пред Съда на Европейския съюз вече бяха изложени съмнения относно съответствието със законодателството на Съюза, въз основа на действащите директиви и предишни решения на Съда.
- 20 В разглежданата ситуация обаче се поставя по-широк кръг от проблеми, които запитващата юрисдикция трябва да разгледа и поради това обосновават постановяването на ново определение, което само отчасти се припокрива с посоченото по-горе.
- 21 Според запитващата юрисдикция по поставения въпрос за компетентността е необходимо да се изясни следното:
 - I) правният статус на Poste Italiane с оглед на промените в сектора на пощенските услуги, извършвани при все по-широки условия на конкуренция;

II) определението на понятието за „свързаност“, въз основа на което следва да се разграничи приложното поле на член 114 и сл. от Кодекса за обществените поръчки, за да се определи сферата на компетентност на административния съд (поне за предприятията, които според преобладаващото направление в съдебната практика нямат характер на публичноправни организации);

III) оценката на оправданите правни очаквания на участниците в процедура за възлагане на обществена поръчка, открита само по собствена инициатива на възложителя в сектори, за които се счита, че не се прилагат правилата за възлагане на обществени поръчки или че само са изключени от прилагането в пълен обхват на Кодекса за договорите, но не и на съответните принципи.

22 По отношение на признаването на характера на публичноправна организация то се извършва в съответствие с член 3, параграф 1, буква с) от Законодателен декрет № 50 от 2016 г., въз основа на следните характеристики:

1) учредяване с цел задоволяване на нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер;

2) притежаване на правосубектност (без да се прави разлика между нейния публичен или частен характер);

3) дейност, финансирана в по-голямата част от държавата, местните органи или други публичноправни организации, или върху чието управление последните упражняват контрол, или чиито административен, управителен или надзорен орган е съставен от членове, повече от половината от които са назначени от държавата, регионалните или местните органи или от други публичноправни организации.

23 Що се отнася до „възложителите“, такива могат да бъдат „възлагащите органи“ като описаните по-горе, или публичните предприятия, които извършват една от дейностите, посочени в членове 115—121 от Кодекса на обществените поръчки, или които — дори и да не попадат в горепосочените категории — извършват дейностите, посочени в горните разпоредби „въз основа на специални или изключителни права, предоставени от компетентен орган на държава членка“. Съгласно член 120 от същия кодекс тези дейности включват пощенските услуги.

24 Според запитващата юрисдикция квалификацията на Poste Italiane като публичноправна организация трудно може да се оспори. Посоченото дружество всъщност заменя вече съществуващия централен орган, създаден след обединението на Италия, с цел услугата да стане по-ефективна. Понастоящем, въпреки че извършва дейности във финансовата, застрахователната област и в областта на мобилните телефонни услуги в условията на конкуренция, Poste Italiane все още е концесионер на универсалната пощенска услуга, която включва задължително предоставяне

на основните услуги по доставяне на писма и колети на контролирана цена във всички италиански общини, със съответни държавни плащания за частично покриване на разходите, както е видно от уведомлението на Европейската комисия за процедура за установяване на неизпълнение на задължения във връзка с решението повече да не се доставя пощата в 4000 общини, тъй като услугата се счита за нерентабилна. Следователно трябва непременно да се приеме, че въпросното дружество, което притежава правосубектност, е създадено, за да задоволява общи интереси, които нямат промишлен или търговски характер, пряко свързани със свободата на кореспонденцията и на всяка друга форма на съобщение [изисквания по точка 1) и точка 2) за публичноправните организации].

- 25 Що се отнася до изискването по точка 3), следва да се напомни, че Poste Italiane, в което Ministero dell'Economia (Министерство на икономиката) притежава мажоритарен дял и назначава управителния съвет, подлежи на контрол и надзор от страна на Ministero dello Sviluppo Economico (Министерство на икономическото развитие) и на Corte dei Conti (Сметна палата); Съветът на одиторите се състои от трима пълноправни членове и трима заместници, изцяло определени от посочените администрации. Освен това AGCOM (Регулаторен орган в областта на съобщенията) отговаря и за приемането на регулаторни мерки за качество и характеристики на универсалната услуга, която се регулира от програмен договор, по който насрещна страна на пощенския оператор е Ministero dello Sviluppo Economico.
- 26 Основният елемент на публичноправната организация е именно значението на преследваните общи интереси, по отношение на които — дори и ако управлението генерира печалби — не може да няма административна функция за контрол на постигането на целите за качество на услугата. Всъщност за администрацията е характерна конкретната грижа за интересите на общността, които държавата счита за съответстващи на услугите, които трябва да бъдат предоставени на гражданите, и които поради това, дори и да са възложени на субекти извън действителния административен апарат, все пак трябва да отговарят на критериите за безпристрастност, добро функциониране и прозрачност.
- 27 Следователно на субективно ниво са налице достатъчно елементи, за да се квалифицира дружеството Poste Italiane като публичноправна организация, съгласно член 3, параграф 1, буква d) от Законодателен декрет № 50/2016 — мнение, което се споделя и в съдебната практика на Consiglio di Stato.
- 28 Друго направление в съдебната практика обаче се основава на неотдавнашното определение № 4899 от 1 март на 2018 г. на Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Пленум на Касационния съд), на което се позовават в настоящото дело другите страни в производството в подкрепа на възражението за липса на компетентност. В определенията са залегнали следните принципи:

а) дружеството Poste Italiane, въпреки че отговаря за осъществяването на „универсалната пощенска услуга“, понастоящем извършва дейности и от финансово естество, или във всеки случай — несвързани с услугата по доставка на кореспонденцията, която вече се извършва в условия на конкуренция;

б) Директива 18/2004/ЕО „изрично изключва“ Poste Italiane от кръга на публичноправните организации. Poste Italiane понастоящем е установено като възложител по смисъла на член 3, параграф 29 и приложение VI F от Законодателен декрет № 163 от 2006 г., тъй като не отговаря на „телеологичното изискване за задоволяване на нужди от общ интерес, които нямат промишлен и търговски характер, което налага субектът да отговаря единствено за задоволяването на такива нужди и не позволява упражняването на други дейности от страна на този субект“;

г) „евентуалното квалифициране на Poste Italiane като публичноправна организация“ във всеки случай е „ирелевантно“, тъй като въпросът за прилагането на правилата за провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки трябва да бъде решен съгласно разпоредбите, уреждащи специалните сектори, въз основа на статуса на Poste Italiane като възложител.

29 Доводите на Касационния съд, и по-специално тези, посочени в букви б) и г), изглежда противоречат на решение на Съда от 10 април 2008 г., *Ing. Aigner*, C-393/06, в което се стига до противоположните изводи, обобщени по-долу:

I) Директива 2004/17/ЕО (понастоящем Директива 2014/25/ЕС) регламентира договорите, сключени в така наречените „специални сектори“ (относно управлението на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги), в които „възложители“ могат да бъдат не само „възлагащите органи“ (както понастоящем са определени в член 3, параграф 1, буква а) от Законодателен декрет № 50/2016), но също така и „публични предприятия“ или „предприятия, които се ползват от специални или изключителни права, предоставени от компетентен орган на държава членка“, доколкото тези субекти извършват една от дейностите, включени в сектора: всъщност разпоредбите на посочената директива трябва да бъдат тълкувани ограничително и следователно само за договори, отнасящи се до съответния сектор, с изоставяне на „теорията на заразяването“, посочена в решение от 15 януари 1998 г., C-44/96, *Mannesmann* (вж. също в този смисъл решение от 16 юни 2005 г., C-462/03 и C-463/03, *Strabag* и *Kostmann*).

II) По отношение на публичноправните организации (определени в Директива 2014/24/ЕС и Директива 2014/25/ЕС, както са транспонирани в член 3, параграф 1, буква d) от Законодателен декрет № 50/2016), тълкуването обаче не трябва да бъде ограничително, а функционално, като следователно се започне от проверката дали субектът е създаден за

задоволяване на нужди от обществен интерес „без промишлен или търговски характер“. Съгласно решение Ing. Aigner [„]е без значение, че такива нужди се задоволяват или могат да се задоволяват и от частни предприятия. Същественото е, че става въпрос за нужди, които по съображения от обществен интерес държавата или регионален или местен орган са избрали като цяло да задоволяват сами или по отношение на които възнамеряват да запазят определящо влияние. [...] Следва да се добави, че в това отношение е без значение, че освен задачата си от обществен интерес посоченият субект изпълнява и други дейности със стопанска цел, щом продължава да поема грижата за нуждите от обществен интерес, които специално е задължен да задоволява. Частта, която заемат упражняваните със стопанска цел дейности в рамките на цялостните дейности на този субект, също е ирелевантна за целите на квалифицирането му като публичноправен орган“.

III) Директива 2004/18/ЕО, която понастоящем е заменена без изменения с Директива 2014/24/ЕС, се прилага към договорите на публичноправните организации, които са извън обхвата на специалните сектори, в които тези организации също извършват дейности и за които продължават да се прилагат специалните разпоредби в това отношение, що се отнася до присъщите на тези сектори дейности. Всъщност такъв е изводът в посоченото решение на Съда Ing. Aigner: „[п]оръчките, възлагани от субект с качеството на публичноправен орган по смисъла на Директива 2004/17 и Директива 2004/18, които са свързани с упражняването на дейности на този субект в един или няколко от посочените в членове 3—7 от Директива 2004/17 сектори, трябва да се подчиняват на предвидените от тази директива процедури. За сметка на това всички други поръчки, възлагани от този субект във връзка с упражняването на други дейности, попадат в приложното поле на процедурите, предвидени от Директива 2004/18. Всяка от тези две директиви се прилага без отлика между дейностите, които споменатият субект упражнява в изпълнение на задачата си да задоволява нужди от обществен интерес, и дейностите, които той упражнява при условия на конкуренция, дори и при наличие на счетоводство, което е насочено към разделението на секторите на дейност на този субект, с цел да се избегнат кръстосаните финансираия между тези сектори“.

- 30 Следователно Директива 2004/18/ЕО (понастоящем Директива 2014/24/ЕС), отнасяща се до обикновените сектори, се прилага за всички публичноправни организации, включително ако извършват дейност в специалните сектори, когато осъществяваната договорна дейност е извън рамките на тези сектори.
- 31 Поради това според запитващата юрисдикция за публичноправните организации в никакъв случай няма да отпадне компетентността на административния съд по отношение на договорните въпроси, предвидена за процедурите за възлагане на обществени поръчки, които се прилагат както за обикновения, така и за специалния сектор.

- 32 Следователно правната квалификация на Poste Italiane като публичноправна организация не може да се счита за „ирелевантна“, както е посочено от Касационния съд.
- 33 Освен това запитващата юрисдикция уточнява, че доводите на Касационния съд, изложени в точка 28, буква б), не се подкрепят от нормативните текстове: що се отнася до Директива 2004/18/ЕО (понастоящем Директива 2014/24/ЕС), всъщност е вярно, че възложителите включват възлагащите органи, а последните включват публичноправните организации, определени съгласно формулировката на член 3, параграф 1, буква d) от Законодателен декрет № 50/2016, което обаче означава само, че възложителите включват именно и публичноправните организации, без поради това те да са „изключени“ от кръга на възлагащите органи, посочени в същия член 3, параграф 1, буква а), за които безспорно се прилагат разпоредбите на Кодекса за обществените поръчки за обикновените сектори. Освен това квалификацията на възложителите, посочена в член 3, параграф 29 от Законодателен декрет № 163 от 2006 г. (понастоящем член 3, параграф 1, буква е) от Законодателен декрет № 50/2016), не е дерогация, а включва само по-широк субективен спектър за специалните сектори, докато приложение VI към същия Законодателен декрет № 163 съдържа само обикновен неизчерпателен списък на субектите, на които са възложени функции в специалните сектори, така че фактът, че дружеството Poste Italiane се посочва като възложител в този контекст, също не придобива значение на дерогация.
- 34 Освен това, още с решение на Европейската комисия [2008/383] от 30 април 2008 г. Poste Italiane е освободено от процедурите за възлагане на обществени поръчки за вътрешни и международни куриерски и експресни услуги, а с последващото Решение 2010/12/ЕС от 5 януари 2010 г. прилагането на Директива 2004/17/ЕО относно специалните сектори е изключено за финансовите услуги, управлявани от Bancoposta (влогонабиране, отпускане на заеми от името на банки и акредитирани финансови посредници, инвестиционни дейности и допълнително пенсионно осигуряване, разплащателни услуги и услуги за парични преводи).
- 35 Функционирането на субекта в конкурентна среда обаче представлява само показател за липсата на телеологичното изискване. За да се изключи изцяло това изискване, всъщност трябва да е налице и преследването на чисто икономически цели с пълно поемане на оперативния риск — обстоятелства, които не са налице при универсалната пощенска услуга, възложена на Poste Italiane до 30 април 2026 г. съгласно член 23, параграф 2 от Законодателен декрет № 261 от 1999 г. Член 3, параграф 12 от същия нормативен акт предвижда, че задължението за предоставяне на универсалната услуга се финансира чрез плащания за сметка на държавния бюджет. Следователно предприемаческият риск изглежда значително намален.

- 36 Като се има предвид посоченото решение [2008/383] на Комисията, може да се счита за определен, също и по смисъла на член 14, параграф 2 от Кодекса на обществените поръчки, обхватът на секторите, в които Poste Italiane може да извършва дейност чрез дерогация от общите правила, които са в сила за процедурите за възлагане на обществени поръчки: правила, въз основа на които досега се е считало, че теорията на заразяването е преодоляна за публичните предприятия, но не и за публичноправните организации, тъй като последните са длъжни — когато извършват дейност в специалните сектори — да спазват съответните разпоредби само за дейностите, които са свързани със самите сектори, без обаче да избягват разпоредбите за обикновените сектори за всяка друга дейност, с оглед на важните за общността интереси, които все пак са им поверени.
- 37 Поради това следва да се провери дали принципите, възприети в решението по дело Aigner, могат да не бъдат приложени, като се има предвид преобладаването на интересите с промишлен и търговски характер над тези, които представляват интерес за общността, обосноващи първоначалното създаване на публичноправната организация, или трябва да се приеме, че посочването на това създаване — което формално присъства в споменатия член 3, параграф 1, буква d), точка 1 от Законодателен декрет № 50 от 2016 г. — не може да се преодолее, включително за дружества, извършващи дейност в условията на широка конкуренция.
- 38 В разглежданата понастоящем ситуация обаче се поставя по-широк кръг от проблеми. Всъщност, на първо място, следва да се прецени връзката на разглеждания предмет на договора, не толкова със секторите, определени понастоящем се определят като „специални“ и уредени в член 114 и сл. от Кодекса за обществените поръчки (част II, дял VI, глава I), а по-скоро със секторите, които по определение продължават да са „изключени... от обективното приложно поле“ на същия кодекс (част I, дял II, член 4 и сл.), но чието възлагане във всеки случай трябва да се извършва, съгласно посочения член 4, „в съответствие с принципите на икономичност, ефективност, безпристрастност, равно третиране, прозрачност, пропорционалност, публичност, опазване на околната среда и енергийна ефективност“.
- 39 В настоящия случай въпросният сектор е този на електронните съобщения, който съгласно член 15 от Законодателен декрет № 50 от 2016 г., в съответствие с членове 7 и 8 от Директива 2014/24/ЕС е определен като изключен и който от своя страна е уреден от Рамкова директива 2002/21/ЕО за електронните съобщителни мрежи и услуги.
- 40 Връзката на разглежданата процедура за възлагане на обществени поръчки със сектор, който официално е „изключен“, но не е „извън“ обхвата на Кодекса за обществените поръчки, обаче не засяга компетентността на административния съд, тъй като член 4 от Законодателен декрет № 50 от 2016 г. включва процедура по договаряне, подходяща да се гарантира

спазването на определените критерии, във връзка с които съществуват законни интереси, които са от компетентността на посочения съд.

- 41 Запитващата юрисдикция счита, че въпросът относно понятието за „свързаност“ — по отношение на областите, които се отнасят до специалните сектори — като ограничение на компетентността на административния съд, трябва да бъде формулиран по различен начин, дори да може да се признае евентуалната промяна на понятието „публичноправна организация“ в „публично предприятие“, въз основа на някои особености на „изключените“ сектори, и по-специално на понятието „дейности, пряко изложени на конкуренцията“ (член 8 от Законодателен декрет № 50 от 2016 г.). Това е така, тъй като понастоящем конкурентният характер на пощенските услуги — макар и сам по себе си да не е решаващ по отношение на въпроса за компетентността (както за всички изключени сектори, посочени в членове 4—20 от Кодекса) — може обаче да бъде от значение, за да се изключи квалификацията на Poste Italiane като публичноправна организация, тъй като е организация, която действа в нормални пазарни условия, като се стреми към печалби и понася загуби от дейности, които в по-голямата си част понастоящем вече са пряко изложени на конкуренцията (Директива 2014/23/ЕС, съображение 21 и член 16).
- 42 Що се отнася до последния аспект, настоящата юрисдикция се съмнява, че признаването на Poste Italiane като „публично предприятие“ (ако бъде счетено за допустимо от Съда на ЕС), налага — в съответствие с постановеното в многократно посоченото решение № 16 от 2011 г. на Пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет) — извършването на строга преценка на връзката на обществената поръчка с областта, която се отнася до съответния специален сектор. Границите на тази преценка обаче във всеки случай са релевантни при определяне на конкретната правна уредба на отделната обществена поръчка, дори когато се обявява от субект, който може да бъде квалифициран като публичноправна организация и който действа в един от специалните сектори.
- 43 Докато всъщност изглежда, че може да бъде подкрепена тезата, че за предприятията (публични или частни, ако разполагат със специални или изключителни права) се прилага режимът на Кодекса за обществените поръчки „само в специалните сектори, а не като цяло... с произтичащата от това неприложимост на така наречената „теория на заразяването“, изложена в съдебната практиката по дело Mannesman...“ (Решение № 16/2011 на Пленума), в общностното законодателство (Директива 2014/25/ЕС) няма точно позоваване на понятието „свързаност“, в смисъл на пряка връзка между услугата и специалната дейност, като ограничение за приложимостта на разпоредбите на член 114 и сл. от Кодекса за обществените поръчки и на компетентността на административния съд.
- 44 По принцип в съображение 16 от Директива 2014/25/ЕС, която се отнася именно за специалните сектори, се признава възможността за възлагане на

обществени поръчки, свързани с „няколко дейности“, за които се прилагат „различни правни режими“, като във всеки случай към отделната поръчка се прилагат правилата, свързани със сектора, за който тя е „основно предназначена“, както може да се установи от документите за поръчката или както следва да бъде уточнено от възложителя.

- 45 Принципът е потвърден в член 6 от директивата, в който, в случай че не е направено уточнение, в параграф трети се определят точни критерии за приоритет, когато предметът на договора е свързан именно с области, уредени от повече от една директива.
- 46 Понятието „предназначение“ за определена дейност по избор на възложителя във всеки случай изглежда е много по-широко от възприетото в решение № 16 от 2011 г. на Пленума (с което услугата по охрана се признава за свързана със специален сектор, само ако се предоставя за енергийна мрежа, управлявана от ENI, но не и за охрана на съответните административни служби). Следва обаче в светлината на правната уредба на Общността да се постави въпросът дали договорът, който се счита „извън“ режима на специалните сектори, не трябва по-скоро да се отнася до всяка дейност, която публичните предприятия — или частните субекти, притежаващи изключителни права — на практика са свободни да предприемат, но определено извън въпросните сектори, както изисква принципът на „външност“, съгласно който може да се изключи прилагането на правилата на възлагане на обществени поръчки спрямо дейността по договора.
- 47 Всъщност член 13, параграф 1, буква б) от Директива 2014/25/ЕС очертава приложното ѝ поле към пощенските услуги, като се позовава широко на „услуги, различни от пощенските, при условие че тези услуги се предоставят от субект, който предоставя и пощенски услуги“, като последните включват както услугите, които са част от „универсалната услуга, установена в съответствие с Директива 97/67/ЕО, така и тези извън нейния обхват“ (член 13, параграф 2, буква б).
- 48 Накрая, както вече беше посочено, съображение 16 от Директива 2014/24/ЕС изисква да се уточни дейността, за която всъщност е предназначена обществената поръчка, към която по принцип се прилагат правилата за специалните сектори, но която понякога е предназначена да обхване други дейности. Това налага познаване на приложимия правен режим, със задълженията за прозрачност и правна сигурност, които представляват принципи, присъщи на целия сектор на обществените поръчки (включително секторите, които Законодателен декрет № 50 от 2016 г. определя като „изключени“).
- 49 На последно място, запитващата юрисдикция си задава въпроса дали е в съответствие с правната уредба на Общността, която обхваща и концепцията за злоупотреба с право (решение на Съда от 5 юли 2007 г., C-321/05, Kofoed),

все по-често срещаната в национална правна система практика да се повдига възражение за липса на компетентност на административния съд едва след първите негови решения, в това число за налагане на обезпечителни мерки, във връзка с процедури за възлагане на обществени поръчки, започнати в съответствие с Кодекса за обществените поръчки с обявления, публикувани в Официален вестник на Италианската република и в Официален вестник на Европейския съюз, без да се уточнява, че изборът е направен само по собствена инициатива на възложителя: избор, чиято законосъобразност и последици следва да бъдат преценявани от общия съд, който се предполага, че следва да се произнесе въз основа само на разпоредбите на Гражданския кодекс, тъй като Кодексът за обществените поръчки не е приложен под никаква форма (въпреки че изрично се прави позоваване на него и следователно е налице противоречие с легитимните очаквания, които могат да имат участниците).