

Sag C-419/19**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

29. maj 2019

Forelæggende ret:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italien)

Afgørelse af:

6. marts 2019

Sagsøger:

Irideos S.p.A.

Sagsøgt:

Poste Italiane S.p.A.

Øvrige parter i sagen:

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

Hovedsagens genstand

Søgsmål med påstand om annullation af de foranstaltninger, hvormed Poste Italiane S.p.A. (herefter »Poste Italiane«) den 22. oktober 2018 gav IRIDEOS S.p.A. meddelelse om tildelingen af delkontrakt 1 og 2 i »udbuddet i henhold til lovdekret 50/2016 – åben udbudsprocedure afholdt elektronisk for telekommunikationstjenester via højhastighedsfibernet i storbyer med DWDM-teknologi (MAN-teknologi)« til henholdsvis Fastweb S.p.A og Tim S.p.A samt om, at Poste Italiane tilpligtes at betale erstatning for det tab, som sagsøgeren har påstået at have lidt. Kontrasøgsmål anlagt af Tim S.p.A bl.a. med påstand om, at Poste Italiane genåbner udbudsproceduren.

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

- 1 Spørgsmålet om, hvorvidt den nationale bestemmelse i artikel 3, stk. 1, litra e), i lovdekret nr. 50 af 18. april 2016 (loven om offentlige kontrakter) er forenelig med EU-retten (direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU), når den omhandlede nationale bestemmelse ifølge den af Corte [suprema] di Cassazione (kassationsdomstolen) anlagte fortolkning (kendelse nr. 4899/2018, som ifølge national lovgivning er bindende hvad angår kompetencespørgsmål), skal opfattes således, at virksomheder, der henhører under de specielle sektorer og er anført i lovens del II, er undtaget fra de almindelige principper, som er fastlagt i lovens artikel 1 og artikel 3, stk. 1, litra a), med hensyn til pligten til at gennemføre en udbudsprocedure, når den kontrakt, som skal indgås, ikke vedrører aktiviteter inden for de specielle sektorer.
- 2 I den foreliggende sag skal den forelæggende ret tage stilling til to spørgsmål: Det første vedrører den bindende karakter, som afgørelser angående retternes kompetence truffet af plenarforsamlingen i Corte di Cassazione opnår i den italienske retsplejelovgivning; det andet angår den mulige udvikling af Domstolens praksis i lyset af den gradvise omlægning af en række enheder, som er oprettet i form af offentligretlige organer, til egentlige virksomheder, der har til formål at skabe gevinst og bærer tab forbundet med udøvelsen af deres aktiviteter, som i det væsentlige er undergivet almindelige konkurrencevilkår (jf. 21. betragtning til og artikel 16 i direktiv 2014/23/EU).
- 3 For så vidt angår det første spørgsmål bemærker den forelæggende ret, at det påhviler Corte di Cassazione med endelig afgørelse, som er bindende for afgørelsen vedrørende realiteten, at fastslå, om den ret, for hvilken sagen er indbragt, har kompetence i det italienske retssystem; Domstolen har imidlertid fastslået det almindelige princip om, at EU-retten er til hinder for, at en national ret er bundet af en national procedureregulering, hvorefter den pålægges at følge vurderinger, der er foretaget af en højere national ret, når det fremgår, at de vurderinger, som denne højere ret har foretaget, ikke er i overensstemmelse med EU-retten, som fortolket af Domstolen (jf. dom af 20.10.2011, C-396/09, Interdil Srl, under konkurs).
- 4 Således har de nationale retter adgang (eller pligt, når de skal træffe afgørelse i sidste instans) til at gå til Domstolen med et spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, såfremt der foreligger en »rimelig tvivl« vedrørende dens korrekte anvendelse, uafhængigt af enhver modstridende afgørelse truffet af [Corte suprema di] Cassazione angående retternes kompetence, eller af plenarforsamlingen i Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), som er bindende for denne rets afdelinger (jf. også Domstolens dom af 5.4.2016, C-689/13, Puligienica Facility, og af 6.10.1982, 283/81, Cilfit)

De præjudicielle spørgsmål

1) Skal selskabet Poste Italiane på baggrund af de førnævnte egenskaber kvalificeres som »offentligretligt organ« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra d), i lovdekret nr. 50/2016 og tilsvarende EU-direktiver (2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU)?

2) Har selskabet udelukkende pligt til at gennemføre udbudsprocedurer vedrørende offentlige kontrakter med tilknytning til deres virksomhed inden for de specielle sektorer i henhold til direktiv 2014/25/EU i deres egenskab af ordregivende enheder, hvis karakter af offentligretlige organer skal opfattes som omfattet af reglerne i del II i loven om offentlige kontrakter, således at disse selskaber på grundlag af principperne i 21. betragtning til og artikel 16 i direktiv 2014/23/EU i stedet har fuldstændig aftalefrihed – og alene skal følge privatretlige regler – med hensyn til kontrakter, som ikke henhører under disse sektorer? (dom nr. 4899 af 2018 fra Corte suprema di Cassazione (plenum) og for den sidste del dom nr. 16 af 2011 fra Consiglio di Stato (plenum)?

3) Er det samme selskab med hensyn til kontrakter, som ligger uden for området for de specielle sektorer, imidlertid stadig omfattet – såfremt de opfylder kravene for kvalificering som offentligretlige organer – af det generelle direktiv 2014/24/EU (og dermed af reglerne om udbudsprocedurer i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter), selv om de – som et led i deres udvikling i forhold til deres oprindelige karakter – udøver aktiviteter, der for størstedelens vedkommende har karakter af erhvervsvirksomhed og er undergivet almindelige konkurrencevilkår, som det kan udledes af nævnte dom i sag C-393/06 af 10. april 2008, Ing. Aigner, idet direktiv 2014/24/EU er til hinder for en anden fortolkning for kontrakter, der indgås af ordregivende myndigheder; af 21. betragtning til og artikel 16 i nævnte direktiv 2014/23/EU fremgår på den anden side kun et formodningskriterium, der gør det muligt at udelukke, at virksomheder, som fungerer på normale markedsvilkår, har karakter af offentligretligt organ, selv om det er klart, at den prioriterede reference er knyttet til organets oprettelsesfase på grundlag af de samme bestemmelser sammenholdt med hinanden i det tilfælde, at det pågældende organ har til opgave at mødekomme »almenhedens behov« (der i det foreliggende tilfælde fortsat foreligger).

4) Skal begrebet »instrumentel tilknytning« – til en specifik almennyttig tjenesteydelse – i tilfælde af kontorer, hvor der blandet udøves aktiviteter med tilknytning til den specielle sektor og andre former for virksomhed uden tilknytning hertil, undergives en ikke-snæver fortolkning (som hidtil lagt til grund i national retspraksis i overensstemmelse med nævnte dom nr. 16 af 2011 afsagt af plenarforsamlingen i Corte di Cassazione) i denne sidstnævnte henseende i strid med principperne i henhold til 16. betragtning til og artikel 6 og 13 i direktiv 2014/25/EU, som for at identificere den anvendelige lovgivning henviser til, hvad en aktivitet, der er reguleret af lov om offentlige kontrakter, »tager sigte på«. Det skal derfor fastslås, om alle disse aktiviteter i en relevant speciel sektor kan være »møntet på« denne sektor – også under de mindre strengt bindende betingelser,

der er specifikke for de udelukkede sektorer, i henhold til den ordregivende myndigheds intentioner (herunder kontrakter om såvel almindelig som ekstraordinær vedligeholdelse, rengøring, indretning samt tjenesteydelser i form af portvagt og overvågning af disse kontorer eller andre former for anvendelse af disse sidstnævnte, såfremt de skal forstås som tjenester for kunder), idet alene aktiviteter, der »ligger uden for« rent faktisk forbliver privatiserede, og som den offentlige eller private virksomhed frit kan udøve på helt andre områder i henhold til en lovgivning, der udelukkende henhører under civilloven og de almindelige domstoles kompetence (af interesse i denne sag henhører eksempelvis utvivlsomt den bankvirksomhed, som Poste Italiane udøver dertil, men det samme kan ikke siges om levering og anvendelse af elektroniske kommunikationsredskaber, hvis de anvendes til udøvelse af samtlige koncernens aktiviteter, selv om de er særligt nødvendige netop for bankvirksomhed). Det synes endvidere ikke irrelevant at fremhæve den »ubalance«, der kan udledes af den restriktive fortolkning, som aktuelt er gældende, hvorved der indføres helt forskellige regler vedrørende forvaltning af sammenlignelige eller tilstødende sektorer vedrørende tildeling af arbejds- eller tjenesteydelseskontrakter: på den ene side de detaljerede garantier, der følger af lov om offentlige kontrakter med henblik på at identificere den anden kontraktspart og på den anden side den erhvervsdrivendes fuldstændige aftalefrihed, som indebærer, at denne kan forhandle udelukkende for at varetage egne interesser uden nogen af de gennemsigtighedsgarantier, der er påkrævet for de specielle og udelukkede sektorer.

5) Er iværksættelsen af et udbud i henhold til en offentlig udbudsprocedure inden for rammerne af loven om offentlige kontrakter og i henhold til regler om offentliggørelse efter såvel nationale som EU-retlige regler relevant med hensyn til identificeringen af kontraktens formål eller sidstnævntes tilknytning til den relevante specielle sektor i overensstemmelse med det brede begreb »instrumentel tilknytning« som nævnt i spørgsmål 4 ovenfor, eller subsidiært, kan den indsigelse om forvaltningsdomstolens manglende kompetence, som blev rejst af samme organ, som indledte udbudsproceduren, eller af aktører som deltog deri med succes, anses for misbrug af rettigheder som omhandlet i Nicechartrets artikel 54, som en adfærd, der, selv om den ikke i sig selv kan indvirke på kompetencefordelingen (jf. også til dette punkt dom fra Consiglio di Stato plenarforsamling nr. 16 af 2011) i det mindste er relevant med henblik på erstatning og sagsomkostninger, eftersom den krænker den berettigede forventning hos de virksomheder, der deltager i samme udbud, og som ikke er blevet tildelt kontrakten og er sagsøgere i en retssag?

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter, især 21. betragtning samt artikel 16.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, især 16. betragtning samt artikel 7 og 8.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25 af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF, især 16. betragtning, artikel 5, stk. 5, artikel 6, stk. 2, og artikel 13, stk. 1, litra b).

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Kommissionens beslutning 2008/383/EF af 30. april 2008 om undtagelse af ekspres- og kurer-tjenester i Italien fra anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

Anførte nationale forskrifter

Legge 4 agosto 2017, n. 124 – Legge annuale per il mercato e la concorrenza (lov nr. 124 af 4.8.2017 – årlig konkurrencelov).

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 (lovdekret nr. 50 af 18.4.2016 – gennemførelse af direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU om tildeling af koncessionskontrakter, offentlige kontrakter og fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester samt om omorganisering af de gældende bestemmelser vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter), især artikel 3, stk. 1, litra a), c), d) og e), artikel 4, 8 og 10, artikel 14, stk. 2, artikel 15 og artikel 115-121, i særdeleshed 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 (lovdekret nr. 163 af 12.4.2006 – loven om offentlige bygge- og anlægskontrakter,

tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF), især artikel 3, stk. 26 og 29, samt bilag 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 (lovdekret nr. 261 af 22.7.1999 – gennemførelse af direktiv 97/67/EF om fælles regler for udvikling af Fællesskabets indre marked for posttjenester og forbedring af disse tjenesters kvalitet), især artikel 1, artikel 23, stk. 2, og artikel 3, stk. 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 (lovdekret nr. 58 af 31.3.2011 – gennemførelse af direktiv 2008/6/EF om ændring af direktiv 97/67/EF med henblik på fuld realisering af det indre marked for posttjenester i Fællesskabet) (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 (lovdekret nr. 487 af 1.12.1993 – post- og telemyndighedens omlægning til offentlig erhvervsdrivende virksomhed og omorganisering af ministeriet) (artikel 4).

Corte di Cassazione: kendelse nr. 4899 af 1. marts 2018.

Consiglio di Stato: dom nr. 16 af 1. august 2011; dom nr. 13-16 fra 2016.

Kort redegørelse for de faktiske omstændigheder og parternes væsentligste anbringender i hovedsagen

- 5 Selskabet Irideos anfægtede ved et søgsmål foranstaltningerne i udbudsproceduren, der var blevet iværksat af Poste Italiane »i henhold til lovdekret nr. 50 af 2016« for telekommunikationstjenester via højhastighedsfibernet i storbyer med DWDM-teknologi (MAN-teknologi). Disse tjenester havde til formål at gennemføre et datanet med henblik på sikker og hurtig overførsel af data fra selskabets forskellige kontorer ved hjælp af en særlig telekommunikationsteknologi – Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM), som giver mulighed for overførsel via det samme fibernet af flere signaler på forskellige bølgelængder uafhængigt og med mulighed for at forøge båndvidden, der er tilgængelig på den samme fibernetkanal, den deraf følgende mulighed for at forøge kvantiteten af de overførte data samt levering af det DWDM-udstyr, der er nødvendigt for implementeringen af de samme tjenester. De ovennævnte komponenter svarede til to delkontrakter til samme værdi til et beløb på i alt 10 220 000,00 EUR.
- 6 Sagsøgeren anfægtede særligt bedømmelseskriterierne for det tekniske tilbud, der var baseret på en formel, hvis bestemmelser medførte en tildeling af det

maksimalt antal point for enhver, der havde tilbudt at gennemføre projektet på mindre end 45 dage, således at kriteriet om, hvor hurtigt ydelsen kunne gennemføres, i realiteten blev annulleret, således at alle de operatører, der deltog i udbudsproceduren, opnåede det maksimale antal point, selv om sagsøgeren havde tilbudt en opfyldelsestid på 21 dage mod tilbuddet fra de øvrige parter i sagen på 44 dage.

- 7 I denne sammenhæng blev kontrakten i praksis kun tildelt på grundlag af det økonomiske tilbud. Den samlede procedure var således erklæret behæftet med en tilsidesættelse af lovgivningen og overskridelse af beføjelser i forskellige henseender.
- 8 De øvrige parter i sagen anfægtede sagsøgerens argumenter, og Tim s.p.a anlagde et kontrasøgsmål med påstand om, at udbudsproceduren blev genoptaget.
- 9 Den anden part i sagen Fastweb S.p.A. rejste endvidere indsigelse mod forvaltningsdomstolens kompetence. De omhandlede tjensteydelser havde ikke i sig selv streng forbindelse med posttjenester og henhørte således under et område, der falder uden for de »specielle sektorer« som omhandlet i artikel 120 i lovdekret nr. 50 af 2016.
- 10 Ifølge Fastweb S.p.A. var det ikke nødvendigt at undergive tildelingen af kontrakten en offentlig udbudsprocedure: den omhandlede telekommunikationsinfrastruktur understøtter nemlig Gruppo Postes forskellige aktiviteter i henhold til den særlige retlige ordning for aktiviteter, for hvilke selve infrastrukturen må anses for hovedsageligt at være bestemt for i henhold til artikel 5, stk. 5, artikel 6, stk. 2, i og 16. betragtning til direktiv 2014/25/EU, og har således ikke sit primære virke inden for posttjenesterne, som alene står for 30% af Poste Italianes omsætning. Den ordregivende myndigheds valgmulighed er på den anden side ikke tilstrækkelig til at fastslå, at forvaltningsdomstolen havde kompetence, henset til, at retspraksis ved adskillige lejligheder har bekræftet, at kompetencen til at behandle tvister, der ikke specifikt henhører under den specielle sektor, henhører hos de almindelige domstole, og at Poste Italiane ikke kan defineres som et offentligretligt organ, eftersom selskabet udøver sin virksomhed på normale markedsvilkår og har til formål at skabe gevinst og bærer tab.
- 11 Efterfølgende rejste også Tim S.p.A. den 19. februar 2019 indsigelse om, at forvaltningsdomstolen ikke havde kompetence og gjorde gældende, at alene procedurer for indgåelse af kontrakter, der i snæver forstand vedrører posttjenester, skal undergives reglerne om offentlige udbudsprocedurer.
- 12 Den manglende kompetence bekræftes af artikel 10 i lovdekret nr. 50 af 2016, som i overensstemmelse med artikel 7 i direktiv 2014/24/EU fra lovens anvendelsesområde udelukker kontrakter, når de tildeles af »en ordregivende myndighed, der leverer posttjenester« med henblik på »værdiforøgende tillægstjenester, der har forbindelse med og som udelukkende udføres med

elektroniske hjælpemidler, herunder sikret fremsendelse af kodede dokumenter ad elektronisk vej, adressestyring og fremsendelse af rekommanderet elektronisk post«.

- 13 Artikel 15 i samme lovdekret nr. 50 udelukker i overensstemmelse med artikel 8 i direktiv 2014/24/EU også anvendelse af loven om offentlige kontrakter for kontrakter, »som hovedsagelig har til formål at sætte de ordregivende myndigheder i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed eller drive et sådant net eller til at levere en eller flere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden«.
- 14 Artikel 8 i loven om offentlige kontrakter udelukker for sin del i overensstemmelse med artikel 13 i direktiv 2014/25/EU udførelse af posttjenester fra lovens anvendelsesområde, »såfremt aktiviteten er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår«.
- 15 På baggrund af udviklingen kan udbyderen af posttjenester endvidere ikke længere defineres som et »offentligretligt organ«, idet den ikke længere opfylder det teleologiske krav om at »varetage opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter«.
- 16 Pligten til at anvende de offentlige udbudsprocedurer er imidlertid også udelukket, såfremt en sådan retlig karakter må anerkendes, som følge af de allerede nævnte artikel 8, artikel 10, litra b), og artikel 15 i lovdekret nr. 50 af 2016; disse procedurer er også for offentligretlige organer kun påkrævede for leverancer og tjenester, der har nær tilknytning til de specielle sektorer (Corte suprema di Cassazione (plenum) nr. 4899 af 2018).
- 17 Tim S.p.A. anmodede tillige om, at såfremt den forelæggende ret var i tvivl om de fortolkningsmuligheder, der er sammenfattet ovenfor, skulle den indbringe spørgsmålet for Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF.
- 18 I det sammenfattende processkrift, der blev indgivet den 18. februar 2019, bekræftede Poste Italiane, at det anvendte kriterium var lovligt, og at den anvendte matematiske formel var korrekt. Ingen af dets forsvarsargumenter vedrørte imidlertid det præjudicielle spørgsmål om kompetence, der blev rejst af de øvrige parter i sagen, og på dette grundlag blev sagen optaget til dom.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 19 Vedrørende det kompetencespørgsmål, som er blevet rejst med hensyn til, om Poste Italiane generelt er undergivet loven om offentlige kontrakter vedrørende kontrakter, som vedrører posttjenester i snæver forstand, er der allerede med kendelse nr. 778 af 12. juli 2018 (sag C-521/18) blevet udtrykt tvivl over for Den Europæiske Unions Domstol om foreneligheden med EU-retten på grundlag af de gældende direktiver og tidligere domme fra Domstolen.

- 20 I det foreliggende tilfælde rejses imidlertid nogle mere generelle spørgsmål, som den samme forelæggende ret skal tage stilling til, og som derfor begrundes en ny kendelse, som kun delvist overlapper med den ovenfor nævnte.
- 21 Ifølge den forelæggende ret forudsætter det rejste spørgsmål om kompetence en undersøgelse af følgende:
- I) Poste Italianes retlige status under hensyntagen til den udvikling, der har fundet sted i postsektoren, som har været undergivet en stadigt større konkurrence.
- II) en definition af begrebet »instrumentel tilknytning« på grundlag af hvilket anvendelsesområdet for artikel 114 ff. i lov om offentlige kontrakter skal afgrænses med henblik på at begrænse det samme kompetenceområde for forvaltningsdomstolen (i det mindste for virksomheder, som ifølge den herskende opfattelse ikke har karakter af offentligretligt organ).
- III) bedømmelse af den berettigede forventning hos de virksomheder, der deltager i en udbudsprocedure, som iværksættes helt frivilligt for sektorer, der skal anses for at falde uden for reglerne om offentlig udbudsprocedure eller kun er udelukket fra den fulde anvendelse af loven om offentlige kontrakter, men ikke også de dertil knyttede principper.
- 22 Hvad angår karakteren af offentligretligt organ, skal spørgsmålet derom i henhold til artikel 3, stk. 1, litra c), i lovdekret nr. 50 af 2016 afgøres på grundlag af følgende parametre:
- 1) det er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter;
 - 2) det er en juridisk person (uanset om denne er af offentlig eller privat karakter);
 - 3) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.
- 23 Kategorien af »ordregivende enheder« kan inkludere »ordregivende myndigheder«, som specificeret ovenfor, eller offentlige virksomheder, der udøver en af de aktiviteter, der er anført i artikel 115-121 i loven om offentlige kontrakter, eller som – på trods af at de ikke er omfattet af de førnævnte kategorier – udøver de i disse bestemmelser nævnte aktiviteter og »råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed«. I medfør af lovens artikel 120 omfatter disse aktiviteter posttjenester.
- 24 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at kvalificeringen af Poste Italiane som offentligretligt organ vanskeligt kan bestrides. Selskabet har nemlig overtaget den

tidligere statslige forvaltningsmyndighed, som blev oprettet i tiden efter Italiens samling, med henblik på at effektivisere tjenesten. Aktuelt udøver Poste Italiane ganske vist også virksomhed i form af finansiering, forsikring og mobiltelefoni på konkurrencevilkår, men selskabet er stadig koncessionshaver for postbefordringspligten, hvilket medfører en obligatorisk tilvejebringelse, hvis udgift delvist dækkes gennem statslige midler, af grundlæggende tjenesteydelser i form af omdeling af postforsendelser og pakker til en kontrolleret pris i samtlige italienske kommuner, hvilket også bekræftes af, at Europa-Kommissionen har truet med en traktatbrudssag som følge af selskabets beslutning om ikke længere at omdele post i 4 000 kommuner, idet selskabet ikke anser denne tjenesteydelse for rentabel. Det skal derfor nødvendigvis lægges til grund, at det pågældende selskab, som er en juridisk person, er blevet oprettet til at varetage opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter, med direkte tilknytning til friheden til enhver form for afsendelse og modtagelse af meddelelser samt friheden til at anvende øvrige kommunikationsmidler [krav 1) og 2) til offentligretlige organer].

- 25 Med hensyn til krav 3) skal det erindres, at majoritetsaktionær i Poste Italiane er Ministero dell'Economia [e delle Finanze], som udpeger bestyrelsesmedlemmerne, og at selskabet er underlagt kontrol og opsyn af Ministero dello Sviluppo Economico og af Corte dei Conti (revisionsretten); revisorkollegiet består af tre faste medlemmer og tre suppleanter, som helt og holdent udpeges af de nævnte myndigheder. Endvidere har AGCOM kompetence til at træffe reguleringsforanstaltninger hvad angår kvaliteten og arten af postbefordringen, som reguleres i en programaftale indgået af udbyderen af posttjenesten og Ministero dello Sviluppo Economico.
- 26 Det grundlæggende element hos et offentligretligt organ er netop relevansen af de almene interesser, som varetages og i relation til hvilke en administrativ funktion nødvendigvis må vurdere, at målene vedrørende tjenestens kvalitet opfyldes, også selv om driften har profit for øje. Det påhviler nemlig forvaltningen konkret at varetage almene interesser, som ifølge staten svarer til tjenesteydelser, som borgerne skal have, og som derfor – selv om de tilvejebringes af aktører uden for det egentlige forvaltningsapparat – under alle omstændigheder skal opfylde kriterier om uafhængighed, god forvaltningsskik og gennemsigtighed.
- 27 På det subjektive plan foreligger der derfor tilstrækkelige elementer til at kunne kvalificere selskabet Poste Italiane som offentligretligt organ i medfør af artikel 3, stk. 1, litra d), i lovdekret nr. 50/2016, og i øvrigt er Consiglio di Stato i sin praksis enig i dette standpunkt..
- 28 En anden tilgang følger imidlertid af en nyligt afsagt kendelse fra Corte di cassazione plenarforsamling nr. 4899 den 1. marts 2018, og hvortil der i nærværende sag henvises af de øvrige parter i sagen til støtte for indsigelsen om manglende kompetence. I kendelsen blev følgende principper fastslået:

a) Om end selskabet Poste Italiane skal opfylde »postbefordringspligten«, udøver det aktuelt også finansiell virksomhed eller under alle omstændigheder aktiviteter, som ikke vedrører postomdeling, som nu også finder sted på et konkurrencepræget marked.

b) Direktiv 2004/18/EF har »udtrykkeligt udelukket« Poste Italiane fra kategorien af offentligretlige organer. Poste Italiane er nu kvalificeret som ordregivende enhed i medfør af artikel 3, stk. 29, i og bilag VI F til lovdekret nr. 163/2006, fordi selskabet ikke opfylder »det teleologiske krav om varetage af opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter, og som indebærer, at enheden udelukkende må varetage sådanne opgaver og ikke må udøve andre former for virksomhed«.

d) »Den eventuelle kvalificering af Poste Italiane som offentligretligt organ« er under alle omstændigheder »irrelevant«, fordi spørgsmålet om, hvorvidt selskabet er omfattet af reglerne om udbudsprocedurer, skal løses i henhold til bestemmelserne om de specielle sektorer, eftersom Poste Italiane betragtes som en ordregivende enhed.

29 Corte di Cassazione overvejelser, i særdeleshed de i litra b) og d) anførte, synes at være i strid med dom af 10. april 2008, C-393/06, Ing. Aigner, hvor Domstolen nåede frem til følgende hermed modstridende konklusioner:

I) Direktiv 2004/17/EF (nu 2014/25/EU) regulerer kontrakter inden for de såkaldte »specielle sektorer« (vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester), hvori »ordregivende enheder« ikke blot kan være »ordregivende myndigheder« [som nu defineret i artikel 3, stk. 1, litra a), i lovdekret nr. 50/2016], men også »offentlige virksomheder« eller »virksomheder, som råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat«, for så vidt som disse organer udøver en af de former for virksomhed, der er omfattet af sektoren: bestemmelserne i det tilsvarende direktiv skal nemlig fortolkes indskrænkende og kan således alene finde anvendelse på kontrakter inden for den pågældende sektor, idet der bortses fra »smitteteorien« som omhandlet i dom af 15. januar 1998, C-44/96, Mannesmann (jf. i denne retning også dom af 16.6.2005, C-462/03 og C-463/03, Strabag og Kostmann).

II) Hvad angår offentligretlige organer [ifølge definitionen i direktiv 2014/24/EU og 2014/25/EU, som gennemført i artikel 3, stk. 1, litra d), i lovdekret nr. 50/2016] skal fortolkningen derimod ikke være indskrænkende, men funktionel, og således tage udgangspunkt i, hvorvidt organet er oprettet til at varetage opgaver af almen interesse, der »ikke har industriel eller kommerciel karakter«. Det er i denne henseende ifølge Ing. Aigner-dommen [»]uden betydning, at sådanne behov ligeledes imødekommes eller kunne imødekommes af private virksomheder. Det væsentlige er, at der er tale om behov, som staten eller en lokal myndighed af hensyn til almenvellet i almindelighed vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke de ønsker at bevare en afgørende

indflydelse. [...] Det skal tilføjes, at det i denne henseende er uden betydning, at dette organ ud over dets opgave af almen interesse ligeledes udøver andre former for virksomhed med profit for øje, når det fortsætter med at udføre de opgaver af almen interesse, som det specielt er forpligtet til at varetage. Den del af organet, der udøver virksomhed med profit for øje inden for rammerne af organets samlede virksomhed, er ligeledes uden betydning ved kvalificeringen af organet som offentligretligt organ«.

III) Direktiv 2004/18/EF, som nu uden ændringer er erstattet af direktiv 2014/24/EU, finder anvendelse på kontrakter indgået af offentligretlige organer, som ikke henhører under de specielle sektorer, hvori disse organer alligevel udøver virksomhed og som forbliver omfattede af den tilsvarende speciallovgivning med hensyn til virksomhed inden for disse sektorer. Domstolen konkluderede nemlig i Ing. Aigner-dommen, at »de kontrakter, der indgås af et organ, der udgør et offentligretligt organ i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17 og direktiv 2004/18, der har forbindelse til virksomhed, som dette organ udøver inden for en eller flere af de sektorer, der er anført i artikel 3-7 i direktiv 2004/17, skal omfattes af de i dette direktiv fastsatte fremgangsmåder. Derimod er alle de øvrige kontrakter, der indgås af dette organ i forhold til udøvelse af anden virksomhed, omfattet af de i direktiv 2004/18 fastsatte fremgangsmåder. Begge disse to direktiver finder anvendelse uden sondring mellem den virksomhed, som nævnte organ udøver med henblik på at varetage opgaver af almen interesse, og den virksomhed, som det udøver på konkurrencevilkår, selv når der foreligger et regnskab, der har til formål at foretage en sektoropdeling af dette organs virksomhed med henblik på at undgå krydsfinansiering mellem disse sektorer«.

- 30 Som en konsekvens heraf finder direktiv 2004/18/EF (nu 2014/24/EU) om de almindelige sektorer anvendelse på alle offentligretlige organer, selv når de udøver virksomhed inden for de specielle sektorer, såfremt genstanden for den pågældende kontrakt ikke henhører under de sidstnævnte sektorer.
- 31 Efter den forelæggende rets opfattelse skal sager om kontrakter indgået af offentligretlige organer i alle tilfælde behandles af forvaltningsdomstolene, der netop har den kompetence i udbudsprocedurer, som er påkrævet både med hensyn til de almindelige og specielle sektorer.
- 32 Den retlige kvalificering af Poste Italiane som offentligretligt organ kan altså ikke – i modsætning til Corte Cassazione's standpunkt – antages at være »irrelevant«.
- 33 Den forelæggende ret præciserer endvidere, at de ovenfor i punkt 28, litra b), nævnte overvejelser fra Corte di Cassazione ikke understøttes af lovbestemmelserne: det er sandt, at ordregivende enheder ifølge direktiv 2004/18/EF (nu 2014/24/EU) også omfatter ordregivende myndigheder, herunder offentligretlige organer som defineret i ovennævnte artikel 3, stk. 1, litra d), i lovdekret nr. 50/2016, men dette indebærer alene, at ordregivende enheder netop omfatter offentligretlige organer, uden at disse umiddelbart »udelukkes« fra

kategorien af ordregivende myndigheder som omhandlet i samme artikel 3, stk. 1, litra a), idet disse myndigheder ubestridt skal følge bestemmelserne i loven om offentlige kontrakter med hensyn til de almindelige sektorer. Endvidere udgør kvalificeringen af ordregivende enheder i artikel 3, stk. 29, i lovdekret nr. 163/2006 [nu artikel 3, stk. 1, litra e), i lovdekret nr. 50/2016], ikke en undtagelse, men medfører blot, at de specielle sektorer omfatter en videre personkreds, medens bilag VI til lovdekret nr. 163/2006 alene indeholder en ikke udtømmende fortegnelse over enheder, som skal varetage opgaver inden for de specielle sektorer, således at den omstændighed, at selskabet Poste Italiane i denne sammenhæng anføres som ordregivende enhed, ligeledes ikke har relevans med hensyn til undtagelse.

- 34 Endvidere fastsatte allerede Kommissionens beslutning [2008/383] af 30. april 2008, at Poste Italianes kontrakter vedrørende ekspres- og kurertjenester, både ind- og udlandstjenester, ikke skulle være undergivet almindelige konkurrencevilkår, og ved den efterfølgende afgørelse 2010/12/EU af 5. januar 2010 blev anvendelse af direktiv 2004/17/EF om de specielle sektorer udelukket med hensyn til finansielle tjenester, som udbydes af Bancoposta (modtagelse af indlån fra offentligheden, udlån på vegne af banker og godkendte finansielle formidlere, investerings- og supplerende pensionsprodukter, tjenester vedrørende betalinger og pengeoverførsler).
- 35 Imidlertid udgør enhedens virksomhed på det konkurrenceprægede marked kun en indikation på manglende opfyldelse af det teleologiske krav. For helt at udelukke, at dette krav er opfyldt, skal der også være tale om forfølgelse af målsætninger af udelukkende økonomisk art, hvor enheden bærer hele den erhvervsmæssige risiko: de sidstnævnte betingelser er ikke opfyldt med hensyn til postbefordringspligten, som Poste Italiane skal opfylde indtil den 30. april 2026 i henhold til artikel 23, stk. 2, i lovdekret nr. 261/1999. Samme lovdekrets artikel 3, stk. 12, bestemmer, at udgiften til opfyldelsen af befordringspligten dækkes gennem statslige midler. Som følge heraf synes den erhvervsmæssige risiko at være stærkt begrænset.
- 36 På baggrund af Kommissionens nævnte beslutning [2008/383] er det således muligt at fastlægge, herunder i medfør af artikel 14, stk. 2, i loven om offentlige kontrakter, omfanget af de sektorer, hvori Poste Italiane kan udøve virksomhed uden at skulle overholde de almindelige regler om offentlige kontrakter: ifølge disse regler har man hidtil lagt til grund, at der kunne bortses fra smitteteorien i tilfælde af offentlige virksomheder, men dog ikke i tilfælde af offentligretlige organer, fordi de sidstnævnte – såfremt de udøver virksomhed inden for de specielle sektorer – alene skal følge den tilsvarende lovgivning hvad angår aktiviteter, som har instrumentel tilknytning til disse sektorer, og imidlertid overholde lovgivningen om de almindelige sektorer med hensyn til alle andre former for aktiviteter rettet mod de relevante almene interesser, som disse organer har fået til opgave at varetage.
- 37 Det skal således undersøges, om der kan bortses fra de i Ing. Aigner-dommen fastslåede principper, såfremt interesser af industriel eller kommerciel karakter er

mere tungtvejende end de almene interesser, der lå til grund for den oprindelige oprettelse af det pågældende offentligretlige organ, eller om henvisningen til denne institution – som formelt findes i ovennævnte artikel 3, stk. 1, litra d), nr. 1, i lovdekret nr. 50/2016 – skal anses for at være ufravigelig selv med hensyn til virksomheder, hvis drift i vidt omfang er undergivet almindelige konkurrencevilkår.

- 38 I den foreliggende situation rejses imidlertid nogle mere generelle spørgsmål. Der skal nemlig først foretages en vurdering af den omhandlede kontraktmæssige genstands tilknytning ikke så meget til de sektorer, der for nærværende er defineret som »specielle«, og som er reguleret af artikel 114 ff. i loven om offentlige kontrakter, (Del II, Afsnit VI, Kapitel I), men mere til de sektorer, der fortsat er defineret som »udelukket fra det objektive anvendelsesområde« for samme lov (Del I, Afsnit II, artikel 4 ff.), i forhold til hvilken tildeling i henhold til den nævnte artikel 4 imidlertid skal ske »under overholdelse af principperne om sparsommelighed, effektivitet, upartiskhed, ligebehandling, gennemsigtighed, proportionalitet, offentliggørelse, miljøbeskyttelse og energieffektivitet«.
- 39 I det foreliggende tilfælde er den sektor, der er omhandlet, sektoren for elektronisk kommunikation, som i overensstemmelse med artikel 7 og 8 i direktiv 2014/24/EU ved artikel 15 i lovdekret nr. 50 af 2016 er udelukket og i sig selv genstand for rammedirektivet for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester 2002/21/EF.
- 40 Tilknytningen for den udbudsprocedure, der er omhandlet, til en sektor, som formelt er »udelukket«, men som ikke »ligger uden for« loven om offentlige kontrakter, berører ikke forvaltningsdomstolens kompetence, idet artikel 4 i lovdekret nr. 50 af 2016 indebærer et udbud med forhandling, der kan sikre overholdelsen af de opregnede kriterier, i forhold til hvilke der foreligger legitime interesser, som falder inden for nævnte domstols kompetence.
- 41 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at spørgsmålet vedrørende begrebet »instrumentel tilknytning« i forhold til de forskellige former for virksomhed i de specielle sektorer skal formuleres anderledes som en begrænsning af forvaltningsdomstolens kompetence, også såfremt det kan fastslås, at der er sket en mulig udvikling i begrebet »offentligretligt organ« i forhold til begrebet »offentlig virksomhed« baseret på visse særlige forhold ved de »udelukkede« sektorer og specifikt »aktiviteter, der er direkte udsat for konkurrence« (artikel 8 i nævnte lovdekret nr. 50 af 2016). Dette gælder, fordi den nuværende konkurrencemæssige karakter af posttjenesten, selv om dette ikke i sig selv er afgørende i forholdet til spørgsmålet om jurisdiktion (som for alle de udelukkede sektorer i henhold til lovens artikel 4-20) dog vil kunne have betydning for at afvise, at Poste Italiane skal kvalificeres som et offentligretligt organ, der fungerer på normale markedsvilkår, har til formål at skabe gevinst og bærer tab (21. betragtning til og artikel 16 i direktiv 2014/23/EU).

- 42 I denne sidstnævnte henseende er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt den omstændighed, at anerkendelsen af Poste Italiane som en »offentlig virksomhed« (såfremt EU-Domstolen tillige skulle fastslå dette), i overensstemmelse med det fastslåede i den flere gange omtalte dom afsagt af Consiglio di Stato plenarforsamling nr. 16 af 2011 indebærer, at der skal foretages en restriktiv bedømmelse af kontraktens tilknytning til emneområdet, der er specifik for den relevante specielle sektor. Grænserne for en sådan bedømmelse er imidlertid relevante for at fastlægge de særlige retlige rammer for den enkelte udbudsprocedure, også såfremt den udskrives af en enhed, der kan kvalificeres som et offentligretligt organ, som udøver virksomhed inden for en af de specielle sektorer.
- 43 Mens påstanden om, at virksomheder (offentlige eller private, såfremt disse sidstnævnte er indehavere af en særlig ret eller en eneret) er omfattet af loven om offentlige kontrakter »*begrænset til specielle sektorer og ikke i generelle vendinger [...] med en deraf manglende mulighed for at anvende den såkaldte smitteteori som omhandlet i Mannesman-dommen*« (dom fra Consiglio di Stato plenarforsamling nr. 16/2011) forekommer holdbar, må det afvises, at EU-lovgivningen (direktiv 2014/25/EU) genopliver en præcis henvisning til begrebet »instrumentel tilknytning«, såfremt det skal forstås som en direkte tilknytning til tjenesteydelsens specielle virksomhed som en begrænsning af anvendelsen af bestemmelserne i artikel 114 ff. i loven om offentlige kontrakter og af samme kompetence for fovaltningsdomstolen.
- 44 Generelt anerkender 16. betragtning til direktiv 2014/25/EU, der netop henviser til de specielle sektorer, til muligheden for at tildele kontrakter »for flere aktiviteter«, der kan være underlagt »forskellige retlige ordninger«, idet reglerne for den sektor, for hvilken kontrakten »først og fremmest tager sigte på«, finder anvendelse, som det kan udledes af udbudsdokumenterne, eller som det under alle omstændigheder skal specificeres af den ordregivende myndighed.
- 45 Princippet gentages i samme direktivs artikel 6, som i tilfælde af manglende specificering i stk. 3 præciserer prioriteringsparametrene, når den kontraktmæssige genstand vedrører områder, som er reguleret af mere end et direktiv.
- 46 Begrebet »møntet på« en bestemt aktivitet efter den ordregivende myndigheds valg forekommer under alle omstændigheder klart bredere end det, der blev vedtaget af plenarforsamling nr. 16 af 2011 (hvorved en vagttjeneste kun blev anset for relevant i forhold til den specielle sektor, såfremt den blev engageret til et energinet drevet af ENI, men ikke for overvågning af de relaterede administrative kontorer). Spørgsmålet er imidlertid på baggrund af EU-retten, om den kontrakt, der skal anses for »at ligge uden for« ordningen for de specielle sektorer ikke snarere skal henvises til enhver aktivitet, som de offentlige virksomheder eller private subjekter, der er indehavere af en enerettighed, rent faktisk frit kan indlede, men som ligger klart uden for de omhandlede sektorer,

som det tilsiges af det fastslåede princip om »at ligge uden for«, der indebærer, at kontraktmæssig aktivitet undergives reglerne om offentlige udbudsprocedurer.

- 47 Artikel 13, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/25/EU redegør nemlig for samme direktivs anvendelsesområde på posttjenester med et udvidet referencegrundlag vedrørende »andre tjenester end posttjenester, hvis disse tjenester leveres af en enhed, der også leverer posttjenester«, som både omfatter »tjenester, som hører under, og som ikke hører under den befordringspligt, der er fastsat ved direktiv 97/67/EF« (artikel 13, stk. 2, litra b).
- 48 Endelig er det også blevet fremhævet, hvordan 16. betragtning til direktiv 2014/24/EU kræver en specificering af den aktivitet, som en kontrakt, der i teorien er undergivet reglerne for de specielle sektorer, men som til tider er møntet på også at regulere andre aktiviteter, rent faktisk er møntet på. Det ovenstående kræver, at det vides, hvilken retlig ordning der finder anvendelse, herunder forpligtelsen til at sikre gennemsigtighed og retssikkerhed, som udgør iboende principper i hele sektoren for offentlige kontrakter (herunder de sektorer, som lovdekret nr. 50 af 2016 definerer som »udelukket«).
- 49 Endelig ønsker den forelæggende ret oplyst, om en praksis, som er stadig mere udbredt i de nationale retssystemer, hvorefter der først kan rejses indsigelse om, at en forvaltningsdomstol savner kompetence, efter denne domstols første afgørelser, herunder foreløbige afgørelser, for udbud, der indledes i henhold til lov om offentlige kontrakter ved bekendtgørelser, som offentliggøres i de officielle tidender i Den Italienske Republik og EU, er i overensstemmelse med begrebet retsmisbrug i EU-retten (Domstolens dom af 5.7.2007, sag C-321/05, Kofoed), uden nogen præcisering i denne forbindelse af den karakter af egen handlefrihed ved den ordregivende myndigheds valg, hvis lovlighed og virkninger bør undergives prøvelse af de almindelige domstole, som, må det lægges til grund, udelukkende skal træffe afgørelse på grundlag af bestemmelserne i civillovbogen, idet lov om offentlige kontrakter ikke i nogen henseende kan finde anvendelse (til trods for, at den udtrykkeligt er blevet påberåbt og således er i strid med det, som deltagerne var berettiget til at forvente).