

Υπόθεση C-419/19

**Σύνοψη της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 98,
παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου**

Ημερομηνία καταθέσεως:

29 Μαΐου 2019

Αιτούν δικαστήριο:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Ιταλία)

Ημερομηνία της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου:

6 Μαρτίου 2019

Προσφεύγουσα:

Irideos S.p.A.

Καθής:

Poste Italiane S.p.A.

Άμεσα ενδιαφερόμενες:

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

Αντικείμενο της κύριας δίκης

Εισαγωγικό δικόγραφο προσφυγής με αντικείμενο την ακύρωση των αποφάσεων με τις οποίες στις 22 Οκτωβρίου 2018 η Poste Italiane S.p.A (στο εξής: Poste Italiane) κοινοποίησε στην IRIDEOS S.p.A. την ανάθεση της παρτίδας 1 και της παρτίδας 2 του διαγωνισμού σχετικά με «Δημόσια σύμβαση κατά την έννοια του ν.δ. 50/2016 – Ανοιχτή διαδικασία διαγωνισμού μέσω τηλεματικής για τις Υπηρεσίες Τηλεπικοινωνιών σε μητροπολιτικό δίκτυο υψηλής ταχύτητας με οπτική ίνα και τεχνολογία DWDM (MAN)», αντίστοιχα, στις εταιρίες Fastweb S.p.A και Tim S.p.A., καθώς και την επιβολή στην Poste Italiane υποχρεώσεως αποκαταστάσεως της ζημίας που η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι υπέστη. Αντίθετη προσφυγή που άσκησε η Tim S.p.A. με αντικείμενο, μεταξύ άλλων, την καταδίκη της Poste Italiane στην επανάληψη του διαγωνισμού.

Το πραγματικό και νομικό πλαίσιο της απόφασης περί παραπομπής

- 1 Συμβατότητα με τη νομοθεσία της Ένωσης (οδηγίες 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ) της εθνικής διάταξης του άρθρου 3, παράγραφος 1, στοιχείο ε), του νομοθετικού διατάγματος 50 της 18ης Απριλίου 2016 (Κώδικας δημοσίων συμβάσεων· στο εξής: ν.δ. 50/2016 ή Κώδικας ή Κώδικας δημοσίων συμβάσεων), όταν ο κανόνας αυτός νοείται, σύμφωνα με την ερμηνεία που δόθηκε από το Corte di cassazione (Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο, Ιταλία) (διάταξη αριθ. 4899/2018, δεσμευτική στο εθνικό δίκαιο για τα ζητήματα δικαιοδοσίας), ότι εισάγει παρεκκλίσεις για τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στους ειδικούς τομείς, οι οποίοι μνημονεύονται στο μέρος II του Κώδικα, σχετικά με τις γενικές αρχές που διατυπώνονται στο άρθρο 1 και στο άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο α), του Κώδικα αυτού, όσον αφορά την υποχρέωση διεξαγωγής διαδικασιών δημόσιου διαγωνισμού για τη σύναψη συμβάσεων, όταν η σύμβαση που πρόκειται να συναφθεί δεν συνδέεται με τις δραστηριότητες των ειδικών τομέων.
- 2 Στην παρούσα δίκη το αιτούν δικαστήριο πρέπει επιπλέον να αντιμετωπίσει μια διττή προβληματική: η πρώτη αφορά τον δεσμευτικό χαρακτήρα των αποφάσεων της διευρυμένης σύνθεσης του Corte di cassazione (Ανώτατου Ακυρωτικού Δικαστηρίου) ως προς τη δικαιοδοσία στο πλαίσιο του ιταλικού δικονομικού δικαίου· η δεύτερη αφορά την ενδεχόμενη εξέλιξη της νομολογίας του Δικαστηρίου, δεδομένης της σταδιακής μετατροπής ορισμένων νομικών οντοτήτων, που ιδρύθηκαν ως οργανισμοί δημοσίου δικαίου, σε αμιγείς επιχειρήσεις που επιδιώκουν κέρδη και υφίστανται ζημίες, και των οποίων η δραστηριότητα ασκείται κυρίως υπό συνθήκες ανταγωνισμού (βλ. αιτιολογική σκέψη 21 και άρθρο 16 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ).
- 3 Όσον αφορά το πρώτο ζήτημα, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι το Corte di cassazione (Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο) κλήθηκε να διαπιστώσει, κατά τρόπο οριστικό και δεσμευτικό για την απόφαση επί της ουσίας της διαφοράς, τη δικαιοδοσία του δικαστηρίου που επιλήφθηκε της υπόθεσης στο πλαίσιο του ιταλικού δικονομικού συστήματος· το Δικαστήριο, εντούτοις, διατύπωσε τη γενική αρχή κατά την οποία το δίκαιο της Ένωσης εμποδίζει το να δεσμεύεται ένα εθνικό δικαστήριο από κανόνα εθνικού δικονομικού δικαίου, με βάση τον οποίο για το δικαστήριο αυτό οι εκτιμήσεις ενός ανώτερου εθνικού δικαστηρίου είναι υποχρεωτικές, όταν προκύπτει ότι οι εκτιμήσεις του τελευταίου δεν είναι σύμφωνες με το δίκαιο της Ένωσης, όπως ερμηνεύθηκε από το προαναφερθέν Δικαστήριο (βλ. απόφαση της 20ής Οκτωβρίου 2011, υπόθεση C-396/09, υπό εκκαθάριση Interedil s.r.l.).
- 4 Υφίσταται συνεπώς η ευχέρεια (ή η υποχρέωση, για τα δικαστήρια τελευταίου βαθμού δικαιοδοσίας) να υποβάλουν αίτηση προδικαστικής απόφασης στο Δικαστήριο, όταν συντρέχει «εύλογη αμφιβολία» σχετικά με την ορθή εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης, ανεξάρτητα από τυχόν αντίθετη απόφαση του Corte di cassazione (Ανώτατου Ακυρωτικού Δικαστηρίου) ως προς τη δικαιοδοσία, ή της Ολομέλειας του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας, Ιταλία), η οποία είναι δεσμευτική για τα τμήματα του ίδιου του Consiglio di Stato (Συμβουλίου

της Επικρατείας) (βλ. επίσης αποφάσεις του Δικαστηρίου της 5ης Απριλίου 2016, υπόθεση C-689/13, Puligienica Facility και της 6ης Οκτωβρίου 1982, υπόθεση 283/81, Cilfit).

Προδικαστικά ερωτήματα

1) Πρέπει η εταιρία Poste Italiane s.p.a., με βάση τα προαναφερθέντα χαρακτηριστικά, να χαρακτηριστεί ως «οργανισμός δημοσίου δικαίου», κατά το άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο d), του νομοθετικού διατάγματος 50/2016 και τις κοινοτικές οδηγίες αναφοράς (2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ);

2) Οφείλει η εν λόγω εταιρία να διεξάγει διαδικασίες δημοσίου διαγωνισμού για τη σύναψη συμβάσεων μόνο για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων οι οποίες αφορούν άμεσα τη δραστηριότητα που ασκεί στους ειδικούς τομείς, οι οποίοι μνημονεύονται στην οδηγία 2014/25/ΕΕ, με βάση την οποία θα πρέπει να θεωρείται ως έχουσα την ιδιότητα του οργανισμού δημοσίου δικαίου σύμφωνα με τους κανόνες του μέρους II του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, ενώ, αντιθέτως, διαθέτει πλήρη διαπραγματευτική αυτονομία –και υπόκειται σε κανόνες αποκλειστικά ιδιωτικού δικαίου– για τη συμβατική δραστηριότητα που δεν συνδέεται, υπό στενή έννοια, με τους εν λόγω τομείς, λαμβανομένων υπόψη των αρχών που διαλαμβάνονται στην αιτιολογική σκέψη 21 και στο άρθρο 16 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ; [μνημονευθείσα διάταξη της διευρυμένης σύνθεσης του Corte di cassazione (Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου, Ιταλία), αριθ. 4899/2018 και, για το τελευταίο μέρος, μνημονευθείσα απόφαση της Ολομέλειας του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας, Ιταλία), αριθ. 16/2011];

[3] Εξακολουθεί, αντιθέτως, η ίδια εταιρία, για τις συμβάσεις που θεωρούνται άσχετες με το αντικείμενο των ειδικών τομέων –και για την περίπτωση που πληροί τα κριτήρια του οργανισμού δημοσίου δικαίου– να υπάγεται στη γενική οδηγία 2014/24/ΕΕ (και συνεπώς στους κανόνες για τη σύναψη συμβάσεων κατόπιν δημοσίου διαγωνισμού, τηρουμένων των διατυπώσεων δημοσιότητας) ακόμη και όταν ασκεί δραστηριότητες κατά κύριο λόγο επιχειρηματικού χαρακτήρα και υπό συνθήκες ανταγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη ότι η εταιρία αυτή έχει εξελιχθεί από τον χρόνο συστάσεώς της, όπως συνάγεται από τη μνημονευθείσα απόφαση της 10ης Απριλίου 2008 στην υπόθεση C-393/06 – Ing. Aigner, με αποτέλεσμα να αποκλείεται μια διαφορετική ερμηνεία της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, για συμβάσεις που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές; Από την άλλη πλευρά, η αιτιολογική σκέψη 21 και το άρθρο 16 της μνημονευθείσας οδηγίας 2014/23/ΕΕ θέτουν μόνον ένα κριτήριο, με σκοπό να αποκλειστεί η φύση του οργανισμού δημοσίου δικαίου για τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται υπό κανονικές συνθήκες αγοράς, δεδομένου ότι, εν πάση περιπτώσει, είναι σαφές, από τον συνδυασμό των εν λόγω διατάξεων, η κατά προτεραιότητα αναφορά στο στάδιο σύστασης του φορέα, για την περίπτωση που ο τελευταίος αποσκοπεί στην κάλυψη «αναγκών γενικού συμφέροντος» (οι οποίες, εν προκειμένω, εξακολουθούν να υφίστανται και δεν έχουν ακόμη εξαιρεθεί).

[4] Πρέπει, εν πάση περιπτώσει, λόγω ύπαρξης γραφείων στα οποία ασκούνται, κατά τρόπο μικτό, δραστηριότητες σχετικές με τον ειδικό τομέα και δραστηριότητες διαφορετικές, η έννοια της «λειτουργικότητας» –όσον αφορά την εξυπηρέτηση συγκεκριμένου δημοσίου συμφέροντος– να νοηθεί κατά τρόπο μη περιοριστικό [όπως μέχρι σήμερα θεωρούνταν από την εθνική νομολογία, σε συμφωνία με τη μνημονευθείσα απόφαση αριθ. 16/2011 της Ολομέλειας του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας)], καθόσον αντιτίθενται σε αυτό το τελευταίο σημείο οι αρχές που μνημονεύονται στην αιτιολογική σκέψη 16, καθώς και τα άρθρα 6 και 13 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, τα οποία παραπέμπουν – για τον προσδιορισμό της εφαρμοστέας ρύθμισης– στην έννοια του «προορισμού» για μία εκ των δραστηριοτήτων οι οποίες ρυθμίζονται από τον κώδικα δημοσίων συμβάσεων; Πρέπει να διευκρινιστεί, συνεπώς, εάν δύνανται να «προορίζονται» για τον ειδικό τομέα αναφοράς –ακόμη και με μετριάσμο του δεσμευτικού χαρακτήρα των όρων που διέπουν τους τομείς που εξαιρούνται,– όλες οι δραστηριότητες που εμπίπτουν στον σκοπό του τομέα αυτού, σύμφωνα με τις προθέσεις της αναθέτουσας αρχής (συμπεριλαμβανομένων σε αυτές, ως εκ τούτου, των συμβάσεων που είναι σχετικές με τη συντήρηση είτε τακτική είτε έκτακτη, την καθαριότητα, την επίπλωση, καθώς και τις υπηρεσίες θυρωρείου και φύλαξης των γραφείων, ή με άλλους τρόπους χρήσης των τελευταίων, υπό την έννοια της υπηρεσίας πελατών), ώστε να εξακολουθούν στην πραγματικότητα να διέπονται από το ιδιωτικό δίκαιο μόνο οι «άσχετες» δραστηριότητες, τις οποίες ο δημόσιος ή ο ιδιωτικός φορέας δύναται να ασκεί ελεύθερα σε πλαίσια εντελώς διαφορετικά, υπό καθεστώς που βασίζεται αποκλειστικά στον αστικό κώδικα και υπό δικαιοδοσία του τακτικού δικαστηρίου (στο τελευταίο αυτό είδος, για παράδειγμα, όσον αφορά την υπό κρίση υπόθεση, ανήκουν ασφαλώς οι τραπεζικές υπηρεσίες που παρέχονται από την Poste Italiane, αλλά δεν μπορεί να λεχθεί το ίδιο όσον αφορά την παροχή και τη χρήση των μέσων ηλεκτρονικών επικοινωνιών, όταν τίθενται στην υπηρεσία ολόκληρου του τομέα δραστηριότητας του Ομίλου, καίτοι είναι ιδιαίτερος απαραίτητα ακριβώς για την τραπεζική δραστηριότητα). Εξάλλου, φαίνεται σκόπιμο να επισημανθεί η «ανισορροπία» που προκύπτει από την κρατούσα σήμερα περιοριστική ερμηνεία, καθόσον θεσπίζονται, στο πλαίσιο της διαχείρισης παρεμφερών ή συγγενών τομέων, εντελώς διαφορετικοί κανόνες για την ανάθεση έργων ή υπηρεσιών: αφενός, οι λεπτομερείς εγγυήσεις που επιβάλλονται από τον κώδικα δημοσίων συμβάσεων για τον προσδιορισμό του αντισυμβαλλομένου, αφετέρου, η πλήρης διαπραγματευτική αυτονομία του επιχειρηματία, ο οποίος είναι ελεύθερος να διεξάγει διαπραγματεύσεις αποκλειστικά με βάση τα οικονομικά συμφέροντά του, χωρίς καμία από τις εγγυήσεις διαφάνειας που απαιτούνται για τους ειδικούς τομείς και για εκείνους που εξαιρούνται.

[5] Μπορεί, τέλος, η προκήρυξη –με τους τύπους δημοσιότητας που προβλέπονται τόσο σε εθνικό όσο και σε κοινοτικό επίπεδο– διαδικασίας δημόσιου διαγωνισμού, υπό τις προϋποθέσεις του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, να έχει σημασία για τους σκοπούς προσδιορισμού του τομέα για τον οποίο προορίζεται η σύμβαση ή για τους σκοπούς σύνδεσης της τελευταίας με τον ειδικό τομέα αναφοράς, συμφώνως προς τη διευρυμένη έννοια της «λειτουργικότητας» που μνημονεύεται στο προηγούμενο ερώτημα με αριθμό [4];

Επικουρικώς, μπορεί η ένσταση έλλειψης δικαιοδοσίας του διοικητικού δικαστηρίου, η οποία προβάλλεται από τον ίδιο τον φορέα που προκήρυξε την εν λόγω διαδικασία διαγωνισμού ή από φορείς που συμμετείχαν επιτυχώς στην εν λόγω διαδικασία, να θεωρηθεί κατάχρηση δικαιώματος κατά την έννοια του άρθρου 54 του διακηρυχθέντος στη Νίκαια Χάρτη [των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης], ως συμπεριφορά η οποία –καίτοι δεν δύναται να ασκήσει επιρροή, αυτή καθαυτή, στην κατανομή της αρμοδιότητας [πρβλ. επίσης μνημονευθείσα απόφαση της Ολομέλειας του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας), αριθ. 16/2011]– έχει σημασία τουλάχιστον ως προς την αποζημίωση και τα δικαστικά έξοδα, δεδομένου ότι θίγει τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των συμμετεχόντων στον εν λόγω διαγωνισμό, για την περίπτωση που δεν αναδείχθηκαν νικητές και άσκησαν προσφυγή;

Παρατιθέμενες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης

Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, ιδίως: αιτιολογική σκέψη 21, άρθρο 16

Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, ιδίως: αιτιολογική σκέψη 16, άρθρα 7 και 8

Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ· ιδίως, αιτιολογική σκέψη 16, άρθρο 5, παράγραφος 5· άρθρο 6, παράγραφος 2, και άρθρο 13, παράγραφος 1, στοιχείο β´

Οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών

Οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών

Απόφαση 2008/383/ΕΚ της Επιτροπής, της 30ής Απριλίου 2008, σχετικά με την εξαίρεση των υπηρεσιών επείγουσας αποστολής και ταχυμεταφοράς στην Ιταλία από την εφαρμογή της οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών

Παρατιθέμενες εθνικές διατάξεις

Νόμος 124 της 4ης Αυγούστου 2017 – Ετήσιος νόμος για την αγορά και τον ανταγωνισμό

Νομοθετικό διάταγμα 50 της 18ης Απριλίου 2016 – Μεταφορά στην εθνική έννομη τάξη των οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, καθώς και για τη μεταρρύθμιση της ισχύουσας νομοθεσίας σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών, ιδίως: άρθρο 1· άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχεία a), c), d) και e)· άρθρα 4, 8, 10· άρθρο 14, παράγραφος 2· άρθρα 15, 115 έως 121, ιδίως άρθρο 120

Νομοθετικό διάταγμα 163 της 12ης Απριλίου 2006 – Κώδικας δημοσίων συμβάσεων έργων, υπηρεσιών και προμηθειών κατ' εφαρμογή των οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ, ιδίως: άρθρο 3, παράγραφοι 26 και 29· άρθρο 27 και παράρτημα VI F

Νομοθετικό διάταγμα 261 της 22ας Ιουλίου 1999 – Μεταφορά στην εθνική έννομη τάξη της οδηγίας 97/67/ΕΚ σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την ανάπτυξη της εσωτερικής αγοράς κοινοτικών ταχυδρομικών υπηρεσιών και τη βελτίωση της ποιότητας των παρεχομένων υπηρεσιών (άρθρο 1· άρθρο 23, παράγραφος 2, και άρθρο 3, παράγραφος 12)

Νομοθετικό διάταγμα 58 της 31ης Μαρτίου 2011 – Μεταφορά στην εθνική έννομη τάξη της οδηγίας 2008/6/ΕΚ για την τροποποίηση της οδηγίας 97/67/ΕΚ σχετικά με την πλήρη υλοποίηση της εσωτερικής αγοράς κοινοτικών ταχυδρομικών υπηρεσιών (άρθρο 1)

Πράξη νομοθετικού περιεχομένου 487 της 1ης Δεκεμβρίου 1993 – Μετατροπή της Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni (Αρχής των ταχυδρομείων και των τηλεπικοινωνιών, Ιταλία) σε οικονομικό δημόσιο φορέα και αναδιοργάνωση του Υπουργείου (άρθρο 4)

Corte di cassazione (Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο): διάταξη αριθ. 4899 της 1ης Μαρτίου 2018

Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας): απόφαση αριθ. 16 της 1ης Αυγούστου 2011· αποφάσεις αριθ. 13, 14, 15 και 16 του 2016

Συνοπτική παρουσίαση του ιστορικού της διαφοράς και κύρια επιχειρήματα των διαδίκων της κύριας δίκης

- 5 Η εταιρία Irideos προσέβαλε με προσφυγή τις πράξεις του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε από την Poste Italiane – «κατά την έννοια του ν.δ. 50/2016» – για υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών σε μητροπολιτικό δίκτυο υψηλής ταχύτητας με οπτική ίνα και τεχνολογία DWDM (MAN). Οι εν λόγω υπηρεσίες είχαν ως σκοπό την υλοποίηση ενός δικτύου πληροφορικής για την ασφαλή και ταχεία μετάδοση των δεδομένων μεταξύ των διαφόρων υποκαταστημάτων του φορέα, με τη χρήση ειδικής τεχνολογίας τηλεπικοινωνιών –Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM)– η οποία επιτρέπει τη μετάδοση, στην ίδια οπτική ίνα, περισσότερων σημάτων σε διαφορετικά μήκη κύματος κατά τρόπο ανεξάρτητο, με δυνατότητα αύξησης της ποσότητας εύρους, η οποία δύναται να αξιοποιηθεί στο ίδιο κανάλι οπτικής ίνας και συνακόλουθη δυνατότητα αύξησης της ποσότητας των μεταδιδόμενων δεδομένων, καθώς και την παροχή των συσκευών DWDM, που είναι απαραίτητες για τη χρήση των εν λόγω υπηρεσιών. Στα προαναφερθέντα εξατομικευμένα τμήματα αντιστοιχούσαν δύο παρτίδες ίσης αξίας, συνολικού ποσού 10 220 000,00 ευρώ.
- 6 Η προσφεύγουσα αμφισβήτησε, ιδίως, τις παραμέτρους αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς, βάσει ενός τύπου, οι λεπτομέρειες εφαρμογής του οποίου συνεπάγονταν την απονομή της μέγιστης βαθμολογίας σε οποιονδήποτε είχε προσφερθεί να πραγματοποιήσει το έργο σε λιγότερες από 45 ημέρες, ακυρώνοντας στην πράξη το κριτήριο επιλογής, το οποίο βασίζονταν στην ταχεία πραγματοποίηση της παρέμβασης, ώστε όλοι οι φορείς στον διαγωνισμό έλαβαν τη μέγιστη βαθμολογία, καίτοι η προσφεύγουσα προσέφερε χρόνους εκτέλεσης 21 ημερών, έναντι 44 των άμεσα ενδιαφερομένων εταιριών.
- 7 Στο πλαίσιο αυτό, η σύμβαση ανατέθηκε, στην πράξη, μόνο με βάση την οικονομική προσφορά. Το σύνολο της διαδικασίας βάλλεται, ως εκ τούτου, για παράβαση του νόμου και υπέρβαση εξουσίας από διάφορες απόψεις.
- 8 Οι άμεσα ενδιαφερόμενες εταιρίες αμφισβήτησαν την επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας, η δε Tim s.p.a. επίσης ασκώντας αντίθετη προσφυγή με αίτημα την επανάληψη του διαγωνισμού.
- 9 Η έτερη άμεσα ενδιαφερόμενη, Fastweb S.p.A., προέβαλε επιπλέον ένσταση έλλειψης δικαιοδοσίας του διοικητικού δικαστηρίου. Οι οικείες υπηρεσίες δεν συνδέονταν στενά με τις ταχυδρομικές υπηρεσίες αυτές καθαυτές και ενέπιπταν, συνεπώς, σε πεδίο άσχετο με τους «ειδικούς τομείς» που μνημονεύονται στο άρθρο 120 του ν.δ. 50/2016.
- 10 Κατά την Fastweb S.p.A., η επιλογή υπαγωγής της σύμβασης στο καθεστώς δημοσιότητας δεν είναι, συνεπώς, αναγκαία: η οικεία τηλεπικοινωνιακή υποδομή, πράγματι, υποστηρίζεται από τις διάφορες δραστηριότητες του Ομίλου Poste, με νομικό καθεστώς όμοιο με αυτό των δραστηριοτήτων για τις οποίες πρέπει να θεωρηθεί ότι προορίζεται η υποδομή, όπως προβλέπεται στο άρθρο 5,

παράγραφος 5, στο άρθρο 6, παράγραφος 2, και στην αιτιολογική σκέψη 16 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ: χωρίς, ασφαλώς, ως εκ τούτου, κατά προτεραιότητα αναφορά στην ταχυδρομική υπηρεσία, η οποία αφορά μόνο το 30 % του κύκλου εργασιών της Poste Italiane. Η αυτόβουλη επιλογή της αναθέτουσας αρχής δεν αρκεί, από την άλλη πλευρά, για τον καθορισμό της δικαιοδοσίας των διοικητικών δικαστηρίων, καθόσον η νομολογία έχει επανειλημμένα δεχθεί την αρμοδιότητα του τακτικού δικαστηρίου για τις διαφορές που δεν εμπίπτουν συγκεκριμένα στον ειδικό τομέα, και η Poste Italiane δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως οργανισμός δημοσίου δικαίου, δεδομένου ότι δραστηριοποιείται υπό κανονικές συνθήκες αγοράς, επιδιώκοντας κέρδη και υφιστάμενη ζημίες.

- 11 Ακολούθως, στις 19 Φεβρουαρίου 2019, προέβαλε ένσταση έλλειψης δικαιοδοσίας του διοικητικού δικαστηρίου επίσης η Tim S.p.A., υποστηρίζοντας ότι πρέπει να θεωρηθεί ότι υπάγονται στο καθεστώς δημοσιότητας μόνο οι διαδικασίες για τη σύναψη συμβάσεων που αφορούν, υπό στενή έννοια, τις ταχυδρομικές υπηρεσίες.
- 12 Η έλλειψη δικαιοδοσίας επιβεβαιώνεται στο άρθρο 10 του ν.δ. 50/2016, το οποίο –σε συμφωνία με το άρθρο 7 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ – εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής του Κώδικα τις συμβάσεις οι οποίες ανατίθενται από «*αναθέτουσα αρχή που παρέχει ταχυδρομικές υπηρεσίες*», σχετικά με «*υπηρεσίες προστιθέμενης αξίας που συνδέονται με το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο και παρέχονται εξ ολοκλήρου με ηλεκτρονικά μέσα, περιλαμβανομένης της ασφαλούς διαβίβασης κωδικοποιημένων εγγράφων με ηλεκτρονικά μέσα, της διαχείρισης διευθύνσεων και της διαβίβασης συστημένου ηλεκτρονικού ταχυδρομείου*».
- 13 Επίσης, το άρθρο 15 του ίδιου ν.δ. 50/2016, σε συμφωνία με το άρθρο 8 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αποκλείει την εφαρμογή του Κώδικα για τις συμβάσεις «*των οποίων κύριο αντικείμενο είναι να επιτραπεί στις αναθέτουσες αρχές η διάθεση ή η εκμετάλλευση δημόσιων δικτύων επικοινωνιών ή η παροχή στο κοινό μιας ή περισσότερων υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών*».
- 14 Το δε άρθρο 8 του κώδικα δημοσίων συμβάσεων – σε συμφωνία με το άρθρο 13 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ – εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής του την άσκηση δραστηριότητας ταχυδρομικής υπηρεσίας «*αν η δραστηριότητα εκτίθεται άμεσα στον ανταγωνισμό*».
- 15 Υπό το πρίσμα της σχετικής εξέλιξης, επιπλέον, ο φορέας της ταχυδρομικής υπηρεσίας δεν μπορεί πλέον να χαρακτηριστεί ως «*Οργανισμός δημοσίου δικαίου*», καθόσον εκλείπει το τελεολογικό κριτήριο της «*κάλυψη[ς] αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν εμπίπτουν στον βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα*».
- 16 Ακόμη και αν η εν λόγω νομική φύση πρέπει να αναγνωρισθεί, η υποχρέωση εφαρμογής των διαδικασιών δημόσιου διαγωνισμού αποκλείεται εν πάση περιπτώσει από τα άρθρα 8, 10 στοιχείο b), και 15 του ν.δ. 50/2016, των οποίων έχει γίνει επίκληση και για τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, τέλος, οι εν

λόγω διαδικασίες επιβάλλονται μόνο για προμήθειες και υπηρεσίες, που συνδέονται στενά με τους ειδικούς τομείς [διάταξη της διευρυμένης σύνθεσης του Corte di cassazione (Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου), αριθ. 4899/2018].

- 17 Η Tim S.p.A. ζήτησε, εξάλλου, –εάν το επιληφθέν δικαστήριο αμφιβάλλει για τις ερμηνευτικές θέσεις που συνοψίζονται παραπάνω– να υποβάλει το ίδιο στο Δικαστήριο το ζήτημα κατά την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ.
- 18 Στο συνοπτικό υπόμνημα που κατέθεσε στις 18 Φεβρουαρίου 2019, η Poste Italiane επανέλαβε τη νομιμότητα του κριτηρίου και την ορθότητα του μαθηματικού τύπου που χρησιμοποιήθηκαν. Ουδείς αμυντικός ισχυρισμός του φορέα αφορούσε, αντιθέτως, το προδικαστικό ζήτημα δικαιοδοσίας που προέβαλαν μόνο οι άμεσα ενδιαφερόμενες εταιρίες, και, στη βάση αυτή, ολοκληρώθηκε η συζήτηση εν αναμονή εκδόσεως αποφάσεως.

Σύντομη έκθεση του σκεπτικού της αποφάσεως περί παραπομπής

- 19 Ως προς το ζήτημα της δικαιοδοσίας, το οποίο προβλήθηκε υπό το πρίσμα μιας γενικευμένης μη υπαγωγής της Poste Italiane στον κώδικα δημοσίων συμβάσεων –για συμβάσεις που δεν συνδέονται με την ταχυδρομική υπηρεσία υπό στενή έννοια– εκφράστηκαν ήδη προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τη διάταξη του αιτούντος δικαστηρίου, αριθ. 7778 της 12ης Ιουλίου 2018 (υπόθεση C-521/18), αμφιβολίες ως προς τη συμβατότητα με τη νομοθεσία της Ένωσης, στη βάση των ισχυουσών οδηγιών και προηγούμενων αποφάσεων του ίδιου Δικαστηρίου.
- 20 Στην υπό κρίση περίπτωση, εντούτοις, τίθενται υπό συζήτηση ευρύτερες προβληματικές, των οποίων πρέπει να επιληφθεί το ίδιο το αιτούν δικαστήριο και οι οποίες δικαιολογούν, ως εκ τούτου, την έκδοση νέας διάταξης που επικαλύπτει μόνο εν μέρει την προαναφερθείσα.
- 21 Κατά το αιτούν δικαστήριο, το ζήτημα δικαιοδοσίας που προβλήθηκε απαιτεί τις ακόλουθες διαπιστώσεις:

I) νομική φύση της Poste Italiane, λαμβανομένων υπόψη των εξελίξεων στον τομέα των ταχυδρομικών υπηρεσιών, οι οποίες παρέχονται σε ολοένα ευρύτερο καθεστώς ανταγωνισμού·

II) ορισμός της έννοιας της «*λειτουργικότητας*», με βάση την οποία οριοθετείται το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 114 επ. του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, μέχρι τον περιορισμό του ίδιου του πεδίου αρμοδιότητας του διοικητικού δικαστηρίου (τουλάχιστον για τις επιχειρήσεις, οι οποίες, σύμφωνα με το κύριο αντικείμενό τους, δεν έχουν φύση οργανισμού δημοσίου δικαίου)·

III) εκτίμηση της αρχής της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, ο οποίος προκηρύχθηκε με απλή αυτοδέσμευση σε τομείς που θεωρείται ότι είναι άσχετοι με τους κανόνες δημοσιότητας, ή ότι

απλώς εξαιρούνται από τη συνολική εφαρμογή του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, αλλά όχι και των σχετικών αρχών.

- 22 Όσον αφορά τη φύση του οργανισμού δημοσίου δικαίου, η αναγνώρισή της πραγματοποιείται, κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, στοιχείο c), του ν.δ. 50/2016, με βάση τις εξής παραμέτρους:
- 1) σύσταση με συγκεκριμένο σκοπό την κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν εμπίπτουν στον βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα·
 - 2) νομική προσωπικότητα (χωρίς διάκριση μεταξύ δημόσιας ή ιδιωτικής φύσεως της εν λόγω νομικής προσωπικότητας)·
 - 3) δραστηριότητα που χρηματοδοτείται κατά το μεγαλύτερο μέρος από το Δημόσιο ή τις τοπικές ή περιφερειακές αρχές ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή του οποίου η διαχείριση υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς, ή περισσότερο από το ήμισυ των μελών του διοικητικού, του διευθυντικού ή του εποπτικού συμβουλίου του διορίζεται από το Δημόσιο, τις τοπικές ή περιφερειακές αρχές ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.
- 23 Όσον αφορά τους «αναθέτοντες φορείς», μπορούν να είναι τόσο οι «αναθέτουσες αρχές», όπως εξειδικεύονται παραπάνω, ή οι δημόσιες επιχειρήσεις που ασκούν μία από τις δραστηριότητες που προβλέπονται στα άρθρα 115 έως 121 του Κώδικα δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή που –μολονότι δεν εμπίπτουν στις προαναφερθείσες κατηγορίες– ασκούν τις δραστηριότητες που εξειδικεύονται στους ανωτέρω παρατεθέντες κανόνες, «δυνάμει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων χορηγουμένων από αρμόδια αρχή». Εμπίπτουν στις εν λόγω δραστηριότητες, κατά το άρθρο 120 του κώδικα αυτού, οι ταχυδρομικές υπηρεσίες.
- 24 Κατά το αιτούν δικαστήριο, ο χαρακτηρισμός της Poste Italiane ως οργανισμού δημοσίου δικαίου φαίνεται δύσκολο να μπορεί να αμφισβητηθεί. Η εν λόγω εταιρία αντικατέστησε πράγματι την προϋπάρχουσα κεντρική αρχή, η οποία προέκυψε μετά την ενοποίηση της Ιταλίας, με σκοπό να καταστήσει αποτελεσματικότερες τις υπηρεσίες. Σήμερα, μολονότι δραστηριοποιείται επίσης στον χρηματοπιστωτικό τομέα, στον τομέα ασφαλίσεων και κινητής τηλεφωνίας υπό συνθήκες ανταγωνισμού, η Poste Italiane εξακολουθεί να είναι παραχωρησιούχος της καθολικής ταχυδρομικής υπηρεσίας, γεγονός το οποίο συνεπάγεται την υποχρεωτική παροχή, με σχετικές κρατικές δαπάνες προς μερική κάλυψη των επιβαρύνσεων, βασικών υπηρεσιών διανομής επιστολών και δεμάτων, σε ελεγχόμενη τιμή, σε όλους τους ιταλικούς Δήμους, όπως αποδεικνύεται από την προαναγγελία της κινήσεως διαδικασίας λόγω παραβάσεως εκ μέρους της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, δεδομένης της αποφάσεως περί παύσεως της διανομής της αλληλογραφίας σε 4 000 Δήμους, στον βαθμό που θεωρείται μη επικερδής υπηρεσία. Πρέπει, συνεπώς, να θεωρηθεί κατ' ανάγκη ότι η εν λόγω εταιρία, η οποία έχει νομική προσωπικότητα, συστάθηκε για την κάλυψη γενικών συμφερόντων που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό

χαρακτήρα, τα οποία συνδέονται άμεσα με την ελευθερία της αλληλογραφίας και κάθε άλλης μορφής επικοινωνίας [πρώτο και δεύτερο κριτήριο των οργανισμών δημοσίου δικαίου].

- 25 Όσον αφορά το τρίτο κριτήριο, υπενθυμίζεται ότι η Poste Italiane ανήκει κατά πλειοψηφία στο Ministero dell'Economia (Υπουργείο Οικονομίας, Ιταλία), που διορίζει το Διοικητικό Συμβούλιο –και υπόκειται στον έλεγχο και στην εποπτεία του Ministero dello Sviluppo Economico (Υπουργείου Οικονομικής Ανάπτυξης, [Ιταλία]) και του Corte dei Conti (Ελεγκτικού Συνεδρίου, Ιταλία). Το Συμβούλιο Ελεγκτών αποτελείται από τρία τακτικά και τρία αναπληρωματικά μέλη, τα οποία διορίζονται στο σύνολό τους από τις εν λόγω αρχές αναφοράς. Η AGCOM είναι επιπλέον αρμόδια για τη λήψη ρυθμιστικών μέτρων όσον αφορά την ποιότητα και τα χαρακτηριστικά της καθολικής υπηρεσίας, η οποία ρυθμίζεται από προγραμματική σύμβαση, στην οποία αντισυμβαλλόμενος του φορέα ταχυδρομείου είναι το Ministero dello Sviluppo Economico (Υπουργείο Οικονομικής Ανάπτυξης).
- 26 Το θεμελιώδες στοιχείο του οργανισμού δημοσίου δικαίου είναι ακριβώς η σημασία των γενικών συμφερόντων που επιδιώκονται, σε σχέση με τα οποία – ακόμη και όταν η διαχείριση αποφέρει κέρδη– δεν δύναται να μην υφίσταται διοικητική λειτουργία ελέγχου της επίτευξης σκοπών ποιότητας της υπηρεσίας. Είναι χαρακτηριστικό γνώρισμα της Διοίκησης, πράγματι, η συγκεκριμένη διαφύλαξη συμφερόντων του κοινωνικού συνόλου, τα οποία το Δημόσιο θεωρεί ότι αντιστοιχούν σε υπηρεσίες που πρέπει να παράσχει στους πολίτες και τα οποία, συνεπώς, ακόμη και αν ανατίθενται σε φορείς εξωγενείς προς τον γνήσιο διοικητικό μηχανισμό, πρέπει σε κάθε περίπτωση να ανταποκρίνονται σε κριτήρια αμεροληψίας, χρηστής διοίκησης και διαφάνειας.
- 27 Υπάρχουν επομένως, σε υποκειμενικό επίπεδο, επαρκή στοιχεία για τον χαρακτηρισμό της εταιρίας Poste Italiane ως οργανισμού δημοσίου δικαίου, κατά το άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο d), του ν.δ. 50/2016, άποψη που συμμερίζεται εξάλλου η νομολογία του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας).
- 28 Διαφορετική κατεύθυνση, εντούτοις, προκύπτει από την πρόσφατη διάταξη της διευρυμένης σύνθεσης του Corte di Cassazione (Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου), αριθ. 4899, η οποία εκδόθηκε την 1η Μαρτίου 2018 και της οποίας γίνεται επίκληση στην παρούσα δίκη από τις άμεσα ενδιαφερόμενες εταιρίες προς στήριξη της ένστασης έλλειψης δικαιοδοσίας. Στην εν λόγω διάταξη διατυπώνονται οι ακόλουθες αρχές:
- a) στην εταιρία Poste Italiane, καίτοι επιφορτισμένη με την παροχή της «καθολικής ταχυδρομικής υπηρεσίας», έχουν σήμερα ανατεθεί δραστηριότητες επίσης χρηματοπιστωτικού χαρακτήρα, ή εν πάση περιπτώσει μη συνδεόμενες με την υπηρεσία διανομής της αλληλογραφίας, η οποία παρέχεται πλέον υπό συνθήκες ανταγωνισμού·

b) η οδηγία 2004/18/EK «απέκλεισε ρητά» την Poste Italiane από την κατηγορία των οργανισμών δημοσίου δικαίου. Η Poste Italiane εμφανίζεται εν προκειμένω ως αναθέτων φορέας, κατά το άρθρο 3, παράγραφος 29, και κατά το παράρτημα VI F του ν.δ. 163/2006, ελλείπει του «τελεολογικού κριτηρίου κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, πράγμα το οποίο σημαίνει ότι ο φορέας επιφορτίζεται αποκλειστικά με την κάλυψη τέτοιων αναγκών, και δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλων δραστηριοτήτων εκ μέρους του φορέα αυτού»·

d) «ο ενδεχόμενος χαρακτηρισμός της Poste Italiane ως οργανισμού δημοσίου δικαίου» είναι εν πάση περιπτώσει «άνευ σημασίας», στον βαθμό που το ζήτημα της υπαγωγής στους κανόνες δημοσιότητας πρέπει να επιλυθεί σύμφωνα με τις διατάξεις που διέπουν τους ειδικούς τομείς, με βάση την ιδιότητα της Poste Italiane ως αναθέτοντος φορέα.

29 Η συλλογιστική του Corte di cassazione (Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου), ιδίως η περιεχόμενη στα ως άνω στοιχεία b) και d), φαίνεται να έρχεται σε αντίθεση με την απόφαση του Δικαστηρίου της 10ης Απριλίου 2008, C-393/06, Ing. Aigner, που καταλήγει στα αντίθετα αποτελέσματα, τα οποία συνοψίζονται στη συνέχεια:

I) Η οδηγία 2004/17/EK (νυν 2014/25/EE) ρυθμίζει τις συμβάσεις που συνάπτονται στους αποκαλούμενους «ειδικούς τομείς» (οι οποίοι αφορούν τη διαχείριση του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών), στους οποίους μπορούν να είναι «αναθέτοντες φορείς» όχι μόνο οι «αναθέτουσες αρχές» (όπως ορίζονται πλέον στο άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο a), του ν.δ. 50/2016), αλλά επίσης «δημόσιες επιχειρήσεις», ή «επιχειρήσεις που απολαύουν ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων χορηγουμένων από αρμόδια αρχή ενός κράτους μέλους», στο μέτρο που οι εν λόγω φορείς ασκούν μία από τις δραστηριότητες που περιλαμβάνονται στον τομέα: οι διατάξεις της οδηγίας αναφοράς επιβάλλεται να ερμηνευθούν, πράγματι, στενά, και συνεπώς μόνο για συμβάσεις που αφορούν τον οικείο τομέα, χωρίς να εφαρμόζεται πλέον η «θεωρία της μεταδοτικότητας», η οποία διατυπώνεται στην απόφαση της 15ης Ιανουαρίου 1998, Mannesmann (C-44/96, EU:C:1998:4) [πρβλ. επίσης απόφαση της 16ης Ιουνίου 2005, Strabag και Kostmann (C 462/03 και C-463/03, EU:C:2005:389)].

II) Όσον αφορά τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου (οι οποίοι ορίζονται στις οδηγίες 2014/24/EE και 2014/25/EE, όπως μεταφέρθηκαν στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο d), του ν.δ. 50/2016), η ερμηνεία πρέπει αντιθέτως να είναι όχι στενή, αλλά τελεολογική, εκκινώντας συνεπώς από τη διαπίστωση της σύστασης, ή όχι, του φορέα για την κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος «που δεν εμπίπτουν στον βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα». Συναφώς, κατά την απόφαση Ing. Aigner, «[δ]εν έχει σημασία αν οι ανάγκες αυτές καλύπτονται ή θα μπορούσαν να καλυφθούν από ιδιωτικές επιχειρήσεις. Σημασία έχει να πρόκειται για ανάγκες τις οποίες, για λόγους που άπτονται του γενικού συμφέροντος, το κράτος ή ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοίκησης

επιλέγουν να καλύψουν οι ίδιοι ή επί των οποίων επιθυμούν να διατηρήσουν καθοριστική επιρροή. [...] Πρέπει να προστεθεί ότι είναι συναφώς άνευ σημασίας το γεγονός ότι, εκτός από την αποστολή καλύψεως αναγκών γενικού συμφέροντος, ο εν λόγω φορέας ασκεί και άλλες δραστηριότητες που είναι κερδοσκοπικές, εφόσον εξακολουθεί να είναι επιφορτισμένος με την κάλυψη των αναγκών τις οποίες είναι ειδικά υποχρεωμένος να εξυπηρετεί. Το τμήμα που αντιπροσωπεύουν οι [κερδοσκοπικές] δραστηριότητες στο πλαίσιο των συνολικών δραστηριοτήτων του εν λόγω φορέα είναι επίσης άνευ σημασίας για τους σκοπούς του χαρακτηρισμού του οργανισμού δημοσίου δικαίου».

III) Η οδηγία 2004/18/EK, η οποία έχει πλέον αντικατασταθεί, χωρίς τροποποιήσεις, από την οδηγία 2014/24/ΕΕ, εφαρμόζεται στις συμβάσεις των οργανισμών δημοσίου δικαίου που τίθενται εκτός της εμβέλειας των ειδικών τομέων, στους οποίους επίσης οι εν λόγω οργανισμοί δραστηριοποιούνται και εξακολουθούν να υπάγονται στην ιδιαίτερη ρύθμιση που προβλέπεται σχετικώς, όσον αφορά τη δραστηριότητα των τομέων αυτών. Πράγματι, με την κατωτέρω εκτιθέμενη διατύπωση καταλήγει η μνημονευθείσα απόφαση Ing. Aigner του Δικαστηρίου: «Οι συμβάσεις που συνάπτει φορέας που έχει την ιδιότητα του οργανισμού δημοσίου δικαίου, κατά την έννοια των οδηγιών 2004/17 και 2004/18, οι οποίες συνδέονται με την άσκηση δραστηριοτήτων του φορέα αυτού σε έναν ή περισσότερους από τους τομείς που μνημονεύονται στα άρθρα 3 έως 7 της οδηγίας 2004/17, πρέπει να υπάγονται στις προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή διαδικασίες. Αντιθέτως, όλες οι άλλες συμβάσεις που συνάπτονται από τον φορέα αυτό σε σχέση με την άσκηση άλλων δραστηριοτήτων εμπίπτουν στις προβλεπόμενες από την οδηγία 2004/18 διαδικασίες. Καθεμία από τις δύο αυτές οδηγίες εφαρμόζεται χωρίς διάκριση μεταξύ των δραστηριοτήτων που ασκεί ο εν λόγω φορέας για την εκπλήρωση της αποστολής του να καλύπτει ανάγκες γενικού συμφέροντος και των δραστηριοτήτων που ασκεί υπό συνθήκες ανταγωνισμού, και τούτο ακόμη και αν υφίσταται λογιστική μέθοδος που αποσκοπεί στον διαχωρισμό των τομέων δραστηριότητας του φορέα αυτού, προκειμένου να αποτραπούν οι διασταυρούμενες χρηματοδοτήσεις μεταξύ των τομέων αυτών».

- 30 Κατά συνέπεια, η οδηγία 2004/18/EK (νυν 2014/24/ΕΕ), η οποία κάνει μνεία στους γενικούς τομείς, εφαρμόζεται σε όλους τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, ακόμη και στην περίπτωση που δραστηριοποιούνται στους ειδικούς τομείς, όταν το αντικείμενο της συμβατικής δραστηριότητας που πραγματοποιήθηκε είναι άσχετο με τους εν λόγω τομείς.
- 31 Κατά το αιτούν δικαστήριο, σε καμία περίπτωση ως εκ τούτου, για τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, δεν υφίσταται, σε διαφορές εκ συμβάσεως, έλλειψη δικαιοδοσίας του διοικητικού δικαστηρίου, ως προς τις διαδικασίες δημόσιου διαγωνισμού, οι οποίες προβλέπονται είτε για τον γενικό είτε για τον ειδικό τομέα.
- 32 Δεν δύναται συνεπώς να θεωρηθεί «άνευ σημασίας», όπως έκρινε το Corte di cassazione (Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο), ο νομικός χαρακτηρισμός της Poste Italiane ως οργανισμού δημοσίου δικαίου.

- 33 Το αιτούν δικαστήριο διευκρινίζει επιπλέον ότι η συλλογιστική του Corte di cassazione (Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου) που περιέχεται στην ως άνω σκέψη 28, στοιχείο b), δεν απαντά στα νομοθετικά κείμενα: όσον αφορά την οδηγία 2004/18/EK (νυν 2014/24/EE), πράγματι, είναι αληθές ότι στους αναθέτοντες φορείς περιλαμβάνονται οι αναθέτουσες αρχές, και, σε αυτές, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι οποίοι ορίζονται υπό τις προϋποθέσεις του μνημονευθέντος άρθρου 3, παράγραφος 1, στοιχείο d), του ν.δ. 50/2016, αλλά τούτο σημαίνει μόνο ότι στους αναθέτοντες φορείς περιλαμβάνονται ακριβώς και οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, χωρίς, για τον λόγο αυτό, να «αποκλείονται» το δίχως άλλο από την κατηγορία των αναθετουσών αρχών, που μνημονεύονται στο άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο a), οι οποίες υπάγονται αναμφισβήτητα στις διατάξεις του Κώδικα δημοσίων συμβάσεων για τους γενικούς τομείς. Δεν εισάγει παρέκκλιση, παρά συνεπάγεται μόνο ένα ευρύτερο υποκειμενικό φάσμα για τους ειδικούς τομείς, πέραν του χαρακτηρισμού των αναθετόντων φορέων, που μνημονεύονται στο άρθρο 3, παράγραφος 29, του ν.δ. 163/2006 (νυν άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο e), του ν.δ. 50/2016), ενώ το παράρτημα VI του ίδιου ν.δ. 163 περιέχει μόνο απλή, μη περιοριστική απαρίθμηση των φορέων στους οποίους ανατίθενται καθήκοντα στο πλαίσιο των ειδικών τομέων, ώστε δεν σημαίνει ότι εισάγεται επίσης παρέκκλιση λόγω του γεγονότος ότι μνημονεύεται ως αναθέτων φορέας, στο πλαίσιο αυτό, η εταιρία Poste Italiane.
- 34 Επιπλέον, με την απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής [2008/383] της 30ής Απριλίου 2008, ορίστηκε η εξαίρεση των προμηθειών της Poste Italiane σχετικά με εγχώριες και διεθνείς υπηρεσίες επείγουσας αποστολής και ταχυμεταφοράς, ενώ με τη μεταγενέστερη απόφαση 2010/12/EE της 5ης Ιανουαρίου 2010 αποκλείστηκε η εφαρμογή της οδηγίας 2004/17/EK σχετικά με τους ειδικούς τομείς για τις χρηματοπιστωτικές υπηρεσίες, τις οποίες διαχειρίζεται η Bancoposta (συγκέντρωση καταθέσεων ταμιευτηρίου από το κοινό, δανεισμός εξ ονόματος τραπεζών και διαπιστευμένων χρηματοπιστωτικών διαμεσολαβητών, επενδυτικές δραστηριότητες και συμπληρωματική σύνταξη, υπηρεσίες πληρωμής και μεταφοράς χρηματικών ποσών).
- 35 Εντούτοις, η δραστηριοποίηση του φορέα υπό συνθήκες ανταγωνισμού συνιστά απλώς ένδειξη της μη συνδρομής του τελεολογικού κριτηρίου. Για να αποκλειστεί πλήρως το εν λόγω κριτήριο πρέπει να υφίσταται πράγματι επίσης η επιδίωξη σκοπών καθαρώς οικονομικών, με πλήρη ανάληψη του επιχειρηματικού κινδύνου: όροι, οι οποίοι δεν υφίστανται για την καθολική ταχυδρομική υπηρεσία, που ανατέθηκε στην Poste Italiane μέχρι τις 30 Απριλίου 2026, κατά το άρθρο 23, παράγραφος 2, του ν.δ. 261/1999. Το ίδιο νομοθέτημα, στο άρθρο 3, παράγραφος 12, ορίζει ότι η επιβάρυνση για την παροχή της καθολικής υπηρεσίας καλύπτεται μέσω μεταφοράς χρηματικών ποσών που βαρύνει τον κρατικό προϋπολογισμό. Ως εκ τούτου, ο επιχειρηματικός κίνδυνος φαίνεται σημαντικά περιορισμένος.
- 36 Λαμβανομένης υπόψη της προαναφερθείσας απόφασης [2008/383] της Επιτροπής, θα έπρεπε συνεπώς να θεωρηθεί κρίσιμο, επίσης κατά το άρθρο 14, παράγραφος 2, του Κώδικα δημοσίων συμβάσεων, το πεδίο των τομέων στο

οποίο η Poste italiane μπορεί να δραστηριοποιείται με όρους που εισάγουν παρεκκλίσεις, σε σχέση με τους γενικούς κανόνες που ισχύουν ως προς τις δημόσιες συμβάσεις: κανόνες, με βάση τους οποίους θεωρείται μέχρι σήμερα ότι η θεωρία της μεταδοτικότητας είναι παρωχημένη για τις δημόσιες επιχειρήσεις, αλλά όχι και για τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, καθόσον οι τελευταίοι οφείλουν –όταν δραστηριοποιούνται στους ειδικούς τομείς– να ακολουθούν τη σχετική ρύθμιση μόνο για τις κύριες δραστηριότητες στους τομείς αυτούς, χωρίς όμως να παρακάμπτεται η ρύθμιση των γενικών τομέων για κάθε άλλη δραστηριότητα, σύμφωνα με τα σημαντικά για το κοινωνικό σύνολο συμφέροντα, τα οποία έχουν ανατεθεί οπωσδήποτε σε αυτούς.

- 37 Το ζητούμενο συνεπώς είναι να εξεταστεί εάν οι αρχές, που διαλαμβάνονται στην απόφαση Aigner, δύνανται ή όχι να παραμερισθούν, λαμβανομένης υπόψη της υπεροχής των συμφερόντων βιομηχανικού και εμπορικού χαρακτήρα έναντι εκείνων, που αφορούν το κοινωνικό σύνολο, τα οποία δικαιολόγησαν την αρχική σύσταση του οργανισμού δημοσίου δικαίου, ή εάν η αναφορά στην εν λόγω σύσταση –η οποία διατυπώνεται επίσημα στο μνημονευθέν άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο d), σημείο 1, του ν.δ. 50/2016– πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν δύναται να παραμερισθεί, ούτε για επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται υπό ευρείες συνθήκες ανταγωνισμού.
- 38 Στην υπό κρίση περίπτωση, ωστόσο, τίθενται υπό συζήτηση ευρύτερες προβληματικές. Πρέπει πράγματι να εκτιμηθεί, πρώτον, η σύνδεση του επίμαχου αντικείμενου της σύμβασης όχι τόσο με τους τομείς, οι οποίοι πλέον χαρακτηρίζονται «ειδικοί» και διέπονται από τα άρθρα 114 επ. του κώδικα δημοσίων συμβάσεων (Μέρος II, Τίτλος VI, Κεφάλαιο I), όσο μάλλον με τους τομείς που εξακολουθούν να θεωρούνται ότι «εξαιρούνται...από το πεδίο αντικειμενικής εφαρμογής» του ίδιου κώδικα (Μέρος I, Τίτλος II, άρθρα 4 επ.), αλλά η ανάθεση των οποίων πρέπει σε κάθε περίπτωση να πραγματοποιείται, κατά την έννοια του μνημονευθέντος άρθρου 4, «με τήρηση των αρχών της αποδοτικότητας, της αποτελεσματικότητας, της αμεροληψίας, της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αναλογικότητας, της δημοσιότητας, της προστασίας του περιβάλλοντος και της ενεργειακής απόδοσης».
- 39 Εν προκειμένω, ο επίμαχος τομέας είναι ο τομέας των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, ο οποίος θεωρείται ότι εξαιρείται από το άρθρο 15 του ν.δ. 50/2016, σε συμφωνία με τα άρθρα 7 και 8 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και, αυτός καθ'αυτόν, αποτελεί αντικείμενο της οδηγίας-πλαισίου 2002/21/ΕΚ για δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών.
- 40 Η σύνδεση της οικείας διαδικασίας διαγωνισμού με έναν τομέα ο οποίος τυπικά «εξαιρείται», αλλά δεν είναι «άσχετος» με τον κώδικα δημοσίων συμβάσεων, εντούτοις, δεν ασκεί επιρροή στη δικαιοδοσία του διοικητικού δικαστηρίου, καθόσον το άρθρο 4 του ν.δ. 50/2016 συνεπάγεται διεξαγωγή διαδικασίας με διαπραγμάτευση, η οποία διασφαλίζει την τήρηση των προβλεπόμενων κριτηρίων, έναντι των οποίων υφίστανται έννομα συμφέροντα, τα οποία υπάγονται στην αρμοδιότητα του προαναφερθέντος δικαστηρίου.

- 41 Το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι πρέπει να διαρθρωθεί διαφορετικά το ερώτημα που αναφέρεται στην έννοια της «λειτουργικότητας» –σε σχέση με τα αντικείμενα των ειδικών τομέων– ως όριο για την αρμοδιότητα του διοικητικού δικαστηρίου, επίσης για την περίπτωση που είναι δυνατόν να αναγνωριστεί η ενδεχόμενη εξέλιξη της έννοιας του «οργανισμού δημοσίου δικαίου» σε αυτήν της «δημόσιας επιχείρησης», με βάση ορισμένες ιδιαιτερότητες των τομέων «που εξαιρούνται» και, συγκεκριμένα, του τομέα των «δραστηριοτήτων που εκτίθενται άμεσα στον ανταγωνισμό» (μνημονευθέν άρθρο 8 του ν.δ. 50/2016). Αυτό, δεδομένου ότι ο πλέον ανταγωνιστικός χαρακτήρας της ταχυδρομικής υπηρεσίας, καίτοι ο ίδιος είναι αποφασιστικής σημασίας, ως προς το ζήτημα δικαιοδοσίας (όπως για όλους τους τομείς που εξαιρούνται, οι οποίοι μνημονεύονται στα άρθρα 4 έως 20 του Κώδικα)– θα μπορούσε, εντούτοις, να έχει σημασία για τον αποκλεισμό του χαρακτηρισμού της Poste Italiane ως οργανισμού δημοσίου δικαίου, ο οποίος δραστηριοποιείται υπό κανονικές συνθήκες αγοράς, επιδιώκοντας κέρδη και υφιστάμενος ζημιές για δραστηριότητες –πλέον αποτελούσες την πλειοψηφία– οι οποίες εκτίθενται άμεσα στον ανταγωνισμό (οδηγία 2014/23/ΕΕ, αιτιολογική σκέψη 21 και μνημονευθέν άρθρο 16).
- 42 Σχετικά με το τελευταίο αυτό σημείο, το αιτούν δικαστήριο διατυπώνει αμφιβολίες ως προς το γεγονός ότι η αναγνώριση της Poste Italiane ως «δημόσιας επιχείρησης» (στις περιπτώσεις επίσης που κρίθηκε παραδεκτή από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης) επιτάσσει –σε συμμόρφωση προς τη μνημονευθείσα απόφαση της Ολομέλειας του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας), αριθ. 16/2011– να εκτιμηθεί η σύνδεση της σύμβασης με το αντικείμενο του ειδικού τομέα αναφοράς κατά τρόπο περιοριστικό. Τα όρια της εν λόγω εκτίμησης, εξάλλου, είναι εν πάση περιπτώσει κρίσιμα για τον καθορισμό του ειδικού νομικού καθεστώτος της ενιαίας σύμβασης, επίσης για την περίπτωση που ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε από φορέα ο οποίος χαρακτηρίζεται ως οργανισμός δημοσίου δικαίου και δραστηριοποιείται σε έναν από τους ειδικούς τομείς.
- 43 Ενώ, πράγματι, συνάγεται ότι ευσταθεί η άποψη, κατά την οποία οι επιχειρήσεις (δημόσιες ή ιδιωτικές, οι τελευταίες δε εφόσον είναι δικαιούχοι ειδικού ή αποκλειστικού δικαιώματος) εντάσσονται στο καθεστώς του κώδικα δημοσίων συμβάσεων «υπό περιορισμούς ως προς ειδικούς τομείς και όχι γενικώς...με συνέπεια τη μη δυνατότητα εφαρμογής της λεγόμενης θεωρίας της μεταδοτικότητας, η οποία μνημονεύεται στην απόφαση Mannesman...» (μνημονευθείσα απόφαση Ολομέλειας, αριθ.16/2011), δεν υφίσταται στην κοινοτική ρύθμιση (οδηγία 2014/25/ΕΕ) συγκεκριμένη αναφορά στην έννοια της «λειτουργικότητας», υπό την έννοια της άμεσης σύνδεσης της υπηρεσίας με την ειδική δραστηριότητα, ως όριο για τη δυνατότητα εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 114 επ. του κώδικα δημοσίων συμβάσεων και για την ίδια την αρμοδιότητα του διοικητικού δικαστηρίου.
- 44 Σε γενικές γραμμές, η αιτιολογική σκέψη 16 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ –η οποία αναφέρεται ακριβώς στους ειδικούς τομείς– αναγνωρίζει τη δυνατότητα ανάθεσης συμβάσεων «πολλαπλών δραστηριοτήτων» που υπόκεινται σε «διαφορετικά νομικά καθεστώτα», με δυνατότητα εφαρμογής, σε κάθε περίπτωση, για την

ενιαία σύμβαση, των κανόνων που αφορούν τον τομέα για τον οποίο αυτή «προορίζεται», όπως συνάγεται από τις πράξεις του διαγωνισμού ή όπως θα έπρεπε να προσδιορίζεται, εν πάση περιπτώσει, από την αναθέτουσα αρχή.

- 45 Η αρχή επαναλαμβάνεται στο άρθρο 6 της ίδιας οδηγίας, το οποίο, ελλείπει προσδιορισμού, διαλαμβάνει στην παράγραφο 3 συγκεκριμένες παραμέτρους κατά προτεραιότητα, όταν το αντικείμενο της σύμβασης αφορά ακριβώς ζητήματα που ρυθμίζονται από περισσότερες από μία οδηγίες.
- 46 Η έννοια του «προορισμού» για ορισμένη δραστηριότητα, κατ' επιλογή της αναθέτουσας αρχής, φαίνεται σε κάθε περίπτωση ευρύτερη από αυτή που υιοθετείται στην απόφαση της Ολομέλειας, αριθ.16/2011 (η οποία έκρινε ότι είναι σχετική με τον ειδικό τομέα αναφοράς μια υπηρεσία εποπτείας και φύλαξης, όταν συνδέεται με το δίκτυο ενέργειας που διαχειρίζεται η εταιρία ENI, αλλά όχι και με την εποπτεία των σχετικών διοικητικών γραφείων). Τίθεται, αντιθέτως, το ερώτημα –υπό το πρίσμα της ρύθμισης της Ένωσης– εάν η σύμβαση η οποία θεωρείται «άσχετη» με το καθεστώς των ειδικών τομέων, πρέπει να αφορά κατά κύριο λόγο κάθε δραστηριότητα που οι δημόσιες επιχειρήσεις –ή οι ιδιωτικοί φορείς δικαιούχοι αποκλειστικού δικαιώματος– είναι στην πραγματικότητα ελεύθερες να αναλαμβάνουν, ή πρέπει αυτή να τίθεται σαφώς εκτός της εμβέλειας των επίμαχων τομέων, όπως επιτάσσει η διατυπωθείσα αρχή της «έλλειψης σύνδεσης», ώστε να είναι δυνατή η υπαγωγή της συμβατικής δραστηριότητας στους κανόνες δημοσιότητας.
- 47 Πράγματι, το άρθρο 13, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 2014/25/ΕΕ προσδιορίζει το πεδίο εφαρμογής της ίδιας της οδηγίας στις ταχυδρομικές υπηρεσίες, με εκτενή αναφορά σε «άλλ[ες] υπηρεσί[ες] πλην των ταχυδρομικών, εφόσον οι υπηρεσίες αυτές παρέχονται από φορέα ο οποίος παρέχει επίσης ταχυδρομικές υπηρεσίες», περιλαμβάνοντας στις τελευταίες τόσο αυτές που εμπίπτουν «όσο και αυτές που δεν εμπίπτουν [...] [στην] καθολικ[ή] υπηρεσί[α] που ορίζεται σύμφωνα με την οδηγία 97/67/ΕΚ» (μνημονευθέν άρθρο 13, παράγραφος 2, στοιχείο β').
- 48 Έχει επισημανθεί, τέλος, ότι η αιτιολογική σκέψη 16 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαιτεί τον προσδιορισμό της δραστηριότητας, για την οποία η σύμβαση –η οποία αφηρημένα υπόκειται στους κανόνες των ειδικών τομέων, αλλά ενίοτε αποσκοπεί στη ρύθμιση επίσης διαφορετικών δραστηριοτήτων– προορίζεται στην πραγματικότητα. Τα ανωτέρω απαιτούν την ύπαρξη γνώσης του εφαρμοστέου νομικού καθεστώτος, με τις υποχρεώσεις διαφάνειας και ασφάλειας δικαίου, οι οποίες συνιστούν αρχές που διαπνέουν ολόκληρο τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (συμπεριλαμβανομένων σε αυτές των τομέων που το ν.δ. 50/2016 ορίζει ότι «εξαιρούνται»).
- 49 Τέλος, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται εάν είναι σύμφωνη με τη νομοθεσία της Ένωσης, η οποία εκτείνεται στην έννοια της κατάχρησης δικαιώματος (απόφαση του Δικαστηρίου της 5ης Ιουλίου 2007, υπόθεση C-321/05, Kofoed), η –ολοένα συχνότερη στην εθνική έννομη τάξη– πρακτική της προβολής ένστασης έλλειψης

δικαιοδοσίας του διοικητικού δικαστηρίου μόνο μετά τις αρχικές αποφάσεις, ακόμη και ασφαλιστικών μέτρων, του τελευταίου, σχετικά με διαγωνισμούς που προκηρύχθηκαν κατ' εφαρμογή του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, με προκηρύξεις που δημοσιεύθηκαν στην Επίσημη Εφημερίδα της Ιταλικής Δημοκρατίας και της Ευρωπαϊκής Ένωσης, χωρίς καμία διευκρίνιση, συναφώς, ως προς τον χαρακτήρα απλής αυτοδέσμευσης της επιλογής εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής: επιλογής, της οποίας η νομιμότητα και τα αποτελέσματα θα έπρεπε να εξετασθούν από το τακτικό δικαστήριο, το οποίο κλήθηκε να αποφανθεί –ας υποτεθεί– με βάση μόνο τις διατάξεις του αστικού κώδικα, χωρίς να εφαρμόζεται επ' ουδενί ο κώδικας δημοσίων συμβάσεων (παρά τη ρητή επίκλησή του και, συνεπώς, σε αντίθεση προς όσα νομιμοποιούνταν να προβάλλουν οι διαγωνιζόμενοι).