

**Asunto C-419/19****Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

29 de mayo de 2019

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia)

**Fecha de la resolución de remisión:**

6 de marzo de 2019

**Parte recurrente:**

Irideos S.p.A.

**Parte recurrida:**

Poste Italiane S.p.A.

**Otras partes en el procedimiento:**

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

---

**Objeto del procedimiento principal**

Recurso que tiene por objeto la anulación de las decisiones por las que, el 22 de octubre de 2018, Poste Italiane S.p.A (en lo sucesivo, «Poste Italiane») comunicó a IRIDEOS S.p.A. la adjudicación del Lote 1 y del Lote 2 del procedimiento de licitación «Appalto ai sensi del D.lgs. 50/2016 — Procedura aperta in modalità telematica per i Servizi di Telecomunicazione in ambito metropolitano ad alta velocità in fibra óptica in tecnología DWDM (MAN)» [«Contrato conforme al Decreto Legislativo 50/2016 — Procedimiento abierto en modalidad telemática para los Servicios de Telecomunicaciones en el área metropolitana de alta velocidad de fibra opción con tecnología DWDM (MAN)»], respectivamente, a las sociedades Fastweb S.p.A y Tim S.p.A., así como la condena de Poste Italiane

a la indemnización del daño que la recurrente afirma haber sufrido. Recurso incidental interpuesto por Tim S.p.A. que tiene por objeto, entre otras cosas, la condena de Poste Italiane a la repetición del procedimiento de licitación.

### **Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

- 1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión (Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE) de la normativa nacional prevista en el artículo 3, apartado 1, letra e), del Decreto Legislativo n.º 50 de 18 de abril de 2016 [Codice dei contratti pubblici (Código de contratos públicos)], cuando se entienda que dicha disposición, de conformidad con la interpretación dada por la Corte di cassazione (Tribunal de Casación) (auto n.º 4899/2018, vinculante en el Derecho interno para las cuestiones de competencia), establece una excepción para las empresas que operan en los sectores especiales, que figuran en la parte II del Código, a los principios generales enunciados en el artículo 1 y en el artículo 3, apartado 1, letra a), de dicho Código, en lo relativo a la obligación de llevar a cabo procedimientos de contratación pública, en caso de que el contrato que se ha de celebrar no guarde relación con las actividades propias de los sectores especiales.
- 2 En el presente procedimiento, el órgano jurisdiccional remitente debe, además, afrontar una doble problemática: la primera se refiere al carácter vinculante de las decisiones del Pleno de la Corte di cassazione, en materia de competencia, en el Derecho procesal italiano; la segunda versa sobre la posible evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a la vista de la progresiva transformación de determinadas entidades jurídicas, creadas como organismos de Derecho público, en verdaderas empresas que tienen ánimo de lucro y soportan pérdidas, y cuya actividad se desarrolla fundamentalmente en régimen de competencia (véanse el considerando 21 y el artículo 16 de la Directiva 2014/23/UE).
- 3 En cuanto a la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente señala que la Corte di cassazione debe determinar, de forma definitiva y vinculante para la decisión sobre el fondo, la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto en el sistema procesal italiano; el Tribunal de Justicia, sin embargo, ha enunciado el principio general según el cual el Derecho de la Unión se opone a que un órgano jurisdiccional nacional esté vinculado por una norma de Derecho procesal nacional en virtud de la cual se le imponen las apreciaciones realizadas por un órgano jurisdiccional superior, cuando se evidencia que las apreciaciones del órgano jurisdiccional superior no son compatibles con el Derecho de la Unión, interpretado por el Tribunal de Justicia (véase la sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, Interedil s.r.l. en liquidación).
- 4 Por consiguiente, existe la facultad (o la obligación, para los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia) de dirigirse al Tribunal de Justicia cuando exista una «duda razonable» sobre la correcta aplicación del Derecho de la Unión, independientemente de cualquier resolución incompatible de

la Corte di cassazione en cuestión de competencia o del Pleno del Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) que sea vinculante para las Salas simples del propio Consiglio di Stato (véanse también las sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, asunto C-689/13, Puligienica Facility y de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, Cilfit).

### Cuestiones prejudiciales

1) Sobre la base de las características antes señaladas, ¿debe ser calificada la sociedad Poste Italiane s.p.a. de «organismo de Derecho público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra d), del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016 y de las Directivas [de la Unión] de referencia (2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE)?

2) ¿Debe llevar a cabo esta sociedad procedimientos de contratación pública únicamente para la adjudicación de los contratos públicos que guarden relación directa con la actividad propia de los sectores especiales, de conformidad con la Directiva 2014/25/UE, con arreglo a la cual la propia naturaleza de organismo de Derecho público debe considerarse subsumida en las disposiciones de la parte II del Código de contratos públicos, mientras que, por el contrario, gozan de plena autonomía negocial —y se rigen por normas exclusivamente privadas— para la actividad contractual no perteneciente, en sentido estricto, a dichos sectores, habida cuenta de los principios establecidos en el considerando 21 y en el artículo 16 de la Directiva 2014/23/UE (Pleno de la Corte di cassazione, auto n.º 4899 de 2018, antes citado, y, para la última parte, Pleno del Consiglio di Stato, sentencia n.º 16 de 2011, antes citada)?

[3] En los contratos que han de considerarse ajenos al ámbito propio de los sectores especiales, ¿sigue esta sociedad no obstante sujeta —cuando concurren los requisitos relativos a los organismos de Derecho público— a la Directiva general 2014/24/UE (y, en consecuencia, a las normas que regulan los procedimientos de contratación pública), aun cuando lleve a cabo —debido a su evolución desde el momento en que fue creada— actividades principalmente de carácter empresarial y en régimen de competencia, como se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2008, asunto C-393/06, Ing. Aigner, antes citada, oponiéndose a una lectura diferente la Directiva 2014/24/UE, para los contratos celebrados por los poderes adjudicadores; el considerando 21 y el artículo 16 de la citada Directiva 2014/23/UE, por otra parte, tan solo establecen una presunción para excluir la naturaleza de organismo de Derecho público de las empresas que operan en condiciones normales de mercado, quedando en cualquier caso claro, sobre la base de ambas disposiciones, consideradas conjuntamente, la referencia prioritaria a la fase de creación de la entidad, cuando esta última esté destinada a satisfacer «necesidades de interés general» (en el presente asunto, existentes y todavía no extinguidas)?

[4] En cualquier caso, cuando existan oficinas en las que se lleven a cabo conjuntamente actividades inherentes al sector especial y actividades diversas,

¿debe entenderse el concepto de instrumentalidad —respecto al servicio de interés público concreto— en modo no restrictivo (como declara, hasta la fecha, la jurisprudencia nacional, de conformidad con la sentencia n.º 16 de 2011 del Pleno del Consiglio di Stato, antes citada), a lo que se oponen los principios previstos en el considerando 16, así como en los artículos 6 y 13 de la Directiva 2014/25/UE, que hacen referencia —para la identificación de la normativa aplicable— al concepto de «destino» hacia una de las actividades reguladas en el Código de contratos públicos? Por lo tanto, ¿es posible destinar» al sector especial de referencia —incluso de forma parcialmente obligatoria, propia de los sectores excluidos— todas las actividades operativas de dicho sector, de acuerdo con el poder adjudicador (incluidos, por lo tanto, los contratos de mantenimiento ordinario y extraordinario, limpieza y equipamiento, así como de servicio de portería y de vigilancia de dichas oficinas, u otras formas de utilización de estas últimas, entendidas como servicio para la clientela), de manera que tan solo queden efectivamente privatizadas las actividades «ajenas», que el sujeto público o privado puede ejercitar libremente en ámbitos muy diferentes, reguladas exclusivamente por el Código Civil e incluidas en la competencia propia del orden jurisdiccional civil (por ejemplo, de este último tipo es en efecto, por cuanto aquí interesa, el servicio bancario llevado a cabo por Poste Italiane, si bien no cabe afirmar lo mismo respecto al suministro y a la utilización de los instrumentos de comunicación electrónica en caso de estar al servicio de todo el ámbito de actividad del Grupo, aun siendo particularmente necesarios precisamente para la actividad bancaria)? Por otra parte, cabe subrayar el «desequilibrio» que se deduce de la interpretación restrictiva que prevalece en la actualidad, al introducirse en la gestión de sectores asimilables o adyacentes normas totalmente diversas, para la adjudicación de obras o servicios: por un lado, las garantías exhaustivas impuestas por el Código de contratos públicos para la identificación de la otra parte contratante; por otro lado, la plena autonomía de negociación del empresario, que tiene libertad para efectuar contrataciones atendiendo únicamente a sus intereses económicos, sin observar ninguna de las garantías de transparencia exigidas para los sectores especiales y para los sectores excluidos.

[5] Por último, ¿puede revestir pertinencia a efectos de la identificación del ámbito de destino del contrato, o de la conexión de este último con el sector especial de referencia, en un sentido conforme al concepto ampliado de «instrumentalidad» contemplado en la cuestión anterior [cuarta], la convocatoria —atendiendo a las modalidades de publicidad previstas tanto a nivel nacional como [de la Unión]— de un procedimiento de licitación pública conforme al Código de contratos públicos? Con carácter subsidiario, ¿puede considerarse abuso de derecho en el sentido del artículo 54 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea] la excepción de falta de competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, formulada por el mismo sujeto que haya convocado dicho procedimiento de licitación, o por los sujetos que hayan participado en dicho procedimiento y hayan resultado adjudicatarios, como comportamiento que —si bien no puede incidir, por sí mismo, en el reparto de competencias (véase también, a este respecto, la sentencia n.º 16 de 2011 del Pleno del Consiglio di Stato, antes citada)— es pertinente, como mínimo, a

efectos indemnizatorios y de costas, puesto que puede perjudicar la confianza legítima de los participantes en la propia licitación, cuando no resulten adjudicatarios e interpongan recurso en la fase del procedimiento judicial?

### **Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas**

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en particular: considerandos 21, artículo 16

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en particular: considerando 16, artículos 7 y 8

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; en particular: considerando 16, artículo 5, apartado 5; artículo 6, apartado 2, y artículo 13, apartado 1, letra b)

Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

Decisión 2008/383/CE de la Comisión, de 30 de abril de 2008, que exige a los servicios de mensajería y entrega urgente en Italia de la aplicación de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales

### **Disposiciones de Derecho nacional invocadas**

Legge 4 agosto 2017, n. 124 — Legge annuale per il mercato e la concorrenza (Ley n.º 124, de 4 de agosto de 2017 — Ley Anual sobre la Competencia)

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, in particolare: articolo 1; articolo 3, comma 1, lettere a), c), d) ed e); articoli 4, 8, 10; articolo 14, comma 2; articoli 15, da 115 a 121,

segnatamente articolo 120 [Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 — Aplicación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE sobre la adjudicación de contratos de concesión, sobre contratación pública y sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, así como para la reorganización de la normativa vigente en materia de contratos públicos relativos a obras, servicios y suministros), en particular: artículo 1; artículo 3, apartado 1, letras a), c), d) y e); artículos 4, 8, 10; artículo 14, apartado 2; artículos 15, de 115 a 121, en particular artículo 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, in particolare: articolo 3, commi 26 e 29; articolo 27 e allegato VIF (Decreto Legislativo n.º 163, de 12 de abril de 2006 — Código de contratos públicos relativos a obras, servicios y suministros en aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, en particular: artículo 3, apartados 26 y 29; artículo 27 y anexo VI, parte 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 (articolo 1; articolo 23, comma 2, e articolo 3, comma 12) [Decreto Legislativo n.º 261, de 22 de julio de 1999 — Aplicación de la Directiva 97/67/CE relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales comunitarios y la mejora de la calidad del servicio (artículo 1; artículo 23, apartado 2, y artículo 3, apartado 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 (articolo 1) [Decreto Legislativo n.º 58, de 31 de marzo de 2011 — Aplicación de la Directiva 2008/6/CE, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios (artículo 1)]

Decreto legge 1º dicembre 1993, n. 487 — Trasformazione dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni in ente pubblico economico e riorganizzazione del Ministero (articolo 4) [Decreto-ley n.º 487, de 1 de diciembre de 1993 — Transformación de la Administración de Correos y Telecomunicaciones en ente público económico y reorganización del Ministerio (artículo 4)]

Corte di cassazione: auto de 1 de marzo de 2018, n.º 4899

Consiglio di Stato: sentenza de 1 de agosto de 2011, n.º 16; sentencias n.ºs 13, 14, 15 y 16 de 2016

## Breve exposición de los hechos y alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 5 La sociedad Irideos interpuso recurso contra los documentos de la licitación, convocada por Poste Italiane —«conforme al Decreto Legislativo n.º 50/2016»— para los Servicios de Telecomunicaciones en el área metropolitana de alta velocidad de fibra opción con tecnología DWDM (MAN). Estos servicios tenían por objeto el establecimiento de una red informática para la transmisión fiable y rápida de datos entre las diferentes sedes de la Entidad, mediante la utilización de una tecnología de telecomunicación específica —Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM)— que permite la transmisión, en la misma fibra óptica, de varias señales de distinta longitud de onda de forma independiente, con posibilidad de aumentar el ancho de banda disponible en dicho canal de fibra óptica y con la consiguiente posibilidad de mejorar la calidad de los datos transmitidos, así como al suministro de los aparatos DWDM, necesarios para la ejecución de tales servicios. Se previeron dos lotes de igual valor para los componentes mencionados, cuyo importe total ascendía a 10 220 000 euros.
- 6 La recurrente impugnó, en particular, los parámetros de valoración de la oferta técnica, sobre la base de una fórmula cuyas modalidades de aplicación habrían implicado la adjudicación de la puntuación máxima a quien hubiese ofrecido ejecutar el proyecto en menos de 45 días, anulando, de hecho, el criterio de selección, basado en la mayor rapidez de ejecución de la intervención, de modo que todos los operadores de la licitación obtuvieron la máxima puntuación a pesar de que la recurrente había ofrecido un tiempo de ejecución de 21 días, contra los 44 días de las sociedades que constituyen las otras partes en el procedimiento.
- 7 En estas circunstancias, la licitación se habría adjudicado, en la práctica, atendiendo exclusivamente a la oferta económica. Así las cosas, se anuló la totalidad del procedimiento como consecuencia de la infracción de la ley y del exceso de poder en varios aspectos.
- 8 Las sociedades que constituyen las otras partes en el procedimiento se opusieron a la argumentación de la recurrente; Tim s.p.a., incluso interpuso un recurso incidental dirigido a la repetición del procedimiento de licitación.
- 9 Asimismo, la otra parte en el procedimiento, Fastweb S.p.A., formuló una excepción de falta de competencia del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo. Los servicios en cuestión no estaban estrechamente relacionados con los servicios postales en sí y estaban comprendidos, en consecuencia, en un ámbito ajeno a los «sectores especiales» a que se refiere el artículo 120 del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016.
- 10 Según Fastweb S.p.A., la decisión de someter el contrato a la normativa de la contratación pública, por lo tanto, no habría sido necesaria: la infraestructura de telecomunicación en cuestión, en efecto, servía de apoyo a las distintas actividades del Gruppo Poste, que cuentan con un régimen jurídico aplicable a las

actividades a las que la infraestructura debe considerarse que está destinada principalmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5, apartado 5, en el artículo 6, apartado 2, y en el considerando 16 de la Directiva 2014/25/UE: por lo tanto, no se refería de manera prioritaria al servicio postal, que únicamente afectaba al 30 % del volumen de negocios de Poste Italiane. La decisión voluntaria del poder adjudicador no fue, por otra parte, suficiente para establecer la competencia del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha confirmado en diversas ocasiones la competencia del órgano jurisdiccional ordinario para los litigios que no están comprendidos específicamente en el sector especial, y que no cabe definir a Poste Italiane como organismo de Derecho público, dado que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta pérdidas.

- 11 Posteriormente, el 19 de febrero de 2019, también Tim S.p.A. formuló una excepción de falta de competencia del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, afirmando que únicamente deben considerarse sujetos a la normativa sobre contratación pública los procedimientos contractuales relativos, en sentido estricto, a los servicios postales.
- 12 La falta de competencia fue confirmada por el artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016, que —con arreglo al artículo 7 de la Directiva 2014/24/UE— excluye del ámbito de aplicación del Código los contratos celebrados por un «poder adjudicador que presta servicios postales», en relación con «los servicios de valor añadido vinculados a medios electrónicos y prestados íntegramente por esta vía (incluida la transmisión segura de documentos codificados por vía electrónica, los servicios de gestión de direcciones y la transmisión de correo electrónico certificado)».
- 13 Asimismo, el artículo 15 de dicho Decreto Legislativo n.º 50, de conformidad con el artículo 8 de la Directiva 2014/24/UE, excluye la aplicación del Código para los contratos «cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas».
- 14 A su vez, el artículo 8 del Código de contratos públicos —de conformidad con el artículo 13 de la Directiva 2014/25/UE— excluye de su ámbito de aplicación el desarrollo de la actividad de servicio postal «cuando la actividad esté sometida directamente a la competencia».
- 15 Además, atendiendo a su evolución, el gestor del servicio postal ya no puede definirse como «Organismo de Derecho público», dado que no se cumple el requisito teleológico de «satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil».
- 16 Aun en el caso de que debiera reconocerse esta naturaleza jurídica, la obligación de aplicar el procedimiento de contratación pública estaría excluida, en cualquier caso, por los citados artículos 8, 10, letra b), y 15 del Decreto Legislativo n.º 50 de



2016; incluso para los organismos de Derecho público, por último, este procedimiento únicamente se impone respecto de los suministros y servicios estrictamente relacionados con los sectores especiales (Pleno de la Corte di cassazione, auto n.º 4899 de 2018).

- 17 Tim S.p.A. solicitaba asimismo que, en caso de que el órgano jurisdiccional albergase dudas sobre las tesis interpretativas mencionadas anteriormente, este plantease la cuestión al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE.
- 18 En sus observaciones, presentadas el 18 de febrero de 2019, Poste Italiane corroborada la legalidad del criterio y la exactitud de la fórmula matemática utilizada. Ninguna de las alegaciones de defensa de la Entidad se refería, en cambio, a la cuestión prejudicial de competencia formulada únicamente por las sociedades que constituyen las otras partes en el procedimiento y, sobre esta base, el asunto pasó a deliberación.

### **Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial**

- 19 En cuanto a la cuestión de la competencia, planteada desde la perspectiva de una no sujeción generalizada de Poste Italiane al Código de contratos públicos —para aquellos contratos que no están relacionados con el servicio postal en sentido estricto— ya se han planteado dudas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante auto colegiado n.º 7778 de 12 de julio de 2018 (asunto C-521/18), relativas a la conformidad con el Derecho de la Unión, sobre la base de las Directivas vigentes y de sentencias anteriores de dicho Tribunal.
- 20 En el presente asunto, no obstante, son objeto de controversia cuestiones más amplias, que ha de resolver el órgano jurisdiccional remitente y que justifican, por lo tanto, una nueva petición de decisión prejudicial, que coincide solo parcialmente con la anteriormente citada.
- 21 Según el órgano jurisdiccional remitente, la cuestión de competencia que se plantea exige las siguientes apreciaciones:
  - I) naturaleza jurídica de Poste Italiane, habida cuenta de la evolución experimentada en el sector de los servicios postales, que se efectúan en un régimen de competencia cada vez mayor;
  - II) definición del concepto de «*instrumentalidad*», con arreglo al cual se delimita el ámbito de aplicación de los artículos 114 y siguientes del Código de contratos públicos, hasta circunscribir el ámbito de competencia del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo (al menos para las empresas que, con arreglo a la tendencia general, no tengan naturaleza de organismo de Derecho público);
  - III) evaluación de la confianza legítima de los participantes en una licitación, convocada en virtud de una decisión propia en sectores que se consideran ajenos a la normativa sobre contratación pública, o únicamente excluidos de la plena

aplicación del Código de contratos públicos, pero no de los principios correspondientes.

- 22 En cuanto a la naturaleza de organismo de Derecho público, el reconocimiento de la misma se produce, con arreglo al artículo 3, apartado 1, letra c), del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016, sobre la base de los siguientes parámetros:
- 1) constitución para la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
  - 2) posesión de personalidad jurídica (sin distinción entre naturaleza público o privada de la misma);
  - 3) actividad financiada mayoritariamente por el Estado, por las entidades territoriales o por otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta al control de estos últimos, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté constituido por miembros de los cuales más de la mitad hayan sido nombrados por el Estado, por las entidades territoriales o por otros organismos de Derecho público.
- 23 En cuanto a las «entidades adjudicadoras», pueden calificarse como tales los «poderes adjudicadores», como ya se ha indicado, o las empresas públicas que lleven a cabo una de las actividades previstas en los artículos 115 a 121 del Código de contratos, o que —aunque no estén comprendidos en dichas categorías— lleven a cabo las actividades, especificadas en las mismas normas antes citadas, en virtud de «derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente». Están comprendidos en el ámbito de tales actividades, de conformidad con el artículo 120 de dicho Código, los servicios postales.
- 24 Según el órgano jurisdiccional remitente, la calificación de Poste Italiane s.p.a. como organismo de Derecho público parece difícilmente refutable. En efecto, esta sociedad sucedió a la anterior administración central, creada después de la unidad de Italia, al objeto de prestar el servicio de forma más eficiente. Actualmente, aunque opera asimismo en el ámbito financiero, de los seguros y de la telefonía móvil en régimen de competencia, Poste Italiane s.p.a. aún es la concesionaria del servicio postal universal, el cual implica la prestación obligatoria, a través de los correspondientes desembolsos estatales que cubren parte de los costes, de servicios esenciales de entrega de cartas y de paquetes, a un precio fijado por el Estado, a todos los municipios italianos, como pone de manifiesto el anuncio de un procedimiento de infracción por parte de la Comisión Europea como consecuencia de la decisión de dejar de repartir el correo a 4 000 municipios, al estimarse que el servicio no es rentable. En consecuencia, resulta obligado considerar que la sociedad en cuestión, dotada de personalidad jurídica, se creó para responder a necesidades de interés general carentes de carácter industrial o mercantil, directamente relacionadas con la libertad de correspondencia o de cualquier otra forma de comunicación (primer y segundo requisito de los organismos de Derecho público).

- 25 En lo que atañe al tercer requisito, es preciso recordar que Poste Italiane s.p.a. es propiedad mayoritaria del Ministero dell'Economia (Ministerio de Economía), que nombra al Consiglio di Amministrazione (Consejo de Administración) —y está sujeta al control y a la vigilancia del Ministero dello Sviluppo Economico (Ministerio de Desarrollo Económico) y de la Corte dei Conti (Tribunal de Cuentas)—, la Junta de Auditores está compuesta por tres miembros efectivos y tres suplentes, nombrados en su totalidad por dicha Administración. Por otra parte, la AGCOM es competente para adoptar normas reguladoras en materia de calidad y características del servicio universal, que se rige por un contrato de colaboración público-privada en el que la parte que contrata con el gestor postal es el Ministerio de Desarrollo Económico.
- 26 El elemento fundacional del organismo de Derecho público es, precisamente, la importancia de los intereses generales perseguidos, en relación con los cuales —aun cuando la gestión produjera beneficios— no es posible obviar la función administrativa que consiste en el control de la consecución de los objetivos de calidad del servicio. En efecto, corresponde a la administración el cuidado específico de los intereses de la colectividad, que el Estado considera que se corresponden con servicios que se han de prestar al ciudadano y que, por lo tanto, aun cuando se encomienden a agentes externos al verdadero aparato administrativo, deben responder a criterios de imparcialidad, buena administración y transparencia.
- 27 Por lo tanto, desde el punto de vista subjetivo existen suficientes elementos para calificar a la sociedad Poste Italiane de organismo de Derecho público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra d), del Decreto Legislativo n.º 50/2016, opinión que coincide, además, con la jurisprudencia del Consiglio di Stato.
- 28 No obstante, del reciente auto del Pleno de la Corte di cassazione n.º 4899, de 1 de marzo de 2018 y citado en el presente procedimiento por las sociedades que constituyen las otras partes en el procedimiento en apoyo de la excepción de falta de competencia se desprende una tendencia diferente. En dicho auto se enuncian los siguientes principios:
- a) la sociedad Poste Italiane s.p.a., si bien se encarga de la prestación del «servicio postal universal», también lleva a cabo actualmente actividades de tipo financiero o, en cualquier caso, que no guardan relación con el servicio de entrega de la correspondencia, el cual se presta ya en régimen de competencia;
  - b) la Directiva 18/2004/CE «excluyó expresamente» a Poste Italiane s.p.a. de la categoría de «organismo de Derecho público». Poste Italiane s.p.a. se configura ahora como entidad adjudicadora, en el sentido del artículo 3, apartado 29, y del anexo VI, parte F, del Decreto Legislativo n.º 163 de 2006, debido a que no cumple el «requisito teleológico de satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, el cual implica que el sujeto únicamente tenga como finalidad satisfacer tales necesidades, y no permite que este ejerza ninguna otra actividad»;

d) «la posible calificación de Poste Italiane s.p.a. como organismo de Derecho público» sería, en cualquier caso, «irrelevante», en la medida en que la cuestión del sometimiento a la normativa en materia de licitaciones públicas debe dirimirse atendiendo a las disposiciones que regulan los sectores especiales, sobre la base de la posición de Poste Italiane como entidad adjudicadora.

29 Las alegaciones formuladas por la Corte di cassazione, en particular las que figuran en las letras b) y d), parecen contrarias a la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2008, Ing. Aigner (C-393/06), que llegan a las conclusiones opuestas, según se resumen a continuación:

I) La Directiva 2004/17/CE (actualmente 2014/25/UE) regula los contratos celebrados en los denominados «sectores especiales» (relativos a la gestión del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales), en los cuales no solo pueden ser «entidades adjudicadoras» los «poderes adjudicadores» [según se define actualmente en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Decreto Legislativo n.º 50/2016], sino también las «empresas públicas» o «empresas que tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro», en la medida en que todas estas entidades ejerzan alguna de las actividades comprendidas en el sector: las disposiciones de la citada Directiva han de interpretarse, en efecto, restrictivamente y, en consecuencia, solo en relación con los contratos ligados al sector de que se trate, y sin permitir que se aplique la «teoría del contagio», prevista en la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann (C-44/96) (véase también, en este sentido, la sentencia de 16 de junio de 2005, Strabag y Kostmann, C-462/03 y C-463/03).

II) En lo que atañe a los organismos de Derecho público [definidos en las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, como las transpone el artículo 3, apartado 1, letra d), del Decreto Legislativo n.º 50/2016], la interpretación no debe ser, por el contrario, restrictiva, sino funcional, tomando como base por tanto la verificación de la constitución, o no, de la entidad para la satisfacción de necesidades de interés general, «que no tengan carácter industrial o mercantil». Según la sentencia Ing. Aigner, «a tal efecto es indiferente que esas necesidades también sean cubiertas o podrían serlo por empresas privadas. Lo esencial es que se trate de necesidades que, por razones de interés general, el Estado o una entidad territorial deciden satisfacerlas por sí mismos o respecto de las cuales quieren conservar una influencia determinante. [...] Procede añadir que a este respecto es indiferente que, además de su misión de interés general, dicha entidad también lleve a cabo otras actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general que está específicamente obligada a satisfacer. La importancia relativa que tengan las actividades ejercidas con fines lucrativos en el marco de las actividades globales de dicha entidad tampoco resulta pertinente a efectos de su calificación como organismo de Derecho público».

III) La Directiva 2004/18/CE, sustituida actualmente, sin modificaciones, por la Directiva 2014/24/UE, se aplica a los contratos de los organismos de Derecho público que se sitúan fuera del ámbito de los sectores especiales, en el que

también operan estos organismos y que quedan sujetos a la normativa específica prevista al respecto, por lo que se refiere a la actividad propia de tales sectores. Así pues, en efecto, la mencionada sentencia Ing. Aigner del Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que: «los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de organismo de Derecho público, en el sentido de las Directivas 2004/17 y 2004/18, vinculados al ejercicio de actividades que esa entidad desarrolla en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17, deben seguir los procedimientos establecidos en esta Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18. Cada una de estas dos Directivas se aplica, sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los sectores de actividades de la mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzadas entre esos sectores».

- 30 En consecuencia, la Directiva 2004/18/CE (actualmente 2014/24/UE), relativa a los sectores ordinarios, es aplicable a todos los organismos de Derecho público, aun cuando operen en los sectores especiales, cuando la actividad contractual desarrollada tenga un objeto ajeno a tales sectores.
- 31 Según el órgano jurisdiccional remitente, para los organismos de Derecho público no desaparece por lo tanto en ningún caso, en materia contractual, la competencia del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, prevista para los procedimientos de carácter público que se lleven a cabo tanto para el sector ordinario como para el específico.
- 32 En consecuencia, no puede considerarse «irrelevante», como afirma la Corte di cassazione, la calificación jurídica de Poste Italiane s.p.a. y de la filial Poste Tutela s.p.a. como organismo de Derecho público.
- 33 El órgano jurisdiccional remitente señala además que la argumentación de la Corte di cassazione expuesta en el apartado 28, letra b), no se ve reflejada en los textos normativos: por lo que se refiere a la Directiva 2004/18/CE (actualmente 2014/24/UE), en efecto, es cierto que entre las entidades adjudicadoras están incluidos los poderes adjudicadores y, entre estos últimos, los organismos de Derecho público, definidos en los términos previstos en el citado artículo 3, apartado 1, letra d), del Decreto Legislativo n.º 50/2016, si bien esto solo implica que entre las entidades adjudicadoras están comprendidos precisamente también los organismos de Derecho público, sin por ello estar sin más «excluidos» de la categoría de los poderes adjudicadores, prevista en dicho artículo 3, apartado 1, letra a), respecto de los cuales no cabe duda de que están sujetos a las disposiciones del Código de contratos para los sectores ordinarios. No establece excepción alguna, sino que solo implica un espectro subjetivo más amplio para los sectores especiales, además, la calificación de las entidades adjudicadoras que figura en el artículo 3, apartado 29, del Decreto Legislativo n.º 163 de 2006

[actualmente artículo 3, apartado 1, letra e) del Decreto Legislativo n.º 50/2016], mientras que el anexo VI de dicho Decreto Legislativo n.º 163 solo contiene una simple lista, no exhaustiva, de las entidades a las que se han encomendado funciones en los sectores especiales, de modo que tampoco resulta pertinente en términos del establecimiento de una excepción el hecho de que figure como entidad adjudicadora, en dicho ámbito, la sociedad Poste Italiane.

- 34 Por otra parte, la Decisión de la Comisión Europea [2008/383], de 30 de abril de 2008 ya estableció la exención de los contratos de Poste Italiane relativos a los servicios de mensajería y entrega urgente, tanto nacionales como internacionales, mientras que la posterior Decisión 2010/12/UE de 5 de enero de 2010 excluyó la aplicación de la Directiva 2004/17/CE sobre los sectores especiales para los servicios financieros administrados por Bancoposta (captación de ahorros, concesión de créditos en nombre de bancos y de intermediarios financieros acreditados, actividades de inversión y planes de pensiones complementarios, servicios de pago y de transferencia de dinero).
- 35 Sin embargo, la operatividad de la entidad en el ámbito de la competencia únicamente constituye un indicador de la falta del requisito teleológico. Para poder excluir del todo dicho requisito debe aspirarse asimismo a la consecución de finalidades claramente económicas, con asunción completa del riesgo de empresa: circunstancias, estas últimas, que no concurren en el caso del servicio postal universal, cuya prestación se ha encomendado a Poste Italiane s.p.a. hasta el 30 de abril de 2026, de conformidad con el artículo 23, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 261 de 1999. El artículo 3, apartado 12, de esta misma normativa dispone que los costes relativos a la prestación del servicio universal se financiarán mediante transferencias con cargo al presupuesto del Estado. En consecuencia, parece que el riesgo empresarial está fuertemente atenuado.
- 36 Habida cuenta de la Decisión [2008/383] de la Comisión a la que se ha hecho referencia, puede por tanto considerarse perfilado, asimismo en el sentido del artículo 14, apartado 2, del Código de contratos, el ámbito de los sectores en los que Poste Italiane puede operar con carácter excepcional respecto de las normas generales vigentes en materia de contratos: normas sobre la base de las cuales se ha considerado hasta la fecha que la teoría del contagio no se aplica a las empresas públicas, pero sí a los organismos de Derecho público, de modo tal que estos últimos solo están obligados —cuando operen en sectores especiales— a observar la normativa pertinente en relación con las actividades instrumentales de dichos sectores, sin eludir no obstante la normativa que regula los sectores ordinarios cuando lleven a cabo cualquier otra actividad, en función de los intereses que resulten de importancia para la colectividad, encomendados en cualquier caso a estos.
- 37 Se trata por tanto de verificar si los principios establecidos en la sentencia Aigner deben tenerse en cuenta o no, considerando la prevalencia de los intereses de carácter industrial o mercantil sobre aquellos intereses para la colectividad que justificaron la constitución inicial del organismo de Derecho público, o si la

referencia a esta constitución —presente formalmente en el citado artículo 3, apartado 1, letra d), punto n.º 1 del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016— debe considerarse insalvable también en relación con las empresas que operan en un amplio régimen de competencia.

- 38 En el presente asunto, no obstante, son objeto de controversia cuestiones más amplias. En efecto, debe apreciarse, en primer lugar, la conexión del objeto de contrato en cuestión no tanto con los sectores, definidos actualmente como «especiales» y regulados por los artículos 114 y siguientes del Código de contratos públicos (Parte II, Título VI, Capítulo I), sino más bien con los sectores que siguen definiéndose como «excluidos [...] del ámbito de aplicación objetiva» de dicho Código (Parte I, Título II, artículos 4 y siguientes), pero cuya adjudicación debe en cualquier caso producirse, en el sentido del artículo 4, antes citado, «de conformidad con los principios de economía, eficacia, imparcialidad, igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad, publicidad, protección del medio ambiente y eficiencia energética».
- 39 En el presente asunto, el sector controvertido es el sector de las comunicaciones electrónicas, que queda excluido con arreglo al artículo 15 del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016, de conformidad con los artículos 7 y 8 de la Directiva 2014/24/UE y, por sí solo, objeto de la Directiva marco de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas 2002/21/CE.
- 40 La pertenencia del procedimiento de licitación en cuestión a un sector formalmente «excluido», pero no «ajeno» al Código de contratos públicos, sin embargo, no afecta a la competencia del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, de manera que el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 50 del 2016 exige un procedimiento negociado, idóneo para garantizar la observancia de los criterios enunciados, respecto de los cuales existen intereses legítimos que están comprendidos en la competencia de dicho órgano jurisdiccional.
- 41 El órgano jurisdiccional remitente considera que es preciso articular de manera diferente la cuestión relativa al concepto de «instrumentalidad» —respecto de las materias propias de los sectores especiales— como límite para la competencia del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, aun cuando pueda reconocerse la posible evolución del concepto de «organismo de Derecho público» en el de «empresa pública», en función de algunas particularidades de los sectores «excluidos» y, específicamente, el de las «actividades sometidas directamente a la competencia» (artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016, antes citado). Ello se debe a que el carácter actualmente competitivo del servicio postal —pese a no resultar, por sí mismo, decisivo respecto de la cuestión de la competencia (como ocurre en el caso de todos los sectores excluidos previstos en los artículos 4 a 20 del Código— podría, no obstante, resultar pertinente para excluir la calificación de Poste Italiane de organismo de Derecho público, como organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de sus actividades —actualmente

mayoritarias— directamente expuestas a la competencia (Directiva 2014/23/UE, considerando 21 y artículo 16, antes citados).

- 42 A este último respecto, la Sala duda del hecho de que el reconocimiento de Poste Italiane como «empresa pública» (en caso de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo considere admisible), exija —de conformidad con lo dispuesto en la reiteradamente citada sentencia del Pleno del Consiglio di Stato n.º 16 de 2011— efectuar una apreciación restrictiva de la pertenencia del contrato a la materia, propia del sector especial de referencia. Los límites de esta apreciación, por otra parte, son en cualquier caso pertinentes para definir el marco jurídico específico de cada procedimiento de licitación, aun cuando la convocatoria del mismo esté a cargo de un sujeto que pueda definirse como organismo de Derecho público y que opere en uno de los sectores especiales.
- 43 En efecto, si bien parece válida la tesis según la cual las empresas (públicas o privadas, estas últimas si son titulares de un Derecho especial o exclusivo) se integran en el régimen del Código de contratos públicos «solo en relación a los sectores especiales y no en términos generales [...] sin permitir que se aplique la denominada “teoría del contagio”, a que se refiere la jurisprudencia Mannesman [...]» (sentencia n.º 16 de 2011 del Pleno del Consiglio di Stato, antes citada.), en el Derecho de la Unión (Directiva 2014/25/UE) no se aprecia ninguna referencia específica al concepto de «instrumentalidad», si se entiende como un vínculo directo del servicio con la actividad especial, como límite para la aplicabilidad de las disposiciones previstas en los artículos 114 y siguientes del Código de contratos públicos y de la propia competencia del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.
- 44 Con carácter general, el considerando 16 de la Directiva 2014/25/UE —que se refiere precisamente a los sectores especiales— reconoce la posibilidad de adjudicar contratos relativos a «varias actividades» y sujetos a «diferentes regímenes jurídicos», mediante la aplicación, en cada caso, al contrato único de las normas relativas al sector al que este «se destine principalmente», según se desprenda de los documentos de la licitación, o como debe especificar, en cualquier caso, el poder adjudicador.
- 45 Este principio se ve corroborado en el artículo 6 de dicha Directiva, que, en caso de falta de especificación, establece en su apartado 3 parámetros de prioridad precisos, cuando el objeto del contrato esté relacionado precisamente con materias reguladas por más de una directiva.
- 46 El concepto de «destino» a una determinada actividad, por decisión de la entidad adjudicadora, parece, en cualquier caso, mucho más amplio que el aplicado por la sentencia n.º 16 de 2011 del Pleno del Consiglio di Stato (que solo admitía como pertinente para el sector especial de referencia un servicio de vigilancia si se había adquirido para una red energética explotada por ENI, pero no para la vigilancia de las oficinas administrativas correspondientes). En cambio, cabe preguntarse —a la luz del Derecho de la Unión— si el contrato, que ha de considerarse «ajeno» al



régimen de los sectores especiales, no debe referirse más bien a cada actividad que las empresas públicas —o los sujetos privados titulares de un derecho exclusivo— tengan, en efecto, libertad para llevar a cabo, si bien claramente fuera de los sectores en cuestión, como pretende el citado principio de «ajenidad», de manera que sea posible sustraer la actividad contractual de la aplicación de las normas en materia de contratación pública.

- 47 En efecto, el artículo 13, apartado 1, letra b), de la Directiva 2014/25/UE delimita el ámbito de aplicación de dicha Directiva a los servicios postales, ampliando esta referencia a los «servicios distintos de los servicios postales, siempre y cuando dichos servicios sean prestados por una entidad que preste igualmente servicios postales», e incluyendo entre estos últimos tanto los servicios incluidos «como los no incluidos en el ámbito de aplicación del servicio universal establecido de conformidad con la Directiva 97/67/CE» [artículo 13, antes citado, apartado 2, letra b)].
- 48 Por último, ya se ha indicado que el considerando 16 de la Directiva [2014/25/UE] exige determinar cuál es la actividad a la que el contrato —sujeto, con carácter general, a las normas de los sectores especiales, si bien destinado a veces a regular asimismo actividades diferentes— se destina principalmente. Ello requiere tener conocimiento del régimen jurídico aplicable, con las obligaciones de transparencia y de seguridad jurídica, que constituyen principios inmanentes a todo el sector de los contratos públicos (incluidos los sectores que el Decreto Legislativo n.º 50 de 2016 define como «excluidos»).
- 49 Por último, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si es conforme al Derecho de la Unión, ampliada al concepto de abuso de Derecho (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05 Kofoed), la práctica —cada vez más frecuente en el sistema jurídico nacional— de alegar la falta de competencia del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo tan solo después de la primera decisión, aunque esta sea una medida cautelar, de este último, para los procedimientos de licitación convocados con arreglo al Código de contratos públicos, mediante anuncio publicado en la Gazzetta Ufficiali della Repubblica Italiana (Diario Oficial de la República Italiana) y en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, sin efectuar ninguna precisión, en esta etapa, del carácter propio de la elección del poder adjudicador: elección cuya legalidad y cuyos efectos deben someterse al órgano jurisdiccional ordinario, que habrá de pronunciarse —cabe suponer— atendiendo únicamente a las disposiciones del Código Civil, no siendo aplicable en forma alguna el Código de contratos públicos (si bien expresamente citado y, por lo tanto, contrariamente a lo que los competidores podían considerar).