

Asia C-419/19

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

Jättämispäivä:

29.5.2019

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

6.3.2019

Kantaja:

Irideos S.p.A.

Vastaaja:

Poste Italiane S.p.A.

Muut osapuolet:

● Fastweb S.p.A

Tim S.p.A.

Pääasian oikeudenkäynnin kohde

Kanne, jolla vaaditaan kumoamaan toimet, joilla Poste Italiane S.p.A (jäljempänä Poste Italiane) ilmoitti 22.10.2018 IRIDEOS S.p.A:lle siitä, että se oli valinnut tarjouskilpailun ”Asetuksessa (decreto legislativo) nro 50/2016 tarkoitettu hankinta – Sähköpostitse toteutettava avoin menettely nopeiden optisen kuidun siirtokapasiteettia hyödyntävien tiedonsiirtopalvelujen suorittamisesta DWDM (MAN) -teknologian avulla pääkaupungin alueella” erän 1 sopimuspuoleksi Fastweb S.p.A:n ja erän 2 sopimuspuoleksi Tim S.p.A:n, sekä velvoittamaan Poste Italianen korvaamaan vahingon, jota kantaja väittää aiheutuneen. Tim S.p.A:n nostama vastakanne, jossa vaaditaan muun muassa Poste Italianen velvoittamista järjestämään tarjouskilpailu uudelleen.

Ennakkoratkaisupyyntöön kohde ja oikeusperusta

- 1 18.4.2016 annetun asetuksen (decreto legislativo) nro 50 (julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskeva koodeksi; jäljempänä asetus nro 50/2016 tai koodeksi tai hankintoja koskeva koodeksi) 3 §:n 1 momentin e kohdasta ilmenevän kansallisen lainsäädännön yhteensoveltuvuus unionin lainsäädännön (direktiivit 2014/23/EU, 2014/24/EU ja 2014/25/EU) kanssa, siltä osin kuin kyseinen säännös on tarkoitettu Corte di cassazione (ylin tuomioistuin) esittämän tulkinnan (määräys nro 4899/2018, joka on kansallisessa oikeudessa sitova tuomioistuinten toimivallan osalta) mukaisesti yrityksiä, jotka toimivat koodeksin II osassa mainituilla erityisaloilla, koskevaksi poikkeukseksi koodeksin 1 §:ssä ja 3 §:n 1 momentin a kohdassa ilmaistuista yleisistä periaatteista, siltä osin kuin on kyse velvollisuudesta käyttää julkista hankintamenettelyä, kun tehtävä sopimus ei koske erityisaloille ominaisia toimintoja.
- 2 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen on tässä oikeudenkäynnissä lisäksi käsiteltävä kahta ongelmakokonaisuutta, joista ensimmäinen koskee Corte di cassazione Sezioni Unite -kokoonpanossa antamien tuomioistuimen toimivaltaa koskevien ratkaisujen sitovuutta Italian prosessioikeudessa ja toinen unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mahdollista muuttumista, kun jotkin oikeussubjektit, jotka on perustettu julkisoikeudellisiksi laitoksiksi, ovat asteittain muuttuneet varsinaisiksi yrityksiksi, jotka tavoittelevat voittoa ja vastaavat tappioista ja harjoittavat toimintaansa pääasiallisesti kilpailutilanteessa (ks. direktiivin 2014/23/EU johdanto-osan 21 perustelukappale ja 16 artikla).
- 3 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin toteaa ensimmäisestä kysymyksestä, että Corte di cassazionea on pyydetty antamaan lopullinen ja sitova ratkaisu asiaa käsittelevän tuomioistuimen toimivallasta ratkaista asia Italian prosessuaalisessa järjestelmässä; unionin tuomioistuin on kuitenkin esittänyt yleisen periaatteen, jonka mukaan on unionin oikeuden vastaista, että kansallista tuomioistuinta sitovat kansallisen menettelysäännön mukaan kansallisen ylemmän tuomioistuimen tekemät arvioinnit, kun on selvää, että viimeksi mainitun tuomioistuimen arvioinnit eivät ole unionin oikeuden mukaisia, sellaisena kuin unionin tuomioistuin on tulkinnut tätä (ks. tuomio 20.10.2011, C-396/09, Interedil s.r.l., selvitystilassa).
- 4 Tuomioistuimilla on siten oikeus (tai ylimmän oikeusasteen tuomioistuimilla velvollisuus) kääntyä unionin tuomioistuimen puoleen, kun niillä on ”perusteltu epäily” unionin oikeuden oikeasta soveltamisesta, ja näin on riippumatta tuomioistuimen toimivaltaa koskevista päinvastaisista ratkaisuista, joita ovat antaneet Corte di cassazione tai Consiglio di Stato (ylin hallintotuomioistuin) täysistunto, jonka ratkaisut sitovat Consiglio di Stato yksinkertaisia jaostoja, (ks. myös unionin tuomioistuimen 5.4.2016 antama tuomio Puligienica Facility, C-689/13 ja yhteisöjen tuomioistuimen 6.10.1982 antama tuomio Cilfit, 283/81).

Ennakkoratkaisukysymykset

1 Onko Poste Italiane s.p.a. -yhtiö luokiteltava edellä esitettyjen ominaisuuksien perusteella asetuksen nro 50/2016 3 §:n 1 momentin d kohdassa ja unionin relevanteissa direktiiveissä (2014/23/EU, 2014/24/EU ja 2014/25/EU), tarkoitetuksi ”julkisoikeudelliseksi laitokseksi”?

2) Onko tämä yhtiö velvollinen toteuttamaan julkisia hankintamenettelyjä vain, kun se valitsee sopimuspuolia direktiivissä 2014/25/EU tarkoitetuille erityisalaille ominaiseen toimintaan suoraan liittyville hankintasopimuksille, kun tämän direktiivin mukaan julkisoikeudellisen laitoksen luonteen on katsottava sisältyvän julkisia hankintoja koskevan koodeksin II osan sääntöihin, niin että sillä on näihin aloihin tiukasti ottaen liittymättömän toiminnan osalta täysi sopimusvapaus – ja tähän sovelletaan yksinomaisesti yksityisoikeudellisia sääntöjä –, kun otetaan huomioon direktiivin 2014/23/EU johdanto-osan 21 perustelukappaleessa ja 16 artiklassa asetetut periaatteet (em. Corte di cassazione, Sezioni Unite, nro 4899/2018 ja viimeksi em. Consiglio di Stato täysistunnossa antama tuomio nro 16/2011)?

3) Kuuluuko tämä yhtiö niiden sopimusten osalta, joiden on katsottava jäävän erityisalaille ominaisen alueen ulkopuolelle, sitä vastoin edelleen – jos se täyttää julkisoikeudellisille laitoksille asetetut edellytykset – yleisdirektiivin 2014/24/EU (ja siten julkisia hankintamenettelyjä koskevien sääntöjen) soveltamisalaan silloinkin, kun se harjoittaa – perustamisajankohdan jälkeen tapahtuneen kehityksen johdosta – pääasiallisesti yritystoiminnan luonteista toimintaa kilpailutilanteessa, kuten on pääteltävissä em. 10.4.2008 annetusta tuomiosta Ing. Aigner (C-393/06), mikä estää direktiivin 2014/24/EU erilaisen tulkinnan hankintaviranomaisten tekemien sopimusten osalta; toisaalta edellä mainitun direktiivin 2014/23/EU johdanto-osan 21 perustelukappaleessa ja 16 artiklassa asetetaan ainoastaan yksi oletettu kriteeri, jonka perusteella poissuljetaan se, että yritykset, jotka toimivat normaaleissa markkinaolosuhteissa, voisivat olla julkisoikeudellisia laitoksia, samalla kun on kuitenkin näiden samojen säännösten perusteella, yhdessä luettuina, selvää, että ensisijaisesti viitataan yksikön perustamisvaiheeseen, jolloin sen tarkoituksena on ollut tyydyttää ”yleisen edun mukaisia tarpeita” (tässä tapauksessa nämä tarpeet ovat olemassa eivätkä ole vielä lakanneet)?

4) Jos sillä on yksikköjä, joissa harjoitetaan samanaikaisesti sekä erityisalaan luonteenomaisesti liittyviä toimintoja että muita toimintoja, voidaanko kuitenkin katsoa, että ”välineellisyyden” käsite on – erityistä yleistä etua koskevan palvelun osalta – ymmärrettävä laajasti (kuten kansallisessa oikeuskäytännössä on tähän mennessä katsottu em. Consiglio di Stato täysistunnon vuonna 2011 antaman tuomion 16 mukaisesti), mikä estää viimeksi mainitulta kannalta direktiivin 2014/25/EU johdanto-osan 16 perustelukappaleen sekä 6 ja 13 artiklan periaatteiden noudattamisen, kun niissä mainitaan – sovellettavan lainsäädännön yksilöimiseksi – käsite, jonka mukaan sopimus on ”tarkoitettu” yhtä hankintoja koskevassa koodeksissa säädettyä toimintaa varten? Tästä syystä on

selvennettävä, voivatko kaikki erityisalaa palvelevat toiminnot olla ”*tarkoitettuja*” asianomaista alaa varten – myös poissuljetuille aloille ominaisten lievennettyjen rajoittavien yksityiskohtaisten sääntöjen mukaisesti – hankintaviranomaisen aikomusten mukaan (mukaan lukien näin ollen sopimukset, joihin sisältyy sekä tavanomainen että erityinen ylläpito, siivous, sisustus sekä rakennusten huolto- ja ylläpitopalvelut tai muut niiden käyttötavat, jos ne on tarkoitettu asiakkaiden palvelemiseksi), jolloin tosiasiallisesti yksityistettyjä toimintoja ovat vain näiden ”*ulkopuolelle jäävät*” toiminnot, joita julkinen tai yksityinen subjekti voi harjoittaa vapaasti täysin eri aloilla sellaisen sääntelyn mukaisesti, joka kuuluu yksinomaan siviilikoodeksin ja yleisen tuomioistuimen toimivallan piiriin (viimeksi mainitusta esimerkkinä on nyt käsiteltävän asian kannalta varmasti Poste Italianen harjoittama pankkitoiminta, mutta samaa ei voitaisi sanoa sähköisen viestinnän välineiden toimittamisesta ja käytöstä, jos ne asetetaan koko konsernin toiminnan käyttöön, vaikka ne ovatkin erityisen tarpeellisia nimenomaan pankkitoimintaa varten). On lisäksi hyödyllistä korostaa ”*epätasapainoa*”, joka on aiheutunut tällä hetkellä voimassa olevasta rajoittavasta tulkinnasta, jolla on otettu vastaavien tai rinnakkaisten alojen hallintoitiin täysin erilaisia sääntöjä rakennusurakoita tai palveluja koskevien toimeksiantojen tekemistä varten: yhtäältä hankintoja koskevassa koodeksissa määrätään yksityiskohtaisista takeista toisen sopimuspuolen yksilöimiseksi, toisaalta yritykselle annetaan täysi neuvotteluvallta, jolloin tämä voi vapaasti tehdä sopimuksen yksinomaan omien taloudellisten etujensa perusteella, ilman että annettaisiin mitään avoimuutta koskevia takeita, joita edellytetään erityisalojen ja poissuljettujen alojen osalta.

5) Voiko – sekä kansallisella että yhteisön tasolla säädettyjen julkaisumuotojen mukaisesti tehdyllä – ilmoituksella julkisesta hankintamenettelystä olla hankintoja koskevan koodeksin mukaisesti merkitystä sopimuksen tarkoituksen yksilöimisen kannalta tai siltä kannalta, kuuluuko se tietylle erityisalalle ”*välineellisyyden*” laajennetun käsitteen mukaisesti edellisessä kysymyksessä 4 tarkoitettulla tavalla, tai – toissijaisesti – voidaanko tällaisen hankintamenettelyn aloittaneen oikeussubjektin tai tähän menettelyyn menestyksellisesti osallistuneiden subjektien väitettä, joka koskee hallintotuomioistuimen toimivallan puuttumista, pitää Nizzan peruskirjan 54 artiklassa tarkoitettuna oikeuden väärinkäyttönä, jolla – vaikka se ei sinänsä voi vaikuttaa toimivallan jakoon (vrt. tässä yhteydessä myös em. Consiglio di Statoin täysistunnossa vuonna 2011 antama tuomio nro 16) – on merkitystä ainakin vahingonkorvausten ja oikeudenkäyntikulujen jakamisen kannalta, koska sillä loukataan niiden, jotka ovat osallistuneet tähän tarjouskilpailuun, jota ne eivät ole voittaneet, ja jotka ovat kantajia oikeudenkäynnissä, perusteltua luottamusta?

Unionin oikeussäännöt, joihin viitataan

Käyttöoikeussopimusten tekemisestä 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU, erityisesti johdanto-osan 21 perustelukappale, 16 artikla

Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, erityisesti johdanto-osan 16 perustelukappale, 7 ja 8 artikla

Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU; erityisesti johdanto-osan 16 perustelukappale, 5 artiklan 5 kohta, 6 artiklan 2 kohta ja 13 artiklan 1 kohdan b alakohta

Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY

Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY soveltamatta jättämisestä pikalähetys- ja kuriiripalveluihin Italiassa 30.4.2008 tehty komission päätös 2008/383/EY

Kansalliset oikeussäännöt, joihin viitataan

Markkinoista ja kilpailusta 4.8.2017 annettu vuosittainen laki nro 124 (Legge n. 124 – Legge annuale per il mercato e la concorrenza)

Käyttöoikeussopimusten tekemisestä, julkisista hankinnoista ja vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annettujen direktiivien 2014/23/EU, 2014/24/EU ja 2014/25/EU täytäntöön panemiseksi sekä julkisia rakennusurakoita ja julkisia palvelu- ja tavarahankintoja koskevan voimassa olevan lainsäädännön uudistamisesta 18.4.2016 annettu asetus nro 50 (Decreto legislativo 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), erityisesti 1 §, 3 §:n 1 momentin a, c, d ja e kohta, 4 §, 8 §, 10 §, 14 §:n 2 momentti, 15 §, 115–121 §, pääasiallisesti 120 §

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia palvelu- ja tavarahankintoja koskevista sopimuksista direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY täytäntöön panemiseksi annetusta koodeksista 12.4.2006 annettu asetus nro 163 (Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in

attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), erityisesti 3 §:n 26 ja 29 momentti ja liite VI F

Yhteisön postipalvelujen sisämarkkinoiden kehittämistä ja palvelun laadun parantamista koskevista yhteisistä säännöistä annetun direktiivin 97/67/EY täytäntöön panemiseksi 22.7.1999 annettu asetus nro 261 (Decreto legislativo 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 (1 §, 23 §:n 2 momentti, 3 §:n 12 momentti)

Direktiivin 97/67/EY muuttamisesta yhteisön postipalvelujen sisämarkkinoiden täysimääräisen toteuttamisen osalta annetun direktiivin 2008/6/EY täytäntöön panemiseksi 31.3.2011 annettu asetus nro 58 (Decreto legislativo 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) (1 §)

Posti- ja telelaitoksen muuttamisesta julkiseksi liikelaitokseksi ja ministeriön organisaatiomuutoksesta 1.12.1993 annettu asetus nro 487 (Decreto legge n. 487 – Trasformazione dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni in ente pubblico economico e riorganizzazione del Ministero) (4 §)

Corte di cassazione: 1.3.2018 annettu määräys nro 4899

Consiglio di Stato: 1.8.2011 annettu tuomio nro 16; vuonna 2016 annetut tuomiot nro 13, 14, 15 ja 16

Lyhyt kuvaus pääasian oikeudenkäynnistä ja asianosaisten pääasialliset lausumat

- 5 Irideos-niminen yhtiö riitautti kanteellaan Poste Italianen toimet, jotka liittyivät sen – ”asetuksen (decreto legislativo) nro 50/2016 nojalla” – aloittamaan tarjouskilpailuun nopeiden optisen kuidun siirtokapasiteettia hyödyntävien tiedonsiirtopalvelujen suorittamisesta DWDM (MAN) -teknologian avulla pääkaupungin alueella. Kyseisiä palveluja tarvittiin tietoverkon rakentamiseksi tietojen turvalliseksi ja nopeaksi siirtämiseksi yksikön eri toimipaikkojen kesken käyttämällä erityistä televiestintäteknologiaa – Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM) – joka mahdollistaa yksittäisen optisen kuidun jakamisen useisiin eri aallonpituuksiin, joista jokainen on oma itsenäinen kanavansa, samalla kun on mahdollista kasvattaa kaistaa, joka on käytettävissä samalla optisen kuidun kanavalla, jolloin voidaan lisätä välitettävien tietojen määrää, sekä näiden palvelujen käyttöönottoa varten välttämättömien DWDM-laitteiden toimittamiseksi. Kaikkia edellä mainittuja osatekijöitä vastasi kaksi samanarvoista erää, joiden kokonaismäärä oli 10 220 000,00 euroa.
- 6 Kantaja riitautti erityisesti teknisen tarjouksen arvioinnin osatekijät; tekninen arviointi perustui laskukaavaan, jota koskevat yksityiskohtaiset säännöt

merkitsivät kantajan mukaan sitä, että enimmäispisteet annettiin sille, joka tarjoutui toteuttamaan hankkeen alle 45 päivässä, millä tosiasiallisesti kumottiin hankkeen toteuttamisen joutuisuuteen perustunut valintaperuste, koska kaikki tarjouskilpailuun osallistuneet operaattorit saivat enimmäispistemäärän, vaikka kantaja oli tarjonnut 21 päivän toteuttamisaikaa ja muina osapuolina olevat yhtiöt 44 päivän toteuttamisaikaa.

- 7 Tässä tilanteessa tarjouskilpailu ratkaistiin käytännössä vain taloudellisen tarjouksen perusteella. Koko menettelyä siis arvosteltiin lain rikkomisen ja toimivallan ylityksen vuoksi eri näkökulmista.
- 8 Muina osapuolina olevat yhtiöt vastustivat kantajan perusteluja, ja Tim s.p.a. nosti myös vastakanteen, jossa vaadittiin tarjouskilpailun uusimista.
- 9 Toinen muina osapuolina olevista yhtiöistä, Fastweb S.p.A., esitti lisäksi hallintotuomioistuimen toimivallan puuttumista koskevan väitteen. Kyseiset palvelut eivät sen mielestä liittyneet läheisesti varsinaisiin postipalveluihin ja kuuluivat siis asetuksen nro 50/2016 120 §:ssä tarkoitettuihin ”erityisaloihin” kuulumattomalle alalle.
- 10 Fastweb S.p.A:n mukaan se, että hankintasopimukseen päätettiin soveltaa julkisia hankintoja koskevia sääntöjä, ei näin ollen olisi ollut tarpeen: kyseinen televiestintäinfrastrukturi näet tukisi Poste-konsernin eri toimintoja sellaisen oikeudellisen järjestelyn perusteella, joka on ominainen toiminnalle, johon infrastrukturi on katsottava olevan pääasiassa tarkoitettu, kuten säädetään direktiivin 2014/25/EU 5 artiklan 5 kohdassa, 6 artiklan 2 kohdassa ja johdanto-osan 16 perustelukappaleessa: se ei siis varmasti liity ensisijaisesti postipalveluihin, joiden osuus Poste Italianen liikevaihdosta on vain 30 prosenttia. Hankintaviranomaisen tekemä vapaaehtoinen valinta ei ole sen mielestä toisaalta ollut riittävä perustamaan toimivaltaa hallintotuomioistuimelle, kun otetaan huomioon, että oikeuskäytännössä on useita kertoja todettu yleisen tuomioistuimen olevan toimivaltainen ratkaisemaan riita-asioita, jotka eivät kuulu nimenomaisesti jollekin erityisalalle, ja että Poste Italianea ei voida määritellä julkisoikeudelliseksi laitokseksi, koska se toimii normaaleissa markkinaolosuhteissa, tavoittelee voittoa ja vastaa tappioista.
- 11 Tämän jälkeen 19.2.2019 myös Tim S.p.A. esitti väitteen siitä, ettei hallintotuomioistuin ollut toimivaltainen, ja esitti, että ainoastaan sopimusmenettelyihin, jotka koskivat varsinaisia postipalveluja, oli sovellettava julkisia hankintoja koskevia sääntöjä.
- 12 Toimivallan puuttumisen vahvistaa sen mielestä asetuksen nro 50/2016 10 §, jossa – direktiivin 2014/24/EU 7 artiklan mukaisesti – suljetaan hankintoja koskevan koodeksin soveltamisalan ulkopuolelle hankintasopimukset, jotka tekee ”postipalveluja tarjoava hankintaviranomainen” ja joiden kohteena ovat ”kokonaan sähköisesti toteutettavat lisäarvopalvelut (mukaan lukien koodattujen

asiakirjojen varmistettu tiedonsiirto sähköisesti, osoitteiden hallinnointipalvelut ja rekisteröidyn sähköpostin siirto)”.

- 13 Myös asetuksen nro 50/2016 15 §:ssä suljetaan direktiivin 2014/24/EU 8 artiklan mukaisesti hankintoja koskevan koodeksin soveltamisalan ulkopuolelle hankintasopimukset, joiden ”*pääasiallisena tarkoituksena on se, että hankintaviranomaiset voivat saattaa yleisiä viestintäverkkoja saataville tai pitää niitä yllä taikka tarjota yleisölle yhtä tai useampaa sähköistä viestintäpalvelua*”.
- 14 Hankintoja koskevan koodeksin 8 §:ssä puolestaan – direktiivin 2014/25/EU 13 artiklan mukaisesti – jätetään sen soveltamisalan ulkopuolelle postipalvelutoiminnan harjoittaminen, ”*jos toiminta on suoraan kilpailun kohteena*”.
- 15 Tämän kehityksen valossa postipalvelun harjoittajan ei myöskään voida enää määritellä olevan ”*julkisoikeudellinen laitos*”, koska se ei enää täytä tarkoitukseen liittyvää vaatimusta, jonka mukaan sen on oltava perustettu ”*tydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta*”.
- 16 Myös silloin, jos tällainen oikeudellinen luonne pitäisi tunnustaa, velvollisuus soveltaa julkisia hankintoja koskevia menettelyjä, olisi joka tapauksessa poissuljettava edellä mainittujen asetuksen nro 50/2016 8 §:n, 10 §:n b kohdan ja 15 §:n perusteella; myös julkisoikeudellisten laitosten kannalta nämä menettelyt ovat sen mielestä välttämättömiä vain varsinaisesti erityisaloihin liittyvien tavaroiden luovutusten ja palvelujen suoritusten osalta (Corte di cassazione, Sezione Unite, nro 4899/2018).
- 17 Tim S.p.A. vaati lisäksi, että – jos asiaa käsittelevä tuomioistuin olisi epävarma edellä tiivistetyistä tulkinnoista – tuomioistuin esittäisi ennakkoratkaisukysymyksen unionin tuomioistuimelle SEUT 267 artiklan nojalla.
- 18 Poste Italiane toisti 18.2.2019 jättämässään loppulausumassa, että peruste oli hyväksyttävä ja käytetty laskukaava oikea. Mikään yksikön puolustuksessaan esittämistä perusteluista ei sitä vastoin koskenut toimivaltaa koskevaa ennakkoratkaisukysymystä, jonka oikeudenkäynnin muut osapuolet ovat yksin esittäneet, ja tällä perusteella asia on siirretty päätettäväksi.

Tiivistelmä ennakkoratkaisupyyntöön perusteluista

- 19 Toimivaltaa koskevasta kysymyksestä, joka on esitetty siltä kannalta, että Poste Italianeen ei yleisesti sovelleta hankintoja koskevaa koodeksia – sellaisten sopimusten osalta, jotka eivät liity varsinaiseen postipalveluun – Euroopan unionin tuomioistuimelle on jo jaoston 12.7.2018 tekemällä välipäätöksellä nro 7778 (C-521/18) ilmaistu epäilyjä siitä, onko tämä unionin lainsäädännön mukaista voimassa olevien direktiivien ja unionin tuomioistuimen aikaisempien ratkaisujen perusteella.

- 20 Nyt käsiteltävässä tilanteessa käsittelyyn tulee kuitenkin laajempia ongelmia, jotka saman ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen on käsiteltävä ja joiden vuoksi on siis perusteltua tehdä uusi välipäätös, joka on vain osittain päällekkäinen edellä mainitun välipäätöksen kanssa.
- 21 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen mielestä esitetty toimivaltaa koskeva kysymys edellyttää seuraavia selvennyksiä:
- I) Poste Italianen oikeuden luonne, kun otetaan huomioon kehitys postipalvelujen sektorilla ja se, että näitä palveluja suoritetaan yhä laajemmassa kilpailutilanteessa;
- II) käsitteen ”välineellisyys” määritelmä, jonka perusteella on rajattava hankintoja koskevan koodeksin 114 §:n ja sitä seuraavien pykälien soveltamisala, jotta määritellään sama hallintotuomioistuimen toimivallan ala (ainakin sellaisten yritysten osalta, jotka eivät pääasiallisen toiminnan perusteella ole luonteeltaan julkisoikeudellisia laitoksia);
- III) arviointi, joka koskee tarjouskilpailun osallistujien perusteltua luottamusta, kun tarjouskilpailu on aloitettu pelkän itseä sitovan päätöksen perusteella aloilla, joiden on katsottava olevan julkisia hankintoja koskevien sääntöjen alaan kuulumattomia tai joiden on katsottava jäävän vain hankintoja koskevan koodeksin täysimääräisen soveltamisalan mutta ei siihen liittyvien periaatteiden ulkopuolelle.
- 22 Laitokset tunnustetaan asetuksen nro 50/2016 3 §:n 1 momentin c kohdassa tarkoitetuiksi julkisoikeudellisiksi laitoksiksi seuraavien seikkojen perusteella:
- 1) ne on perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta;
 - 2) ne ovat oikeushenkilöitä (ilman että tehdään eroa sen mukaan, ovatko ne julkisia vai yksityisiä);
 - 3) toimintaa rahoittavat pääosin valtion viranomaiset, alue- tai paikallisviranomaiset tai muut julkisoikeudelliset laitokset; tai niiden johto on näiden viranomaisten tai laitosten valvonnan alainen; tai valtion viranomaiset, alue- tai paikallisviranomaiset tai muut julkisoikeudelliset laitokset nimittävät yli puolet niiden hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä.
- 23 ”Hankintayksiköitä” voivat olla edellä yksilöidyt ”hankintaviranomaiset” tai julkiset yritykset, jotka harjoittavat jotakin hankintoja koskevan koodeksin 115–121 §:ssä tarkoitettua toimintaa, tai yksiköt, jotka eivät kuulu edellä mainittuihin ryhmiin mutta harjoittavat samoissa edellä mainituissa säännöksissä yksilöityjä toimintoja ”toimivaltaisen viranomaisen myöntämällä erityis- tai yksinoikeuksilla”. Hankintoja koskevan koodeksin 120 §:n mukaan näihin toimintoihin kuuluvat postipalvelut.

- 24 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen mukaan Poste Italianen luokittelua julkisoikeudelliseksi laitokseksi on vaikea osoittaa vääräksi. Tällä yhtiöllä on nimittäin palvelun tehostamiseksi korvattu sitä edeltänyt Italian yhdistymisen jälkeen muodostettu keskushallinto. Vaikka Poste Italiane toimii rahoitus-, vakuutus- ja matkapuhelinalalla kilpailutilanteessa, sillä on tällä hetkellä edelleen konsessio postin yleispalveluun, joka tarkoittaa velvollisuutta suorittaa – valtion maksuilla osittain katettuja – olennaisia palveluja, jotka koskevat kirjeiden ja pakettien jakelua valvottuun hintaan kaikkiin Italian kuntiin, minkä osoittaa Euroopan komission ennakoilmoitus rikkomista koskevasta menettelystä, kun päätettiin, ettei postia enää jaeta 4 000 kuntaan, koska palvelua ei pidetty kannattavana. Tämän vuoksi on välttämättä katsottava, että kyseinen yhtiö, joka on oikeushenkilö, on perustettu tyydyttämään yleisiä etuja, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta ja jotka ovat suoraan johdettavissa kirjeenvaihdon ja kaikkien muiden viestintämuotojen vapaudesta (julkisoikeudellisia laitoksia koskevien edellytysten 1 ja 2 alakohta).
- 25 Alakohtassa 3 mainitun edellytyksen osalta on muistutettava, että talousministeriö omistaa suuren osuuden Poste Italianesta ja nimittää sen hallituksen ja että tämä yhtiö on talouskehitysministeriön ja Corte dei Contin (tilintarkastustuomioistuin) tarkkailussa ja valvonnassa; tilintarkastuskollegiossa on kolme varsinaista jäsentä ja kolme varajäsentä, jotka ovat kaikki näiden viranomaisten nimeämiä. Lisäksi AGCOM:lla on toimivalta toteuttaa yleispalvelun laatua ja ominaisuuksia koskevia sääntelytoimia, ja yleispalvelua säännellään toimintaohjelmaa koskevalla sopimuksella, jossa postitoiminnan harjoittajan sopimuskumppanina on talouskehitysministeriö.
- 26 Julkisoikeudellisen laitoksen perustavanlaatuisen ominaisuus on nimenomaan niiden yleisten etujen merkittävyys, jotka pyritään saavuttamaan ja joiden osalta – siinäkin tapauksessa, että toiminnan hoitaminen tuottaa voittoa – tarvitaan välttämättä palvelun laatua koskevien tavoitteiden saavuttamiseen kohdistuvaa hallinnollista valvontaa. Hallinnolle on nimittäin tunnusomaista konkreettinen huolenpito yhteiskunnan eduista, joiden valtio katsoo vastaavan palveluja, joita kansalaisille on tarjottava ja joiden on sen vuoksi joka tapauksessa vastattava puolueettomuutta, sujuvuutta ja avoimuutta koskevia arviointiperusteita silloinkin, kun niiden suorittaminen on annettu varsinaisen hallintokoneiston ulkopuolisille toimijoille.
- 27 Subjektiiivisella tasolla on siten riittäviä perusteita luokitella Poste Italiane -yhtiö asetuksen nro 50/2016 3 §:n 1 momentin d kohdassa tarkoitetuksi julkisoikeudelliseksi laitokseksi, ja myös Consiglio di Stato oikeuskäytännössä yhdytään tähän käsitykseen.
- 28 Päinvastainen näkemys ilmenee kuitenkin Corte di cassazione Sezioni Unite -kokoonpanossa äskettäin eli 1.3.2018 antamasta määräyksestä nro 4899, johon muina osapuolina ovat yhtiöt ovat vedonneet tässä oikeudenkäynnissä tukeakseen toimivallan puuttumista koskevaa väitettä. Tässä määräyksessä vahvistettiin seuraavat periaatteet:

a) vaikka Poste Italiane -yhtiön tehtäväksi on annettu ”postin yleispalvelun” hoitaminen, sillä on tällä hetkellä myös rahoituksen tyyppistä toimintaa ja joka tapauksessa toimintaa, joka ei liity postilähetysten toimittamispalveluun, joka on nykyään kilpailulle avoin;

b) direktiivissä 2004/18/EY Poste Italiane on ”nimenomaisesti suljettu pois” julkisoikeudellisten laitosten joukosta. Poste Italiane on nyt muodostettu asetuksen nro 163/2006 3 §:n 29 momentissa ja liitteessä VI F tarkoitetuksi hankintayksiköksi sen vuoksi, ettei se täytä ”tarkoitusta koskevaa vaatimusta, joka koskee sellaisten yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämistä, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta, ja joka tarkoittaa, että oikeussubjektin tehtäväksi on annettu yksinomaan tämäntyyppisten tarpeiden tyydyttäminen, eikä mahdollista sitä, että kyseinen oikeussubjekti harjoittaa muita toimintoja”;

d) ”Poste Italianen mahdollinen luokittelu julkisoikeudelliseksi laitokseksi” on kuitenkin ”merkityksetöntä”, koska se, kuuluuko se julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltamisalaan, on ratkaistava erityisaloja koskevien säännösten mukaisesti sen perusteella, että Poste Italiane luokitellaan hankintayksiköksi

29 Vaikuttaa siltä, että Corte di Cassazionen toteamukset ja erityisesti b ja d alakohdassa esitetyt toteamukset voivat olla ristiriidassa yhteisöjen tuomioistuimen 10.4.2008 antaman tuomion C-393/06, Ing. Aigner kanssa, sillä kyseisessä tuomiossa tehdään päinvastaisia päätelmiä, jotka esitetään seuraavassa tiivistettyinä:

I) Direktiivillä 2004/17/EY (nykyisin direktiivillä 2014/25/EU) säännellään sopimuksia, jotka on tehty niin sanotuilla ”erityisaloilla” (jotka koskevat vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen hoitamista), joilla ”hankintayksiköitä” voivat olla ”hankintaviranomaisten” (kuten nämä tällä hetkellä määritellään asetuksen nro 50/2016 3 §:n 1 momentin a kohdassa) lisäksi myös ”julkiset yritykset” tai yritykset, jotka ”toimivat jäsenvaltion toimivaltaisen viranomaisen myöntämällä erityis- tai yksinoikeudella”, mikäli nämä yksiköt harjoittavat yhtä tai useampaa alaan sisältyvää toimintaa; asiaa koskevan direktiivin säännöksiä on nimittäin tulkittava suppeasti ja siten vain kyseiseen alaan liittyvien sopimusten yhteydessä niin, että 15.1.1998 annetussa tuomiossa C-44/96, Mannesmann esitetty ”tartuntateoria” hylätään (ks. vastaavasti myös tuomio 16.6.2005, C-462/03 ja C-463/03, Strabag ja Kostmann).

II) Siltä osin kuin on kysymys julkisoikeudellisista laitoksista (jotka määritellään direktiiveissä 2014/24/EU ja 2014/25/EU, sellaisina kuin nämä on pantu täytäntöön asetuksen nro 50/2016 3 §:n 1 momentin d kohdassa), tulkinnan ei sitä vastoin pidä olla suppea vaan toiminnallinen siten, että aluksi selvitetään, onko yksikkö perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, ”joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta”. Tuomion Ing. Aigner mukaan tämän osalta merkitystä ei ole sillä, että myös yksityiset yritykset tyydyttävät tai voivat tyydyttää tällaisia tarpeita. Merkitystä on sillä, että kyseessä ovat tarpeet, jotka valtio tai alueellinen tai paikallinen yhteisö yleisen edun mukaisista syistä yleensä

haluaa tyydyttää itse tai jonka osalta se haluaa säilyttää määräävän vaikutusvaltansa. – – Lisäksi on todettava, että tämän osalta on merkityksetöntä, että yleisen edun mukaisen tehtävänsä lisäksi kyseinen yksikkö huolehtii myös muista tehtävistä voittoa tavoitellen, mikäli se jatkaa sellaisista yleisen edun mukaisista tarpeista huolehtimista, joiden täyttämiseen se on nimenomaisesti velvollinen. Sillä, kuinka suuri osa yksikön kaikesta toiminnasta tapahtuu voittoa tavoitellen, ei ole myöskään merkitystä arvioitaessa, voidaanko sen katsoa olevan julkisoikeudellinen laitos.

III) Direktiiviä 2004/18/EY, joka on sittemmin korvattu ilman muutoksia direktiivillä 2014/24/EU, sovelletaan julkisoikeudellisten laitosten sopimuksiin, jotka sijoittuvat eritysalojen rajojen ulkopuolelle, kunhan nämä laitokset kuitenkin toimivat näillä alueilla, ja niihin sovelletaan edelleen tältä osin säädettyä erityissäännöstä, siltä osin kuin on kyse näille aloille tunnusomaisesta toiminnasta. Yhteisöjen tuomioistuimen antamassa edellä mainitussa tuomiossa Ing. Aigner katsotaan nimittäin näin ollen, että ”sellaisen yksikön, joka on direktiivissä 2004/17 ja direktiivissä 2004/18 tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos, tekemiin hankintasopimuksiin, jotka liittyvät toimintoihin, joita tämä yksikkö harjoittaa yhdellä tai useammalla direktiivin 2004/17 3–7 artiklassa tarkoitettulla alalla, on sovellettava tässä direktiivissä säädettyjä menettelyjä. Sitä vastoin tällaisen yksikön tekemät, muiden toimintojen harjoittamiseen liittyvät kaikki muut hankintasopimukset kuuluvat direktiivissä 2004/18 säädettyjen menettelyjen soveltamisalaan. Näitä kahta direktiiviä sovelletaan ilman, että on tarpeen erotella toisistaan toimintoja, joita tämä yksikkö harjoittaa hoitaessaan yleisen edun mukaista tehtävänsä, ja toimintoja, joita se harjoittaa kilpailutilanteessa, ja näin on myös, vaikka kirjanpidossa, jolla on tarkoitus erottaa toisistaan tämän yksikön toiminta-alat, voitaisiin sulkea pois ristiinrahoitus näiden alojen välillä”.

- 30 Tästä seuraa, että yleisiä aloja koskevaa direktiiviä 2004/18/EY (nykyisin direktiivi 2014/24/EU) sovelletaan kaikkiin julkisoikeudellisiin laitoksiin, silloinkin kun ne toimivat erityisaloilla, jos sopimuksen kohteena olevan toiminnan tarkoitus jää näiden alojen ulkopuolelle.
- 31 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin katsoo, etteivät julkisoikeudelliset laitokset kuitenkaan missään tapauksessa jää sopimusasioissa hallintotuomioistuimen toimivallan ulkopuolelle, josta on säädetty julkisia hankintoja koskevien menettelyjen osalta, jotka ovat pakollisia sekä yleisellä että erityisalalla.
- 32 Ei voida katsoa Corte di cassazioneen kannan mukaisesti, että on ”merkityksetöntä”, että Poste Italiane on oikeudellisesti luokiteltu julkisoikeudelliseksi laitokseksi.
- 33 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin täsmentää lisäksi, että edellä 28 kohdan b alakohdassa esitetyt Corte di cassazioneen toteamukset eivät saa tukea säädösteksteistä, sillä direktiivin 2004/18/EY (nykyinen direktiivi 2014/24/EU) osalta pitää paikkansa, että hankintaviranomaiset kuuluvat hankintayksiköihin ja

asetuksen nro 50/2016 3 §:n 1 momentin d kohdassa määritellyt julkisoikeudelliset laitokset kuuluvat hankintaviranomaisiin, mikä kuitenkin merkitsee vain, että nimenomaan myös julkisoikeudelliset laitokset kuuluvat hankintayksiköihin, eikä niitä tämän vuoksi ilman muuta ”suljeta pois” niiden saman 3 §:n 1 momentin a kohdassa tarkoitettujen hankintaviranomaisten joukosta, jotka kiistattomasti kuuluvat hankintoja koskevan koodeksin säännösten soveltamisalaan yleisten alojen osalta. Myöskään asetuksen nro 163/2006 3 §:n 29 momentissa (nykyinen asetuksen nro 50/2016 3 §:n 1 momentin e kohta) olevalla hankintayksiköiden luokittelulla ei poiketa tästä, vaan se merkitsee vain, että erityisalojen osalta subjektijoukko on laajempi, kun taas asetuksen nro 163/2006 liitteessä VI on vain pelkkä ei-tyhjentävä luettelo yksiköistä, joille on annettu erityisalojen tehtäviä, joten sillä, että Poste Italiane -yhtiö mainitaan tässä yhteydessä hankintayksikkönä, ei ole myöskään merkitystä poikkeuksena.

- 34 Lisäksi jo Euroopan komission 30.4.2008 antamassa päätöksessä [2008/383] on säädetty vapautuksesta, joka koskee Poste Italianen hankintasopimuksia kotimaan ja kansainvälisten pikalähetys- ja kuriiripalveluiden osalta, kun taas myöhemmässä 5.1.2010 annetussa päätöksessä 2010/12/EU on jätetty Bancopostan hallinnoimat rahoituspalvelut (säästöjen kerääminen, luotonanto pankkien ja akkreditoitujen rahoituksen välittäjien puolesta, sijoitustoiminnot, lisäeläkkeet, maksu- ja rahansiirtopalvelut) erityisaloja koskevan direktiivin 2004/17/EY soveltamisen ulkopuolelle.
- 35 Yksikön toimiminen kilpailuympäristössä on kuitenkin vain aiheutuste siitä, ettei tarkoitusta koskeva vaatimus täyty. Jotta tämä vaatimus voitaisiin sulkea täysin pois, edellytetään nimittäin myös, että pyritään puhtaasti taloudellisiin tavoitteisiin niin, että otetaan täysin vastattavaksi yritystoimintaan liittyvä riski; viimeksi mainittuja seikkoja ei voida todeta olevan postin yleispalvelussa, joka on asetuksen nro 261/1999 23 §:n 2 momentissa tarkoitettu tavoin annettu Poste Italianen hoidettavaksi 30.4.2026 saakka. Saman säädöksen 3 §:n 12 momentissa säädetään, että yleispalvelun tarjoamisen kustannukset rahoitetaan valtion talousarviosta. Yritystoimintaan liittyvää riskiä on siten lievennetty merkittävästi.
- 36 Kun otetaan huomioon edellä mainittu komission päätös [2008/383], voidaan siis katsoa, että niiden alojen piiri, joilla Poste Italiane voi toimia sellaisten menettelysääntöjen mukaisesti, jotka poikkeavat hankintasopimusten osalta voimassa olevista yleisistä säännöistä, on rajattu myös hankintoja koskevan koodeksin 14 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla; näiden sääntöjen perusteella on tähän saakka katsottu, että tartuntateoria on hylätty julkisten yritysten osalta mutta ei myös julkisoikeudellisten laitosten osalta, sillä viimeksi mainitut ovat erityisaloilla toimiessaan velvollisia noudattamaan sitä koskevaa säännöstöä vain näiden alojen kannalta välineellisten toimintojen osalta, mutta ne eivät kuitenkaan jää yleisiä aloja koskevan säännösten soveltamisalan ulkopuolelle sellaisen kaiken muun – yhteiskunnalle tärkeiden etujen mukaisen – toiminnan osalta, joka on annettu niiden tehtäväksi.

- 37 On siis selvitettävä, voidaanko tuomioissa Aigner hyväksytyt periaatteet sivuuttaa, kun otetaan huomioon teollisten ja kaupallisten intressien etusija verrattuna niihin yhteiskunnan etujen mukaisiin intresseihin, joiden vuoksi julkisoikeudellinen laitos oli alun perin perusteltua perustaa, vai onko katsottava, ettei – edellä mainittuun asetuksen nro 50/2016 3 §:n 1 momentin d kohtaan muodollisesti sisältyvää – viittausta tähän perustamiseen voida sivuuttaa myöskään laajalti kilpaillussa tilanteessa toimivien yritysten osalta.
- 38 Nyt käsiteltävässä asiassa tulee kuitenkin esiin laajempia ongelmia. Ensinnäkään ei näet ole arvioitava, kuuluuko tutkittava sopimuksen kohde aloihin, jotka on tällä hetkellä määritelty ”erityisaloiksi” ja joista säädetään hankintoja koskevan koodeksin 114 §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä (II osa, VI osasto, I luku), vaan pikemminkin, kuuluuko se aloihin, joiden määritellään edelleen ”jäävän kyseisen koodeksin soveltamisalan ulkopuolelle” (I osa, II osasto, 4 §: ja seuraavat pykälät) mutta joilla hankinnat on tästä huolimatta tehtävä kyseisessä 4 §:ssä tarkoitetulla tavalla ”taloudellisuutta, tehokkuutta, puolueettomuutta, yhdenvertaista kohtelua, avoimuutta, oikeasuhteisuutta, julkisuutta, ympäristönsuojelua ja energiatehokkuutta koskevien periaatteiden mukaisesti”.
- 39 Tässä yksittäistapauksessa kyseinen ala on sähköisen viestinnän ala, jonka on määritelty jäävän vuoden 2016 asetuksen nro 50 15 §:n nojalla sen soveltamisalan ulkopuolelle direktiivin 2014/24/EU 7 ja 8 artiklan mukaisesti ja kuuluvan siten sähköisten viestintäverkkojen ja palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annetun puitedirektiivin 2002/21/EY soveltamisalaan.
- 40 Se, että kyseinen tarjouskilpailumenettely kuuluu alaan, joka on virallisesti ”poissuljettu” mutta joka ei jää julkisista hankinnoista annetun koodeksin ”ulkopuolelle”, ei kuitenkaan vaikuta hallintotuomioistuimen toimivaltaan, sillä vuoden 2016 asetuksen nro 50 4 § edellyttää neuvottelumenettelyä, jolla voidaan varmistaa edellä mainittujen perusteiden noudattaminen, mihin kohdistuu laillisia intressejä, jotka kuuluvat edellä mainitun tuomioistuimen toimivaltaan.
- 41 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin katsoo, että pitäisi ilmaista eri tavalla kysymys, joka liittyy – erityisaloille ominaisten asioiden osalta – ”välineellisyyden” käsitteeseen, joka rajoittaa hallintotuomioistuimen toimivaltaa myös silloin, jos voitaisiin tunnustaa mahdollinen ”julkisoikeudellisen laitoksen” käsitteen kehittyminen ”julkisen yrityksen” käsitteeksi ”poissuljettujen” alojen joidenkin erityispiirteiden perusteella, ja erityisesti ”suoran kilpailun kohteena olevien toimintojen” (em. vuoden 2016 asetuksen nro 50 8 §) perusteella. Koska postipalvelu on tällä hetkellä kilpailtu ala – vaikka se ei ole sinänsä ratkaiseva toimivaltaa koskevan kysymyksen osalta (kuten ei minkään koodeksin 4–20 §:ssä tarkoitettujen poissuljettujen alojen osalta) – tällä voisi kuitenkin olla merkitystä sen toteamiseksi, että Poste Italianea ei voida pitää julkisoikeudellisena laitoksena, koska se on laitos, joka toimii normaaleissa markkinaolosuhteissa, tavoittelee voittoa ja kattaa suoran kilpailun kohteena olevasta (direktiivin 2014/23/EU johdanto-osan 21 perustelukappale ja 16 artikla) toiminnasta – joka muodostaa nykyään suurimman osan sen toiminnasta – aiheutuvat tappiot.

- 42 Jaosto on viimeksi mainitun seikan osalta epävarma siitä, edellyttääkö Poste Italianen määrittelemisen ”julkiseksi yritykseksi” (vaikka unionin tuomioistuin on pitänyt tätä sallittuna) – sen mukaisesti kuin on todettu useaan kertaan mainitussa Consiglio di Stato täysistunnossa annetussa tuomiossa nro 16/2011 – sitä, että arvioidaan suppeasti sopimuksen kuulumista asianomaisen erityisalan piiriin. Tämän arvioinnin rajauksella on lisäksi merkitystä ainakin määriteltäessä, mitä nimenomaista oikeudellista sääntelyä on sovellettava yksittäiseen hankintaan, myös silloin kun sen on pannut vireille oikeussubjekti, jota voidaan pitää julkisoikeudellisena laitoksena ja joka toimii yhdellä erityisaloista.
- 43 Vaikka näyttää näet olevan mahdollista yhtyä näkemykseen, jonka mukaan yritykset (julkiset tai yksityiset, viimeksi mainitut silloin, jos ne ovat erityisoikeuden tai yksinoikeuden haltijoita) kuuluvat hankintoja koskevan koodeksin järjestelyn ”vain erityisalojen osalta eikä yleisesti – – joten tuomioon Mannesman liittyvään oikeuskäytäntöön perustuva ns. tartuntatateria ei ole sovellettavissa – –” (em. täysistunnon tuomio nro 16/2011), yhteisön lainsäädännöstä (direktiivi 2014/25/EU) ei ilmene nimenomaista viittausta ”välineellisyyden” käsitteeseen, jos se ymmärretään siten, että palvelu kuuluisi suoraan erityistoimintoon, mikä rajoittaa hankintoja koskevan koodeksin 114 §:n ja sitä seuraavien pykälien säännösten sovellettavuutta ja hallintotuomioistuimen toimivaltaakin.
- 44 Yleisesti direktiivin 2014/25/EU – joka liittyy nimenomaan erityisaloihin – johdanto-osan 16 perustelukappaleessa tunnustetaan mahdollisuus tehdä ”useisiin sellaisiin toimintoihin liittyviä tarpeita” täyttäviä hankintasopimuksia, jotka saattavat olla ”erilaisten oikeudellisten järjestelyjen alaisia”, jolloin joka tapauksessa yksittäiseen sopimukseen voidaan soveltaa oikeussääntöjä, jotka koskevat aloja, joihin tämä on ”pääasiassa tarkoitettu”, siten kuin tarjouspyyntöasiakirjoista on pääteltävissä tai kuin hankintaviranomaisen pitäisi joka tapauksessa määritellä.
- 45 Tämä periaate on toistettu saman direktiivin 6 artiklassa, jonka kolmannessa kohdassa vahvistetaan, siltä varalta, että määrittelyä ei ole tehty, täsmälliset etusijaperusteet, jos sopimuksen kohteesta säädetään useammassa kuin yhdessä direktiivissä.
- 46 Käsite siitä, että sopimus on ”tarkoitettu” tiettyä toimintaa varten hankintaviranomaisen valinnan perusteella, vaikuttaa joka tapauksessa paljon laajemmalta kuin käsite, jonka täysistunto omaksui vuonna 2011 antamassaan tuomiossa nro 16 (jossa hyväksyttiin vartiointipalvelu asianomaisen erityisalan osalta merkitykselliseksi toiminnaksi vain, jos se hankittiin ENI:n hallinnoimaa energiaverkkoa varten, mutta ei silloin, kun kyseessä oli siihen liittyvien hallintotilojen vartiointi). Tästä syystä on sitä vastoin kysyttävä – unionin oikeuden valossa – eikö sopimuksen, jota on pidettävä erityisaloja koskevan järjestelyn ”ulkopuolelle jäävänä”, pitäisi pikemminkin tarkoittaa kaikkea toimintaa, jota julkiset yritykset – tai yksityiset oikeussubjektit, joilla on yksinoikeus – saavat tosiasiallisesti vapaasti harjoittaa mutta jotka selvästi jäävät

kyseisten alojen ulkopuolella, kuten edellyttäisi edellä mainittu ”*ulkopuolisuuden*” periaate, jonka perusteella sopimukseen perustuva toiminta voi jäädä julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle.

- 47 Direktiivin 2014/25/EU 13 artiklan 1 kohdan b alakohdassa rajataan näet kyseisen direktiivin soveltamisala postipalveluihin mutta viitataan siihen, että direktiiviä sovelletaan myös tarjottaessa ”*muuta kuin postipalveluja edellyttäen, että palvelut tarjoaa yksikkö, joka tarjoaa myös – – postipalveluja*”, ja postipalvelut käsittävät ”*direktiivin 97/67/EY mukaisesti perustetun yleispalvelun piiriin kuuluvat ja kuulumattomat palvelut*” (em. 13 artiklan 2 kohdan b alakohta).
- 48 Todettakoon lopuksi, että on jo korostettu, että direktiivin 2014/25/EU johdanto-osan 16 perustelukappaleessa edellytetään sen toiminnan määrittämistä, johon sopimus – johon abstraktisti sovelletaan erityisalojen sääntöjä, jotka on toisinaan kuitenkin tarkoitettu myös eri toimintojen sääntelyyn – on pääasiassa tarkoitettu. Edellä mainittu edellyttää tietoa sovellettavasta oikeudellisesta järjestelystä, mihin liittyvät avoimuutta ja oikeusvarmuutta koskevat velvoitteet. Ne ovat myös periaatteita, jotka kuuluvat koko julkisia sopimuksia koskevalle alalle (mukaan lukien alat, jotka määritellään vuoden 2016 asetuksessa nro 50 ”*poissuljetuiksi*”).
- 49 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin kysyy lopuksi, onko – kansallisessa oikeusjärjestyksessä yhä yleisempi – käytäntö oikeuden väärinkäyttöä koskevan unionin oikeuden (unionin tuomioistuimen 5.7.2007 antama tuomio Kofoed (C-321/05) mukainen, kun sen mukaan hallintotuomioistuimen toimivallan puuttumiseen vedotaan vasta sen ensimmäisten päätösten, myös turvaamistoimipäätösten, jälkeen sellaisten tarjouskilpailujen yhteydessä, jotka on aloitettu hankintoja koskevan koodeksin mukaisesti Italian tasavallan ja Euroopan unionin virallisissa lehdissä julkaistuilla ilmoituksilla, ilman että tässä vaiheessa täsmennetään millään tavoin sitä, että kyseessä on hankintaviranomaisen pelkästään itseä sitovan päätöksen perusteella tekemä valinta, jonka lainmukaisuus ja vaikutukset pitäisi saattaa yleisen tuomioistuimen ratkaistavaksi, ja tämän on annettava ratkaisu – näin on oletettava – pelkästään siviilikoodeksin säännösten perusteella, koska hankintoja koskeva koodeksi ei ole sovellettavissa missään muodossa (vaikka siihen on nimenomaisesti vedottu, joten tilanne on ristiriidassa sen kanssa, mitä kilpailijat saattoivat perustellusti olettaa).