

Zaak C-419/19

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

29 mei 2019

Verwijzende rechter:

Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

6 maart 2019

Verzoekende partij:

Irideos S.p.A.

Verwerende partij:

Poste Italiane S.p.A.

Andere partijen in de procedure:

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep strekkende tot nietigverklaring van de handelingen waarbij Poste Italiane S.p.A. op 22 oktober 2018 IRIDEOS S.p.A. in kennis heeft gesteld van de gunning van perceel 1 en perceel 2 van de „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 ottica in tecnologia DWDM (MAN)” [„Opdracht overeenkomstig decreto legislativo (wetsbesluit) 50/2016 – Open procedure, langs elektronische weg, voor snelle telecommunicatiediensten in grootstedelijke gebieden met behulp van de DWDM-glasvezelkabeltechnologie (MAN)]”, respectievelijk aan de vennootschappen Fastweb S.p.A. en Tim S.p.A., en tot veroordeling van Poste Italiane tot vergoeding van de schade die verzoekster stelt te hebben geleden. Incidenteel beroep van Tim S.p.A. dat onder

meer strekt tot veroordeling van Poste Italiane om de aanbesteding opnieuw uit te schrijven.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

- 1 Verenigbaarheid met het Unierecht (richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU) van de nationale regeling die is vervat in artikel 3, lid 1, onder e), van decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 50 van 18 april 2016 [Codice dei contratti pubblici (wetboek overheidsopdrachten); hierna: „wetsbesluit nr. 50/2016”, „wetboek” of „wetboek overheidsopdrachten”)], voor zover wordt aangenomen dat bij die bepaling, in overeenstemming met de uitlegging die is gegeven door de Corte di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) (beschikking nr. 4899/2018, die naar Italiaans recht bindend is ten aanzien van bevoegdheidsvragen), een uitzondering op de in artikel 1 en artikel 3, lid 1, onder a), van dat wetboek neergelegde algemene beginselen wordt ingevoerd voor ondernemingen die actief zijn in de bijzondere sectoren als bedoeld in deel II van het wetboek overheidsopdrachten, die betrekking heeft op de verplichting om een openbare aanbesteding uit te schrijven wanneer de te sluiten overeenkomst geen verband houdt met activiteiten die kenmerkend zijn voor de bijzondere sectoren.
- 2 In het onderhavige geding moet de verwijzende rechter daarenboven twee problemen behandelen: het eerste betreft het bindende karakter naar Italiaans procesrecht van de uitspraken van de Corte di cassazione, Sezioni Unite (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, uitspraak doende in verenigde kamers) inzake de rechterlijke bevoegdheid; het tweede betreft de mogelijke ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof van Justitie in het licht van de geleidelijke omvorming van bepaalde rechtsentiteiten die als publiekrechtelijke instelling zijn opgericht, in echte ondernemingen die winst nastreven, verliezen dragen en die hoofdzakelijk activiteiten verrichten die blootstaan aan concurrentie (zie overweging 21 en artikel 16 van richtlijn 2014/23/EU).
- 3 Met betrekking tot het eerste probleem merkt de verwijzende rechter op dat de Corte di cassazione tot taak heeft de bevoegdheid van de rechter bij wie de zaak volgens het Italiaanse procesrecht aanhangig is, definitief en bindend vast te stellen; het Hof van Justitie heeft evenwel als algemeen beginsel geponeerd dat het Unierecht eraan in de weg staat dat een nationale rechter overeenkomstig een nationale procesregel gehouden is aan het oordeel van een hogere nationale rechter, wanneer blijkt dat het oordeel van de hogere rechter in strijd is met het Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie (zie arrest van 20 oktober 2011, Interedil, C-396/09, EU:C:2011:671).
- 4 Derhalve bestaat de mogelijkheid (of verplichting, voor rechters die uitspraak doen in laatste aanleg) om zich tot het Hof van Justitie te wenden wanneer „redelijke twijfel” bestaat over de juiste toepassing van het Unierecht, ongeacht een andersluidende uitspraak van de Corte di cassazione over de rechterlijke bevoegdheid of van de Adunanza Plenaria van de Consiglio di Stato (hoogste

bestuursrechter, Italië, in voltallige zitting), die bindend is voor de afzonderlijke kamers van de Consiglio di Stato [zie ook arresten van het Hof van Justitie van 5 april 2016, Puligienica Facility, C-689/13, EU:C:2016:199, en 6 oktober 1982, Cilfit, 283/81, EU:C:1982:335).

Prejudiciële vragen

1) Moet de vennootschap Poste Italiane s.p.a., op basis van de hierboven geschetste kenmerken, worden gekwalificeerd als een „publiekrechtelijke instelling” in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van [decreto legislativo (wetsbesluit)] nr. 50/2016 en de desbetreffende communautaire richtlijnen (richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU)?

2) Dient die vennootschap – die als aanbestedende instelling op grond van richtlijn 2014/25/EU, zoals ten uitvoer gelegd in de regels van deel II van het wetboek overheidsopdrachten, geacht wordt een publiekrechtelijke instelling te zijn – alleen een openbare aanbestedingsprocedure uit te schrijven indien zij opdrachten wil gunnen die rechtstreeks in verband kunnen worden gebracht met een activiteit die kenmerkend is voor de bijzondere sectoren als bedoeld in richtlijn 2014/25/EU, terwijl zij voor een overeenkomst die strikt genomen geen verband houdt met die sectoren over volledige onderhandelingsvrijheid beschikt en uitsluitend privaatrechtelijke voorschriften in acht hoeft te nemen, gelet op de beginselen die in overweging 21 en artikel 16 van richtlijn 2014/23/EU zijn neergelegd (Corte di cassazione, voltallige zitting, nr. 4899/2018 en voor het laatste deel Consiglio di Stato, voltallige zitting, nr. 16/2011)?

3) Blijft die vennootschap, ten aanzien van overeenkomsten die moeten worden geacht geen verband te houden met een activiteit die kenmerkend is voor de bijzondere sectoren, daarentegen – wanneer zij voldoet aan de voorwaarden voor een publiekrechtelijke instelling – onderworpen aan de algemene richtlijn 2014/24/EU (en dus aan de regels inzake aanbestedingsprocedures met een oproep tot mededinging), ook wanneer zij – gelet op de wijze waarop zij zich sedert haar oprichting heeft ontwikkeld - geleidelijk aan in hoofdzaak bedrijfsmatige activiteiten is gaan uitvoeren die aan concurrentie zijn onderworpen, zoals kan worden afgeleid uit de aangehaalde uitspraak in zaak C-393/06 van 10 april 2008, Ing. Aigner, EU:C:2008:213, waarbij richtlijn 2014/24/EU in de weg staat aan een andere lezing ten aanzien van overeenkomsten die door aanbestedende diensten worden afgesloten; anderzijds voorzien „overweging” 21 en artikel 16 van genoemde richtlijn 2014/23/EU slechts in een vermoeden om uit te sluiten dat een onderneming die onder normale marktvoorwaarden opereert een publiekrechtelijke instelling is, maar uit dezelfde bepalingen, in onderling verband beschouwd, blijkt echter duidelijk dat in de eerste plaats de oprichtingsfase van de entiteit in aanmerking moet worden genomen, voor zover zij is opgericht om te voorzien in „behoeften van algemeen belang” (die in casu nog steeds bestaan)?

4) Moet het begrip „*functionaliteit*” – met betrekking tot een dienst van bijzonder openbaar belang – ten aanzien van bedrijven waar zowel aan de bijzondere sectoren inherente activiteiten als andere activiteiten worden verricht, niettemin in niet-restrictieve zin worden opgevat (zoals tot nu toe in de nationale rechtspraak is geoordeeld overeenkomstig de aangehaalde uitspraak nr. 16 uit 2011 van de Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato), waaraan – in dit laatste opzicht – de beginselen in de weg staan die vervat zijn in „*overweging*” 16 en de artikelen 6 en 13 van richtlijn 2014/25/EU, die ter bepaling van de toepasselijke regeling gebruikmaken van het begrip van „*het bedoeld zijn*” voor een in het wetboek overheidsopdrachten geregelde activiteit? Derhalve moet worden verduidelijkt of alle activiteiten die, naar inzicht van de aanbestedende instantie, functioneel zijn voor de desbetreffende bijzondere sector (dus met inbegrip van de overeenkomsten die inherent zijn aan het gewone en buitengewone onderhoud, de schoonmaak, de inrichting van ruimtes, alsmede de conciërge- en bewakingsdiensten voor bedrijven of andere vormen van gebruik van deze ruimtes, voor zover zij worden beschouwd als dienstverlening aan klanten) „*bedoeld*” kunnen zijn voor die bijzondere sector – ook met de beperkte bindende voorwaarden die eigen zijn aan de uitgesloten sectoren – waarbij in wezen alleen de activiteiten „*die geen verband houden met die sector*” worden geprivatiseerd, welke activiteiten de openbare of particuliere entiteit vrijelijk in om het even welk kader kan uitoefenen op basis van regelingen die uitsluitend zijn terug te voeren op het burgerlijk wetboek en die onder de bevoegdheid van de gewone rechter vallen (de door Poste Italiane verleende bankdienst is ongetwijfeld een voorbeeld van dit laatste type activiteit, voor zover dat hier van belang is, maar hetzelfde kan niet worden gezegd van de levering en het gebruik van elektronischecommunicatie-instrumenten die ten dienste staan van alle activiteiten van de groep, hoewel zij met name juist voor de bankactiviteit noodzakelijk zijn). Het lijkt overigens nuttig om de aandacht te vestigen op de uit de thans gangbare restrictieve uitlegging voortvloeiende „*evenwichtsverstoring*”, doordat in het beheer van soortgelijke of verwante sectoren volstreekte uiteenlopende regels voor de toewijzing van werken of diensten gelden: enerzijds de precieze waarborgen waarin het wetboek overheidsopdrachten ter bepaling van de contractuele wederpartij voorziet en anderzijds de volledige onderhandelingsvrijheid van de ondernemer, die uitsluitend op basis van zijn economische belangen overeenkomsten kan afsluiten zonder dat hij hoeft te voldoen aan de transparantievereisten die voor de bijzondere sectoren en de uitgesloten sectoren gelden.

5) Ten slotte, kan het uitschrijven – met inachtneming van de vormen van bekendmaking waarin zowel het nationaal recht als het gemeenschapsrecht voorziet – van een openbare aanbestedingsprocedure overeenkomstig het wetboek overheidsopdrachten van belang zijn ter vaststelling van het gebied waarvoor de opdracht bedoeld is dan wel van het verband met de betrokken bijzondere sector overeenkomstig het verruimde begrip „*functionaliteit*” als bedoeld in de vorige prejudiciële vraag [nr. 4], of kan – subsidiair – de exceptie van onbevoegdheid van de bestuursrechter, opgeworpen door de entiteit die die aanbestedingsprocedure heeft uitgeschreven zelf of door entiteiten die met succes

aan die procedure hebben deelgenomen, worden beschouwd als rechtsmisbruik in de zin van artikel 54 van het Handvest van de grondrechten, welke gedraging – hoewel zij als zodanig geen invloed kan hebben op de bevoegdheidsverdeling (zie ook, op dit punt, het aangehaalde arrest nr. 16 uit 2011 van de Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato) – ten minste van belang is voor de schadeloosstelling en de gerechtskosten, aangezien zij afbreuk doet aan het gerechtvaardigde vertrouwen van de deelnemers aan die aanbesteding aan wie de opdracht niet is gegund en die beroep bij een rechter hebben ingesteld.

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, met name overweging 21 en artikel 16

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, met name overweging 16 en de artikelen 7 en 8

Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG, in het bijzonder overweging 16, artikel 5, lid 5, artikel 6, lid 2, en artikel 13, lid 1, onder b)

Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten

Beschikking 2008/383/EG van de Commissie van 30 april 2008 tot vrijstelling van express- en koeriersdiensten in Italië van de toepassing van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Legge 4 agosto 2017, n. 124 – Legge annuale per il mercato e la concorrenza (wet nr. 124 van 4 augustus 2017 – Jaarlijkse mededingingswet)

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 (wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016, ter uitvoering van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU inzake gunning van concessieovereenkomsten, overheidsopdrachten en procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, alsmede tot herschikking van de vigerende regeling betreffende overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten), met name artikel 1, artikel 3, lid 1, onder a), c), d) en e), artikelen 4, 8 en 10, artikel 14, lid 2, artikelen 15, 115 tot en met 121, en meer bepaald artikel 120

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006 – Wetboek inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen, ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG), in het bijzonder artikel 3, leden 26 en 29, artikel 27 en bijlage VI F

Decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 – Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio (wetsbesluit nr. 261 van 22 juli 1999 ter uitvoering van richtlijn 97/67/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst), artikel 1, artikel 23, lid 2, en artikel 3, lid 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 (wetsbesluit nr. 58 van 31 maart 2011 ter uitvoering van richtlijn 2008/6/EG tot wijziging van richtlijn 97/67/EG wat betreft de volledige voltooiing van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap), artikel 1

Decreto legge 1° dicembre 1993, n. 487 – Trasformazione dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni in ente pubblico economico e riorganizzazione del Ministero (voorlopig wetsbesluit nr. 487 van 1 december 1993 houdende omvorming van de dienst posten en telecommunicatie in een openbare economische entiteit en reorganisatie van het ministerie), artikel 4

Corte di cassazione: beschikking nr. 4899 van 1° maart 2018

Consiglio di Stato: arrest nr. 16 van 1 augustus 2011; arresten nr. 13, 14, 15 en 16 uit 2016

Korte uiteenzetting van de feiten en de voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 5 Met het beroep komt de vennootschap Irideos op tegen de handelingen in het kader van de aanbesteding die door Poste Italiane – „*overeenkomstig [wetsbesluit] nr. 50/2016*” – is uitgeschreven voor snelle telecommunicatiediensten in grootstedelijke gebieden met behulp van de DWDM-glaskabeltechnologie (MAN). Die diensten waren bedoeld, ten eerste, voor de aanleg van een informaticanetwerk ten behoeve van de beveiligde en snelle doorzending van gegevens tussen de verschillende vestigingen van de entiteit, door gebruik te maken van een bijzondere telecommunicatietechnologie – Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM) – die het mogelijk maakt om meerdere signalen met een verschillende golflengte autonoom via een en dezelfde glasvezelkabel te versturen, waarbij de via die glasvezelkabel beschikbare bandbreedte kan worden uitgebreid en dientengevolge een grotere hoeveelheid gegevens kan worden verzonden, en ten tweede, voor de levering van DWDM-toestellen, die noodzakelijk zijn om die diensten te verrichten. Voor de voormelde onderdelen waren twee percelen met dezelfde waarde vastgesteld voor een totaalbedrag van 10 220 000,00 EUR.
- 6 Verzoekster betwist met name de criteria voor de beoordeling van de technische offerte, die gebaseerd is op een formule waarvan de toepassingsvoorwaarden meebrachten dat aan elke inschrijving volgens welke het project in minder dan 45 dagen kon worden gerealiseerd, de maximumscore werd toegekend, waardoor het keuzecriterium, dat gebaseerd is op de snelheid waarmee het project wordt gerealiseerd, de facto teniet werd gedaan, zodat alle bedrijven die aan de aanbesteding deelnamen, de maximumscore behaalden, hoewel de uitvoeringstermijn volgens verzoeksters inschrijving 21 dagen bedroeg en volgens die van de vennootschappen die als andere partijen in de procedure optreden, 44 dagen.
- 7 In die context is de aanbesteding in feite louter op basis van de economische offerte gegund. Derhalve is de gehele procedure aangevochten wegens schending van de wet en bevoegdheidsoverschrijding in verschillende opzichten.
- 8 De vennootschappen die als andere partijen in de procedure optreden, hebben verzoeksters argumenten betwist, waarbij Tim s.p.a. tevens incidenteel beroep heeft ingesteld dat ertoe strekt dat de aanbesteding wordt overgedaan.
- 9 De tweede andere partij in de procedure, Fastweb S.p.A., werpt daarenboven de exceptie van onbevoegdheid van de bestuursrechter op. De betrokken diensten houden volgens haar geen verband met de postdiensten als zodanig en vallen dus buiten de werkingssfeer van de „bijzondere sectoren” als bedoeld in artikel 120 van wetsbesluit nr. 50/2016.
- 10 Volgens Fastweb S.p.A. was de keuze om de opdracht te onderwerpen aan de regeling inzake openbare aanbestedingen evenwel niet nodig: de betrokken

telecommunicatie-infrastructuur dient in wezen ter ondersteuning van de verschillende activiteiten van de Gruppo Poste, waarbij het juridische kader van toepassing is voor de activiteiten waarvoor die infrastructuur moet worden geacht in hoofdzaak bedoeld te zijn, zoals bepaald in artikel 5, lid 5, artikel 6, lid 2, en overweging 16 van richtlijn 2014/25/EU, dus zeker niet voor de postdienst, die slechts goed was voor 30 % van de omzet van Poste Italiane. Voorts vormt de vrijwillige keuze van de aanbestedende dienst een ontoereikende basis om de bestuursrechter als de bevoegde rechter aan te wijzen, gelet op het feit dat in de rechtspraak herhaaldelijk is bevestigd dat de gewone rechter bevoegd is om kennis te nemen van geschillen die niet specifiek binnen een bijzondere sector vallen en dat Poste Italiane niet kan worden omschreven als een publiekrechtelijke instelling daar zij onder normale marktvoorwaarden opereert en daarbij winst nastreeft en verliezen draagt.

- 11 Vervolgens heeft ook Tim S.P.A. op 19 februari 2019 een exceptie van onbevoegdheid van de bestuursrechter opgeworpen door te stellen dat enkel procedures voor het plaatsen van opdrachten voor postdiensten in strikte zin moeten worden geacht onderworpen te zijn aan de regeling inzake openbare aanbestedingen.
- 12 De onbevoegdheid van de bestuursrechter wordt bevestigd in artikel 10 van wetsbesluit nr. 50/2016, waarbij de opdrachten die in verband kunnen worden gebracht met een „aanbestedende dienst die postdiensten verleent”, met verwijzing naar „diensten met een toegevoegde waarde die verband houden met en volledig worden geleverd via elektronische middelen (met inbegrip van de beveiligde overdracht van gecodeerde documenten via elektronische middelen, adresbeheerdiensten en het doorzenden van geregistreerde elektronische post)” in overeenstemming met artikel 7 van richtlijn 2014/24/EU van de werkingssfeer van het wetboek overheidsopdrachten worden uitgesloten.
- 13 Ook bij artikel 15 van wetsbesluit nr. 50 worden, in overeenstemming met artikel 8 van richtlijn 2014/24/EU, opdrachten van de werkingssfeer van het wetboek overheidsopdrachten uitgesloten die „in hoofdzaak tot doel hebben de aanbestedende diensten in staat te stellen openbare communicatienetwerken beschikbaar te stellen of te exploiteren of aan het publiek één of meer elektronische communicatiediensten te verlenen”.
- 14 Artikel 8 van het wetboek overheidsopdrachten sluit op zijn beurt – in overeenstemming met artikel 13 van richtlijn 2014/25/EU – de uitoefening van activiteiten met betrekking tot de postdienst van zijn werkingssfeer uit „indien de activiteit rechtstreeks concurrentie wordt aangedaan”.
- 15 In het licht van de geleidelijke ontwikkeling die de exploitant van de postdienst heeft gekend, kan hij daarenboven niet worden omschreven als een „publiekrechtelijke instelling”, aangezien hij inmiddels niet meer voldoet aan de met de wet beoogde doelstelling dat hij moet „voorzien in behoeften van algemeen belang die geen industrieel of commercieel karakter hebben”.

- 16 Zelfs al zou die juridische aard moeten worden erkend, dan nog zou de verplichting tot toepassing van de procedure voor openbare aanbestedingen uitgesloten zijn op grond van artikel 8, artikel 10, onder b), en artikel 15 van wetsbesluit nr. 50/2016, die reeds zijn aangehaald; ten slotte dient die procedure ook door publiekrechtelijke instellingen alleen te worden toegepast op leveringen en diensten die nauw verbonden zijn met de bijzondere sectoren (beschikking nr. 4899 uit 2018 van de Corte di Cassazione Sezioni Unite).
- 17 Tim S.p.A. heeft de aangezochte rechter verzocht, mocht hij twijfels hebben over de hiervoor samengevatte uitleggingsstandpunten, daarover een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU bij het Hof van Justitie in te dienen.
- 18 In de op 18 februari 2019 neergelegde laatste memorie heeft Poste Italiane nogmaals aangevoerd dat het criterium wettig is en de gehanteerde wiskundige formule juist. Geen enkel verweer van de Poste Italiane had daarentegen betrekking op de prejudiciële vraag over de rechterlijke bevoegdheid, die enkel aan de orde was gesteld door de vennootschappen die als andere partij in de procedure optreden, waarop de zaak in beraad is genomen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 19 Wat de vraag over de rechterlijke bevoegdheid betreft, die aan de orde is gesteld vanuit de optiek dat Poste Italiane – ten aanzien van overeenkomsten die niet in verband kunnen worden gebracht met de postdienst in strikte zin – niet is onderworpen aan het wetboek overheidsopdrachten, heeft de verwijzende rechter bij beschikking nr. 7778 van 12 juli 2018 (zaak C-521/18) het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds zijn twijfels voorgelegd betreffende de overeenstemming met het Unierecht, die gebaseerd zijn op de vigerende richtlijnen en vroegere uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie.
- 20 In de situatie die aan de orde is, duiken evenwel grotere problemen op, die dezelfde verwijzende rechter zal moeten ophelderen en die dus een nieuwe beschikking rechtvaardigen, die slechts gedeeltelijk overlapt met de voornoemde beschikking.
- 21 Volgens de verwijzende rechter noopt de opgeworpen vraag over de rechterlijke bevoegdheid tot een onderzoek van de volgende punten:
- I) juridische aard van Poste Italiane, rekening houdend met de evolutie die heeft plaatsgevonden in de sector van de postdiensten, die steeds vaker in een concurrentiële omgeving worden verricht;
- II) omschrijving van het begrip „*functionaliteit*”, op basis waarvan de werkingssfeer van artikel 114 en volgende van het wetboek overheidsopdrachten wordt afgebakend, teneinde het bevoegdheidsgebied van de bestuursrechter te

omschrijven (althans voor ondernemingen die volgens de heersende leer geen publiekrechtelijke instellingen zijn);

III) beoordeling van het gewettigd vertrouwen van de deelnemers aan een aanbesteding, die een entiteit louter op eigen initiatief – dus zonder daartoe wettelijk gehouden te zijn – heeft uitgeschreven in sectoren waarvan moet worden aangenomen dat zij niet vallen onder de regels inzake openbare aanbesteding of in sectoren die enkel van de volledige toepassing van het wetboek overheidsopdrachten zijn uitgesloten, maar niet van de toepassing van de daarin vervatte beginselen.

22 De erkenning als publiekrechtelijke instelling geschiedt volgens artikel 3, lid 1, onder c), van wetsbesluit nr. 50/2016 op basis van de volgende criteria:

1) een instelling die is opgericht met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;

2) een instelling die rechtspersoonlijkheid bezit (publiekrechtelijk of privaatrechtelijk);

3) een instelling waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, de regionale of lokale overheden of andere publiekrechtelijke lichamen worden gefinancierd, of waarvan het beheer onder toezicht staat van deze overheden of lichamen, of die een bestuur, leidinggevend of toezichthoudend orgaan heeft waarvan de leden voor meer dan de helft door de Staat, de regionale of lokale overheden of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

23 Wat de „aangebestedende instanties” betreft, dit kunnen „aangebestedende diensten” zijn – zoals hierboven is gepreciseerd – of publieke ondernemingen die een van de activiteiten als bedoeld in de artikelen 115 tot en met 121 van het wetboek overheidsopdrachten uitoefenen of die – hoewel zij niet tot de genoemde categorieën behoren – activiteiten als bedoeld in de voornoemde wettelijke bepalingen uitoefenen „krachtens bijzondere of uitsluitende rechten die hun door de bevoegde autoriteit zijn verleend”. Volgens artikel 120 van dat wetboek vallen de postdiensten onder die activiteiten.

24 Naar het oordeel van de verwijzende rechter is de kwalificatie van Poste Italiane als publiekrechtelijke instelling moeilijk te weerleggen. Die vennootschap is immers in de plaats getreden van de na de eenwording van Italië tot stand gekomen centrale overheidsdienst om de dienstverlening efficiënter te laten verlopen. Hoewel Poste Italiane tegenwoordig ook actief is in de aan concurrentie blootgestelde sector van financiën, verzekeringen en mobiele telefonie, is zij nog altijd concessiehouder van de universele postdienst, hetgeen de verplichte verlening, met de daaraan verbonden vergoedingen vanwege de staat ter gedeeltelijke dekking van de kosten, impliceert van essentiële diensten bestaande in de bezorging van brieven en pakjes, tegen een gecontroleerde prijs, in alle Italiaanse gemeenten, zoals blijkt uit de vooraankondiging van een inbreukprocedure die de Europese Commissie zal instellen ingevolge een besluit

om in 4 000 gemeenten de post niet meer te bezorgen omdat die dienst niet winstgevend wordt geacht. Derhalve moet noodzakelijkerwijs worden geoordeeld dat de vennootschap in kwestie, die rechtspersoonlijkheid heeft, is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en die rechtstreeks terug te voeren zijn op de vrijheid van correspondentie en van elke andere vorm van communicatie [vereisten onder 1) en 2) voor publiekrechtelijke instellingen].

- 25 Aangaande het vereiste onder 3) zij eraan herinnerd dat Poste Italiane voor het overgrote deel in handen is van het Ministero dell'Economia (ministerie van Economische Zaken, Italië), dat de raad van bestuur benoemt, en onderworpen is aan de controle en het toezicht van het Ministero dello Sviluppo Economico (ministerie van Economische Ontwikkeling, Italië) en de Corte dei conti (rekenkamer, Italië); de raad van commissarissen is samengesteld uit drie vaste en drie plaatsvervangende leden, die allen worden aangewezen door de voormelde overheidsorganen. De AGCOM is bovendien bevoegd om regulerende maatregelen te nemen ten aanzien van de kwaliteit en de kenmerken van de universele dienst, die wordt geregeld in een beheersovereenkomst tussen de exploitant van de postdienst en het ministerie van Economische Ontwikkeling
- 26 De grondslag van een publiekrechtelijke instelling is juist gelegen in het belang van de nagestreefde behoeften van algemeen belang, waarbij - ook al is de exploitatie winstgevend - bestuurlijk toezicht op het nastreven van kwaliteitsdoelstellingen voor de dienst niet mag ontbreken. Kenmerkend voor de dienstverlening is immers dat concreet zorg wordt gedragen voor de belangen van de gemeenschap, waarvan de Staat meent dat het diensten zijn die aan de burgers moeten worden verleend en die, ook al worden zij toevertrouwd aan entiteiten die geen deel uitmaken van het eigenlijke bestuursapparaat, dus in elk geval moeten voldoen aan de criteria van onpartijdigheid, goed bestuur en transparantie.
- 27 Er zijn dus voldoende elementen om Poste Italiane te kwalificeren als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van wetsbesluit nr. 50/2016, welke opvatting overigens wordt gedeeld in de rechtspraak van de Consiglio di Stato.
- 28 Uit de recente beschikking nr. 4899 van de Corte di Cassazione a Sezione Unite van 1 maart 2018, die in de onderhavige zaak door de vennootschappen die als andere partij in de procedure optreden, is aangevoerd om hun exceptie van onbevoegdheid te staven, blijkt evenwel een andere opvatting. In die beschikking zijn de volgende beginselen geformuleerd.
- a) Poste Italiane is weliswaar belast met de „universele postdienst”, maar oefent tegenwoordig ook financiële activiteiten uit, of althans activiteiten die niet samenhangen met de dienst van postbezorging, die inmiddels aan concurrentie is blootgesteld

b) richtlijn 2004/18/EG heeft Poste Italiane „uitdrukkelijk uitgesloten” van de kring van publiekrechtelijke instellingen. Poste Italiane wordt thans beschouwd als een aanbestedende instantie in de zin van artikel 3, lid 29, van wetsbesluit nr. 163/2006 en bijlage VI F bij dit wetsbesluit, omdat zij niet voldoet aan „de met de wet beoogde doelstelling die erin bestaat te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, hetgeen impliceert dat een entiteit uitsluitend tot taak heeft in die behoeften te voorzien en geen andere activiteiten mag uitoefenen”;

d) „de eventuele kwalificatie van Poste Italiane als publiekrechtelijke instelling” is hoe dan ook „irrelevant”, daar de vraag of zij onderworpen is aan de regels inzake openbare aanbestedingen moet worden beantwoord aan de hand van de bepalingen die de bijzondere sectoren regelen, waarbij moet worden uitgegaan van de kwalificatie van Poste Italiane als aanbestedende instantie.

29 De argumenten van de Corte di cassazione, met name die onder b) en d), lijken in tegenspraak te zijn met de uitspraak van het Hof van Justitie van 10 april 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, waarin het Hof tot de tegenovergestelde conclusies is gekomen die hierna als volgt worden samengevat:

I) Richtlijn 2004/17/EG (thans richtlijn 2014/25/EU) is van toepassing op contracten die worden gesloten in de zogeheten „bijzondere sectoren” (die betrekking hebben op het beheer van de water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten), waarin niet alleen „aangebestede diensten” [zoals thans gedefinieerd in artikel 3, lid 1, onder a), van wetsbesluit nr. 50/2016], maar ook „overheidsondernemingen” of „ondernemingen die bijzondere of uitsluitende rechten genieten, die hun door de bevoegde autoriteit van een lidstaat zijn verleend” „aangebestede instanties” kunnen zijn, voor zover die instanties een activiteit uitoefenen die onder die sectoren valt: de bepalingen van deze richtlijn dienen namelijk restrictief te worden uitgelegd en gelden derhalve enkel voor contracten die in verband kunnen worden gebracht met de betreffende sector, waarbij afstand wordt gedaan van de „infectietheorie” als bedoeld in het arrest van 15 januari 1998, Mannesmann, C-44/96, EU:C:1998:4 (zie in die zin ook arrest van 16 juni 2005, Strabag en Kostmann, C-462/03 en C-463/03, EU:C:2005:389).

II) Ten aanzien van publiekrechtelijke instellingen [gedefinieerd in richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU, welke definitie is overgenomen in artikel 3, lid 1, onder d), van wetsbesluit nr. 50/2016] moet de uitlegging niet restrictief maar daarentegen functioneel zijn, waarbij dus in de eerste plaats moet worden nagegaan of de instelling of entiteit al dan niet is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang „die niet van industriële of commerciële aard zijn”. Volgens het arrest in de zaak Ing. Aigner [„] [...] doet [het] er in dit verband niet toe dat in dergelijke behoeften ook door particuliere ondernemingen wordt of kan worden voorzien. Het is van belang dat het gaat om behoeften waarin de staat of een territoriaal lichaam om redenen van algemeen belang in het algemeen besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan zij een beslissende invloed willen behouden. [...] Hieraan moet worden toegevoegd dat in dit verband irrelevant is

dat de betrokken entiteit naast haar taak van algemeen belang tevens andere activiteiten met een winstoogmerk verricht, zolang zij zich blijft kwijten van de taken ten behoeve van het algemeen belang die haar specifiek zijn opgedragen. Het aandeel van de [met een winstoogmerk] uitgeoefende activiteiten in de algehele activiteiten van deze entiteit is voor de kwalificatie ervan als publiekrechtelijke instelling evenmin relevant”.

III) Richtlijn 2004/18/EG, thans ongewijzigd vervangen door richtlijn 2014/24/EU, is van toepassing op de contracten van publiekrechtelijke instellingen die buiten het bereik van de bijzondere sectoren vallen, waarin zij nochtans opereren en onderworpen blijven aan de desbetreffende bijzondere regeling die van toepassing is op de voor deze sectoren kenmerkend activiteit. Dat was namelijk het oordeel van het Hof in het reeds aangehaalde arrest in de zaak Ing. Aigner: „Voor opdrachten die door een entiteit met de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 worden geplaatst en die verband houden met de uitoefening van activiteiten van deze entiteit in een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 bedoelde sectoren, moeten de procedures van deze richtlijn gelden. Daarentegen gelden voor alle andere opdrachten die door deze entiteit worden geplaatst in verband met de uitoefening van andere activiteiten, de procedures van richtlijn 2004/18. Elk van deze twee richtlijnen is van toepassing zonder onderscheid tussen de activiteiten welke die entiteit uitoefent ter vervulling van haar taak te voorzien in behoeften van algemeen belang, en de activiteiten die zij uitoefent onder mededingingsvoorwaarden, zelfs in geval van een boekhouding waarin de scheiding wordt nagestreefd van de sectoren waarbinnen zij werkzaam is, om kruiselingse financiering tussen deze sectoren te voorkomen”.

- 30 Richtlijn 2004/18/EG (thans richtlijn 2014/24/EU), die ziet op de gewone sectoren, is dientengevolge van toepassing op alle publiekrechtelijke instellingen, ook wanneer zij opereren in bijzondere sectoren, wanneer de activiteit waarop de overeenkomst betrekking heeft, geen verband houdt met die sectoren.
- 31 Als het om contracten van de publiekrechtelijke instellingen gaat, verliest volgens de verwijzende rechter de bestuursrechter dus in geen enkel geval zijn bevoegdheid voor procedures inzake openbare aanbestedingen, die zowel voor de gewone als voor de bijzondere sectoren zijn voorgeschreven.
- 32 De kwalificatie rechtens van Poste Italiane als publiekrechtelijke instelling kan dus niet „irrelevant” worden geacht, zoals de Corte di cassazione heeft geoordeeld.
- 33 De verwijzende rechter merkt voorts op dat de argumenten van de Corte di cassazione in punt 28, onder b), geen steun vinden in de wetteksten: wat richtlijn 2004/18/EG (thans richtlijn 2014/24/EU) betreft, is het inderdaad zo dat de aanbestedende instanties de aanbestedende diensten omvatten en de tot laatstgenoemde diensten behorende publiekrechtelijke instellingen als gedefinieerd in het genoemde artikel 3, lid 1, onder d), van wetsbesluit

nr. 50/2016, maar dat houdt alleen maar in dat onder de aanbestedende instanties juist ook de publiekrechtelijke instellingen vallen, zonder dat zij daarom zonder meer zijn „uitgesloten” van de kring van de aanbestedende diensten als bedoeld in hetzelfde artikel 3, lid 1, onder a), die ontegenzeggelijk onderworpen zijn aan de bepalingen van het wetboek overheidsopdrachten voor de gewone sectoren. De kwalificatie van de aanbestedende instanties als bedoeld in artikel 3, lid 29, van wetsbesluit nr. 163/2006 [thans artikel 3, lid 1, onder e), van wetsbesluit nr. 50/2016] houdt daarenboven geen uitzondering in, maar alleen een ruimer scala aan entiteiten voor de bijzondere sectoren, terwijl bijlage VI bij dat wetsbesluit nr. 163 slechts een niet-limitatieve opsomming bevat van de instanties waaraan taken in de bijzondere sectoren zijn toevertrouwd, zodat het feit dat Poste Italiane in dat kader als een aanbestedende instantie wordt aangeduid, net zo min een uitzondering inhoudt.

- 34 Bovendien was bij beschikking [2008/383] van de Europese Commissie van 30 april 2008 reeds voorzien in een vrijstelling voor opdrachten die Poste Italiane plaatst om binnenlandse en internationale express- en koerierdiensten te kunnen leveren, terwijl bij het daaropvolgende besluit 2010/12/EU van 5 januari 2010 de toepassing van richtlijn 2004/17/EG was uitgesloten voor de bijzondere sectoren ten aanzien van de door Bancoposta beheerde financiële diensten (aantrekken van spaargelden, kredietverlening namens banken en andere erkende financiële intermediairs, beleggingsactiviteiten en aanvullende pensioenproducten, betalings- en geldovermakingsdiensten).
- 35 De omstandigheid dat een entiteit activiteiten uitoefent in een concurrentiële omgeving vormt evenwel slechts een aanwijzing dat niet is voldaan aan de met de wet beoogde doelstelling. Om te kunnen spreken van een algehele niet-nakoming van die vereiste moet namelijk ook sprake zijn van het nastreven van een zuiver economisch oogmerk, waarbij het bedrijfsrisico volledig wordt gedragen: van deze laatste omstandigheden is geen spoor bij de universele postdienst, die overeenkomstig artikel 23, lid 2, van wetsbesluit nr. 261 van 1999 tot en met 30 april 2026 aan Poste Italiane is toegekend. Artikel 3, lid 12, van dat wetsbesluit bepaalt dat de aan de verlening van de universele dienst verbonden kosten worden gefinancierd met middelen uit de overheidsbegroting. Het bedrijfsrisico is dus zeer beperkt.
- 36 Gelet op de genoemde beschikking [2008/383] van de Commissie kan dus worden gesteld dat de sectoren waarin Poste Italiane kan opereren zonder de vigerende algemene aanbestedingsregels in acht te hoeven nemen, zijn afgebakend, ook in de zin van artikel 14, lid 2, van het wetboek overheidsopdrachten. Op basis van deze regels werd tot nu toe aangenomen dat voor overheidsondernemingen afstand was gedaan van de infectietheorie, maar nog niet voor publiekrechtelijke instellingen, daar deze instellingen – voor zover zij in de bijzondere sectoren actief zijn – de betreffende regeling alleen hoeven na te leven voor de activiteiten die voor de sectoren zelf functioneel zijn, zonder dat zij zich evenwel voor elke andere activiteit, gelet op de gewichtige collectieve belangen waarvan de

behartiging hoe dan ook aan hen is toevertrouwd, kunnen onttrekken aan de regeling voor de gewone sectoren.

- 37 Bijgevolg moet worden nagegaan of de in het arrest Aigner geformuleerde beginselen, gelet op het feit dat de industriële en commerciële belangen de overhand hebben op de belangen van de gemeenschap die aan de oorspronkelijke oprichting van het publiekrechtelijke instelling ten grondslag hebben gelegen, al dan niet buiten toepassing kunnen worden gelaten, dan wel of moet worden aangenomen dat de verwijzing naar die oprichting – die formeel is opgenomen in het aangehaalde artikel 3, lid 1, onder d), punt 1, van wetsbesluit nr. 50/2016 – niet buiten beschouwing kan worden gelaten, ook niet voor ondernemingen die op grote schaal aan concurrentie blootgestelde activiteiten uitoefenen.
- 38 In het onderhavige geval worden evenwel ruimere problemen aan de orde gesteld. In de eerste plaats moet namelijk worden beoordeeld of het voorwerp van de opdracht die in casu aan de orde is, niet zozeer verband houdt met de sectoren die thans worden omschreven als „bijzondere sectoren” en die worden geregeld in artikel 114 en volgende van het wetboek overheidsopdrachten (deel II, titel VI, hoofdstuk I), maar veeleer met sectoren die nog steeds worden omschreven als sectoren die zijn „uitgesloten [...] van de materiële werkingssfeer” van dat wetboek (deel I, titel II, artikel 4 en volgende), maar die desalniettemin overeenkomstig voormeld artikel 4 moeten worden toevertrouwd „met inachtneming van de beginselen van zuinigheid, doeltreffendheid, onpartijdigheid, gelijke behandeling, transparantie, evenredigheid, openbaarheid, bescherming van het leefmilieu en energie-efficiëntie”.
- 39 In casu wordt de betrokken sector, namelijk die van de elektronische communicatie, door artikel 15 van wetsbesluit nr. 50/2016, in overeenstemming met de artikelen 7 en 8 van richtlijn 2014/24/EU, omschreven als uitgesloten en is hij als zodanig onderworpen aan kaderrichtlijn 2002/21/EG voor elektronischecommunicatienetwerken en –diensten.
- 40 De omstandigheid dat de aanbestedingsprocedure die in casu aan de orde is, verband houdt met een sector die formeel „is uitgesloten”, maar niet „buiten” het wetboek overheidsopdrachten „valt”, heeft echter geen invloed op de bevoegdheid van de bestuursrechter, aangezien volgens artikel 4 van wetsbesluit nr. 50/2016 sprake is van een onderhandelingsprocedure die geschikt is om de eerbiediging van de genoemde criteria te waarborgen, ten aanzien waarvan rechtmatige belangen bestaan die binnen de bevoegdheid van de bestuursrechter vallen.
- 41 De verwijzende rechter is van oordeel dat de kwestie van het begrip „*functionaliteit*” – wat de voor de bijzondere sectoren kenmerkende aangelegenheden betreft –, aan de hand waarvan de bevoegdheid van de bestuursrechter wordt afgebakend, anders moet worden gezien, ook waar de mogelijke ontwikkeling van het begrip „*publiekrechtelijke instelling*” in de richting van het begrip „*overheidsonderneming*” kan worden erkend, in het licht van bepaalde kenmerken van de „*uitgesloten*” sectoren en meer bepaald van de

sector „*waarin activiteiten worden uitgeoefend die rechtstreeks blootstaan aan concurrentie*” (artikel 8 van wetsbesluit nr. 50/2016). Daarom zou het concurrentiële karakter van de postdienst – hoewel dat als zodanig niet doorslaggevend is voor het antwoord op de bevoegdheidsvraag (zoals voor alle sectoren die overeenkomstig de artikelen 4 tot en met 20 van het wetboek zijn uitgesloten) – toch van belang kunnen zijn voor de uitsluiting van de kwalificatie van Poste Italiane als publiekrechtelijke instelling, die onder normale marktvoorwaarden opereert, winst nastreeft en de verliezen draagt die voortvloeien uit haar activiteiten, die – inmiddels grotendeels – rechtstreeks blootstaan aan concurrentie (overweging 21 en artikel 16 van richtlijn 2014/23/EU).

- 42 Wat dit laatste punt betreft, betwijfelt de verwijzende rechter of de erkenning van Poste Italiane als „*overheidsonderneming*” (voor zover dat door het Hof van Justitie van de Europese Unie aannemelijk wordt geacht) – in overeenstemming met de herhaaldelijk aangehaalde beschikking nr. 16 uit 2011 van het Consiglio di Stato, uitspraak doende in verenigde kamers – vereist dat het verband tussen de opdracht en de activiteit die kenmerkend is voor de genoemde bijzondere sector strikt wordt beoordeeld. De grenzen van die beoordeling zijn trouwens hoe dan ook van belang voor de vaststelling van het rechtsstelsel dat op een bepaalde aanbesteding van toepassing is, zelfs al is de aanbesteding uitgeschreven door een entiteit die als publiekrechtelijke instelling kan worden aangemerkt en die in een van de bijzondere sectoren opereert.
- 43 De stelling dat bedrijven (overheidsbedrijven of particuliere bedrijven die houder zijn van een bijzonder of uitsluitend recht) slechts onder de regeling van het wetboek overheidsopdrachten vallen „*wat betreft de bijzondere sectoren en niet in het algemeen [...], zodat de zogenoemde infectietheorie als bedoeld in de Mannesman-rechtspraak [...] niet van toepassing is*” (arrest nr. 16/2011, uitgesproken in verenigde kamers) is immers weliswaar aannemelijk, maar de communautaire regeling (richtlijn 2014/25/EU) bevat geen enkele precieze verwijzing naar het begrip „*functionaliteit*”, dat wordt opgevat als een direct verband tussen de dienst en de bijzondere activiteit als grens voor de toepasselijkheid van artikel 114 en volgende van het wetboek overheidsopdrachten en de genoemde bevoegdheid van de bestuursrechter.
- 44 In het algemeen erkent „overweging” 16 van richtlijn 2014/25/EU – die juist ziet op de bijzondere sectoren – dat opdrachten kunnen worden gegund „*voor een aantal verschillende activiteiten*” die „*aan verschillende regelingen*” onderworpen kunnen zijn, waarbij op één enkele opdracht hoe dan ook de voorschriften voor de sector van toepassing zijn waarvoor de opdracht „*in hoofdzaak bedoeld is*”, zoals uit de aanbestedingshandelingen kan worden afgeleid of in elk geval door de aanbestedende instantie gepreciseerd zou moeten zijn.
- 45 Het beginsel wordt bevestigd in artikel 6 van deze richtlijn, dat bij ontstentenis van enige specificatie in lid 3 in precieze criteria voorziet die prioritair moeten

worden toegepast wanneer de opdracht juist verband houdt met activiteiten die onder verschillende richtlijnen vallen.

- 46 Het begrip „bedoeld zijn” voor een bepaalde activiteit, die door de aanbestedende dienst vrijelijk kan worden gekozen, lijkt in ieder geval veel ruimer dan het begrip dat door de Consiglio di Stato in voltallige zitting is gehanteerd in zijn arrest nr. 16 uit 2011 (die een bewakings- en beveiligingsdienst pertinent achtte voor de desbetreffende bijzondere sector voor zover hij ten behoeve van een door ENI beheerd energienetwerk werd verricht, maar niet voor zover hij ten behoeve van de voor de administratie bestemde kantoren werd verricht). Daarentegen moet – in het licht van het Unierecht – de vraag worden gesteld of de overeenkomst, die moet worden geacht „geen verband te houden” met de bijzondere sectoren, niet veeleer moet verwijzen naar een activiteit die overheidsbedrijven – of particuliere entiteiten die houder zijn van een uitsluitend recht – daadwerkelijk vrijelijk kunnen uitoefenen, maar duidelijk buiten de betrokken sectoren, zoals het genoemde beginsel van „het ontbreken van een verband” vereist, op grond waarvan de activiteit waarop de overeenkomst betrekking heeft, kan worden onttrokken aan de regels inzake openbare aanbestedingen.
- 47 Artikel 13, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/25/EU bepaalt namelijk dat deze richtlijn enkel van toepassing is op postdiensten, waarbij uitvoerig wordt verwezen naar „andere diensten dan postdiensten, op voorwaarde dat deze diensten worden aangeboden door een entiteit die ook postdiensten aanbiedt”, welke postdiensten „zowel diensten die binnen als diensten die buiten de overeenkomstig richtlijn 97/67/EG ingestelde universele dienst vallen” omvatten [artikel 13, lid 2, onder b)].
- 48 Ten slotte werd reeds benadrukt dat „overweging” 16 van richtlijn 2014/24/EU vereist dat duidelijk wordt gemaakt voor welke activiteit de opdracht – die abstract gezien onderworpen is aan de regels voor de bijzondere sectoren, maar soms ook voor andere activiteiten bedoeld is – in wezen bedoeld is. Hieruit volgt dat rekening moet worden gehouden met de toepasselijke juridische regeling en de daarin vervatte transparantie- en rechtszekerheidsplichten, die beginselen vormen die aan de algehele sector van de overheidsopdrachten inherent zijn (met inbegrip van de sectoren die in wetsbesluit nr. 50/2016 worden omschreven als „uitgesloten sectoren”).
- 49 Tot slot vraagt de verwijzende rechter naar de overeenstemming met de Unieregeling met betrekking tot misbruik van recht (arrest Hof van Justitie van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408) van de praktijk – die zich in het nationale rechtstelsel steeds vaker voordoet – waarbij een exceptie van onbevoegdheid van de bestuursrechter pas wordt opgeworpen na diens eerste beslissingen, waaronder ook beslissingen waarbij hij bewarende maatregelen gelast, ten aanzien van aanbestedingen die overeenkomstig het wetboek overheidsopdrachten zijn uitgeschreven en bekendgemaakt zijn in de *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (Italiaanse staatscourant) en het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zonder dat daarin enige precisering wordt gegeven over het

feit dat de door de aanbestedende instantie gemaakte keuze alleen die instantie zelf bindt. De wettigheid en de gevolgen van deze keuze zullen moeten worden voorgelegd aan de gewone rechter, die uitsluitend op basis van de bepalingen van het burgerlijk wetboek uitspraak zal moeten doen – voor zover mag worden aangenomen – daar het wetboek overheidsopdrachten geenszins van toepassing is (hoewel dat uitdrukkelijk is aangehaald, en dus anders dan de inschrijvers hadden mogen verwachten).

WERKDOCUMENT