

Cauza-C419/19**Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție****Data depunerii:**

29 mai 2019

Instanța de trimitere:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional Lazio, Italia)

Data deciziei de trimitere:

6 martie 2019

Reclamantă:

Irideos S.p.A.

Pârâtă:

Poste Italiane S.p.A.

Celelalte părți în procedură:

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

Obiectul procedurii principale

Cerere de anulare a deciziilor prin care, la 22 octombrie 2018, Poste Italiane S.p.A (denumită în continuare: „Poste Italiane”) i-a comunicat societății IRIDEOS S.p.A. atribuirea lotului nr. 1 și a lotului nr. 2 din cadrul procedurii de cerere de ofertă privind „achiziția în conformitate cu Decretul legislativ nr. 50/2016 - Procedura deschisă în format electronic pentru serviciile de telecomunicații în zonele metropolitane cu fibră optică de mare viteză, cu tehnologie DWDM (MAN)”, societății Fastweb S.p.A. și, respectiv, societății Tim S.p.A., și cerere de obligare a Poste Italiane la plata unor despăgubiri pentru prejudiciile pe care reclamanta pretinde că le-a suferit. Acțiune incidentă formulată de Tim S.p.A., având ca obiect, printre altele, obligarea Poste Italiane la reluarea procedurii de cerere de ofertă.

Obiectul și temeiul juridic al trimiterii preliminare

- 1 Cererea de decizie preliminară privește compatibilitatea cu dreptul Uniunii (Directivile 2014/23/UE, 2014/24/UE și 2014/25/UE) a dispoziției naționale prevăzute la articolul 3 alineatul 1 litera e) din Decretul legislativ nr. 50 din 18 aprilie 2016 (Codul achizițiilor publice, denumit în continuare „Decretul legislativ nr. 50/2016” sau „Codul” sau „Codul achizițiilor publice”) în măsura în care această dispoziție, în conformitate cu interpretarea dată de Corte di cassazione [Curtea de Casație] (ordonanța nr. 4899/2018, cu forță obligatorie în dreptul intern în materie de competență), stabilește o excepție, pentru întreprinderile care își desfășoară activitatea în sectoarele speciale prevăzute în partea II din Cod, de la principiile generale enunțate la articolul 1 și la articolul 3 alineatul 1 litera a) din același cod referitoare la obligația de a organiza proceduri de achiziții publice în cazul în care contractul care trebuie încheiat nu privește activitățile proprii sectoarelor speciale.
- 2 În prezenta procedură, instanța de trimitere trebuie, în plus, să examineze o dublă problemă: cea dintâi privește caracterul obligatoriu, în dreptul procedural italian, al hotărârilor pronunțate de Corte di cassazione a Sezioni Unite [Secțiunile unite ale Curții de Casație] în materie de competență; cea de a doua privește eventuala evoluție a jurisprudenței Curții de Justiție, în prezența transformării treptate a unor subiecte juridice, înființate ca organisme de drept public, în veritabile întreprinderi care urmăresc obținerea unui profit și care suportă pierderi, iar a căror activitate este desfășurată în principal în regim de concurență [a se vedea considerentul (21) al Directivei 2014/23/UE și articolul 16 din aceasta].
- 3 Cu privire la prima întrebare, instanța de trimitere arată că, în sistemul procedural italian, Corte di Cassazione [Curtea de Casație] este chemată să stabilească cu titlu definitiv și obligatoriu pentru pronunțarea asupra fondului competența instanței sesizate cu judecarea cauzei; Curtea de Justiție a enunțat însă principiul general potrivit căruia dreptul Uniunii se opune ca o instanță națională să fie ținută să respecte o normă de procedură națională în temeiul căreia dezlegările date de instanța superioară națională sunt obligatorii pentru aceasta, în cazul în care rezultă că ele nu sunt conforme cu dreptul Uniunii, astfel cum acesta este interpretat de Curte (a se vedea Hotărârea din 20 octombrie 2011, Interedil s.r.l., în lichidare, C-396/09).
- 4 Există, prin urmare, posibilitatea (sau obligația, pentru instanțele de ultim grad de jurisdicție) de a se adresa Curții de Justiție atunci când subzistă o „îndoială rezonabilă” cu privire la aplicarea corectă a dreptului Uniunii, independent de orice hotărâre în sens contrar a Corte di Cassazione [Curtea de Casație] în materie de competență sau a Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato [Plenul Consiliului de Stat], cu forță obligatorie pentru secțiunile simple ale Consiglio di Stato [Consiliul de Stat] (a se vedea de asemenea Hotărârea din 5 aprilie 2016, Puligienica Facility, C-689/13, și Hotărârea din 6 octombrie 1982, Cilfit, 283/81).

Întrebările preliminare

1) Având în vedere caracteristicile menționate anterior, societatea Poste Italiane S.p.A. trebuie să fie calificată „organism de drept public” în sensul articolului 3 alineatul 1 litera d) din Decretul legislativ nr. 50 din 2016 și al directivelor relevante ale Uniunii (2014/23/UE, 2014/24/UE și 2014/25/UE)?

2) Societatea menționată este ținută să organizeze proceduri de achiziții publice numai pentru atribuirea contractelor care au legătură directă cu activitatea pe care o desfășoară în sectoarele speciale, prevăzute de Directiva 2014/25/UE, în calitate de entitate contractantă, în privința căreia aceeași natură de organism de drept public ar trebui considerată absorbită în normele din partea II din Codul achizițiilor publice, dispunând în schimb de autonomie contractuală deplină și fiind supusă exclusiv normelor de drept privat pentru activitățile contractuale care nu privesc în sens strict sectoarele respective, ținând seama de principiile enunțate în considerentul (21) al Directivei 2014/23/UE și la articolul 16 din aceasta (Curtea de Casație, Secțiunile Unite, nr. 4899 din 2018, citată anterior și pentru ultima parte, Consiliul de Stat, Plen, nr. 16 din 2011, citată anterior)?

3) În schimb, pentru contractele care trebuie considerate fără legătură cu materia specifică sectoarelor speciale, aceeași societate, atunci când îndeplinește cerințele referitoare la organismele de drept public, rămâne supusă dispozițiilor Directivei generale 2014/24/UE (și, prin urmare, normelor privind achizițiile publice), chiar și în cazul în care desfășoară activități cu caracter comercial și în regim de concurență, în condițiile în care a evoluat în raport cu momentul în care a fost înființată, astfel cum rezultă din Hotărârea din 10 aprilie 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), Directiva 2014/24/UE excluzând o interpretare diferită pentru contractele încheiate de autoritățile contractante? Considerentul (21) al Directivei 2014/23/UE și articolul 16 din aceasta, pe de altă parte, impun doar o prezumție pentru a exclude natura de organism de drept public pentru întreprinderile care își desfășoară activitatea în condiții normale de piață, întrucât, în orice caz, este clară, în baza coroborării dispozițiilor menționate, referirea cu prioritate la momentul înființării organismului, atunci când acesta din urmă este destinat să răspundă „nevoilor de interes general” (în speță, existente și încă prezente)?

4) Indiferent de situație, în unități în care se desfășoară atât activități inerente serviciului special, cât și activități fără legătură cu acesta, noțiunea de „caracter instrumental” – în ceea ce privește serviciul de interes public special – trebuie interpretată într-un mod nerrestrictiv (astfel cum s-a pronunțat până în prezent jurisprudența națională, în conformitate cu hotărârea nr. 16 din 2011 a Plenului Consiliului de Stat), în condițiile în care unei asemenea interpretări i se opun principiile enunțate de considerentul (16), precum și de articolele 6 și 13 din Directiva 2014/25/UE, care, pentru identificarea normelor aplicabile, face referire la noțiunea de „destinație” a uneia dintre activitățile reglementate de Codul achizițiilor publice? Prin urmare, trebuie să se clarifice dacă toate activitățile utile acestui sector din punct de vedere funcțional pot fi „destinate” - conform

intențiilor autorității contractante (prin urmare, inclusiv contracte de întreținere obișnuită și extraordinară, curățenie, mobilier, precum și servicii de pază și de custodie a birourilor sau alte forme de utilizare a acestora din urmă, dacă sunt înțelese ca servicii pentru clienți) - sectorului special de referință, chiar și prin metodele obligatorii atenuate, proprii sectoarelor excluse, fiind efectiv privatizate numai activitățile „străine”, pe care entitatea publică sau privată le poate exercita liber în domenii complet diferite, conform unei reglementări care ține exclusiv de codul civil și de competența instanțelor de drept comun (serviciul bancar prestat de Poste Italiane, de exemplu, pentru ceea ce ne interesează aici, face cu siguranță parte din acest tip de activități, însă nu s-ar putea spune același lucru în ceea ce privește furnizarea și utilizarea instrumentelor de comunicare electronică, dacă sunt puse în slujba întregului domeniu de activitate al grupului, deși sunt necesare în mod special tocmai pentru activitatea bancară). Cu toate acestea, pare util să se sublinieze „dezechilibrul”, produs de interpretarea restrictivă din prezent, întrucât introduce în gestionarea sectoarelor similare sau învecinate reguli complet diferite pentru atribuirea de lucrări sau de servicii: pe de o parte, garanțiile detaliate impuse de Codul [achizițiilor publice] de identificare a celuilalt contractant, pe de altă parte, autonomia contractuală deplină a întreprinzătorului, liber să procedeze la negocieri în funcție exclusiv de interesele sale economice, fără niciuna dintre garanțiile de transparență impuse pentru sectoarele speciale și pentru cele excluse.

5) În sfârșit, lansarea unei proceduri de achiziții — cu formele de publicitate prevăzute la nivel național și comunitar — în conformitate cu Codul achizițiilor publice poate fi relevantă pentru identificarea domeniului căruia îi este destinat contractul sau pentru legătura acestuia din urmă cu sectorul special de referință, în conformitate cu noțiunea mai largă de „*caracter instrumental*”, menționată în întrebarea anterioară nr. [4])?, sau - în subsidiar, excepția de necompetență a instanței de contencios administrativ ridicată de aceeași entitate care a lansat această procedură de licitație sau de entitățile care au participat cu succes la respectiva procedură poate fi considerată un abuz de drept în sensul articolului 54 din Carta [drepturilor fundamentale a Uniunii Europene], fiind un comportament care - deși nu poate afecta prin el însuși repartizarea competenței (a se vedea, de asemenea, în acest sens, Plenul Consiliului de Stat., nr. 16 din 2011, citată anterior) - are relevanță cel puțin în ceea ce privește despăgubirile și cheltuielile de judecată aferente procedurii, întrucât încalcă așteptările legitime ale participanților la cererea de ofertă respectivă, în cazul în care nu sunt adjudecatori sau nu formulează acțiune în justiție?

Dispozițiile de drept al Uniunii invocate

Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune, în special considerentul (21) și articolul 16

Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, în special considerentul (16), articolele 7 și 8

Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, în special considerentul (16), articolul 5 alineatul (5), articolul 6 alineatul (2) și articolul 13 alineatul (1) litera (b)

Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale

Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii

Decizia 2008/383/CE a Comisiei din 30 aprilie 2008 de derogare, în ceea ce privește serviciile de curierat și curierat rapid din Italia, de la aplicarea Directivei 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale

Dispozițiile naționale invocate

Legea nr. 124 din 4 august 2017 – Legea anuală privind piața și concurența

Decretul legislativ nr. 50 din 18 aprilie 2016 de transpunere a Directivelor 2014/23/UE, 2014/24/UE și 2014/25/UE privind atribuirea contractelor de concesiune, achizițiile publice și achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, precum și privind reforma reglementării aplicabile în domeniul contractelor de achiziții publice de lucrări, de servicii și de bunuri, în special articolul 1, articolul 3 alineatul 1 literele a), c), d) și e), articolele 4, 8 și 10, articolul 14 alineatul 2, articolul 15 și articolele 115-121, îndeosebi articolul 120.

Decretul legislativ nr. 163 din 12 aprilie 2006 – Codul achizițiilor publice de lucrări, de servicii și de bunuri, de transpunere a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE, în special articolul 3 alineatele 26 și 29, articolul 27 și anexa VI F

Decretul legislativ nr. 261 din 22 iulie 1999 de transpunere a Directivei 97/67/CE privind normele comune pentru dezvoltarea pieței interne a serviciilor poștale ale Comunității și îmbunătățirea calității serviciului (articolul 1, articolul 23 alineatul 2 și articolul 3 alineatul 12)

Decretul legislativ nr. 58 din 31 martie 2011 de transpunere a Directivei 2008/6/CE de modificare a Directivei 97/67/CE cu privire la realizarea integrală a pieței interne a serviciilor poștale ale Comunității (articolul 1)

Decretul lege nr. 487 din 1 decembrie 1993 de transformare a Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni [Administrația de Poștă și Telecomunicații] în entitate publică economică și de reorganizare a ministerului (articolul 4)

Corte di cassazione [Curtea de Casație]: ordonanța nr. 4899 din 1 martie 2018

Consiglio di Stato [Consiliul de Stat]: hotărârea nr. 16 din 1 august 2011 și hotărârile nr. 13, 14, 15 și 16 din 2016

Prezentare succintă a situației de fapt și a argumentelor principale ale părților din procedura principală

- 5 Societatea Irideos a formulat o acțiune împotriva actelor procedurii de cerere de ofertă lansate de Poste Italiane — „în temeiul Decretului legislativ nr. 50 din 2016” — pentru servicii de telecomunicații în zonele metropolitane cu fibră optică de mare viteză, cu tehnologie DWDM (MAN). Aceste servicii vizau crearea unei rețele informatice pentru transmiterea rapidă și sigură a datelor între diferitele sedii ale societății, prin utilizarea unei tehnologii specifice de telecomunicații - Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM) - care permite transmiterea prin aceeași fibră, a mai multor semnale de diferite lungimi de undă în mod independent, cu posibilitatea de a mări banda, accesibilă pe același canal de fibră optică și, prin urmare, cu posibilitatea de a crește cantitatea de date transmise, precum și furnizarea echipamentelor DWDM necesare pentru punerea în aplicare a serviciilor respective. Pentru componentele menționate mai sus, au fost alocate două loturi cu o valoare egală, pentru suma totală de 10 220 000,00 de euro.
- 6 Reclamanta contestă, în special, parametrii de evaluare a ofertei tehnice, pe baza unei formule ale cărei modalități de punere în aplicare ar fi condus la acordarea unui punctaj maxim tuturor celor care specificau că vor realiza proiectul în mai puțin de 45 de zile, anulându-se în realitate criteriul de selecționare, bazat pe rapiditatea realizării proiectului, astfel încât toți participanții la cererea de ofertă ar fi obținut punctajul maxim, deși reclamanta a propus un timp de execuție de 21 de zile, față de unul de 44 de zile propus de ofertanții concurenți.
- 7 În acest context, licitația ar fi fost câștigată, în practică, numai pe baza ofertei economice. Întreaga procedură a fost contestată pentru încălcarea legii și pentru abuz de putere în mai multe privințe.
- 8 Celelalte părți la procedură s-au opus argumentației reclamantei, Tim S.p.A. formulând inclusiv o acțiune incidentă pentru repetarea procedurii de cerere de ofertă.

- 9 Cealaltă parte, Fastweb S.p.A., a ridicat o excepție de necompetență a instanței de contencios administrativ. Serviciile în cauză nu ar fi strâns legate de serviciile poștale în sine și ar trebui, prin urmare, să fie încadrate într-un domeniu care nu prezintă nicio legătură cu „sectoarele speciale”, prevăzute la articolul 120 din Decretul legislativ nr. 50 din 2016.
- 10 Potrivit Fastweb S.p.A, decizia de a supune contractul de achiziții normelor privind licitațiile publice nu ar fi, așadar, necesară: infrastructura de telecomunicații în cauză ar sprijini, de fapt, diferitele activități ale grupului Poste, cu un regim juridic specific activităților pentru care infrastructura în sine este considerată a fi destinată în principal, astfel cum se prevede la articolul 5 alineatul (5), la articolul 6 alineatul (2) și la considerentul (16) din Directiva 2014/25/UE: prin urmare, nu s-ar referi de manieră prioritară la serviciul poștal, care influențează doar 30% din cifra de afaceri a Poste Italiane. Pe de altă parte, decizia voluntară a autorității contractante nu ar fi suficientă pentru a determina competența instanțelor de contencios administrativ, având în vedere faptul că jurisprudența a afirmat în repetate rânduri competența instanței de drept comun pentru litigiile care nu se încadrează în mod specific în sectorul special și că Poste Italiane nu poate fi definită drept organism de drept public, deoarece funcționează în condiții normale de piață, obținând profit și suferind pierderi.
- 11 Ulterior, la 19 februarie 2019, și Tim S.p.A. a ridicat o excepție de necompetență a instanței de contencios administrativ, afirmând că trebuie să fie considerate publice numai procedurile de achiziții care se referă, în sens strict, la serviciile poștale.
- 12 Lipsa competenței ar fi confirmată de articolul 10 din Decretul legislativ nr. 50 din 2016, care — în conformitate cu articolul 7 din Directiva 2014/24/UE — exclude din domeniul de aplicare a Codului contractele de achiziții legate de o „autoritate contractantă care furnizează servicii poștale”, cu referire la „servicii cu valoare adăugată legate de și furnizate integral prin mijloace electronice, inclusiv transmiterea securizată prin mijloace electronice a documentelor codificate, servicii de gestiune a adreselor și transmiterea de mesaje de poștă electronică recomandată”.
- 13 De asemenea, articolul 15 din Decretul legislativ nr. 50, în conformitate cu articolul 8 din Directiva 2014/24/UE, se opune aplicării codului în cazul „contractelor de achiziții publice care au ca scop principal să le permită autorităților contractante să pună la dispoziție sau să exploateze rețele publice de comunicații sau să furnizeze publicului unul sau mai multe servicii de comunicații electronice”.
- 14 La rândul său, articolul 8 din Codul contractelor de achiziții publice — în conformitate cu articolul 13 din Directiva 2014/25/UE — exclude din domeniul său de aplicare desfășurarea activităților de servicii poștale, „în cazul în care o activitate este expusă direct concurenței”.

- 15 Ținând seama de această evoluție, de asemenea, furnizorul de servicii poștale, nu ar mai putea fi definit „*organism de drept public*”, lipsind cerința teleologică „*de a răspunde unor necesități de interes general, fără caracter industrial sau comercial*”.
- 16 Chiar dacă această natură juridică ar trebui să fie recunoscută, obligația de a aplica procedurile de achiziții publice ar fi în continuare exclusă de articolul 8, de articolul 10 litera (b) și de articolul 15 din Decretul legislativ nr. 50 din 2016, menționate anterior; chiar și pentru organismele de drept public, aceste proceduri sunt obligatorii numai pentru furnizarea de servicii strâns legate de sectoarele speciale (Curtea de Casație, SS.UU, nr. 4899 din 2018).
- 17 Tim S.p.A. solicită, de asemenea, ca instanța sesizată — în cazul în care ar avea îndoieli cu privire la interpretarea tezelor prezentate mai sus — să adreseze o întrebare Curții de Justiție, în temeiul articolului 267 din TFUE.
- 18 În memoriul său final în răspuns, după la 18 februarie 2019, Poste Italiane a reafirmat legalitatea criteriului și corectitudinea formulei matematice utilizate. Niciun argument în apărare al societății menționate nu face, însă, referire la chestiunea adresării unei întrebări preliminare privind competența, invocată de celelalte părți la procedură și, pe această bază, cauza a rămas în pronunțare.

Prezentare succintă a motivelor trimiterii preliminare

- 19 Cu privire la chestiunea competenței, întemeiată pe teza neaplicării generalizate în cazul Poste Italiane a dispozițiilor Codului achizițiilor publice pentru contractele care nu sunt legate de serviciile poștale în sens strict — s-a adus deja la cunoștința Curții de Justiție a Uniunii Europene, prin Ordonanța nr. 7778 din 12 iulie 2018 (cauza C-521/18), faptul că există îndoieli cu privire la conformitatea acesteia cu dreptul Uniunii, în baza directivelor în vigoare, precum și a hotărârilor anterioare ale Curții.
- 20 În situația de față, intră însă în discuție aspecte mai ample, pe care instanța de trimitere ar trebui să le soluționeze și care, prin urmare, justifică o nouă decizie de trimitere care se suprapune numai în parte cu cea menționată mai sus.
- 21 Potrivit instanței de trimitere, întrebarea legată de competență trebuie să țină seama de următoarele aspecte:

I) natura juridică a Poste Italiane, luând în considerare schimbările intervenite în sectorul serviciilor poștale, realizate într-o măsură din ce în ce mai mare în regim de concurență;

II) definiția noțiunii de „*caracter instrumental*”, pe baza căreia trebuie delimitată sfera de aplicare a articolului 114 și următoarele din Codul achizițiilor publice, pentru a defini domeniul de competență al instanței de contencios administrativ

(cel puțin pentru societățile care, potrivit orientării predominante, nu au natura unui organism de drept public);

III) evaluarea încrederii legitime a participanților la o procedură de atribuire a unui contract lansată în absența unei constrângeri legale într-un domeniu care trebuie considerat fără legătură cu normele de achiziții publice sau doar exclus de la aplicarea integrală a Codului achizițiilor publice, însă nu și de la aplicarea principiilor acestuia.

22 În ceea ce privește natura de organism de drept public, recunoașterea acestuia se face în temeiul articolului 3 alineatul 1 litera c) din Decretul legislativ nr. 50 din 2016, pe baza următorilor parametri:

1) să fie creat cu obiectivul de a răspunde unor necesități de interes general, fără caracter industrial sau comercial;

2) să aibă personalitate juridică (fără deosebire de natura de drept public sau de drept privat a acesteia);

3) activitatea acestuia să fie finanțată în cea mai mare parte de stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public, gestionarea sa să facă obiectul controlului acestora din urmă sau să aibă un consiliu de administrație, de direcție sau de supraveghere alcătuit din membri desemnați în proporție de peste 50 % de stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public.

23 În ceea ce privește „entitățile contractante”, pot avea această calitate „autoritățile contractante”, astfel cum sunt specificate mai sus, sau întreprinderile publice care desfășoară una dintre activitățile menționate la articolele 115-121 din Codul achizițiilor publice ori care – deși nu sunt incluse în categoriile menționate anterior – desfășoară activitățile specificate în aceleași norme citate anterior „în temeiul unor drepturi speciale sau exclusive acordate de o autoritate competentă”. Potrivit articolului 120 din codul menționat, printre aceste activități figurează serviciile poștale.

24 În opinia instanței de trimitere, calificarea Poste Italiane S.p.A. drept organism de drept public pare să fie dificil de negat. Societatea menționată este, astfel, succesoarea administrației centrale anterioare, înființată după unificarea Italiei, în scopul de a spori eficiența serviciului. În prezent, deși își desfășoară activitatea și în domeniile financiar, de asigurări și de telefonie mobilă în regim de concurență, Poste Italiane S.p.A. este în continuare concesionar al serviciului poștal universal, care implică prestarea obligatorie, cu acoperirea parțială de către stat a costurilor, a serviciilor esențiale de predare a scrisorilor și a coletelor, la un preț controlat, în toate municipalitățile italiene, după cum demonstrează anunțul prealabil făcut de Comisia Europeană privind o procedură ulterioară de constatare a neîndeplinirii obligațiilor în urma unei decizii de nu mai preda poșta în 4 000 de municipalități, întrucât serviciul respectiv a fost considerat nerentabil. Prin urmare, trebuie în mod necesar să se considere că societatea în discuție, care are personalitate

juridică, a fost înființată pentru a satisface interese generale fără caracter industrial sau comercial, legate direct de libertatea corespondenței și a oricărei alte forme de comunicare [cerințele menționate la punctele 1) și 2) cu privire la organismele de drept public].

- 25 În ceea ce privește cerința menționată la punctul 3), trebuie amintit că Poste Italiane S.p.A. este deținută majoritar de Ministero dell’Economia [Ministerul Economiei], care numește consiliul de administrație, și face obiectul controlului și al supravegherii de către Ministero dello Sviluppo Economico [Ministerul Dezvoltării Economice] și de către Corte dei Conti [Curtea de Conturi]; comisia de cenzori este compusă din trei membri plini și din trei supleanți, desemnați în totalitate de aceleași autorități administrative. AGCOM este, în plus, competentă să adopte măsurile de reglementare în materia calității și a caracteristicilor serviciului universal, guvernat de un contract program în cadrul căruia cocontractantul operatorului poștal este Ministero dello Sviluppo Economico [Ministerul Dezvoltării Economice].
- 26 Elementul fundamental al organismului de drept public este tocmai relevanța intereselor generale urmărite, în raport cu care – inclusiv în cazul în care gestionarea ar fi generatoare de profit – nu poate fi înlăturată o funcție administrativă de control al urmăririi obiectivelor privind calitatea serviciului. Astfel, administrației îi revine asigurarea efectivă a intereselor colectivității, pe care statul le consideră corespunzătoare serviciilor care trebuie prestate cetățenilor și care, prin urmare, deși sunt încredințate unor entități din afara aparatului administrativ propriu zis, trebuie totuși să respecte principiile imparțialității, buneii administrări și transparenței.
- 27 Există, așadar, pe plan subiectiv, suficiente elemente pentru a califica societatea Poste Italiane drept organism de drept public în sensul articolului 3 alineatul 1 litera d) din Decretul legislativ nr. 50/2016, opinie acceptată, de altfel, de jurisprudența Consiglio di Stato [Consiliul de Stat].
- 28 Cu toate acestea, o abordare diferită reiese din ordonanța recentă a Curții de Casație, Secțiile Unite, nr. 4899, emisă la 1 martie 2018 și invocată în speță de celelalte părți la procedură pentru susținerea excepției de necompetență. În ordonanța amintită, sunt enunțate următoarele principii:
- a) societatea Poste Italiane, deși este abilitată să presteze „serviciul poștal universal”, desfășoară în prezent și activități de natură financiară sau, în orice caz, care nu țin de serviciul de predare a corespondenței, care este prestat deja în regim de concurență;
- b) Directiva 2004/18/CE ar fi „exclus în mod expres” Poste Italiane S.p.A. din sfera organismelor de drept public. Poste Italiane este în prezent considerată entitate contractantă în sensul articolului 3 alineatul 29 din Decretul legislativ nr. 163 din 2006 și al anexei VI F la acesta, ca urmare a neîndeplinirii „condiției teleologice de a satisface nevoi de interes general, fără caracter industrial sau

comercial, care implică faptul că entitatea este abilitată exclusiv să satisfacă astfel de nevoi și nu permite exercitarea altor activități de către entitatea respectivă”;

d) „eventuala calificare a Poste Italiane S.p.A. drept organism de drept public” ar fi, în orice caz, „irelevantă”, întrucât problema aplicabilității normelor privind achizițiile publice trebuie să fie rezolvată potrivit dispozițiilor care reglementează sectoarele speciale, în temeiul încadrării Poste Italiane ca entitate contractantă.

- 29 Argumentele Corte di cassazione [Curtea de Casație], în special cele prezentate la literele b) și d), par să contravină Hotărârii Curții de Justiție din 10 aprilie 2008, Ing. C 393/06, în care se ajunge la concluzii opuse, rezumate după cum urmează:

I) Directiva 2004/17/CE (în prezent, Directiva 2014//25/UE) reglementează contractele încheiate în așa-numitele „sectoare speciale” (referitoare la gestionarea apei, a energiei, a transporturilor și a serviciilor poștale), în care pot fi „entități contractante” nu numai „autoritățile contractante” [astfel cum sunt definite în prezent la articolul 3 alineatul 1 litera a) din Decretul legislativ nr. 50/2016], ci și „întreprinderile publice” sau „întreprinderile care beneficiază de drepturi speciale sau exclusive acordate de o autoritate competentă a unui stat membru”, în măsura în care astfel de entități desfășoară una dintre activitățile cuprinse în acest domeniu: dispozițiile directivei de referință trebuie, astfel, interpretate în mod restrictiv și, așadar, numai pentru contracte legate de domeniul în cauză, renunțându-se la „teoria contagiunii” menționată în Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann, C-44/96 (a se vedea în acest sens și Hotărârea din 16 iunie 2005, Strabag și Kostmann, C 462/03 și C 463/03).

II) În ceea ce privește organismele de drept public [definite de Directivele 2014/24/UE și 2014/25/UE, astfel cum au fost transpuse prin articolul 3 alineatul 1 litera d) din Decretul legislativ nr. 50/2016], interpretarea nu trebuie să fie însă restrictivă, ci funcțională, pornind așadar de la verificarea aspectului dacă entitatea a fost sau nu a fost înființată pentru a satisface nevoi de interes general, „fără caracter industrial sau comercial”. În această privință, potrivit Hotărârii Ing. Aigner, este „indiferent faptul că astfel de nevoi sunt de asemenea satisfăcute sau pot fi satisfăcute de întreprinderi private. Este important să fie vorba despre nevoi pe care, pentru motive care țin de interesul general, statul sau o colectivitate teritorială alege în general să le satisfacă ea însăși sau în privința cărora aceasta înțelege să păstreze o influență determinantă. [...] Trebuie adăugat că, în această privință, este indiferent că, în afara misiunii sale de interes general, entitatea menționată desfășoară de asemenea alte activități cu scop lucrativ, din moment ce aceasta continuă să fie responsabilă de nevoile de interes general pe care este obligată să le satisfacă în mod specific. Partea pe care activitățile desfășurate în scop lucrativ o ocupă în cadrul activităților globale ale acestei entități este de asemenea lipsită de relevanță în ceea ce privește calificarea acesteia drept organism de drept public”.

III) Directiva 2004/18/CE, în prezent înlocuită, fără modificări, de Directiva 2014/24/UE, este aplicabilă contractelor pe care organismele de drept public le

atribuie în afara cadrului sectoarelor speciale, în care organismele menționate își desfășoară totuși activitatea, și care rămân supuse reglementării speciale prevăzute în această privință, în ceea ce privește activitatea proprie sectoarelor respective. În acest sens, Hotărârea Ing. Aigner, citată anterior, a Curții de Justiție concluzionează astfel: „[c]ontractelor atribuite de o entitate având calitatea de organism de drept public, în sensul Directivelor 2004/17 și 2004/18, care au legătură cu exercitarea de activități ale acestei entități în unul sau în mai multe dintre sectoarele prevăzute la articolele 3 și 7 din Directiva 2004/17, trebuie să li se aplice procedurile prevăzute de această directivă. În schimb, tuturor celorlalte contracte atribuite de această entitate în legătură cu exercitarea altor activități li se aplică procedurile prevăzute de Directiva 2004/18. Fiecare dintre aceste două directive se aplică fără să se facă distincție între activitățile pe care entitatea menționată le desfășoară pentru a și îndeplini misiunea de a satisface nevoi de interes general și activitățile pe care aceasta le desfășoară în condiții de concurență și chiar în prezența unei contabilități care urmărește separarea sectoarelor de activitate ale acestei entități pentru a evita finanțările încrucișate între aceste sectoare”.

- 30 Prin urmare, Directiva 2004/18/CE (în prezent, Directiva 2014/24/UE), referitoare la sectoarele obișnuite, se aplică tuturor organismelor de drept public, inclusiv în cazul în care își desfășoară activitatea în sectoarele speciale, atunci când activitatea care face obiectul contractului încheiat nu are legătură cu sectoarele menționate.
- 31 Potrivit instanței de trimitere, în niciun caz, așadar, în privința organismelor de drept public, nu ar fi exclusă, în materie contractuală, competența instanței de contencios administrativ, prevăzută pentru procedurile de achiziții publice stabilite atât pentru sectorul obișnuit, cât și pentru cel special.
- 32 Prin urmare, nu poate fi considerată „irelevantă”, așa cum a afirmat Corte di Cassazione [Curtea de Casație], calificarea juridică de organism de drept public a Poste Italiane.
- 33 Instanța de trimitere precizează de asemenea că argumentele Corte di Cassazione [Curtea de Casație] prezentate la punctul 28 litera b) nu sunt confirmate de textele normative: astfel, în ceea ce privește Directiva 2004/18/CE (în prezent, Directiva 2014/24/UE), este adevărat că printre entitățile contractante sunt cuprinse autoritățile contractante și, printre acestea din urmă, organismele de drept public definite în termenii prevăzuți la articolul 3 alineatul 1 litera d) din Decretul legislativ nr. 50/2016, însă acest aspect presupune numai că printre entitățile contractante sunt incluse chiar și organismele de drept public, fără ca prin aceasta să fie în mod clar „excluse” din sfera autorităților contractante menționate la articolul 3 alineatul 1 litera a) din același decret, cărora li se aplică în mod indiscutabil dispozițiile Codului achizițiilor publice pentru sectoarele obișnuite. În plus, calificarea entităților contractante menționate la articolul 3 alineatul 29 din Decretul legislativ nr. 163 din 2006 [în prezent, articolul 3 alineatul 1 litera e) din Decretul legislativ nr. 50/2016] nu este derogatorie, ci doar implică un spectru

subiectiv mai larg pentru sectoarele speciale, în timp ce anexa VI la același Decret legislativ nr. 163 conține doar o simplă enumerare fără caracter imperativ a entităților cărora le sunt încredințate atribuții în sectoarele speciale, astfel încât faptul că, în acest cadru, societatea Poste Italiane este indicată drept entitate contractantă nu dobândește totuși relevanță derogatorie.

- 34 În plus, deja prin Decizia [2008/383] a Comisiei Europene din 30 aprilie 2008, a fost stabilită excluderea contractelor atribuite de Poste Italiane cu privire la serviciile naționale și internaționale de curierat rapid, în timp ce, ulterior, prin Decizia 2010/12/UE din 5 ianuarie 2010, a fost exclusă aplicarea Directivei 2004/17/CE privind sectoarele speciale serviciilor financiare gestionate de Bancoposta (colectarea economiilor publicului, acordarea de credite în numele băncilor sau al intermediarilor financiari acreditați, activități de investiții și de plasament al produselor de pensie suplimentară, servicii de plată și de transfer de bani).
- 35 Cu toate acestea, activitatea desfășurată de entitate în cadrul concurențial reprezintă numai un indicator al neîndeplinirii condiției teleologice. Pentru a exclude complet această condiție, trebuie să fie îndeplinită și cerința urmăririi unor obiective pur economice, cu deplina asumare a riscului economic: aceste din urmă condiții nu sunt întrunite de serviciul poștal universal, încredințat Poste Italiane S.p.A. până la 30 aprilie 2026, în temeiul articolului 23 alineatul 2 din Decretul legislativ nr. 261 din 1999. Aceeași reglementare, la articolul 3 alineatul 12, prevede că cheltuielile pentru prestarea serviciului universal sunt finanțate prin transferuri aflate în sarcina bugetul de stat. În consecință, riscul economic pare să fie foarte atenuat.
- 36 Având în vedere Decizia [2008/383] a Comisiei, amintită anterior, s-ar putea considera așadar că este definit, inclusiv în sensul articolului 14 alineatul 2 din Codul achizițiilor publice, cadrul sectoarelor în care Poste Italiane poate să efectueze operațiuni prin derogare de la normele generale aplicabile contractelor de achiziții publice: norme în temeiul cărora s-a considerat până în prezent că teoria contagiunii ar fi depășită în privința întreprinderilor publice, dar nu și în ceea ce privește organismele de drept public, întrucât acestea din urmă sunt ținute – atunci când își desfășoară activitatea în sectoarele speciale – să respecte reglementarea în această materie numai pentru activitățile auxiliare sectoarelor respective, fără a rămâne însă în afara reglementării sectoarelor obișnuite pentru orice altă activitate, în funcție de interesele relevante pentru colectivitate, încredințate în orice caz acestora.
- 37 Este vorba, așadar, despre verificarea aspectului dacă principiile recunoscute prin Hotărârea Aigner pot sau nu pot fi înlăturate în considerarea prevalenței intereselor cu caracter industrial și comercial asupra celor care prezintă interes pentru colectivitate, care au justificat inițial înființarea organismului de drept public, sau dacă trebuie să se considere că referirea la o astfel de înființare – prezentă din punct de vedere formal în articolul 3 alineatul 1 litera d) punctul 1)

din Decretul legislativ nr. 50 din 2016 – nu poate fi înlăturată nici pentru întreprinderile care își desfășoară activitatea într-un regim extensiv de concurență.

- 38 În situația de față însă, se află în discuție aspecte mai ample. Trebuie să se examineze, în primul rând, legătura obiectului contractual în cauză nu cu sectoarele, definite în prezent ca „speciale” și reglementate de articolele 114 și următoarele din Codul achizițiilor publice (partea II, titlul VI capitolul I), ci, mai degrabă, cu sectoare care vor continua să fie „excluse[...] din domeniul de aplicare obiectivă” al codului menționat (partea I, titlul II, articolele 4 și următoarele), însă a căror încredințare trebuie totuși să aibă loc, în sensul articolului 4 citat anterior, „cu respectarea principiilor rentabilității, eficacității, imparțialității, egalității de tratament, transparenței, proporționalității, publicității, protecției mediului și eficienței energetice”.
- 39 În speță, sectorul în cauză este cel al comunicațiilor electronice, definit ca fiind exclus de articolul 15 din Decretul legislativ nr. 50 din 2016, în conformitate cu articolele 7 și 8 din Directiva 2014/24/UE și, ca atare, face obiectul Directivei-cadru 2002/21/CE privind rețelele și serviciile de comunicații electronice.
- 40 Apartenența procedurii de cerere de ofertă în discuție la un sector „*exclus*” în mod oficial, dar care nu este „*străin*” de Codul achizițiilor publice, nu afectează, totuși, competența instanțelor de contencios administrativ, deoarece articolul 4 din Decretul legislativ nr. 50 din 2016 presupune o procedură negociată, care poate asigura respectarea criteriilor enunțate, față de care există interese legitime și care intră în competența instanței menționate.
- 41 Instanța de trimitere consideră că altfel ar trebui formulată întrebarea referitoare la noțiunea de „*caracter instrumental*” — în ceea ce privește materia specifică sectoarelor speciale - ca limită pentru competența instanței de contencios administrativ, chiar dacă se poate să se recunoască posibila echivalare a noțiunii de „*organism de drept public*” cu cea de „*întreprindere publică*”, în funcție de anumite particularități ale sectoarelor „*excluse*” și, în special, a celui al activităților „*expuse direct concurenței*” (articolul 8 din Decretul legislativ nr. 50 din 2016, menționat anterior). Acest lucru se datorează faptului că, în prezent, caracterul concurențial al serviciilor poștale — deși nu este decisiv în sine, în ceea ce privește problema competenței (la fel ca în cazul tuturor sectoarelor excluse, prevăzute la articolele 4-20 din Codul achizițiilor publice) — ar putea fi totuși relevant pentru excluderea calificării Poste Italiane drept organism de drept public, în calitate de organism care funcționează în condiții normale de piață, obținând profit și suportând pierderi în cadrul activităților sale - în prezent majoritare — expuse direct concurenței [Directiva 2014/23/UE, considerentul (21) și articolul 16].
- 42 În această din urmă privință, instanța de trimitere are îndoieli cu privire la faptul că recunoașterea Poste Italiane drept „*întreprindere publică*” (în cazul în care acest lucru se admite de către Curtea UE), impune — astfel cum se menționează în hotărârea Plenului Consiliului de Stat nr. 16 din 2011 menționată anterior— să

se efectueze o evaluare restrictivă a relevanței contractului de achiziții publice, specifică sectorului special de referință. Pe de altă parte, limitele acestei evaluări, sunt, în orice caz, relevante pentru definirea cadrului juridic specific aplicabil fiecărei proceduri de achiziții publice, chiar și în cazul în care inițierea acestora se află în sarcina unei entități care poate fi calificată drept organism de drept public și care își desfășoară activitatea în sectoarele speciale.

- 43 Astfel, deși pare să fie valabilă teza potrivit căreia întreprinderile (publice sau private, acestea din urmă, dacă au un drept special sau exclusiv) sunt atrase în regimul Codului achizițiilor publice „numai pentru sectoarele speciale și nu în termeni generali [...] cu consecința neaplicării așa-numitei teorii a contagiunii, menționate în jurisprudența Mannesman [...]” (Plen, nr. 16/2011, anterior menționată), în dreptul comunitar (Directiva 2014/25/UE) nu se face nicio referire precisă la noțiunea de „*caracter instrumental*”, indiferent dacă aceasta este înțeleasă ca având legătură directă cu serviciul activității speciale, ca limită pentru aplicabilitatea dispozițiilor prevăzute la articolele 114 și următoarele din Codul achizițiilor publice și pentru competența instanței de contencios administrativ.
- 44 În general, considerentul (16) al Directivei 2014/25/UE — care se referă tocmai la sectoarele speciale — recunoaște posibilitatea atribuirii de contracte de achiziții publice „*pentru activități diferite*” și care fac obiectul unor „*regimuri juridice diferite*”, prin intermediul aplicării fiecărui contract individual de achiziții publice în parte a normelor care reglementează sectorul pentru care acesta este „*destinat în principal*”, după cum se poate observa din documentele procedurii de achiziție sau, în orice caz, astfel cum ar trebui să se specifice de către autoritatea contractantă.
- 45 Acest principiu este susținut de articolul 6 din aceeași directivă, care la alineatul (3) prevede, în cazul nespecificării, parametrii exacti de prioritate atunci când obiectul contractului prezintă o legătură specifică cu materiile reglementate de mai multe directive.
- 46 Noțiunea de „*destinație*” a unei anumite activități, prin decizia unei autorități contractante, este în orice caz mult mai amplă decât cea aplicată de Plen în hotărârea nr. 16 din 2011 (care admitea drept relevant pentru sectorul special de referință un serviciu de monitorizare numai dacă s-ar fi achiziționat pentru o rețea energetică gestionată de ENI, dar nu și pentru supravegherea birourilor administrative ale acesteia). Se ridică însă — având în vedere dreptul Uniunii — întrebarea dacă contractul, atunci când este considerat „*străin*” de regimul sectoarelor speciale, nu ar trebui mai degrabă să se refere la orice activitate pe care întreprinderile publice - sau entitățile private care dețin un drept exclusiv — o pot întreprinde în mod liber, dar în mod clar în afara sectoarelor în cauză, după cum impune principiul menționat al „*extraneității*”, astfel încât să fie posibilă sustragerea activităților contractuale de la aplicarea normelor care reglementează achizițiile publice.

- 47 Astfel, articolul 13 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2014/25/UE definește domeniul de aplicare al directivei pentru serviciile poștale, cu referire mai amplă la „*alte servicii în afara celor poștale, cu condiția ca serviciile în cauză să fie furnizate de o entitate care furnizează și servicii poștale*”, printre acestea fiind incluse „*serviciile care se încadrează, precum și serviciile care nu se încadrează în domeniul de aplicare al serviciului universal înființat în conformitate cu Directiva 97/67/CE*” [articolul 13 alineatul (2) litera (b)].
- 48 În cele din urmă, s-a subliniat deja faptul că considerentul (16) al Directivei [2014/25/UE] prevede să se specifice activitățile pentru care contractul — supus, în abstract, normelor care reglementează sectoarele speciale, deși uneori este destinat să reglementeze și activități diverse — este destinat în principal. Acest lucru necesită cunoașterea normelor juridice aplicabile, cu obligații de transparență și de securitate juridică, care constituie principii inerente întregului sector al contractelor de achiziții publice (inclusiv sectoarele pe care Decretul legislativ nr. 50 din 2016 le definește ca fiind „*excluse*”).
- 49 În sfârșit, instanța de trimitere se întreabă dacă este conformă cu legislația Uniunii, extinsă la noțiunea de abuz de drept (Curtea de Justiție, 5 iulie 2007, cauza Kofoed, C-321/05), practica - din ce în ce mai frecventă în sistemul juridic național — de a se invoca lipsa competenței instanțelor de contencios administrativ numai în urma primei decizii, inclusiv ca măsură provizorie, a acestora pentru procedurile de achiziții publice desfășurate în temeiul Codului contractelor de achiziții publice, prin intermediul anunțurilor publicate în *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* [Jurnalul Oficial al Republicii Italiene] și în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*, fără să se efectueze în această etapă nicio precizare cu privire la caracterul specific al alegerii făcute de autoritatea contractantă: alegere a cărei legalitate și ale cărei efecte ar trebui să facă obiectul unei hotărâri judiciare a unei instanțe de drept comun — se presupune — exclusiv pe baza dispozițiilor din Codul civil, nefiind aplicabil sub nicio formă Codul achizițiilor publice (deși se face referire în mod expres la acesta și, în consecință, contrar celor care pot fi reținute în mod legitim de concurenți).