

Zadeva C-419/19**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča****Datum vložitve:**

29. maj 2019

Predložitveno sodišče:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italija)

Datum predložitvene odločbe:

6. marec 2019

Tožeča stranka:

Irideos S.p.A.

Tožena stranka:

Poste Italiane S.p.A.

Drugi stranki v postopku:

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

Predmet postopka v glavni stvari

Tožba za razglasitev ničnosti ukrepov, s katerimi je družba Poste Italiane S.p.A. (v nadaljevanju: Poste Italiane) 22. oktobra 2018 družbo IRIDEOS S.p.A. obvestila o dodelitvi lota 1 in lota 2 javnega naročila „Javno naročilo v skladu z D.lgs. 50/2016 (zakonska uredba 50/2016) – Odprti elektronski postopek na področju mestnih visokohitrostnih optičnih telekomunikacijskih storitev tehnologije DWDM (MAN)“ družbama Fastweb S.p.A. in Tim S.p.A. ter o naložitvi povračila škode, ki naj bi jo utrpela tožeča stranka. Nasprotna tožba, ki jo je vložila družba Tim S.p.A., med drugim zaradi naložitve družbi Poste Italiane, naj ponovi postopek javnega razpisa.

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 1 Skladnost nacionalne ureditve iz člena 3(1)(e) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (zakonska uredba št. 50 z dne 18. aprila 2016, zakonik o javnih naročilih; v nadaljevanju: zakonska uredba št. 50/2016 ali zakonik ali zakonik o javnih naročilih) z zakonodajo Unije (direktive 2014/23/EU, 2014/24/EU in 2014/25/EU), če se v skladu z razlago, ki jo je podalo Corte di cassazione (kasacijsko sodišče, Italija) (sklep št. 4899/2018, ki je v notranjem pravu zavezujoč za vprašanja glede sodne pristojnosti), ta določba šteje za odstopanje za podjetja, ki poslujejo v posebnih sektorjih, kot so določena v delu II zakonika, od splošnih načel iz člena 1 in člena 3(1)(a) zakonika, na področju obveznosti izvedbe postopkov javnega naročanja, če pogodba, ki bo sklenjena, ne zadeva dejavnosti posebnih sektorjev.
- 2 Predložitveno sodišče mora v obravnavanem postopku obravnavati dvojno problematiko: prva se nanaša na zavezujočo naravo sodb Corte di cassazione a Sezioni Unite (združeni senati kasacijskega sodišča) s področja sodne pristojnosti v italijanskem procesnem pravu; druga pa na možen razvoj sodne prakse Sodišča Evropske unije zaradi postopnega preoblikovanja nekaterih pravnih subjektov, ki so bili ustanovljeni kot osebe javnega prava, v prava podjetja, ki si prizadevajo za dobiček in nosijo izgube, ter katerih dejavnost se izvaja predvsem v sistemu konkurence (glej uvodno izjavo 21 in člen 16 Direktive 2014/23/EU).
- 3 Predložitveno sodišče v zvezi s prvim vprašanjem ugotavlja, da mora kasacijsko sodišče za odločbo v glavni stvari dokončno in zavezujoče ugotoviti, katero sodišče je pristojno za obravnavanje zadeve v italijanskem procesnem sistemu; vendar pa je Sodišče izrazilo splošno načelo, po katerem pravo Unije nasprotuje temu, da je nacionalno sodišče vezano na nacionalno procesno določbo, na podlagi katere pravna presoja hierarhično višjega nacionalnega sodišča zanj velja, kadar je očitno, da presoja hierarhično višjega sodišča ni v skladu s pravom Unije, kot ga razlaga Sodišče (glej sodbo z dne 20. oktobra 2011, C-396/09, Interedil s.r.l. v likvidaciji).
- 4 Obstaja torej možnost (ali obveznost v primeru sodišč, ki odločajo na zadnji stopnji), da se sodišča obrnejo na Sodišče, če obstaja „razumen dvom“ glede pravilne uporabe prava Unije, ne glede na kakršno koli nasprotujočo odločbo kasacijskega sodišča glede sodne pristojnosti ali občne seje Consiglio di Stato (državni svet), ki je zavezujoč za navadne senate istega Consiglio di Stato (glej tudi sodbi Sodišča z dne 5. aprila 2016, C-689/13, Puligienica Facility, in z dne 6. oktobra 1982, 283/81, Cilfit).

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali je treba družbo Poste Italiane s.p.a. na podlagi zgoraj navedenih značilnosti opredeliti kot „osebo javnega prava“ v smislu člena 3(1)(d) zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016 in referenčnih direktiv Unije (2014/23/EU, 2014/24/EU in 2014/25/EU)?

2. Ali mora navedena družba izvajati postopke javnega naročanja samo za dodelitev naročil, neposredno povezanih z dejavnostmi, ki se izvajajo v posebnih sektorjih na podlagi Direktive 2014/25/EU, ob uporabi katere bi se morala sama narava osebe javnega prava šteti kot zajeta s pravili iz dela II zakonika o javnih naročilih, pri čemer ima polno pogajalsko avtonomijo – in izključno predpisi zasebnega prava – za pogodbeno dejavnost, ki v ožjem pomenu ne spada v navedene sektorje, ob upoštevanju načel, določenih v uvodni izjavi 21 in členu 16 Direktive 2014/23/EU (navedena sodba združenih senatov kasacijskega sodišča št. 4899 iz leta 2018, in, za zadnji del, navedena sodba državnega sveta na občni seji št. 16 iz leta 2011)?

3. Ali se za isto družbo za pogodbe, ki ne spadajo v navedeni okvir, lasten posebnim sektorjem, še naprej uporabljajo – če so izpolnjene zahteve za osebo javnega prava – določbe splošne Direktive 2014/24/EU (in torej pravila o javnem naročanju), tudi če opravlja – sicer ne ob ustanovitvi, ampak pozneje – dejavnost, ki je predvsem podjetniško naravnana in v sistemu konkurence, kot je videti iz navedene sodbe z dne 10. aprila 2008, Ing. Aigner, C-393/06, pri čemer drugačni razlagi nasprotuje Direktiva 2014/24/EU za pogodbe, sklenjene z javnimi naročniki; uvodna izjava 21 in člen 16 navedene Direktive 2014/23/EU pa po drugi strani določata samo en domnevni parameter za izključitev osebe javnega prava, ki poslujejo v običajnih tržnih pogojih, vendar je na podlagi navedenih določb, če jih obravnavamo skupaj, jasno primarno sklicevanje na ustanovitev subjekta, če je njegov namen izpolnjevanje „*potreb splošnega interesa*“ (ki v obravnavani zadevi obstajajo in še niso prenehale)?

4. Ali je treba v primeru, da obstajajo oddelki, v katerih se skupaj izvajajo dejavnosti, ki spadajo v posebni sektor, in druge dejavnosti, pojem „*povezanosti*“ – s storitvijo v posebnem javnem interesu – razumeti neomejujoče (kot se je doslej štelo v nacionalni sodni praksi v skladu z navedeno sodbo Consiglio di Stato (državni svet) na občni seji št. 16 iz leta 2011), čemur nasprotujejo načela iz „*uvodne izjave*“ 16 ter člena 6 in 13 Direktive 2014/25/EU, ki za opredelitev ureditve, ki se uporablja, navajajo pojem „*namenja*“ za eno od dejavnosti, ki jih ureja zakonik o javnih naročilih? Zato je treba pojasniti, ali morajo biti zadevnemu posebnemu sektorju „*namenjene*“ – tudi z omejeno obveznostjo, ki je značilna za izključene sektorje – vse dejavnosti sektorja, v skladu z namenom javnega naročnika (vključno s pogodbami za redno in izredno vzdrževanje, čiščenje, opremljanje ter vratarskimi storitvami in varovanjem ali z drugimi oblikami rabe teh storitev, če se štejejo kot storitve za stranke), pri čemer so dejansko privatizirane samo dejavnosti, ki „*niso gospodarska dejavnost*“ javnega ali zasebnega subjekta in jih ta lahko prosto opravlja na popolnoma različnih področjih, za njihovo ureditev se uporablja civilni zakonik, pristojno pa je redno sodišče (take vrste je na primer, če je upošteveno v obravnavani zadevi, nedvomno bančna storitev, ki jo opravlja družba Poste Italiane, vendar pa ne velja enako za ponudbo in uporabo instrumentov elektronskih komunikacij, če služijo celotnemu področju dejavnosti skupine, čeprav so posebej pomembni prav za bančno dejavnost). Ne zdi se odveč poudariti, da trenutno prevladujoča omejujoča razlaga povzroča „*neravnovesje*“, če za upravljanje podobnih ali povezanih sektorjev

uvaja popolnoma drugačna pravila za oddajo del ali storitev: na eni strani so podrobna jamstva, ki jih določa zakonik o javnem naročanju za določitev druge pogodbene stranke, na drugi strani pa popolna pogajalska samostojnost podjetnika, ki lahko sklepa pogodbe izključno glede na svoje ekonomske interese brez jamstev glede preglednosti, ki se zahtevajo za posebne in za izključene sektorje;

5. Ali je objava – na način, določen na nacionalni ravni in na ravni Unije – javnega razpisa v skladu z zakonikom o javnih naročilih lahko pomembna za namen določitve namembnega področja javnega naročila, oziroma zadevnega posebnega sektorja, v katerega spada javno naročilo skladno z razširjenim pojmom „povezanosti“ iz vprašanja št. 4]zgoraj, oziroma – podredno – ali se lahko šteje, da ugovor nepristojnosti upravnega sodišča, ki ga uveljavlja subjekt, ki je objavil javni razpis, ali subjekti, ki so uspešno sodelovali na navedenem razpisu, pomeni zlorabo pravice v smislu člena 54 Listine iz Nice kot ravnanje, ki – čeprav samo po sebi ne more vplivati na pristojnost (prim. glede tega tudi navedena sodba državnega sveta na občni seji št. 16 iz leta 2011) – je pomembno vsaj za povračilo škode in stroškov postopka, ker ogroža varstvo legitimnih pričakovanj udeležencev na javnem razpisu, ki niso bili uspešni in so tožeče stranke?

Navedene določbe prava Unije

Direktiva 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb, zlasti uvodna izjava 21 in člen 16

Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES, zlasti uvodna izjava 16 ter člena 7 in 8

Direktiva 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetske in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES, zlasti uvodna izjava 16, člen 5(5), člen 6(2) in člen 13(1)(b)

Direktiva 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev

Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev

Odločba Komisije 2008/383/ES z dne 30. aprila 2008 o izvzetju storitev hitre pošte v Italiji od uporabe Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev

Navedene nacionalne določbe

Legge 4 agosto 2017, n. 124 (zakon št. 124 z dne 4. avgusta 2017) – letni zakon za razvoj trga in konkurence

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (zakonska uredba št. 50 z dne 18. aprila 2016) – izvajanje direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU in 2014/25/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb, o javnem naročanju in o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetske in prometnem sektorju ter sektorju poštne storitve ter o reorganizaciji veljavne ureditve o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga, zlasti člen 1, člen 3(1)(a), (c), (d) in (e); člen 4, člen 8, člen 10, člen 14(2); člen 15, členi od 115 do 121, zlasti pa člen 120

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (zakonska uredba št. 163 z dne 12. aprila 2006) – zakonik o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga za izvajanje direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES, zlasti člen 3(26) in (29), člen 27 ter priloga VI F

Decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (zakonska uredba št. 261 z dne 22. julija 1999) – izvajanje Direktive 97/67/ES o skupnih pravilih za razvoj notranjega trga poštne storitve v Skupnosti in za izboljšanje kakovosti storitve (člen 1, člen 23(2) in člen 3(12))

Decreto legislativo 31 marzo 2011, n. 58 (zakonska uredba št. 58 z dne 31. marca 2011) – izvajanje Direktive 2008/6/ES o spremembi Direktive 97/67/ES glede dokončnega oblikovanja notranjega trga poštne storitve v Skupnosti (člen 1)

Decreto legge 1° dicembre 1993, n. 487 (zakonska uredba št. 487 z dne 1. decembra 1993) – preoblikovanje uprave pošte in telekomunikacij v javni gospodarski subjekt in reorganizacija ministrstva (člen 4)

Corte di cassazione (kasacijsko sodišče): sklep št. 4899 z dne 1. marca 2018

Consiglio di Stato (državni svet): sodba št. 16 z dne 1. avgusta 2011; sodbe št. 13, 14, 15 in 16 iz leta 2016

Kratka predstavitev postopka v glavni stvari in bistvene trditve strank

- 5 Družba Irideos je vložila tožbo zoper akte, izdane v okviru postopka oddaje javnega naročila, ki ga je objavila družba Poste Italiane – „v smislu zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016“ – za mestne visokohitrostne optične telekomunikacijske storitve tehnologije DWDM (MAN). Namen storitev je bil izgradnja informacijskega omrežja za varen in hiter prenos podatkov med različnimi sedeži subjekta z uporabo posebne telekomunikacijske tehnologije – Dense Wavelength Division Multiplexing (gosto valvnodolžinsko multipleksiranje, DWDM) – ki omogoča neodvisen prenos več signalov z

različnimi valovnimi dolžinami na istem optičnem kablu, pri čemer je mogoče povečati kakovost pasu na istem kanalu optičnega kabla ter kakovost prenesenih podatkov, ter dobava naprav DWDM, potrebnih za izvajanje teh storitev. Zgoraj navedenim elementom sta ustrezala dva sklopa enake vrednosti, katerih skupna vrednost je znašala 10.220.000,00 EUR.

- 6 Tožeča stranka je zlasti ugovarjala parametrom za ocenjevanje tehnične ponudbe na podlagi formule, po kateri bi največ točk prejel, kdor bi predložil ponudbo za izvedbo projekta v manj kot 45 dneh, pri čemer je bilo merilo za izbor na podlagi hitre izvedbe posega dejansko izničeno, tako da so vsi sodelujoči ponudniki prejeli največ točk, čeprav je tožeča stranka ponudila izvedbo v 21 dneh v primerjavi s 44 dnevi drugih družb v postopku.
- 7 V tem okviru naj bi bilo javno naročilo v praksi dodeljeno samo na podlagi ekonomske ponudbe. Celoten postopek je bil zato sporen zaradi kršitve zakona in prekoračitve pooblastil z več vidikov.
- 8 Drugi družbi v postopku sta ugovarjali utemeljitvi tožeče stranke, družba Tim s.p.a. pa tudi z nasprotno tožbo, katere namen je bil ponovitev postopka javnega razpisa.
- 9 Druga stranka v postopku, družba Fastweb S.p.A., je vložila ugovor nepristojnosti upravnega sodišča. Zadevne storitve naj ne bi bile tesno povezane s poštnimi storitvami in naj bi torej spadale na področje, ki ni povezano s „posebnimi sektorji“ iz člena 120 zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016.
- 10 Družba Fastweb S.p.A. meni, da odločitev za javni razpis ni bila potrebna: zadevna telekomunikacijska infrastruktura naj bi namreč podpirala različne dejavnosti družbe Gruppo Poste, za katere velja pravna ureditev za dejavnosti, za katere je treba šteti, da jim je infrastruktura pretežno namenjena, kot je določeno v členih 5(5) in 6(2) ter uvodni izjavi 16 Direktive 2014/25/EU: torej se zagotovo ne nanašajo predvsem na poštne storitve, ki pomeni samo 30 % prometa družbe Poste Italiane. Prostovoljna odločitev javnega naročnika naj po drugi strani ne bi zadostovala za določitev upravne pristojnosti, ker je bilo v sodni praksi večkrat potrjeno, da je za spore, ki ne spadajo v posebne sektorje, pristojno redno sodišče, in da družbe Poste Italiane ni mogoče opredeliti kot osebo javnega prava, ker posluje v običajnih tržnih pogojih in si prizadeva za dobiček ter nosi izgube.
- 11 Nato je 19. februarja 2019 tudi družba Tim S.p.A. vložila ugovor nepristojnosti upravnega sodišča in trdila, da je treba šteti, da se ureditev glede javnega naročanja uporablja le za postopke javnega naročanja, ki se nanašajo samo na poštne storitve v ožjem smislu.
- 12 Nepristojnost sodišča naj bi potrjeval tudi člen 10 zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016, ki – v skladu s členom 7 Direktive 2014/24/EU – iz področja uporabe zakonika izključuje javna naročila, ki jih objavi „javni naročnik, ki opravlja poštne storitve“, za „storitve z dodano vrednostjo, povezane z elektronskimi sredstvi in ki se v celoti opravljajo z elektronskimi sredstvi, vključno z varnim

prenosom šifriranih dokumentov z elektronskimi sredstvi, storitvami upravljanja naslovov in prenosom priporočene elektronske pošte“.

- 13 Tudi člen 15 iste zakonske uredbe št. 50, v skladu s členom 8 Direktive 2014/24/EU, iz uporabe zakonika o javnih naročilih izključuje javna naročila, „katerih glavni cilj je javnim naročnikom omogočiti zagotavljanje ali uporabo javnih komunikacijskih omrežij ali zagotavljanje ene ali več elektronskih komunikacijskih storitev javnosti“.
- 14 Prav tako člen 8 zakonika o javnih naročilih – v skladu s členom 13 Direktive 2014/25/EU – iz svojega področja uporabe izključuje opravljanje dejavnosti poštne storitve, „če je ta dejavnost neposredno izpostavljena konkurenci“.
- 15 Glede na zadevni razvoj upravljavca poštne storitve ni mogoče več opredeliti kot „osebo javnega prava“, ker ne izpolnjuje več teleološke zahteve, „da izpolnjujejo potrebe splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave“.
- 16 Če tudi bi bila priznana taka pravna narava, bi bila obveznost uporabe postopkov javnega naročanja izključena na podlagi že navedenih členov 8, 10(b) in 15 zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016; tudi za osebe javnega prava bi se navedeni postopki zahtevali samo za dobave in storitve, ki so ozko povezane s posebnimi sektorji (sodba združenih senatov kasacijskega sodišča št. 4899 iz leta 2018).
- 17 Družba Tim S.p.A. je tudi predlagala, naj – če sodišče, ki obravnava zadevo, dvomi glede zgoraj povzete razlage – to sodišče Sodišču Evropske unije predloži vprašanje v skladu s členom 267 PDEU.
- 18 Družba Poste Italiane je v sklepnih vlogah, predloženih 18. februarja 2019, poudarila legitimnost uporabljenega merila in pravilnost uporabljene matematične formule. Noben njen ugovor pa se ni nanašal na vprašanje za predhodno odločanje glede pristojnosti, ki sta ga zastavili drugi družbi v postopku, in na tej podlagi se je začelo odločanje o zadevi.

Kratka predstavitev obrazložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 19 Kar zadeva vprašanje pristojnosti, zastavljeno z vidika tega, da se za družbo Poste Italiane na splošno ne uporablja zakonik o javnih naročilih – za pogodbe, ki se ne nanašajo na poštne storitve v ožjem pomenu – je Sodišče Evropske unije s sklepom št. 7778 z dne 12. julija 2018 (zadeva C-521/18) že izrazilo dvome glede skladnosti s pravom Unije na podlagi veljavnih direktiv in prejšnjih sodb istega Sodišča.
- 20 V obravnavani zadevi pa je predmet razprave širša problematika, ki jo mora preučiti predložitveno sodišče in zaradi katere je upravičena nova odločba, ki se le delno prekriva z zgoraj navedeno.

- 21 Po mnenju predložitvenega sodišča je treba v zvezi z vprašanjem pristojnosti preučiti:
- I. pravno naravo družbe Poste Italiane ob upoštevanju razvoja v sektorju poštnih storitev, ki se opravljajo v vedno širšem sistemu konkurence;
- II. opredelitev pojma „povezanosti“, na podlagi katerega je treba omejiti področje uporabe člena 114 in naslednjih členov zakonika o javnih naročilih, da se omeji pristojnost upravnega sodišča (vsaj za podjetja, ki po prevladujoči usmeritvi nimajo narave osebe javnega prava);
- III. oceno varstva legitimnih pričakovanj sodelujočih na razpisu, če se postopek javnega naročanja organizira, ne da bi za to obstajala zakonska obveznost v sektorjih, v katerih naj se ne bi uporabljala pravila javnega naročanja ali ki so samo izključeni iz celovite uporabe zakonika o javnih naročilih, ne pa tudi zadevnih načel.
- 22 Glede narave osebe javnega prava, se ta v skladu s členom 3(1)(c) zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016 določi na podlagi teh meril:
1. ustanovljena je z namenom, da izpolnjuje potrebe splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne;
 2. je pravna oseba (ne glede na to, ali je javne ali zasebne narave);
 3. njene dejavnosti pretežno financirajo državni, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava ali je njeno upravljanje pod nadzorom teh organov ali pa ima upravni, vodstveni ali nadzorni odbor, katerega več kakor polovico članov imenujejo državni, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava.
- 23 Kar zadeva „naročnike“, so to lahko „javni naročniki“, kot je navedeno zgoraj, ali javna podjetja, ki opravljajo eno od dejavnosti iz členov od 115 do 121 zakonika o javnih naročilih, oziroma ki, čeprav ne spadajo v navedene kategorije, opravljajo dejavnosti, navedene v zgoraj navedenih predpisih, „na podlagi posebnih ali izključnih pravic, ki jim jih podeli pristojni organ“. V skladu s členom 120 istega zakonika med te dejavnosti spadajo poštna storitve.
- 24 Po mnenju predložitvenega sodišča je opredelitev družbe Poste Italiane kot osebe javnega prava videti težko ovrgljiva. Navedena družba je namreč nadomestila predhodno centralno upravo, ki je nastala po združitvi Italije, da bi omogočila učinkovitejšo storitev. Trenutno je družba Poste Italiane, čeprav posluje tudi na področju financ, zavarovalništva in mobilne telefonije v sistemu konkurence, še vedno koncesionarka univerzalne poštna storitve, ki zahteva obvezno izvajanje – z ustreznimi državnimi izdatki za delno pokrivanje stroškov – osnovnih storitev dostave pisemske in paketne pošte po kontrolirani ceni vsem italijanskim občinam, kot dokazuje tudi dejstvo, da je Evropska komisija napovedala postopek za ugotavljanje kršitev zaradi odločitve, da ne bo več dostavljala pošte

4000 občinam, ker se šteje, da storitev ni donosna. Zato je treba torej šteti, da je bila zadevna družba, ki je pravna oseba, ustanovljena za izpolnjevanje potreb splošnega interesa, ki nimajo industrijske ali poslovne narave, ki jih je mogoče neposredno povezovati s svobodo dopisovanja in vseh drugih oblik komunikacije [zahteve pod točkama 1 in 2 glede oseb javnega prava].

- 25 Kar zadeva zahtevo pod točko 3, je treba spomniti, da je družba Poste Italiane v večinski lasti ministrstva za gospodarstvo, ki imenuje upravo, ter pod nadzorom ministrstva za gospodarski razvoj in računskega sodišča; revizijski kolegij je sestavljen iz treh aktivnih in treh nadomestnih članov, ki jih v celoti imenujejo isti referenčni organi. AGCOM je tudi pristojen za sprejemanje regulativnih ukrepov na področju kakovosti in lastnosti univerzalne storitve, ki jo ureja programska pogodba, v kateri je nasprotna stranka poštnega upravitelja ministrstvo za gospodarski razvoj.
- 26 Bistveni element osebe javnega prava je prav pomembnost splošnih interesov, za katere si prizadeva in v zvezi s katerimi (četudi je njihovo upravljanje dobičkonosno) mora biti prisotna upravna funkcija za nadzor doseganja ciljev kakovosti storitve. Uprava mora namreč konkretno skrbeti za interese skupnosti, ki po mnenju države ustrezajo storitvam, ki jih je treba dati na voljo državljanom, in zato morajo, tudi če so zaupane subjektom zunaj dejanskega upravnega aparata, ustrezati merilom nepristranskosti, dobrega upravljanja in preglednosti.
- 27 Na subjektivni ravni torej obstaja dovolj elementov, da se družba Poste Italiane opredeli kot oseba javnega prava v smislu člena 3(1)(d) zakonske uredbe št. 50/2016, s čimer se strinja tudi sodna praksa Consiglio di Stato (državni svet).
- 28 Iz nedavnega sklepa Corte di Cassazione a Sezioni Unite (združeni senati kasacijskega sodišča) št. 4899, izdanega 1. marca 2018, ki jo v podporo ugovoru nepristojnosti navajata drugi družbi v postopku, pa izhaja drugačna usmeritev. V navedenem sklepu so določena ta načela:
- (a) družba Poste Italiane, ki sicer izvaja „univerzalno poštno storitev“, je trenutno tudi nosilka dejavnosti finančnega tipa, v vsakem primeru pa takih, ki niso povezane s storitvijo dostave pošte, ki se zdaj že izvaja v sistemu konkurence;
- (b) Direktiva 18/2004/ES naj bi družbo Poste Italiane „izrecno izključila“ iz sklopa subjektov javnega prava. Družba Poste Italiane je bila zdaj opredeljena kot naročnik v skladu s členom 3(29) priloge VI F k zakonski uredbi št. 163 iz leta 2006 zaradi neizpolnjevanja „teleološke zahteve, da izpolnjuje potrebe splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave, ki zahteva, da je naloga subjekta izključno izpolnjevanje takih potreb in ne dopušča, da zadevni subjekt izvaja tudi druge dejavnosti“;
- (d) „morebitna opredelitev družbe Poste Italiane kot osebe javnega prava“ bi bila v vsakem primeru „neupoštevna“, ker je treba vprašanje uporabe pravil o javnem naročanju rešiti v skladu z določbami, ki urejajo posebne sektorje, na podlagi umestitve družbe Poste Italiane kot naročnika.

29 Videti je, da so utemeljitve Corte di cassazione (kasacijsko sodišče), zlasti tiste iz točk (b) in (d), v nasprotju z odločbo Sodišča z dne 10. aprila 2008, C-393/06, Ing. Aigner, ki je prišlo do nasprotnih ugotovitev, povzetih v nadaljevanju:

I. Direktiva 2004/17/ES (zdaj 2014/25/EU) ureja pogodbe, sklenjene v tako imenovanih „posebnih sektorjih“ (in sicer v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev), v katerih so lahko „naročniki“ ne le „javni naročniki“ (kot so zdaj opredeljeni v členu 3(1)(a) zakonske uredbe št. 50/2016), ampak tudi „javna podjetja“ ali „podjetja, ki imajo posebne ali izključne pravice, ki jim jih je dodelil pristojni organ države članice“, če taki subjekti izvajajo eno od dejavnosti iz tega sektorja: določbe referenčne direktive je namreč treba razlagati ozko in torej samo za pogodbe, ki se nanašajo na zadevni sektor, z opustitvijo „teorije kontaminacije“ iz sodbe z dne 15. januarja 1998, C-44/96, Mannesmann (glej v tem smislu tudi sodbo z dne 16. junija 2005, C-462/03 in C-463/03, Strabag in Kostmann).

II. Kar zadeva osebe javnega prava (opredeljene v direktivah 2014/24/EU in 2014/25/EU, kot so bile prevzete s členom 3(1)(d) zakonske uredbe št. 50/2016), pa razlaga ne sme biti ozka, ampak funkcionalna, kar pomeni, da je treba najprej preveriti, ali je bil subjekt ustanovljen, da izpolnjuje potrebe splošnega interesa, ki „nimajo industrijske ali poslovne narave“. V skladu s sodbo Ing. Aigner v zvezi s tem ni pomembno, da takšne potrebe izpolnjujejo ali bi jih lahko izpolnjevala zasebna podjetja. Pomembno je, da gre za potrebe, pri katerih se države ali lokalne skupnosti zaradi splošnega interesa načeloma odločijo, da jih bodo izpolnjevale same, ali da bodo v zvezi z njimi obdržale odločilen vpliv. [...] Dodati je treba, da v zvezi s tem ni pomembno, da navedeni naročnik poleg svojih nalog v splošnem interesu lahko opravlja tudi druge dejavnosti s pridobitnim namenom, dokler se še naprej ukvarja s potrebami splošnega interesa, za izpolnitev katerih je posebej zadolžen. Delež, ki ga v okviru splošne dejavnosti tega naročnika zavzemajo pridobitne dejavnosti za opredelitev tega naročnika kot osebe javnega prava ni upošteven.

III. Direktiva 2004/18/ES, ki je zdaj brez sprememb nadomeščena z Direktivo 2014/24/EU, se uporablja za naročila oseb javnega prava, ki ne spadajo v posebne sektorje, čeprav navedene osebe v njih poslujejo in zanje še naprej velja posebna ureditev glede tega za dejavnosti, ki zadevajo navedene sektorje. V navedeni sodbi Ing. Aigner Sodišče namreč ugotovi: „Za naročila, ki jih odda naročnik, ki je oseba javnega prava v smislu direktiv 2004/17 in 2004/18, ter so v zvezi z dejavnostmi, ki jih opravlja ta naročnik v enem ali več sektorjih, navedenih v členih od 3 do 7 Direktive 2004/17, veljajo postopki, navedeni v tej direktivi. Za vse ostale oddaje naročil tega naročnika v zvezi z drugimi dejavnostmi pa se uporabi postopek, naveden v Direktivi 2004/18. Ti direktivi se uporabita ne glede na razlikovanje med dejavnostmi, ki jih ta naročnik opravlja za izpolnjevanje svojih nalog zadovoljevanja potreb splošnega interesa, in dejavnostmi, ki jih opravlja v pogojih konkurence, in to celo takrat, kadar obstaja ločeno računovodstvo za ločitev sektorjev dejavnosti tega naročnika, da bi preprečili navzkrižno financiranje med temi sektorji“.

- 30 Posledično se Direktiva 2004/18/ES (zdaj 2014/24/EU), ki se nanaša na navadne sektorje, uporablja za vse osebe javnega prava, tudi ko poslujejo v posebnih sektorjih, če dejavnost, ki je predmet naročila, ni povezana z navedenimi sektorji.
- 31 Predložitveno sodišče zato meni, da se za osebe javnega prava na področju javnega naročanja v nobenem primeru ne preneha uporabljati pristojnost upravnega sodišča, ki je predvidena za postopke javnega naročanja, določene tako za navadne sektorje kot za posebne.
- 32 Torej ni mogoče šteti, da je, kot je izjavilo kasacijsko sodišče, pravna opredelitev družbe Poste Italiane kot osebe javnega prava „neupoštevna“.
- 33 Predložitveno sodišče tudi pojasnjuje, da utemeljitve Corte di Cassazione (kasacijsko sodišče) iz točke 28(b) niso potrjene v zakonskih besedilih: kar zadeva Direktivo 2004/18/ES (zdaj 2014/24/EU) je sicer res, da so med naročnike vključeni javni naročniki in med slednje tudi osebe javnega prava, opredeljene, kot je navedeno v zgoraj navedenem členu (3)(1)(d) zakonske uredbe št. 50/2016, vendar to pomeni le, da med naročnike spadajo tudi osebe javnega prava, pri tem pa seveda niso „izključeni“ iz sklopa javnih naročnikov iz istega člena 3(1)(a), za katere se nedvomno uporabljajo določbe zakonika o javnih naročilih za navadne sektorje. Tudi pri opredelitvi naročnikov iz člena 3(29) zakonske uredbe št. 163 iz leta 2006 (zdaj člen 3(1)(e) zakonske uredbe št. 50/2016) ne gre za odstopanje, ampak samo za širši subjektivni obseg posebnih sektorjev, Priloga VI k isti zakonski uredbi št. 163 pa vsebuje samo neizčrpen seznam subjektov, ki so jim zaupane funkcije v posebnih sektorjih, tako da tudi pri tem, da se v tem okviru kot naročnik navaja družba Poste Italiane, ne gre za odstopanje.
- 34 Poleg tega je bilo že v Odločbi Evropske komisije [2008/383] z dne 30. aprila 2008 določeno izvzetje javnih naročil družbe Poste Italiane v zvezi z nacionalnimi in mednarodnimi storitvami hitre pošte in kurirskih storitev, v poznejšem Sklepu 2010/12/EU z dne 5. januarja 2010 pa je bila izvzeta uporaba Direktive 2004/17/ES v posebnih sektorjih za finančne storitve, ki jih opravlja družba Bancoposta (zbiranje prihrankov, posojanje v imenu bank in drugih akreditiranih finančnih posrednikov, naložbene storitve in dopolnilni pokojninski produkti, plačilne storitve in storitve denarnih nakazil).
- 35 Vendar pa je poslovanje subjekta v sistemu konkurence samo en pokazatelj neizpolnjevanja teleološke zahteve. Da se taka zahteva v celoti izključi, mora namreč obstajati tudi uresničevanje izrazito ekonomskih ciljev, pri čemer se v celoti prevzame poslovno tveganje: te okoliščine pa ne veljajo za univerzalno poštno storitev, ki je dodeljena družbi Poste Italiane do 30. aprila 2026 v skladu s členom 23(2) zakonske uredbe št. 261 iz leta 1999. Isti predpis v členu 3(12) določa, da se strošek izvajanja univerzalne storitve financira s transferji v breme državnega proračuna. Zato je poslovno tveganje močno zmanjšano.
- 36 Ob upoštevanju zgoraj navedene odločbe Komisije [2008/383] bi se lahko torej štelo, da je tudi v skladu s členom 14(2) zakonika o javnih naročilih določen

obseg sektorjev, v katerih lahko družba Poste Italiane posluje na način, ki odstopa od splošnih pravil, ki veljajo na področju javnih naročil: pravil, na podlagi katerih se je doslej štelo, da teorija kontaminacije ne velja za javna podjetja, velja pa za osebe javnega prava, ker morajo te pri poslovanju v posebnih sektorjih upoštevati ustrezno ureditev samo za dejavnosti, ki se nanašajo na te sektorje, ureditev navadnih sektorjev pa zanje velja pri izvajanju vseh drugih dejavnosti, odvisnih od interesov, ki so pomembni za skupnost, in jih morajo v vsakem primeru izpolnjevati.

- 37 Treba je torej preveriti, ali se lahko prekoračijo načela, prevzeta v sodbi Aigner, glede na prevladovanje interesov industrijske in tržne narave nad interesi, ki so pomembni za skupnost, zaradi katerih je bila upravičena prvotna ustanovitev osebe javnega prava, ali je treba šteti, da sklicevanje na navedeno ustanovitev – formalno prisotno v zgoraj navedenem členu 3(1)(d), točka 1, zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016 – ne preneha niti za podjetja, ki poslujejo v širokem sistemu konkurence.
- 38 Vendar pa je problematika, ki je predmet razprave v obravnavani zadevi, precej širša. Oceniti je namreč treba, prvič, ali obravnavani predmet pogodbe spada ne toliko v sektorje, ki so trenutno opredeljeni kot „posebni“ in so urejeni s členom 114 in naslednjimi zakonika o javnih naročilih (Del II, Naslov VI, Poglavje I), ampak zlasti v sektorje, ki so še naprej opredeljeni kot „izključeni [...] iz področja objektivne uporabe“ tega zakonika (Del I, Naslov II, člen 4 in naslednji členi), vendar v katerih mora oddaja javnih naročil, v smislu navedenega člena 4, potekati „v skladu z načeli ekonomičnosti, učinkovitosti, nepristranskosti, enake obravnave, preglednosti, sorazmernosti, javnosti, varstva okolja in energetske učinkovitosti“.
- 39 V obravnavani zadevi gre za sektor elektronskih komunikacij, ki je po členu 15 zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016 izključen v skladu s členoma 7 in 8 Direktive 2014/24/EU, in je sam po sebi predmet okvirne direktive o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve 2002/21/ES.
- 40 Vprašanje, ali obravnavani postopek javnega naročanja spada v „*formalno izključen*“ sektor, ki pa ni „*tuj*“ zakoniku o javnih naročilih, pa ne vpliva na pristojnost upravnega sodišča, pri čemer člen 4 zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016 določa postopek s pogajanji, ki je primeren za zagotavljanje spoštovanja izraženih meril, za katera obstajajo legitimni interesi, ki spadajo na področje prej navedenega sodišča.
- 41 Predložitveno sodišče meni, da je treba drugače ubesediti to sklicevanje na pojem „*povezanosti*“ – v primerjavi s področji posebnih sektorjev – kot omejitve glede pristojnosti upravnega sodišča, tudi če je mogoče ugotoviti, da obstaja možnost, da se pojem „*osebe javnega prava*“ razvije v „*javno podjetje*“, glede na nekatere posebnosti „*izključenih*“ sektorjev in zlasti sektorja „*dejavnosti, ki so neposredno izpostavljene konkurenci*“ (zgoraj navedeni člen 8 zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016). Saj bi bila lahko trenutna konkurenčna narava poštnih storitev – čeprav

kar zadeva pristojnost ta ni sam po sebi odločilen (kot velja za vse izključene sektorje iz členov od 4 do 20 zakonika) – vseeno pomembna za izključitev opredelitve družbe Poste Italiane kot osebe javnega prava, kot osebe, ki deluje v običajnih tržnih pogojih in si prizadeva za dobiček ter nosi izgube, ki izhajajo iz opravljanja njenih – zdaj že prevladujočih – dejavnosti, ki so neposredno izpostavljene konkurenci (Direktiva 2014/23/EU, zgoraj navedena uvodna izjava 21 in člen 16).

- 42 Glede tega senat dvomi, da ugotovitev, da je družba Poste Italiane „javno podjetje“ (če jo za upravičeno šteje tudi Sodišče EU), določa – v skladu s tem, kar je večkrat poudarjeno v zgoraj navedeni sodbi Consiglio di Stato (državni svet) na občni seji št. 16 iz leta 2011 – da je treba strogo presoditi, ali javno naročilo spada na področje, ki je značilno za referenčne posebne sektorje. Omejitve te presoje so pomembne tudi za opredelitev posebne pravne ureditve posameznega javnega naročila, tudi če ga objavi subjekt, ki se lahko opredeli kot oseba javnega prava in posluje v enem od posebnih sektorjev.
- 43 Če se je namreč mogoče strinjati s trditvijo, po kateri podjetja (javna ali zasebna, slednja, če so nosilci posebne ali izključne pravice) spadajo v ureditev zakonika o javnih naročilih „samo za posebne sektorje in ne na splošno [...] pri čemer se posledično ne uporablja tako imenovana teorija kontaminacije iz sodne prakse v zadevi Mannesman [...]“ (občna seja [državnega sveta], št. 16/2011, navedena zgoraj), pa v pravu Skupnosti (Direktiva 2014/25/EU) ni natančnega sklicevanja na pojem „povezanosti“, če se razume kot neposredna vključenost storitve v posebno dejavnost, kot omejitev za uporabo določb iz člena 114 in naslednjih zakonika o javnih naročilih in pristojnosti upravnega sodišča.
- 44 Na splošno, „uvodna izjava“ 16 Direktive 2014/25/EU – ki se nanaša na posebne sektorje – priznava možnost dodelitve naročil, „v zvezi z več dejavnostmi“, za katere se uporabljajo „različne pravne ureditve“, pri čemer se v vsakem primeru za posamezno naročilo uporabljajo predpisi za sektor, kateremu je naročilo „pretežno namenjeno“, kot je mogoče sklepati iz razpisne dokumentacije, oziroma kot bi v vsakem primeru moral navesti naročnik.
- 45 Načelo je ponovno poudarjeno v členu 6 iste direktive, ki v primeru neobstoja pojasnila, v tretjem odstavku določa natančna prednostna merila, in sicer če predmet pogodbe zadeva področja, ki jih ureja več kot ena direktiva.
- 46 Pojem „namenjenosti“ določeni dejavnosti, je po izbiri naročnika v vsakem primeru videti širši od tega, ki je bil sprejet na občni seji [državnega sveta] št. 16 iz leta 2011 (ki določa, da v referenčni posebni sektor spada vratarska storitev, samo če je pridobljena za energetska omrežje, ki ga upravlja ENI, ne pa tudi za varovanje zadevnih upravnih pisarn). Vprašati pa se je treba – glede na pravno ureditev Unije – ali se ne bi morala pogodba, ki jo je treba šteti za „tuyo“ ureditvi posebnih sektorjev, nanašati na vsako dejavnost, ki jo lahko javna podjetja – ali zasebni subjekti, nosilci ekskluzivne pravice – dejansko opravljajo, vendar zunaj

zadevnih sektorjev, kot bi zahtevalo navedeno načelo „tujosti“, zaradi katerega se lahko za pogodbeno dejavnost ne uporabljajo predpisi o javnem naročanju.

- 47 Člen 13(1)(b) Direktive 2014/25/EU dejansko opredeljuje področje uporabe direktive za poštne storitve, pri čemer se široko nanaša na „storit[ve], različn[e] od poštne storitve“, pod pogojem, da take storitve opravlja naročnik, ki opravlja tudi poštne storitve“, pri čemer med te vključuje tako storitve, ki spadajo med „univerzalne storitve v smislu Direktive 97/67/ES, ter storitve, ki mednje ne spadajo“ (zgoraj navedeni člen 13(2)(b)).
- 48 Bilo je tudi že poudarjeno, da „uvodna izjava“ 16 Direktive 2014/24/EU zahteva navedbo dejavnosti, kateri je dejansko namenjeno naročilo – za katero abstraktno veljajo predpisi posebnih sektorjev, ki pa so včasih namenjeni tudi urejanju drugih dejavnosti. Zgoraj navedeno zahteva poznavanje pravne ureditve, ki se uporablja, z obveznostjo preglednosti in pravne varnosti, ki sta načeli, ki veljata za celoten sektor javnega naročanja (vključno s sektorji, ki so v zakonski uredbi št. 50 iz leta 2016 opredeljeni kot „izključeni“).
- 49 Predložitveno sodišče se nazadnje sprašuje, ali je praksa, ki je vedno pogostejša v nacionalni pravni ureditvi, in sicer izpodbijanja pristojnost upravnega sodišča šele po njegovih prvih odločbah, tudi začasnih, v zvezi z razpisi, objavljenimi v skladu z zakonikom o javnih naročilih v uradnem listu Italijanske republike in Evropske unije, ne da bi se pri tem pojasnilo, da se je naročnik za javni razpis odločil na lastno pobudo: legitimnost in učinki te odločitve bi morali biti predloženi rednemu sodišču, ki se mora o tem izreči – domnevno – samo na podlagi določb civilnega zakonika, saj se zanjo nikakor ne uporablja zakonik o javnem naročanju (čeprav je izrecno naveden, in torej v nasprotju s tem, kar so upravičeno pričakovali ponudniki), v skladu z ureditvijo Unije, razširjeno na pojem zlorabe pravice (sodba Sodišča z dne 5. julija 2007, C-321/05, Kofoed).