



Datum van inontvangstneming : 24/09/2018

**Zaak C-521/18**

**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:**

6 augustus 2018

**Verwijzende rechter:**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

4 juli 2018

**Verzoekende partijen:**

Pegaso Srl Servizi Fiduciari

Sistemi di Sicurezza Srl

YW

**Verwerende partijen:**

Poste Tutela SpA

Poste Italiane SpA

---

**Voorwerp van het hoofdgeding**

Verzoeksters in het hoofdgeding vorderen nietigverklaring van de door Poste Tutela s.p.a. uitgeschreven aanbestedingsprocedure die bekendgemaakt is in de G.U.R.I. [Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (Publicatieblad van de Italiaanse Republiek)] (bijzondere serie 5a - overheidsopdrachten) nr. 87 van 31 juli 2017 voor het sluiten van raamovereenkomsten voor de verlening van portiers-, receptie- en toegangscontrolediensten in de vestigingen van Poste Italiane s.p.a en andere vennootschappen van de groep, voor de duur van 24 maanden (verlengbaar met 12 maanden), voor een geraamd totaalbedrag van 25 253 242,00 EUR, alsmede van andere daarmee verband houdende besluiten.

## Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzingsbeslissing

- 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), voor zover die nationale bepaling, in overeenstemming met de uitlegging van de Corte di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) (arrest nr. 4899/2018, naar nationaal recht bindend met betrekking tot bevoegdheidsvragen), voor ondernemingen die opereren in de bijzondere sectoren als bedoeld in deel II van dit wetboek, een uitzondering op de algemene beginselen van artikel 1 en artikel 3, lid 1, onder a) van dit wetboek beoogt in te voeren ten aanzien van de verplichting tot het uitschrijven van een openbare aanbestedingsprocedure, wanneer het te sluiten contract geen verband houdt met de activiteiten die eigen zijn aan de bijzondere sectoren.
- 2 In het onderhavige geding moet de verwijzende rechter bovendien twee problemen behandelen: het eerste betreft het bindende karakter naar Italiaans procesrecht van de uitspraken van de Corte di cassazione Sezioni Unite (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 instellingen zijn opgericht, in echte ondernemingen die winst nastreven en 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 aangezochte rechter in het Italiaanse procesrechtelijke stelsel definitief en bindend vast te stellen; het Hof van Justitie heeft evenwel als algemeen beginsel geponereerd dat het Unierecht eraan in de weg staat dat een nationale rechter gebonden is door een nationale procesregel op grond waarvan deze rechter zich zou moeten houden aan het oordeel van een hogere nationale rechter, wanneer blijkt dat het oordeel van laatstbedoelde rechter niet in overeenstemming is met het Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie [zie arrest van het Hof van 20 oktober 2011, Interedil (C-396/09, EU:C:2011:671)].
- 4 Dus bestaat de mogelijkheid (of verplichting, voor rechters die uitspraak doen in laatste instantie) 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 een bevoegdheidsvraag of van de Adunanza Plenaria van de Consiglio di Stato [voltallige zitting van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië)], die bindend is voor de enkelvoudige kamers van de Consiglio di Stato [zie ook arresten van het Hof van 5 april 2016, Puligienica Facility (C-689/13, EU:C:2016:199); 6 oktober 1982, Cilfit (283/81, EU:C:1982:335)], of ook van de Corte Costituzionale

(grondwettelijk hof, Italië) [zie arrest van het Hof van 20 december 2017, Global Starnet (C-322/16, EU:C:2017:985)].

### **Prejudiciële vragen**

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

2) Is die kwalificatie ook uit te breiden tot de 100 %-dochteronderneming Poste Tutela s.p.a., die overigens met Poste Italiane s.p.a. aan het fuseren is, wanneer rekening wordt gehouden met overweging 46 van richtlijn 2014/23/EU over de gecontroleerde rechtspersonen [zie ook in die zin arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Vierde kamer) van 5 oktober 2017, [LitSpecMet] (C-567/15, EU:C:2017:736) - verplichting tot het uitschrijven van een aanbestedingsprocedure voor de dochterondernemingen van een overheidsdienst, en uitspraak nr. 6211 van de Consiglio di Stato, Zesde kamer, van 24 november 2011)?

3) Dienen genoemde vennootschappen, op grond van richtlijn 2014/25/EU, als aanbestedende instellingen, die ook volgens de regels van deel II van de Codice degli appalti geacht worden een publiekrechtelijke instelling te zijn, uitsluitend voor de gunning van opdrachten die verband houden met de in de bijzondere sectoren uitgevoerde activiteiten, aanbestedingsprocedures uit te schrijven, terwijl voor het sluiten van contracten die geen verband houden met genoemde sectoren, volledige onderhandelingsvrijheid bestaat - en uitsluitend de regels voor de privésector gelden - gelet op de in overweging 21 en artikel 16 van richtlijn 2014/23/EU voorgeschreven beginselen?

4) Blijven diezelfde vennootschappen, wanneer ze voldoen aan de eisen die gelden voor publiekrechtelijke instellingen, voor contracten die geen verband houden met activiteiten die eigen zijn aan de bijzondere sectoren, daarentegen onderworpen aan de algemene richtlijn 2014/24/EU (en dus aan de regels inzake procedures met een oproep tot mededinging), ook wanneer ze - vergeleken met het tijdstip van hun oprichting - geleidelijk aan in hoofdzaak bedrijfsmatige activiteiten zijn gaan uitvoeren en blootstaan aan concurrentie?

5) Kan voor bedrijven waar op gemengde basis zowel activiteiten die samenhangen met algemene dienstverlening worden verricht als activiteiten die daarbuiten vallen, het begrip functionaliteit, met betrekking tot een dienst die specifiek het algemeen belang dient, in elk geval buiten beschouwing worden gelaten voor contracten die betrekking hebben op zowel regulier als bijzonder onderhoud, schoonmaak, meubilair en de portiers- en bewakingsdiensten van de bedrijven zelf?

6) Moet ten slotte, wanneer kan worden ingestemd met het standpunt van Poste Italiane s.p.a., het op eigen initiatief en zonder wettelijke verplichting uitschrijven van een aanbestedingsprocedure - waarvoor niet alle in de Codice degli appalti geregelde waarborgen van transparantie en gelijke behandeling gelden - die op de voorgeschreven wijze zonder enige nadere toelichting bekendgemaakt is in de Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana en in het Publicatieblad van de Europese Unie, geacht worden in strijd te zijn met het algemeen aanvaarde beginsel van het gewettigd vertrouwen dat de deelnemers aan de aanbesteding mogen hebben?

### **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 overwegingen 21 en 46, 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 artikel 7

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

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 (wet) nr. 124 van 4 augustus 2017 – Jaarlijkse mededingingswet

Decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 50 van 18 april 2016 – Invoering van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, van overheidsopdrachten en betreffende

aanbestedingsprocedures in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, tevens houdende de wijziging van de geldende regeling inzake overheidsopdrachten betreffende werken, diensten en leveringen, met name artikel 3, lid 1, onder a), d) en e); artikel 8, de artikelen 115 tot en met 121, in het bijzonder artikel 120

Wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (wetboek overheidsopdrachten betreffende werken, diensten en leveringen) ter uitvoering van richtlijn 2004/17/EG en richtlijn 2004/18/EG, met name artikel 3, leden 26 en 29, en bijlage VI F

Wetsbesluit nr. 261 van 22 juli 1999 – Invoering 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, artikel 3, lid 12)

Wetsbesluit nr. 58 van 31 maart 2011 – Invoering 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 (voorlopig wetsbesluit) nr. 487 van 1 december 1993 – Omzetting van het bestuur van de post- en de telecommunicatiediensten in een economische publiekrechtelijke instelling en reorganisatie van het Ministerie (artikel 4)

Arrest nr. 4899 van de Corte di cassazione van 1 maart 2018

Beslissing nr. 16 van 1 augustus 2011 alsmede beslissingen nrs. 13, 14, 15 en 16 van 2016 van de Consiglio di Stato

### **Korte beschrijving van het hoofdgeding en voornaamste argumenten van de partijen**

- 5 Bij beroep nr. 9156/17 van 28 september 2017 zijn verzoeksters in rechte opgekomen tegen de aanbesteding in kwestie. Aangezien bij een eerste onderzoek de grieven gegrond bleken te zijn, is de aanbestedingsprocedure opgeschort bij voorlopige voorziening van 20 oktober 2017.
- 6 Verweersters hebben in de eerste plaats een exceptie van onbevoegdheid van de bestuursrechter opgeworpen.
- 7 Ter onderbouwing van deze exceptie voeren verweersters aan dat de aanbestedingsprocedure in kwestie uitgeschreven is door een publiekrechtelijke onderneming in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 (wetboek inzake overheidsopdrachten; hierna: „wetsbesluit nr. 50/2016” of het „wetboek” of het „wetboek overheidsopdrachten”), voor diensten die buiten het bestek van de diensten van de bijzondere sectoren vallen (artikelen 114 en volgende en, voor de postdiensten, artikel 120). Poste Tutela

s.p.a. heeft aangegeven een 100 %-dochteronderneming te zijn van Poste Italiane s.p.a., die op haar beurt een publiekrechtelijke onderneming is, met een maatschappelijk kapitaal dat voor 29,26 % in handen is van het ministerie van Economische Zaken en Financiën, voor 35 % in handen van de Cassa Depositi e Prestiti (Deposito- en Consignatiekas, Italië) en voor het resterende deel in handen van private investeerders.

- 8 Gelet op haar rechtsaard is deze vennootschap slechts onderworpen aan de regeling van wetsbesluit nr. 50/2016 wanneer zij in de bijzondere sectoren opereert en niet ook voor een dienst als de in casu te gunnen dienst, die in de administratie- en directiekantoren moet worden verstrekt en hoofdzakelijk bestemd is voor de uitoefening van de financiële activiteiten en slechts voor een resterend deel op gemengde wijze gebruikt wordt. In dit verband geniet de vennootschap bij de gunning van de dienst in kwestie volledige onderhandelingsvrijheid en heeft zij geheel autonoom tot de aanbestedingsprocedure besloten, zodat deze beslissing buiten de bevoegdheid van de bestuursrechter valt.
- 9 Ter onderbouwing van de opgeworpen exceptie heeft Poste Tutela s.p.a. arrest nr. 4899 van de Corte di cassazione van 1 maart 2018 overgelegd, waarin is vastgesteld dat Poste Italiane s.p.a. een publiekrechtelijke onderneming is en dat de gewone rechter bevoegd is voor een aanbestedingsprocedure die geen verband houdt met activiteiten die tot de bijzondere sector behoren.
- 10 De verzoekende partij Pegaso s.r.l. bestrijdt deze argumenten en benadrukt daarbij dat Poste Italiane s.p.a. een publiekrechtelijke instelling is en dat deze rechtskwalificatie moet worden uitgebreid tot de dochteronderneming Poste Tutela s.p.a. Zij wijst er bovendien op dat onder de diensten van de bijzondere sectoren zowel de diensten begrepen moeten worden die rechtstreeks in de regelgeving van de sector worden genoemd als de aanvullende en functionele diensten, die tot doel hebben de effectieve uitvoering ervan te garanderen.
- 11 In dit verband heeft de verwijzende rechter de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (hierna: „AGCOM”) en het Ministero dello Sviluppo Economico (ministerie voor Economische Ontwikkeling) (hierna: „MISE”) verzocht om toelichting te geven bij de volgende vragen:
  - 1) welke activiteiten worden er, buiten de activiteiten die de postdiensten betreffen, door Poste Italiane s.p.a. uitgevoerd, die al dan niet direct blootstaan aan concurrentie op de vrij toegankelijke markten, in de zin van artikel 8 van wetsbesluit nr. 50/2016?
  - 2) stemt arrest nr. 4899 van de Corte di cassazione van 1 maart 2018 al dan niet overeen met de rechtspraak die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld in het arrest van 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), en met de rechtspraak van de Unie in het algemeen, met betrekking tot de werkingssfeer van de regeling inzake overheidsopdrachten in de bijzondere en gewone sectoren, in het bijzonder

met betrekking tot het onderwerp van het onderhavige geding, gelet op het feit dat artikel 7 van richtlijn 2014/24 (gewone sectoren) de „aanbestedende diensten” uitsluit van het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer zij een of meer activiteiten uitoefenen die tot de zogeheten „bijzondere sectoren” behoren?

3) wat is de rechtsaard van Poste Italiane s.p.a. en voldoet deze vennootschap al dan niet aan de met de wet beoogde doelstelling, zoals omschreven in de definitie van de publiekrechtelijke instelling in artikel 3, lid 1, onder d), van wetsbesluit nr. 50/2016, die erin bestaat te voldoen aan behoeften van algemeen belang, zonder industrieel of commercieel karakter?

12 AGCOM en MISEI hebben aan dit verzoek voldaan en hun rapporten ingediend.

### **Korte beschrijving van de motivering van het prejudiciële verzoek**

13 Aan de verwijzende rechter is een vraag omtrent de rechterlijke bevoegdheid voorgelegd waarvan de beantwoording afhangt van de rechtsaard van de verwerende vennootschappen. Volgens de Corte di cassazione zijn Poste Italiane s.p.a. en Poste Tutela s.p.a., die voor 100 % eigendom is van eerstgenoemde, publieke ondernemingen die niet aan de regels van het wetboek overheidsopdrachten onderworpen zijn voor diensten die niet nauw samenhangen met de betrokken bijzondere sector, in de zin van artikel 120 van wetsbesluit nr. 50 van 2016.

14 In arrest nr.4899 van de Corte di cassazione van 1 maart 2018 zijn de volgende beginselen geformuleerd:

a) de vennootschap Poste Italiane s.p.a. is weliswaar belast met de ‚algemene postdienst‘, maar oefent tegenwoordig ook financiële activiteiten uit, of althans activiteiten die niet samenhangen met de dienst van postbezorging, die nu aan concurrentie is blootgesteld;

b) richtlijn 2004/18/EG heeft Poste Italiane s.p.a. „uitdrukkelijk uitgesloten” van de kring van publiekrechtelijke instellingen. Poste Italiane s.p.a. wordt nu beschouwd als een aanbestedende dienst in de zin van artikel 3, lid 29, van en bijlage VI F bij wetsbesluit nr. 163 van 2006, omdat zij niet voldoet aan „de met de wet beoogde doelstelling die erin bestaat te voldoen in de behoeften van algemeen belang zonder industrieel of commercieel karakter, hetgeen impliceert dat de entiteit uitsluitend tot taak heeft om te voldoen aan dat soort behoeften en geen andere activiteiten mag uitoefenen”.

c) in beslissingen nrs. 13, 14, 15 en 16 van 2016 van de Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato wordt Poste Italiane s.p.a. als een publiekrechtelijke instelling gekwalificeerd;

d) „de eventuele kwalificatie van Poste Italiane s.p.a. als publiekrechtelijke instelling” is hoe dan ook „irrelevant” omdat de vraag of zij onderworpen is aan



de regels inzake openbare aanbestedingen beantwoord moet worden overeenkomstig de bepalingen die van toepassing zijn op de bijzondere sectoren, op basis van de kwalificatie van Poste Italiane als aanbestedende dienst.

- 15 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) bevat een regeling voor contracten die worden gesloten in de zogeheten „bijzondere sectoren” (het beheer van water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten), waarin niet alleen de „aangebestede bestuursorganen/administratieve organen” [zoals nu gedefinieerd in artikel 3, lid 1, onder a), van wetsbesluit nr. 50/2016] „aangebestede diensten” kunnen zijn, maar ook „publieke ondernemingen”, of „ondernemingen die profiteren van bijzondere of exclusieve rechten die aan hen door de bevoegde autoriteit van een lidstaat verleend zijn”, voor zover deze instellingen een van de activiteiten in de betrokken sector uitvoeren: de bepalingen van deze richtlijn dienen namelijk restrictief te worden uitgelegd en gelden derhalve uitsluitend voor contracten die op de betreffende sector betrekking hebben, waarbij afstand wordt gedaan van de „infectietheorie” zoals 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) Met betrekking tot de publiekrechtelijke instellingen [gedefinieerd in de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU zoals overgenomen in artikel 3, lid 1, onder d), van wetsbesluit nr. 50/2016], moet de uitlegging niet restrictief maar functioneel zijn, zodat om te beginnen wordt nagegaan of de instelling al dan niet is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang “zonder industrieel of commercieel karakter”. Volgens het arrest 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 de publiekrechtelijke instellingen die vallen buiten het bereik van de bijzondere sectoren waarin deze instellingen eveneens opereren, en die voor de aan deze sectoren eigen activiteit onderworpen blijven aan de ter zake geldende bijzondere regeling. Dit is immers

de conclusie van het reeds aangehaalde arrest van het Hof van Justitie in de zaak 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”.

- 16 Bijgevolg is richtlijn 2004/18/EG (thans richtlijn 2014/24/EU) die op de gewone sectoren betrekking heeft, van toepassing op alle publiekrechtelijke instellingen, ook wanneer zij opereren in de bijzondere sectoren, wanneer de voorgenomen contractuele activiteit buiten deze sectoren valt.
- 17 Als het om contracten van de publiekrechtelijke instellingen gaat, verliest volgens de verwijzende rechter de bestuursrechter derhalve in geen enkel geval zijn bevoegdheid voor procedures inzake openbare aanbestedingen die zowel voor de gewone als voor de bijzondere sectoren zijn voorgeschreven.
- 18 Derhalve kan de rechtskwalificatie van Poste Italiane s.p.a. en van de dochteronderneming Poste Tutela s.p.a. als publiekrechtelijke instelling niet „irrelevant” geacht worden, anders dan de Corte di cassazione van oordeel is.
- 19 De verwijzende rechter merkt bovendien op dat de argumenten van de Corte di cassazione in punt 14, onder b), geen steun vinden in de wetsteksten: voor wat betreft richtlijn 2004/18/EG (thans richtlijn 2014/24/EU) is het namelijk weliswaar zo dat de aanbestedende diensten mede zien op de bestuursorganen, waaronder de publiekrechtelijke instellingen zoals gedefinieerd in artikel 3, lid 1, onder d), van wetsbesluit nr. 50/2016, maar dat houdt alleen maar in dat onder de aanbestedende diensten ook de publiekrechtelijke instellingen vallen, zonder dat zij daarmee 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 diensten als bedoeld in artikel 3, lid 29, van wetsbesluit nr. 163 van 2006 [thans artikel 3, lid 1, onder e), van wetsbesluit nr. 50/2016] houdt bovendien geen uitzondering in, maar alleen een ruimer scala aan mogelijkheden voor de bijzondere sectoren, terwijl bijlage VI bij hetzelfde wetsbesluit nr. 163 slechts een niet-limitatieve opsomming bevat van de instellingen waaraan taken in de bijzondere sectoren zijn opgedragen, zodat het feit dat in dit verband de vennootschap Poste Italiane als aanbestedende dienst wordt aangeduid niet eveneens impliceert dat er een uitzonderingsregeling geldt.

- 20 De eisen waaraan publiekrechtelijke instellingen moeten voldoen, zijn de volgende:
- 1) ze zijn opgericht met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang zonder industrieel of commercieel karakter;
  - 2) ze hebben rechtspersoonlijkheid, (zonder onderscheid tussen de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke aard daarvan);
  - 3) de activiteiten worden in hoofdzaak door de staat, door de territoriale openbare lichamen of door andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierd, ofwel is het beheer aan het toezicht van deze laatste onderworpen, ofwel zijn de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen aangewezen.
- 21 Wat betreft de „aangebestede diensten”, dit kunnen – zoals hierboven aangegeven – de „aangebestede overheidsdiensten” zijn of de publieke ondernemingen die een van de activiteiten als bedoeld in de artikelen 115 tot en met 121 van het wetboek overheidsopdrachten uitoefenen of die - ook al vallen ze niet in de genoemde categorieën - activiteiten uitvoeren als bedoeld in de hierboven aangehaalde wettelijke bepalingen „krachtens bijzondere of exclusieve door de bevoegde autoriteit aan hen toegekende rechten”. Onder deze activiteiten vallen volgens artikel 120 van genoemd wetboek de postdiensten evenals andere diensten onder de voorwaarden als bedoeld in het voorgaande artikel 8.
- 22 Naar het oordeel van de verwijzende rechter lijkt de kwalificatie van Poste Italiane s.p.a. als publiekrechtelijke instelling moeilijk aanvechtbaar. Deze vennootschap is immers in de plaats getreden van de bestaande centrale overheidsdienst die ontstaan is na de eenwording van Italië, met als doel een efficiëntere dienst. En ook al opereert Poste Italiane s.p.a. tegenwoordig ook in de aan concurrentie blootgestelde sector van financiën, verzekeringen en mobiele telefonie, Poste Italiane s.p.a. is nog altijd concessiehouder van de algemene postdienst, hetgeen de verplichte uitvoering inhoudt, met de daaraan verbonden vergoedingen van de staat ter gedeeltelijke dekking van de kosten, 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, gelet op een besluit om in 4 000 gemeenten de post niet meer te bezorgen omdat dit als een niet winstgevende dienst werd beschouwd. Derhalve moet noodzakelijkerwijs geoordeeld worden dat de vennootschap in kwestie, die rechtspersoonlijkheid heeft, is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang zonder industrieel of commercieel karakter, die rechtstreeks zijn terug te voeren op de vrijheid van correspondentie en van elke andere vorm van communicatie [vereisten onder 1) en 2) voor publiekrechtelijke instellingen].

- 23 Voor wat betreft het vereiste onder 3) zij eraan herinnerd dat Poste Italiane s.p.a. in hoofdzaak in handen is van het ministerie van Economische Zaken, die de Raad van Bestuur benoemt - en onderworpen is aan de controle en het toezicht van het ministerie van Economische Ontwikkeling en van de Corte dei Conti (rekenkamer, Italië); de raad van commissarissen is samengesteld uit drie vaste en drie plaatsvervangende leden die alle worden aangewezen door deze overheidsorganen. De AGCOM is bovendien bevoegd om regulerende maatregelen te nemen ten aanzien van kwaliteit en kenmerken van de algemene dienst, waarvoor een beheersovereenkomst geldt waarbij het ministerie van Economische Ontwikkeling de wederpartij is van de exploitant van de postdienst.
- 24 De grondslag voor oprichting van een publiekrechtelijke instelling is juist het belang van de nagestreefde algemene belangen en voor deze belangen mag - ook al is de exploitatie winstgevend - bestuurlijk toezicht op het nastreven van kwaliteitsdoelen van de dienst niet ontbreken. Eigen aan het bestuur is immers dat concreet zorg wordt gedragen voor de belangen van de gemeenschap waarvan de Staat meent dat ze beantwoorden aan de dienstverlening aan de burgers en die daarom, ook als ze toevertrouwd worden aan entiteiten buiten het eigenlijke bestuursapparaat, in elk geval moeten voldoen aan de criteria van onpartijdigheid, goede werking en transparantie.
- 25 In dit opzicht zijn er dus voldoende elementen om de vennootschap Poste Italiane s.p.a. als een publiekrechtelijke instelling te kwalificeren in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van wetsbesluit nr. 50/2016 en deze opvatting wordt overigens ook gedeeld in de rechtspraak van de Consiglio di Stato.
- 26 De voorgaande overwegingen worden bevestigd door de rapporten van de MISE en de AGCOM. Bovendien was al bij beschikking [2008/383] van de Europese Commissie van 30 april 2008 vastgesteld dat Poste Italiane was vrijgesteld van de opdrachten betreffende nationale en internationale expressdiensten, terwijl bij een daaropvolgend besluit 2010/12/EU van 5 januari 2010 de toepassing van richtlijn 2004/17/EG was uitgesloten voor de bijzondere sectoren voor de financiële diensten, uitgevoerd onder beheer van Bancoposta (aantrekken van spaargelden, kredietverlening namens banken en andere erkende financiële tussenpersonen, beleggingsactiviteiten en aanvullende voorzieningen, diensten in verband met betalingen en overmakingen).
- 27 Zoals in het bijzonder door de AGCOM benadrukt is, vormt de omstandigheid dat een entiteit activiteiten uitoefent in een aan concurrentie blootgesteld domein, evenwel slechts een aanwijzing dat de met de wet beoogde doelstelling ontbreekt. Deze doelstelling ontbreekt slechts volledig wanneer namelijk ook zuiver economische doelstellingen nagestreefd worden, met volledige aanvaarding van het bedrijfsrisico: die omstandigheden doen zich niet voor bij de tot 30 april 2026 aan Poste Italiane s.p.a. opgedragen algemene postdienst in de zin van artikel 23, lid 2, van wetsbesluit nr. 261 van 1999. Deze wettelijke regeling bepaalt in artikel 3, lid 12, dat de lasten voor het uitvoeren van de algemene dienst worden

gefinancierd met middelen uit de overheidsbegroting. Bijgevolg lijkt het bedrijfsrisico in hoge mate te zijn afgezwakt.

- 28 Gelet op de reeds vermelde beschikking [2008/383] van de Commissie kan geoordeeld worden dat duidelijk is afgebakend, ook in de zin van artikel 14, lid 2, van het wetboek overheidsopdrachten, in welke sectoren Poste Italiane kan opereren met toepassing van de uitzonderingen op de algemene regels die gelden voor overheidsopdrachten: op grond van deze regels heeft men tot dusverre gemeend dat de infectietheorie voor de publieke ondernemingen achterwege was gelaten, maar niet ook voor de publiekrechtelijke instellingen, daar deze laatste - wanneer ze opereren in de bijzondere sectoren - de betreffende regeling alleen hoeven te volgen voor de activiteiten die voor de sectoren zelf functioneel zijn gelet op de collectieve belangen, waarvan de behartiging in elk geval aan hen is toevertrouwd, zonder zich evenwel voor elke andere activiteit te kunnen onttrekken aan de regeling voor de gewone sectoren.
- 29 Bijgevolg moet worden nagegaan of de beginselen, zoals die in het arrest Aigner erkend zijn, al dan niet opzijgezet kunnen worden teneinde industriële en commerciële belangen te doen prevaleren op de belangen van de gemeenschap, die ten grondslag hebben gelegen aan de oorspronkelijke oprichting van het publiekrechtelijke orgaan, dan wel of geoordeeld moet worden dat de verwijzing naar die oprichting - formeel opgenomen in het aangehaalde artikel 3, lid 1, onder d), punt 1, van wetsbesluit nr. 50 van 2016 - niet buiten beschouwing kan worden gelaten, ook niet voor ondernemingen die op grote schaal aan concurrentie blootgestelde activiteiten uitoefenen.