



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 23 april 2020¹

Mål C-521/18

**Pegaso Srl Servizi Fiduciari,
Sistemi di Sicurezza Srl,
YW
mot
Poste Tutela SpA,
ytterligare deltagare i rättegången:
Poste Italiane SpA,
Services Group**

(begäran om förhandsavgörande från Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/25/EU – Posttjänster – Verksamhet som avser posttjänster – Vaktmästartjänster, reception och tillträdeskontroll – Tillbakadragande av meddelandet om upphandling medan domstolsförfarandet pågår – Sökandenas intresse av talan trots tillbakadragandet – Utestående beslut om rättegångskostnaderna”

I. Inledning

1. Ett meddelande om upphandling utfärdades 2017 av Poste Tutela SpA (nedan kallat Poste Tutela), som då var ett helägt dotterbolag till Poste Italiane SpA (nedan kallat Poste Italiane). Meddelandet om upphandling syftade till att ingå ramavtal avseende vaktmästartjänster, reception och tillträdeskontroll till lokaler som tillhör Poste Italiane och andra bolag i koncernen.

2. Pegaso Srl Servizi Fiduciari, Sistemi di Sicurezza Srl och YW ansökte vid den hänskjutande domstolen om att nämnda meddelande om upphandling skulle ogiltigförklaras. Den hänskjutande domstolen vill inom ramen för det förfarandet få klarhet i huruvida den verksamhet som avses i meddelandet om upphandling omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/25/EU² (nedan kallat försörjningsdirektivet) eller direktiv 2014/24/EU³ (nedan kallat det klassiska direktivet).

3. Efter det att begäran om förhandsavgörande hade ingetts drogs emellertid det omtvistade meddelandet om upphandling tillbaka. Denna omständighet föranleder den preliminära frågan om huruvida målet fortfarande är vederbörligen anhängigt vid EU-domstolen. Är den omständigheten att den hänskjutande domstolen fortfarande har att uttala sig om rättegångskostnaderna tillräcklig för att fastställa att de frågor som har ställts i begäran om förhandsavgörande ska besvaras?

¹ Originalspråk: engelska.

² Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243).

³ Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Det klassiska direktivet

4. I skäl 10 i det klassiska direktivet anges följande:

”Begreppen upphandlande myndigheter och särskilt offentligrättsliga organ har vid upprepade tillfällen behandlats i rättspraxis från Europeiska unionens domstol. ... Det bör ... klargöras att ett organ som verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksamhet inte bör anses vara ett offentligrättsligt organ, eftersom de behov i det allmännas intresse som det har inrättats för att tillgodose eller har fått i uppdrag att tillgodose kan anses ha industriell eller kommersiell karaktär. På liknande sätt har också villkoret avseende det tänkbara organets finansiering diskuterats i rättspraxis, där det bland annat klargörs att det med en finansiering ’till största delen’ avses ’till mer än hälften’, och att denna finansiering kan omfatta sådana betalningar från användare som åläggs, beräknas och uppbärs i enlighet med offentligrättsliga bestämmelser.”

5. Artikel 1.1 i det klassiska direktivet har följande lydelse:

”I detta direktiv fastställs regler om upphandlingsförfaranden för upphandlande myndigheter med avseende på offentliga kontrakt samt om projektävlingar, vars värde uppskattas till minst de tröskelvärden som fastställs i artikel 4.”

6. I artikel 2.1 i detta direktiv anges följande definitioner:

”1. *upphandlande myndigheter*: statliga, regionala eller lokala myndigheter, offentligrättsliga organ eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

...

4. *offentligrättsliga organ*: varje organ som har samtliga följande egenskaper:

- a) De har särskilt inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, utan industriell eller kommersiell karaktär.
- b) De är juridiska personer.
- c) De finansieras till största delen av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller står under administrativ tillsyn av sådana myndigheter eller organ; eller de har ett förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan där mer än hälften av ledamöterna utses av staten, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

...”

7. Artikel 7 i det klassiska direktivet har följande lydelse:

”Detta direktiv ska inte tillämpas på offentliga kontrakt och projektävlingar som i enlighet med direktiv 2014/25/EU tilldelas eller anordnas av upphandlande myndigheter som utövar en eller flera av de verksamheter som avses i artiklarna 8–14 i det direktivet och som tilldelas för utförandet av dessa verksamheter, ...”

2. Försörjningsdirektivet

8. Skäl 16 i försörjningsdirektivet har följande lydelse:

”Kontrakt får ... tilldelas i syfte att tillgodose kraven hos flera verksamheter som eventuellt omfattas av olika rättsregler. Det bör klargöras att de rättsregler som gäller för ett enskilt kontrakt som är avsett att omfatta flera verksamheter bör omfattas av de regler som är tillämpliga på den verksamhet som kontraktet främst är avsett för. Fastställandet av den verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för kan grundas på en analys av de krav som det särskilda kontraktet måste tillgodose och som har utförts av den upphandlande enheten i syfte att bedöma kontraktets värde och upprätta upphandlingsdokumenten ...”

9. Skäl 19 har följande lydelse:

”För att säkerställa ett verkligt öppnande av marknaden och en rättvis balans vid tillämpningen av reglerna om upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster är det nödvändigt att fastställa vilka enheter som ska omfattas av direktivet på ett annat sätt än genom hänvisning till deras rättsliga ställning. Det bör sålunda säkerställas att likabehandling upprätthålls mellan upphandlande enheter från den offentliga respektive den privata sektorn. I överensstämmelse med artikel 345 i EUF-fördraget måste det också säkerställas att medlemsstaternas egendomsordning inte på något sätt påverkas.”

10. I artikel 1.1 i försörjningsdirektivet föreskrivs följande:

”I detta direktiv fastställs regler om upphandlingsförfaranden för upphandlande enheter med avseende på kontrakt samt projekttävlingar, vars värde uppskattas till minst de tröskelvärden som fastställs i artikel 15.”

11. I artikel 4.1 definieras *upphandlande enheter* som ”enheter som

- a) är upphandlande myndigheter eller offentliga företag och som bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 8–14,
- b) om de inte är upphandlande myndigheter eller offentliga företag, bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 8–14 eller någon kombination av dessa, och vilkas verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, som beviljats av en behörig myndighet i en medlemsstat.”

12. Artikel 4.2 i försörjningsdirektivet har följande lydelse:

”Med *offentligt företag* menas varje företag över vilket en upphandlande myndighet kan utöva ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande till följd av ägarförhållande, finansiellt deltagande eller de regler som styr företaget.

De upphandlande myndigheterna ska anses utöva bestämmande inflytande i följande fall när dessa myndigheter, direkt eller indirekt

- a) äger större delen av företagets tecknade kapital,
- b) kontrollerar majoriteten av de rösträtter som är knutna till företagets emitterade aktier, eller
- c) kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets administrativa, styrande eller övervakande organ.”

13. Artikel 5.4 har följande lydelse:

”De upphandlande enheterna får välja att tilldela separata kontrakt för de olika delarna eller att tilldela ett enda kontrakt när det gäller kontrakt som avser både upphandling som omfattas av detta direktiv och upphandling som inte omfattas av detta direktiv. Om de upphandlande enheterna väljer att tilldela separata kontrakt för de olika delarna ska beslut om vilka rättsregler som ska gälla för de olika kontrakten fattas på grundval av de egenskaper som varje del har.

Om de upphandlande enheterna väljer att tilldela ett enda kontrakt ska detta direktiv tillämpas, om inte annat följer av artikel 25, på det blandade kontrakt som ingås, oberoende av värdet av de delar som annars skulle omfattas av andra rättsregler och oberoende av vilka rättsregler dessa delar annars skulle ha omfattats av.

...”

14. I artikel 13.1 i försörjningsdirektivet föreskrivs följande:

”Detta direktiv ska tillämpas på verksamhet som avser tillhandahållande av

- a) posttjänster,
- b) andra tjänster än posttjänster, förutsatt att sådana tjänster tillhandahålls av en enhet som också tillhandahåller posttjänster i den mening som avses i punkt 2 b i den här artikeln och att de villkor som fastställs i artikel 34.1 inte är uppfyllda med avseende på de tjänster som omfattas av punkt 2 b i den här artikeln.”

15. I artikel 13.2 b definieras *posttjänster* som ”insamling, sortering, transport och överlämnande av postförsändelser. Detta omfattar både tjänster inom och utanför de samhällsomfattande tjänsternas räckvidd i enlighet med direktiv 97/67/EG”. I led c definieras *andra tjänster än posttjänster* som tjänster som innebär förvaltning av posttjänster (tjänster både före och efter försändelsen, inklusive närservice) och vissa tjänster som gäller försändelser, till exempel oadresserad direktreklam.

16. Artikel 19.1 i försörjningsdirektivet har följande lydelse:

”Detta direktiv är inte tillämpligt på kontrakt som den upphandlande enheten tilldelar för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i artiklarna 8–14 ...”

III. Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

17. Poste Italiane är ett aktiebolag. I begäran om förhandsavgörande anges att 29,26 % av aktiekapitalet innehas av Ministero dell’Economia e delle Finanze (ekonomi- och finansministeriet, Italien), 35 % av Cassa Depositi e Prestiti och återstoden av privata investerare. Poste Italiane innehar koncessionen för samhällsomfattande posttjänster. Det bedriver också verksamhet i finans-, försäkrings- och mobiltelefonisektorerna.

18. Vid den tidpunkt då det omtvistade meddelandet om upphandling utfärdades var Poste Tutela ett helägt dotterbolag till Poste Italiane. Det fusionerades med Poste Italiane den 1 mars 2018.

19. I juli 2017 utfärdade Poste Tutela ett meddelande om upphandling i syfte att ingå ramavtal avseende vaktmästartjänster, reception och tillträdeskontroll till lokaler som tillhör Poste Italiane och andra bolag i koncernen för en period av 24 månader (med förlängning om ytterligare 12 månader i händelse av förnyelse av kontraktet) och motsvarande ett värde som uppskattades till 25 253 242 euro.

20. I meddelandet om upphandling angavs försörjningsdirektivet som rättslig grund. Meddelandet publicerades i *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (Republiken Italiens officiella tidning, nedan kallad GURI)⁴ och *Europeiska unionens officiella tidning*.⁵

21. Den 28 september 2017 ingav Pegaso Srl Servizi Fiduciari, Sistemi di Sicurezza Srl och YW (nedan kallade sökandena) ett bestridande av det ifrågavarande meddelandet om upphandling vid den hänskjutande domstolen. De gjorde gällande ett antal överträdelse av den italienska lagen om offentlig upphandling.

22. Den 20 oktober 2017 beslutade den hänskjutande domstolen genom ett interimistiskt beslut att vilandeförklara upphandlingsförfarandet av den anledningen att sökandenas påståenden vid första påseendet framstod som välgrundade.

23. Poste Tutela och Poste Italiane (nedan kallade motparterna) framställde en preliminär invändning avseende den hänskjutande domstolens behörighet. De hävdade att förvaltningsdomstolar inte är behöriga i mål där ett offentligt företag har inlett ett upphandlingsförfarande avseende tillhandahållande av tjänster som inte har någon koppling till tjänster som ingår i de särskilda sektorerna, såsom postsektorn.

24. Den hänskjutande domstolen anser att denna fråga om behörighet kräver att den avgör huruvida Poste Tutela (och nu Poste Italiane) var skyldiga att inleda ett upphandlingsförfarande för att besluta om tilldelningen av tjänstekontrakten i fråga. Enligt den hänskjutande domstolen uppfyller Poste Tutela/Poste Italiane villkoren för att kvalificeras som offentlighetsrättsliga organ i den mening som avses i direktiv 2014/23/EU⁶ (nedan kallat koncessionsdirektivet), det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet.

25. Mot denna bakgrund beslutade Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

- ”1) Ska bolaget Poste Italiane SpA mot bakgrund av ovan angivna egenskaper kvalificeras som ’offentlighetsrättsligt organ’ i den mening som avses i artikel 3.1 d i lagstiftningsdekret nr 50/2016 och tillämpliga direktiv (2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU)?
- 2) Omfattar ovannämnda kvalificering även det helägda dotterbolaget Poste Tutela SpA, vilket för övrigt för närvarande fusioneras med det förstnämnda, om det tas hänsyn till skäl 46 i direktiv 2014/23/EU om kontrollerade juridiska personer (se, för ett liknande resonemang, även EU-domstolens (fjärde avdelningen) dom av den 5 oktober 2017, [C-567/15]: skyldigheten för bolag som kontrolleras av den offentliga förvaltningen att genomföra upphandlingsförfaranden; Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) (sjätte avdelningen) dom nr 6211 av den 24 november 2011)?
- 3) Har dessa bolag skyldighet att genomföra upphandlingsförfaranden enbart i fråga om offentliga kontrakt som är kopplade till deras verksamhet inom de särskilda sektorerna i enlighet med direktiv 2014/25/EU i deras egenskap av upphandlande enheter, vars karaktär av offentlighetsrättsliga organ ska anses följa av reglerna i del II i lagen om offentlig upphandling, så att dessa bolag mot bakgrund av principerna i skäl 21 och artikel 16 i direktiv 2014/23/EU i stället har oinskränkt avtalsfrihet – och enbart ska följa privaträttsliga regler – när de har för avsikt att ingå kontrakt som inte avser dessa sektorer?

4 No 87 del 31 luglio 2017, 5ª Serie Speciale – Contratti Pubblici (nr 87 av den 31 juli 2017, 5:e särskilda serien – offentliga kontrakt).

5 EUT S 144, 29 juli 2017 (meddelande om upphandling nr 297868).

6 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1).

- 4) Omfattas samma bolag när det gäller kontrakt som faller utanför området för de särskilda sektorerna emellertid fortfarande – om de uppfyller kraven för att kvalificeras som offentligrättsliga organ – av det allmänna direktivet 2014/24/EU (och därmed av reglerna om upphandlingsförfaranden i samband med ingående av offentliga kontrakt), även om dessa bolag – till följd av hur de har utvecklats från det att de bildades – bedriver en verksamhet som huvudsakligen har affärsmässig karaktär och är konkurrensutsatt?
- 5) Kan 'instrumentellt samband' – med en specifik allmännyttig tjänst – i fråga om kontor där det blandat bedrivs verksamhet avseende samhällsomfattande posttjänster och andra verksamheter som inte har samband med de förstnämnda anses vara uteslutet när det gäller kontrakt avseende löpande och extraordinärt underhåll, rengöring, inredning samt vaktmästeri och övervakning av dessa kontor?
- 6) Om Poste Italiane SpA:s uppfattning kan delas, ska genomförandet av ett upphandlingsförfarande, som i vederbörlig ordning har offentliggjorts utan ytterligare meddelanden i *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* och *Europeiska unionens officiella tidning*, inom ramen för bolagets renodlade handlingsfrihet – som inte är underställd krav på öppenhet och likabehandling enligt lagen om offentlig upphandling – avslutningsvis anses strida mot den vedertagna principen om skydd för berättigade förväntningar hos anbudsgivarna?"

26. Den 11 oktober 2018 underrättade Poste Italiane genom en skrivelse såväl den hänskjutande domstolen som EU-domstolen om att det hade dragit tillbaka det bestridda meddelandet om upphandling. Poste Italiane begärde uttryckligen att den hänskjutande domstolen därför skulle avvisa sökandenas talan. Den 20 oktober 2018 avlog den hänskjutande domstolen denna begäran.

27. Den 16 oktober 2018 ställde EU-domstolen – sedan den hade underrättats av motparten om att meddelandet om upphandling hade dragits tillbaka – en fråga till den hänskjutande domstolen om huruvida denna ville återkalla sin begäran om förhandsavgörande. Den 26 oktober 2018 meddelade den hänskjutande domstolen att den ville vidhålla begäran om förhandsavgörande.

28. Den 9 januari 2019 mottog EU-domstolen ett ytterligare klagande från den hänskjutande domstolen, som svar på en begäran om att den hänskjutande domstolen skulle ange skälen till att den ansåg att tvisten i fråga fortfarande var anhängig vid den. Den hänskjutande domstolen angav varför den ansåg att tvisten fortfarande var anhängig vid den och att EU-domstolen därför skulle besvara de frågor som ställts.

29. Den 3 april 2019 underrättades EU-domstolen av den hänskjutande domstolen om att en ansökan hade ingetts om ogiltigförklaring av ytterligare ett meddelande om upphandling som Poste Italiane hade utfärdat avseende samma tjänster. Enligt den hänskjutande domstolen är detta meddelande om upphandling identiskt med det som avses i förevarande mål. Den hänskjutande domstolen har vilandeförklarat det nya målet i avvaktan på ett beslut från EU-domstolen i förevarande mål.

30. Pegaso Srl Servizi Fiduciari och Sistemi di Sicurezza Srl, Poste Italiane SpA, den italienska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. De närvarade alla vid förhandlingen den 22 januari 2020.

IV. Bedömning

31. Detta förslag till avgörande är indelat på följande sätt. Jag kommer först att förklara varför det, mot bakgrund av utvecklingen efter det att begäran om förhandsavgörande ingavs, inte är nödvändigt att besvara den hänskjutande domstolens frågor (A). För den händelse att domstolen inte skulle dela mitt synsätt kommer jag därefter kortfattat att skissera hur de viktigaste frågorna bör besvaras i sak. Jag

kommer att förklara att verksamhet av det slag som avses i det nationella målet (vaktmästartjänster, reception och tillträdeskontroll till lokaler som tillhör Poste Italiane) omfattas av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, nämligen försörjningsdirektivets bestämmelser om särskilda sektorer (B).

A. Huruvida tvisten fortfarande är anhängig vid den nationella domstolen

32. Enligt fast rättspraxis presumeras nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten vara relevanta. Dessa frågor ställs mot bakgrund av den beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning som den nationella domstolen på eget ansvar har lämnat och vars riktighet det inte ankommer på EU-domstolen att pröva.⁷

33. Av fast rättspraxis följer emellertid också att det av såväl ordalydelsen som systematiken i artikel 267 FEUF framgår att förfarandet med förhandsavgörande förutsätter att ett mål *faktiskt är anhängigt* vid den nationella domstolen och att den nationella domstolen inom ramen för det målet kommer att meddela ett avgörande med avseende på vilket förhandsavgörandet kan beaktas. Det ankommer således på domstolen att kontrollera, även ex officio, huruvida det nationella målet fortfarande pågår.⁸ Om tvisten förlorar sitt föremål medan förfarandet vid EU-domstolen fortfarande är anhängigt, så att de ställda frågorna blir hypotetiska eller utan samband med en faktisk tvist, ska EU-domstolen besluta att ett avgörande avseende begäran om förhandsavgörande inte behöver meddelas.⁹

34. I förevarande mål råder det oenighet om huruvida tvisten fortfarande är anhängig vid den nationella domstolen. Denna oenighet gäller två saker: För det första, har Poste Italiane dragit tillbaka det omtvistade meddelandet om upphandling? För det andra, kan det trots ett tillbakadragande finnas någon annan grund på vilken sökandena fortfarande skulle ha ett intresse av talan vid den hänskjutande domstolen?

1. Huruvida meddelandet om upphandling har dragits tillbaka

35. Som svar på EU-domstolens fråga om huruvida tvisten fortfarande är anhängig har den hänskjutande domstolen hänvisat till ett meddelande som Poste Italiane publicerat i GURI samt kortare notiser som publicerats i olika dagstidningar. I meddelandet i GURI angavs att Poste Italiane beslutat att häva/återkalla meddelandet om upphandling mot bakgrund av den komplicerade omstruktureringen av Poste Italiane till följd av fusioneringen mellan Poste Italiane och Poste Tutela. Den hänskjutande domstolen har påpekat att Poste Italiane i de kortare notiser som publicerats i olika dagstidningar emellertid endast angav att upphandlingsförfarandet hade avbrutits. Den hänskjutande domstolen är således fortsatt osäker på om Poste Italiane hade för avsikt att åtgärda de överträdelser som sökandena gjort gällande eller att förfara på något annat sätt (genom direkt tilldelning) i syfte att tillgodose de behov som var föremål för meddelandet om upphandling.

⁷ Se, exempelvis, dom av den 29 maj 2018, Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen m.fl. (C-426/16, EU:C:2018:335, punkt 31), dom av den 4 december 2018, The Minister for Justice and Equality och Commissioner of the Garda Síochána (C-378/17, EU:C:2018:979, punkt 27), och dom av den 1 oktober 2019, Blaise m.fl. (C-616/17, EU:C:2019:800, punkt 35).

⁸ Se, exempelvis, dom av den 13 september 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 24), dom av den 5 juni 2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, punkt 46), och dom av den 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punkt 31).

⁹ Se, exempelvis, beslut av den 10 januari 2019, Mahmood m.fl. (C-169/18, EU:C:2019:5), beslut av den 2 maj 2019, Faggiano (C-524/16, ej publicerat, EU:C:2019:399), och beslut av den 1 oktober 2019, YX (Översändande av en dom till den medlemsstat där den dömde är medborgare) (C-495/18, EU:C:2019:808).

36. Poste Italiane och den italienska regeringen har hävdats att meddelandet om upphandling formellt har dragits tillbaka. Poste Italiane har särskilt hävdats att tillbakadragandet offentliggjordes i vederbörlig ordning i alla nödvändiga forum (GURI, två nationella och två lokala dagstidningar samt *Officiella tidningen*). Efter tillbakadragandet inleddes ett nytt upphandlingsförfarande i syfte att mer effektivt tillgodose Poste Italianes nya behov till följd av omstruktureringen av koncernen, särskilt de ändrade behoven avseende säkerhet och övervakning.

37. Sökandena har inte bestritt den omständigheten att meddelandet om upphandling har dragits tillbaka. Dock vidhåller de att begäran om förhandsavgörande ändå kan tas upp till prövning, om än av andra skäl, vilka diskuteras i nästa avsnitt.¹⁰

38. Jag måste tillstå att jag är något förbryllad här. Med undantag för den hänskjutande domstolen är alla eniga om att meddelandet om upphandling har dragits tillbaka. Den hänskjutande domstolen har själv bekräftat att i det fullständiga meddelande som publicerades i GURI användes orden "häva/återkalla". Den hänskjutande domstolen har också påpekat att i de andra kortare versioner av meddelandet som publicerades i dagspressen angavs att förfarandet hade "avbrutits", men detta var följden av det interimistiska beslut som den hänskjutande domstolen hade meddelat redan den 20 oktober 2017.¹¹

39. Av alla de omständigheter som har lagts fram för EU-domstolen framgår att meddelandet om upphandling har dragits tillbaka. Den hänskjutande domstolen har låtit sitt beslut avseende huruvida meddelandet om upphandling har dragits tillbaka anstå. I sitt svar till EU-domstolen har den betonat att oberoende av denna fråga föreligger fortfarande frågan om behörighet: huruvida förvaltningsdomstolar är behöriga med avseende på ett sådant meddelande om upphandling.

40. Jag är väl medveten om den normala uppgiftsfördelningen inom ramen för förfarandet för förhandsavgörande. Det ankommer uteslutande på den hänskjutande domstolen att, mot bakgrund av de faktiska omständigheterna och bedömningen av dessa enligt nationell rätt, kontrollera huruvida meddelandet om upphandling i fråga har dragits tillbaka. Att samma upphandlare har inlett ett nytt upphandlingsförfarande kan vara ytterligare ett tecken på att meddelandet har dragits tillbaka.

41. I detta mål pressas den traditionella uppgiftsfördelningen emellertid till sina gränser. Trots den stora respekt som EU-domstolen normalt visar domstolar som har begärt förhandsavgörande i enlighet med artikel 267 FEUF är det sist och slutligen EU-domstolens ansvar att bedöma huruvida ett mål fortfarande är vederbörligen anhängigt vid den.¹²

42. Enligt alla tillgängliga handlingar har meddelandet om upphandling dragits tillbaka. Ett nytt meddelande om upphandling har utfärdats avseende samma tjänster. Ändå är den hänskjutande domstolen fortfarande tveksam till huruvida meddelandet om upphandling "formellt" har dragits tillbaka.

43. Jag har svårt att förstå denna tveksamhet, men skulle ha mindre svårt att förstå att en hänskjutande domstol fortfarande skulle vilja få ett svar i ett mål där det hävdats att en viss motpart upprepade gånger dragit tillbaka meddelanden om upphandling som en strategi. Jag kan föreställa mig en situation där en enhet, som inte vill att vissa frågor auktoritativt ska avgöras av domstol, upprepade gånger drar tillbaka sitt meddelande om upphandling när meddelandet har bestritts, och därigenom systematiskt försöker frånta de nationella domstolarna deras behörighet.

¹⁰ Se punkt 49 nedan.

¹¹ Som det anges i punkt 22 ovan.

¹² Punkt 33 ovan och där angiven rättspraxis.

44. Detta vore förvisso något helt annat. I ett sådant mål skulle större flexibilitet beträffande vad som avses med en anhängig tvist kanske kunna tillämpas redan i skedet för bedömningen av huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning.¹³ Förbud mot missbruk är när allt kommer omkring en allmän unionsrättslig princip.¹⁴

45. Ingen av parterna och inte heller den hänskjutande domstolen har emellertid hävdats att Poste Italiane upprepade gånger har dragit tillbaka meddelanden om upphandling i avsikt att undkomma domstolsprövning eller i syfte att avskräcka vissa anbudssökande från att delta i upphandlingsförfarandet.¹⁵ Det är faktiskt snarare tvärtom: Poste Italiane har tillhandahållit en rimlig förklaring till varför det ursprungliga meddelandet om upphandling drogs tillbaka och har agerat i linje med den förklaringen.¹⁶

46. Under dessa omständigheter framgår det att tvisten i det nationella målet har förlorat sitt föremål.

2. Huruvida sökandena har ett fortsatt intresse av talan på nationell nivå

47. Den hänskjutande domstolen, sökandena och delvis Europeiska kommissionen anser alternativt att sökandena fortfarande har intresse av talan på nationell nivå, oavsett om meddelandet om upphandling har dragits tillbaka.

48. Den hänskjutande domstolen anser att det inte kan presumeras att sökandena inte längre har något intresse av talan mot meddelandet om upphandling, även om meddelandet har dragits tillbaka. EU-domstolen måste därför behandla dess begäran om förhandsavgörande, särskilt med hänsyn till principen om en effektiv domstolsprövning.

49. Sökandena har hävdats att enligt italiensk rätt krävs ändå trots tillbakadragandet att den behöriga domstolen prövar huruvida det omtvistade agerandet var lagenligt, i syfte att besluta om skadestånd och om rättegångskostnaderna. Enligt italiensk rätt får en talan om skadestånd väckas inom 120 dagar efter det att en dom om ogiltigförklaring har vunnit laga kraft. För att pröva skadeståndstalan måste det först fastställas huruvida den hänskjutande domstolen är behörig. För att göra detta krävs att det avgörs huruvida Poste Italiane omfattas av reglerna om offentlig upphandling.

50. Europeiska kommissionen anser att även under antagandet att meddelandet om upphandling formellt har dragits tillbaka, är denna omständighet inte på något sätt en avgörande faktor. Den hänskjutande domstolens sjätte fråga måste besvaras, i den del den avser konsekvenserna av ett möjligt åsidosättande av berättigade förväntningar, vilket är en fråga som är oberoende av huruvida det omtvistade meddelandet om upphandling fortfarande är i kraft. Dessutom är frågan om huruvida det omtvistade meddelandet avser en upphandling som omfattas av försörjningsdirektivets tillämpningsområde avgörande för fastställandet av vilken domstol som är behörig att pröva en skadeståndstalan från sökandena.

¹³ Se, beträffande ett senare skede, artikel 100.1 andra meningen i domstolens rättegångsregler.

¹⁴ Se analogt, beträffande förbudet mot förfarandemissbruk i mervärdesskattlagstiftningen, dom av den 21 februari 2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121), och dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881). Principen om förbud mot missbruk är dock inte begränsad endast till mervärdesskatteområdet: se mitt förslag till avgörande i målet Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:648, punkterna 23–30). Se även dom av den 26 februari 2019, N Luxembourg I m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16, EU:C:2019:134, punkterna 96–102).

¹⁵ Det ska påpekas att i ett annat mål som är anhängigt vid domstolen (C-419/19, Irideos, EUT C 328, 2019, s. 5), i vilket väldigt liknande frågor som i förevarande mål har ställts, har Poste Italiane inte dragit tillbaka meddelandet om upphandling i fråga.

¹⁶ Punkterna 35 och 36 ovan.

51. Poste Italiane och den italienska regeringen anser däremot att sökandena inte längre har något intresse av talan. Medan Poste Italiane anser att en dom från den hänskjutande domstolen inte skulle medföra några positiva verkningar för sökandena, har den italienska regeringen anfört att sökandena inte har ingett någon skadeståndstalan. Att en skadeståndstalan kommer att väckas är därför rent hypotetiskt.

52. Trots att meddelandet om upphandling har dragits tillbaka har det således gjorts gällande a) att sökandena kan komma att väcka skadeståndstalan avseende det omtvistade meddelandet om upphandling och b) att den hänskjutande domstolen fortfarande har att avgöra frågan om rättegångskostnaderna.

a) Utsikterna till en framtida skadeståndstalan

53. Enligt fast rättspraxis är en begäran om förhandsavgörande inte till för att möjliggöra rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor, utan för att tillgodose behov knutna till det faktiska avgörandet av ett mål.¹⁷ Under omständigheter liknande de i det nationella målet har domstolen tidigare fastslagit att en avsikt att väcka skadeståndstalan vilken framstår som osäker och hypotetisk inte kan motivera att en begäran om förhandsavgörande vidhålls när det nationella målet inte längre har något föremål.¹⁸

54. Sökandena bekräftade vid förhandlingen att en skadeståndstalan *inte* ännu *har väckts* vid den hänskjutande domstolen eller vid någon annan nationell domstol för den delen. Det är visserligen riktigt att om en skadeståndstalan väcks längre fram, kommer det att ha betydelse huruvida meddelandet om upphandling var obligatoriskt och vilken nationell domstol som följaktligen var behörig att avgöra målet. Men det är just vid en sådan eventuell senare talan, som inte ännu är anhängig, som detta kommer att vara av betydelse. Inom ramen för förevarande förfarande vid den hänskjutande domstolen är frågorna avseende en eventuell framtida skadeståndstalan rent hypotetiska.

55. Den omständigheten att sökandena, såsom Europeiska kommissionen har betonat, kan ha haft berättigade förväntningar på att upphandlingsförfarandet skulle fortsätta och att det därför under alla omständigheter är nödvändigt att svara på den sjätte frågan ändrar inte ovanstående slutsats.

56. För det första skulle jag personligen vid första påseendet finna det ganska förvånande om den unionsrättsliga principen om berättigade förväntningar effektivt förhindrar att en upphandlande myndighet någonsin drar tillbaka ett meddelande om upphandling. Skulle detta då innebära att när ett sådant meddelande väl har offentliggjorts måste ett offentligt kontrakt upphandlas, oavsett (de ändrade) omständigheterna?

57. Om så inte är fallet är den sjätte frågan, för det andra, en fråga som ska prövas i samband med en eventuell senare skadeståndstalan, liksom åsidosättandet av eventuella andra rättigheter som tillkommer de anbudssökande i ett upphandlingsförfarande.¹⁹ Som jag redan har påpekat är dessa frågor dock inte föremål för det förfarande som för närvarande är anhängigt vid den hänskjutande domstolen.

¹⁷ Se, exempelvis, dom av den 10 november 2016, Private Equity Insurance Group (C-156/15, EU:C:2016:851, punkt 56), och dom av den 26 oktober 2017, Balgarska energiyna borsa (C-347/16, EU:C:2017:816, punkt 31).

¹⁸ Beslut av den 10 juni 2011, Mohammad Imran (C-155/11 PPU, EU:C:2011:387, punkterna 18–22).

¹⁹ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 juli 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597, punkt 25).

b) *Beslutet om rättegångskostnader*

58. Slutligen kvarstår frågan om kostnaderna för det nationella domstolsförfarandet. Även om meddelandet om upphandling har dragits tillbaka måste den hänskjutande domstolen ändå besluta om rättegångskostnaderna. Det skulle således kunna hävdas att tvisten fortfarande är anhängig vid den nationella domstolen åtminstone vad gäller rättegångskostnaderna.

59. Jag instämmer inte i detta resonemang.

60. För det första har jag alltid förstått de allmänna uttalandena om vad som är en *anhängig tvist*²⁰ så, att vad som krävs är en rimlig korrelation (om än kanske inte en perfekt överensstämmelse) mellan *räckvidden hos de frågor* som ställts av den hänskjutande domstolen och den tvist som den har att avgöra. De ställda frågornas innehåll måste således vara av viss betydelse för avgörandet av den tvist som är anhängig vid den nationella domstolen. Utanför denna räckvidd återfinns (således hypotetiska) frågor som, oavsett hur domstolen besvarar dem, inte har någon inverkan på avgörandet av tvisten vid den hänskjutande domstolen.

61. Mot denna bakgrund kan jag inte se hur ett svar på de sex ganska detaljerade frågorna – vilka alla har ställts med avseende på prövningen av ett pågående upphandlingsförfarande och det därtill hörande meddelandet om upphandling – skulle kunna vara av någon som helst betydelse för avgörandet av frågan om rättegångskostnader vid den nationella domstolen sedan meddelandet om upphandling har dragits tillbaka. Detta är helt enkelt en fråga för nationell rätt och de svar som har begärts från EU-domstolen har ingen betydelse för det utestående beslutet om rättegångskostnaderna.

62. För det andra är den omständigheten att det ändå är nödvändigt att besluta om rättegångskostnaderna även om tvisten har förlorat sitt föremål i allmänhet inte tillräcklig för att EU-domstolen ska behålla sin behörighet, utom i det fallet att rättegångskostnaderna i ett givet mål på ett specifikt sätt är knutna till en fråga om tolkningen av unionsrätten, vilket i så fall ska förklaras ordentligt i begäran om förhandsavgörande.²¹

63. I princip upphör EU-domstolens behörighet när tvisten i fråga inte längre är anhängig vid den hänskjutande domstolen, till exempel eftersom sökanden medan domstolsförfarandet pågår har uppnått vad han eller hon ville, upphovsmannen till den omtvistade åtgärden har dragit tillbaka åtgärden eller de tillämpliga nationella bestämmelserna har ändrats.²² Under dessa omständigheter anses tvisten ha avgjorts. Att den nationella domstolen fortfarande har att besluta om rättegångskostnaderna är oväsentligt.²³ Om det inte ankommer på EU-domstolen att avgöra tvisten genom att tillämpa unionsrättsliga bestämmelser på de faktiska omständigheterna i fråga, ankommer det än mindre på den att besluta om rättegångskostnaderna för en tvist som inte längre föreligger. Beslutet om rättegångskostnaderna ska således fattas uteslutande av den hänskjutande domstolen på grundval av nationell rätt.²⁴

64. Det finns förstas ett förbehåll: *förutom* om själva frågan om rättegångskostnaderna vid den nationella domstolen är knuten till den tolkning av unionsrätten som har begärts vid EU-domstolen. Detta är fallet särskilt i två situationer.

²⁰ Punkt 33 ovan och där angiven rättspraxis.

²¹ Det motsatta skulle få ganska absurda konsekvenser: eftersom en nationell domstol alltid måste besluta om rättegångskostnaderna även om föremålet för tvisten vid den av något skäl inte längre föreligger, skulle det då innebära att ett mål vid EU-domstolen aldrig kan dras tillbaka, eftersom frågan om rättegångskostnader vid den nationella domstolen alltid kommer att kvarstå? Skulle målet således för alltid anses vara vederbörligen anhängigt vid EU-domstolen, oavsett vad som händer med det nationella målet?

²² Se, exempelvis, beslut av den 14 oktober 2010, Reinke (C-336/08, ej publicerat, EU:C:2010:604, punkt 14), och dom av den 27 juni 2013, Di Donna (C-492/11, EU:C:2013:428, punkt 27).

²³ Se, exempelvis, beslut av den 14 oktober 2010, Reinke (C-336/08, ej publicerat, EU:C:2010:604, punkterna 15–16).

²⁴ Dom av den 6 december 2001, Clean Car Autoservice (C-472/99, EU:C:2001:663, punkt 27).

65. För det första är EU-domstolen utan tvekan behörig när föremålet för tvisten i det nationella målet är just rättegångskostnaderna. I ett sådant faktiskt sammanhang ingår det i EU-domstolens uppdrag enligt artikel 267 FEUF att tolka unionsrättsliga bestämmelser som specifikt avser rättegångskostnaderna eller som mer allmänt avser en effektiv möjlighet att få sin sak prövad inför domstol.²⁵ Det som EU-domstolen i sådana fall ska tolka är emellertid konkreta, harmoniserade unionsrättsliga bestämmelser vilka föreskriver om fördelningen av rättegångskostnaderna eller om en övre gräns för rättegångskostnaderna under vissa omständigheter. Ett noterbart exempel i sistnämnda kategori är den bestämmelse i vilken det föreskrivs att kostnaderna för rättsliga förfaranden på miljöområdet inte får vara ”överkomligt kostsamma”.²⁶

66. För det andra finns det också gränsfall, där det inte finns några harmoniserade unionsbestämmelser om rättegångskostnaderna, men där den tolknings- eller giltighetsfråga som har ställts till domstolen har en tydlig inverkan på beslutet om rättegångskostnader. Det är på detta sätt som jag tolkar den omständigheten att domstolen i domen Amt m.fl.²⁷ beslutade att tillhandahålla ett svar i sakfrågan.

67. Målet Amt m.fl. avsåg ett beslut av en upphandlande myndighet att inleda ett anbuds förfarande för tilldelning av kontrakt avseende kollektivtrafiken i en region i Italien. Enligt den nationella lagstiftningen var det inte möjligt för ekonomiska aktörer att väcka talan mot den upphandlande myndighetens beslut i ett anbuds förfarande som de beslutat att inte delta i. Den hänskjutande domstolen ville få klarhet i huruvida sådana ekonomiska aktörer har talerätt enligt unionsrätten.

68. Medan domstols förfarandet pågick beslutade den upphandlande myndigheten att inte fullfölja anbuds förfarandet sedan en ny lag hade antagits. Tvisten hade således formellt förlorat sitt föremål. EU-domstolen ansåg dock att begäran om förhandsavgörande fortfarande kunde prövas och besvarade frågan i sak. Detta är förståeligt med hänsyn till målets struktur och den enda fråga som hade ställts av den hänskjutande domstolen: Utgör unionsrätten hinder för nationell lagstiftning enligt vilken aktörer som inte deltagit i anbuds förfarandet inte får väcka talan mot rättsakter avseende det anbuds förfarandet?

69. Huruvida denna fråga skulle besvaras jakande (eller nekande) var avgörande för frågan huruvida sökandena i det nationella målet, som hade väckt talan avseende förfrågningsunderlaget trots att aktören inte deltagit i anbuds förfarandet, skulle ersätta rättegångskostnaderna.

70. Detta scenario, där den hänskjutande domstolen hade ställt en enda riktad fråga som var avgörande för frågan om rättegångskostnaderna, kan endast kontrasteras mot förevarande mål. De sex ganska detaljerade frågor som den hänskjutande domstolen har ställt avser huruvida ett antal bestämmelser om offentlig upphandling är tillämpliga på vaktmästartjänster, reception och tillträdeskontroll till lokaler som tillhör Poste Italiane. De föranleder inga frågor om tolkningen av unionsbestämmelserna om rättegångskostnader eller mer allmänt om kostnaderna för det förfarande som sökandena inledde vid den nationella domstolen. Ingen av den hänskjutande domstolens frågor föranleder heller några frågor som direkt skulle kunna inverka på beslutet om rättegångskostnader. Framför allt har sökandenas talerätt mot meddelandet om upphandling i fråga inte bestritts. Med beaktande av parametrarna för de båda scenarion som har beskrivits ovan kan jag därför inte, *oavsett hur EU-domstolen än besvarar* de sex detaljerade frågor som har ställts i förevarande förfarande, se hur dessa svar skulle kunna ha någon betydelse för frågan om rättegångskostnader.

²⁵ Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona i målet Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl. (C-328/17, EU:C:2018:542, punkterna 40–49).

²⁶ Se, för nyliga exempel, dom av den 17 oktober 2018, Klohn (C-167/17, EU:C:2018:833), eller dom av den 15 mars 2018, North East Pylon Pressure Campaign och Sheehy (C-470/16, EU:C:2018:185).

²⁷ Dom av den 28 november 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl. (C-328/17, EU:C:2018:958) (nedan kallad domen Amt m.fl.).

71. Under omständigheterna i förevarande mål, där tvisten har förlorat sitt föremål (meddelandet om upphandling) och en skadeståndstalan inte är anhängig, kan det utestående beslutet om rättegångskostnaderna följaktligen inte i sig utgöra ett skäl som motiverar att begäran om förhandsavgörande vidhålls.

72. Avslutningsvis medger jag villigt att när det gäller frågan huruvida det svar som EU-domstolen har att avge är relevant för avgörandet av en faktisk tvist som är anhängig vid den nationella domstolen finns det knappast två sidor med en tydlig skiljeväg mellan sig. Det finns onekligen mål där EU-domstolen har visat större överseende (eller snarare större fantasi) när det gäller exakt hur det svar som den har att avge är relevant för den specifika tvist som är anhängig vid den nationella domstolen.²⁸

73. Hur det än må vara med den saken och även om det erkänns att det faktiskt snarare rör sig om ett kontinuum av relevans än två klart avgränsade sidor, befinner sig de sex frågor som har ställts i förevarande begäran om förhandsavgörande i yttre änden av detta kontinuum. Den enda fråga som kvarstår är, som jag redan har påpekat, på vilket sätt dessa frågor är relevanta för *räckvidden av den tvist som för närvarande är anhängig* vid den nationella domstolen. Det obekväma svaret är att de inte är det.

74. Av detta följer att det inte finns något behov av att besvara någon av de frågor som har ställts av den hänskjutande domstolen.

B. Tolkningsfrågorna

75. Eftersom det är generaladvokaternas uppgift att (fullt ut) biträda domstolen (artikel 252 FEUF), behandlar jag nedan kortfattat saken i den hänskjutande domstolens frågor, för det fallet att domstolen inte skulle dela mitt synsätt rörande (avsaknaden av) behovet att svara på frågorna under omständigheterna i förevarande mål. Jag behandlar dem emellertid endast kortfattat och i den mån som det hade varit nödvändigt om tvisten inte hade förlorat sitt föremål. Även om domstolen skulle uttala sig om saken i målet, är det inte nödvändigt att behandla alla de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt.

76. Den hänskjutande domstolen har ställt sex frågor. Alla dessa frågor syftar till att få klarhet i huruvida tjänsterna i fråga, som Poste Tutela upphandlade innan det fusionerades med Poste Italiane, omfattas av tillämpningsområdet för unionsreglerna om offentlig upphandling, särskilt försörjningsdirektivet och det klassiska direktivet.²⁹

77. Den första, den andra och den fjärde frågan (och delvis den tredje frågan) avser huruvida Poste Italiane (och Poste Tutela) rättsligen ska kvalificeras som offentligrättsliga organ i den mening som avses i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. Den tredje och den femte frågan avser huruvida försörjningsdirektivet är tillämpligt på sådan verksamhet som den som avses i det nationella målet. Vad gäller den sjätte frågan är dess räckvidd något oklar. Den kan förstås som en allmän fråga avseende vilka berättigade förväntningar som uppkommer för anbudsgivarna genom att ett

²⁸ Se, för ett nyligt exempel, dom av den 1 oktober 2019, Blaise m.fl. (C-616/17, EU:C:2019:800, punkterna 26–29 och 31–39).

²⁹ Den hänskjutande domstolen har också hänvisat till direktiv 2014/23 om tilldelning av koncessioner. Jag kan emellertid inte se på vilket sätt detta direktiv skulle vara relevant i förevarande mål. I det något osannolika scenariot att verksamheten i fråga skulle tillhandahållas genom en koncession föreskrivs i artikel 5.4 sista stycket i försörjningsdirektivet i princip att "[f]ör blandade kontrakt bestående av varu-, byggtreprenads- och tjänstekontrakt och av koncessioner ska det blandade kontraktet tilldelas i enlighet med detta direktiv" (min kursivering).

upphandlingsförfarande inledes och huruvida dessa förväntningar hindrar att ett redan offentliggjort meddelande dras tillbaka.³⁰ Den kan också förstås så att den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida eventuella berättigade förväntningar uppkommer för anbudsgivarna i ett fall där ett organ som normalt inte skulle vara tvunget att anordna ett upphandlingsförfarande självmant gör detta.

78. I förevarande mål, i vilket den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida verksamheterna i fråga regleras av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling och i så fall av vilka, är det fullständigt tillräckligt att besvara den tredje och den femte frågan rörande försörjningsdirektivets tillämplighet. Enligt min mening är det, vad gäller det meddelande om upphandling som var föremål för tvisten vid den hänskjutande domstolen, försörjningsdirektivet som skulle ha varit tillämpligt på verksamheten i fråga.

1. Det klassiska direktivets och försörjningsdirektivets respektive tillämpningsområde

79. Det klassiska direktivets och försörjningsdirektivets respektive tillämpningsområde definieras olika. Vad gäller deras tillämplighet i enskilda fall är dessa båda instrument ömsesidigt uteslutande.³¹

80. Det klassiska direktivets tillämpningsområde definieras i huvudsak med hänsyn till personkrets (*ratione personae*). Det är i allmänhet tillämpligt på upphandlande myndigheter, särskilt staten, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ³² på grund av deras formella ställning och deras egenskap av ett visst slag av juridisk person.

81. Försörjningsdirektivets tillämpningsområde är däremot huvudsakligen *materiellt* och definieras genom hänvisning till *verksamhetens art*.³³ De verksamheter som omfattas anges i artiklarna 8–14 i direktivet och avser framför allt av värme, el, vatten, transporttjänster, hamnar och flygplatser samt posttjänster.

82. Försörjningsdirektivet är samtidigt mindre restriktivt vad gäller det slag av personer som omfattas. Det är tillämpligt på vitt skilda "upphandlande enheter". Denna kategori omfattar upphandlande myndigheter, offentliga företag och företag som åtnjuter särskilda rättigheter eller ensamrätt.³⁴ Den breda personkrets som försörjningsdirektivet är tillämpligt på följer logiskt av dess materiella tillämpningsområde. Försörjningsdirektivet syftar till att reglera sektorerna för vatten, energi, transport och posttjänster. I dessa sektorer där statligt monopol brukade råda bedrivs verksamheten numera av enheter av olika juridiska former och det är därför "nödvändigt att fastställa vilka enheter som ska omfattas av direktivet på ett annat sätt än genom hänvisning till deras rättsliga ställning".³⁵

83. Av dessa bestämmelser följer att försörjningsdirektivets materiella tillämpningsområde definieras ganska restriktivt. En av de viktigare följderna av denna konceptuella skillnad är att det inom ramen för försörjningsdirektivet inte är möjligt att tillämpa det tillvägagångssätt som kallas "kontaminationsteorin".

84. Detta tillvägagångssätt fastställdes ursprungligen av domstolen i domen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.³⁶ år 1998. Det målet avsåg den rättsliga kvalificeringen av det österrikiska statstryckeriet (Österreichische Staatsdruckerei) (nedan kallat ÖS). Enligt österrikisk lagstiftning var ÖS ett statligt företag som senare fick ställning av näringsidkare i den betydelse som avses i handelslagstiftningen.

30 Vilket är Europeiska kommissionens tolkning när det gäller vilka av den hänskjutande domstolens frågor som fortfarande är relevanta trots att meddelandet om upphandling har dragits tillbaka (se punkt 50 ovan).

31 Artikel 7 i det klassiska direktivet. Se även artiklarna 5.4 och 6.3 i försörjningsdirektivet.

32 Se artiklarna 1.2 och 2.1 i det klassiska direktivet.

33 Se artiklarna 1.2 och 4.1 i försörjningsdirektivet.

34 Se artikel 4.1 i försörjningsdirektivet.

35 Skäl 19 i försörjningsdirektivet.

36 Dom av den 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (C-44/96, EU:C:1998:4)

ÖS hade huvudsakligen i uppgift att framställa officiella administrativa handlingar som omfattades av sekretess eller säkerhetsföreskrifter. Det bedrev emellertid också annan verksamhet, såsom utgivning av böcker och tidningar. Domstolen fastslog att ÖS var ett organ som löd under offentlig rätt i den mening som avsågs i det då tillämpliga klassiska direktivet. *Alla* dess verksamheter omfattades följaktligen av detta direktiv. Även dess affärsverksamhet ansågs omfattas av det klassiska direktivet *på grund av* företagets rättsliga ställning som ett organ som löd under offentlig rätt.

85. Ungefär som för kung Midas förvandlas således, metaforiskt uttryckt, alla de verksamheter som ett offentlighetsorgan "rör vid" så, att de faller under det klassiska direktivet (även om de kanske inte nödvändigtvis förvandlas till guld).

86. I domen Ing. Aigner³⁷ vägrade domstolen däremot att utsträcka detta resonemang till försörjningsdirektivet. Det målet avsåg ett företag, Fernwärme Wien, som hade grundats för att leverera värme i staden Wien. Samtidigt ägnade företaget sig åt allmän planering av kylanläggningar för större fastighetsprojekt. Denna verksamhet utövades i konkurrens med andra företag. Genom domen i det målet återinförde domstolen, eftersom Fernwärme Wien också var ett "offentlighetsorgan", att alla kontrakt som ingår av en upphandlande myndighet omfattas av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling. Domstolen gjorde emellertid åtskillnad mellan verksamheterna i fråga: medan de kontrakt som avsåg verksamheter som förtecknas i försörjningsdirektivet omfattades av bestämmelserna i detta direktiv reglerades övriga kontrakt av det klassiska direktivet.

87. Av detta följer att ett offentlighetsorganets rättsliga ställning har till verkan att tillämpningen av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling utsträcks till organets alla verksamheter som omfattas av det klassiska direktivet. Det innebär emellertid inte att det klassiska direktivets potentiella tillämplighet utsträcks till verksamheter som uttryckligen omfattas av försörjningsdirektivet. Försörjningsdirektivets materiella tillämpningsområde förblir därför intakt oavsett det ifrågavarande företagets rättsliga ställning. Inte heller är kontaminationsteorin tillämplig inom och mellan de verksamheter som omfattas av försörjningsdirektivet.

88. Försörjningsdirektivet utgör således *lex specialis* medan det klassiska direktivet utgör *lex generalis*. I egenskap av *lex specialis* ska försörjningsdirektivet tillämpas mer restriktivt.

2. "Posttjänster" enligt försörjningsdirektivet

89. Vad omfattar då begreppet posttjänster enligt försörjningsdirektivet? Enligt artikel 13.1 ska detta direktiv tillämpas på verksamhet som avser tillhandahållande av posttjänster och andra tjänster än posttjänster, framför allt på villkor att sådana tjänster tillhandahålls av en enhet som också tillhandahåller posttjänster.

90. I denna bestämmelse anges således två kategorier: i) posttjänster (i snäv mening), och ii) de andra tjänster som förtecknas i artikel 13.2 c i försörjningsdirektivet, förutsatt att villkoren i artikel 13.1 b är uppfyllda. Av inledningen till artikel 13.1 i försörjningsdirektivet framgår emellertid tydligt att det inte endast är dessa tjänster i snäv mening som avses, utan också iii) *verksamhet som avser tillhandahållande av posttjänster eller de andra tjänster som förtecknas i artikel 13.2 c*.

91. I artikel 13.2 b definieras, för det första, *posttjänster* som tjänster som består i insamling, sortering, transport och överlämnande av postförsändelser och i artikel 13.2 a definieras vad som avses med *postförsändelse*. Begreppet posttjänster omfattar både tjänster inom och utanför de samhällsomfattande tjänsternas räckvidd.

³⁷ Dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, punkterna 28–30).

92. I artikel 13.2 c definieras, för det andra, begreppet *andra tjänster än posttjänster* som ”tjänster som innebär förvaltning av posttjänster (tjänster både före och efter försändelsen, inklusive närservice)” och ”tjänster som gäller försändelser som inte innefattas i [artikel 13.2 a], till exempel oadresserad direktreklam”.

93. Hur förhåller det sig, för det tredje, med den återstående eller ytterligare kategorin ”verksamhet som avser tillhandahållande” av posttjänster och andra tjänster än posttjänster?

94. Poste Italiane och den italienska regeringen anser att eftersom ”kontaminationsteorin” inte är tillämplig i samband med försörjningsdirektivet, ska tillämpningsområdet för artikel 13 i försörjningsdirektivet tolkas restriktivt. Endast de båda typer av verksamhet som uttryckligen anges i artikel 13.1 i försörjningsdirektivet omfattas.

95. Jag instämmer med det första påståendet, men inte med det andra.

96. Domstolens uttalande i detta avseende i domen Ing. Aigner är rättsligt riktigt. Enligt en korrekt tolkning av artikel 13 i försörjningsdirektivet är dess tillämpningsområde emellertid inte så snävt som Poste Italiane och den italienska regeringen har gjort gällande.

97. Enligt min mening är det klart att en tredje kategori anges i artikel 13.1 i försörjningsdirektivet: *verksamhet som avser tillhandahållande* av posttjänster.

98. Detta bekräftas för det första inte endast av ordalydelsen i artikel 13.1 utan också av artikel 1.2 i försörjningsdirektivet: ”[m]ed upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande enheters anskaffning genom varu-, byggentreprenad- eller tjänstekontrakt av byggentreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande enheter, förutsatt att byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna *är avsedda för utövande av någon av de verksamheter som avses i artiklarna 8–14.*”³⁸ Av båda dessa formuleringar framgår att det som omfattas inte endast är posttjänster i snäv mening, utan också andra nödvändiga varor eller tjänster som krävs för tillhandahållandet av den huvudsakliga tjänsten.

99. Detta bekräftas för det andra också av logiken i sektorn. Det kan rimligen antas att tillhandahållandet av posttjänster i snäv mening (insamling, sortering, transport och överlämnande av postförsändelser) normalt utförs av de upphandlande enheterna själva. Det skulle vara ganska förvånande om ett postverk som är tillhandahållare av samhällsomfattande posttjänster inte självt skulle leverera några postförsändelser. Om det då skulle hävdas, såsom Poste Italiane har gjort, att skyldigheten att tillämpa förfarandena för offentlig upphandling endast gäller posttjänsterna i snäv mening, skulle emellertid artikel 13.1 a och även artikel 13.1 b för den delen i praktiken förlora sitt innehåll. Vad skulle dessa bestämmelser då vara tillämpliga på?

100. Det är således enligt min mening ganska klart att det som särskilt åsyftas i artikel 13 i försörjningsdirektivet är byggentreprenader, varor och tjänster som är avsedda att *möjliggöra tillhandahållandet av posttjänster*. Domstolen har angett att ”när en upphandlande enhet som bedriver någon av de verksamheter som nämns särskilt i [försörjningsdirektivet] avser att, inom ramen för sin verksamhet, genomföra en upphandling av tjänster, bygg- och anläggningsarbeten eller varor eller att anordna en formgivningstävling, regleras upphandlingen eller formgivningstävlingen genom bestämmelserna i [försörjningsdirektivet]”.³⁹

³⁸ Min kursivering.

³⁹ Dom av den 16 juni 2005, Strabag och Kostmann (C-462/03 och C-463/03, EU:C:2005:389, punkt 39).

101. Försörjningsdirektivet är således i allmänhet tillämpligt inte bara på kontrakt som tilldelats inom de verksamhetsområden som uttryckligen avses i detta direktiv, utan också på kontrakt som ingås i syfte att utföra de verksamheter som definieras i försörjningsdirektivet. I den mån som ett kontrakt, som har tilldelats av en upphandlande enhet, har ett samband med en verksamhet som denna enhet bedriver inom de sektorer som avses i försörjningsdirektivet, ska kontraktet följaktligen omfattas av det förfarande som föreskrivs i detta direktiv.⁴⁰

102. Den avgörande frågan är då emellertid vad som omfattas av att ”avse” eller ”möjliggöra” tillhandahållande av posttjänster. Å ena sidan har dessa begrepp med säkerhet inte en så snäv räckvidd som Poste Italiane har hävdad. Å andra sidan är deras räckvidd inte så omfattande att det leder till faktisk tillämpning av kontaminationsteorin också inom ramen för försörjningsdirektivet.

103. Enligt min mening ska ”verksamhet som avser tillhandahållande av” i artikel 13.1 i försörjningsdirektivet bäst förstås så, att det innefattar all sådan verksamhet som är *nödvändig för* eller *vanligen har samband med* utövandet av posttjänster. Nödvändig i den meningen att utan denna verksamhet kan posttjänsterna inte tillhandahållas i vederbörlig ordning. ”Som avser tillhandahållande” i denna mening innefattar emellertid också verksamhet som strängt taget inte är nödvändig, men som normalt och vanligen har samband med tillhandahållandet av sådana typer av tjänster.

104. Jag föreslår att båda dessa kategorier inkluderas, eftersom gränsen mellan dem ibland kan vara ganska oklar. Naturligtvis kan el som behövs för att driva postkontoren, bilar eller cyklar som behövs för att leverera post och särskilda kläder som gör det möjligt för allmänheten att identifiera posttjänstemännen klassificeras som nödvändiga varor. Invändningar kan emellertid göras redan mot sistnämnda exempel: är en särskild uniform för posttjänstemän verkligen nödvändig för effektiv utdelning av postförsändelser? Det kan anses att en tjugig uniform strängt taget inte är nödvändig för en effektiv utdelning av postförsändelser. En posttjänsteman i jeans och T-tröja kan göra jobbet lika bra.

105. Detta är orsaken till att ”som avser tillhandahållande” inte endast bör omfatta verksamhet som strikt sett är *tekniskt nödvändig*, utan också verksamhet som *vanligen har samband med* tillhandahållandet av posttjänster. Verksamhet som vanligen inte har något samband med tillhandahållandet av posttjänster, såsom tecknandet av bilförsäkringar, försäljning av dagstidningar eller tidskrifter eller för den delen öppnandet av en massagehörna i ett postkontor kommer knappast att betraktas som verksamhet som avser ett normalt tillhandahållande av posttjänster.⁴¹

106. Mot denna bakgrund och med beaktande av de faktiska omständigheterna i det nationella målet ankommer det på den nationella domstolen att avgöra huruvida de konkreta varorna eller verksamheterna i fråga vanligen avser tillhandahållande av posttjänster eller andra tjänster än posttjänster. Det gäller att fastställa vad som vanligen anses ingå i ett vederbörligt tillhandahållande av posttjänster.

3. Tillämplighet på förevarande mål

107. Förevarande mål avser vaktmästartjänster, reception och tillträdeskontroll till lokaler som tillhör Poste Italiane och andra bolag i koncernen. Omfattas sådan verksamhet av försörjningsdirektivets tillämpningsområde?

⁴⁰ Se dom av den 16 juni 2005, Strabag och Kostmann (C-462/03 och C-463/03, EU:C:2005:389, punkterna 41–42), dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, punkterna 56–59), och dom av den 19 april 2018, Consorzio Italian Management och Catania Multiservizi (C-152/17, EU:C:2018:264, punkt 26).

⁴¹ Även om det förstås vore trevligt med avseende på sistnämnda verksamhet.

108. Enligt sökandena är tjänsterna, även om de i sig inte direkt utgör posttjänster, nödvändiga och/eller har ett samband med utövandet av de verksamheter som anges i artikel 13 i försörjningsdirektivet, i den mån som de möjliggör utövandet av verksamhet som hänför sig till samhällsomfattande posttjänster. För att verksamheten i de lokaler där de samhällsomfattande posttjänsterna tillhandahålls ska fungera effektivt behövs också vaktmästare och väktare.

109. Enligt Poste Italiane ingår verksamheterna i fråga inte bland de verksamheter som förtecknas i försörjningsdirektivet. Verksamheterna i fråga hänför sig inte till de tjänster som motiverar tillämpning av offentlighetsrättsliga bestämmelser, eftersom de inte består i en tjänst som inbegriper insamling och leverans av postförsändelser. Verksamheterna i fråga utgör inte sidotjänster till posttjänsterna, eftersom de inte är nödvändiga för tillhandahållande av dessa tjänster. Vaktmästartjänster, reception och tillträdeskontroll utgör kompletterande och allmänna verksamheter som avser alla de typer av tjänster som Poste Italiane tillhandahåller. De lokaler som berörs av verksamheterna i fråga används samtidigt som administrativa kontor och huvudkontor för de finansiella tjänsterna. Tjänsterna i fråga tillhandahålls dessutom för företag i hela koncernen, vilket således omfattar företag som inte tillhandahåller posttjänster (till exempel PostePay SA som är specialiserat på betalningstjänster, digitala tjänster och mobiltelefoner, eller Poste Vita som tillhandahåller försäkringstjänster).

110. Enligt Europeiska kommissionen är försörjningsdirektivet tillämpligt på tjänster som har ett funktionellt samband med de tjänster som det uttryckligen omfattar. I förevarande mål är de lokaler som utgör basen för tjänsterna i fråga desamma som de där posttjänsterna tillhandahålls. Inte endast är det oväsentligt att lokalerna också används för finansiell verksamhet, utan det är också onödigt att fastställa hur intensivt det funktionella sambandet är mellan tjänsterna i fråga och posttjänsterna i syfte att avgöra huruvida försörjningsdirektivet är tillämpligt.

111. Jag instämmer i allt väsentligt med sökandena och Europeiska kommissionen. Det råder ingen tvekan om att verksamheterna i fråga omfattas av försörjningsdirektivets tillämpningsområde i den mån de är nödvändiga för att posttjänsterna ska kunna tillhandahållas i vederbörlig ordning och således avser tillhandahållande av posttjänster enligt artikel 13 i försörjningsdirektivet.

112. För det första omfattas Poste Italiane (och Poste Tutela vid den tidpunkt då meddelandet om upphandling utfärdades) av den *personkrets* som försörjningsdirektivet är tillämpligt på. Även om parterna i sina skriftliga och muntliga inlagor ingående har diskuterat Poste Italianes rättsliga ställning är det inte nödvändigt att fastställa huruvida Poste Italiane är ett "offentlighetsrättsligt organ".

113. Det räcker att påpeka att Poste Italiane uppfyller kriterierna i artikel 4.2 i försörjningsdirektivet för att kvalificeras som ett "offentligt företag". Eftersom majoriteten av andelarna i Poste Italiane ägs av staten eller statligt relaterade organ⁴² ska det presumeras att staten har ett bestämmande inflytande över Poste Italiane. Av detta följer att Poste Italiane är ett offentligt företag i den mening som avses i artikel 4.2 i försörjningsdirektivet.

⁴² Punkt 17 ovan.

114. För det andra omfattas tjänsterna i fråga av försörjningsdirektivets *materiella* tillämpningsområde. Enligt min mening är vaktmästartjänster, reception och tillträdeskontroll till lokaler som tillhör Poste Italiane nödvändiga för ett adekvat utförande av posttjänsterna. På liknande sätt som i de allmänna påpekandena ovan⁴³ kan det förstås diskuteras huruvida dessa specifika tjänster strängt taget är nödvändiga för tillhandahållandet av posttjänster.⁴⁴ De har dock utan tvekan *vanligen samband med* tillhandahållandet av sådana tjänster och *avser* dem i denna mening.

115. Den omständigheten att tjänsterna i fråga inte endast tillhandahålls för postkontor, utan också för administrativa kontor där allmänheten inte tas emot och i lokaler där finansiella tjänster eller försäkringstjänster tillhandahålls, saknar relevans.

116. För det första, även om allmänheten – användarna av posttjänster – normalt inte tas emot vid administrativa kontor innebär den omständigheten att policyer avseende posttjänster beslutas och genomförs vid dessa kontor att de helt enkelt är en del av posttjänsterna. På sätt och vis utgör detta fortsättningen på Poste Italianes argument att posttjänster faktiskt endast är den fysiska hanteringen av postförsändelserna. Men posttjänster måste inte desto mindre även inbegripa styrning och planering av dessa tjänster: posttjänster händer inte spontant.

117. För det andra, vad gäller de andra slag av tjänster som Poste Italiane utför, är det sannolikt att dessa å sin sida tillhandahålls i samma lokaler som posttjänsterna. För att fastställa att ett funktionellt samband saknas mellan verksamheterna i fråga och posttjänsterna behöver det bevisas att kontrakt avseende dessa verksamheter har ingåtts *uteslutande* för lokaler som inte direkt eller indirekt har något att göra med posttjänster.

118. För det tredje förutses i artikel 5.4 i försörjningsdirektivet faktiskt att en viss sammanblandning kan förekomma i fall där de upphandlande enheterna väljer att tilldela ett enda kontrakt (som täcker posttjänster och andra tjänster än posttjänster). Även i sådana fall är försörjningsdirektivet emellertid tillämpligt på det *blandade kontrakt* som ingås.

119. En sådan sammanblandning är emellertid inte oundviklig. Den är en följd av den upphandlande enhetens val att gå tillväga på detta sätt och slå samman alla tjänster i ett kontrakt. Enligt artikel 6.1 får upphandlande enheter tilldela separata kontrakt i syfte att undvika en icke-differentierad tillämpning av försörjningsdirektivet på alla Poste Italianes – onekligen olika – verksamheter, hur olika de än är.

120. Sammanfattningsvis är logiken bakom hur försörjningsdirektivet fungerar på sätt och vis den motsatta mot vad Poste Italiane har hävdad. Det är faktiskt möjligt att undkomma tillämpning av försörjningsdirektivet, om den upphandlande enheten i stället för att begära in anbud avseende ett blandat kontrakt som är allmänt tillämpligt på alla verksamheter, inbegripet postverksamheten, väljer att tilldela separata kontrakt avseende varje separat verksamhet. Det är dock inte möjligt att undkomma tillämpning av försörjningsdirektivet genom att begära in anbud avseende ett blandat kontrakt och sedan påstå att eftersom direktivet inte skulle vara tillämpligt på vissa delar av kontraktet om de betraktades separat, är direktivet inte tillämpligt på hela kontraktet.

⁴³ Punkterna 101–103 ovan.

⁴⁴ Men en sådan invändning skulle faktiskt kunna göras med avseende på alla verksamheter som enligt en rimlig tolkning normalt ses som en nödvändig del av posttjänster. Visserligen kan posttjänster kanske levereras utan el (om postkontoren lysas upp med stearinljus), utan bilar (posttjänstemännen kan gå) eller utan städtjänster (högar med skräp behöver inte fysiskt hindra kunderna från att ta sig fram till postluckan på ett postkontor).

V. Förslag till avgörande

121. Jag föreslår att eftersom målet i fråga inte längre är anhängigt vid den hänskjutande domstolen, saknas anledning att besvara de frågor som har hänskjutits av Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien).