Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 3. oktobra 2019*

„Predhodno odločanje – Javna naročila – Direktiva 2014/24/EU – Člen 12(1) – Časovna uporaba – Svoboda držav članic glede izbire načina opravljanja storitev – Omejitve – Javna naročila, ki so predmet tako imenovane ‚*in-house*‘ oddaje – Posel *in-house* – Prekrivanje javnega naročila in posla *in-house*“

V zadevi C-285/18,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče Litve) z odločbo z dne 13. aprila 2018, ki je na Sodišče prispela 25. aprila 2018, v postopku, ki sta ga sprožili

Kauno miesto savivaldybė,

Kauno miesto savivaldybės administracija,

ob udeležbi

UAB „Irgita“,

UAB „Kauno švara“,

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi M. Vilaras, predsednik senata, K. Jürimäe, sodnica, D. Šváby, (poročevalec), S. Rodin in N. Piçarra, sodniki,

generalni pravobranilec: G. Hogan,

sodni tajnik: A. Calot Escobar,

na podlagi pisnega postopka,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za Kauno miesto savivaldybės administracija sprva L. Ziferman, advokatė, M. Dobilas in A. Mikočiūnienė, advokato padėjėjai, nato K. Kačerauskas, V. Vaitkutė Pavan, advokatai, in A. Mikočiūnienė, advokato padėjėja,

– za UAB „Irgita“ D. Pakėnas, advokatas,

– za UAB „Kauno švara“ V. Masiulis, advokatas,

* Jezik postopka: litovščina.

– za litovsko vlado K. Dieninis, R. Butvydytė, J. Prasauskienė in R. Krasuckaitė, agenti,

– za estonsko vlado, N. Grünberg, agentka,

– za poljsko vlado B. Majczyna, agent,

– za Evropsko komisijo S. L. Kalėda, P. Ondrůšek in L. Haasbeek, agenti,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 7. maja 2019

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 1(2)(a) in člena 2 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132), členov 1, 12 in 18 Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18 (UL 2014, L 94, str. 65), členov 18, 49, 56 in 106 PDEU ter člena 36 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina).

2 Ta predlog je bil vložen v okviru postopka, ki sta ga sprožili Kauno miesto savivaldybė (mestna občina Kaunas, Litva) (v nadaljevanju: mesto Kaunas) in Kauno miesto savivaldybės administracija (občinska uprava mesta Kaunas, v nadaljevanju: javni naročnik) glede sklenitve pogodbe o opravljanju storitev med družbo UAB „Kauno švara“ in javnim naročnikom.

Pravni okvir

Pravo Unije

3 V uvodnih izjavah 1, 2, 5, 7, 31 in 32 Direktive 2014/24 je navedeno:

„(1) Oddaja javnih naročil, ki jo izvedejo organi držav članic ali se izvede v njihovem imenu, mora biti v skladu z načeli Pogodbe [DEU], zlasti z načeli prostega pretoka blaga, svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev ter načeli, ki izhajajo iz njih, kot so načela enake obravnave, nediskriminacije, vzajemnega priznavanja, sorazmernosti in transparentnosti. Vendar bi bilo treba za javna naročila nad določeno vrednostjo pripraviti določbe o uskladitvi nacionalnih postopkov javnega naročanja, da se zagotovita dejanski učinek teh načel in odprtost javnih naročil za konkurenco.

(2) Javna naročila imajo ključno vlogo pri strategiji Evropa 2020, določeni v Sporočilu Komisije z dne 3. marca 2010 z naslovom ‚Evropa 2020, strategija za pametno, trajnostno in vključujočo rast‘ […], saj gre za enega od tržnih instrumentov, ki jih je treba uporabiti za doseganje pametne, trajnostne in vključujoče rasti ob hkratnem zagotavljanju najučinkovitejše rabe javnih sredstev. V ta namen bi bilo treba pregledati in posodobiti pravila o javnem naročanju, sprejeta v skladu z Direktivo 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta [z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 19)] in Direktivo [2004/18], da bi povečali učinkovitost javne porabe, olajšali predvsem sodelovanje malih in srednjih podjetij (MSP) pri javnih naročilih, naročnikom pa omogočili boljšo uporabo javnih

naročil v podporo skupnim družbenim ciljem. Treba je tudi pojasniti osnovne pojme in koncepte, da bi zagotovili pravno varnost in upoštevali nekatere vidike povezane in uveljavljene sodne prakse Sodišča Evropske unije.

[…]

(5) Opozoriti bi bilo treba, da nobena določba v tej direktivi držav članic ne zavezuje, da storitve, ki jih želijo opravljati same ali jih organizirati drugače kot v obliki javnih naročil v smislu te direktive, oddajo v podizvajanje ali njihovo izvajanje prenesejo na zunanje izvajalce. […]

[…]

(7) Nazadnje bi bilo treba opozoriti, da ta direktiva ne posega v možnost nacionalnih, regionalnih in lokalnih organov, da v skladu s pravom Unije pri izpolnjevanju svojih ciljev javne politike opredelijo storitve splošnega gospodarskega pomena, njihov obseg in značilnosti storitve, ki se opravlja, vključno s kakršnimi koli pogoji glede kakovosti storitve. Ta direktiva prav tako ne bi smela posegati v pristojnost nacionalnih, regionalnih in lokalnih organov, da v skladu s členom 14 PDEU in Protokolom (št. 26) o storitvah splošnega pomena, ki je priložen PDEU in Pogodbi o Evropski uniji (PEU), opravljajo, naročajo in financirajo storitve splošnega gospodarskega pomena. Poleg tega ta direktiva ne obravnava financiranja storitev splošnega gospodarskega pomena ali sistemov pomoči, ki jih v skladu s pravili [Evropske] Unije o konkurenci dodelijo države članice, zlasti na socialnem področju.

[…]

(31) Obstaja precejšnja pravna negotovost glede vprašanja, v kolikšni meri bi bilo treba pogodbe, sklenjene med subjekti v javnem sektorju, zajeti v pravila o javnem naročanju. Države članice in celo javni naročniki si zadevno sodno prakso [Sodišča] razlagajo različno. Zato je treba pojasniti, v katerih primerih se za pogodbe o izvedbi javnega naročila, sklenjene v javnem sektorju, ne uporabljajo pravila o javnem naročanju.

Tako pojasnilo bi moralo temeljiti na načelih iz ustrezne sodne prakse [Sodišča]. Dejstvo, da sta obe pogodbeni stranki tudi javna organa, samo po sebi ne izključuje uporabe pravil o javnem naročanju. Vendar pa uporaba pravil o javnem naročanju ne bi smela posegati v svobodo javnih organov, da izvajajo naloge na področju javnih storitev, za katere so pristojni, z uporabo lastnih virov, kar zajema tudi možnost sodelovanja z drugimi javnimi organi.

Treba bi bilo zagotoviti, da nobeno izvzeto javno-javno sodelovanje ne izkrivlja konkurence glede na zasebne gospodarske subjekte, tako da zasebnemu izvajalcu storitev zagotavlja prednost pred njegovimi konkurenti.

(32) Za javna naročila, ki se oddajo odvisnim pravnim osebam, se postopki iz te direktive ne bi smeli uporabljati, če javni naročnik obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe, pod pogojem, da odvisna pravna oseba več kot 80 % svojih dejavnosti izvaja za izvrševanje nalog, ki ji jih je poveril naročnik, ki jo obvladuje, ali druge pravne osebe, ki jih ta naročnik obvladuje, ne glede na to, kdo je upravičenec izvajanja naročila.

[…]“.

4 Člen 1 te direktive, naslovljen „Predmet urejanja in področje uporabe“, v odstavku 4 določa:

„Ta direktiva ne vpliva na možnost držav članic, da v skladu s pravom Unije opredelijo, kaj štejejo kot storitve splošnega gospodarskega pomena, kako bi morale biti te storitve organizirane in financirane v skladu s pravili o državni pomoči ter katere posebne obveznosti bi zanje morale veljati. Ta direktiva prav tako ne vpliva na odločitev javnih organov o tem, ali, kako in v kolikšni meri želijo samostojno izvajati javne funkcije v skladu s členom 14 PDEU in Protokolom (št. 26).“

5 Člen 12 navedene direktive, ki se nanaša na „[j]avna naročila med osebami v javnem sektorju“, v odstavku 1 določa:

„Javno naročilo, ki ga javni naročnik odda pravni osebi zasebnega ali javnega prava, ne spada v področje uporabe te direktive, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

(a) javni naročnik obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe;

(b) odvisna pravna oseba izvaja več kot 80 % svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki ji jih je dal javni naročnik, ki jo obvladuje, ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta javni naročnik, in

(c) v odvisni pravni osebi neposreden zasebni kapital ni udeležen, razen v obliki neobvladujočega in nekontrolnega deleža zasebnega kapitala, ki se – v skladu s Pogodbama – zahteva z določbami nacionalne zakonodaje in ki ne vpliva odločilno na odvisno pravno osebo.

[…]“.

6 Člen 18(1) Direktive 2014/24, naslovljen „Načela javnega naročanja“, določa:

„Javni naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno.

Javno naročilo ni zasnovano z namenom, da se izključi iz področja uporabe te direktive ali da se umetno omeji konkurenca. Konkurenca se šteje za umetno omejeno, če je javno naročilo zasnovano z namenom, da neupravičeno zagotavlja boljšo oziroma slabšo obravnavo nekaterih gospodarskih subjektov.“

7 Direktiva 2004/18 je bila z učinkom od 18. aprila 2016 razveljavljena na podlagi člena 91, prvi odstavek, Direktive 2014/24.

Litovsko pravo

8 Člen 10(5) Lietuvos Respublikos vieja jų pirkimų įstatymas (litovski zakon o javnem naročanju, v nadaljevanju: zakon o javnem naročanju) je v različici, ki je veljala od 1. januarja 2014 do 1. julija 2017, določal, da je bilo posel *in-house* „mogoče začeti […] šele po prejemu soglasja urada za javna naročila“.

9 V različici, ki velja od 1. julija 2017, člen 10 zakona o javnem naročanju določa:

„1. Zahteve iz tega zakona se ne uporabljajo za posle *in-house*, ki jih javni naročnik sklene z drugim javnim naročnikom, če so brez izjeme izpolnjeni vsi ti pogoji:

1) Javni naročnik nad drugim javnim naročnikom izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami ali organi, odločilno vpliva na njegove strateške cilje in pomembne odločitve, vključno z odločitvami o dolgoročnih naložbah, cesiji, zakupu, zastavi, hipoteki; pridobitvi ali odsvojitvi deležev v drugih gospodarskih subjektih; prenosu upravljanja dela drugega subjekta. Ta nadzor lahko izvaja tudi druga pravna oseba, ki jo enako nadzoruje javni naročnik.

2) V obdobju zadnjih treh let je odvisni javni naročnik ustvaril več kot 80 % svojega prometa na podlagi pogodb, sklenjenih z naročnikom, ki izvaja nadzor, ali s pravnimi osebami, ki jih ta naročnik obvladuje, ter katerih namen je zadovoljiti njegove/njihove potrebe ali izvajati njegove/njihove funkcije. Če odvisni javni naročnik opravlja svojo dejavnost manj kot tri leta, je treba njegove rezultate oceniti glede na njegov poslovni načrt.

3) V kapitalu odvisnega javnega naročnika ni neposredne zasebne kapitalske udeležbe.

2. Posle *in-house* je mogoče skleniti le izjemoma, če so izpolnjeni pogoji iz odstavka 1 tega člena ter če oddaja javnega naročila ne omogoča zagotovitve stalnosti, dobre kakovosti in razpoložljivosti storitev.

[…]

5. Javna podjetja, delniške družbe in družbe z omejeno odgovornostjo, v katerih znaša delež države več kot polovico glasovalnih pravic na skupščini družbenikov, ne smejo sklepati poslov *in-house*.“

10 Člen 4 Lietuvos Respublikos konkurencijos istatymas (litovski zakon o konkurenci) z dne 23. marca 1999 (Žin., 1999, št. 30–856, v nadaljevanju: zakon o konkurenci) določa:

„1. Pri opravljanju poverjenih nalog v zvezi z regulacijo gospodarske dejavnosti v Republiki Litvi morajo javni organi zagotavljati svobodno in pošteno konkurenco.

2. Javni organi ne smejo sprejemati pravnih predpisov ali odločb, ki podeljujejo ugodnosti ali so diskriminatorni do posameznih gospodarskih subjektov ali skupin subjektov in ki povzročijo ali bi lahko povzročili razlike v konkurenčnih pogojih za gospodarske subjekte, ki si konkurirajo na zadevnem trgu, razen če se razlikam v konkurenčnih pogojih pri izpolnjevanju pogojev, določenih v zakonodaji, ni mogoče izogniti.“

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

11 Javni naročnik je 7. februarja 2014 objavil obvestilo o javnem naročilu za opravljanje storitev vzdrževanja in ureditve nasadov, gozdov in parkov mesta Kaunas.

12 To javno naročilo, ki je sestavljeno iz treh delov, je bilo v celoti oddano družbi Irgita in na njegovi podlagi je bila 18. marca 2014 podpisana pogodba o opravljanju storitev košnje za obdobje treh let, torej do 18. marca 2017.

13 V tej pogodbi je bil predviden največji obseg storitev, ki bi jih bilo mogoče zahtevati od družbe Irgita. Vendar se javni naročnik ni zavezal, da bo naročil vse storitve ali obsega vseh storitev, ki so določene v navedeni pogodbi. Poleg tega bi moral javni naročnik družbi Irgita plačati le za storitve, ki bi bile dejansko opravljene, v skladu s tarifami, določenimi v isti pogodbi.

14 Javni naročnik je 1. aprila 2016 zaprosil za soglasje Viešųjų pirkimų tarnyba (organ za javna naročila, Litva), da bi z družbo Kauno švara sklenil posel *in-house*, ki se nanaša na storitve, ki so v bistvu podobne tistim, za katere je bila družba Irgita zadolžena s pogodbo z dne 18. marca 2014.

15 Družbo Kauno švara, ki ima pravno osebnost, nadzoruje javni naročnik, ki ima v lasti njen celoten kapital. Poleg tega je leta 2015 ustvarila 90,07 % svojega prometa s tem, da je svojo dejavnost opravljala samo za javnega naročnika.

16 Urad za javna naročila je 20. aprila 2016 podal soglasje za sklenitev pogodbe med družbo Kauno švara in javnim naročnikom za opravljanje zadevnih storitev, hkrati pa zadnjenavedenemu naložil, naj pred sklenitvijo navedene pogodbe oceni možnost pridobitve teh storitev z organiziranjem postopka oddaje javnega naročila. Vsekakor je moral javni naročnik ravnati v skladu s členom 4(2) zakona o konkurenci.

17 Mesto Kaunas se je 3. maja 2016 odločilo, da sklene pogodbo o opravljanju storitev košnje z družbo Kauno švara, in določilo tarife storitev, ki jih je treba opraviti (v nadaljevanju: sporna odločba).

18 Javni naročnik in družba Kauno švara sta 19. maja 2016 sklenila navedeno pogodbo (v nadaljevanju: sporna pogodba). Ta pogodba, katere trajanje je bilo določeno na pet let, med drugim določa, da so naročila storitev odvisna od potreb javnega naročnika, da se storitve plačujejo v skladu s tarifami, določenimi v pogodbi, in da je mogoče ta rok podaljšati.

19 Družba Irgita je 20. maja 2016 pri pristojnem litovskem sodišču prve stopnje vložila tožbo zoper sporno odločbo in sporno pogodbo. V okviru te tožbe je trdila, da glede na pogodbo z dne 18. marca 2014, ki je bila sklenjena med njo in javnim naročnikom, zadnjenavedeni ne bi smel skleniti sporne pogodbe.

20 Po tem, ko družba Irgita na prvi stopnji ni uspela, je uspela pri Lietuvos apeliacinis teismas (pritožbeno sodišče Litve), ki je z odločbo z dne 4. oktobra 2017 sporno odločbo razveljavilo in sporno pogodbo razglasilo za nično.

21 To sodišče je poudarilo, da pravica do sklenitve posla *in-house*, določena v členu 10(5) zakona o javnem naročanju v različici, ki je veljala od 1. julija 2014 do 1. julija 2017, ne sme odstopati od prepovedi škodovanja konkurenci med gospodarskimi subjekti, prepovedi, da se enega od njih privilegira in druge diskriminira, kot je navedeno v členu 4(2) zakona o konkurenci. Sporna pogodba pa naj bi bila nezakonita, zlasti ker naj bi povzročila zmanjšanje obsega naročil storitev pri družbi Irgita in ker naj bi s sklenitvijo posla *in-house* brez objektivne potrebe javni naročnik podjetju, ki je pod njegovim nadzorom, podelil privilegije, ki bi lahko izkrivljali pogoje konkurence med gospodarskimi subjekti na trgu vzdrževanja gozdnatih območij v mestu Kaunas.

22 Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče Litve) v okviru kasacijske pritožbe, ki sta jo vložila mesto Kaunas in javni naročnik, poudarja, prvič, da je sporna pogodba nedvomno posel *in-house* in, drugič, da se v postopku v glavni stvari postavlja splošno vprašanje razmerja med posli *in-house* in spoštovanjem načela svobodne konkurence med neodvisnimi subjekti.

23 Poleg tega ugotavlja, da je bila od konca leta 2011 do sredine leta 2015 sodna praksa Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (vrhovno upravno sodišče Litve) določena tako, da so bili posli *in-house*, ki so skladni z merili iz sodbe z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), zakoniti. Vendar je Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (vrhovno upravno sodišče Litve) od sredine leta 2015 ob upoštevanju zlasti dveh sklepov Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas (ustavno sodišče Republike Litve) pogojevalo zakonitost poslov *in-house* ne le z merili, ki so bila določena v sodbi z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), temveč tudi z drugimi merili presoje, ki izhajajo zlasti iz zakona o konkurenci. Med temi merili so zlasti stalnost, dobra

kakovost in dostopnost storitve ter učinki nameravanega posla *in-house* na enako obravnavanje drugih gospodarskih subjektov na eni strani ter na možnost zadnjenavedenih, da konkurirajo za opravljanje zadevnih storitev, na drugi strani.

24 Predložitveno sodišče meni, da je pojem „posel *in-house*“ samostojen pojem, ki je značilen za pravo Unije, saj se glede na sodbo z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), zdi, da spada pod splošni pojem „javno naročilo“. Ker pa opredelitev tega pojma ne vsebuje sklicevanja na pravo držav članic, naj bi navedeni pojem spadal na področje uporabe prava Unije, kot naj bi bilo razvidno iz sodbe z dne 18. januarja 2007, Auroux in drugi (C-220/05, EU:C:2007:31).

25 Poleg tega naj bi bilo iz člena 12 Direktive 2014/24 v povezavi z uvodnimi izjavami 2, 31 in 32 te direktive razvidno, da je zakonitost posla *in-house* v smislu tega člena odvisna izključno od pogojev, določenih v sodbi z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), kar naj bi izključevalo upoštevanje drugih elementov in pomenilo, da se z Direktivo 2014/24 izvaja natančna uskladitev poslov *in-house*.

26 Vendar predložitveno sodišče ne izključuje, da države članice ohranijo določeno polje proste presoje. V zvezi s tem naj v skladu s členom 1(4) Direktive 2014/24 ta ne bi posegala v možnost držav članic, da v skladu s pravom Unije opredelijo, kaj štejejo kot „storitve splošnega gospodarskega pomena“, kako bi morale biti te storitve organizirane in financirane v skladu s pravili o državni pomoči ter katere posebne obveznosti bi zanje morale veljati. Ta direktiva naj prav tako ne bi vplivala na odločitev javnih organov o tem, ali in kako želijo samostojno izvajati javne funkcije v skladu s členom 14 PDEU in Protokolom (št. 26). Člen 36 Listine prav tako določa, da Unija priznava in spoštuje dostop do storitev splošnega gospodarskega pomena, ki je v skladu s Pogodbama določen v nacionalnih zakonodajah in praksah, s čimer pospešuje socialno in teritorialno kohezijo Unije.

27 Po mnenju predložitvenega sodišča bi morale imeti države članice možnost, da možnost izvedbe posla *in-house* pogojijo s spoštovanjem zahtev po jasnosti, predvidljivosti in zlasti varstva legitimnih pričakovanj, če so te zahteve jasno določene v njihovi zakonodaji in ne izhajajo le iz sodne prakse.

28 Poleg tega, tudi če bi nacionalna sodišča lahko določila omejitve za izvajanje poslov *in-house*, predložitveno sodišče dvomi o utemeljenosti teh omejitev. Predložitveno sodišče namreč meni, da bi razlogovanje Lietuvos apeliacinis teismas (pritožbeno sodišče Litve) povzročilo dvom o pravici naročnika, da izvede posel *in-house* v skladu z merili, določenimi v sodbi z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), ker drugi gospodarski subjekti, ki jih podjetje nadzoruje, lahko opravljajo zadevne storitve.

29 V teh okoliščinah je Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče Litve) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali glede na okoliščine obravnavane zadeve posel *in-house* spada na področje uporabe Direktive 2004/18 ali na področje uporabe Direktive 2014/24, če so se postopki za sklenitev spornih poslov *in-house* – med drugim upravni postopki – začeli, ko je še veljala Direktiva 2004/18, sama pogodba pa je bila sklenjena 19. maja 2016, ko Direktiva 2004/18 ni več veljala?

2. Ob predpostavki, da posel *in-house* spada na področje uporabe Direktive 2004/18:
   (a) ali je treba člen 1(2)(a) Direktive (a ne zgolj njega) ob upoštevanju sodb Sodišča, zlasti v zadevah z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), […], z dne 18. januarja 2007, Auroux in drugi (C-220/05, EU:C:2007:31), in […] z dne 6. aprila 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), razumeti in razlagati tako, da pojem posla *in-house* spada na področje uporabe prava Unije ter da na vsebino in uporabo tega pojma ne vpliva nacionalno pravo držav članic, med drugim z omejitvami glede sklepanja takih poslov, na primer s pogojem, da se z javnimi naročili ne morejo zagotoviti kakovost, dostopnost in stalnost storitev, ki jih je treba opraviti;

(b) ali bi bilo treba, če je odgovor na [drugo] vprašanje [točka a] nikalen, torej če pojem ‚posel *in-house*' deloma ali v celoti spada na področje prava držav članic, zgoraj navedeno določbo Direktive 2004/18 razlagati tako, da imajo države članice diskrecijsko pravico za določitev omejitev ali dodatnih pogojev za sklepanje poslov *in-house* (v primerjavi s pravom Unije in sodno prakso Sodišča, ki to pravo razlaga), vendar smejo to diskrecijsko pravico uporabiti samo z določitvijo konkretnih in jasnih pozitivnih pravnih določb o javnem naročanju?

3. Ob predpostavki, da posel *in-house* spada na področje uporabe Direktive 2014/24:
   (a) Ali je treba člen 1(4) in člen 12 Direktive ter člen 36 Listine, skupaj ali posamično (a ne zgolj njih), ob upoštevanju sodb Sodišča, zlasti v zadevah z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), […], z dne 18. januarja 2007, Auroux in drugi (C-220/05, EU:C:2007:31), in […] z dne 6. aprila 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), razumeti in razlagati tako, da pojem ‚posel *in-house*' spada na področje uporabe prava Unije ter da na vsebino in uporabo tega pojma ne vpliva nacionalno pravo držav članic, med drugim z omejitvami glede sklepanja takih poslov, na primer s pogojem, da se z javnimi naročili ne morejo zagotoviti kakovost, dostopnost in stalnost storitev, ki jih je treba opraviti?
   (b) Ali bi bilo treba, če je odgovor na [tretje] vprašanje [točka a] nikalen, torej če pojem ‚posel *in-house*' deloma ali v celoti spada na področje prava držav članic, določbe člena 12 Direktive 2014/24 razlagati tako, da imajo države članice diskrecijsko pravico za določitev omejitev ali dodatnih pogojev za sklepanje poslov *in-house* (v primerjavi s pravom Unije in sodno prakso Sodišča, ki to pravo razlaga), vendar smejo to diskrecijsko pravico uporabiti samo z določitvijo konkretnih in jasnih pozitivnih pravnih določb o javnem naročanju?

4. Ali bi bilo treba – ne glede na to, katera direktiva velja za sporni posel *in-house* – načela enakosti in prepovedi diskriminacije dobaviteljev javnega naročanja ter preglednosti (člen 2 Direktive 2004/18 in člen 18 Direktive 2014/24), splošno prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva (člen 18 PDEU), svobodo ustanavljanja (člen 49 PDEU), svobodo opravljanja storitev (člen 56 PDEU), možnost, da se podjetjem odobrijo izključne pravice (člen 106 PDEU), ter sodno prakso Sodišča (sodbe z dne 18. novembra 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562; z dne 6. aprila 2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237; z dne 10. septembra 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532; z dne 8. decembra 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, in drugih zadevah) razumeti in razlagati tako, da je posel *in-house* – ki ga skleneta naročnik in subjekt, ki je pravno ločen od tega naročnika, če naročnik nad tem subjektom izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad lastnimi službami, in če dejavnost tega subjekta sestoji v glavnem iz dejavnosti, ki se opravlja v korist naročnika – sam po sebi zakonit, da med drugim ne krši pravice drugih gospodarskih subjektov do poštene konkurence, da do teh drugih subjektov ni diskriminatoren in da se odvisnemu subjektu, ki je sklenil posel *in-house*, ne dodelijo nobene ugodnosti?"

Vprašanja za predhodno odločanje

Prvo vprašanje

30 Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali položaj, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, v katerem je javni naročnik oddal javno naročilo pravni osebi, nad katero izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, v okviru postopka, ki je bil začet, ko je Direktiva 2004/18 še veljala, in na podlagi katerega je bila sklenjena pogodba po razveljavitvi te direktive, spada na področje uporabe Direktive 2004/18 ali na področje uporabe Direktive 2014/24.

31 Kot izhaja iz ustaljene sodne prakse, je treba načeloma za javno naročilo uporabiti tisto direktivo, ki je bila veljavna takrat, ko je javni naročnik izbral vrsto postopka, ki ga bo uporabil, in dokončno odgovoril na vprašanje, ali se opravi predhodno povabilo k oddaji ponudb za oddajo javnega naročila (glej zlasti sodbi z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, točka 31, in z dne 7. aprila 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, točka 83).

32 Ker je bila Direktiva 2004/18 v skladu s členom 91, prvi odstavek, Direktive 2014/24 razveljavljena z učinkom od 18. aprila 2016, je treba preučiti, ali je na ta datum javni naročnik v postopku v glavni stvari že sprejel končno odločitev o izvedbi posla *in-house*.

33 V obravnavanem primeru je iz predložitvene odločbe razvidno, da je javni naročnik 1. aprila 2016 urad za javna naročila zaprosil za pridobitev dovoljenja za sklenitev posla *in-house* iz postopka v glavni stvari in da mu je bilo to dovoljenje izdano 20. aprila 2016, to je po razveljavitvi Direktive 2004/18.

34 Iz tega razloga, kot je navedel generalni pravobranilec v točki 34 sklepnih predlogov, ker je urad za javna naročila izdal svoje soglasje po razveljavitvi Direktive 2004/18, položaj iz postopka v glavni stvari nujno spada na področje uporabe Direktive 2014/24.

35 Ker je bilo poleg tega to dovoljenje pogojeno s tem, da javni naročnik oceni možnost, da bi si storitve iz postopka v glavni stvari priskrbel s klasičnim postopkom oddaje javnega naročila, javni naročnik ni mogel dokončno odločiti o vprašanju, ali bi moral izvesti predhodno povabilo k oddaji ponudb za oddajo javnega naročila iz postopka v glavni stvari na dan razveljavitve Direktive 2004/18, to je 18. aprila 2016.

36 V teh okoliščinah je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da položaj, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, v katerem javni naročnik odda javno naročilo pravni osebi, nad katero izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, v okviru postopka, ki je bil začet v času veljavnosti Direktive 2004/18 in na podlagi katerega je bila sklenjena pogodba po razveljavitvi te direktive, to je 18. aprila 2016, spada na področje uporabe Direktive 2014/24, kadar je javni naročnik dokončno odločil o tem, ali mora opraviti predhodno povabilo k oddaji ponudb za oddajo javnega naročila po tem datumu.

Drugo vprašanje

37 Ob upoštevanju odgovora na prvo vprašanje na drugo vprašanje ni treba odgovoriti.

Tretje vprašanje, točka (a)

38 Najprej je treba poudariti, da se tretje vprašanje, točka (a), med drugim sklicuje na člen 1(4) Direktive 2014/24 in na člen 36 Listine, ki se nanašata na storitve splošnega gospodarskega pomena.

39 Ker predložitvena odločba ne vsebuje nobenega elementa, na podlagi katerega bi bilo mogoče utemeljiti, da je razlaga pojma „storitve splošnega gospodarskega pomena“ upoštevna za rešitev spora o glavni stvari, ni taka, da bi na podlagi nje Sodišče lahko koristno odgovorilo na tretje vprašanje, točka (a), v delu, v katerem se nanaša na člen 1(4) Direktive 2014/24 in člen 36 Listine.

40 Tretje vprašanje, točka (a), je treba torej preoblikovati, in ugotoviti, da predložitveno sodišče z njim sprašuje, ali je treba člen 12(1) Direktive 2014/24 razlagati tako, da nasprotuje nacionalnemu pravilu, s katerim država članica sklepanje poslov *in-house* pogojuje zlasti s tem, da na podlagi oddaje javnega naročila ni mogoče zagotoviti kakovosti opravljenih storitev, njihove dostopnosti ali stalnosti.

41 Najprej je treba poudariti, da je cilj Direktive 2014/24, kot je navedeno v njeni uvodni izjavi 1, uskladiti nacionalne postopke javnega naročanja, ki presegajo določeno vrednost.

42 Člen 12(1) Direktive 2014/24, ki določa, da „[j]avno naročilo, ki ga naročnik dodeli pravni osebi zasebnega ali javnega prava, ne spada v področje uporabe te direktive, če so izpolnjeni vsi pogoji [iz točk od (a) do (c) tega odstavka]“, je treba razlagati glede na to ugotovitev.

43 Ta določba, ki je tako omejena na pojasnitev pogojev, ki jih mora javni naročnik spoštovati, kadar želi skleniti posel *in-house*, daje državam članicam le pravico, da take posle izključijo s področja uporabe Direktive 2014/24.

44 Zato državam članicam ne more odvzeti pravice, da dajo prednost enemu načinu opravljanja storitev, izvedbi gradenj ali dobavi blaga v škodo drugih. Ta svoboščina namreč pomeni izbiro, ki se opravi v fazi pred fazo oddaje javnega naročila in ki zato ne more spadati na področje uporabe Direktive 2014/24.

45 Svoboda držav članic glede izbire načina opravljanja storitev, s katerim bodo javni naročniki sami zadovoljili svoje potrebe, prav tako izhaja iz uvodne izjave 5 Direktive 2014/24, v kateri je navedeno, da „nobena določba v tej direktivi držav članic ne zavezuje, da storitve, ki jih želijo opravljati same ali jih organizirati drugače kot v obliki javnih naročil v smislu te direktive, oddajo v podizvajanje ali njihovo izvajanje prenesejo na zunanje izvajalce“, s čimer je tako potrjena sodna praksa Sodišča, ki je obstajala pred navedeno direktivo.

46 Tako kot Direktiva 2014/24 državam članicam ne nalaga obveznosti, da izvedejo postopek oddaje javnega naročila, jih ne more prisiliti k izvedbi posla *in-house*, kadar so pogoji iz člena 12(1) izpolnjeni.

47 Poleg tega je svoboda, ki je tako prepuščena državam članicam, jasneje poudarjena v členu 2(1) Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL 2014, L 94, str. 1), ki določa:

„Ta direktiva potrjuje načelo samostojnega upravljanja s strani nacionalnih, regionalnih in lokalnih organov v skladu z nacionalnim pravom in pravom Unije. Ti organi sami odločajo, kako bodo najbolje upravljali izvajanje gradenj ali opravljanje storitev in zlasti zagotovili visoko raven kakovosti, varnosti in cenovne dostopnosti, enako obravnavo ter spodbujanje splošnega dostopa in pravic uporabnikov v javnih storitvah.

Ti organi se lahko odločijo, da svoje naloge v javnem interesu izvajajo z lastnimi sredstvi ali v sodelovanju z drugimi organi oziroma da njihovo izvajanje prenesejo na gospodarske subjekte.“

48 Svoboda držav članic pri izbiri načina upravljanja, za katerega menijo, da je najprimernejši za izvedbo gradenj ali opravljanje storitev, pa ne sme biti neomejena. Nasprotno, izvajati se mora ob upoštevanju temeljnih pravil Pogodbe DEU, zlasti prostega pretoka blaga, svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, ter iz tega izhajajočih načel, kot sta enako obravnavanje, prepoved diskriminacije, vzajemno priznavanje, sorazmernost in preglednost (glej po analogiji sodbe z dne 9. julija 1987, CEI in Bellini, od 27/86 do 29/86, EU:C:1987:355, točka 15; z dne 7. decembra 2000, Telaustria in Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, točka 60, in z dne 10. septembra 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, točka 38).

49 V okviru teh omejitev lahko država članica javnemu naročniku naloži pogoje, ki niso določeni v členu 12(1) Direktive 2014/24, da bi lahko sklenil posel *in-house*, zlasti da bi se zagotovila stalnost, dobra kakovost in dostopnost storitve.

50 Glede na zgoraj navedeno je treba na tretje vprašanje, točka (a), odgovoriti, da je treba člen 12(1) Direktive 2014/24 razlagati tako, da ne nasprotuje nacionalnemu pravilu, s katerim država članica sklenitev posla *in-house* pogojuje zlasti s tem, da na podlagi oddaje javnega naročila ni mogoče

zagotoviti kakovosti opravljenih storitev, njihove dostopnosti ali stalnosti, če izbira v prid nekemu načinu opravljanja storitev, opravljena v fazi pred fazo oddaje javnega naročila, spoštuje načela enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije, vzajemnega priznavanja, sorazmernosti in preglednosti.

Tretje vprašanje, točka (b)

51 Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem, točka (b), v bistvu sprašuje, ali je treba člen 12(1) Direktive 2014/24 ob upoštevanju načela preglednosti razlagati tako, da je treba pogoje, s katerimi države članice pogojujejo sklenitev poslov *in-house*, opredeliti z natančnimi in jasnimi določbami pozitivnega prava o javnem naročanju.

52 Kot je bilo poudarjeno v točki 44 te sodbe, Direktiva 2014/24 državam članicam ne odvzema pravice, da v fazi pred fazo oddaje javnega naročila dajo prednost enemu načinu opravljanja storitev, izvedbi gradenj ali dobavi blaga v škodo drugih.

53 Iz tega sledi, da kadar država članica uvede pravila, v skladu s katerimi tak način opravljanja storitev, izvajanje gradenj ali dobave blaga v primerjavi z drugimi prevlada, kot je bilo storjeno v obravnavani zadevi v zvezi s pogoji, s katerimi litovska zakonodaja pogojuje sklenitev poslov *in-house* v smislu člena 12(1) Direktive 2014/24, uvedba teh pravil ne more spadati v prenos te direktive.

54 Vendar če se države članice odločijo, da bodo ravnale tako, morajo – kot je bilo poudarjeno v točki 48 te sodbe – še naprej upoštevati različna načela, med katerimi je načelo preglednosti.

55 Z načelom preglednosti se enako kot z načelom pravne varnosti zahteva, da so pogoji, s katerimi države članice pogojujejo sklenitev poslov *in-house*, določeni s pravili, ki so dovolj dostopna, natančna in predvidljiva pri njihovi uporabi, da se prepreči vsakršno tveganje samovoljnosti.

56 Glede na zgornje ugotovitve mora predložitveno sodišče presoditi, ali je bil razvoj razlage določb zakona o konkurenci, ki so jo litovska vrhovna sodišča podajala od sredine leta 2015, prikazan dovolj jasno in natančno ter ali je bil ustrezno objavljen, da so bili tako javni naročniki kot zainteresirani gospodarski subjekti o tem lahko razumno obveščeni.

57 Na tretje vprašanje, točka (b), je treba torej odgovoriti, da je treba člen 12(1) Direktive 2014/24 v povezavi z načelom preglednosti razlagati tako, da morajo biti pogoji, s katerimi države članice pogojujejo sklenitev poslov *in-house*, opredeljeni z natančnimi in jasnimi določbami pozitivnega prava o javnem naročanju, ki morajo biti dovolj dostopne in predvidljive pri njihovi uporabi, da se prepreči vsakršno tveganje samovoljnosti, kar mora v obravnavanem primeru preveriti predložitveno sodišče.

Četrto vprašanje

58 Predložitveno sodišče s četrtim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je sklenitev posla *in-house*, ki izpolnjuje pogoje iz člena 12(1), od (a) do (c), Direktive 2014/24, sama po sebi v skladu s pravom Unije.

59 Iz člena 12(1), od (a) do (c), Direktive 2014/24 izhaja, da javno naročilo, ki ga javni naročnik odda pravni osebi zasebnega ali javnega prava, ne spada na področje uporabe te direktive, če, prvič, javni naročnik nad to pravno osebo izvaja nadzor, ki je podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi dejavnostmi, drugič, se več kot 80 % dejavnosti navedene pravne osebe opravlja v okviru izvajanja nalog, ki ji jih zaupa javni naročnik, ki ga nadzira, ali druga pravna oseba, ki jo obvladuje, in, tretjič, v isti pravni osebi zasebni kapital načeloma ni neposredno udeležen.

60 Vendar se ta določba nanaša le na področje uporabe Direktive 2014/24 in je ni mogoče razumeti tako, da določa pogoje, pod katerimi je treba javno naročilo oddati v okviru posla *in-house*.

61 Kot to v bistvu izhaja iz točke 48 te sodbe, zaradi dejstva, da posel *in-house* v smislu člena 12(1) Direktive 2014/24 ne spada na področje uporabe te direktive, ne preneha obveznost le držav članic, ampak tudi javnih naročnikov, da upoštevajo med drugim načela enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije, sorazmernosti in preglednosti.

62 Poleg tega je treba opozoriti, da je v uvodni izjavi 31 te direktive glede sodelovanja med subjekti javnega sektorja navedeno, da bi bilo treba zagotoviti, da nobeno tako sodelovanje, ki je izvzeto s področja uporabe navedene direktive, ne izkrivlja konkurence glede na zasebne gospodarske subjekte.

63 V obravnavanem primeru je zlasti naloga predložitvenega sodišča, da presodi, ali javni naročnik s tem, da je sklenil posel *in-house* iz postopka v glavni stvari, katerega predmet se prekriva s predmetom javnega naročanja, ki ga izvaja družba Irgita kot ponudnica, ni kršil svojih pogodbenih obveznosti, ki izhajajo iz tega naročila, ter načela preglednosti, če bi se izkazalo, da javni naročnik ni dovolj jasno opredelil svojih potreb, zlasti ker ni zagotovljen minimalni obseg storitev za ponudnika, ali če navedeni posel pomeni bistveno spremembo splošne sistematike naročila, sklenjenega z družbo Irgita.

64 Na četrto vprašanje je torej treba odgovoriti, da sklenitev posla *in-house*, ki izpolnjuje pogoje iz člena 12(1), od (a) do (c), Direktive 2014/24, sama po sebi ni v skladu s pravom Unije.

Stroški

65 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (četrti senat) razsodilo:

1. **Položaj, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, v katerem naročnik odda javno naročilo pravni osebi, nad katero izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, v okviru postopka, ki je bil začet v času veljavnosti Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev in na podlagi katerega je bila sklenjena pogodba po razveljavitvi te direktive, to je 18. aprila 2016, spada na področje uporabe Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES, kadar je naročnik dokončno odločil o tem, ali mora opraviti predhodno povabilo k oddaji ponudb za oddajo javnega naročila po tem datumu.**

2. **Člen 12(1) Direktive 2014/24 je treba razlagati tako, da ne nasprotuje nacionalnemu pravilu, s katerim država članica sklenitev posla *in-house* pogojuje zlasti s tem, da na podlagi oddaje javnega naročila ni mogoče zagotoviti kakovosti opravljenih storitev, njihove dostopnosti ali stalnosti, če izbira v prid nekemu načinu opravljanja storitev, opravljena v fazi pred fazo oddaje javnega naročila, spoštuje načela enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije, vzajemnega priznavanja, sorazmernosti in preglednosti.**

3. **Člen 12(1) Direktive 2014/24 v povezavi z načelom preglednosti je treba razlagati tako, da morajo biti pogoji, s katerimi države članice pogojujejo sklenitev poslov *in-house*, opredeljeni z natančnimi in jasnimi določbami pozitivnega prava o javnem naročanju, ki morajo biti dovolj dostopne in predvidljive pri njihovi uporabi, da se prepreči vsakršno tveganje samovoljnosti, kar mora v obravnavanem primeru preveriti predložitveno sodišče.**

4. Sklenitev posla *in-house*, ki izpolnjuje pogoje iz člena 12(1), od (a) do (c), Direktive 2014/24, sama po sebi ni v skladu s pravom Unije.

Podpisi