Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 3 oktober 2019*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 12.1 – Tillämpning i tiden – Medlemsstaternas valfrihet vad gäller sättet att tillhandahålla tjänster – Gränser – Offentlig upphandling med så kallad ’in house’-tilldelning – Intern transaktion – Överlappning mellan en offentlig upphandling och en intern transaktion”

I mål C-285/18,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens högsta domstol) genom beslut av den 13 april 2018, som inkom till domstolen den 25 april 2018, i ett förfarande som anhängiggjorts av

Kauno miesto savivaldybė,

Kauno miesto savivaldybės administracija,

ytterligare deltagare i rättegången:

UAB ”Irgita”,

UAB ”Kauno švara”,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Vilaras samt domarna K. Jürimäe, D. Šváby (referent), S. Rodin och N. Piçarra,

generaladvokat: G. Hogan,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Kauno miesto savivaldybės administracija, inledningsvis genom L. Ziferman, advokatė, M. Dobilas och A. Mikočiūnienė, advokato padėjėjai, därefter genom K. Kačerauskas, V. Vaitkutė Pavan advokatai och A. Mikočiūnienė, advokato padėjėja,

– UAB ”Irgita”, genom D. Pakėnas, advokatas,

* Rättegångsspråk: litauiska.

– UAB ”Kauno švara”, genom V. Masiulis, advokatas,

– Litauens regering, genom K. Dieninis, R. Butvydytė, J. Prasauskienė och R. Krasuckaitė, samtliga i egenskap av ombud,

– Estlands regering, genom N. Grünberg, i egenskap av ombud,

– Polens regering, genom B. Majczyna, i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom S.L. Kalėda, P. Ondrůšek och L. Haasbeek, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 7 maj 2019 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande rör tolkningen av artiklarna 1.2 a och 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114), artiklarna 1, 12 och 18 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18 (EUT L 94, 2014, s. 65), artiklarna 18, 49, 56 och 106 FEUF och artikel 36 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

2 Begäran har framställts i ett förfarande som anhängiggjorts av Kauno miesto savivaldybė (Kaunas kommun, Litauen) och Kauno miesto savivaldybės administracija (Kaunas kommunförvaltning) (nedan kallad den upphandlande myndigheten) och rör ingåendet av ett tjänsteavtal mellan UAB ”Kauno švara” och den upphandlande myndigheten.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 I skälen 1, 2, 5, 7, 31 och 32 i direktiv 2014/24 anges följande:

”(1) Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämma med principerna i [EUF-fördraget], särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. För offentliga kontrakt över ett visst värde bör dock bestämmelser fastställas om samordning av nationella upphandlingsförfaranden för att se till att dessa principer omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

(2) Offentlig upphandling ges en framträdande roll i Europa 2020-strategin, som framgår av kommissionens meddelande av den 3 mars 2010 med titeln ’Europa 2020: En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla’ …, som ett av de marknadsbaserade instrument som ska användas för att uppnå smart och hållbar tillväxt för alla, samtidigt som den säkerställer att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. De upphandlingsregler som antagits i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG [av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

(EUT L 134, 2004, s. 1)] och … direktiv 2004/18 … bör därför ses över och moderniseras, i syfte att använda offentliga medel effektivare, i synnerhet genom att underlätta små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling, och se till att upphandlande myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål. Det finns även ett behov av att klargöra grundläggande begrepp och principer för att säkerställa rättslig säkerhet samt inbegripa vissa aspekter i väletablerad rättspraxis från Europeiska unionens domstol.

…

(5) Det bör erinras om att ingenting i detta direktiv ålägger medlemsstaterna att använda underleverantörer eller lägga ut tillhandahållandet av tjänster som de själva önskar tillhandahålla på entreprenad eller organisera på annat sätt än genom offentliga kontrakt i den mening som avses i detta direktiv. …

…

(7) Det bör slutligen erinras om att detta direktiv inte påverkar nationella, regionala och lokala myndigheters frihet att, i enlighet med unionsrätten, definiera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, deras omfattning och egenskaperna hos de tjänster som ska tillhandahållas, inbegripet eventuella villkor avseende kvaliteten på tjänsten, i syfte att fullfölja deras allmänpolitiska mål. Detta direktiv bör inte heller påverka nationella, regionala och lokala myndigheters befogenhet att tillhandahålla, beställa och finansiera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i enlighet med artikel 14 [FEUF] och protokoll nr 26 om tjänster av allmänt intresse, som fogats till EUF-fördraget och [EU-fördraget]. Direktivet gäller dessutom inte finansieringen av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller medlemsstaternas stödsystem, t.ex. på det sociala området, i enlighet med [Europeiska] unionens konkurrensregler.

…

(31) Det råder betydande rättsosäkerhet om i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn ska omfattas av regler för offentlig upphandling. Tolkningen av relevant rättspraxis från [EU-domstolen] varierar mellan medlemsstaterna och även mellan upphandlande myndigheter. Det är därför nödvändigt att klargöra i vilka fall reglerna om offentlig upphandling inte är tillämpliga på kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn.

Ett sådant klargörande bör vägledas av de principer som fastställts i [EU-domstolens] relevanta rättspraxis. Enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter utesluter inte i sig tillämpning av upphandlingsreglerna. Tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling bör dock inte inskränka upphandlande myndigheters frihet att utföra de offentliga uppdrag som åligger dem genom att använda sina egna resurser, vilket innefattar möjligheten att samarbeta med andra myndigheter.

Det bör säkerställas att undantag för samarbete mellan myndigheter inte leder till att konkurrensen snedvrids i förhållande till privata ekonomiska aktörer i den mån det gynnar en privat tjänsteleverantör i förhållande till dess konkurrenter.

(32) Offentliga kontrakt som tilldelas en kontrollerad juridisk person bör inte omfattas av tillämpningen av de förfaranden som föreskrivs i detta direktiv om den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den kontroll som den utövar över sina egna förvaltningar, förutsatt att den kontrollerade juridiska personen genomför mer än 80 % av sin verksamhet i och med fullgörandet av de uppgifter som den anförtrotts av den kontrollerande upphandlande myndigheten eller av andra juridiska personer som kontrolleras av den upphandlande myndigheten, oavsett vem som drar nytta av fullgörandet av kontraktet.

…”

4 Artikel 1 i direktivet har rubriken ”Syfte och tillämpningsområde”. Artikel 1.4 har följande lydelse:

”Detta direktiv påverkar inte medlemsstaternas frihet att i enlighet med unionsrätten definiera vad de anser vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, hur dessa tjänster bör organiseras och finansieras i enlighet med bestämmelserna om statligt stöd samt vilka särskilda krav de bör underställas. Detta direktiv påverkar inte heller myndigheters beslut om huruvida, hur och i vilken omfattning de önskar utöva offentliga funktioner själva, i enlighet med artikel 14 i EUF-fördraget och protokoll nr 26.”

5 Artikel 12 avser ”[o]ffentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn”. Av artikel 12.1 framgår följande:

”Ett offentligt kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.

b) Den kontrollerade juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över.

c) Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

…”

6 I artikel 18.1 i direktiv 2014/24, med rubriken ”Principer för upphandling”, föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

7 Enligt artikel 91 första stycket i direktiv 2014/24 ska direktiv 2004/18 upphöra att gälla från och med den 18 april 2016.

Litauisk rätt

8 Enligt artikel 10.5 i Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (den litauiska lagen om offentlig upphandling) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling), i den lydelse som var i kraft mellan den 1 januari 2014 och den 1 juli 2017 kunde en intern transaktion ”endast inledas efter tillstånd från kontoret för offentlig upphandling”.

9 I den lydelse som är i kraft sedan den 1 juli 2017, anges följande i artikel 10 i lagen om offentlig upphandling:

”1. Bestämmelserna i denna lag ska inte tillämpas på interna transaktioner som en upphandlande myndighet ingår med en annan upphandlande myndighet när samtliga följande villkor är uppfyllda:

1) Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den andra upphandlande myndigheten motsvarande den kontroll som den utövar över sina egna förvaltningar eller organ, har ett avgörande inflytande över dess strategiska mål och viktiga beslut, inklusive beslut som rör långsiktiga investeringar, överlåtelse, upplåtelse, pantsättning, hypotek, förvärv eller överlåtelse av andelar i andra ekonomiska enheter, överlåtelse av förvaltningen av en gren av en annan enhet. Sådan kontroll kan också utövas av en annan juridisk person, som själv kontrolleras på samma sätt av den upphandlande myndigheten.

2) Intäkterna från avtal som ingåtts med den kontrollerande upphandlande myndigheten eller andra juridiska personer som denna upphandlande myndighet utövar kontroll över och som är avsedda att tillgodose dess/deras behov eller för att fullgöra dess/deras funktioner utgör mer än 80 procent av den kontrollerade myndighetens genomsnittliga intäkter från försäljning under de föregående tre räkenskapsåren. Om den kontrollerade upphandlande myndigheten utövar sin verksamhet sedan mindre än tre år ska dess resultat bedömas i förhållande till dess verksamhetsplan.

3) Det finns inte något direkt privat ägarintresse i den kontrollerade upphandlande myndighetens kapital.

2. En intern transaktion får endast ingås i undantagsfall när villkoren i punkt 1 i denna artikel är uppfyllda och tjänsternas kontinuitet, goda kvalitet och tillgänglighet inte kan säkerställas om de förvärvas genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

…

5. Offentliga företag, publika aktiebolag och privata aktiebolag där staten innehar aktier som motsvarar mer än hälften av rösterna vid bolagsstämman får ej ingå interna transaktioner.”

10 I artikel 4 i Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (den litauiska konkurrenslagen) av den 23 mars 1999 (Žin., 1999, nr 30–856) (nedan kallad konkurrenslagen) föreskrivs följande:

”1. När förvaltningsmyndigheterna utför tilldelade uppgifter som rör regleringen av ekonomisk verksamhet i Republiken Litauen ska de säkerställa fri och sund konkurrens.

2. Förvaltningsmyndigheter får ej anta rättsakter eller andra beslut som gynnar eller diskriminerar enskilda ekonomiska aktörer eller grupper av ekonomiska aktörer och som ger, eller kan ge, upphov till skillnader i konkurrensförutsättningarna för de ekonomiska aktörer som konkurrerar på en relevant marknad, med undantag för om skillnaderna i konkurrensförutsättningar inte kan undvikas vid fullgörandet av kraven i lagstiftningen.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11 Den 7 februari 2014 publicerade den upphandlande myndigheten ett meddelande om upphandling avseende tjänster för underhåll och förvaltning av planteringar, skogar och parker i Kaunas kommun.

12 Kontraktet till följd av denna upphandling, bestående av tre delar, tilldelades i sin helhet Irgita och ledde bland annat till att ett avtal om slåtter undertecknades den 18 mars 2014, med en avtalstid på tre år, det vill säga till och med den 18 mars 2017.

13 I avtalet angavs en största mängd tjänster som skulle kunna begäras av Irgita. Den upphandlande myndigheten åtog sig emellertid inte att beställa samtliga tjänster eller hela den mängd tjänster som föreskrevs i avtalet. Dessutom var den upphandlande myndigheten endast skyldig att betala Irgita för de tjänster som faktiskt utfördes enligt de tariffer som föreskrevs i samma avtal.

14 Den 1 april 2016 ansökte den upphandlande myndigheten hos Viešųjų pirkimų tarnyba (kontoret för offentlig upphandling, Litauen) om tillstånd att ingå en intern transaktion med Kauno švara avseende tjänster som i huvudsak motsvarade de tjänster som Irgita hade fått i uppdrag att utföra enligt avtalet av den 18 mars 2014.

15 Kauno švara, som är en juridisk person, kontrolleras av den upphandlande myndigheten som innehar hela aktiekapitalet i Kauno švara. Kauno švara genomförde dessutom 90,07 procent av sin verksamhet under år 2015 uteslutande för den upphandlande myndigheten.

16 Den 20 april 2016 beviljade kontoret för offentlig upphandling Kauno švara och den upphandlande myndigheten tillstånd att ingå ett avtal om tillhandahållande av de berörda tjänsterna, samtidigt som den ålade den upphandlande myndigheten att, innan den ingick nämnda avtal, bedöma om det fanns någon möjlighet att anskaffa dessa tjänster genom att anordna ett förfarande för offentlig upphandling. Den upphandlande myndigheten var under alla omständigheter skyldig att följa artikel 4.2 i konkurrenslagen.

17 Den 3 maj 2016 beslutade Kaunas kommun att ingå ett avtal om slåtter med Kauno švara och fastställde taxorna för de tjänster som skulle utföras (nedan kallat det omtvistade beslutet).

18 Den 19 maj 2016 ingick den upphandlande myndigheten och Kauno švara nämnda avtal (nedan kallat det omtvistade avtalet). I detta avtal, vars giltighetstid fastställts till fem år, föreskrivs bland annat att beställningarna av tjänster är beroende av den upphandlande myndighetens behov, att tjänsterna ersätts enligt de tariffer som föreskrivs i avtalet och att avtalets giltighetstid kan förlängas.

19 Den 20 maj 2016 överklagade Irgita det omtvistade beslutet och det omtvistade avtalet till den behöriga litauiska domstolen i första instans. Inom ramen för detta överklagande gjorde Irgita gällande att den upphandlande myndigheten, med hänsyn till avtalet av den 18 mars 2014 mellan Irgita och nämnda myndighet, inte kunde ingå det omtvistade avtalet.

20 Irgitas överklagande ogillades i första instans men bifölls av Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appellationsdomstol), som genom beslut av den 4 oktober 2017 ogiltigförklarade det omtvistade beslutet och förklarade det omtvistade avtalet ogiltigt.

21 Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appellationsdomstol) påpekade att rätten att ingå en intern transaktion enligt artikel 10.5 i lagen om offentlig upphandling, i den lydelse som gällde mellan den 1 juli 2014 och den 1 juli 2017, inte kan medföra undantag från förbudet att begränsa konkurrensen mellan ekonomiska aktörer genom att gynna en av dessa aktörer och diskriminera andra, såsom anges i artikel 4.2 i konkurrenslagen. Enligt nämnda domstol var det omtvistade avtalet rättsstridigt, bland annat på grund av att det ledde till en minskning av det antal tjänster som beställdes av Irgita och på grund av att den upphandlande myndigheten, genom att ingå en intern transaktion utan att det fanns något objektivt behov, hade gynnat det företag som stod under dess kontroll på ett sätt som kunde snedvrida konkurrensförhållandena mellan de ekonomiska aktörerna på marknaden för underhåll av skogsområden i Kaunas kommun.

22 Kaunas stad och den upphandlande myndigheten överklagade till Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens högsta domstol). Denna domstol har angett dels att det omtvistade avtalet helt klart utgör en intern transaktion, dels att det nationella målet ger upphov till den allmänna frågan om förhållandet mellan interna transaktioner och iakttagandet av principen om fri konkurrens mellan självständiga aktörer.

23 Den har vidare förklarat att det av rättspraxis från Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Litauens högsta förvaltningsdomstol) från slutet av år 2011 fram till mitten av år 2015 följde att interna transaktioner som uppfyllde de kriterier som uppställts i domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), var lagenliga. Från mitten av år 2015 och framåt anser Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Litauens högsta förvaltningsdomstol) emellertid, bland annat med beaktande av två beslut från Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas (Republiken Litauens författningsdomstol), att det för att interna transaktioner ska vara lagliga krävs att de uppfyller inte bara de kriterier som följer av domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), utan även andra bedömningskriterier som bland annat följer av konkurrenslagen. Bland dessa kriterier ingår bland annat tjänsternas kontinuitet, goda kvalitet och tillgänglighet samt effekterna av den planerade interna transaktionen på likabehandlingen av andra ekonomiska aktörer och deras möjlighet att konkurrera i fråga om sådana tjänster.

24 Den hänskjutande domstolen anser att begreppet ”intern transaktion” är ett självständigt begrepp i unionsrätten, eftersom det, mot bakgrund av domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), förefaller kunna härledas från det allmänna begreppet ”offentligt kontrakt”. Eftersom definitionen av detta begrepp inte innehåller någon hänvisning till medlemsstaternas rätt, utgör detta begrepp ett unionsrättsligt begrepp, vilket framgår av domen av den 18 januari 2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31).

25 Det framgår dessutom av artikel 12 i direktiv 2014/24, jämförd med skälen 2, 31 och 32 i direktivet, att lagenligheten av en intern transaktion i den mening som avses i denna artikel uteslutande beror av de villkor som uppställs i domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), vilket utesluter att andra faktorer beaktas och tyder på att direktiv 2014/24 innebär en strikt harmonisering av interna transaktioner.

26 Den hänskjutande domstolen utesluter emellertid inte att medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning. Det följer i detta hänseende av artikel 1.4 i direktiv 2014/24 att direktivet inte påverkar medlemsstaternas frihet att i enlighet med unionsrätten definiera vad de anser vara ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse”, hur dessa tjänster bör organiseras och finansieras i enlighet med bestämmelserna om statligt stöd samt vilka särskilda krav de bör underställas. Detta direktiv påverkar inte heller myndigheters beslut om huruvida och på vilket sätt de själva önskar utöva vissa offentliga funktioner, i enlighet med artikel 14 FEUF och protokoll nr 26. Det föreskrivs även i artikel 36 i stadgan att unionen för att främja social och territoriell sammanhållning i unionen ska erkänna och respektera den tillgång till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som föreskrivs i nationell lagstiftning och praxis i enlighet med fördragen.

27 Enligt den hänskjutande domstolen bör medlemsstaterna kunna göra möjligheten att genomföra en intern transaktion beroende av krav på i synnerhet klarhet, förutsebarhet och skydd av berättigade förväntningar, under förutsättning att dessa krav är tydligt föreskrivna i den nationella lagstiftningen och inte enbart följer av rättspraxis.

28 Även om det antas att de nationella domstolarna skulle kunna ställa upp begränsningar för att genomföra interna transaktioner, ifrågasätter den hänskjutande domstolen dessutom att det finns fog för dessa begränsningar. Enligt den hänskjutande domstolen leder det resonemang som förs av Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appellationsdomstol) nämligen till att den upphandlande myndighetens rätt att genomföra en intern transaktion som uppfyller de krav som uppställs i domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562) ifrågasätts, eftersom andra ekonomiska aktörer än det kontrollerade företaget kan utföra de aktuella tjänsterna.

29 Det är mot denna bakgrund som Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens högsta domstol) har beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Mot bakgrund av omständigheterna i förevarande mål, omfattas den interna transaktionen av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 eller direktiv 2014/24, när förfarandet för att ingå den omtvistade interna transaktionen (in house), bland annat det administrativa förfarandet, inleddes vid en tidpunkt då direktiv 2004/18 fortfarande var i kraft men kontraktet som sådant ingicks den 19 maj 2016, när direktiv 2004/18 hade upphört att gälla?

2. Om det antas att den interna transaktionen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18:
   a) Ska artikel 1.2 a i nämnda direktiv (men inte begränsat till denna bestämmelse), med beaktande av EU-domstolens praxis, bland annat domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), domen av den 18 januari 2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31), och domen av den 6 april 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), tolkas och förstås så, att begreppet intern transaktion utgör ett unionsrättsligt begrepp och att innebörden och tillämpningen av detta begrepp inte påverkas av bestämmelser i medlemsstaternas nationella lagstiftning, bland annat begränsningar i rätten att ingå sådana transaktioner, exempelvis ett villkor att det inte är möjligt att garantera kvaliteten på, tillgängligheten av och kontinuiteten i de tjänster som ska tillhandahållas genom ett offentligt upphandlingskontrakt?
   b) Om [fråga 2 a] ska besvaras nekande, det vill säga så, att begreppet intern transaktion, helt eller delvis, omfattas av medlemsstaternas lagstiftning, ska ovannämnda bestämmelse i direktiv 2004/18 då tolkas så, att medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning med avseende på att fastställa begränsningar eller ytterligare krav för interna transaktioner (jämfört med unionsrätten och EU-domstolens praxis) men endast kan tillämpa detta utrymme för skönsmässig bedömning enligt klara och tydliga bestämmelser som reglerar offentlig upphandling?

3) Om det antas att den interna transaktionen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24:
   a) Ska artiklarna 1.4 och 12 i detta direktiv och artikel 36 i stadgan, antingen tillsammans eller var och en för sig (men inte begränsat till dessa bestämmelser), med beaktande av EU-domstolens praxis, bland annat domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), domen av den 18 januari 2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31), domen av den 6 april 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), tolkas och förstås så, att begreppet intern transaktion utgör ett unionsrättsligt begrepp och att innebörden och tillämpningen av detta begrepp inte påverkas av bestämmelser i medlemsstaternas nationella lagstiftning, bland annat begränsningar i rätten att ingå sådana transaktioner, exempelvis ett villkor att det inte är möjligt att garantera kvaliteten på, tillgängligheten av och kontinuiteten i de tjänster som ska tillhandahållas genom ett offentligt upphandlingskontrakt?
   b) Om [fråga 3 a] ska besvaras nekande, det vill säga så, att begreppet intern transaktion, helt eller delvis, omfattas av medlemsstaternas lagstiftning, ska då dessa bestämmelser i direktiv 2014/24 tolkas så, att medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning med avseende på att fastställa begränsningar eller ytterligare krav för interna transaktioner (jämfört med unionsrätten och EU-domstolens praxis) men endast kan tillämpa detta utrymme för skönsmässig bedömning enligt klara och tydliga bestämmelser som reglerar offentlig upphandling?

4) Oavsett vilket direktiv som ska tillämpas på den omtvistade interna transaktionen, ska principerna om likvärdighet för och icke-diskriminering av ekonomiska aktörer samt öppenhet (artikel 2 i direktiv 2004/18 och artikel 18 i direktiv 2014/24), det allmänna förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet (artikel 18 FEUF), etableringsfriheten (artikel 49 FEUF), friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 56 FEUF), möjligheten att bevilja företag exklusiva rättigheter (artikel 106 FEUF) och EU-domstolens praxis (dom [av den 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, dom av den 6 april 2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237, dom av den 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, dom av den 8 december 2016, Undis Servizi,

C-553/15, EU:C:2016:935, med flera domar]) förstås och tolkas så, att de innebär att en intern transaktion som ingås mellan en upphandlande myndighet och en enhet som är juridiskt fristående från den upphandlande myndigheten – när den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över denna enhet som motsvarar den kontroll som den utövar över sina egna förvaltningar och den verksamhet som den kontrollerade enheten bedriver huvudsakligen består av en verksamhet som bedrivs till förmån för den upphandlande enheten – i sig är lagenlig och, bland annat, inte åsidosätter andra ekonomiska aktörers rätt till sund konkurrens, inte medför diskriminering av övriga aktörer och inte gynnar den kontrollerade enhet som den interna transaktionen ingicks med?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

30 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet, i vilken en upphandlande myndighet har tilldelat en juridisk person över vilken den utövar en kontroll som motsvarar den kontroll som den utövar över sina egna förvaltningar ett offentligt upphandlingskontrakt, inom ramen för ett förfarande som inleddes medan direktiv 2004/18 fortfarande var i kraft och som ledde till att ett avtal ingicks efter det att detta direktiv hade upphävts, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 eller av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24.

31 Enligt fast rättspraxis är det direktiv som är tillämpligt på ett offentligt upphandlingskontrakt i princip det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av ett offentligt kontrakt (se, bland annat, dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 31, och dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 83).

32 Eftersom direktiv 2004/18, i enlighet med artikel 91 första stycket i direktiv 2014/24, upphörde att gälla från och med den 18 april 2016, ska det prövas huruvida den upphandlande myndigheten, i det nationella målet, vid denna tidpunkt redan hade fattat det slutgiltiga beslutet att genomföra en intern transaktion.

33 I förevarande fall framgår det av beslutet om hänskjutande att den upphandlande myndigheten den 1 april 2016 ansökte hos kontoret för offentlig upphandling om tillstånd att ingå den interna transaktion som är aktuell i det nationella målet och att detta tillstånd beviljades den 20 april 2016, det vill säga efter det att direktiv 2004/18 hade upphävts.

34 Såsom generaladvokaten påpekade i punkt 34 i sitt förslag till avgörande omfattas situationen i det nationella målet nödvändigtvis av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24, eftersom kontoret för offentlig upphandling beviljade tillståndet efter det att direktiv 2004/18 hade upphävts.

35 Eftersom detta tillstånd var villkorat av att den upphandlande myndigheten skulle bedöma om det var möjligt att anskaffa de aktuella tjänsterna genom att genomföra ett klassiskt förfarande för offentlig upphandling, kunde den upphandlande myndigheten dessutom inte slutgiltigt ha avgjort frågan huruvida den var skyldig att genomföra en anbudsinfordran innan tilldelningen av det aktuella kontraktet i det nationella målet vid den tidpunkt då direktiv 2004/18 upphörde att gälla, det vill säga den 18 april 2016.

36 Under dessa omständigheter ska den första frågan besvaras på följande sätt. En sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet, i vilken en upphandlande myndighet tilldelar en juridisk person över vilken den utövar en kontroll som motsvarar den kontroll som den utövar över sina egna förvaltningar ett offentligt upphandlingskontrakt, inom ramen för ett förfarande som inleddes medan direktiv 2004/18 fortfarande var i kraft och som ledde till att ett avtal ingicks efter det att direktivet hade upphävts, det vill säga den 18 april 2016, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24, eftersom den upphandlande myndigheten slutgiltigt avgjorde frågan huruvida den var skyldig att vidta en föregående inbjudan till anbudsgivning för att kunna tilldela det offentliga kontraktet vid en tidpunkt efter detta datum.

Den andra frågan

37 Med hänsyn till svaret på den första frågan saknas anledning att besvara den andra frågan.

Prövning av fråga 3 a

38 Det ska inledningsvis påpekas att fråga 3 a bland annat hänvisar till artikel 1.4 i direktiv 2014/24 och till artikel 36 i stadgan, som avser tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

39 Eftersom beslutet om hänskjutande inte innehåller någon uppgift som motiverar att tolkningen av begreppet ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse” är relevant för att kunna lösa tvisten i det nationella målet, ger det inte domstolen möjlighet att ge ett användbart svar på fråga 3 a, i den mån den avser artikel 1.4 i direktiv 2014/24 och artikel 36 i stadgan.

40 Fråga 3 a ska därför omformuleras och det ska anses att den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida artikel 12.1 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell bestämmelse genom vilken en medlemsstat, som villkor för att ingå interna transaktioner, ställer upp krav bland annat på att det inte är möjligt att säkerställa kvaliteten på, tillgängligheten av och kontinuiteten i tjänsterna genom en offentlig upphandling.

41 Det ska inledningsvis påpekas att direktiv 2014/24, såsom anges i skäl 1 i direktivet, syftar till att samordna de nationella upphandlingsförfarandena som avser offentliga kontrakt över ett visst värde.

42 Det är mot bakgrund av detta övervägande som domstolen ska tolka artikel 12.1 i direktiv 2014/24, enligt vilken ”[e]tt offentligt kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person [inte ska] omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om samtliga … villkor [som anges i artikel 12.1 a–c] är uppfyllda”.

43 Denna bestämmelse, som således begränsar sig till att precisera de villkor som en upphandlande myndighet ska uppfylla när den önskar ingå en intern transaktion, innebär endast att medlemsstaterna har befogenhet att utesluta en sådan transaktion från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24.

44 Den kan följaktligen inte medföra att medlemsstaterna fråntas sin rätt att prioritera ett visst sätt att tillhandahålla tjänster, utföra arbeten eller leverera varor till nackdel för andra. Denna rättighet innefattar nämligen ett val som görs innan en upphandling genomförs och som därför inte kan omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24.

45 Medlemsstaternas frihet att välja hur de tjänster ska tillhandahållas som ska tillgodose de upphandlande myndigheternas egna behov följer även av skäl 5 i direktiv 2014/24, där det anges att ”ingenting i detta direktiv ålägger medlemsstaterna att använda underleverantörer eller lägga ut

tillhandahållandet av tjänster som de själva önskar tillhandahålla på entreprenad eller organisera på annat sätt än genom offentliga kontrakt i den mening som avses i detta direktiv”. Genom detta har domstolens tidigare praxis stadfästs i direktivet.

46 På samma sätt som direktiv 2014/24 inte medför någon skyldighet för medlemsstaterna att använda sig av ett förfarande för offentlig upphandling, innebär det inte heller att medlemsstaterna är skyldiga att genomföra en intern transaktion när villkoren i artikel 12.1 är uppfyllda.

47 Medlemsstaternas valfrihet i detta hänseende uttrycks ännu klarare i artikel 2.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1), som har följande lydelse:

”I detta direktiv erkänns principen om nationella, regionala och lokala myndigheters självstyre i överensstämmelse med nationell rätt och unionsrätt. Dessa myndigheter är fria att besluta om hur utförande av byggentreprenader eller tillhandahållande av tjänster bäst sker, särskilt för att säkerställa en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter när det gäller offentliga tjänster.

Dessa myndigheter får därför välja att utföra sina uppgifter av allmänintresse med egna resurser eller i samarbete med andra myndigheter eller genom att delegera dem till ekonomiska aktörer.”

48 Den frihet som medlemsstaterna har när det gäller att välja det sätt de bedömer vara bäst för att utföra arbeten eller tillhandahålla tjänster är emellertid inte obegränsad. Den ska tvärtom utövas med iakttagande av de grundläggande bestämmelserna i EUF-fördraget, bland annat den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster samt av de principer som följer av dessa såsom principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. (se, analogt, dom av den 9 juli 1987, CEI och Bellini, 27/86–29/86, EU:C:1987:355, punkt 15, dom av den 7 december 2000, Telaustria och Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, punkt 60, och dom av den 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punkt 38).

49 En medlemsstat får inom dessa gränser föreskriva att en upphandlande myndighet ska uppfylla villkor som inte föreskrivs i artikel 12.1 i direktiv 2014/24 för att kunna ingå en intern transaktion, bland annat för att säkerställa kontinuitet, god kvalitet och tillgänglighet för tjänsterna.

50 Mot denna bakgrund ska fråga 3 a besvaras enligt följande. Artikel 12.1 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell bestämmelse genom vilken en medlemsstat föreskriver att vissa villkor ska vara uppfyllda för att en intern transaktion ska kunna ingås, bland annat att det inte är möjligt att säkerställa kvaliteten på, tillgängligheten av och kontinuiteten i tjänsterna genom en offentlig upphandling, under förutsättning att principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet iakttas vid valet att tjänsterna ska tillhandahållas på ett visst sätt och att valet görs innan kontraktet tilldelas genom offentlig upphandling.

Prövning av fråga 3 b

51 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 3 b för att få klarhet i huruvida artikel 12.1 i direktiv 2014/24, mot bakgrund av principen om öppenhet, ska tolkas så, att de villkor som medlemsstaterna ställer upp för att interna transaktioner ska kunna ingås ska vara uttryckta genom klara och tydliga bestämmelser som reglerar offentlig upphandling.

52 Såsom angetts i punkt 44 i förevarande dom medför direktiv 2014/24 inte att medlemsstaterna fråntas sin rätt att, i ett skede innan ett kontrakt tilldelas genom offentlig upphandling, ge företräde åt ett sätt att tillhandahålla tjänster, utföra arbeten eller leverera varor till nackdel för andra.

53 Av detta följer att när en medlemsstat inför regler enligt vilka ett sådant sätt att tillhandahålla tjänster, utföra arbeten eller leverera varor har företräde framför andra, såsom har gjorts i förevarande fall, vad gäller de villkor som måste vara uppfyllda enligt litauisk rätt för att interna transaktioner i den mening som avses i artikel 12.1 i direktiv 2014/24 ska kunna ingås, kan införandet av dessa regler inte anses följa av införlivandet av detta direktiv.

54 Det är inte desto mindre så, att medlemsstaterna, när de beslutar sig för att agera på detta sätt, fortfarande är skyldiga att iaktta olika principer, däribland principen om öppenhet, vilket har understrukits i punkt 48 i denna dom.

55 För att undvika varje risk för godtycke kräver principen om öppenhet, i likhet med rättssäkerhetsprincipen, att de villkor som medlemsstaterna ställer upp för att interna transaktioner ska kunna ingås är tillräckligt tillgängliga, precisa och förutsebara för att kunna tillämpas.

56 Mot bakgrund av dessa överväganden ankommer det på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den utveckling som skett från mitten av år 2015 av de högsta litauiska domstolarnas tolkning av bestämmelserna i konkurrenslagen har kommit till uttryck tillräckligt klart och tydligt och huruvida den har offentliggjorts tillräckligt för att såväl de upphandlande myndigheterna som de berörda ekonomiska aktörerna rimligen kan anses ha informerats om detta.

57 Fråga 3 b ska således besvaras på följande sätt. Artikel 12.1 i direktiv 2014/24, jämförd med principen om öppenhet, ska tolkas så, att de villkor som medlemsstaterna ställer upp, och som ska vara uppfyllda för att interna transaktioner ska kunna ingås, ska ha kommit till uttryck genom klara och tydliga bestämmelser som reglerar offentlig upphandling, vilka ska vara tillräckligt tillgängliga och förutsägbara i sin tillämpning, för att undvika varje risk för godtycke, vilket det i förevarande fall ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

Den fjärde frågan

58 Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida det i sig är förenligt med unionsrätten att ingå en intern transaktion som uppfyller de villkor som anges i artikel 12.1 a–c i direktiv 2014/24.

59 Det följer av artikel 12.1 a–c i direktiv 2014/24 att ett offentligt kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om, för det första, den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över denna juridiska person som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen verksamhet, för det andra, denna juridiska person utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över och, för det tredje, det inte finns något direkt privat ägarintresse i nämnda juridiska persons kapital.

60 Denna bestämmelse avser emellertid endast tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 och kan inte förstås så, att den fastställer de villkor på vilka ett offentligt kontrakt ska tilldelas inom ramen för en intern transaktion.

61 Såsom framgår av punkt 48 i denna dom kan det förhållandet att en intern transaktion i den mening som avses i artikel 12.1 i direktiv 2014/24 inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv inte befria medlemsstaterna eller de upphandlande myndigheterna från skyldigheten att iaktta bland annat principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet.

62 Det ska dessutom påpekas att det i skäl 31 i detta direktiv, med avseende på samarbete mellan enheter inom den offentliga sektorn, anges att det bör säkerställas att samarbete av detta slag, som är undantaget från tillämpningsområdet för direktivet, inte leder till att konkurrensen snedvrids i förhållande till privata ekonomiska aktörer.

63 I förevarande fall ankommer det särskilt på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den upphandlande myndigheten, genom att ingå den interna transaktion som är aktuell i det nationella målet, vars innehåll överlappar det offentliga kontrakt som genomförs av Irgita, i egenskap av den som tilldelats kontraktet, har åsidosatt sina avtalsenliga skyldigheter enligt detta kontrakt, samt principen om öppenhet, om det visar sig att den upphandlande myndigheten inte har definierat sina behov tillräckligt klart, bland annat genom att inte säkerställa att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet får tillhandahålla en minsta mängd tjänster, eller om nämnda transaktion utgör en väsentlig ändring av den allmänna systematiken i det kontrakt som ingåtts med Irgita.

64 Den fjärde frågan ska således besvaras så, att ingåendet av en intern transaktion som uppfyller de villkor som anges i artikel 12.1 a–c i direktiv 2014/24 inte i sig är förenligt med unionsrätten.

Rättegångskostnader

65 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) **En sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet, i vilken en upphandlande myndighet tilldelar en juridisk person över vilken den utövar en kontroll som motsvarar den kontroll som den utövar över sina egna förvaltningar ett offentligt upphandlingskontrakt, inom ramen för ett förfarande som inleddes medan Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster fortfarande var i kraft och som ledde till att ett avtal ingicks efter det att detta direktiv hade upphävts, det vill säga den 18 april 2016, omfattas av tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, eftersom den upphandlande myndigheten slutgiltigt avgjorde frågan huruvida den var skyldig att vidta en föregående inbjudan till anbudsgivning för att kunna tilldela det offentliga kontraktet vid en tidpunkt efter detta datum.**

2) **Artikel 12.1 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell bestämmelse genom vilken en medlemsstat föreskriver att vissa villkor ska vara uppfyllda för att en intern transaktion ska kunna ingås, bland annat att det inte är möjligt att säkerställa kvaliteten på, tillgängligheten av och kontinuiteten i tjänsterna genom en offentlig upphandling, under förutsättning att principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet iakttas vid valet att tjänsterna ska tillhandahållas på ett visst sätt och att valet görs innan kontraktet tilldelas genom offentlig upphandling.**

3) Artikel 12.1 i direktiv 2014/24, jämförd med principen om öppenhet, ska tolkas så, att de villkor som medlemsstaterna ställer upp, och som ska vara uppfyllda för att interna transaktioner ska kunna ingås, ska ha kommit till uttryck genom klara och tydliga bestämmelser som reglerar offentlig upphandling, vilka ska vara tillräckligt tillgängliga och förutsägbara i sin tillämpning, för att undvika varje risk för godtycke, vilket det i förevarande fall ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

4) Ingåendet av en intern transaktion som uppfyller de villkor som anges i artikel 12.1 a–c i direktiv 2014/24 är inte i sig förenligt med unionsrätten.

Underskrifter