Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

3. oktober 2019*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2014/24/EU – artikel 12, stk. 1 – tidsmæssig anvendelse – medlemsstaternes frie valg med hensyn til, hvordan tjenesteydelserne leveres – grænser – offentlige kontrakter, der er genstand for »*in house*«-tildeling – in house-aftale – overlapning mellem en offentlig kontrakt og en in house-aftale«

I sag C-285/18,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) ved afgørelse af 13. april 2018, indgået til Domstolen den 25. april 2018, i sagen anlagt af

Kauno miesto savivaldybė,

Kauno miesto savivaldybės administracija,

procesdeltagere:

UAB »Irgita«,

UAB »Kauno švara«,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne K. Jürimäe, D. Šváby (refererende dommer), S. Rodin og N. Piçarra,

generaladvokat: G. Hogan,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

– Kauno miesto savivaldybės administracija, først ved advokatė L. Ziferman, advokato padėjėjai M. Dobilas og A. Mikočiūnienė, derefter ved advokatai K. Kačerauskas, V. Vaitkutė Pavan og advokato padėjėjai A. Mikočiūnienė,

– UAB »Irgita« ved advokatas D. Pakėnas,

* Processprog: litauisk.

– UAB »Kauno švara« ved advokatas V. Masiulis,

– den litauiske regering ved K. Dieninis, R. Butvydytė, J. Prasauskienė og R. Krasuckaitė, som befuldmægtigede,

– den estiske regering ved N. Grünberg, som befuldmægtiget,

– den polske regering ved B. Majczyna, som befuldmægtiget,

– Europa-Kommissionen ved S.L. Kalėda, P. Ondrůšek og L. Haasbeek, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 7. maj 2019,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114), af artikel 1, 12 og 18 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18 (EUT 2014, L 94, s. 65), af artikel 18 TEUF, 49 TEUF, 56 TEUF og 106 TEUF og af artikel 36 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

2 Denne anmodning er indgivet i forbindelse med en appel iværksat af Kauno miesto savivaldybė (Kaunas kommune, Litauen) (herefter »Kaunas by«) og Kauno miesto savivaldybės administracija (kommunalforvaltningen for Kaunas by, herefter »den ordregivende myndighed«) vedrørende den ordregivende myndigheds indgåelse af en kontrakt om levering af tjenesteydelser med UAB »Kauno švara«.

Retsforskrifter

EU-retten

3 1., 2., 5., 7., 31. og 32. betragtning til direktiv 2014/24 har følgende ordlyd:

»(1) Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i [EUF-traktaten], og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en bestemt værdi bør der imidlertid fastsættes bestemmelser til samordning af de nationale udbudsprocedurer, så det sikres, at disse principper udmøntes i praksis, og offentlige indkøb åbnes for konkurrence.

(2) Offentlige indkøb spiller en central rolle i Europa 2020-strategien, jf. Kommissionens meddelelse af 3. marts 2010 med titlen »Europa 2020, en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst« […], som et af de markedsbaserede instrumenter, der skal anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler. I denne forbindelse bør reglerne om offentlige indkøb, der er vedtaget ved [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse

af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1)] og [direktiv 2004/18], revideres og moderniseres for at gøre anvendelsen af de offentlige midler mere effektiv, navnlig ved at fremme små og mellemstore virksomheder (SMV'ers) deltagelse i offentlige udbud og for at gøre det muligt for indkøbere at udnytte offentlige udbud bedre til støtte for fælles samfundsmål. Der er også behov for at præcisere grundlæggende begreber og koncepter med henblik på at sikre retssikkerheden og integrere visse aspekter af EU-Domstolens faste retspraksis.

[…]

(5) Det bør bemærkes, at intet i dette direktiv forpligter medlemsstaterne til at outsource eller eksternalisere levering af tjenesteydelser, som de selv ønsker at levere eller at organisere på anden måde end ved hjælp af offentlige kontrakter i dette direktivs forstand. […]

[…]

(7) Endelig bør det bemærkes, at dette direktiv ikke berører nationale, regionale eller lokale myndigheders frihed til i overensstemmelse med EU-retten at definere tjenesteydelser af almen økonomisk interesse og omfanget heraf samt den pågældende tjenesteydelses særlige kendetegn, herunder betingelser for så vidt angår tjenesteydelsens kvalitet, med henblik på at få opfyldt deres mål af samfundsmæssig interesse. Dette direktiv berører heller ikke nationale, regionale og lokale myndigheders beføjelse til at levere, bestille og finansiere tjenesteydelser af almen økonomisk interesse i overensstemmelse med artikel 14 i TEUF og protokol nr. 26 om tjenesteydelser af almen interesse, der er knyttet som bilag til [EUF-traktaten] og til [EU-]traktaten […]. Dette direktiv vedrører desuden ikke finansieringen af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse eller systemer til støtte bevilget af medlemsstaterne, navnlig på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område, i overensstemmelse med [Den Europæiske Unions] konkurrenceregler.

[…]

(31) Der hersker betydelig juridisk usikkerhed med hensyn til, i hvor vid udstrækning kontrakter indgået mellem enheder inden for den offentlige sektor bør være dækket af regler om offentlige udbud. [Domstolens] relevante retspraksis fortolkes forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat og endog mellem ordregivende myndigheder. Det er derfor nødvendigt at præcisere, i hvilke tilfælde kontrakter indgået inden for den offentlige sektor ikke er underlagt anvendelsen af reglerne om offentlige udbud.

Præciseringen bør afstemmes med de principper, der er fastlagt i [Domstolens] relevante retspraksis. Den kendsgerning, at begge aftaleparter selv er offentlige myndigheder, udelukker ikke i sig selv anvendelsen af reglerne om udbud. Anvendelsen af reglerne om offentlige udbud bør dog ikke indvirke på offentlige myndigheders frihed til at udføre de offentlige tjenesteydelsesopgaver, som de har fået pålagt, under anvendelse af deres egne ressourcer, hvilket omfatter muligheden for samarbejde med andre offentlige myndigheder.

Det bør sikres, at ethvert undtaget samarbejde mellem offentlige organisationer ikke fører til konkurrencefordrejning i forhold til private økonomiske aktører, for så vidt som det stiller en privat tjenesteyder i en mere fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter.

(32) Offentlige kontrakter, der tildeles kontrollerede juridiske personer, bør ikke være underlagt anvendelse af procedurerne i dette direktiv, hvis den ordregivende myndighed udøver en kontrol over den berørte juridiske person, som svarer til den kontrol, den udøver over sine egne afdelinger, forudsat at den kontrollerede juridiske person udfører mere end 80% af sine

aktiviteter som gennemførelse af opgaver, som den er blevet betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af den pågældende ordregivende myndighed, uanset hvem der er modtager af kontraktydelsen.

[…]«

4 Direktivets artikel 1 med overskriften »Genstand og anvendelsesområde« bestemmer i stk. 4:

»Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes frihed til i overensstemmelse med EU-retten at fastsætte, hvad de betragter som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, og bestemme, hvordan disse tjenesteydelser skal organiseres og finansieres, i overensstemmelse med reglerne om statsstøtte, og hvilke specifikke forpligtelser der bør gælde for dem. Ligeledes berører dette direktiv ikke offentlige myndigheders ret til at beslutte, om, hvordan og i hvilket omfang de ønsker selv at udføre offentlige funktioner i henhold til artikel 14 [TEUF] og protokol nr. 26.«

5 Dette direktivs artikel 12, som vedrører »[o]ffentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor«, bestemmer følgende i stk. 1:

»En offentlig kontrakt, som en ordregivende myndighed tildeler en privatretlig eller offentligretlig juridisk person, falder uden for direktivets anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

a) den ordregivende myndighed underkaster den pågældende juridiske person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene

b) mere end 80% af aktiviteterne i den kontrollerede juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, den har fået betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af den pågældende ordregivende myndighed, og

c) der er ikke nogen direkte privat kapitalandel i den kontrollerede juridiske person med undtagelse af ikkekontrollerende eller ikkeblokerende former for private kapitalandele krævet i henhold til nationale lovbestemmelser, jf. traktaterne, som ikke udøver en afgørende indflydelse på den kontrollerede juridiske person.

[…]«

6 Artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24, som har overskriften »Udbudsprincipper«, bestemmer følgende:

»De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.«

7 I medfør af artikel 91, stk. 1, ophævede direktiv 2014/24 direktiv 2004/18 med virkning fra den 18. april 2016.

Litauisk ret

8 I henhold til artikel 10, stk. 5, i Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Republikken Litauens lov om offentlige udbud, herefter »loven om offentlige udbud«) i den udgave, der gjaldt fra den 1. januar 2014 til den 1. juli 2017, kunne en in house-aftale »først påbegyndes efter modtagelse af samtykke fra […] kontoret for offentlige udbud«.

9 Artikel 10 i lov om offentlige udbud fastsætter i den udgave, der har været gældende siden 1. juli 2017:

»1. Bestemmelserne i denne lov finder ikke anvendelse på in house-aftaler, som en ordregivende myndighed indgår med en anden ordregivende myndighed i tilfælde, hvor alle nedenstående betingelser er opfyldt:

1) Den ordregivende myndighed udøver kontrol over den anden ordregivende myndighed på samme måde, som den fører kontrol med sin egen tjenestegren eller afdelinger, udøver en bestemmende indflydelse over den anden ordregivende myndigheds strategiske mål og vigtige beslutninger, herunder beslutninger vedrørende langsigtede investeringer, overdragelser, forpagtning, håndpant, underpant, erhvervelse eller afståelse af andele i andre økonomiske enheder og ophør med drift af en del af en anden enhed. En sådan kontrol kan også foretages af en anden juridisk person, der selv kontrolleres på samme måde af den ordregivende myndighed.

2) Omsætningen fra kontrakter, der indgås med den kontrollerende ordregivende myndighed eller med juridiske enheder, der er kontrolleret af den ordregivende myndighed, og som har til formål at opfylde dens/deres behov eller udføre dens/deres funktioner, udgør mere end 80% af den kontrollerede ordregivende myndigheds gennemsnitlige omsætning fra salgskontrakter i de forudgående tre regnskabsår. Hvis den kontrollerede ordregivende myndighed har udøvet sin aktivitet i mindre end tre år, skal dens resultater vurderes på grundlag af dens virksomhedsplan.

3) der er ingen direkte privat kapitaldeltagelse i den kontrollerede ordregivende myndighed.

2. En in house-aftale må kun undtagelsesvis indgås, når betingelserne i denne artikels stk. 1 er opfyldt, og tjenesteydelsernes kontinuitet, gode kvalitet og tilgængelighed ikke kan sikres, hvis de indkøbes som led i offentlige udbudsprocedurer.

[…]

5. Offentlige virksomheder, aktieselskaber og anpartsselskaber, i hvilke statsejede ejerandele giver ret til over halvdelen af stemmerne på generalforsamlingen, kan ikke indgå in house-aftaler.«

10 Artikel 4 i Lietuvos Respublikos konkurencijos istatymas (Republikken Litauens konkurrencelov), af 23. marts 1999 (Žin., 1999, nr. 30-856, herefter »konkurrenceloven«) bestemmer:

»1. Når enheder i den offentlige forvaltning udfører de tildelte opgaver vedrørende regulering af økonomiske aktiviteter i Republikken Litauen, skal de sikre retten til loyal og fri konkurrence.

2. Enheder i den offentlige forvaltning har forbud mod at vedtage retsakter eller træffe andre beslutninger, der indrømmer bestemte økonomiske enheder eller deres koncerner fordele eller udsætter dem for forskelsbehandling, og som giver eller kan give anledning til, at der opstår forskelle i konkurrencevilkårene for økonomiske aktører, der konkurrerer på et givent marked, undtagen hvor forskellen i konkurrencevilkårene er uundgåelig for at overholde bestemmelserne i lovgivningen.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

11 Den 7. februar 2014 offentliggjorde den ordregivende myndighed en udbudsbekendtgørelse om tjenesteydelser vedrørende vedligeholdelse og forvaltning af plantager, skove og skovparker i Kaunas by.

12 Denne kontrakt, som bestod af tre dele, blev i sin helhed tildelt Irgita, og navnlig blev der den 18. marts 2014 indgået en kontrakt om levering af slåningstjenester for tre år, dvs. indtil den 18. marts 2017.

13 Denne kontrakt fastsatte den maksimale mængde af tjenester, der kunne afgives ordre på til Irgita. Den ordregivende myndighed forpligtede sig imidlertid hverken til at afgive ordre på alle de tjenesteydelser eller på hele den mængde af tjenesteydelser, der var fastsat i den nævnte kontrakt. Den ordregivende myndighed skulle endvidere kun betale Irgita for de reelt leverede tjenesteydelser i henhold til de satser, der var fastsat i kontrakten.

14 Den 1. april 2016 anmodede den ordregivende myndighed om samtykke fra Viešųjų pirkimų tarnyba (kontoret for offentlige udbud, Litauen) til med Kauno švara at indgå en in house-aftale om tjenesteydelser, der i det væsentlige svarede til dem, som Irgita var blevet betroet at levere i henhold til kontrakten af 18. marts 2014.

15 Kauno švara, som er en juridisk person, kontrolleres og er helejet af den ordregivende myndighed. I 2015 opnåede det 90,07% af sin omsætning alene ved at udøve aktiviteter for den ordregivende myndighed.

16 Den 20. april 2016 gav kontoret for offentlige udbud samtykke til, at den ordregivende myndighed indgik en kontrakt med Kauno švara med henblik på levering af de pågældende tjenesteydelser, idet det pålagde sidstnævnte, inden den indgik kontrakten, at vurdere muligheden for at indkøbe tjenesteydelserne ved at iværksætte en udbudsprocedure. Under alle omstændigheder var den ordregivende myndighed forpligtet til at overholde konkurrencelovens artikel 4, stk. 2.

17 Den 3. maj 2016 besluttede Kaunas by at indgå en kontrakt om levering af slåningstjenester med Kauno švara og fastsatte satserne for de tjenesteydelser, der skulle leveres (herefter »den omtvistede beslutning«).

18 Den 19. maj 2016 indgik den ordregivende myndighed og Kauno švara den nævnte kontrakt (herefter »den omtvistede kontrakt«). I denne kontrakt, hvis varighed blev fastsat til fem år, bestemmes bl.a., at ordrerne på tjenesteydelser afhænger af den ordregivende myndigheds behov, at tjenesteydelserne betales i henhold til de satser, der er fastsat i kontrakten, og at kontrakten kan forlænges.

19 Den 20. maj 2016 anlagde Irgita sag ved den kompetente ret i første instans med påstand om annullation af den omtvistede beslutning og af den omtvistede kontrakt. Som led i denne sag gjorde selskabet gældende, at den ordregivende myndighed, henset til den kontrakt af 18. marts 2014, som blev indgået mellem selskabet og denne myndighed, ikke kunne indgå den omtvistede kontrakt.

20 Efter at den ordregivende myndighed blev frifundet i første instans, fik Irgita medhold i sagen for Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol), som ved afgørelse af 4. oktober 2017 annullerede den omtvistede beslutning og erklærede den omtvistede kontrakt ugyldig.

21 Denne ret anførte, at den ret til at indgå en in house-aftale, som er fastsat i artikel 10, stk. 5, i lov om offentlige kontrakter, i den udgave, der gjaldt fra den 1. juli 2014 til den 1. juli 2017, ikke kan fravige forbuddene mod at skade konkurrencen mellem økonomiske aktører, mod at indrømme en af dem fordele og mod at forskelsbehandle andre, således som de er opregnet i konkurrencelovens artikel 4, stk. 2. Den omtvistede kontrakt er ulovlig, idet den bl.a. førte til færre ordrer på tjenesteydelser hos

Irgita, og idet den ordregivende myndighed ved at indgå en in house-aftale, uden at der var et objektivt behov herfor, gav den virksomhed, som den kontrollerede, fordele, der kunne fordreje konkurrencevilkårene mellem de økonomiske aktører på markedet for vedligeholdelse af tilplantede områder i Kaunas by.

22 Som led i den kassationsappel, der blev iværksat af Kaunas by og den ordregivende myndighed, har Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) bemærket, dels at den omtvistede kontrakt tydeligvis udgjorde en in house-aftale, og dels at tvisten i hovedsagen rejste et generelt spørgsmål om forholdet mellem in house-aftaler og overholdelsen af princippet om fri konkurrence mellem uafhængige aktører.

23 Den bemærkede endvidere, at retspraksis fra vvyriausiasis administracinis teismas (Litauens øverste forvaltningsdomstol) fra slutningen af 2011 til midten af 2015 bestemte, at in house-aftaler, der var i overensstemmelse med kriterierne fastsat i dom af 18. november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), var lovlige. Fra midten af 2015 gjorde Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Litauens øverste forvaltningsdomstol), navnlig efter to kendelser afsagt af Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas (Republikken Litauens forfatningsdomstol), in house-aftalernes lovlighed betinget af overholdelsen af ikke alene de kriterier, der blev fastsat i dom af 18. november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), men ligeledes af andre vurderingskriterier, der bl.a. følger af konkurrenceloven. Disse kriterier omfatter bl.a. tjenesteydelsens kontinuitet, gode kvalitet og tilgængelighed samt den påtænkte in house-aftales indvirkning på dels ligebehandlingen af de andre økonomiske aktører, dels på de sidstnævntes mulighed for at bidrage til leveringen af de pågældende tjenesteydelser.

24 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at begrebet »in house-aftale« er et selvstændigt EU-retligt begreb, for så vidt som det, henset til dom af 18. november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), synes at være udledt af det generelle begreb »offentlig kontrakt«. Eftersom definitionen af dette begreb ikke indebærer en henvisning til medlemsstaternes retsregler, hører dette begreb under EU-retten, som det fremgår af dom af 18. januar 2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31).

25 Det følger endvidere af artikel 12 i direktiv 2014/24, sammenholdt med 2., 31. og 32. betragtning til dette direktiv, at lovligheden af en in house-aftale i denne artikels forstand alene afhænger af de betingelser, der er fastsat i dom af 18. november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), hvilket udelukker hensyntagen til andre omstændigheder og taler for, at direktiv 2014/24 foretager en snæver harmonisering af in house-aftaler.

26 Den forelæggende ret har imidlertid ikke udelukket, at medlemsstaterne bevarer en vis skønsmargen. I henhold til artikel 1, stk. 4, i direktiv 2014/24 berører dette i denne forbindelse ikke medlemsstaternes frihed til i overensstemmelse med EU-retten for at fastsætte, hvad de betragter som »tjenesteydelser af almen økonomisk interesse«, og bestemme, hvordan disse tjenesteydelser skal organiseres og finansieres, i overensstemmelse med reglerne om statsstøtte, og hvilke specifikke forpligtelser der bør gælde for dem. Ligeledes berører dette direktiv ikke offentlige myndigheders ret til at beslutte, om og hvordan de ønsker selv at udføre offentlige funktioner i henhold til artikel 14 i TEUF og protokol nr. 26. Chartrets artikel 36 bestemmer endvidere, at Unionen anerkender og respekterer adgangen til tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, som fastsat i national lovgivning og praksis, i overensstemmelse med traktaterne med det formål at fremme social og territorial samhørighed i Unionen.

27 Ifølge den forelæggende ret bør medlemsstaterne kunne undergive muligheden for at anvende en in house-aftale opfyldelsen af kravene om klarhed, forudsigelighed og navnlig beskyttelse af den berettigede forventning, forudsat at disse krav er klart foreskrevet i deres lovgivning, og at de ikke udelukkende fremgår af retspraksis.

28 Selv såfremt de nationale retsinstanser kan foreskrive begrænsninger til gennemførelsen af in house-aftaler, er den forelæggende ret endvidere i tvivl om, hvorvidt der er grundlag for disse begrænsninger. Ifølge den forelæggende ret vil ræsonnementet fra Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol) nemlig føre til, at der rejses tvivl om den ordregivende myndigheds ret til at gennemføre en in house-aftale i medfør af de kriterier, der er fastsat i dom af 18. november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), eftersom andre økonomiske aktører end den kontrollerede virksomhed kan gennemføre de pågældende tjenesteydelser.

29 På denne baggrund har Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Falder [in house-aftalen] under de givne omstændigheder i den foreliggende sag inden for anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 eller for direktiv 2014/24, når procedurerne for indgåelsen af den omtvistede [in house-aftale], bl.a. de administrative procedurer, blev indledt på et tidspunkt, hvor direktiv 2004/18 fortsat var gældende, men selve kontrakten blev indgået den 19. maj 2016, hvor [dette direktiv var blevet ophævet]?

2) Hvis det antages, at [den omtvistede in house-aftale] falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 2004/18:
   a) Skal direktivets artikel 1, stk. 2, litra a) (men ikke begrænset hertil), under hensyntagen til Domstolens dom [af 18. november 1999,] Teckal (C-107/98[, EU:C:1999:562]), [af 18. januar 2007,] Jean Auroux m.fl. (C-220/05[, EU:C:2007:31]), [og af 6. april 2006,] ANAV (C-410/04[, EU:C:2006:237]) […], forstås og fortolkes således, at begrebet en [in house-aftale] falder inden for EU-rettens anvendelsesområde, og at indholdet og anvendelsen af dette begreb ikke påvirkes af medlemsstaternes nationale lovgivning, bl.a. af begrænsninger med hensyn til indgåelse af sådanne aftaler, f.eks. betingelsen om, at [indgåelsen af] offentlige kontrakter ikke kan sikre kvalitet, adgangsmuligheder og kontinuitet for så vidt angår de tjenesteydelser, der skal leveres?
   b) Hvis [litra a) i det andet] spørgsmål besvares benægtende, dvs., at begrebet en [in house-aftale] enten helt eller delvist falder inden for medlemsstaternes lovgivning, skal ovennævnte bestemmelse i direktiv 2004/18 da fortolkes således, at medlemsstaterne har en skønsmæssig beføjelse til at fastsætte begrænsninger eller yderligere betingelser for indgåelsen af in house-aftaler] (sammenholdt med EU-retten og Domstolens praksis med hensyn til fortolkning af EU-retten), men kun kan udøve denne beføjelse i form af specifikke, [og klare] lovbestemmelser om offentlige udbud?

3) Hvis det antages, at [en omtvistede in house-aftale] falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 2014/24:
   a) Skal bestemmelserne i direktivets artikel 1, stk. 4, og artikel 12 samt bestemmelserne i chartrets artikel 36, enten samlet eller hver for sig (men ikke begrænset hertil), under hensyntagen til Domstolens dom [af 18. november 1999,] Teckal (C-107/98[, EU:C:1999:562]), [af 18. januar 2007,] Jean Auroux m.fl. (C-220/05[, EU:C:2007:31]), [og af 6. april 2006,] ANAV (C-410/04[, EU:C:2006:237]) […], forstås og fortolkes således, at begrebet en [in house-aftale] falder inden for EU-rettens anvendelsesområde, og at indholdet og anvendelsen af dette begreb ikke påvirkes af medlemsstaters nationale lovgivning, bl.a. af begrænsninger med hensyn til indgåelse af sådanne aftaler, f.eks. betingelsen om, at offentlige kontrakter ikke kan sikre kvalitet, adgangsmuligheder og kontinuitet for så vidt angår de tjenesteydelser, der skal leveres?
   b) Hvis [litra a) i det tredje] spørgsmål besvares benægtende, det vil sige, at begrebet en [in house-aftale] enten helt eller delvist falder inden for medlemsstaternes lovgivning, skal ovennævnte bestemmelse i direktiv 2014/24 så fortolkes således, at medlemsstaterne har en skønsmæssig beføjelse til at fastsætte begrænsninger eller yderligere betingelser for indgåelsen

af [in house-aftaler] (sammenholdt med EU-retten og Domstolens praksis med hensyn til fortolkning af EU-retten), men kun kan udøve denne beføjelse i form af specifikke, klare og udtrykkelige lovbestemmelser om offentlige udbud?

4) Uanset hvilket af direktiverne den omtvistede [in house-aftale] er dækket af, skal principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af leverandører, der er part i offentlige indkøbskontrakter, og gennemsigtighed (artikel 2 i direktiv 2004/18 og artikel 18 i direktiv 2014/24), det generelle forbud mod forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet (artikel 18 [TEUF]), etableringsretten (artikel 49 [TEUF]), friheden til udveksling af tjenesteydelser (artikel 56 TEFU), muligheden for at indrømme eksklusive rettigheder (artikel 106 [TEUF]) samt Domstolens praksis ([af 18.11.1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, af 6.4.2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237, af 10.9.2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, af 8.12.2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935,] og i andre sager) da forstås og fortolkes således, at en [in house-aftale], der indgås mellem en ordregivende myndighed og en enhed, der er juridisk adskilt fra denne ordregivende myndighed, hvis den ordregivende myndighed udøver en kontrol over denne enhed svarende til den kontrol, som den fører med sine egne tjenestegrene, og denne enheds aktiviteter primært består i aktiviteter udøvet til fordel for den ordregivende myndighed, i sig selv er lovlig, herunder [navnlig] ikke krænker økonomiske aktørers ret til loyal konkurrence, ikke forskelsbehandler disse andre aktører, og at den kontrollerede enhed, der indgår [in house-aftalen], ikke indrømmes fordele?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Om det første spørgsmål

30 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor en ordregivende myndighed med en juridisk person, hvorover den udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, indgår en offentlig kontrakt som led i en procedure, som blev iværksat, da direktiv 2004/18 stadig var gældende, og som gav anledning til indgåelse af en kontrakt efter ophævelsen af dette direktiv, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 eller for direktiv 2014/24.

31 Som det fremgår af fast retspraksis, er det direktiv, der skal anvendes på en offentlig kontrakt, principielt det direktiv, der er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt (jf. bl.a. dom af 10.7.2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 31, og af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 83).

32 Eftersom direktiv 2004/18 i henhold til artikel 91, stk. 1, i direktiv 2014/24 blev ophævet den 18. april 2016, skal det undersøges, om den ordregivende myndighed i hovedsagen allerede på denne dato havde truffet endelig afgørelse om at anvende en in house-aftale.

33 I det foreliggende tilfælde fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at den ordregivende myndighed den 1. april 2016 anmodede kontoret for offentlige udbud om samtykke til at indgå den i hovedsagen omhandlede in house-aftale, og at kontoret gav den dette samtykke den 20. april 2016, dvs. efter ophævelsen af direktiv 2004/18.

34 Som generaladvokaten har anført i punkt 34 i forslaget til afgørelse, hører den i hovedsagen omhandlede situation derfor nødvendigvis under anvendelsesområdet for direktiv 2014/24, eftersom kontoret for offentlige udbud gav sit samtykke efter ophævelsen af direktiv 2004/18.

35 For så vidt som samtykket forudsatte den ordregivende myndigheds vurdering af muligheden for at skaffe de i hovedsagen omhandlede tjenesteydelser gennem en klassisk udbudsprocedure, kunne den ordregivende myndighed ikke endeligt have afgjort, om den var forpligtet til at gennemføre en udbudsprocedure forud for tildelingen af den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt, da direktiv 2004/18 blev ophævet, dvs. den 18. april 2016.

36 På denne baggrund skal det første spørgsmål besvares med, at en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor en ordregivende myndighed med en juridisk person, hvorover den udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, indgår en offentlig kontrakt som led i en procedure, som blev iværksat, da direktiv 2004/18 stadig var gældende, og som gav anledning til indgåelse af en kontrakt efter ophævelsen af dette direktiv, dvs. den 18. april 2016, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2014/24, når den ordregivende myndighed endeligt afgjorde, om den var forpligtet til at gennemføre en udbudsprocedure forud for tildelingen af den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt, efter denne dato.

Om det andet spørgsmål

37 Henset til besvarelsen af det første spørgsmål er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål.

Om det tredje spørgsmål, litra a)

38 Det skal indledningsvis bemærkes, at det tredje spørgsmål, litra a), navnlig vedrører artikel 1, stk. 4, i direktiv 2014/24 samt chartrets artikel 36, som omhandler tjenesteydelser af almen økonomisk interesse.

39 Eftersom forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder oplysninger, der kan begrunde, at fortolkningen af begrebet »tjenesteydelser af almen økonomisk interesse« er relevant med henblik på afgørelsen af tvisten i hovedsagen, gør den det ikke muligt for Domstolen at give et hensigtsmæssigt svar på det tredje spørgsmål, litra a), for så vidt som det vedrører artikel 1, stk. 4, i direktiv 2014/24 og chartrets artikel 36.

40 Det tredje spørgsmål, litra a), skal således omformuleres, og det skal fastslås, at den forelæggende ret med dette spørgsmål ønsker oplyst, om artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national regel, hvorved medlemsstaten bl.a. underkaster indgåelsen af in house-aftaler en betingelse om, at indgåelsen af en offentlig kontrakt ikke ville kunne sikre de gennemførte tjenesteydelsers kvalitet, tilgængelighed og kontinuitet.

41 Det skal indledningsvis bemærkes, at direktiv 2014/24, som det fremgår af første betragtning hertil, tilsigter at samordne nationale udbudsprocedurer, der overstiger en bestemt værdi.

42 Det er i lyset af disse betragtninger, at der skal foretages en fortolkning af artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24, hvorefter »[e]n offentlig kontrakt, som en ordregivende myndighed tildeler en privatretlig eller offentligretlig juridisk person, falder uden for direktivets anvendelsesområde, når samtlige [de i dette stykkes litra a)-c) fastsatte] betingelser er opfyldt«.

43 Denne bestemmelse, som således blot præciserer de betingelser, som den ordregivende myndighed skal overholde, når den ønsker at indgå en in house-aftale, bevirker udelukkende, at medlemsstaterne tillægges beføjelser til at udelukke en sådan aftale fra anvendelsesområdet for direktiv 2014/24.

44 Bestemmelsen kan følgelig ikke fratage medlemsstaterne friheden til at foretrække én metode til levering af tjenesteydelser, til gennemførelse af bygge- og anlægsarbejder eller til leveringer frem for andre. Denne frihed indebærer et valg, som fortages tidligere end indgåelsen af en kontrakt, og som derfor ikke kan høre under anvendelsesområdet for direktiv 2014/24.

45 Medlemsstaternes valgfrihed med hensyn til metoden til levering af de tjenesteydelser, med hvilke de ordregivende myndigheder vil opfylde deres egne behov, følger desuden i øvrigt af femte betragtning til direktiv 2014/24, hvoraf fremgår, at »intet i dette direktiv forpligter medlemsstaterne til at outsource eller eksternalisere levering af tjenesteydelser, som de selv ønsker at levere eller at organisere på anden måde end ved hjælp af offentlige kontrakter i dette direktivs forstand«, hvorved Domstolens praksis før det nævnte direktiv forankres.

46 Ligesom direktiv 2014/24 ikke forpligter medlemsstaterne til at anvende en offentlig udbudsprocedure, kan det heller ikke forpligte dem til at indgå en in house-aftale, når de betingelser, der er fastsat i artikel 12, stk. 1, er opfyldt,

47 Den frihed, som medlemsstaterne herved er overladt, ses klarere ved artikel 2, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1), som bestemmer følgende:

»I dette direktiv anerkendes princippet om nationale, regionale og lokale myndigheders ret til frit at træffe beslutninger i overensstemmelse med national lovgivning og EU-retten. Disse myndigheder kan frit afgøre, hvordan udførelsen af bygge- og anlægsarbejder og leveringen af tjenesteydelser bedst forvaltes, for at sikre især et højt niveau af kvalitet, sikkerhed og overkommelige priser, ligebehandling og fremme af universel adgang og brugerrettigheder i forbindelse med offentlige tjenesteydelser.

Disse myndigheder kan vælge at udføre deres opgaver af almen interesse med egne midler eller i samarbejde med andre ordregivende myndigheder eller at uddelegere dem til andre økonomiske aktører.«

48 Den valgfrihed, som medlemsstaterne har med hensyn til den forvaltningsmetode, som de finder egnet til gennemførelse af bygge- og anlægsarbejdet eller til leveringen af tjenesteydelserne, er imidlertid ikke ubegrænset. Den skal derimod udøves under overholdelse af EUF-traktatens grundlæggende regler, bl.a. de frie varebevægelser, etableringsfriheden og den frie bevægelighed for tjenesteydelser samt de deraf følgende principper som ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om gensidig anerkendelse, proportionalitetsprincippet og princippet om gennemsigtighed (jf. analogt dom af 9.7.1987, CEI og Bellini, 27/86 – 29/86, EU:C:1987:355, præmis 15, af 7.12.2000, Telaustria og Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, præmis 60, og af 10.9.2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, præmis 38).

49 Inden for disse grænser kan medlemsstaten frit pålægge en ordregivende myndighed krav, som ikke er fastsat i artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24, med henblik på, at den indgår in house-aftaler, bl.a. for at sikre tjenesteydelsens kontinuitet, gode kvalitet og tilgængelighed.

50 Henset til ovenstående betragtninger skal det tredje spørgsmål, litra a), besvares med, at artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national regel, hvorved medlemsstaten bl.a. underkaster indgåelsen af en in house-aftale en betingelse om, at indgåelse af en offentlig kontrakt ikke kan sikre de gennemførte tjenesteydelsers kvalitet, tilgængelighed og kontinuitet, forudsat at det valg, som er udtrykt til fordel for en særlig metode til levering af tjenesteydelserne, og som er foretaget på et tidligere tidspunkt end indgåelsen af den offentlige kontrakt, overholder ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om gensidig anerkendelse, proportionalitetsprincippet og princippet om gennemsigtighed.

Om det tredje spørgsmål, litra b)

51 Med det tredje spørgsmål, litra b), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24, sammenholdt med princippet om gennemsigtighed, skal fortolkes således, at de betingelser, som medlemsstaterne fastsætter for indgåelsen af in house-aftaler, skal fastlægges ved præcise og klare lovbestemmelser om offentlige udbud.

52 Som bemærket i nærværende doms præmis 44 bevirker direktiv 2014/24 ikke, at medlemsstaterne fratages friheden til, inden indgåelsen af en offentlig kontrakt, at foretrække én metode til levering af tjenesteydelser, til gennemførelse af bygge- og anlægsarbejder eller til indkøb frem for andre.

53 Det følger heraf, at når en medlemsstat indfører regler, hvorefter en sådan metode til levering af tjenesteydelser, til gennemførelse af bygge- og anlægsarbejder eller til indkøb foretrækkes i forhold til andre, som det i det foreliggende tilfælde er sket hvad angår de betingelser, som litauisk ret underkaster indgåelsen af in house-aftaler som omhandlet i artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24, kan indførelsen af disse regler ikke henhøre under gennemførelsen af dette direktiv.

54 Det står alligevel fast, at når medlemsstaterne beslutter at handle således, forbliver de, som det er fremhævet i nærværende doms præmis 48, underlagt overholdelsen af forskellige principper, herunder princippet om gennemsigtighed.

55 Princippet om gennemsigtighed kræver i lighed med retssikkerhedsprincippet, at de betingelser, som medlemsstaterne fastsætter for indgåelsen af in house-aftaler, fastlægges ved regler, som er tilstrækkeligt tilgængelige, præcise og forudsigelige i deres anvendelse, således at enhver risiko for vilkårlighed undgås.

56 På baggrund af ovenstående betragtninger tilkommer det den forelæggende ret at vurdere, om udviklingen af den fortolkning af bestemmelserne i konkurrenceloven, som de øverste litauiske retsinstanser foretog fra midten af 2015, kom tilstrækkeligt klart og præcist til udtryk, og, om den blev gjort til genstand for tilstrækkelig offentliggørelse, således at såvel de ordregivende myndigheder som de interesserede økonomiske aktører med rimelighed kunne være oplyst herom.

57 Det tredje spørgsmål, litra b), skal således besvares med, at artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24, sammenholdt med princippet om gennemsigtighed, skal fortolkes således, at de betingelser, som medlemsstaterne fastsætter for indgåelsen af in house-aftaler, skal fastlægges ved præcise og klare lovbestemmelser om offentlige udbud, som er tilstrækkeligt tilgængelige og forudsigelige i deres anvendelse, således at enhver risiko for vilkårlighed undgås, hvilket det i det foreliggende tilfælde tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

Det fjerde spørgsmål

58 Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om indgåelsen af en in house-aftale, som opfylder de betingelser, der er fastsat i artikel 12, stk. 1, litra a)-c), i direktiv 2014/24, i sig selv er i overensstemmelse med EU-retten.

59 Det fremgår af artikel 12, stk. 1, litra a)-c), i direktiv 2014/24, at anvendelsesområdet for dette direktiv ikke omfatter en offentlig kontrakt, som en ordregivende myndighed har indgået med en privatretlig eller offentligretlig juridisk person, når, for det første, den ordregivende myndighed udøver en kontrol over denne juridiske person, som svarer til den kontrol, den udøver over sine egne aktiviteter, for det andet, mere end 80% af den kontrollerede juridiske persons aktiviteter udføres som gennemførelse af opgaver, som den er blevet betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af denne myndighed, og, for det tredje, der ikke er nogen direkte privat kapitalandel i denne juridiske person.

60 Denne bestemmelse vedrører imidlertid udelukkende anvendelsesområdet for direktiv 2014/24 og kan ikke forstås således, at den fastsætter betingelserne for, hvordan en offentlig kontrakt kan tildeles som led i en in house-aftale.

61 Som det i det væsentlige fremgår af nærværende doms præmis 48, kan den omstændighed, at en in house-aftale som omhandlet i artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24 ikke henhører under dette direktivs anvendelsesområde, ikke fritage medlemsstaterne, og heller ikke de ordregivende myndigheder, for at overholde bl.a. ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og princippet om gennemsigtighed.

62 Det skal endvidere bemærkes, at det af 31. betragtning til dette direktiv hvad angår aftaler mellem enheder i den offentlige sektor fremgår, at det skal sikres, at intet samarbejde af denne type, som er udelukket fra det nævnte direktivs anvendelsesområde, fører til konkurrenceforvridning i forhold til private økonomiske aktører.

63 I det foreliggende tilfælde påhviler det særlig den forelæggende ret at vurdere, om den ordregivende myndighed ved at indgå den i hovedsagen omhandlede in house-aftale, hvis genstand delvis falder sammen med genstanden for en kontrakt, der gennemføres af Irgita som tilslagsmodtager, har tilsidesat sine kontraktlige forpligtelser som følge af denne kontrakt og princippet om gennemsigtighed, hvis det viser sig, at denne myndighed ikke har foretaget en tilstrækkeligt klar definition af sine behov, bl.a. ved ikke at sikre tilslagsmodtageren leveringen af en mindstemængde af tjenesteydelserne, eller om denne in house-aftale udgør en væsentlig ændring af den generelle opbygning af den kontrakt, der er indgået med Irgita.

64 Det fjerde spørgsmål skal således besvares med, at indgåelsen af en in house-aftale, som opfylder de betingelser, der er fastsat i artikel 12, stk. 1, litra a)-c), i direktiv 2014/24, ikke i sig selv er i overensstemmelse med EU-retten.

Sagsomkostninger

65 Da sagen i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

1) **En situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor en ordregivende myndighed med en juridisk person, hvorover den udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, indgår en offentlig kontrakt som led i en procedure, som blev iværksat, da Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter stadig var gældende, og som gav anledning til indgåelse af en kontrakt efter ophævelsen af dette direktiv, dvs. den 18. april 2016, er omfattet af anvendelsesområdet for Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18, når den ordregivende myndighed endeligt afgjorde, om den var forpligtet til at gennemføre en udbudsprocedure forud for tildelingen af den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt, efter denne dato.**

2) **Artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national regel, hvorved medlemsstaten bl.a. underkaster indgåelsen af en in house-aftale en betingelse om, at indgåelsen af en offentlig kontrakt ikke kan sikre de gennemførte tjenesteydelsers kvalitet, tilgængelighed og kontinuitet, forudsat at det valg, som er udtrykt**

til fordel for en særlig metode til levering af tjenesteydelserne, og som er foretaget på et tidligere tidspunkt end indgåelsen af den offentlige kontrakt, overholder ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om gensidig anerkendelse, proportionalitetsprincippet og princippet om gennemsigtighed.

3) **Artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24, sammenholdt med princippet om gennemsigtighed, skal fortolkes således, at de betingelser, som medlemsstaterne fastsætter for indgåelsen af in house-aftaler, skal fastlægges ved præcise og klare lovbestemmelser om offentlige udbud, som er tilstrækkeligt tilgængelige og forudsigelige i deres anvendelse, således at enhver risiko for vilkårlighed undgås, hvilket det i det foreliggende tilfælde tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.**

4) **Indgåelsen af en in house-aftale, som opfylder de betingelser, der er fastsat i artikel 12, stk. 1, litra a)-c), i direktiv 2014/24, er ikke i sig selv i overensstemmelse med EU-retten.**

Underskrifter