Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS BESLUT (nionde avdelningen)

den 6 februari 2020*

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 99 i domstolens rättegångsregler – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 12.3 – Nationell lagstiftning som prioriterar upphandling till nackdel för ’in house’-kontrakt – Medlemsstaternas valfrihet vad gäller sättet att tillhandahålla tjänster – Gränser – Nationell lagstiftning enligt vilken det inte är möjligt för en upphandlande myndighet att förvärva andelar i ett organ som ägs av upphandlande myndigheter om förvärvet inte säkerställer att myndigheten får kontroll över detta organ eller vetorätt”

I de förenade målen C-89/19–C-91/19,

angående tre beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien), av den 8 november 2018, som inkom till domstolen den 5 februari 2019, i målen

Rieco SpA

mot

Comune di Lanciano,

Ecolan SpA (C-89/19),

Comune di Ortona,

Ecolan SpA (C-90/19),

Comune di San Vito Chietino,

Ecolan SpA (C-91/19),

ytterligare deltagare i rättegången:

Comune di Ortona (C-89/19),

Comune di Treglio (C-89/19),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),

meddelar

DOMSTOLEN (nionde avdelningen)

* Rättegångsspråk: italienska.

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

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Rieco SpA, genom T. Marchese, S. Colombari och A. Ranieri, avvocati,

– Ecolan SpA, genom M. Zoppolato, avvocato,

– Comune di Lanciano, genom V. Antonucci, avvocato,

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

– Spaniens regering, genom S. Jiménez García och M. J. García-Valdecasas Dorrego, båda i egenskap av ombud,

– Litauens regering, genom K. Dieninis och R. Butvydytė, båda i egenskap av ombud,

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

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet enligt artikel 99 i domstolens rättegångsregler genom ett särskilt uppsatt beslut som är motiverat,

följande

Beslut

1 Respektive begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 12.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

2 Respektive begäran har framställts i tre mål mellan, i det första målet, å ena sidan Rieco SpA och å andra sidan Comune di Lanciano (kommunen Lanciano, Italien) och Ecolan SpA, i det andra målet, å ena sidan Rieco SpA och å andra sidan Comune di Ortona (kommunen Ortona, Italien) och Ecolan SpA, och i det tredje målet, å ena sidan Rieco SpA och å andra sidan Comune di San Vito Chietino (kommunen San Vito Chietino, Italien) och Ecolan SpA. Målen avser att Ecolan direkttilldelats kontrakten avseende renhållningstjänster i dessa kommuner.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2014/24

3 I skälen 1, 5, 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.

…

(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. Tillhandahållande av tjänster som grundas på lagar, författningar eller anställningsavtal bör inte omfattas. I vissa medlemsstater kan detta exempelvis gälla vissa administrativa tjänster och statliga tjänster, såsom verkställande och lagstiftande tjänster, eller tillhandahållandet av vissa samhällstjänster, såsom utrikespolitiska tjänster eller rättstjänster eller obligatorisk socialförsäkring.

…

(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 Europeiska unionens domstol 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 Europeiska unionens domstols 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.

Detta undantag bör inte utvidgas till situationer där en privat ekonomisk aktör har ett direkt ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital, eftersom tilldelning av ett offentligt kontrakt utan ett förfarande under konkurrens under sådana omständigheter skulle ge den privata ekonomiska aktör som har en kapitalandel i den kontrollerade juridiska personen en otillbörlig förmån gentemot dess konkurrenter. Mot bakgrund av särdragen hos offentliga organ med obligatoriskt medlemskap, såsom organisationer som ansvarar för förvaltning eller utövande av vissa offentliga tjänster, bör detta dock inte gälla i fall där särskilda privata ekonomiska aktörers ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital är obligatoriskt enligt en bestämmelse i den nationella lagstiftningen i överensstämmelse med fördragen, förutsatt att ett sådant ägarintresse är icke-kontrollerande och icke-blockerande och inte ger ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personens beslut. Det bör ytterligare klargöras att den avgörande faktorn enbart består i det direkta privata ägarintresset i den kontrollerade juridiska personen. Om det föreligger ett privat ägarintresse i den kontrollerande upphandlande myndighetens eller de kontrollerande upphandlande myndigheternas kapital hindrar detta sålunda inte att offentliga kontrakt tilldelas den kontrollerade juridiska personen utan att man tillämpar de förfaranden som anges i detta direktiv, eftersom ett sådant ägarintresse inte inverkar negativt på konkurrensen mellan privata ekonomiska aktörer.

Det bör också klargöras att upphandlande myndigheter såsom offentligrättsliga organ, som kan ha ett privat ägarintresse i kapitalet, bör kunna utnyttja undantaget för övergripande samarbete. När alla andra villkor för det övergripande samarbetet är uppfyllda bör följaktligen undantaget för övergripande samarbete även omfatta sådana upphandlande myndigheter när kontraktet ingås uteslutande mellan upphandlande myndigheter.”

4 Artikel 12 i direktivet, med rubriken ”Offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn”, har följande lydelse:

”1. 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.

…

3. En upphandlande myndighet som inte utövar kontroll över en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person i den mening som avses i punkt 1 kan emellertid tilldela ett offentligt kontrakt till denna juridiska person utan att tillämpa detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Den upphandlande myndigheten utövar tillsammans med andra upphandlande myndigheter kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar.

b) Den juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning eller för andra juridiska personer som samma upphandlande myndigheter 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.

För tillämpningen av första stycket a ska de upphandlande myndigheterna anses utöva gemensam kontroll över en juridisk person om samtliga följande villkor är uppfyllda:

i) Den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter. Enskilda representanter får företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna.

ii) Dessa upphandlande myndigheter har tillsammans ett avgörande inflytande såväl över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål som över dess viktiga beslut.

iii) Den kontrollerade juridiska personen har inget eget intresse som strider mot de kontrollerande upphandlande myndigheternas intressen.

…”

Italiensk rätt

5 I artikel 34.20 i legge n. 221 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese (lag nr 221 om omvandling till lag, med ändringar, av lagdekret av den 18 oktober 2012, nr 179, om andra brådskande åtgärder för tillväxt i landet) av den 17 december 2012 (ordinarie tillägg till GURI nr 294 av den 18 december 2012, s. 1) föreskrivs följande:

”När det gäller lokala offentliga tjänster av ekonomiskt intresse ska tjänstekontrakt, i syfte att säkerställa att unionsrätten iakttas, att näringsidkare behandlas lika, att förvaltningen utövas effektivt och att berörda enheter får lämplig information, tilldelas på grundval av en rapport som upprättas för detta ändamål och publiceras på den tilldelande enhetens webbplats. Denna rapport ska innehålla skälen och det ska anges att de villkor som gäller enligt unionsrätten för den valda tilldelningsformen är uppfyllda. Vidare ska den exakta innebörden av skyldigheten att tillhandahålla en offentlig tjänst och en samhällsomfattande tjänst fastställas och i förekommande fall ska den ekonomiska ersättningen anges.”

6 Artikel 5 i decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lagstiftningsdekret nr 50 om offentlig upphandling) av den 18 april 2016 (ordinarie tillägg till GURI nr 91 av den 19 april 2016) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) har rubriken ”Allmänna principer om undantag för koncessioner, offentlig upphandling och avtal mellan offentliga organ och upphandlande myndigheter inom offentliga sektorn”. Artikel 5.4 och 5.5 har följande lydelse:

”4. En upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet får tilldela ett offentligt kontrakt eller en koncession utan att tillämpa bestämmelserna i denna lag om de villkor som anges i punkt 1 [som definierar den allmänna ramen för in house-tilldelning] är uppfyllda, även i de fall kontrollen utövas gemensamt.

5. Upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter utövar gemensam kontroll över en juridisk person när samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter. Enskilda representanter får företräda samtliga upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter eller flera av dem.

b) Dessa upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter har tillsammans ett avgörande inflytande såväl över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål som över dess viktiga beslut.

c) Den kontrollerade juridiska personen har inget eget intresse som strider mot de kontrollerande upphandlande myndigheternas eller upphandlande enheternas intressen.”

7 Artikel 192 i denna lag har rubriken ”Särskild ordning för in house-tilldelning”. I artikel 192.2 föreskrivs följande:

”Vid in house-tilldelning av ett kontrakt avseende tjänster som erbjuds på en marknad i fri konkurrens ska de upphandlande myndigheterna göra en förhandsgranskning av huruvida ett anbud från in house-enheterna är ekonomiskt fördelaktigt, med beaktande av syftet med och värdet av tjänsten samt i motiveringen till tilldelningsbeslutet redogöra för skälen till att myndigheten inte vände sig till marknaden och ange de allmännyttiga fördelarna med den valda förvaltningsformen, även med hänsyn till målsättningarna om allmängiltighet och sociala behov, effektivitet, ekonomi och servicekvalitet samt optimal användning av offentliga resurser.”

8 I artikel 4, med rubriken ”Målsättningar som kan uppnås genom förvärv och förvaltning av offentliga andelsinnehav”, i decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (lagstiftningsdekret nr 175 med konsoliderade bestämmelser om statliga företag) av den 19 augusti 2016 (GURI nr 210 av den 8 september 2016) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 175/2016) anges följande:

”1. Myndigheter får inte, direkt eller indirekt, bilda bolag som har till uppgift att producera varor och tjänster som inte är strikt nödvändiga för att utöva dess institutionella ändamål, eller förvärva eller behålla andelar, även minoritetsinnehav, i sådana bolag.

2. Myndigheter får, inom de gränser som anges i punkt 1, direkt eller indirekt bilda bolag eller förvärva eller behålla andelar i bolag, enbart i syfte att utföra följande uppgifter:

a) Produktion av en allmännyttig tjänst, däribland utförande och förvaltning av nät och utrustning som används för dessa tjänster.

…

4. In house-bolagen ska som enda verksamhetsföremål ha en eller flera av de verksamheter som avses i led a … i punkt 2. Med förbehåll för vad som anges i artikel 16 ska dessa bolag huvudsakligen arbeta med de enheter som bildar dem, bidrar till deras kapital eller beslutar [om tilldelningar]."

9 I artikel 16 i lagstiftningsdekretet, med rubriken "In house-bolag", föreskrivs följande:

"1. In house-bolagen kan direkttilldelas offentliga kontrakt av de myndigheter som utövar en motsvarande kontroll över dem eller av någon av de myndigheter som utövar en motsvarande gemensam kontroll över dem, endast om det inte föreligger något privat ägarintresse, med undantag för det som föreskrivs i lag och har en form som inte medför någon kontroll eller vetorätt eller något avgörande inflytande över det kontrollerade bolaget.

…

7. De bolag som avses i denna artikel ska förvärva bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster i enlighet med reglerna i [lagen om offentlig upphandling] – utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 5 och 192 [i denna lag]."

Målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Mål C-89/19

10 Ecolan, som är verksamt inom området för hantering av kommunalt avfall, är ett in house-bolag vars kapital till fullo innehas av 53 offentliga myndigheter i provinsen Chieti (Italien), däribland kommunen Lanciano som har en ägarandel som uppgår till 21,69 procent av kapitalet.

11 I egenskap av ekonomisk aktör intresserad av att erhålla kontraktet att förvalta renhållningen i kommunen Lanciano, väckte Rieco talan vid Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Regionala förvaltningsdomstolen i Abruzzo, Italien) och yrkade ogiltigförklaring av olika rättsakter, bland annat beslutet av kommunfullmäktige i Lanciano av den 29 maj 2017 (nedan kallat det omtvistade beslutet), genom vilket Ecolan direkttilldelades kontraktet avseende renhållningstjänsten, vilket inbegrep skötseln av anläggningarna för insamling och återanvändning av avfall.

12 Rieco har gjort gällande att den direkta tilldelningen till Ecolan av kontraktet avseende renhållningen i kommunen Lanciano strider mot de villkor som gäller för in house-tilldelning eller enligt ordningen för en motsvarande gemensam kontroll.

13 Genom dom av den 12 januari 2018 ogillade Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Regionala förvaltningsdomstolen i Abruzzo) Riecos talan. Rieco överklagade den domen till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien).

14 Rieco har för det första gjort gällande att Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Regionala förvaltningsdomstolen i Abruzzo) åsidosatte artikel 192.2 i lagen om offentlig upphandling genom att inte ta hänsyn till att det i det omtvistade beslutet saknades en reell bedömning av huruvida det var fördelaktigt att tilldela kontraktet in house och inte genom en offentlig upphandling med anbudsinfordran, innan kontraktet som är aktuellt i det nationella målet tilldelades direkt.

15 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) anser inledningsvis att det omtvistade beslutet strider mot artikel 192.2 i lagen om offentlig upphandling, som även är tillämplig på Ecolan i enlighet med artikel 16.7 i lagstiftningsdekret nr 175/2016, eftersom det inte innehåller en korrekt redogörelse för de skäl som motiverade att in house-tilldelning användes. I artikel 192.2 i lagen om offentlig upphandling föreskrivs nämligen att två villkor ska vara uppfyllda för att tjänster som erbjuds på

marknaden ska kunna tilldelas in house, vilket inte krävs för det fall samma tjänster tilldelas på andra sätt, bland annat genom anbudsinfordran eller andra former för övergripande samarbete mellan myndigheter. För det första är den upphandlande myndigheten skyldig att motivera varför den valt att inte låta kontraktet bli föremål för offentlig upphandling. Detta villkor följer av att tilldelning in house numera är av sekundär och underordnad karaktär och endast kan användas under förutsättning att det visas dels att det föreligger ett relevant ”marknadsmisslyckande”, med avseende på förutsebara brister i fråga om ”allmängiltighet och sociala behov, effektivitet, ekonomi och servicekvalitet samt optimal användning av offentliga resurser”, dels att in house-enheten kan avhjälpa denna brist. För det andra ska den upphandlande myndigheten ange vilka fördelar en tilldelning in house medför för myndigheten, trots att detta inte är nödvändigt för det fall den genomför en offentlig upphandling.

16 För att ytterligare begränsa undantagen från regeln om offentlig upphandling, kan den italienska lagstiftaren dessutom, enligt en dom meddelad den 17 november 2010 av Corte costituzionale (Författningsdomstolen, Italien), föreskriva ”begränsningar i direkttilldelningen som är mer omfattande än de som föreskrivs i [unions]rätten”. I dom av den 20 mars 2013 slog samma domstol även fast att tilldelning genom delegering inom organisationen utgör ”ett undantag i förhållande till den allmänna regeln om tilldelning av kontrakt till tredje man genom offentlig upphandling”.

17 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) är tveksam till om denna restriktiva inriktning, som har pågått i mer än tio år i Italien i förhållande till in house-tilldelningar, är förenlig med unionsrätten, i synnerhet med principen om myndigheternas självstyre som anges i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1). I detta hänseende kan det uppstå en konflikt mellan å ena sidan principerna om offentliga juridiska personers frihet och självbestämmande och å andra sidan principen om att förfaranden för offentlig upphandling och koncessionen ska vara utsatta för marknadskonkurrens.

18 Även om det antas att in house-tilldelning till sin natur är en av de karakteristiska formerna för internalisering och egenproduktion, utgör denna tilldelning inte ett underordnat undantag, utan snarare ett grundläggande val på samma sätt som tilldelning till tredje man genom offentlig upphandling med anbudsinfordran. Av detta följer att tilldelningen av ett kontrakt genom en anbudsinfordran i princip inte ska ges företräde.

19 Enligt den hänskjutande domstolen intar in house-tilldelningar, i unionsrätten, inte en underordnad plats i förhållande till tilldelning genom upphandling. Tvärtom utgör de ett slags logiskt förstahandsval varje gång myndigheten ska välja mellan egenproduktion eller externalisering av de tjänster som ingår i myndighetens verksamhet, eftersom en myndighet först kan anlita externa aktörer för tillförseln av varor, tjänster eller leveranser när det visat sig att den interna vägen genom egenproduktion eller internalisering inte är genomförbar eller inte kan användas på ett ändamålsenligt sätt.

20 Principen om myndigheters självstyre ska följaktligen anses ha ett allmänt värde, vilket utesluter att det införs bestämmelser som syftar till att ge en av myndigheternas metoder att tilldela tjänster av allmänt intresse, såsom tilldelningen in house, en rättsligt sett underordnad roll i förhållande till de övriga metoderna.

21 För det andra har Rieco gjort gällande att Tribunale amministrativo regionale per l’Abruzzo (Regionala förvaltningsdomstolen i Abruzzo) underlät att beakta de villkor som föreskrivs i italiensk rätt vad gäller offentliga juridiska personers ägarandel av Ecolans aktiekapital när dessa personer inte utövar någon kontroll över Ecolan som motsvarar den som de utövar över sina egna förvaltningar.

22 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har i detta hänseende påpekat att det enligt Ecolans bolagsordning finns två typer av aktieägare, nämligen, för det första, ”aktieägare med bestämmanderätt” som utövar en motsvarande gemensam kontroll över Ecolan och följaktligen kan genomföra direkttilldelningar till Ecolans förmån och, för det andra, ”aktieägare utan bestämmanderätt” som

innehar andelar i Ecolan i avsikt att genomföra direkttilldelningar till förmån för Ecolan i framtiden, utan att kunna göra det i nuläget, och som, fram till den tidpunkten, inte har någon förvaltningsbefogenhet eller vetorätt som påverkar Ecolans interna verksamhet och således inte utövar en motsvarande gemensam kontroll.

23 Den omständigheten att Ecolan endast utgör en in house-enhet i förhållande till de bestämmande aktieägarna strider inte mot unionsrätten. Det kan nämligen inte uteslutas att det föreligger en motsvarande gemensam kontroll, i den mening som avses i artikel 12.3 i direktiv 2014/24, endast på den grunden att de upphandlande myndigheter som inte utövar kontroll eller vetorätt och inte gör direkttilldelningar har andelar i aktiekapitalet i ett bolag med olika typer av aktieinnehav.

24 Den hänskjutande domstolen anser att en upphandlande myndighet utan bestämmanderätt senare bör kunna besluta sig för att förvärva en motsvarande gemensam kontroll och kunna direkttilldela Ecolan tjänstekontrakt.

25 Denna hypotes är emellertid utesluten enligt artikel 4.1 i lagstiftningsdekret nr 175/2016, när förvärv av motsvarande gemensam kontroll och direkttilldelning inte sker omedelbart, utan endast planeras.

26 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Utgör unionsrätten (i synnerhet principen om myndigheters självstyre och principen om att de olika metoderna för tilldelning och förvaltning av tjänster av allmänt intresse i stort sett är likvärdiga) hinder för en nationell bestämmelse (såsom den i artikel 192.2 i … [lagen om offentlig upphandling]), enligt vilken in house-tilldelning av kontrakt ska ses som en underordnad och exceptionell form av tilldelning i förhållande till tilldelning efter offentlig upphandling, i) då sådan tilldelning endast är tillåten när det kan visas att det föreligger ett marknadsmisslyckande på den relevanta marknaden och ii) då den myndighet som har för avsikt att tilldela ett kontrakt genom delegering inom organisationen under alla omständigheter är skyldig att motivera detta särskilt med angivande av fördelarna för allmännyttan med denna form av tilldelning?

2) Utgör unionsrätten (och i synnerhet artikel 12.3 i direktiv 2014/24 i fråga om in house-tilldelning när flera myndigheter gemensamt utövar kontroll motsvarande den kontroll de utövar över sina egna förvaltningar) hinder för en nationell bestämmelse (såsom den i artikel 4.1 i … lagstiftningsdekret nr 175/2016), enligt vilken en myndighet inte får förvärva andelar i ett organ som flera andra myndigheter äger tillsammans (i en utsträckning som under alla omständigheter inte är tillräcklig för att kunna utöva kontroll eller uppnå vetorätt) när myndigheten har för avsikt att i framtiden förvärva gemensam kontroll och därmed möjlighet att göra direkttilldelningar till detta organ som flera myndigheter äger tillsammans?”

Målen C-90/19 och C-91/19

27 Det framgår av besluten om hänskjutande i målen C-89/19 – C-91/19 att de faktiska och rättsliga omständigheterna i de nationella målen i domstolens mål C-90/19 och C-91/19 är jämförbara med de faktiska och rättsliga omständigheterna i det nationella målet i domstolens mål C-89/19 och att de frågor som ställts av den hänskjutande domstolen i målen C-90/19 och C-91/19 är identiska med de frågor som ställts i mål C-89/19.

Prövning av tolkningsfrågorna

28 Av artikel 99 i domstolens rättegångsregler följer att om svaret på en fråga i en begäran om förhandsavgörande klart kan utläsas av rättspraxis eller inte lämnar utrymme för rimligt tvivel, får domstolen, på förslag av referenten och efter att ha hört generaladvokaten, när som helst avgöra målet genom ett motiverat beslut.

29 Domstolen finner att denna bestämmelse ska tillämpas i förevarande mål.

Den första frågan

30 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 12.3 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det för att ingå en intern transaktion, även kallat ”in house-kontrakt”, krävs att det inte är möjligt att tilldela kontraktet genom offentlig upphandling och att den upphandlande myndigheten under alla omständigheter kan styrka att den interna transaktionen medför fördelar för allmännyttan.

31 Såsom domstolen konstaterade i domen av den 3 oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, punkt 41) (nedan kallad domen Irgita), syftar direktiv 2014/24, såsom anges i skäl 1 i direktivet, till att samordna de nationella upphandlingsförfarandena som avser offentliga kontrakt över ett visst värde.

32 Det framgår av punkt 43 i domen Irgita att artikel 12.1 i nämnda direktiv – rörande interna transaktioner – som begränsar sig till att precisera de villkor som en upphandlande myndighet ska uppfylla när den önskar ingå en intern transaktion, endast innebär att medlemsstaterna har befogenhet att utesluta en sådan transaktion från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24.

33 Denna bestämmelse 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 (domen Irgita, punkt 44).

34 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 (domen Irgita, punkt 45).

35 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 (domen Irgita, punkt 46).

36 Medlemsstaternas valfrihet i detta hänseende uttrycks, såsom domstolen har slagit fast i punkt 47 i domen Irgita, ännu klarare i artikel 2.1 i direktiv 2014/23, 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.”

37 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 (domen Irgita, punkt 48).

38 Domstolen fann därför i punkt 50 i domen Irgita att 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.

39 I domen i målet Irgita tolkade domstolen visserligen artikel 12.1 i direktiv 2014/24 och inte artikel 12.3 i direktivet.

40 Det framgår emellertid av ordalydelsen i dessa bestämmelser att den enda skillnaden mellan artikel 12.1 i direktiv 2014/24 och artikel 12.3 i samma direktiv är att den upphandlande myndigheten, i den första av dessa bestämmelser, ensam kontrollerar in house-enheten, medan denna enhet, i den andra av dessa bestämmelser, kontrolleras gemensamt av flera upphandlande myndigheter.

41 Under dessa omständigheter innebär medlemsstaternas rätt att välja hur de tjänster som ska tillgodose de upphandlande myndigheternas egna behov ska tillhandahållas att de har rätt att föreskriva att en intern transaktion endast får ingås om det inte är möjligt att tilldela kontraktet genom offentlig upphandling och om den upphandlande myndigheten, under alla omständigheter, kan styrka att den interna transaktionen medför fördelar för allmännyttan.

42 Den första frågan ska således besvaras enligt följande. Artikel 12.3 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det för att ingå en intern transaktion, även kallat ”in house”-kontrakt, krävs att det inte är möjligt att tilldela kontraktet genom offentlig upphandling och att den upphandlande myndigheten, under alla omständigheter, kan styrka att den interna transaktionen medför fördelar för allmännyttan.

Den andra frågan

43 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 12.3 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning som hindrar en upphandlande myndighet från att förvärva andelar i kapitalet i en enhet vars aktieägare är andra upphandlande myndigheter när detta innehav inte säkerställer att myndigheten får kontroll över enheten eller kan utöva vetorätt och när den upphandlande myndigheten avser att i ett senare skede förvärva en ställning där den utövar gemensam kontroll och följaktligen får möjlighet att direkt tilldela denna enhet, vars kapital ägs av flera upphandlande myndigheter, kontrakt.

44 Såsom framgår av dess ordalydelse har artikel 12.3 a–c i direktiv 2014/24 till syfte att precisera de villkor som ska vara uppfyllda för att en upphandlande myndighet, som tillsammans med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över en sådan privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person som avses i artikel 12.1 i direktivet, ska kunna tilldela denna juridiska person ett offentligt kontrakt utan att tillämpa detta direktiv.

45 Det undantag från bestämmelserna om offentlig upphandling som anges i artikel 12.3 i direktiv 2014/24 är således, i enlighet med led a i denna bestämmelse, villkorat av att en upphandlande myndighet, tillsammans med andra upphandlande myndigheter, utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den kontroll som de utövar över sina egna förvaltningar.

46 Av detta följer att artikel 12.3 i direktiv 2014/24 inte innehåller något krav som avser de villkor på vilka en myndighet förvärvar andelar i kapitalet i ett bolag, vars aktieägare är andra myndigheter.

47 Den andra frågan ska således besvaras på följande sätt. Artikel 12.3 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som hindrar en upphandlande myndighet från att förvärva andelar i kapitalet i en enhet vars aktieägare är andra upphandlande myndigheter när detta innehav inte säkerställer att myndigheten får kontroll över enheten eller kan utöva vetorätt och när denna upphandlande myndighet avser att i ett senare skede förvärva en ställning där den utövar gemensam kontroll och följaktligen får möjlighet att direkt tilldela denna enhet, vars kapital ägs av flera upphandlande myndigheter, kontrakt.

Rättegångskostnader

48 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 (nionde avdelningen) följande:

1) **Artikel 12.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det för att ingå en intern transaktion, även kallat ”in house”-kontrakt, krävs att det inte är möjligt att tilldela kontraktet genom offentlig upphandling och att den upphandlande myndigheten, under alla omständigheter, kan styrka att den interna transaktionen medför fördelar för allmännyttan.**

2) **Artikel 12.3 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som hindrar en upphandlande myndighet från att förvärva andelar i kapitalet i en enhet vars aktieägare är andra upphandlande myndigheter när detta innehav inte säkerställer att myndigheten får kontroll över enheten eller kan utöva vetorätt och när denna upphandlande myndighet avser att i ett senare skede förvärva en ställning där den utövar gemensam kontroll och följaktligen får möjlighet att direkt tilldela denna enhet, vars kapital ägs av flera upphandlande myndigheter, kontrakt.**

Underskrifter