Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS KENDELSE (Niende Afdeling)

6. februar 2020 *

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 99 i Domstolens procesreglement – offentlige kontrakter – direktiv 2014/24/EU – artikel 12, stk. 3 – national lovgivning, der begunstiger indgåelse af offentlige kontrakter på bekostning af *in house*-kontrakter – medlemsstaternes frihed med hensyn til valg af metoden til levering af tjenesteydelser – grænser – national lovgivning, som udelukker en ordregivende myndigheds mulighed for at erhverve kapitalandele i et organ, som ordregivende myndigheder ejer, når disse andele ikke kan sikre kontrollen med dette organ eller en vetoret«

I de forenede sager C-89/19 - C-91/19,

angående tre anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) ved afgørelser af 8. november 2018, indgået til Domstolen den 5. februar 2019, i sagerne

**Rieco SpA**

mod

**Comune di Lanciano,**

**Ecolan SpA** (sag C-89/19),

**Comune di Ortona,**

**Ecolan SpA** (sag C-90/19),

**Comune di San Vito Chietino,**

**Ecolan SpA** (sag C-91/19),

procesdeltagere:

**Comune di Ortona** (sag C-89/19),

**Comune di Treglio** (sag C-89/19),

**Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),**

har

Domstolen (Niende Afdeling),

* Processprog: italiensk.

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

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

– Rieco SpA ved avvocati T. Marchese, S. Colombari og A. Ranieri,

– Ecolan SpA ved avvocato M. Zoppolato,

– Comune di Lanciano ved avvocato V. Antonucci,

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

– den spanske regering ved S. Jiménez García og M.J. García-Valdecasas Dorrego, som befuldmægtigede

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

– Europa-Kommissionen ved G. Gattinara, P. Ondrůšek og L. Haasbeek, som befuldmægtigede,

idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet at træffe afgørelse ved begrundet kendelse i overensstemmelse med artikel 99 i Domstolens procesreglement,

afsagt følgende

## Kendelse

1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 12, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

2 Anmodningerne er indgivet i forbindelse med tre sager henholdsvis mellem for det første Rieco SpA mod Commune di Lanciano (Lanciano kommune, Italien) og Ecolan SpA, for det andet Rieco SpA mod Comune di Ortona (Ortona kommune, Italien) og Ecolan og for det tredje Rieco SpA mod Comune di San Vito Chietino (San Vito Chietino kommune, Italien) og Ecolan vedrørende den direkte tildeling af kontrakten for renovation i disse kommuners til Ecolan.

## Retsforskrifter

### *EU-retten*

*Direktiv 2014/24*

3 Følgende fremgår af 1., 5., 31. og 32. betragtning til direktiv 2014/24:

»(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.

[…]

(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. Levering af tjenesteydelser på grundlag af love, administrative bestemmelser eller arbejdskontrakter bør ikke være omfattet. I nogle medlemsstater kan dette [f.eks.] være tilfældet for visse administrative og statslige tjenesteydelser såsom udøvende og lovgivende myndigheders tjenesteydelser eller levering af visse tjenesteydelser til samfundet såsom tjenesteydelser vedrørende udenrigsanliggender eller justitsvæsen eller obligatoriske socialsikringstjenester.

[…]

(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. EU-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 Den Europæiske Unions Domstols 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.

Undtagelsen bør ikke udvides til at omfatte situationer, hvor en privat økonomisk aktør deltager direkte i kapitalandelene i den kontrollerede juridiske person, eftersom tildeling under sådanne omstændigheder af den offentlige kontrakt uden udbudsprocedure ville stille den private økonomiske aktør med en kapitaldeltagelse i den kontrollerede juridiske person mere fordelagtigt end konkurrenterne. I betragtning af de særlige kendetegn ved offentlige organer med tvungent medlemskab, såsom organisationer med ansvar for forvaltning eller udførelse af visse offentlige tjenesteydelser, bør dette dog ikke gælde tilfælde, hvor en bestemt privat økonomisk aktørs ejerskab til kapitalandelene i den kontrollerede juridiske person er tvungen i henhold til national lovgivning i overensstemmelse med traktaterne, forudsat at en sådan deltagelse ikke er kontrollerende, ikke er blokerende og ikke har afgørende indflydelse på den kontrollerede juridiske persons beslutninger. Det bør endvidere præciseres, at det afgørende element kun gælder direkte privat deltagelse i den kontrollerede juridiske person. Privat kapitaldeltagelse i den eller de kontrollerende ordregivende myndigheder udelukker derfor ikke tildeling af offentlige kontrakter til den kontrollerede juridiske person uden anvendelse af procedurerne i dette direktiv, da en sådan deltagelse ikke skader konkurrencen mellem private økonomiske aktører.

Det bør også præciseres, at ordregivende myndigheder, såsom offentligretlige organer, der kan have private kapitalandele, bør være i stand til at henholde sig til undtagelsen fra horisontalt samarbejde. Hvis alle andre betingelser i forbindelse med horisontalt samarbejde er opfyldt, bør undtagelsen fra horisontalt samarbejde således udvides til også at omfatte sådanne ordregivende myndigheder, hvis kontrakten udelukkende er indgået mellem ordregivende myndigheder.«

4 Direktivets artikel 12 med overskriften »Offentlige kontrakter mellem enheder inden for den offentlige sektor« bestemmer:

»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) [D]en ordregivende myndighed underkaster den pågældende juridiske person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.

b) [M]ere 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, […]

c) [D]er 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.

[…]

3. En ordregivende myndighed, der ikke udøver kontrol over en privatretlig eller offentligretlig juridisk person som omhandlet i stk. 1, kan alligevel uden at anvende dette direktiv tildele en offentlig kontrakt til den pågældende juridiske person, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

a) [D]en ordregivende myndighed udøver sammen med andre ordregivende myndigheder en kontrol over den juridiske person, der svarer til den kontrol, de udøver over deres egne afdelinger.

b) [M]ere end 80% af aktiviteterne i den juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af opgaver, den har fået betroet af de kontrollerende ordregivende myndigheder eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af de samme ordregivende myndigheder, […]

c) [D]er 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.

I henhold til første afsnit, litra a), kontrollerer ordregivende myndigheder i fællesskab en juridisk person, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

i) [D]en kontrollerede juridiske persons beslutningstagende organer sammensættes af repræsentanter fra alle deltagende ordregivende myndigheder. De enkelte repræsentanter kan repræsentere flere eller alle deltagende ordregivende myndigheder.

ii) [D]e ordregivende myndigheder kan i fællesskab udøve bestemmende indflydelse på de strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerede juridiske person […]

iii) [D]en kontrollerede juridiske person varetager ikke en interesse, der er i modstrid med de kontrollerende ordregivende myndigheders interesser.

[…]«

### *Italiensk ret*

5 La legge n. 221 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure per la crescita del Paese (lov nr. 221 om konvertering til lov, med ændringer, af lovdekret af 18.10.2012, nr. 179 om andre hasteforanstaltninger til gavn for væksten i landet) af 17.december 2012 (almindeligt tillæg til GURI nr. 294 af 18.12.2012, s. 1, herefter »lovdekret nr. 179/2012«) bestemmer i artikel 34, stk. 20:

»For så vidt angår lokale offentlige tjenesteydelser af økonomisk interesse skal en tjenesteydelseskontrakt, med henblik på at sikre overholdelse af EU-retten, lighed mellem operatørerne og økonomisk forvaltning samt passende oplysninger til de pågældende enheder, tildeles på grundlag af en rapport udarbejdet til dette formål, som offentliggøres på hjemmesiden for den enhed, der foretager tildelingen. I rapporten indeholdes en begrundelse og en angivelse af, at de betingelser, der er fastsat i EU-retten for den valgte form for tildeling, er opfyldt, og det præcise indhold af forpligtelserne til offentlige tjenesteydelser og generelle ydelser defineres med angivelse i givet fald af de økonomiske kompensationer.«

6 Artikel 5 i decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lovdekret nr. 50 om offentlige kontrakter) af 18. april 2016 (almindeligt tillæg til GURI nr. 91 af 19.4.2016, herefter »lov om offentlige kontrakter«) med overskriften »fælles principper for udelukkelse af koncessioner, offentlige kontrakter og aftaler mellem offentlige organer og ordregivende myndigheder i den offentlige sektor« fastsætter i stk. 4 og 5:

»4. En ordregivende myndighed eller enhed kan tildele en offentlig kontrakt eller en koncession uden at anvende denne lov, hvis de betingelser, der er fastsat i stk. 1, [som fastlægger de generelle rammer for in house-tildeling], er opfyldt, herunder i tilfælde af fælles kontrol.

5. Ordregivende myndigheder eller enheder udøver en fælles kontrol over en juridisk person, når følgende betingelser er opfyldt:

a) [D]en kontrollerede juridiske persons besluttende organer består af repræsentanter for alle ordregivende myndigheder eller enheder. Individuelle repræsentanter kan repræsentere alle eller flere af de ordregivende myndigheder eller enheder.

b) [D]isse ordregivende myndigheder eller enheder er i stand til i fællesskab at udøve en bestemmende indflydelse på den juridiske persons strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger.

c) [D]en kontrollerede juridiske person forfølger ikke interesser, der er i modstrid med de kontrollerende ordregivende myndigheders eller ordregivende enheders interesser.«

7 Lovens artikel 192, stk. 2, med overskriften »Særlig ordning for *in house*-tildelinger« bestemmer:

»Ved *in house*-tildeling af en kontrakt vedrørende tjenester, som udbydes på et marked med fri konkurrence, skal de ordregivende myndigheder foretage en forudgående vurdering af, om et tilbud fra en *in house*-myndighed er økonomisk velbegrundet, idet der tages hensyn til formålet med og værdien af ydelsen, give en begrundelse for, at tildelingen sker uden en udbudsprocedure, samt angive fordelene for samfundet ved den valgte forvaltningsform også med henvisning til målsætningerne om universel karakter og den sociale dimension, effektivitet, sparsommelighed, og tjenestens kvalitet samt bedst mulig udnyttelse af offentlige midler«

8 Le decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (lovdekret nr. 175 af 19.8.2016 om konsoliderede bestemmelser vedrørende selskaber med offentlig deltagelse) (GURI nr. 210 af 8.9.2016, herefter »lovdekret nr. 175/2016«) bestemmer i artikel 4, der har overskriften »Formål, der kan forfølges ved erhvervelse og forvaltning af offentligt ejede aktieposter«:

»1. De offentlige myndigheder kan hverken direkte eller indirekte stifte selskaber, der har til formål at producere varer eller tjenesteydelser, som ikke er strengt nødvendige for at udøve deres institutionelle formål eller erhverve eller beholde aktieposter, herunder også minoritetsaktieposter i sådanne selskaber.

2. Inden for de i stk. 1 fastsatte grænser kan myndighederne alene med henblik på udførelsen af følgende aktiviteter direkte eller indirekte oprette selskaber eller erhverve eller beholde aktieposter i selskaber:

a) produktion af tjenesteydelser af almen interesse, herunder etablering og forvaltning af netværk og udstyr til brug for disse tjenester

[…]

4. *In house*-selskaber kan som selskabsformål udelukkende have en eller flere af de i stk. 2, litra a), nævnte aktiviteter. Med forbehold for bestemmelserne i artikel 16 arbejder disse selskaber hovedsagelig med de enheder, som har etableret dem, ejer kapitalandele i dem eller træffer afgørelse [om tildelinger].«

9 Lovdekretets artikel 16 med overskriften »*In house*-selskaber« bestemmer:

»1. *In house*-selskaber kan kun modtage direkte tildeling af offentlige kontrakter fra de myndigheder, der udøver en tilsvarende kontrol over dem, eller fra hver af de myndigheder, som i fællesskab udøver en tilsvarende kontrol over dem, hvis der ikke er investeret privat kapital, med undtagelse af privat kapital, der er foreskrevet i lovregler, og som har en form, der hverken indebærer kontrol eller vetoret eller nogen bestemmende indflydelse på det kontrollerede selskab.

[…]

7. De i denne artikel omhandlede selskaber skal aftage bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser i overensstemmelse med de regler, der er fastsat i [lov om offentlige kontrakter] – med forbehold af artikel 5 og 192 i [denne lov].«

## Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

### *Sag C-89/19*

10 Ecolan, som beskæftiger sig med bortskaffelse af byaffald, er et *in house*-selskab, hvis kapital fuldt ud ejes af 53 offentlige myndigheder i provinsen Chieti (Italien), herunder Lanciano kommune, hvis kapitalandel udgør 21,69%.

11 Rieco anlagde i sin egenskab af erhvervsdrivende, der er interesseret i at få tildelt kontrakten om renovation i Lanciano kommune, sag ved Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (den regionale forvaltningsdomstol for Abruzzo, Italien) med påstand om annullation af forskellige retsakter, herunder Lanciano kommunalbestyrelses afgørelse af 29. maj 2017 (herefter »den anfægtede afgørelse«), hvorved Ecolan direkte fik tildelt en kontrakt vedrørende renholdelse, herunder forvaltningen af centre for indsamling og genanvendelse af affald.

12 Rieco anførte, at den direkte tildeling til Ecolan af kontrakten vedrørende renovation i Lanciano kommune var i strid med betingelserne for *in house*-tildeling eller med en tilsvarende fælles kontrolordning.

13 I dom af 12. januar 2018 gav Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (den regionale forvaltningsdomstol for Abruzzo) ikke Rieco medhold, og Rieco har appelleret dommen til Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien).

14 For det første har Rieco gjort gældende, at Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (den regionale forvaltningsdomstol for Abruzzo) har tilsidesat artikel 192, stk. 2, i lov om offentlige kontrakter ved ikke i den omtvistede afgørelse at påtale, at der reelt ikke blev foretaget en vurdering af hensigtsmæssigheden af at foretage en *in house*-tildeling frem for en offentlig kontrakt med udbud, inden der skete direkte tildeling af den i hovedsagen omhandlede kontrakt.

15 Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har indledningsvis bemærket, at den omtvistede afgørelse var i strid med artikel 192, stk. 2, i lov om offentlige kontrakter, som ligeledes finder anvendelse på Ecolan i henhold til artikel 16, stk. 7, i lovdekret nr. 175/2016, for så vidt som den ikke på korrekt måde redegør for begrundelserne for at anvende *in house*-tildeling. Artikel 192, stk. 2, i lov om offentlige kontrakter bestemmer nemlig, at to betingelser skal være opfyldt for *in house* -tildeling af kontrakter om tjenesteydelser, som udbydes på markedet, hvilket ikke kræves, når de samme tjenesteydelser tildeles på andre måder, navnlig gennem udbud og gennem andre former for horisontalt samarbejde mellem myndighederne. For det første er den ordregivende myndighed forpligtet til at begrunde de omstændigheder, der har ført til, at der ikke er anvendt en offentlig

udbudsprocedure Denne betingelse følger af, at *in house*-tildeling nu er af en sekundær og underordnet karakter og kun kan anvendes under forudsætning af, at det på den ene side godtgøres, at der foreligger et »markedssvigt på det relevante marked«, der beror på forudsigelige mangler med hensyn til »målsætningerne om universel karakter, den sociale dimension,, sparsommelighed og tjenestens kvalitet, samt bedst mulig anvendelse af offentlige midler«, og på den anden side, at *in house*-enheden kan afhjælpe dette svigt. For det andet skal den ordregivende myndighed angive de fordele, der følger af en *in house*-tildeling, mens dette ikke er nødvendigt, hvis en offentlig kontrakt indgås.

16 For yderligere at begrænse undtagelserne til reglen om offentligt udbud giver en dom afsagt den 17. november 2010 af Corte costituzionale (forfatningsdomstol, Italien) desuden den italienske lovgiver mulighed for at fastsætte »begrænsninger i en direkte tildeling, som er mere omfattende end dem, der er fastsat i [EU-]retten«. I en dom af 20. marts 2013 har samme ret ligeledes fastslået, at tildelingen gennem delegering inden for organisationen udgør »en undtagelse i forhold til den almindelige regel om tildeling til tredjemand gennem et offentligt udbud«.

17 Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) tvivler på, at denne restriktive indstilling, som i mere end ti år har været anvendt i Italien med hensyn til *in house*-tildelinger, er forenelig med EU-retten, navnlig med princippet om den frie organisation af administrationerne, der er fastsat i artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1). I denne henseende kan der opstå en konflikt mellem principperne om frihed og selvbestemmelse for offentlige juridiske personer på den ene side og princippet om, at offentlige udbud og koncessioner skal udsættes for markedskonkurrence på den anden side.

18 Hvis det anerkendes, at en *in house*-tildeling efter sin art er en af de karakteristiske former for internalisering og egenproduktion, udgør denne form for tildeling ikke en underordnet undtagelse, men en grundlæggende mulighed på samme måde som tildeling til tredjemand ved indgåelse af offentlige kontrakter med udbud. Det følger heraf, at tildelingen af en kontrakt gennem et udbud ikke burde have nogen fortrinsstilling.

19 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at i henhold til EU-retten indtager *in house*-tildelinger ikke en sekundær stilling i forhold til tildeling af offentlige kontrakter. Tværtimod udgør de en form for logisk konsekvens i ethvert valg fra myndighedens side mellem egenproduktion eller eksternalisering af tjenesteydelser, der henhører under dens område, idet en myndighed kun kan foretage en eksternalisering af leveringen af varer, tjenesteydelser eller forsyninger, når den interne egenproduktion eller internalisering viser sig ikke at være levedygtig eller ikke at kunne anvendes hensigtsmæssigt.

20 Princippet om offentlige myndigheders ret til frit at træffe beslutninger bør derfor tillægges en generel værdi, hvilket udelukker indførelsen af bestemmelser, der har til formål at tillægge en af myndighedernes muligheder for at tildele tjenesteydelser, såsom *in house*-tildeling, en juridisk set underordnet rolle i forhold til de øvrige muligheder.

21 For det andet har Rieco gjort gældende, at Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (den regionale forvaltningsdomstol for Abruzzo) ikke har taget hensyn til de betingelser, der er fastsat i italiensk ret med hensyn til ejerandelen i Ecolan for offentlige juridiske personer, som ikke udøver en kontrol over Ecolan svarende til den kontrol, som de udøver med deres egne afdelinger.

22 I denne henseende har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) anført, at der ifølge Ecolans vedtægter er to kategorier af aktionærer: på den ene side »aktionærer med beslutningsret«, der udøver den tilsvarende fælles kontrol over Ecolan, og som derfor kan gennemføre direkte tildelinger til fordel for selskabet, og på den anden side »aktionærer uden beslutningsret«, der

ejer kapitalandele i Ecolan med henblik på at foretage direkte tildelinger til Ecolan i fremtiden – uden at kunne gøre det endnu – og som indtil det tidspunkt ikke har forvaltningsbeføjelser eller vetoret, der berører Ecolans interne funktion, og som derfor ikke udøver en tilsvarende fælles kontrol.

23 Den omstændighed, at Ecolan alene har status som *in house*-enhed i forhold til aktionærerne med beslutningsret, er imidlertid ikke i strid med EU-retten. Det kan nemlig ikke udelukkes, at der er tale om en tilsvarende fælles kontrol som omhandlet i artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24, alene på grund af den omstændighed, at ordregivende myndigheder, som ikke udøver kontrol eller har vetoret og ikke foretager direkte tildelinger, har kapitalandele i et selskab med flere kategorier af aktionærer.

24 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at en ordregivende myndighed, der ikke har beslutningsret, efterfølgende vil kunne beslutte at erhverve den tilsvarende fælles kontrol og at foretage en direkte tildeling af kontrakter om tjenesteydelser til fordel for Ecolan.

25 Denne situation er imidlertid udelukket i henhold til artikel 4, stk. 1, i lovdekret nr. 175/2016, når erhvervelsen af den tilsvarende fælles kontrol og den direkte tildeling ikke sker umiddelbart, men kun er påtænkt.

26 På denne baggrund har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er EU-retten (og navnlig princippet om offentlige myndigheders ret til frit at træffe beslutninger og princippet om, at de offentlige myndigheders forskellige former for tildeling og forvaltning af tjenester af almen interesse i det væsentlige er ligeværdige) til hinder for en national lovgivning (som artikel 192, stk. 2, i Codice dei contratti pubblici (lov om offentlige kontrakter), […], som bestemmer, at *in house*-tildelinger er sekundære i forhold til tildelinger, der foretages efter en udbudsprocedure ved: i) kun at give mulighed for sådanne tildelinger i tilfælde af et påvist markedssvigt på det relevante marked, og ii) under alle omstændigheder at pålægge den myndighed, der har til hensigt at foretage en intern tildeling, at give en specifik begrundelse vedrørende de fordele, som samfundet opnår ved en sådan form for tildeling?

2) Er EU-retten (og navnlig artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24/EU vedrørende *in house*-tildeling, når flere myndigheder udøver en fælles kontrol, der svarer til den kontrol, de udøver over deres egne afdelinger) til hinder for en national bestemmelse (som bestemmelsen i artikel 4, stk. 1, i [lovdekret nr. 175/2016]), som forbyder en offentlig myndighed at erhverve en selskabsandel i et selskab, der er i sameje med andre offentlige myndigheder (men som ikke er tilstrækkelig til at udøve kontrol eller opnå vetoret), når denne myndighed har til hensigt fremtidigt at erhverve en fælles kontrol og således opnå mulighed for at foretage direkte tildelinger til det selskab, der er i sameje blandt andre offentlige myndigheder?«

### *Sagerne C-90/19 og C-91/19*

27 Det fremgår af forelæggelsesafgørelserne i sagerne C-89/19 – C-91/19, at de faktiske og retlige sammenhænge i sagerne C-90/19 og C-91/19 svarer til dem, der er omhandlet i sag C-89/19, og at de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet i sagerne C-90/19 og C-91/19, er identiske med de spørgsmål, der er stillet i sag C-89/19.

## Om de præjudicielle spørgsmål

28 I henhold til artikel 99 i Domstolens procesreglement kan Domstolen, såfremt besvarelsen af et præjudicielt spørgsmål klart kan udledes af retspraksis, eller såfremt besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl, til enhver tid på forslag fra den refererende dommer og efter at have hørt generaladvokaten beslutte at træffe afgørelse ved begrundet kendelse.

29 Denne bestemmelse skal bringes i anvendelse i forbindelse med de foreliggende sager.

### *Det første spørgsmål*

30 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning, der gør indgåelse af en intern transaktion, også kaldet »*in house*-kontrakt«, betinget af, at det er umuligt at indgå en offentlig kontrakt, og at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder kan godtgøre de fordele for fællesskabet, der særligt er forbundet med den interne transaktion.

31 Som Domstolen har fastslået i dom af 3. oktober 2019, Irgita (C-285/18, herefter »Irgita-dommen«, EU:C:2019:829, præmis 41), tilsigter direktiv 2014/24, således som det fremgår af første betragtning hertil, at samordne nationale udbudsprocedurer, der overstiger en bestemt værdi.

32 Det fremgår af præmis 43 i Irgita-dommen, at dette direktivs artikel 12, stk. 1, som vedrører interne transaktioner, og som således blot præciserer de betingelser, som den ordregivende myndighed skal overholde, når den ønsker at indgå en in house-aftale, udelukkende bevirker, at medlemsstaterne tillægges beføjelser til at udelukke en sådan aftale fra anvendelsesområdet for direktiv 2014/24.

33 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 (Irgita-dommen, præmis 44).

34 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 (Irgita-dommen, præmis 45).

35 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 (Irgita-dommen, præmis 46).

36 Som Domstolen har udtalt i præmis 47 i Irgita-dommen, ses den frihed, som medlemsstaterne herved er overladt, klarere ved artikel 2, stk. 1, i direktiv 2014/23, 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.«

37 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 (Irgita-dommen, præmis 48).

38 Domstolen har således i præmis 50 i Irgita-dommen fastslået, 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.

39 I Irgita-dommen fortolkede Domstolen ganske vist bestemmelserne i artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24 og ikke bestemmelserne i direktivets artikel 12, stk. 3.

40 Det fremgår imidlertid af ordlyden af disse bestemmelser, at den eneste forskel mellem artikel 12, stk. 1, og artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 er den omstændighed, at inden for rammerne af den første af disse bestemmelser kontrollerer den ordregivende myndighed selv *in house*-enheden, mens denne enhed inden for rammerne af den sidstnævnte bestemmelse kontrolleres af flere ordregivende myndigheder i fællesskab.

41 På denne baggrund indebærer medlemsstaternes frihed med hensyn til at vælge, hvorledes de ordregivende myndigheder skal udføre de tjenesteydelser, der tilgodeser deres egne behov, at medlemsstaterne kan betinge gennemførelsen af en intern transaktion af, at det er umuligt at indgå en offentlig kontrakt, og at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder kan godtgøre, hvilke fordele der særligt er forbundet med den interne transaktion.

42 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national lovgivning, der gør indgåelse af en intern transaktion, også kaldet »*in house*-kontrakt«, betinget af, at det er umuligt at indgå en offentlig kontrakt, og at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder kan godtgøre de fordele for fællesskabet, der særligt er forbundet med den interne transaktion.

### *Det andet spørgsmål*

43 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning, som forhindrer en ordregivende myndighed i at erhverve kapitalandele i en enhed, hvis aktionærer er andre ordregivende myndigheder, når disse kapitalandele ikke sikrer kontrol eller vetoret, og når den ordregivende myndighed ønsker senere at opnå en fælles kontrol og dermed muligheden for at tildele kontrakter direkte til fordel for denne enhed, hvis kapital ejes af flere ordregivende myndigheder.

44 Som det fremgår af ordlyden, har artikel 12, stk. 3, litra a)-c), i direktiv 2014/24 som formål at præcisere de betingelser, på hvilke en ordregivende myndighed, der sammen med andre ordregivende myndigheder udøver kontrol over en juridisk person, der er reguleret af privatretten eller offentlig ret som omhandlet i dette direktivs artikel 12, stk. 1, kan tildele en offentlig kontrakt til denne juridiske person uden at anvende dette direktiv.

45 Den undtagelse fra reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter, der er fastsat i artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24, er således i overensstemmelse med denne bestemmelses litra a) betinget af, at en ordregivende myndighed sammen med andre ordregivende myndigheder udøver en kontrol med den pågældende juridiske person, svarende til den kontrol, de udøver over deres egne afdelinger.

46 Det følger heraf, at artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 ikke fastsætter noget krav vedrørende de betingelser, hvorunder en myndighed erhverver kapitalandele i et selskab, hvis aktionærer er andre myndigheder.

47 Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national lovgivning, som forhindrer en ordregivende myndighed i at erhverve kapitalandele i en enhed, hvis aktionærer er andre ordregivende myndigheder, når disse kapitalandele ikke sikrer kontrol eller vetoret, og når den ordregivende myndighed ønsker senere at opnå en fælles kontrol og dermed muligheden for at tildele kontrakter direkte til fordel for denne enhed, hvis kapital ejes af flere ordregivende myndigheder.

## Sagsomkostninger

48 Da sagens behandling 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 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 (Niende Afdeling) for ret:

1) **Artikel 12, stk. 3, i Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national lovgivning, der gør indgåelse af en intern transaktion, også kaldet »*in house*-kontrakt«, betinget af, at det er umuligt at indgå en offentlig kontrakt, og at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder kan godtgøre de fordele for fællesskabet, der særligt er forbundet med den interne transaktion.**

2) **Artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national lovgivning, som forhindrer en ordregivende myndighed i at erhverve kapitalandele i en enhed, hvis aktionærer er andre ordregivende myndigheder, når disse kapitalandele ikke sikrer kontrol eller vetoret, og når den ordregivende myndighed ønsker senere at opnå en fælles kontrol og dermed muligheden for at tildele kontrakter direkte til fordel for denne enhed, hvis kapital ejes af flere ordregivende myndigheder.**

Underskrifter