



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 27 april 2017¹

Mål C-567/15

UAB "LitSpecMet"
mot
UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas,
i närvaro av:
UAB "Plienmetas"

(begäran om förhandsavgörande från Vilniaus apygardos teismas (regional domstol i Vilnius, Litauen))

"Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster – Direktiv 2004/18/EG – Offentlig upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna – Direktiv 2004/17/EG – Begreppet upphandlande myndighet – Bolag som ägs av staten via ett annat statligt bolag – 'In house'-undantag"

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande ger domstolen möjlighet att utvidga sin rättspraxis rörande offentliga upphandlingsförfaranden. Närmare bestämt behöver domstolen än en gång precisera begreppet "upphandlande myndighet" i den mening som avses i direktiv 2004/17/EG² och direktiv 2004/18/EG.³

2. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga inom ramen för ett mål om ogiltigförklaring av ett öppet upphandlingsförfarande, som inte omfattas av de direktiven. Upphandlingsförfarandet har genomförts av ett aktiebolag⁴ som till 100 procent ägs av det statliga litauiska järnvägsbolaget⁵ (vars ställning som upphandlande myndighet inte har ifrågasatts), till vilket det förstnämnda bolaget levererar vissa varor och tillhandahåller vissa tjänster. Trots sin koppling till moderbolaget, anser dotterbolaget inte att det är något "offentligrättsligt organ" i den mening som avses i upphandlingsdirektiven, eftersom det inte har inrättats "för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär".

3. Tvisten var till att börja med inriktad på den typ av verksamhet som VLRD bedriver och frågan huruvida den är avsedd att *direkt* tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär. Under förfarandet vid EU-domstolen har det dessutom diskuterats om VLRD när det säljer varor eller tjänster till en enhet (LG) som tillgodoser sådana behov, också tillgodoser dem *indirekt* och därför kan anses vara en upphandlande myndighet, i den mening som avses i de ovannämnda direktiven.

1 Originalspråk: spanska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1).

3 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

4 UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas (nedan kallat VLRD).

5 AB Lietuvos Geležinkeliai (nedan kallat LG).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2004/17

4. Artikel 2 har följande lydelse:

”1. I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

- a) *upphandlande myndighet*: statlig, regional eller lokal myndighet, offentligrättsligt organ samt sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ. Med ’offentligrättsligt organ’ avses varje organ som
- särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,
 - är en juridisk person, och
 - till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller andra offentligrättsliga organ, eller organ vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

...

2. Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

- a) är upphandlande myndigheter eller offentliga företag och som bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7,

...”.

5. Artikel 5 har följande lydelse:

”1. Detta direktiv omfattar verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägstransporter, automatiserade system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.

Ett nät för transporttjänster skall anses föreligga om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, t.ex. i fråga om linjedragning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet.

2. Detta direktiv omfattar inte de enheter som tillhandahåller busstransporttjänster för allmänheten, vilka är uteslutna från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG⁶ enligt dess artikel 2.4.”

⁶ Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, 1993, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177).

2. Direktiv 2004/18

6. I artikel 1.9 föreskrivs följande:

”[U]pphandlande myndigheter: statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

Med offentligrättsliga organ avses alla organ

- a) som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,
- b) som är juridiska personer, och
- c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

Icke uttömmande förteckningar över sådana offentligrättsliga organ och kategorier av organ som uppfyller villkoren i andra stycket a, b och c finns i bilaga III. Medlemsstaterna skall till kommissionen regelbundet anmäla ändringar i sina förteckningar.”

3. Direktiv 2014/24/EU⁷

7. Skäl 10 har följande lydelse:

”Begreppen upphandlande myndigheter och särskilt offentligrättsliga organ har vid upprepade tillfällen behandlats i rättspraxis från Europeiska unionens domstol. För att det ska stå klart att den personkrets *ratione personae* som omfattas av detta direktiv inte bör ändras, är det lämpligt att behålla de definitioner som domstolen använder och införliva ett visst antal förtydliganden som görs i denna rättspraxis, så att definitionerna kan förstås, utan att tolkningen av begreppet i rättspraxis ändras. Det bör därför klargöras att ett organ som verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksamhet inte bör anses vara ett offentligrättsligt organ, eftersom de behov i det allmännas intresse som det har inrättats för att tillgodose eller har fått i uppdrag att tillgodose kan anses ha industriell eller kommersiell karaktär.

På liknande sätt har också villkoret avseende det tänkbara organets finansiering diskuterats i rättspraxis, där det bland annat klargörs att det med en finansiering ’till största delen’ avses ’till mer än hälften’, och att denna finansiering kan omfatta sådana betalningar från användare som åläggs, beräknas och uppbärs i enlighet med offentligrättsliga bestämmelser.”

8. I artikel 2.1.4 finns en definition av begreppet offentligrättsliga organ som liknar den som finns i artikel 1.9 i direktiv 2004/18.

⁷ 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).

9. I artikel 12.1 föreskrivs följande:

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

- a) Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.
- b) Den kontrollerade juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över.
- c) Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

En upphandlande myndighet ska anses utöva kontroll över en juridisk person motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning i den mening som avses i första stycket a om myndigheten har ett avgörande inflytande över både den kontrollerade juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut. Sådan kontroll kan också utövas av en annan juridisk person, som själv kontrolleras på samma sätt av den upphandlande myndigheten.”

B. Nationell rätt

10. Genom lagen om offentlig upphandling (Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas) (nedan kallad LPP) har direktiv 2004/18 införlivats med litauisk rätt.

11. Artikel 4 har följande lydelse:

”1. Med upphandlande myndighet avses

- 1) en statlig eller lokal myndighet,
- 2) en offentligrättslig eller privaträttslig juridisk person som uppfyller villkoren i artikel 4.2,
- 3) en sammanslutning av myndigheter som avses i artikel 4.1.1 och/eller av offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer som avses i artikel 4.1.2,
- 4) upphandlande företag verksamma inom områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster som avses i artikel 70.1.2–70.1.4 i denna lag.

2. En offentligrättslig eller privaträttslig juridisk person (annan än en statlig eller lokal myndighet) som bildats för att särskilt tillgodose allmänna intressen som inte har kommersiell och industriell karaktär och uppfyller åtminstone ett av följande villkor:

- 1) Om mer än 50 procent av dess verksamhet finansieras via statliga eller kommunala budgetar eller med andra statliga eller kommunala medel eller med medel från andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer som avses i artikel 4.2.
- 2) Om den kontrolleras (förvaltas) av statliga eller lokala myndigheter eller av andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer som avses i artikel 4.2.

- 3) Om mer än hälften av ledamöterna i dess förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan utses av statliga eller lokala myndigheter eller av offentligtjuridiska eller privatjuridiska juridiska personer som avses i artikel 4.2.

...”

12. I artikel 10.5 föreskrivs följande:

”Bestämmelserna i denna lag ska inte tillämpas när den upphandlande myndigheten ingår ett avtal med en annan juridisk enhet över vilken den utövar exklusiv kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning eller sina egna organ (eller gentemot vilken den utövar sådana rättigheter och skyldigheter som tillkommer staten eller en lokal myndighet i egenskap av ensam bolagsman) och när minst 90 procent av den kontrollerade enhetens omsättning under det föregående räkenskapsåret (eller under den period som har gått sedan den bildades om den bedrivit verksamhet under mindre än ett räkenskapsår) avser verksamheter som är avsedda att tillgodose den upphandlande myndighetens behov eller göra det möjligt för den att utföra sina uppgifter. Ett anbudsförfarande på de villkor som anges i artikel 10.5 får endast inledas om den upphandlande myndigheten först har gett tillstånd för det ...”

II. Faktiska omständigheter

13. VLRD bildades år 2003 efter det att det statliga järnvägsbolaget LG hade omorganiserats. VLRD bildades som ett dotterbolag till LG och LG äger samtliga aktier i VLRD.

14. VLRD:s huvudsakliga verksamhet utgörs av tillverkning och underhåll av lokomotiv och vagnar. Under den tid som är relevant i målet svarade LG:s beställningar för nästan 90 procent av VLRD:s omsättning.

15. År 2013 inledde VLRD ett förenklat öppet upphandlingsförfarande för leverans av järnstänger (nedan kallat upphandlingsförfarandet). VLRD angav i anbudsfrågan att upphandlingsförfarandet skulle genomföras enligt VLRD:s upphandlingsföreskrifter.

16. UAB LitSpecMet (nedan kallat LitSpecMet) lämnade sitt anbud i upphandlingsförfarandet och utsågs till vinnande anbudsgivare med avseende på vissa av varorna.

17. LitSpecMet begärde emellertid att upphandlingsförfarandet skulle ogiltigförklaras och att ett nytt förfarande skulle inledas i enlighet med bestämmelserna i LPP. Som skäl för sin begäran angav LitSpecMet dels att VLRD hade bildats för att tillgodose behoven hos LG, ett företag som finansieras av staten och som tillhandahåller tjänster för allmänheten, dels att VLRD:s prestationer och försäljning till moderbolaget inte skedde under normala konkurrensvillkor. Detta visade enligt LitSpecMet att VLRD:s verksamhet var avsedd att tillgodose behov i det allmännas intresse som inte har kommersiell och industriell karaktär och att det därför var en upphandlande myndighet som omfattades av bestämmelserna om offentlig upphandling.

18. Vilniaus apygardos teismas (regional domstol i Vilnius, Litauen) ogillade LitSpecMets talan i dom av den 2 juni 2014, vilken fastställdes av Lietuvos apeliacinis teismas (Appellationsdomstolen i Litauen) i dom av den 25 september 2014.

19. Båda dessa domstolar fann att det följer av artikel 4.2 LPP att för att en offentligrättslig eller privaträttslig person ska anses vara upphandlande myndighet, är det inte tillräckligt att visa att den är knuten till eller kontrolleras av ett företag inom den offentliga sektorn. Den juridiska personens verksamhet ska dessutom vara inriktad på att tillgodose behov i det allmännas intresse som inte har kommersiell och industriell karaktär, vilket inte var fallet med VLRD, eftersom det var ett företag som bildats för att bedriva affärsverksamhet och ge vinst och stå risken för den egna verksamheten.

20. I dom den 27 maj 2015 upphävde civilrättsavdelningen i Lietuvos Aukščiausios Teismas (Högsta domstolen i Litauen) appellationsdomstolens dom av den 25 september 2014. Enligt Lietuvos Aukščiausios Teismas hade de två lägre domstolsinstanserna underlåtit att vederbörligen pröva omständigheterna kring bildandet av VLRD, den särskilda beskaffenheten av dess verksamhet och dess förhållande till moderbolaget.

21. Målet återförvisades till Lietuvos apeliacinis teismas, som i dom av den 14 juli 2015 upphävde domen meddelad den 2 juni 2014 av Vilniaus apygardos teismas samt återförvisade målet till den domstolen för förnyad prövning. Vilniaus apygardos teismas har framställt förevarande begäran om förhandsavgörande.

III. Fråga som har hänskjutits för ett förhandsavgörande

22. Den tolkningsfråga som registrerades den 9 november 2015 har följande lydelse:

”Ska artikel 1.9 i direktiv 2004/18/EG tolkas så, att ett bolag

- som har bildats av en upphandlande myndighet som är verksam på järnvägstransportområdet, det vill säga driften av allmänna järnvägars infrastruktur, transport av passagerare och gods,
- som självständigt bedriver affärsverksamhet, fastlägger en strategi för verksamheten, fattar beslut om villkoren för bolagets verksamhet (produktmarknad, kundsegment och så vidare), agerar på en konkurrensutsatt marknad i hela Europeiska unionen och utanför EU-marknaden, tillhandahåller tjänster avseende tillverkning och reparation av rullande materiel och deltar i upphandlingsförfaranden som har samband med den verksamheten i syfte att erhålla beställningar från tredje parter (inte moderbolaget),
- som tillhandahåller den som bildat bolaget tjänster avseende reparation av rullande materiel på grundval av interna transaktioner och värdet av dessa tjänster motsvarar 90 procent av bolagets hela verksamhet,
- vars tjänster, som den som bildat bolaget tillhandahålls, är avsedda att säkerställa dennas verksamhet avseende transport av passagerare och gods; inte ska anses vara en upphandlande myndighet?

Om EU-domstolen finner att bolaget ska anses vara en upphandlande myndighet under de förutsättningar som angetts ovan, ska artikel 1.9 i direktiv 2004/18/EG tolkas så, att bolagets ställning som upphandlande myndighet upphör när värdet av tjänsterna avseende reparation av rullande materiel, vilka den upphandlande myndighet som bildat bolaget tillhandahålls på grundval av interna transaktioner, sjunker och utgör mindre än 90 procent eller inte är huvuddelen av den totala omsättningen i bolagets verksamhet?”

IV. Förfarandet vid domstolen och parternas argument

23. LitSpecMet, VLRD, den litauiska och den portugisiska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Dessa parter närvarade även vid den muntliga förhandlingen den 9 februari 2017, tillsammans med den tyska regeringen.

24. Enligt LitSpecMet tillgodoser den underhållsverksamhet som VLRD bedriver allmänna intressen, eftersom den gör det möjligt för LG att tillhandahålla de tjänster för allmänheten som företaget ansvarar för, det vill säga driften av allmänna järnvägars infrastruktur samt transport av passagerare. LitSpecMet har gjort gällande att den verksamheten inte har industriell eller kommersiell karaktär, eftersom LG är det enda företaget som bedriver sådan verksamhet i Litauen, vilket gör att det kan välja att låta sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Om det skulle slås fast att VLRD inte omfattas av de offentliga upphandlingsreglerna, skulle det innebära att en upphandlande myndighet (LG) helt enkelt skulle kunna kringgå dessa regler genom att bilda ett dotterbolag (VLRD) som bedriver intern verksamhet.

25. LitSpecMet anser således att VLRD är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1.9 i direktiv 2004/18, oavsett hur stor andel de interna transaktioner som VLRD genomför med moderbolaget utgör. I andra hand skulle VLRD kunna anses vara en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 2.1 a i direktiv 2004/17, vilket är det direktiv som enligt LitSpecMet i själva verket är tillämpligt i förevarande fall, med hänsyn till den verksamhet som LG bedriver och domstolens tolkning av artiklarna 3–7 i det direktivet i sin dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner.⁸

26. VLRD har gjort gällande att bolaget inte har bildats för att utföra en särskild uppgift av allmänintresse som gynnar samtliga medborgare, utan för att komplettera LG:s kommersiella passagerartransportverksamhet. VLRD menar att den omständigheten att bolaget genomför interna transaktioner med LG, som är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 2004/17, inte innebär att VLRD också är en upphandlande myndighet.

27. Den litauiska regeringen har hänvisat till domstolens dom av den 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.,⁹ i vilken domstolen enligt den litauiska regeringen tillämpade ”smitteorin” då den slog fast att även den som endast delvis tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär kan anses vara en upphandlande myndighet. Enligt den litauiska regeringen är ”smitteorin” emellertid inte tillämplig vertikalt, och karaktären av den verksamhet som ett företag bedriver är inte beroende av huruvida det har bildats av en upphandlande myndighet med vilken den genomför interna transaktioner.

28. Den tyska regeringen har gjort gällande att det mot bakgrund av de omständigheter som föreligger i målet, finns tillräckliga omständigheter som talar för att VLRD ur det funktionella perspektiv som bolaget har förespråkats, bedriver en verksamhet som tillgodoser behov i det allmännas intresse, eftersom det utför uppgifter som har nära anknytning till den transportverksamhet som LG bedriver, nämligen tillverkning av lokomotiv, även om VLRD inte medverkar direkt i denna verksamhet. Vad beträffar frågan huruvida VLRD:s verksamhet är av kommersiell karaktär, är det avgörande enligt den litauiska regeringen huruvida bolaget utför sina uppgifter på en konkurrensutsatt marknad, vilket enligt den litauiska regeringen inte är fallet, eftersom LG svarar för 90 procent av VLRD:s intäkter, vilket innebär att VLRD inte står någon verklig affärsrisk. Den tyska regeringen har anfört att ett dotterbolag till en upphandlande myndighet också är en upphandlande myndighet om dess

⁸ Mål C-393/06, EU:C:2008:213.

⁹ Mål C-44/96, EU:C:1998:4.

verksamhet är avsedd att tillgodose behov i det allmännas intresse som dess moderbolag tillgodoser. Enligt direktiv 2014/24 (som visserligen inte är tillämpligt av tidsmässiga skäl, men som kan tjäna som vägledning), kan ett dotterbolag inte vara en upphandlande myndighet om det inte utför mer än 80 procent av sin verksamhet för moderbolagets räkning.

29. Den portugisiska regeringen har erinrat om att även om syftet med bildandet av VLRD tycks ha varit att tillgodose behov i det allmännas intresse, har dess verksamhet industriell och kommersiell karaktär, eftersom bolaget helt och hållet står risken för sin verksamhet. Enligt domstolens dom av den 16 oktober 2003, kommissionen/Spanien,¹⁰ vilken avspeglas i skäl 10 i direktiv 2014/24, ska VLRD inte anses vara en upphandlande myndighet.

30. Kommissionen har påpekat att endast direktiv 2004/18 ska beaktas i förevarande fall, eftersom VLRD tillhandahåller varor och tjänster åt det litauiska järnvägsbolaget (LG). Det saknar enligt kommissionen betydelse att det sistnämnda bolagets verksamhet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17.

31. Enligt kommissionen omfattas VLRD inte av direktiv 2004/18, eftersom det inte är ett "offentlighetsorgan" i den mening som avses i artikel 1.9. Det har bildats för att tillgodose särskilda behov i LG:s intresse – vilket innebär att det är en intern leverantör till det bolaget – och inte för att tillgodose behov i det allmännas intresse. Kommissionen anser att det saknar betydelse att LG har till uppgift att tillgodose behov i det allmännas intresse och att bolaget har anlitat VLRD av det skälet, eftersom det avgörande är att VLRD:s verksamhet endast är avsedd att tillgodose särskilda behov i moderbolagets intresse.

32. Kommissionen ifrågasätter således att VLRD skulle ha bildats särskilt för att tillgodose behov i det allmännas intresse, samtidigt som den konstaterar att det endast är den nationella domstolen som kan bedöma alla omständigheter i målet och slå fast om det icke-vinstdrivande syftet bakom bildandet av VLRD inte väger tyngre än den kommersiella miljö som företaget verkar i.

V. Bedömning

A. Inledande överväganden

33. Såväl den hänskjutande domstolen som majoriteten av parterna i målet vid EU-domstolen har utgått från att direktiv 2004/18 är tillämpligt i förevarande mål. LitSpecMet har emellertid gjort gällande, dock enbart i andra hand, att det direktiv som i själva verket är tillämpligt är direktiv 2004/17 (vanligtvis kallat sektorsdirektivet om offentlig upphandling).

34. Eftersom artikel 2.1 a i direktiv 2004/17 och artikel 1.9 andra stycket i direktiv 2004/18 innehåller identiska definitioner av begreppet "offentlighetsorgan",¹¹ är det i själva verket möjligt att besvara de frågor som Vilniaus apygardos teismas har ställt utan att dessförinnan behöva pröva vilket av direktiven som är tillämpligt.

35. För det andra bör det påpekas att även om det i handlingarna i målet inte finns någon uppgift om den omtvistade upphandlingens värde, uppgav ombudet för VLRD vid förhandlingen i målet att det uppgick till sammanlagt 600 000 eller 700 000 euro, vilket innebär att det översteg tröskelvärdet för att de unionsrättsliga bestämmelserna inom detta område ska vara tillämpliga. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera denna uppgift.¹²

¹⁰ Mål C-283/00, EU:C:2000:544.

¹¹ Dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), punkt 35.

¹² Dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440), punkt 43.

36. För det tredje och sista måste EU-domstolens svar bygga på de uppgifter som den hänskjutande domstolen har tillhandahållit beträffande de faktiska omständigheterna hos VLRD. Det är emellertid möjligt att dessa uppgifter inte helt och hållet överensstämmer med de som domstolen i första instans har att pröva efter det att målet återförvisats till den, enligt vad Lietuvos Aukščiausiasis Teismas slog fast i sin dom av den 27 maj 2015.¹³

B. Den första tolkningsfrågan

1. Huruvida VLRD direkt (eller indirekt) tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär

37. Det är ostridigt mellan parterna att VLRD uppfyller två av de tre villkoren för att anses vara ett "offentlighetsorgan" (och därmed en "upphandlande myndighet") i den mening som avses i artikel 2.1 a i direktiv 2004/17 och artikel 1.9 andra stycket i direktiv 2004/18.

38. Av dessa tre kumulativa villkor¹⁴ uppfyller VLRD det andra och det tredje: det är en juridisk person och det är obestriddligen så att det finansieras av ett annat offentlighetsorgan (LG), att dess verksamhet står under kontroll av ett sådant organ eller att ledamöterna av dess förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan utses av ett sådant offentlighetsorgan.

39. Det råder emellertid oenighet om huruvida VLRD "särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär".

40. I sina skriftliga yttranden har parterna tagit upp frågan huruvida VLRD:s verksamhet i sig tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär och merparten av parterna anser att så inte är fallet. Vid förhandlingen i målet utsträcktes debatten, på domstolens uppmaning, till att omfatta frågan huruvida VLRD indirekt tillgodoser den typen av behov, genom att bolaget levererar varor eller tillhandahåller tjänster till ett offentlighetsorgan, LG, som tillgodoser sådana behov. Parternas ståndpunkter rörande detta överensstämmer i stort sett med de ståndpunkter de intagit avseende frågan huruvida den verksamhet som VLRD bedriver tillgodoser behov i det allmännas intresse.

41. Enligt de uppgifter som den hänskjutande domstolen har tillhandahållit är LG ett offentligt bolag som svarar för driften av ett järnvägstrafiknät. Som jag tidigare påpekat råder det inget tvivel om att LG är en upphandlande myndighet, i den mening som avses i direktiv 2004/17.¹⁵ VLRD å sin sida tillverkar och utför underhåll på lokomotiv och rullande materiel. Det innebär att bolaget utför uppgifter som även om de har nära anknytning till järnvägstransporter, inte avser "tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på [området] järnvägstransporter", vilket är den verksamhet som nämns i artikel 5.1 i direktiv 2004/17.

¹³ Detta har den litauiska regeringen påpekat i punkt 7, in fine, i sitt skriftliga yttrande, där den gjort gällande att det av de handlingar som den hänskjutande domstolen har ingett inte framgår klart om den har prövat de "relevanta omständigheter" som Lietuvos Aukščiausiasis Teismas hade uppmanat den till, då målet återförvisades till de lägre domstolarna.

¹⁴ Se bland annat dom av den 12 september 2013, JVD (C-526/11, EU:C:2013:543), punkt 19.

¹⁵ LG omnämns som upphandlande myndighet i bilaga IV (Upphandlande enheter på området järnvägstjänster) i kommissionens beslut 2008/963/EG av den 9 december 2008 om ändring av bilagorna till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller deras förteckningar över upphandlande enheter och upphandlande myndigheter (EUT 2008, L 349, s. 1). I samma bilaga inkluderas, även om de inte namnges, "[a]ndra enheter som uppfyller kraven i artikel 70.1 och 70.2 i Republikens Litauens lag om offentlig upphandling (Litauens officiella tidning nr 84–2000, 1996, nr 4–102, 2006) och som tillhandahåller järnvägstjänster i enlighet med Republikens Litauens lag om järnvägstransport (Litauens officiella tidning nr 72–2489, 2004)".

42. LitSpecMet har gjort gällande att VLRD utför en viktig uppgift för ”tillhandahållande eller drift av” det litauiska järnvägstransportnätet, vilket innebär att VLRD liksom LG tillgodoser behov i det allmännas intresse. Enligt LitSpecMet går det inte att bortse från den omständigheten att det i artikel 5.1 i direktiv 2001/14/EG¹⁶ föreskrivs att järnvägsföretagen ska ha rätt till ”det minimipaket av tillträdestjänster och de bantillträdestjänster” som beskrivs i bilaga II i samma direktiv, och i punkt 2 h i denna bilaga nämns ”[u]nderhålls- och andra tekniska anläggningar”. Härav följer att ”i avsaknad av verkliga alternativ på marknaden”, är VLRD ”skyldigt att tillhandahålla tjänster i form av underhåll av rullande materiel för ... LG, oavsett alla kommersiella överväganden”.¹⁷

43. Jag delar inte LitSpecMets uppfattning på denna punkt, eftersom direktiv 2001/14 inte inkluderar underhållstjänster i ”paketet av tjänster”, utan endast de anläggningar där tjänsterna ska tillhandahållas. Om det är så att VLRD omedelbart och direkt tillgodoser något behov i det allmännas intresse, så är det alltså inte det behov som tillgodoses med den verksamhet som uttryckligen nämns i artikel 5 i det direktivet.

44. Prövningen ska således inriktas på tolkningen av direktiv 2004/18, för att klargöra huruvida VLRD tillgodoser behov i det allmännas intresse (förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär) som är förknippade med offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

45. Det logiska är att först klargöra huruvida behov i det allmännas intresse tillgodoses i förevarande fall och därefter, om så är fallet, pröva om de till övervägande delen har kommersiell eller industriell karaktär.

46. Ur denna synvinkel anser jag inte att tillverkning och reparation av rullande materiel inom järnvägstransportområdet i sig har till syfte att tillgodose behov som är nära knutna till den verksamhet som staten bedriver i egenskap av institution,¹⁸ till främjande och utveckling av förutsättningarna för den sociala välfärd som det ankommer på staten att säkerställa¹⁹ eller till andra motsvarande ändamål.

47. Det skulle visserligen kunna hävdas, vilket den tyska regeringen har gjort, att VLRD när det förser moderbolaget med varor eller tjänster som gör det möjligt för det att tillgodose sina egna behov – vilka är av allmänintresse – även indirekt tillgodoser samma behov som LG.

48. Det finns emellertid vissa svårigheter som är förknippade med detta synsätt, åtminstone på ett generellt plan.

49. Det är i allmänhet inte lätt att avgöra när en ekonomisk verksamhet är avsedd att tillgodose behov i det allmännas intresse (ett uttryck som i sig är vagt eller mångtydigt) och än mindre att klargöra i vilken mån sambandet mellan en verksamhet som i princip är privat och av kommersiell karaktär och de egentliga verksamheter som är avsedda att tillgodose behov i det allmännas intresse, kan medföra att den förstnämnda verksamheten får samma karaktär som de sistnämnda. Konsekvenserna av ett sådant likställande är inte obetydliga. Såsom den litauiska regeringen uppgav vid förhandlingen, blir en privat aktör, kanske utan att vara medveten om det, en tillhandahållare av verksamheter i det allmännas intresse, i sin egenskap av nödvändig samarbetspartner med en upphandlande myndighet.

¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/14/EG av den 26 februari 2001 om tilldelning av infrastrukturkapacitet, uttag av avgifter för utnyttjande av järnvägsinfrastruktur och utfärdande av säkerhetsintyg (EGT L 75, 2001, s. 34).

¹⁷ LitSpecMets skriftliga yttrande, punkt 33.

¹⁸ Dom av den 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (C-44/96, EU:C:1998:4), punkt 24.

¹⁹ Katalogen över den här typen av behov i domstolens praxis är mycket omfattande. Den innefattar allt från att med miljövänliga metoder förse en tätort med värme (dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punkt 39), till att gynna etablering av privata företag på ett visst territorium (dom av den 22 maj 2003, Korhonen m.fl., C-18/01, EU:C:2003:300, punkt 48).

50. Sambanden och det ömsesidiga beroendet mellan all ekonomisk verksamhet, såväl offentlig som privat, i dagens marknadsekonomi är så starka att det är svårt att dra en gräns för när en verksamhet är avsedd att "tillgodose behov i det allmännas intresse", om detta begrepp anses innefatta privat verksamhet som *i någon mån* är nödvändig för att tillgodose dessa behov. Dessutom skulle det vara synnerligen svårt att avgöra *i vilken mån* verksamheten ska vara nödvändig i varje enskilt fall.

51. Även om den verksamhet som VLRD bedriver rent hypotetiskt skulle anses vara avsedd att tillgodose behov i det allmännas intresse, så skulle det inte innebära att slutsatsen kan dras att VLRD är ett "offentligrättsligt organ" i den mening som avses i direktiv 2004/18. Orsaken till det är att det inte räcker att tillgodose behov i det allmännas intresse. De får dessutom inte ha industriell eller kommersiell karaktär. För att behoven inte ska anses ha sådan karaktär, måste de enligt domstolens praxis tillgodoses under förhållanden som inte omfattas av marknadskrafterna.

52. Såsom domstolen slog fast i sin dom av den 22 maj 2003, Korhonen m.fl., handlar det om att "undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska".²⁰

53. Mot bakgrund av detta skulle en enhet som har för avsikt att tillgodose den här typen av behov (vilka inte får förväxlas med sådana behov som privata företag inte kan tillgodose)²¹ lätt kunna utsätta sig för en sådan risk om den undandrar sig marknadskrafterna, det vill säga den fria konkurrensen. Om den däremot handlar under konkurrens från andra företag²² är det mindre troligt att den utsätter sig för denna risk, eftersom ett agerande som styrs av andra drivkrafter än ekonomiska, då innebär att företaget förr eller senare slås ut från marknaden.

54. Det avgörande för svaret på frågan är med andra ord inte om det behov som ska tillgodoses är av allmän karaktär, utan under vilka förhållanden behovet ska tillgodoses. När en tolkning görs av begreppet "behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär", måste det således klarläggas på vilka villkor behoven ska tillgodoses.

55. Det beror som sagt på att det följer av upphandlingsdirektivens anda att det viktiga är att säkerställa konkurrensen på marknaden och förhindra att den undergrävs eller snedvrids av aktörer som inte verkar i enlighet med frihandelsprinciper. Det avgörande är således inte huruvida VLRD då det tillhandahåller varor och tjänster för LG självt tillgodoser ett behov i det allmännas intresse, eller om det indirekt gör det, utan om det i något av dessa fall sker på samma villkor som gäller för deras eventuella privata konkurrenter, det vill säga utan några incitament som ger inhemska tillverkare otillbörliga fördelar.

56. För att klarlägga detta måste, såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, en rad olika rättsliga och faktiska omständigheter beaktas. EU-domstolen har i detta sammanhang bland annat nämnt de omständigheter som var aktuella vid bildandet av det berörda organet²³ och faktorer som "huruvida det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, huruvida det inte står risken för den verksamhet som utövas liksom huruvida den aktuella verksamheten åtnjuter offentlig finansiering".²⁴

20 Dom i mål C-18/01 EU:C:2003:300, punkt 52, som bland annat innehåller en hänvisning till dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98 EU:C:2000:529), punkt 17, samt dom av den 12 december 2002, Universale-Bau m.fl. (C-470/99 EU:C:2002:746), punkt 52, och av den 27 februari 2003, Adolf Truley (C-373/00 EU:C:2003:110), punkt 4. I linje med detta, se dom av den 13 december 2007, Bayerischer Rundfunk m.fl. (C-337/06, EU:C:2007:786), punkt 36.

21 Dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), punkt 40.

22 Enligt dom av den 22 maj 2003, Korhonen m.fl. (C-18/01 EU:C:2003:300), punkt 49, kan "förekomsten av konkurrens ... vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär".

23 Se bland annat dom av den 16 oktober 2003, kommissionen/Spanien (C-283/00, EU:C:2003:544), punkt 81.

24 Se, än en gång, dom av den 22 maj 2003, Korhonen m.fl. (C-18/01, EU:C:2003:300), punkt 59.

57. Enligt min uppfattning är det bara den hänskjutande domstolen som med beaktande av alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, har möjlighet att pröva om VLRD tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Även om Vilniaus apygardos teismas att döma av tolkningsfrågans lydelse²⁵ tycks hålla fast vid sin ursprungliga ståndpunkt, vilken bekräftades av appellationsdomstolen men inte delades av Litauens högsta domstol, redovisas i beslutet att begära förhandsavgörande i själva verket bara diskussionen mellan parterna och resonemangen i de tre domar som hittills har meddelats i denna tvist, men det innehåller inte någon egen analys av de ”relevanta omständigheterna”²⁶ kring tvisten som gör det möjligt att lämna ett slutgiltigt svar.

58. Mot bakgrund av detta borde EU-domstolen möjligen inskränka sig till att påpeka för den hänskjutande domstolen att den bland annat ska fästa särskild uppmärksamhet vid faktorer som huruvida VLRD agerar på en konkurrensutsatt marknad,²⁷ huvudsakligen finansieras med offentliga medel, har vinstsyfte och står risken för (och bär eventuella förluster av) den verksamhet det utövar. Den hänskjutande domstolen har inte lämnat mycket upplysningar rörande dessa aspekter, vilket krävs för att kunna avgöra vilken karaktär företags verksamhet har.

59. De uppgifter som återfinns i handlingarna i målet och de som lämnades vid förhandlingen, visar emellertid att VLRD bedrev den största delen (90 procent vid de relevanta tidpunkterna) av sin verksamhet inom en ekonomisk ram som präglades av LG:s monopol på järnvägstransporter och som alltså inte omfattades av marknadskrafterna. LG förser sig med den järnvägsmateriel som dess dotterbolag tillhandahåller, utan att använda sig av offentliga upphandlingsförfaranden som skulle öka konkurrenstrycket på VLRD. VLRD kan således tillämpa andra kriterier än marknadsbaserade, i förvisning om att det inte behövs mer än så (eller utan risk för att det gör det) för att efterkomma de beställningar som LG under alla förhållanden tillförsäkrar VLRD.

2. Huruvida behov i de allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär tillgodoses vid intern upphandling

60. Av ovanstående följer att VLRD kan anses vara en upphandlande myndighet i den mening som angetts ovan. Den fråga som hänskjutits kan emellertid även ses i ett annat perspektiv. Jag ska för tillfället bortse från karaktären av den verksamhet som VLRD och LG bedriver och i stället koncentrera mig på förhållandet mellan de båda bolagen, för att kunna avgöra om det förstnämnda är en instrumentell enhet (eller ett eget medel) för det sistnämnda som kan omfattas av det så kallade in house-undantaget. I stället för *verksamhetsperspektivet* föreslår jag således att frågeställningen i sak ska prövas ur ett *organisatoriskt perspektiv*.

61. Vilniaus apygardos teismas beslut att begära förhandsavgörande innehåller, i detta hänseende, två punkter av intresse. Den första är punkt 23, i vilken det anges att ”runt 90 procent av dotterbolagets [VLRD] intäkter härrör från moderbolaget [LG] på grund av transaktioner mellan dessa två juridiska personer”, av vilket den hänskjutande domstolen drar slutsatsen att ”svarandebolagets verksamhet och verksamheten i det bolag som kontrollerar det har ett nära samband”.

²⁵ Den hänskjutande domstolen har i den andra strecksatsen i tolkningsfrågan angett att VLRD ”självständigt bedriver affärsverksamhet, fastlägger en strategi för verksamheten, fattar beslut om villkoren för bolagets verksamhet ..., agerar på en konkurrensutsatt marknad i hela Europeiska unionen och utanför EU-marknaden, ... och deltar i upphandlingsförfaranden som har samband med den verksamheten i syfte att erhålla beställningar från tredje parter (inte moderbolaget)” (min kursivering).

²⁶ Se, för ett liknande resonemang, den litauiska regeringens yttrande som jag hänvisat till i fotnot 13.

²⁷ I punkt 24 i beskrivningen av ”Förfarandet och faktiska omständigheter som appellationsdomstolen funnit föreligga” i beslutet att begära förhandsavgörande har den hänskjutande domstolen angett att ”de interna förhållandena mellan LG och VLRD visar inte endast de ovannämnda starka ekonomiska banden mellan dessa företag utan *kanske* också den omständigheten att VLRD i huvudsak inte agerar på den fria marknaden” (min kursivering).

62. Denna omständighet var avgörande för Lietuvos Aukščiausiasis Teismas beslut att bevilja prövningstillstånd. Enligt samma punkt i beslutet att begära förhandsavgörande var den omständigheten tillräcklig för att inte ”tillbakavisa karendens [LitSpecMet] påstående som ogrundat att bildandet av VLRD, som var en följd av omorganisationen av [LG], inte i praktiken innebar nya rättsliga och ekonomiska förhållanden mellan separata ekonomiska aktörer utan var mer *en organisatorisk förändring av det senare bolagets verksamhet*”.²⁸

63. Den andra punkten som bör betonas i beslutet att begära förhandsavgörande är punkt 25, i vilken det anges att VLRD ”ingått i genomsnitt 15 interna avtal per år med [LG] under åren från 2011 till 2014”, vilka ”enligt EU-domstolens praxis inte är att anse som offentliga upphandlingskontrakt”.²⁹

64. Hänvisningarna i beslutet att begära förhandsavgörande till systemet med in house-avtal har kommenterats av parterna i förevarande mål. Närmare bestämt har kommissionen gjort gällande³⁰ att VLRD är en intern leverantör till LG och att de transaktioner som de genomfört sinsemellan därför inte omfattas av bestämmelserna om offentliga upphandlingsförfaranden, utan av det så kallade in house-undantaget.³¹

65. Den litauiska regeringen har också tagit upp in house-systemet i sitt skriftliga yttrande³² och uttryckligen hänvisat till artikel 12.1 i direktiv 2014/24.³³ Den tyska regeringen berörde också det systemet i sitt muntliga yttrande.

66. Vid förhandlingen tillfrågades VLRD:s ombud om vad de varor som den omtvistade upphandlingen avsåg skulle användas till och han svarade då att de skulle användas för att tillverka materiel som VLRD hade fått i uppdrag av LG att leverera inom ramen för deras in house-förbindelser.

67. Domstolen har upprepade gånger slagit fast att in house-undantaget ”är motiverat med hänsyn till att en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation och till att detta undantag även kan omfatta situationer där avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person när denna myndighet utövar en kontroll över den enhet som tilldelats kontraktet, som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning och denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten”. I sådana fall ”kan den upphandlande myndigheten anses ha tillgång till egna medel”.³⁴

68. Slutsatsen måste således bli att bildandet av VLRD som ett instrumentellt medel för LG, formellt sett innebar att en annan enhet bildades (de är i själva verket två olika juridiska personer), men att den situation som förelåg dessförinnan tycks ha bibehållits i funktionellt hänseende. Syftet var att omorganisera det statliga litauiska järnvägsföretagets egen verksamhet.³⁵

28 Min kursivering.

29 Den hänskjutande domstolen hänvisar därefter till flera domar där EU-domstolen har tillämpat in house-undantaget: dom av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562) och dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5).

30 Punkterna 21 och 22 i dess skriftliga yttrande.

31 Detta bekräftas enligt kommissionen av uppgifterna i Kanapinskas, V., Plytnikas, Z., och Tvaronavičienė, A: ”In-house procurement exception: Threat for sustainable procedure of public procurement?”, i *Journal of Security and Sustainability Issues* [(http://dx.doi.org/10.9770/jssi.2014.4.2(4)], av vilka framgår att 39,2 procent av alla avtal som LG ingick år 2011 inom ramen för in house-systemet ingicks med VLRD. Denna andel hade år 2013 ökat till 74 procent.

32 Punkterna 31–36.

33 Direktiv 2014/24, i synnerhet artikel 12.1, som bygger på domstolens praxis inom detta område (från vilken direktivet emellertid avviker på några viktiga punkter), är av tidsmässiga skäl inte tillämpligt i förevarande mål.

34 Dom av den 8 maj 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303), punkt 25, och där angiven rättspraxis. Se även den senare domen av den 8 december 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935), punkt 30.

35 Den hänskjutande domstolen har själv angett att syftet med att bilda VLRD var att *omorganisera* LG:s verksamhet (punkt 26 i beslutet att begära förhandsavgörande).

69. I funktionellt hänseende omfattas de båda bolagen när allt kommer omkring av in house-undantaget.³⁶ Detta medför automatiskt ett undantag från upphandlingsdirektiven och avspeglar den omständigheten att myndigheterna har rätt att själva välja hur de ska organisera sig. Myndigheterna uppdrar i sådana fall åt sina instrumentella enheter (när de utövar samma kontroll över dem som över sin egen förvaltning) att utföra vissa uppgifter, i stället för att vända sig till marknaden och upphandla byggentreprenader, varor eller tjänster.

70. In house-systemet innebär att den upphandlande enheten i funktionellt hänseende inte ingår avtal med en annan enhet. Den ingår i själva verket avtal med sig själv, med hänsyn till den anknytning den har till den andra enheten, vilken formellt sett utgör en egen enhet. Det handlar egentligen inte om en tilldelning av ett kontrakt utan om ett uppdrag, oavsett vilken form detta tar sig.

71. Avsaknaden av ett verkligt förhållande mellan två olika parter, förklarar varför en upphandlande enhet inte är skyldig att underkasta sig de offentliga upphandlingsförfarandena när den använder egna medel för att utföra sina uppgifter, det vill säga när den anlitar företag som även om de är egna juridiska personer, i *materiellt hänseende* hör samman med den upphandlande enheten. Upphandlingsförfaranden är bara relevanta mellan två olika självständiga enheter, eftersom de just syftar till att upprätta ett sådant rättsligt (ömsesidigt förpliktande) förhållande mellan dem som krävs för att ett oneröst avtal ska kunna ingås,³⁷ på jämbördiga villkor och utan att den ena enheten är underordnad eller beroende av den andra.

72. Inom de strikta ramar som domstolen har lagt fast i sin praxis, är det således logiskt att ekonomiska förbindelser mellan en upphandlande myndighet och en enhet som är underordnad den, och som enbart fungerar som ett instrument för den upphandlande myndigheten och är underställd samma kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, inte omfattas av de formaliserade upphandlingsförfaranden som regleras i direktiven. Det skulle heller inte vara logiskt att låta upphandlingsförfarandet bli ett förfarande som rör den interna regleringen av enhetens verksamhet, och tillämpa det i de fall där enheten beslutar sig för att enbart använda sig av sina egna medel.

73. Mot bakgrund av den princip om materiell identitet som ligger till grund för in house-undantaget, menar jag att om detta undantag kunde tillämpas på de transaktioner som skett mellan LG och VLRD, på det sätt som har beskrivits i beslutet att begära förhandsavgörande, så berodde det på att båda företagen uppfyller de villkor i rättspraxis som jag tidigare har nämnt (och som nu har *utkristalliserats* i artikel 12.1 i direktiv 2014/24), vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

74. Kommissionen har gjort gällande att den omständigheten att VLRD är en intern leverantör till LG inte gör VLRD till en upphandlande myndighet, men den har inte motiverat detta påstående i någon större utsträckning.³⁸ Det skulle generellt kunna sägas att de underordnade in house-enheterna bara kan anses vara "offentligrättsliga organ", i den mening som avses i direktiven 2004/18 och 2004/17, om de själva uppfyller de tre ovannämnda kumulativa villkoren.

36 Generellt se Sánchez Graells, A.: *Public procurement and the competition rules*, 2 uppl., Hart, Oxford, 2015, sidorna 265–272.

37 Avtalets onerösa karaktär, vilken är utmärkande för de avtal som omfattas av direktiv 2004/18, togs upp av domstolen i dom av den 8 september 2016, Politano (C-225/15 EU:C:2016:645), punkterna 29–31.

38 Kommissionens skriftliga yttrande, punkt 23.

75. Detta påstående ska emellertid omedelbart nyanseras genom att åtskillnad görs mellan de instrumentella enheternas "marginella" verksamhet och deras "huvudsakliga" verksamhet som motiverar in house-undantaget. Vad beträffar den förstnämnda³⁹ anser jag att det är oproblemiskt att godta kommissionens ståndpunkt, eftersom VLRD vad avser denna verksamhet agerar på marknaden och kan konkurrera på lika villkor med de övriga ekonomiska aktörerna.

76. Jag anser emellertid att så inte är fallet när det gäller det underordnade företags "huvudsakliga" uppgifter, som det har anförtrots av den upphandlande myndigheten inom ramen för in house-systemet. Om det företaget (i det här fallet VLRD) i sin tur måste köpa varor eller tjänster av tredje part för att utföra dessa uppgifter, till ett värde som överstiger det harmoniserade tröskelvärdet för upphandling, är direktiven om offentlig upphandling tillämpliga.

77. Att tolka det på något annat sätt skulle vara inkonsekvent och medföra risk för att lagen kringgås. Det skulle vara inkonsekvent, eftersom det inte skulle vara förenligt med den materiella *identitet* som konstaterats föreligga mellan de två enheterna då deras ömsesidiga förbindelser undantogs från de offentliga upphandlingsförfarandena och det skulle kunna innebära att lagen kringgås, eftersom det då skulle vara lätt att kringgå de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling.

78. Förhållandet mellan LG och VLRD medger i sig att deras *interna* transaktioner, som inte anses vara av avtalsrättslig natur, undantas från tillämpningen av unionsrätten. Om VLRD dessutom från dessa bestämmelser skulle få undanta de transaktioner som formellt sett är *externa* och som VLRD genomför med tredje part, men som i själva verket utgör en del av omsättningen för enheten LG/VLRD, skulle in house-undantaget kunna få oanad omfattning.

79. Med andra ord får den upphandlande myndigheten använda sig av instrumentella enheter, inom de ramar som jag beskrivit ovan, och anförtro dem vissa uppgifter som i princip borde omfattas av offentlig upphandling men som inte gör det. Detta undantag är i sig inte diskutabelt i rättsligt hänseende, mot bakgrund av domstolens praxis (och nu artikel 12.1 i direktiv 2014/24). Om de instrumentella enheterna själva saknar tillräckliga resurser för att utföra uppdragen från den upphandlande myndigheten och tvingas anlita tredje part för att utföra dem, försvagas emellertid de skäl som motiverar in house-undantaget. Vad som då framträder är i själva verket en dold offentlig upphandling (från underleverantörer), där den upphandlande myndigheten via en mellanhand (den instrumentella enheten) köper varorna och tjänsterna av tredje part, utan att underkasta sig de direktiv som borde styra upphandlingen.

80. Så skulle vara fallet här. Om inte VLRD hade funnits skulle LG:s transaktioner ha omfattats av bestämmelserna om offentlig upphandling (om det statliga företaget hade genomfört dem direkt), men de undandras nu dessa bestämmelser med argumentet att de kan tillskrivas ett annat företag, som emellertid har en så nära materiell anknytning till LG att båda, vad gäller deras ömsesidiga transaktioner, kan omfattas av in house-undantaget.⁴⁰

39 Domstolen erinrade i sin dom av den 11 maj 2006, Cabotermo och Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308) om det som den tidigare hade slagit fast i dom av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), nämligen att den underordnade enheten ska bedriva "huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den" (punkt 59), och det krävs vidare att den "huvudsakligen utövar verksamhet åt denna myndighet, och [att] all annan verksamhet endast är av *marginell* karaktär" (punkt 63, ingen kursivering i originalet). I artikel 12.1 i direktiv 2014/24 anges (på ett diskutabelt vis) att gränserna för den "huvudsakliga" och den "marginella" verksamheten går vid 80 respektive 20 procent.

40 Beträffande riskerna med att anlita underleverantörer i in house-systemet, som ett sätt att kringgå de garantier som den fria konkurrensen medför, se rapporten från Comisión Nacional de la Competencia i Spanien *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, sidorna 30–57 (https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/2014_MediosPropios_Inf_sectorial.PDF).

81. Om anknytningen mellan LG och VLRD är av sådan karaktär att det är motiverat att tillämpa in house-undantaget på transaktioner mellan dessa båda företag, anser jag att de externa transaktioner som är nödvändiga för att utföra de uppgifter som LG har anförtrott VLRD, inte kan undgå att omfattas av upphandlingsdirektiven (under förutsättning att de överstiger det föreskrivna tröskelvärdet). I annat fall skulle det vara tillräckligt för LG att *omorganisera* sin verksamhet genom att bilda VLRD för att undgå konsekvenserna av dess ställning som upphandlande enhet.

82. Således anser jag att det inte är nödvändigt att pröva huruvida VLRD är ett offentligtorgan på grund av att det i sig tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, eftersom slutsatsen måste dras att VLRD gör det såtillvida att företaget i funktionellt hänseende ingår i en helhet med ett bolag (LG) som tillgodoser den typen av behov och därför handlar inom ramen för in house-systemet.

83. Vad gäller frågan vilket direktiv som de avtal som VLRD ingått borde omfattas av, bör det erinras om att direktiv 2004/17 ”inbegriper de kontrakt som tilldelas inom området för en av de verksamheter som uttryckligen avses i artiklarna 3–7 i detta direktiv, liksom de kontrakt som, även om de är av annat slag och således i sig normalt omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18, används för utövandet av de verksamheter som definieras i direktiv 2004/17”.⁴¹ Det ankommer således på den hänskjutande domstolen, som inte har ställt denna fråga till EU-domstolen, att pröva vilket direktiv som är tillämpligt, beroende på ändamålet med det avtal som är omtvistat i det nationella målet.

84. Sammanfattningsvis föreslår jag att den första frågan som Vilniaus apygardos teismas har hänskjutit ska besvaras så att artikel 2.1 a i direktiv 2004/17 och artikel 1.9 andra stycket i direktiv 2004/18 ska tolkas så att ett företag vars materiella och funktionella anknytning till en upphandlande myndighet motiverar att in house-undantaget tillämpas på deras interna transaktioner, omfattas av de direktiven när det ingår avtal med tredje part om byggentreprenader, varor eller tjänster för att utföra den uppgift som den upphandlande myndigheten har anförtrott det.

C. Den andra tolkningsfrågan

85. Om domstolen finner att den föregående frågan ska besvaras jakande, vilket jag föreslår, undrar Vilniaus apygardos teismas om ett bolag som VLRD förlorar sin ställning som upphandlande myndighet när värdet av de tjänster som VLRD tillhandahåller LG på grundval av interna transaktioner, sjunker till mindre än 90 procent eller inte är huvuddelen av den totala omsättningen i bolagets verksamhet.

86. Frågan är rent hypotetisk (och bör därför avvisas), eftersom tvisten i det nationella målet inte handlar om en framtida situation, utan om den situation som förelåg när VLRD offentliggjorde meddelandet om upphandling för leverans av järnstänger (2013). Det nationella målet handlar således enbart om huruvida just det upphandlingsförfarandet ska ogiltigförklaras, vilket LitSpecMet har yrkat.

87. Den tidpunkt som ska beaktas vid prövningen av tvisten är den inledande, vilket framgår av domstolens praxis. Enligt denna praxis kräver rättssäkerhetsprincipen att en gemenskapsrättslig bestämmelse skall vara klar och att dess tillämpning skall kunna förutses av alla berörda.⁴² Av såväl detta krav som av skyddet för anbudsgivarnas intressen följer att ett organ som då ett upphandlingsförfarande påbörjas utgör en ”upphandlande myndighet” förblir underkastad villkoren i direktiven om offentlig upphandling tills den berörda upphandlingen avslutats.⁴³

41 Dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), punkt 57.

42 Se bland annat dom av den 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (C-44/96, EU:C:1998:4), punkt 34.

43 Dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529), punkt 43.

88. Som jag tidigare klargjort är den omständighet som är relevant för att avgöra om VLRD omfattades av direktiven om offentlig upphandling, huruvida upphandlingsförfarandet år 2013 avsåg varor som tillhandahölls av tredje part och som användes för att utföra den uppgift som LG hade anförtrott VLRD inom ramen för deras in house-förhållande.

89. Det är självklart så att om detta vid en senare tidpunkt, några år längre fram, inte längre skulle vara fallet och om VLRD skulle förlora sin ställning som instrumentell enhet för LG och börja verka på den fria marknaden, antingen på grund av de omständigheter som den hänskjutande domstolen har angett (det vill säga om den "huvudsakliga" delen av VLRD:s verksamhet inte längre skulle tjäna LG:s intressen),⁴⁴ eller på grund av något annat liknande skäl, så skulle det bli nödvändigt att pröva de nya omständigheterna och meddela ett avgörande på grundval av det.

90. De bestämmelser som skulle vara tillämpliga i ett sådant hypotetiskt framtidsscenario är direktiv 2014/24, och det skulle vara nödvändigt att utifrån kriterierna och kraven i det direktivet fastställa huruvida VLRD då fortfarande ska anses vara en upphandlande myndighet.

VI. Förslag till avgörande

91. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen lämnar följande svar till Vilniaus apygardos teismas:

Artikel 2.1 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, och artikel 1.9 andra stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, ska tolkas så att

- a) ett företag vars materiella och funktionella anknytning till en upphandlande myndighet motiverar att in house-undantaget tillämpas på deras interna transaktioner, omfattas av de direktiven när det ingår avtal med tredje part om byggtreprenader, varor eller tjänster för att utföra den uppgift som den upphandlande myndigheten har anförtrott det och
- b) under alla förhållanden ska det företaget anses vara ett offentlighetsorgan, om det är en egen juridisk person, är underställt en upphandlande myndighets kontroll och dess huvudsakliga verksamhet är att förse den upphandlande myndigheten med järnvägsmateriel, utan något tryck från eventuella konkurrenter och på andra villkor än marknadsvillkoren, för att den upphandlande myndigheten ska kunna tillhandahålla de person- och godstransporttjänster som den har fått i uppdrag att tillhandahålla.

⁴⁴ Av de uppgifter som lämnades vid förhandlingen i målet framgick emellertid att år 2016 gick fortfarande 85 procent av VLRD:s leveranser till LG och av dessa omfattades två tredjedelar av in house-systemet.