



Datum van  
inontvangstneming

:

13/06/2018

**Zaak C-285/18**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

25 april 2018

**Verwijzende rechter:**

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litouwen)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

13 april 2018

**Verzoeksters tot cassatie (verweersters in eerste aanleg):**

Kauno miesto savivaldybė

Kauno miesto savivaldybės administracija

**Andere partijen in het geding in cassatie:**

UAB Irgita, een besloten vennootschap (verzoekster in eerste aanleg)

UAB Kauno švara, een besloten vennootschap (verweester in eerste aanleg)

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Het hoofdgeding is erop gericht de wettigheid vast te stellen van een in-housetransactie gesloten door een aanbestedende dienst met een onderneming met afzonderlijke rechtspersoonlijkheid, beheerst door de aanbestedende dienst.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

Uitlegging en toepassing van de bepalingen van het Unierecht die het recht van aanbestedende diensten regelen om in-housetransacties te sluiten met door deze aanbestedende diensten beheerste entiteiten en van de voorwaarden die de

implementatie van dat recht regelen met betrekking tot de belangen van derde partijen; artikel 267 VWEU, eerste alinea, punt (b), en derde alinea.

### **Prejudiciële vragen**

1. Valt, gezien de omstandigheden in de betreffende zaak, de in-housetransactie binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 of binnen die van richtlijn 2014/24, wanneer de procedures voor het sluiten van die transactie, zoals onder meer de administratieve procedures, werden gestart op een tijdstip waarop richtlijn 2004/18 nog steeds van kracht was maar de overeenkomst zelf werd gesloten op 19 mei 2016, toen richtlijn 2004/18 niet meer van kracht was?

2. Ervan uitgaande dat de in-housetransactie binnen het toepassingsgebied van richtlijn 2004/18 valt:

- (a) Moet artikel 1, lid 2, onder a), van de richtlijn (of andere bepalingen daarvan), rekening houdend met de arresten van het Hof van Justitie in de zaken Teckal (C-107/98), Jean Auroux e.a. (C-220/05) en ANAV (C-410/04) alsook in andere zaken, dan aldus worden begrepen en uitgelegd dat het begrip van een „in-housetransactie” valt binnen de werkingssfeer van Unierecht, en dat de inhoud en toepassing van dat begrip niet worden aangetast door het nationale recht van lidstaten, onder meer door beperkingen op het afsluiten van zulke transacties, bijvoorbeeld door de voorwaarde dat overheidsopdrachten de kwaliteit, beschikbaarheid en continuïteit van de te leveren diensten niet kunnen waarborgen?
- (b) Als het antwoord op de vorige vraag ontkennend is, dat wil zeggen, het begrip van een „in-housetransactie”, geheel of gedeeltelijk, binnen de werkingssfeer van het recht van de lidstaten valt, moet de bovengenoemde bepaling van richtlijn 2004/18 dan aldus worden uitgelegd dat lidstaten bevoegd zijn om beperkingen of aanvullende voorwaarden vast te stellen voor het afsluiten van in-housetransacties (op grond van het Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie die dat recht uitlegt) maar deze bevoegdheid alleen ten uitvoer kunnen brengen door middel van specifieke en duidelijke, positiefrechtelijke bepalingen waaraan overheidsopdrachten onderworpen zijn?

3. Ervan uitgaande dat de in-housetransactie valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24:

- (a) Moeten de bepalingen van artikel 1, lid 4 en artikel 12 van de richtlijn en die van artikel 36 van het Handvest, samen of afzonderlijk (of andere bepalingen daarvan), rekening houdend met de arresten van het Hof van Justitie in de zaken Teckal (C-107/98), Jean Auroux e.a. (C-220/05) en ANAV (C-410/04) alsook in andere zaken, aldus worden begrepen en uitgelegd dat het begrip van een „in-

houstransactie” valt binnen de werkingssfeer van het Unierecht, en dat de inhoud en toepassing van dat begrip niet worden aangetast door het nationale recht van lidstaten, onder meer door beperkingen op het afsluiten van zulke transacties, bijvoorbeeld door de voorwaarde dat overheidsopdrachten de kwaliteit, beschikbaarheid en continuïteit van de te leveren diensten niet kunnen waarborgen?

- (b) Als het antwoord op de vorige vraag ontkennend luidt, dat wil zeggen, het begrip van een „in-houstransactie”, geheel of gedeeltelijk, binnen de werkingssfeer van het recht van de lidstaten valt, moeten de bepalingen van artikel 12 van richtlijn 2014/24 dan aldus worden uitgelegd dat de lidstaten (op grond van het Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie die dat recht uitlegt) bevoegd zijn om beperkingen of aanvullende voorwaarden vast te stellen voor het afsluiten van in-houstransacties, maar deze bevoegdheid alleen ten uitvoer kunnen brengen door middel van specifieke en duidelijke, positiefrechtelijke bepalingen waaraan overheidsopdrachten onderworpen zijn?

4. Ongeacht welke richtlijn de litigieuze in-houstransactie regelt, moeten de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van leveranciers van overheidsopdrachten en transparantie (artikel 2 van richtlijn 2004/18 en artikel 18 van richtlijn 2014/24), het algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (artikel 18 VWEU), de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU), het vrij verrichten van diensten (artikel 56 VWEU), de mogelijkheid van verlenen van uitsluitende rechten aan ondernemingen (artikel 106 VWEU) en de rechtspraak van het Hof van Justitie (arresten in de zaken Teckal, ANAV, Sea en Undis Servizi alsook in andere zaken) aldus worden begrepen en uitgelegd dat een in-houstransactie die wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst en een entiteit die juridisch is gescheiden van die aanbestedende dienst, waarbij de aanbestedende dienst op die entiteit een toezicht uitoefent dat vergelijkbaar is met het toezicht dat hij uitoefent op zijn eigen afdelingen, en de activiteit van die entiteit hoofdzakelijk bestaat uit een activiteit die wordt uitgevoerd ten voordele van de aanbestedende dienst, op zichzelf wettig is, dat wil zeggen dat deze, onder meer, geen inbreuk maakt op het recht van andere marktdeelnemers op eerlijke concurrentie, die marktdeelnemers niet discrimineert, en er geen voorrechten worden verleend aan de beheerste entiteit die de in-houstransactie heeft gesloten?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikel 18, eerste alinea, artikel 49, artikel 56, eerste alinea, en artikel 106, lid 1 en 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie („VWEU”).

Artikel 1, lid 2, onder a), en artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de

procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004 L 134, blz. 114) („richtlijn 2004/18”).

Overwegingen 2, 31 en 32, artikel 1, lid 4, artikel 12, lid 1 en 4, artikel 18 en de eerste alinea van artikel 91 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014 L 94, blz. 65) („richtlijn 2014/24”).

Artikel 36 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie („het Handvest”).

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Artikel 46 van de grondwet van de Republiek Litouwen bepaalt, onder meer, het volgende:

*„De economie van Litouwen wordt gebaseerd op het recht van particulier eigendom, op de vrijheid van individuele economische activiteit en op economisch initiatief.*

*De Staat ondersteunt economische inspanningen en initiatieven die nuttig zijn voor de maatschappij.*

*De Staat reglementeert economische activiteit, zodat deze het algemeen welzijn van de natie dient.*

*De wet verbiedt monopolisering van de productie en de markt, en beschermt vrije en eerlijke concurrentie.”*

Artikel 3 van de Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Wet op overheidsopdrachten van de Republiek Litouwen) van 12 augustus 1996, nr. I-1491 (hierna: „wet op overheidsopdrachten”), bepaalt, onder meer, het volgende:

*„1. De aanbestedende dienst ziet toe op de naleving van het beginsel van procedurele gelijkheid, het non-discriminatiebeginsel, het beginsel van wederzijdse erkenning, het evenredigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in procedures voor het plaatsen van opdrachten en de gunning van de opdracht.*

*[...]”*

Artikel 10, lid 5, van de wet op overheidsopdrachten (versie van 1 januari 2016), bepaalt het volgende:

*„Deze wet is niet van toepassing wanneer de aanbestedende dienst een overeenkomst sluit met een juridisch van hem onderscheiden lichaam*

*waarop hij als enige toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten of organen (of ten aanzien waarvan hij de rechten en verplichtingen van de Staat of van een lokaal lichaam uitoefent als enige vennoot), en wanneer het beheerste lichaam minstens 90 % van zijn omzet in het vorige boekjaar (of sinds zijn oprichting indien het korter dan een boekjaar actief is) heeft behaald uit activiteiten die tot doel hebben om te voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst of om deze laatste in staat te stellen zijn taken te verrichten. In de in dit lid beschreven omstandigheden kan een aanbesteding slechts worden uitgeschreven met toestemming van de Viešųjų pirkimų tarnyba (aanbestedende dienst)[...]*”

Artikel 10 van de wet op overheidsopdrachten (versie van 1 juli 2017) bepaalt, onder meer, het volgende:

*„1. Deze wet is niet van toepassing op in-housetransacties die zijn gesloten door een aanbestedende dienst met een andere aanbestedende dienst, wanneer aan alle volgende voorwaarden zonder uitzondering is voldaan:*

- (1) de aanbestedende dienst oefent op de andere aanbestedende dienst toezicht uit dat identiek is aan het toezicht dat hij uitoefent op zijn eigen afdeling of structureel bedrijfsonderdeel, waarbij hij een bepalende invloed uitoefent op de strategische doelen en belangrijke beslissingen van die dienst [...];*
- (2) de inkomsten die worden ontvangen uit overeenkomsten die zijn gesloten met de beheersende aanbestedende dienst of met juridische entiteiten die worden beheerst door die aanbestedende dienst en die zijn bedoeld om te voldoen aan zijn/hun behoeften of om zijn/hun functies uit te voeren, maken meer dan 80 % uit van de gemiddelde inkomsten die door de beheerste aanbestedende dienst zijn ontvangen uit verkoopovereenkomsten gedurende de vorige drie boekjaren [...];*
- (3) er is geen directe deelneming met particulier kapitaal in de beheerste aanbestedende dienst.*

*2. Een in-housetransactie kan alleen worden gesloten in een uitzonderingsgeval, wanneer aan de voorwaarden in lid 1 van dit artikel is voldaan en wanneer de continuïteit, goede kwaliteit en beschikbaarheid van diensten niet kunnen worden gewaarborgd als ze zouden worden ingekocht door middel van procedures voor overheidsopdrachten.*

*[...]*

*5. Overheidsondernemingen, naamloze vennootschappen, en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid waarin de staat aandelen bezit voor meer dan de helft van de stemmen op de algemene vergadering van aandeelhouders, mogen geen in-housetransacties sluiten.”*

Artikel 4 van de Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (Wet op de concurrentie van de Republiek Litouwen) van 23 maart 1999, nr. VIII-1099 (hierna te noemen „de wet op de concurrentie”), bepaalt het volgende:

- „1. *Bij het uitvoeren van de toegewezen taken met betrekking tot de regeling van economische activiteiten in de Republiek Litouwen, moeten entiteiten van overheidsdiensten vrije, eerlijke concurrentie garanderen.*
2. *Het is entiteiten van overheidsdiensten verboden om rechtshandelingen toe te passen of andere besluiten te nemen die privileges verlenen aan, of discrimineren tegen, individuele economische entiteiten of hun groepen en die aanleiding geven, of kunnen geven, tot verschillen in concurrentievoorwaarden voor economische entiteiten die concurreren in een relevante markt, behalve wanneer bij het voldoen aan de eisen van de wetten van de Republiek Litouwen het verschil in concurrentievoorwaarden niet kan worden vermeden.”*

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Op 7 februari 2014 heeft het gemeentebestuur van de stad Kaunas (hierna ook: „aanbestedende dienst”) een aanbestedingsprocedure bekendgemaakt voor diensten met betrekking tot het onderhoud en beheer van beplanting, bossen en parken in de stad Kaunas. UAB Irgita (hierna ook: „verzoekster”) was de succesvolle inschrijver.
- 2 Op 18 maart 2014 heeft de aanbestedende dienst met verzoekster een overeenkomst gesloten voor het leveren van diensten; in de overeenkomst werd aangegeven, onder meer, dat de geldigheidsduur daarvan drie jaar zou zijn vanaf de datum van sluiting, zodat die overeenkomst gold tot 18 maart 2017; er werd ook aangegeven dat de hoeveelheden diensten die in de overeenkomst werden overeengekomen maximale hoeveelheden waren, maar dat de ontvanger van de diensten niet alle diensten, noch een specifieke hoeveelheid daarvan zou bestellen (kopen); de klant moet de dienstverlener betalen voor de daadwerkelijk geleverde diensten, in overeenstemming met de in de overeenkomst vastgestelde tarieven; de definitieve prijs die de ontvanger van de dienst moet betalen aan de dienstverlener zou afhankelijk zijn van de hoeveelheid geleverde diensten in de loop van de uitvoering van de overeenkomst; in het geval dat de diensten die door de ontvanger van de diensten worden gevraagd de gespecificeerde maximale hoeveelheid van de diensten overschrijden, zal een afzonderlijke aanbestedingsprocedure worden ingesteld in overeenstemming met de door de wet op overheidsopdrachten vastgestelde procedures.
- 3 Op 1 april 2016 heeft de aanbestedende dienst bij het Viešųjų pirkimų tarnyba (bureau voor aanbestedingsprocedures) (hierna: „PPO”) een verzoek ingediend om toestemming (autorisatie) voor het afsluiten van een in-house transactie voor

diensten die in hoofdzaak vergelijkbaar zijn met de diensten die werden geleverd onder de overeenkomst voor de levering van diensten van 18 maart 2014. Het verzoek gaf aan dat UAB Kauno švara, waarmee een in-housetransactie moest worden afgesloten, een onderneming van de aanbestedende dienst was met een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid, die werd beheerst door de aanbestedende dienst als een bedrijfsonderdeel daarvan, dat het gemeentebestuur van de stad Kaunas de enige eigenaar was van die onderneming en dat UAB Kauno švara in 2015 90,07 % van zijn inkomsten had ontvangen uit activiteiten die waren uitgevoerd ten voordele van de aanbestedende dienst.

- 4 Bij besluit van 20 april 2016 heeft het PPO aan de aanbestedende dienst toestemming gegeven om de in-housetransactie af te sluiten. Het PPO gaf onder meer aan dat de aanbestedende dienst, met het oog op het rationale gebruik van financiële middelen en om concurrentie tussen leveranciers te garanderen, voorafgaande aan het sluiten van de in-housetransactie, de mogelijkheid zou moeten evalueren van het verwerven van de diensten in overeenstemming met de wet op overheidsopdrachten; in elk geval zal het besluit van de aanbestedende dienst moeten voldoen aan artikel 4, lid 2, van de wet op de concurrentie.
- 5 Op 3 mei 2016 heeft de gemeenteraad van de stad Kaunas een besluit aangenomen waarmee hij het sluiten van een overeenkomst heeft goedgekeurd voor de levering van diensten met UAB Kauno švara, en de tarieven heeft goedgekeurd voor de te leveren diensten (hierna: „ litigeus raadsbesluit”).
- 6 Op 19 mei 2016 heeft het gemeentebestuur van de stad Kaunas met UAB Kauno švara een overeenkomst gesloten voor de levering van diensten (hierna ook: „litigieuze overeenkomst” of „litigieuze in-housetransactie”); die overeenkomst legde onder meer vast dat de diensten naar behoefte zouden worden besteld en zouden worden betaald in overeenstemming met de in de overeenkomst vastgestelde tarieven; de looptijd van de overeenkomst werd op vijf jaar vastgesteld, met de mogelijkheid om de geldigheidsduur te verlengen.
- 7 Op 20 mei 2016 heeft verzoekster de zaak aanhangig gemaakt bij de rechtbank van eerste aanleg, waarbij zij de wettigheid van het litigieuze raadsbesluit en van de litigieuze in-housetransactie heeft aangevochten op basis van de volgende argumenten: in de eerste plaats heeft zij betoogd dat de aanbestedende dienst niet gerechtigd was om de litigieuze in-housetransactie af te sluiten, omdat de overheidsopdracht voor diensten met verzoekster nog steeds van kracht was op het moment dat de transactie werd afgesloten; in de tweede plaats was, volgens verzoekster, de litigieuze overeenkomst strijdig met de bepalingen van de wet op overheidsopdrachten en de wet op de concurrentie en verstoorde zij de vrije en eerlijke concurrentie tussen deelnemers aan het economisch verkeer, en waren aan zijn concurrent UAB Kauno švara privileges verleend waarbij andere leveranciers discriminatie ondervonden.
- 8 Bij beslissing van 13 maart 2017 wees de rechtbank van eerste aanleg de vordering van verzoekster af. Bij beslissing van 4 oktober 2017, wees het hof van



beroep, die het appel van verzoekster toestond, de vordering toe. De rechterlijke instanties, die nationale rechtspraak aanhaalden, verklaarden dat de uitoefening van het recht om een in-housetransactie af te sluiten in overeenstemming met artikel 10, lid 5, van de wet op overheidsopdrachten, niet kan ingaan tegen de in artikel 4, lid 2, van de wet op de concurrentie vastgelegde dwingende vereiste dat concurrentie tussen deelnemers aan het economisch verkeer niet nadelig kan worden beïnvloed.

- 9 De beslissingen van de rechterlijke instanties waren in zoverre verschillend dat de rechtbank van eerste aanleg, rekening houdend met de nog steeds voortdurende overeenkomst voor de levering van diensten met verzoekster, en met andere feitelijke omstandigheden, niet oordeelde dat de concurrentie tussen leveranciers nadelig was beïnvloed of dat privileges werden verleend aan een deelnemer aan het economisch verkeer, terwijl het hof van beroep, in het bijzonder in het licht van het verminderde aantal orders voor verzoekster krachtens de overeenkomst voor de levering van diensten van 18 maart 2014, de litigieuze in-housetransactie die was afgesloten tussen de aanbestedende dienst en UAB Kauno švara, onwettig heeft verklaard.
- 10 In de onderhavige binnenlandse zaak heeft het hof van beroep geoordeeld dat de partijen bij het geschil van mening verschilden over een fundamentele kwestie, te weten de vraag of de aanbestedende dienst door het afsluiten van een in-housetransactie met een onderneming die hij beheerste al dan niet heeft voldaan aan de vereisten van artikel 4, lid 2, van de wet op de concurrentie.
- 11 Dat hof heeft ook geoordeeld dat de omstandigheid dat de litigieuze in-housetransactie in wezen voldeed aan de Teckal-criteria (volgens het arrest van het Hof van Justitie van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562) en dat voor het afsluiten van die transactie toestemming van het PPO was ontvangen, niet voldoende was om de basis te vormen voor een beslissing dat de in artikel 4, lid 2, van de wet op de concurrentie vastgelegde dwingende vereisten niet waren geschonden.
- 12 De beslissing van het hof van beroep trok over het algemeen het recht van aanbestedende diensten in twijfel om een in-housetransactie af te sluiten die voldoet aan de Teckal-criteria in het geval waarin er, behalve de beheerste onderneming, ook andere deelnemers aan het economisch verkeer zijn die de betreffende diensten kunnen leveren.
- 13 Het gemeentebestuur van de stad Kaunas heeft beroep in cassatie ingesteld bij de verwijzende rechter [de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hooggerechtshof van Litouwen); hierna: „hof van cassatie”], waarbij het verzochten om herziening van het arrest van de Lietuvos Apeliacinis Teismas (rechter in tweede aanleg, Litouwen) van 4 oktober 2017.

**Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

- 14 In de onderhavige zaak is de noodzaak van het hof van cassatie om een verzoek tot het Hof van Justitie te richten gebaseerd op het feit dat de inhoud van bepaalde bepalingen van Unierecht die relevant zijn voor een beslissing in de zaak na toepassing van de doctrine van de *acte clair* of de *acte éclairé*, niet afdoende duidelijk is.
- 15 De onderhavige zaak vereist een beslissing over de vraag naar de wettigheid van een in-housetransactie, welke vraag is verbonden met het probleem van de relatie tussen in-housetransacties en het waarborgen van concurrentie tussen onafhankelijke deelnemers aan het economisch verkeer.
- 16 Hoewel de regels die in-housetransacties regelen aan het begin van 2010 in de wet op overheidsopdrachten werden vastgesteld, is de onderhavige zaak in wezen de eerste zaak waarin het hof van cassatie de kwestie van de wettigheid van een dergelijke in-housetransactie rechtstreeks behandelt. Bovendien is het de eerste gelegenheid waarbij aspecten van de wettigheid van in-housetransacties, in het bijzonder gelet op het specifieke karakter van het Litouwse recht en de rechtspraak van nationale rechterlijke instanties die Litouws recht uitleggen, ter behandeling worden voorgelegd aan het Hof van Justitie.
- 17 Met de ontwikkeling van nationale rechtspraak werd de wettigheid van in-housetransacties niet alleen verbonden met de Teckal-criteria, maar ook met bijkomende redenen, onder meer de redenen die voortkomen uit de bepalingen van de wet op de concurrentie, aan de inhoud waarvan in wezen geen wijzigingen werden aangebracht ten opzichte van de originele versie van die wet. In Litouwen zijn de algemene kwesties met betrekking tot de wettigheid van in-housetransacties nauwer verwant met rechtspraak dan met het wettelijk kader.
- 18 Met betrekking tot de voorgaande omstandigheden heeft het hof van cassatie vragen omtrent de rol van de regels die in-housetransacties regelen, in de context van de toepassing van Unierecht. In de eerste plaats is het niet duidelijk of het begrip van een in-housetransactie in de hele Europese Unie autonoom zou moeten zijn op een niveau dat dit begrip onafhankelijk zou maken van nationale regels en van de rechtspraak die die regels uitlegt.
- 19 In deze context moet aandacht worden gevestigd op twee aspecten: in de eerste plaats heeft het Hof van Justitie in-houseovereenkomsten gebaseerd op het algemene begrip van „overheidsopdrachten”, en vastgesteld dat een in-housetransactie niet moet worden behandeld als een overheidsopdracht (zie het bovengenoemde arrest in de zaak Teckal, punt 50); in de tweede plaats heeft het Hof van Justitie verschillende keren opgemerkt dat, daar de definitie van „overheidsopdrachten” niet uitdrukkelijk verwijst naar het wettelijk kader van de lidstaten, dit begrip moet worden geacht uitsluitend te vallen binnen de werkingssfeer van het wettelijk kader van de EU en moet worden uitgelegd zonder

rekening te houden met nationaal recht (zie, bijvoorbeeld, het arrest van het Hof van Justitie van 18 januari 2017, Auroux e.a., C-220/05, EU:C:2007:31, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De hierboven besproken rechtspraak van het Hof van Justitie zou erop wijzen dat het mogelijk is om de regels die in-housetransacties regelen als autonome begrippen van Unierecht te behandelen.

- 20 Het Hof van Cassatie vraagt ook of, als lidstaten desalniettemin een mate van discretionaire bevoegdheid behouden om de mogelijkheid van het afsluiten van in-housetransacties te beperken, die beperking eventueel moet worden onderworpen aan voorwaarden, in het bijzonder aan eisen van duidelijkheid, van voorspelbaarheid, en van waarborging van gerechtvaardigde verwachtingen. Als dergelijke of vergelijkbare eisen belangrijk zijn, kan dit erop wijzen dat er een verplichting op lidstaten rust om, waar vereist, duidelijk zorgvuldig gekozen beperkingen in het recht vast te stellen, welke beperkingen niet uitsluitend het gevolg kunnen zijn van de uitlegging van abstracte begrippen in rechtspraak.
- 21 Naar het oordeel van het hof van cassatie kunnen de antwoorden op deze vragen gedeeltelijk afhankelijk zijn van de beslissing of de litigieuze in-housetransactie valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 of binnen die van richtlijn 2014/24, waarbij gelet moet worden op het feit dat de procedures voor het sluiten van de litigieuze overeenkomst aanvankelijk waren gestart voor 18 april 2016 (toen de aanbestedende dienst het PPO verzocht zijn toestemming te verlenen voor het afsluiten van een in-housetransactie) maar dat die procedures werden voltooid – en de litigieuze overeenkomst werd gesloten – toen de bepalingen van richtlijn 2004/18 niet meer van kracht waren.
- 22 Naar de mening van deze kamer is er een substantiëlere basis voor de opvatting dat de litigieuze in-housetransactie valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 omdat het verzoek van 1 april 2016 door de aanbestedende dienst aan het PPO om toestemming om de in-housetransactie te sluiten uitsluitend het gevolg is van nationale wetgeving; ook moet de procedure voor toestemming (autorisatie) van het PPO worden geclassificeerd als een louter „administratief filter”, dat is bedoeld om vast te stellen of is voldaan aan de Teckal-criteria.
- 23 Naar de mening van het hof van cassatie zou het gemakkelijker zijn om het nationale recht volgens Unierecht te verduidelijken in lijn met het concept van het indirecte effect van richtlijnen, als de litigieuze in-housetransactie valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24, omdat die wettelijke maatregel niet alleen de rechtspraak van het Hof van Justitie codificeert maar ook in duidelijke termen het voornemen van de Uniewetgever uitdrukt om de regels die in-housetransacties regelen afzonderlijk te reglementeren (zie ook overweging 2 van richtlijn 2014/24).
- 24 Aan de andere kant heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat wanneer de nationale wetgever van een lidstaat de formulering van de in punt 50 van het Teckal-arrest uiteengezette, en in latere arresten van het Hof van Justitie herhaaldelijk bevestigde, voorwaarden letterlijk overneemt, deze nationale wetgeving in

principe in overeenstemming is met het Unierecht, met dien verstande dat de uitlegging van die wetgeving eveneens in overeenstemming moet zijn met de vereisten van het Unierecht (arrest van het Hof van Justitie van 6 april 2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237, punt 25).

- 25 Naar de mening van het hof van cassatie wijst de formulering van de bepalingen van richtlijn 2014/24 erop dat de wettigheid van een in-housetransactie uitsluitend afhankelijk is van de vervulling van de Teckal-criteria, zonder dat verdere aspecten hoeven te worden beoordeeld. Deze kamer wijst er daarnaast ook op dat zowel in de considerans als in de bepalingen van richtlijn 2014/24 zinsneden worden gebruikt als „zijn niet aan de bij onderhavige richtlijn vastgestelde procedures onderworpen” [zie overweging 32, eerste alinea] en „dat deze richtlijn niet van toepassing is” [zie overweging 24]. Dit lijkt erop te wijzen dat de Uniewetgever heeft gekozen voor een strikte wijze van coördinatie van in-housetransacties.
- 26 Een dergelijke vaststelling is in wezen ook in lijn met het standpunt van het Hof van Justitie in het arrest in de zaak ANAV, waarvan punt 24 aangeeft dat, op het gebied van openbaredienstenconcessies, *de toepassing* van de in de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG neergelegde regels, alsmede van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, *is uitgesloten* indien de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten én deze concessiehouder bovendien het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst.
- 27 Aan de andere kant moet worden opgemerkt dat artikel 1, lid 4, van richtlijn 2014/24 bepaalt dat de richtlijn niet afdoet aan de vrijheid van de lidstaten om in overeenstemming met het Unierecht te bepalen wat zij onder diensten van algemeen economisch belang verstaan (hierna: „DAEB”), hoe die diensten conform de regels inzake staatssteun moeten worden georganiseerd en gefinancierd, en aan welke specifieke verplichtingen die diensten moeten voldoen; evenmin doet die richtlijn af aan de beslissing van overheidsinstanties of, hoe en in welke mate zij taken van openbaar belang zelf wensen uit te voeren, overeenkomstig artikel 14 VWEU en Protocol nr. 26. Artikel 36 van het Handvest bepaalt ook dat de Europese Unie toegang tot diensten van algemeen economisch belang, zoals die is geregeld in nationale wetgevingen en praktijken, moet erkennen en respecteren, overeenkomstig de Verdragen.
- 28 Hoewel de classificatie van een bepaalde economische activiteit zoals een DAEB in principe verband houdt met de aan de lidstaten gelaten mogelijkheid van additionele en flexibelere regulering, waarmee een uitzondering kan worden gemaakt op de algemene regeling van het mededingingsrecht, is het echter onduidelijk of een dergelijke flexibiliteit in het wettelijke kader de lidstaten toestaat het tegenovergestelde te doen, dat wil zeggen, de overeenkomstige rechtsbetrekkingen op een strengere manier te regelen (door het stellen van bijkomende voorwaarden) dan in de richtlijnen.

- 29 Deze kamer is echter van mening dat als een striktere regeling van in-housetransacties dan de regeling van richtlijn 2014/24 mogelijk is, eventuele bijkomende beperkingen zouden moeten voortvloeien uit positiefrechtelijke bepalingen, in plaats van uit rechtspraak. Aan de andere kant, zelfs als beperkingen op het sluiten van in-housetransacties zouden kunnen voortvloeien uit nationale rechtspraak, betwijfelt het hof van cassatie of deze gerechtvaardigd zouden kunnen worden.
- 30 Het Hof van Cassatie is van mening dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie geen bijkomende beperkingen op het sluiten van een in-housetransactie volgen, mits een dergelijke transactie voldoet aan de Teckal-criteria. Het Hof van Justitie heeft er duidelijk op gewezen dat een in-housetransactie het recht van andere deelnemers aan het economisch verkeer op eerlijke concurrentie niet schendt, omdat een toezicht vergelijkbaar met het toezicht dat wordt uitgeoefend door een aanbestedende dienst op zijn eigen afdelingen in principe de interne relaties bepaalt van de aanbestedende dienst en een entiteit waarop hij toezicht uitoefent, die *per se* rechtmatig zijn, en voor hen geen verplichting creëert om aan hun behoeften te voldoen door middel van het eventueel contracteren van externe entiteiten.
- 31 Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest van 8 december 2016, *Undis Servizi*, C-553/15, EU:C:2016:935, punten 28, 30 en 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest van 11 mei 2006, *Carbotermo en Consorzio Alisei*, C-340/04; EU:C:2006:308, punten 61 en 62; het bovengenoemde arrest in de zaak *Auroux e.a.*, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, punt 40) volgt dat in-housetransacties geen inbreuk maken op de onafhankelijke (particuliere) rechten van marktdeelnemers, dat die transacties hen niet discrimineren, en dat er aan ondernemingen die worden beheerst door aanbestedende diensten geen privileges worden verleend ten nadele van die deelnemers.
- 32 Naar het oordeel van het hof van cassatie is verdere verduidelijking nodig met betrekking tot de inhoud van de rechtspraak van het Hof van Justitie en de invloed daarvan op de beoordeling van de ligitieuze overeenkomst.