



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

L. MEDINA

fremsat den 3. februar 2022¹

Sag C-436/20

**Association Estatal de Ensidedes de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)
mod**

Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (øverste regionale domstol i den selvstyrende region Valencia, Spanien))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – artikel 49 TEUF og 56 TEUF – fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser – økonomisk virksomhed – direktiv 2014/24/EU – artikel 1, stk. 2, artikel 2, stk. 1, og artikel 4, litra d) – betingelser for anvendelse – artikel 20, stk. 1, og artikel 77 – reservede kontrakter – artikel 74-76 og bilag XIV – levering af sociale tjenesteydelser – offentlige kontrakter på området for sociale tjenesteydelser – forenklet ordning – aftaler om levering af sådanne tjenesteydelser – udelukkelse af profitorienterede enheder – gennemsigtighedsprincippet, lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet – udbudsbetingelse – geografisk begrænsning – direktiv 2006/123/EF – det materielle anvendelsesområde – artikel 2, stk. 2, litra j) – udelukkelse af sociale tjenesteydelser«

Indhold

I.	Retsforskrifter	4
	A. EU-retten	4
	1. Direktiv 2014/24	4
	2. Tjenesteydelsesdirektivet	7
	B. Spansk ret	7
II.	De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål	8

¹ – Originalsprog: engelsk.

III. Bedømmelse	10
A. Indledende bemærkninger	10
B. Det første og det andet spørgsmål	11
1. Karakteren af de omhandlede sociale tjenesteydelser	12
2. Betingelserne for anvendelsen af direktiv 2014/24	16
a) Begrebet »udbud«	16
b) Kendetegnene ved en offentlig kontrakt	18
1) En gensidigt bebyrdende kontrakt	19
2) En kontrakt indgået mellem en økonomisk aktør og en eller flere ordregivende myndigheder	20
3) En kontrakt om levering af tjenesteydelser	21
c) Tærskelkriteriet	22
3. Reserverede kontrakter og den forenklede ordning i direktiv 2014/24	23
a) Reserverede kontrakter	23
1) Reserverede kontrakter i henhold til artikel 20 i direktiv 2014/24	24
2) Reserverede kontrakter som omhandlet i artikel 77 i direktiv 2014/24	25
b) Reglerne i artikel 75 og 76 i direktiv 2014/24	26
4. Etableringsfriheden	29
C. Det tredje spørgsmål	31
1. Foreneligheden af de omhandlede udvælgelseskriterier med direktiv 2014/24	31
2. Udvælgelseskriteriernes forenelighed med tjenesteydelsesdirektivet	32
3. Forenelighed af udvælgelseskriteriet med de grundlæggende friheder	33
IV. Forslag til afgørelse	35
1. Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (den statslige sammenslutning af enheder, der leverer hjemmeplejetjenester, herefter »ASADE«, Spanien) er en sammenslutning af private virksomheder. Den har for den forelæggende ret, Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (øverste regionale domstol i den selvstyreende region	

Valencia, Spanien), nedlagt påstand om, at dekret nr. 181/2017², der blev vedtaget af Comunitat Valenciana (den selvstyrende region Valencia, Spanien), annulleres, i det omfang dekretet hindrer, at profitorienterede enheder indgår »aftaler om levering af sociale tjenesteydelser« med offentlige myndigheder³.

2. Offentlige myndigheder overlader i henhold til de omhandlede aftaler forvaltning af visse sociale tjenesteydelser til socialvirksomhedsenheder. De er i denne forbindelse ikke forpligtede til at følge de procedurer, der er fastsat i de EU-retlige udbudsregler. Som følge af dekret nr. 181/2017 er det imidlertid alene private nonprofitorganisationer, der må indgå disse aftaler med henblik på at levere sociale tjenesteydelser, der kan omfatte bistand til børn, teenagere, unge, ældre, handicappede, migranter, udsatte kvinder og medlemmer af LGBTI-⁴ samt romasamfund (herefter »de omhandlede tjenesteydelser«)⁵.

3. Det er i denne forbindelse, at Domstolen nærmere bestemt anmodes om at præcisere, hvorvidt EU-retten og navnlig artikel 49 TEUF og 56 TEUF, artikel 74, 76 og 77 i direktiv 2014/24/EU⁶ og artikel 15, stk. 2, i direktiv 2006/123/EF⁷ (herefter »tjenesteydelsesdirektivet«) er til for hinder for national lovgivning, der udelukker profitorienterede enheder fra at indgå aftaler om levering af sociale tjenesteydelser med offentlige myndigheder, selv om det tillades nonprofitorganisationer at indgå disse aftaler.

4. Emnets kompleksitet og den tekniske karakter af de gældende regler, der udspringer af adskillige EU-retlige instrumenter, bør ikke sløre den utvivlsomme vigtighed af dette spørgsmål, eftersom Domstolen anmodes om at fastlægge forholdet mellem økonomisk virksomhed og sociale forhold, samt forholdet mellem EU-retten og national ret.

5. Det er i denne forbindelse værd at henvise til generaladvokat Tesaurò, der for mere end 20 år siden fremhævede den omstændighed, at socialsikringsområdet ikke »udgør en enklave, hvor [EU-retten] ikke kan komme ind«⁸. Dette var tilfældet den gang og så meget desto mere nu. Uanset at medlemsstater er autonome for så vidt angår udformningen af deres socialsikringsordninger, udelukker denne autonomi følgelig ikke anvendelsen af de grundlæggende friheder i traktaten⁹, som reglerne om offentlige kontrakter udgør en integreret del af¹⁰.

² – Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social (regionalrådet for Valencias dekret nr. 181/2017 af 17.11.2017 om udvikling af en fælles indsats for sociale enheders levering af sociale tjenesteydelser i den selvstyrende region Valencia (DOGV nr. 8197 af 23.12.2017, s. 48245) (herefter »dekret nr. 181/2017«).

³ – National ret henviser til udtrykket »acuerdos de acción concertada«. Jf. i denne retning artikel 44a, 53 og 56 og afsnit VI i Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana (lov nr. 5/1997 af 25.6.1997 om bestemmelser om ordningen for sociale tjenesteydelser i den selvstyrende region Valencia) (BOE nr. 192 af 12.8.1997, s. 24405), som ændret ved Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (lov nr. 13/2016 af 29.12.2016 om skatteforanstaltninger, foranstaltninger vedrørende administrativ og finansiel forvaltning og regionalregeringens organisation) (BOE nr. 34 af 9.2.2017, s. 8694) (herefter »lov nr. 5/1997«).

⁴ – Lesbiske, bøsser, biseksuelle, transpersoner og intetkønnede.

⁵ – Denne opregning fandtes ikke i den præjudicielle forelæggelse til Domstolen. Kommissionen har i dens skriftlige indlæg til Domstolen henvist til et link med offentliggørelsen af dekret nr. 181/2017 (jf. https://www.dogv.gva.es/datos/2017/12/23/pdf/2017_11941.pdf). Dekretets artikel 6, stk. 2, henviser til bilaget til dekretet, der omfatter en liste over de omhandlede tjenesteydelser.

⁶ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

⁷ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT 2006, L 376, s. 36).

⁸ – Forslag til afgørelse Decker (C-120/95 og C-158/96, EU:C:1997:399, punkt 17).

⁹ – Dom af 28.4.1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, præmis 21), af 12.7.2001, Smits og Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, præmis 54), af 13.5.2003, Müller-Fauré og van Riet (C-385/99, EU:C:2003:270, præmis 39), og af 23.10.2003, Inizan (C-56/01, EU:C:2003:578, præmis 17).

¹⁰ – Dom af 8.2.2018, Lloyd's of London (C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 33).

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. *Direktiv 2014/24*

6. Direktiv 2014/24 fastsætter regler, der har til formål at samordne nationale procedurer for tildelingen af offentlige kontrakter over en bestemt grænseværdi, således at de er i overensstemmelse med princippet om den frie bevægelighed for varer, den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser, samt sikrer gennemførelsen af de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Direktivet har ligeledes til formål at sikre effektiv konkurrence i forbindelse med tildelingen af offentlige kontrakter.

7. Følgende fremgår af første og sjette betragtning til direktiv 2014/24:

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

[...]

(6) Det er også relevant at bemærke, at dette direktiv ikke bør berøre medlemsstaternes lovgivning om social sikring. Det bør heller ikke vedrøre liberalisering af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, der er forbeholdt offentlige eller private enheder, eller privatisering af offentlige enheder, der leverer tjenesteydelser.

Det bør ligeledes bemærkes, at medlemsstaterne frit kan organisere leveringen af obligatoriske sociale tjenesteydelser eller andre tjenesteydelser såsom posttjenester, enten som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse eller ikkeøkonomiske tjenesteydelser af almen interesse eller som en blanding heraf. Det bør præciseres, at ikkeøkonomiske tjenesteydelser af almen interesse ikke bør falde ind under dette direktivs anvendelsesområde.«

8. 114. betragtning til dette direktiv præciserer grundene til, at der findes en specifik forenklet ordning for så vidt angår visse personlige tjenesteydelser, såsom visse sociale, sundhedsmæssige og uddannelsesmæssige tjenesteydelser, og 118. betragtning hertil forklarer ordningen vedrørende reservede kontrakter om tjenesteydelser, der er opregnet i artikel 77, stk. 1, i dette direktiv.

9. Følgende bestemmes i artikel 1, stk. 1, 2, 4 og 5, i afsnit I i direktiv 2014/24, der bærer overskriften »Anvendelsesområde, definitioner og generelle principper«:

»1. I dette direktiv fastsættes reglerne for ordregivende myndigheders udbudsprocedurer med hensyn til offentlige kontrakter samt projektkonkurrencer, hvis værdi anslås ikke at være mindre end tærsklerne fastsat i artikel 4.

2. Udbud i henhold til dette direktiv omfatter en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af [...] tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder, uanset om [...] tjenesteydelserne er beregnet til et offentligt formål.

[...]

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

5. Dette direktiv berører ikke den måde, hvorpå medlemsstaterne udformer deres socialsikringsordninger.«

10. Artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 definerer »offentlige kontrakter« som »gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelse«.

11. Artikel 2, stk. 1, nr. 10), i direktivet definerer »Økonomisk aktør« som enhver »fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller enheder, herunder enhver midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet«.

12. Artikel 4 i dette direktiv, der bærer overskriften »Tærskelværdier«, bestemmer følgende:

»Dette direktiv gælder for udbud, hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskler:

[...]

d) 750 000 EUR for offentlige tjenesteydelseskontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag XIV.«

13. Artikel 20 i direktiv 2014/24, der bærer overskriften »Reserverede kontrakter«, bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne kan lade retten til at deltage i offentlige udbudsprocedurer være forbeholdt beskyttede værksteder og økonomiske aktører, hvis vigtigste mål er social og faglig integration af

handicappede eller dårligt stillede personer, eller kan beslutte, at sådanne kontrakter skal udføres i forbindelse med programmer for beskyttet beskæftigelse, forudsat at mindst 30% af arbejdstagerne i de pågældende beskyttede værksteder, hos de pågældende økonomiske aktører eller i de pågældende programmer er handicappede eller dårligt stillede arbejdstagere.

[...]«

14. Afsnit III i direktivet, der bærer overskriften »Særlige udbudsordninger«, omfatter et kapitel I, der består af artikel 74-77. Disse bestemmelser indeholder regler vedrørende den forenkledede ordning, der finder anvendelse for »Sociale og andre specifikke tjenesteydelse«.

15. Artikel 74 i direktiv 2014/24, der bærer overskriften »Tildeling af kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser«, bestemmer følgende:

»Offentlige kontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag XIV, tildeles i overensstemmelse med dette kapitel, når kontraktens værdi svarer til eller overstiger tærskelværdien i artikel 4, litra d).«

16. Direktivets artikel 75 med overskriften »Offentliggørelse af bekendtgørelser og meddelelser« fastsætter betingelserne for offentliggørelse af de udbudsbekendtgørelser, der nævnes i artikel 74.

17. Artikel 76 i direktiv 2014/24 med overskriften »Principper for tildeling af kontrakter« bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne indfører nationale regler for tildeling af kontrakter, der er omfattet af dette kapitel, for at sikre, at de ordregivende myndigheder overholder principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af økonomiske aktører. Det står medlemsstaterne frit for at fastsætte de procedureregler, der skal anvendes, så længe sådanne regler giver de ordregivende myndigheder mulighed for at tage hensyn til de pågældende tjenesteydelsers særlige karakter.

2. Medlemsstaterne sikrer, at de ordregivende myndigheder har mulighed for at tage hensyn til behovet for at sikre tjenesteydelsernes kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheder, tilgængelighed og omfang, samt at priserne er overkommelige, og de forskellige bruges, herunder dårligt stillede og sårbare grupper, særlige behov, at brugerne inddrages og får indflydelse samt innovation. Medlemsstaterne kan også fastlægge, at valget af tjenesteyder skal ske på grundlag af det tilbud, der afspejler det bedste forhold mellem pris og kvalitet, under hensyntagen til kvalitets- og bæredygtighedskriterier for sociale tjenesteydelser.«

18. I henhold til artikel 77, stk. 1, i direktiv 2014/24 med overskriften »Reserverede kontrakter om visse tjenesteydelser« kan medlemsstaterne bestemme, at ordregivende myndigheder kan give en organisation ret til at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter, der udelukkende vedrører de tjenesteydelser på sundheds-, social- og kulturområdet, der er omhandlet i artikel 74, som er omfattet af de CPV-koder, der er opregnet i denne bestemmelse¹¹. Dette direktivs artikel 77, stk. 2, fastsætter de betingelser, som disse organisationer skal opfylde med henblik på tildeling af reserverede kontrakter. I henhold til artikel 77, stk. 3, i direktiv 2014/24 må kontraktens maksimale varighed højst være tre år.

¹¹ – CPV fastlægger et enkelt klassificeringssystem for offentlige kontrakter, der har til formål at standardisere de henvisninger, der anvendes af ordregivende myndigheder og enheder med henblik på at beskrive genstanden for de offentlige kontrakter. Jf. <https://simap.ted.europa.eu/cpv>

19. Bilag XIV til direktiv 2014/24 indeholder en opregning af de tjenesteydelser, der henvises til i artikel 74.

2. Tjenesteydelsesdirektivet

20. Følgende fremgår af 27. betragtning til tjenesteydelsesdirektivet:

»Dette direktiv bør ikke omfatte de sociale tjenesteydelser på boligområdet eller i forbindelse med børnepasning og støtte til familier og personer, som har behov herfor, udført af staten – på nationalt, regionalt eller lokalt plan – af tjenesteydere med opdrag fra staten eller af statsanerkendte velgørende organisationer for at støtte personer, der har et permanent eller midlertidigt særligt behov på grund af utilstrækkelig indkomst i familien eller en fuldstændig eller delvis mangel på uafhængighed, og for personer[,] som er i fare for at blive marginaliseret. Disse tjenesteydelser er væsentlige for at sikre den grundlæggende ret til menneskelig værdighed og integritet og er udtryk for principperne om social samhørighed og solidaritet og bør ikke berøres af dette direktiv.«

21. Direktivets artikel 2 bestemmer følgende:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat.

2. Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende former for virksomhed:

[...]

j) sociale tjenesteydelser i forbindelse med socialt boligbyggeri, børnepasning og støtte til familier og enkeltpersoner, som har permanent eller midlertidig behov herfor, udført af staten, af tjenesteydere med opdrag fra staten eller af statsanerkendte velgørende organisationer

[...]«

B. Spansk ret

22. Den selvstyrende region Valencia vedtog i overensstemmelse med de beføjelser, som den spanske forfatning tillægger den for så vidt angår sociale tjenesteydelser, lov nr. 5/1997. De relevante bestemmelser er artikel 44a, 53, 56, 62, 63, 64, 66, 67 og 68 i lov nr. 5/1997.

23. Dekret nr. 181/2017 gennemfører lov nr. 5/1997 og er genstanden for hovedsagen. Selv om lov nr. 5/1997 blev ophævet ved lov nr. 3/2019¹², er dekret nr. 181/2017 i henhold til sidstnævnte lov fortsat gældende. De relevante bestemmelser er artikel 3, 6, 11, 13, 15, 17, 19 og 21-26 i dekret nr. 181/2017, der gennemfører de regler, der er fastsat ved lov nr. 5/1997.

¹² – Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana (lov nr. 3/2019 af 18.2.2019 om inkluderende sociale tjenesteydelser i den selvstyrende region Valencia) (BOE nr. 61 af 12.3.2019, s. 23249).

II. De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

24. ASADE anlagde en retssag ved den forelæggende ret med påstand om, at dekret nr. 181/2017 annulleres, samt tilsidesættelse af visse bestemmelser i lov nr. 5/1997¹³. Dekret nr. 181/2017 er efter ASADE's opfattelse ulovligt, idet det udelukker profitorienterede enheder fra at levere offentlige tjenesteydelser i henhold til en offentlig-privat aftale om levering af tjenesteydelser, samtidig med at det giver nonprofitorganisationer – og ikke kun frivillige sammenslutninger –¹⁴ mulighed for at levere sådanne tjenesteydelser mod betaling, uden at disse organisationer gennemgår en gennemsigtig udbudsprocedure, der sikrer ligebehandling.

25. ASADE har gjort gældende, at dekret nr. 181/2017 og visse bestemmelser i lov nr. 5/1997 er i strid med for det første etableringsfriheden i artikel 49 TEUF, for det andet direktiv 2014/24, idet disse normer ikke respekterer princippet om ligebehandling af økonomiske aktører, og for det tredje tjenesteydelsesdirektivets artikel 15, stk. 2. Den begrænsning af etableringsfriheden, der følger af den omhandlede nationale lovgivning, er efter ASADE's opfattelse endvidere ikke begrundet i den offentlige interesse. ASADE har bemærket, at den omhandlede nationale lovgivning ikke indskrænker sig til sundheds- og socialsikringsområdet, men omfatter samtlige former for sociale tjenesteydelser og finder anvendelse for samtlige nonprofitorganisationer og ikke alene for frivillige sammenslutninger¹⁵. Ifølge ASADE's indlæg betyder dette, at de undtagelser til de EU-retlige regler om offentlige kontrakter, der er blevet fastslået i Domstolens praksis¹⁶, ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.

26. Sagsøgte, Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana (regionalregeringen i Valencias råd for lighed og inklusionspolitikker, Spanien), er på sin side af den opfattelse, at både lov nr. 5/1997 og dekret nr. 181/2017 er i overensstemmelse med direktiv 2014/24 og tjenesteydelsesdirektivet.

27. Sagsøgte har for det første anført, at Domstolen allerede har tilladt undtagelser til princippet om den frie konkurrence i tilfælde af kontrakter, der indgås med nonprofitorganisationer i relation til socialsikringsordninger, henset til, at sociale tjenesteydelser og sundhedstjenesteydelser udviser en række kendetegn, der kræver, at de behandles anderledes i forhold til udbudsreglerne¹⁷.

28. Sagsøgte har for det andet gjort gældende, at aftaler om levering af sociale tjenesteydelser i overensstemmelse med princippet om budgetmæssig effektivitet giver et alternativ til den direkte eller indirekte forvaltning af ikkeøkonomiske offentlige tjenesteydelser, der leveres af nonprofitorganisationer, som modtager betaling i form af godtgørelse af deres udgifter, der ikke indebærer nogen økonomisk gevinst. Sagsøgte er ligeledes af den opfattelse, at aftaler om levering af sociale tjenesteydelser ikke er i strid med tjenesteydelsesdirektivet, eftersom sidstnævnte ikke finder anvendelse på ikkeøkonomiske tjenesteydelser af almen økonomisk interesse eller for sociale tjenesteydelser i forbindelse med socialt boligbyggeri, børnepasning og støtte til familier og enkeltpersoner, som har permanent eller midlertidig behov herfor, der udføres af staten eller af statsanerkendte velgørende organisationer.

¹³ – Navnlige artikel 44a, stk. 1, litra c), artikel 53, artikel 56, stk. 2, og afsnit VI i lov nr. 5/1997.

¹⁴ – Anvendelsen af dette udtryk synes at følge af dom af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440), og af 28.1.2016, CASTA m.fl. (C-50/14, EU:C:2016:56), der begge omhandlede frivillige sammenslutninger i forbindelse med offentlige kontrakter.

¹⁵ – Ibidem.

¹⁶ – Jf. eksempelvis dom af 19.6.2014, Centro Hospitalar de Setúbal og SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004), og af 28.1.2016, CASTA m.fl. (C-50/14, EU:C:2016:56).

¹⁷ – Sagsøgte har i denne forbindelse henvist til 6., 7. og 114. betragtning til direktiv 2014/24 og endvidere til direktivets artikel 77.

29. Sagsøgte er for det tredje af den opfattelse, at anmodningen om en præjudiciel afgørelse er ugrundet, eftersom lov nr. 5/1997 er blevet ophævet af lov nr. 3/2019.

30. Den forelæggende rets tvivl udspringer navnlig af to domme fra Domstolen, nærmere bestemt dommen i sagen *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce og Piepenbrock-dommen*¹⁸. I disse to domme definerede Domstolen begrebet »gensidigt bebyrdende aftale« således, at det ligeledes omfatter aftaler, hvor det aftalte vederlag er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse. Den forelæggende ret ønsker følgelig oplyst, hvorvidt anvendelsen af de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser som omhandlet i lov nr. 5/1997, som ændret ved lov nr. 13/2016¹⁹, er i overensstemmelse med artikel 49 TEUF og 56 TEUF, artikel 76 og 77, sammenholdt med artikel 74, i direktiv 2014/24, og bilag XIV til dette direktiv samt tjenesteydelsesdirektivets artikel 15, stk. 2.

31. Den forelæggende ret har under disse betingelser besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse:

- »1) Skal artikel 49 TEUF og artikel 76 og 77 i (sammenholdt med artikel 74 i og bilag XIV til [direktiv 2014/24] fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, hvorefter ordregivende myndigheder kan benytte sig af aftaler med private nonprofitheder – ikke kun frivillige organisationer – med henblik på levering af alle former for sociale tjenesteydelser til personer mod godtgørelse af udgifter uden at anvende de procedurer, der er fastlagt i udbudsdirektivet, og uanset den anslåede værdi af disse tjenesteydelser, idet det forholder sig sådan, fordi denne godtgørelse ganske enkelt forudgående kvalificeres som værende af ikkekontraktuel karakter?
- 2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, og denne ordning dermed er mulig, skal artikel 49 TEUF og artikel 76 og 77 i (sammenholdt med artikel 74 i og bilag XIV til [direktiv 2014/24] da fortolkes således, at ordregivende myndigheder kan benytte sig af aftaler med private nonprofitheder – ikke kun frivillige organisationer – med henblik på levering af alle former for sociale tjenesteydelser til personer mod godtgørelse af udgifter uden at anvende de procedurer, der er fastlagt i udbudsdirektivet, og uanset den anslåede værdi af disse tjenesteydelser, idet det forholder sig sådan, fordi denne godtgørelse ganske enkelt forudgående kvalificeres som værende af ikkekontraktuel karakter, når denne nationale lovgivning desuden ikke udtrykkeligt omfatter de krav, der er fastsat i førnævnte direktivs artikel 77, men derimod henviser til en senere lovgivningsmæssig udvikling, uden at det udtrykkeligt er fastsat i retningslinjerne for denne lovgivningsmæssige udvikling, at den udtrykkeligt skal omfatte de krav, der er fastsat i nævnte direktivs artikel 77?
- 3) Såfremt det andet spørgsmål også besvares benægtende, og denne ordning dermed er mulig, skal artikel 49 TEUF og 56 TEUF og artikel 76 og 77 i (sammenholdt med artikel 74 i og bilag XIV til [direktiv 2014/24] og artikel 15, stk. 2, i [tjenesteydelsesdirektivet] da fortolkes således, at ordregivende myndigheder med henblik på udvælgelsen af den nonprofitorganisation (ikke kun frivillige organisationer), som de vil indgå aftale med om levering af alle former for sociale tjenesteydelser til personer – ud over de i artikel 2, stk. 2,

¹⁸ – Dom af 19.12.2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl.* (C-159/11, EU:C:2012:817), og af 13.6.2013, *Piepenbrock* (C-386/11, EU:C:2013:385).

¹⁹ – Artikel 4a, stk. 1, litra c), artikel 53, artikel 56, stk. 2, og afsnit VI i lov nr. 5/1997.

litra j), i sidstnævnte direktiv nævnte – blandt udvælgelseskriterierne kan anvende kriteriet om, at den pågældende enhed skal være etableret på det sted, hvor tjenesteydelsen skal leveres?»

32. Der er indgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren, sagsøgte, den spanske, den italienske og den norske regering samt af Europa-Kommissionen. Idet Domstolen besluttede at pådømme sagen uden et retsmøde, har den stillet parterne og de interesserede parter, der nævnes i artikel 23 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, en række spørgsmål, der skal besvares skriftligt, og som sagsøgeren, sagsøgte, den spanske og den nederlandske regering samt Kommissionen har besvaret.

III. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

33. Jeg er for det første af den opfattelse, at de præjudicielle spørgsmål, for så vidt som de vedrører lov nr. 5/1997, kan antages til realitetsbehandling. Den forelæggende ret har tydeligt anført, at der alene kan foretages en vurdering af lovligheden af dekret nr. 181/2017 ved at undersøge foreneligheden af det retsgrundlag, som det er baseret på, dvs. lov nr. 5/1997, med EU-retlige bestemmelser. Den er blevet anmodet om at tage stilling til lovligheden af dekret nr. 181/2017 på det tidspunkt, hvor det blev vedtaget. Den nationale ret har i sin forelæggelsesafgørelse anført, at lov nr. 5/1997, som ændret ved lov nr. 13/2016, fortsat var gældende på det tidspunkt. Sagsøgtens formalitetsindsigelse bør følgelig forkastes.

34. Jeg skal for det andet tage stilling til den italienske regerings kritik af, at anmodningen om en præjudiciel afgørelse ikke præciserer de former for sociale tjenesteydelser, der kan være genstand for de i de nationale retsforhandlinger omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser.

35. Det er ifølge fast retspraksis afgørende, at den nationale ret i det mindste i et vist omfang angiver begrundelsen for valget af de EU-retlige bestemmelser, som den ønsker fortolket, og angiver den forbindelse, som efter dens opfattelse består mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, der finder anvendelse i sagen²⁰.

36. Jeg anerkender, at denne anmodning om en præjudiciel afgørelse ikke opregner de specifikke omhandlede sociale tjenesteydelser, og at det er uheldigt, at disse oplysninger mangler. Det fremgår imidlertid klart af de retsforskrifter, der er beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, og af ordlyden af de præjudicielle spørgsmål, at det i det væsentlige kan omfatte »alle former for sociale tjenesteydelser«. Den forelæggende ret har følgelig efter min opfattelse givet en tilstrækkelig forklaring på den lovgivningsmæssige sammenhæng, der ligger til grund for dens anmodning om en fortolkning af EU-retten.

37. Det er for det tredje min opfattelse, at det, i det omfang de præjudicielle spørgsmål vedrører artikel 49 TEUF og 56 TEUF, skal fastslås, at de kan antages til realitetsbehandling. Det er korrekt, at det ikke fremgår af forelæggelsesafgørelsen, om tvisten i hovedsagen har en grænseoverskridende dimension.

²⁰ – Jf. eksempelvis dom af 10.3.2016, *Safe Interenvíos* (C-235/14, EU:C:2016:154, præmis 115), og kendelse af 12.5.2016, *Security Service m.fl.* (C-692/15 – C-694/15, EU:C:2016:344, præmis 20).

38. Det forekommer mig imidlertid, at den omhandlede forelæggelse vedrører præcis den samme situation som den, der behandles i dommen i sagen *Libert m.fl.*²¹, som Domstolen henviste til i præmis 51 i dommen i sagen *Ullens de Schooten*²². Domstolen fastslog i denne præmis, at det skal fastslås, at en præjudiciel forelæggelse kan antages til realitetsbehandling i en rent intern situation, »når en forelæggende ret indbringer en sag for Domstolen inden for rammerne af et søgsmål om annullation af bestemmelser, der ikke kun finder anvendelse på nationale statsborgere, men ligeledes på statsborgere fra andre medlemsstater«²³. Dette synes at være tilfældet i hovedsagen, henset til, at ASADE har indledt et søgsmål, hvor der er nedlagt påstand om annullation af dekret nr. 181/2017, der ikke alene finder anvendelse på statsborgere i dens eget land, men også statsborgere fra andre medlemsstater.

39. Heraf følger efter min opfattelse, at i det omfang disse spørgsmål vedrører ovennævnte bestemmelser i traktaten, skal de antages til realitetsbehandling.

B. Det første og det andet spørgsmål

40. Med de første to spørgsmål, som skal behandles samlet, da de vedrører samme emne, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt artikel 49 TEUF og artikel 74, 76 og 77 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at en offentlig myndighed uden at opfylde de processuelle krav, der pålægges i henhold til EU-retten, alene kan indgå aftaler med private nonprofitorganisationer, i henhold til hvilke aftaler denne myndighed overlader udførelsen af visse sociale tjenesteydelser til disse enheder mod godtgørelse af de udgifter, som disse organisationer afholder i forbindelse med leveringen af disse tjenesteydelser.

41. Besvarelsen af disse spørgsmål svarer til at bevæge sig gennem en labyrint af forskellige retlige problemer. Jeg vil for nemheds skyld opdele dem i fire forskellige dele. Det er indledningsvis nødvendigt at fastlægge karakteren af de i hovedsagen omhandlede sociale tjenesteydelser med henblik på at fastslå, hvorvidt de skal klassificeres som »økonomisk virksomhed« i henhold til de EU-retlige udbudsregler. Jeg vil derefter foretage en bedømmelse af, hvorvidt betingelserne for anvendelsen af direktiv 2014/24 er opfyldt. Jeg vil dernæst foretage en behandling af den »forenklede ordning«, der er fastsat i direktivets artikel 74-77, og endelig af reglerne om etableringsfriheden, der er beskrevet i artikel 49 TEUF.

42. Jeg vil imidlertid forud for, at jeg foretager en behandling af disse spørgsmål, fremføre to betragtninger. Ved for det første at nævne artikel 49 TEUF i det præjudicielle spørgsmål er den nationale ret af den opfattelse, at den aktuelle sag er omfattet af anvendelsesområdet for etableringsfriheden frem for friheden til at levere tjenesteydelser.

43. Denne antagelse er efter min opfattelse korrekt, eftersom det følger af fast retspraksis, at leveringen af tjenesteydelser skal adskilles fra etableringsfriheden, idet sidstnævnte indebærer en virksomhed, der er stabil og permanent, mens førstnævnte indebærer virksomhed af midlertidig

²¹ – Dom af 8.5.2013 (C-197/11 og C-203/11, EU:C:2013:288).

²² – Dom af 15.11.2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

²³ – Jf. i denne retning dom af 8.5.2013, *Libert m.fl.* (C-197/11 og C-203/11, EU:C:2013:288, præmis 35). Jf. senest dom af 11.2.2021, *Katoen Natie Bulk Terminals and General Services Antwerp*, C-407/19 og C-471/19, EU:C:2021:107, præmis 53).

karakter²⁴. Det forekommer mig, at levering af de i hovedsagen omhandlede sociale tjenesteydelser kræver en sådan stabilitet, og at denne virksomhed således kan være omfattet af anvendelsesområdet for etableringsfriheden.

44. Eftersom den forelæggende ret for det andet henviser til direktiv 2014/24, synes der at bestå en antagelse om, at de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser ikke er koncessionskontrakter, der er reguleret af direktiv 2014/23/EU²⁵. En tjenesteydelseskoncession er en kontrakt af samme type som en offentlig tjenesteydelseskontrakt med undtagelse af den omstændighed, at vederlaget for leveringen af tjenesteydelser består enten alene i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betalingen. En tjenesteydelseskoncession indebærer, at der overføres en driftsrisiko fra den offentlige myndighed til koncessionshaveren ved leveringen af disse tjenesteydelser²⁶. Uanset at den omhandlede nationale lovgivning i hovedsagen ikke er til hinder for, at brugere delvist betaler for de sociale tjenesteydelser, der er genstand for disse aftaler²⁷, fremgår det ikke, at en sådan overdragelse fandt sted i henhold til denne lovgivning²⁸. Det er følgelig min opfattelse, at de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser ikke henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2014/23.

45. Jeg skal følgelig på grundlag af de præjudicielle spørgsmål tage stilling til spørgsmålet på baggrund af direktiv 2014/24 eller bestemmelserne om etableringsfrihed i EUF-traktaten.

1. Karakteren af de omhandlede sociale tjenesteydelser

46. Jeg skal som udgangspunkt fremhæve, at det primære formål med de EU-retlige regler om offentlige kontrakter, og navnlig direktiv 2014/24, er etableringsfrihed og den frie levering af tjenesteydelser²⁹. Idet dette direktiv er udformet med henblik på at gennemføre bestemmelserne i TEUF vedrørende disse friheder³⁰, er de i hovedsagen omhandlede sociale tjenesteydelser nødvendigvis omfattet af det materielle anvendelsesområde for disse grundlæggende friheder.

²⁴ – Jf. navnlig dom af 30.11.1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, præmis 25 ff.). Jf. for så vidt angår sondringen mellem den frie levering af tjenesteydelser og den frie etableringsret ligeledes generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:568, punkt 15-18).

²⁵ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1).

²⁶ – Direktiv 2014/23 definerer nærmere bestemt »koncession på tjenesteydelser« i artikel 5, stk. 1, litra b), som en gensidigt bebyrdende kontrakt, hvorved en kontraherende myndighed eller enhed overdrager ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser til en økonomisk aktør. Ifølge Domstolens praksis ligger forskellen mellem en offentlig tjenesteydelseskontrakt og en tjenesteydelseskoncession navnlig i den risiko, der løbes i forbindelse med driften af de omhandlede tjenesteydelser (jf. i denne retning dom af 10.3.2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, præmis 24, 26, 37 og den deri nævnte retspraksis).

²⁷ – Jf. artikel 65, stk. 3 og 4, i lov nr. 5/1997, der bestemmer, at »i tillæg til de afgifter, der er fastsat, kan der ikke opkræves betaling af brugerne i forbindelse med leveringen af yderligere tjenesteydelser«, og at »opkrævning fra brugere af nogen form for betaling for leveringen af yderligere tjenesteydelser og størrelsen heraf skal være hjemlet i forvejen«.

²⁸ – Jf. artikel 66, stk. 2, og artikel 65, stk. 3, i lov nr. 5/1997. ASADE har i denne forbindelse i svarene på de skriftlige spørgsmål fra Domstolen gjort gældende, at den omhandlede lovgivning bestemmer, at *offentlige myndigheder skal dække samtlige omkostninger forbundet med de omhandlede tjenesteydelser*. Sagsøgte har gjort gældende, at artikel 11, stk. 1, i dekret nr. 181/2017 bestemmer, at modtagere af de tjenesteydelser, der er omfattet af de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, skal modtage disse tjenesteydelser uden betaling.

²⁹ – Retsgrundlaget for vedtagelsen af direktiv 2014/24 er navnlig artikel 53, stk. 1, TEUF og artikel 62 TEUF, der findes i afsnit IV om »Den fri bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital« i kapitel 2 om »Etableringsretten« (artikel 53) og kapitel 3 om »Tjenesteydelser« (artikel 62).

³⁰ – Jf. generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse Sintesi (C-247/02, EU:C:2004:399, punkt 27).

47. Heraf følger, at såfremt de sociale tjenesteydelser, der er genstand for de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, skal anses for ikkeøkonomisk virksomhed som omhandlet i disse bestemmelser i traktaten, vil disse aftaler ligeledes være udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 2014/24, eftersom sidstnævnte ikke kan udvide anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder, som det har til formål at gennemføre³¹.

48. Det fremgår endvidere tydeligt af ordlyden af artikel 1, stk. 4, i og sjette betragtning til direktiv 2014/24, at medlemsstater frit kan definere deres »tjenesteydelser af almen økonomisk interesse«, og at »ikkeøkonomiske tjenesteydelser af almen interesse« ikke falder ind under dette direktivs anvendelsesområde. Det skal samtidig bemærkes, at direktiv 2014/24 ikke specifikt definerer udtrykkene »ikkeøkonomiske tjenesteydelser« og »tjenesteydelser af almen økonomisk interesse«.

49. Det er følgelig min opfattelse, at begreberne »økonomisk virksomhed« og »ikkeøkonomiske tjenesteydelser af almen interesse«, der er fastsat deri, med henblik på anvendelsen af direktiv 2014/24 skal fortolkes i lyset af Domstolens praksis vedrørende etableringsfriheden og den frie bevægelighed for tjenesteydelser, der er nedfældet i EUF-traktaten³².

50. Selv om de to første præjudicielle spørgsmål kun nævner artikel 49 TEUF og ikke artikel 56 TEUF, defineres begreberne »tjenesteydelser« og »økonomisk virksomhed« i store træk ved sidstnævnte bestemmelser i traktaten. Der findes ikke noget enkelt kriterium for at foretage sondringen mellem de to friheder, selv om sondringen synes at ligge i den midlertidige karakter af denne virksomhed³³. Som følge af den gråzone, der består mellem disse to friheder, og idet de samlet udgør grundlaget for direktiv 2014/24, henvises der i bedømmelsen af det første og det andet spørgsmål i det foreliggende forslag til afgørelse ikke alene til etableringsfriheden, men ligeledes friheden til at levere tjenesteydelser.

51. Begreberne »økonomisk virksomhed« og »ikkeøkonomiske tjenesteydelser af almen interesse« fastlægger hver, hvorvidt en bestemt virksomhed er omfattet af anvendelsesområdet for lovgivningen i EU eller ej³⁴. Det skal ligeledes fremhæves, at en sådan fastlæggelse ikke er en eksakt videnskab. Der er imidlertid et fælles udgangspunkt for definitionen af disse begreber. Idet begrebet »økonomisk virksomhed« således fastlægger anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder, der garanteres ved traktaten, kan det ikke fortolkes indskrænkende³⁵.

52. Idet de EU-retlige regler om offentlige kontrakter i første omgang blev udviklet i forbindelse med de grundlæggende friheder, og idet jeg anerkender, at der består et vist overlap mellem disse friheder og andre retsområder – navnlig de konkurrenceretlige regler eller reglerne om statsstøtte³⁶ – adskiller begreberne »tjenesteydelser af almen økonomisk interesse« og

³¹ – Jf. analogt dom af 29.4.2010, Kommissionen mod Tyskland, C-160/08 (EU:C:2010:230, præmis 73 og 74).

³² – Jf. bl.a. dom af 21.7.2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487), af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440), og af 28.1.2016, CASTA m.fl. (C-50/14, EU:C:2016:56).

³³ – Jf. navnlig dom af 30.11.1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, præmis 25 ff.). Jf. ligeledes for så vidt angår sondring mellem friheden til at levere tjenesteydelser og etableringsfriheden generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:568, punkt 15-18).

³⁴ – Ifølge fast retspraksis på området for social sikkerhed begrænser EU-retten principielt ikke medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres sociale sikringsordninger (jf. senest dom af 11.6.2020, Kommissionen og Den Slovakiske Republik mod Dóvera zdravotná poisťovňa, C-262/18 P og C-271/18 P, EU:C:2020:450, præmis 30, og den deri nævnte retspraksis).

³⁵ – Dom af 13.4.2000, Lehtonen og Castors Braine (C-176/96, EU:C:2000:201, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

³⁶ – A. Sanchez-Graells, »State Aid and EU Public Procurement: More Interactions, Fuzzier Boundaries« (8.10.2019). L. Hancher og J.J. Piernas López (red.), *Research Handbook on European State Aid Law*, 2. udg., Edward Elgar, 2020, tilgængelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3466288>

»økonomisk virksomhed«, der anvendes i forbindelse med de grundlæggende friheder, sig ofte fra dem, der er blevet udviklet i konkurrenceretten³⁷. Ifølge fast retspraksis om etableringsfriheden er det følgelig leveringen af tjenesteydelser, der skal anses for en økonomisk virksomhed³⁸.

53. De grundlæggende kendetegn ved vederlag ligger endvidere i den omstændighed, at det udgør betaling for den omhandlede tjenesteydelse³⁹, hvorefter kan udledes, at »aktiviteten ikke må udøves vederlagsfrit«⁴⁰. Jeg skal følgelig fremhæve, at den afgørende faktor, der bringer en virksomhed inden for anvendelsesområdet for EUF-traktatens regler om de grundlæggende friheder, er dens *økonomiske karakter*, uanset om det er brugeren eller medlemsstaten, der betaler for tjenesteydelsen⁴¹. Domstolen har eksempelvis fastslået, at den omstændighed, at staten er involveret i finansieringen af lægebehandling, ikke betyder, at lægelig virksomhed ikke kan klassificeres som en tjenesteydelse⁴².

54. Under hensyntagen til den brede definition af begrebet »økonomisk virksomhed« under de grundlæggende friheder tøvede Domstolen eksempelvis ikke med at klassificere kontrakter vedrørende sygetransport som omhandlet i direktiv 2004/18/EF⁴³ som tjenesteydelser selv i situationer, hvor den ordregivende myndighed indgik disse aftaler med frivillige organisationer, og disse aftaler var baseret på solidaritetsprincippet⁴⁴. Endvidere er den omstændighed, at virksomheden udføres af en privat enhed såsom en almennyttig sammenslutning, der arbejder uden gevinst for øje, ikke til hinder for, at den klassificeres som økonomisk virksomhed⁴⁵.

55. I den foreliggende sag opregnes der i bilaget til dekret nr. 181/2017 de tjenesteydelser, der kan være genstand for de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser⁴⁶. Som nævnt tidligere i dette forslag til afgørelse kan de omhandlede tjenesteydelser omfatte tjenesteydelser til børn, teenagere, unge, ældre, handicappede personer, migranter, udsatte kvinder og personer, der henhører under kategorien »ligebehandling og diversitet« (LGBTI og Roma)⁴⁷.

56. For så vidt angår indholdet af de omhandlede tjenesteydelser skal det erindres, at de aktiviteter, der er fastsat i de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, omfatter en bred vifte af forskellige aktiviteter⁴⁸, der f.eks. omfatter socialt boligbyggeri, dagcentre, hjemmepleje og modtagepersoner, støtte til personer i problemer, levering af økonomisk støtte

³⁷ – Jf. for så vidt angår denne sondring navnlig generaladvokat Poiars Maduros forslag til afgørelse FENIN mod Kommissionen (C-205/03 P, EU:C:2005:666, punkt 51). Jf. ligeledes K. Wauters, S. Bleux, »A new generation of Public Procurement Directives: background, objectives and results«, i Y. Marique, K. Wauters (red), *EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?*, Larcier: Bruxelles 2016, s. 9).

³⁸ – Dom af 1.2.2017, Kommissionen mod Ungarn (C-392/15, EU:C:2017:73, præmis 100). Jeg skal tilføje, at Domstolen for så vidt angår arbejdstagere har tilføjet, at en tjenesteydelse mod vederlag skal anses for økonomisk virksomhed, »forudsat at den udøvede virksomhed er reel og faktisk og ikke af en sådan art, at den fremstår som et rent marginalt supplement« (dom af 20.11.2001, Jany m.fl., C-268/99, EU:C:2001:616, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis). Sidstnævnte kriterier, der vedrører ansættelsesforholdet, synes imidlertid ikke at være relevant i den foreliggende sag.

³⁹ – Jf. bl.a. dom af 18.12.2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, præmis 28 og 29 og den deri nævnte retspraksis).

⁴⁰ – Jf. i denne retning dom af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 154).

⁴¹ – Ibidem, præmis 157 og den deri nævnte retspraksis.

⁴² – Dom af 12.7.2001, Smits og Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, præmis 58).

⁴³ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

⁴⁴ – Jf. i denne retning dom af 29.11.2007, Kommissionen mod Italien (C-119/06, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:729, præmis 36-41), af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 32-43), og af 28.1.2016, CASTA m.fl. (C-50/14, EU:C:2016:56, præmis 26 og 33-41).

⁴⁵ – Jf. i denne retning dom af 19.6.2014, Centro Hospitalar de Setúbal og SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004, præmis 40).

⁴⁶ – Jf. fodnote 5 i dette forslag til afgørelse.

⁴⁷ – Jf. dette forslag til afgørelses punkt 2.

⁴⁸ – Se henvisningen i dette forslag til afgørelses punkt 2 for den fuldstændige liste.

og endda programmer, der består i fuldbyrdelsen af retslige foranstaltninger. Tjenesteydelserne omfatter blot for at nævne nogle få eksempler levering af faciliteter til modtagelse af mindreårige, der er i de regionale myndigheders pleje eller værgemål, centre til fuldbyrdelse af retslige foranstaltninger for så vidt angår mindreårige, støtte til frigørelse og personlig autonomi for unge, der var under værgemål og er blevet myndige, programmer for retslige foranstaltninger for så vidt angår mindreårige, mødesteder til familiemøder, interventioner i værtsfamilier for mindreårige, foranstaltninger med henblik på adoption og adoptivfamilier, dagcentre for sårbare mindreårige, bolig- og bistandshjælp til unge, beskæftigelsescentre for unge, hjemmepleje og dagcentre for ældre, socialt boligbyggeri for ældre og centre for kvinder, der er udsat for en risiko for social eksklusion, og modtagecentre for kvindelige voldsofre.

57. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at efterprøve, hvorvidt de omhandlede tjenesteydelser ydes mod vederlag og følgelig udgør en »økonomisk virksomhed« som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt ovenfor.

58. Det forekommer mig i denne forbindelse, at modtagerne af tjenesteydelserne, der er genstand for de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, normalt ikke betaler for leveringen af disse tjenesteydelser, undtagen i usædvanlige tilfælde, hvor de skal betale et beløb, der tidligere er blevet godkendt af den ordregivende myndighed⁴⁹. Idet den økonomiske karakter af en virksomhed ikke afhænger af, hvorvidt brugerne eller den ordregivende myndighed betaler for tjenesteydelsen⁵⁰, og idet der foretages sådanne betalinger i henhold til den omhandlede nationale lovgivning⁵¹, kan disse tjenesteydelser dog anses for en »økonomisk virksomhed« som omhandlet i artikel 49 TEUF. Heraf følger ligeledes, at den retlige karakter og solidaritetsmekanismen, der er gennemført af de enheder, der leverer de omhandlede tjenesteydelser, er uvæsentlige⁵².

59. Jeg vil følgelig lægge til grund, at i det mindste visse af de tjenesteydelser, der er genstand for de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, skal anses for »økonomisk virksomhed«, såfremt disse tjenesteydelser faktisk leveres mod *vederlag*, selv såfremt dette vederlag ikke betales direkte af modtagerne af tjenesteydelserne, men af de offentlige myndigheder.

60. Man skal for fuldstændighedens skyld undersøge, hvorvidt de omhandlede tjenesteydelser hører under anvendelsesområdet for begrebet »udøvelse af offentlig myndighed« som omhandlet i artikel 51 TEUF, idet dette udgør en fravigelse af artikel 49 TEUF. Selv om den nationale ret i de præjudicielle spørgsmål ikke udtrykkeligt har anmodet om, at der tages stilling til den undtagelse, der er fastsat i artikel 51, stk. 1, TEUF, kan det ikke udelukkes, at visse af disse aktiviteter kan være omfattet af begrebet »udøvelse af offentlig myndighed« som omhandlet i denne bestemmelse. Det fremgår eksempelvis, at bilaget til dekret nr. 181/2017 indeholder visse aktiviteter såsom socialvirksomhedsenheders fuldbyrdelse af retsafgørelser i henhold til de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser.

⁴⁹ – Jf. artikel 65, stk. 3 og 4, i lov nr. 5/1997 og artikel 11, stk. 1, litra c), i dekret nr. 181/2017.

⁵⁰ – Jf. punkt 53 ovenfor.

⁵¹ – Jf. artikel 22 i dekret nr. 181/2017.

⁵² – Ibidem.

61. Begrebet »udøvelse af offentlig myndighed« skal fortolkes restriktivt, eftersom det udgør en undtagelse til etableringsfriheden⁵³. Denne undtagelse er begrænset til virksomhed, der i sig selv udgør direkte og særlig deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed⁵⁴. Det omfatter endvidere ikke virksomhed, der er af underordnet art eller er forberedelse til udøvelse af offentlig myndighed⁵⁵, eller hvis udøvelse indebærer selv regelmæssig og organisk kontakt med administrative myndigheder eller retsinstanter, eller endda ligefrem deltagelse i deres funktion, uden at berøre deres skøns- og beslutningskompetence⁵⁶. Den omfatter ej heller visse aktiviteter, der ikke involverer udøvelse af beslutningskompetence⁵⁷, håndhævelseskompetence⁵⁸ eller tvangsbeføjelser⁵⁹.

62. Det tilkommer under alle omstændigheder den forelæggende ret og ikke Domstolen at tage stilling til den specifikke karakter af den virksomhed, der er overladt til disse enheder som følge af de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, og at tage stilling til, hvorvidt en del af denne virksomhed kan indebære en direkte og særlig deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed. Såfremt dette er tilfældet, er denne virksomhed ikke af økonomisk art.

63. Så snart det under hensyntagen til den omhandlede virksomheds karakter er fastslået, at en specifik virksomhed udgør »økonomisk virksomhed« som omhandlet i artikel 49 TEUF og direktiv 2014/24, er det næste skridt at tage stilling til, hvorvidt lex specialis for udbudsreglerne – direktiv 2014/24 – finder anvendelse for så vidt angår den omhandlede nationale lovgivning.

2. Betingelserne for anvendelsen af direktiv 2014/24

64. Anvendelsen af direktiv 2014/24 er underlagt en række betingelser. Den procedure, der er fastlagt i national lovgivning, skal for det første være omfattet af begrebet »[u]dbud« med henblik på artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24. De omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser skal for det andet være omfattet af anvendelsesområdet for begrebet »offentlige kontrakter«, således som det defineres i direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 5). Disse aftaler skal for det tredje svare til eller overstige den tærskelværdi, der er fastsat i direktivets artikel 4, litra d). Jeg vil tage særskilt stilling til hver af disse betingelser.

a) Begrebet »udbud«

65. Ifølge artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24 finder dette direktiv anvendelse for »[u]dbud«, der defineres som en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af bl.a. tjenesteydelser fra økonomiske aktører, der er valgt af disse ordregivende myndigheder, uanset om tjenesteydelserne er beregnet til et offentligt formål.

⁵³ – Jf. i denne retning dom af 1.12.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-157/09, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:794, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁴ – Jf. navnlig dom af 1.12.2011, Kommissionen mod Nederlandene C-157/09, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:794, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁵ – Jf. i denne retning dom af 13.7.1993, Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304, præmis 22), af 30.3.2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, EU:C:2006:208, præmis 47), og af 22.10.2009, Kommissionen mod Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, præmis 36).

⁵⁶ – Jf. i denne retning dom af 21.6.1974, Reyners (C-2/74, EU:C:1974:68, præmis 51 og 53).

⁵⁷ – Jf. i denne retning dom af 13.7.1993, Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304, præmis 21 og 22), af 29.11.2007, Kommissionen mod Østrig (C-393/05, EU:C:2007:722, præmis 36 og 42), af 29.11.2007, Kommissionen mod Tyskland (C-404/05, EU:C:2007:723, præmis 38 og 44), og af 22.10.2009, Kommissionen mod Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, præmis 36 og 41).

⁵⁸ – Jf. i denne retning bl.a. dom af 29.10.1998, Kommissionen mod Spanien (C-114/97, EU:C:1998:519, præmis 37).

⁵⁹ – Jf. i denne retning dom af 30.9.2003, Anker m.fl. (C-47/02, EU:C:2003:516, præmis 61), og af 22.10.2009, Kommissionen mod Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, præmis 44).

66. Det følger af denne definition, at dette bl.a. indebærer et *valg* af en eller flere økonomiske aktører, der foretages af en eller flere ordregivende myndigheder. Den omstændighed alene, at finansiering af sociale tjenesteydelser eller indrømmelse af licenser eller tilladelser til samtlige erhvervsdrivende omvendt, der opfylder de foruddefinerede betingelser fra den ordregivende myndighed, uden at der fastsættes grænser eller kvoter, udgør ikke et udbud som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 2⁶⁰.

67. Der blev første gang taget stilling til spørgsmålet om valget i Falk Pharma-dommen⁶¹. I denne sag, der omhandlede direktiv 2004/18, fastslog Domstolen, at såfremt der ikke udvælges en økonomisk aktør, som tildeles eneretten til en kontrakt, betyder dette, at det ikke er nødvendigt at lade denne ordregivende myndigheds handlinger være omfattet af de præcise regler, der er fastsat i dette direktiv⁶². Domstolen fremhævede følgelig, at *valget* af et bud og således af den virksomhed, som tildeles kontrakten, uløseligt er forbundet med reguleringen af offentlige kontrakter ved dette direktiv⁶³.

68. Efter denne dom fastslog Domstolen i Tirkkonen-dommen⁶⁴, at såfremt den ordregivende myndighed ikke nævner nogle tildelingskriterier med henblik på at sammenligne og inddele de bud, der kunne vælges, kan der ikke være tale om en offentlig kontrakt som omhandlet i dette direktiv⁶⁵. Det blev fastslået, at »en rådgivningsordning for landbruget [...], hvorved en offentlig enhed indgår kontrakter med enhver økonomisk aktør, som opfylder de på forhånd fastsatte egnethedskrav, der fremgår af et udbudsmateriale, og som har bestået den prøve, der er nævnt i dette udbudsmateriale, selv om ingen ny økonomisk aktør har mulighed for at tiltræde denne ordning under hele dennes begrænsede varighed, ikke udgør en offentlig kontrakt i dette direktivs forstand«⁶⁶.

69. Når dette er sagt forekommer det mig, at valgkriteriet som defineret i ovennævnte Falk Pharma-dom og Tirkkonen-dom kan føre til en tvivlsom situation, hvor medlemsstaterne kan udelukke anvendelsen af direktiv 2014/24 for så vidt angår visse procedurer ved at fjerne »valget«, således som det defineres i disse domme. Som visse kritikere har fremhævet – og jeg er tilbøjelig til at være enig med dem – kan den restriktive tilgang, der indtages af Domstolen i disse domme bl.a. afholde medlemsstater fra at anvende direktiv 2014/24 og skade den effektive virkning af de EU-retlige udbudsregler⁶⁷. En ordregivende myndighed kan eksempelvis indsætte en skræddersyet bestemmelse i udbuddet, der kun kan opfyldes af specifikke erhvervsdrivende og bestemme, at samtlige erhvervsdrivende, der opfylder denne bestemmelse, skal vælges med henblik på at underminere disse reglers effektivitet.

70. Jeg skal ligeledes tilføje, at disse domme slører grænsen mellem på den ene side valgkriteriet som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24 og på den anden side udvælgelses- og tildelingskriteriet, der er fastsat i dette direktiv⁶⁸. Det er umiddelbart min opfattelse, at et enkelt

⁶⁰ – Jf. 114. betragtning til direktiv 2014/24.

⁶¹ – Dom af 2.6.2016 (C-410/14, EU:C:2016:399).

⁶² – Ibidem, præmis 37.

⁶³ – Ibidem, præmis 38.

⁶⁴ – Dom af 1.3.2018, Tirkkonen (C-9/17, EU:C:2018:142).

⁶⁵ – Ibidem, præmis 35.

⁶⁶ – Ibidem, præmis 41.

⁶⁷ – Jf. M. Turudić, »Article 76 Principles Of Awarding Contracts« i *European Public Contracts: Commentary on Directive 2014/24/EU*, redigeret af R. Caranta og A. Sanchez-Graells, 2021, Edward Elgar Publishing Limited, s. 863. Jf. ligeledes A. Sanchez-Graells, <https://www.howtocrackanut.com/blog/2018/3/5/the-end-of-procurement-as-we-knew-it-cjeu-consolidates-falk-pharma-approach-to-definition-of-procurement-c-917>

⁶⁸ – Jf. navnlig artikel 58 og 67 i direktiv 2014/24.

element er både et kriterium for anvendelse af direktiv 2014/24 og en betingelse, der skal opfyldes af tilbudsgivere i henhold til dette direktiv⁶⁹. Jeg vil følgelig råde Domstolen til ikke at følge denne retspraksis. Domstolen bør i stedet give udtrykket »udbud« en bredere definition, således at det omfatter procedurer, der involverer tildelingen af kontrakter til visse tjenesteydere, idet andre udelukkes i en vis periode.

71. Såfremt Domstolen imidlertid beslutter at følge denne retspraksis, er det i den foreliggende sag uklart, hvorvidt den omhandlede lovgivning på tilsvarende måde som i ovennævnte domme, fastlægger et system, hvorved de ordregivende myndigheder giver »tilladelse«, og modtagerne af de relevante tjenesteydelser vælger mellem de enheder, der leverer disse tjenesteydelser, eller hvorvidt valget i sidste ende ligger hos de ordregivende myndigheder⁷⁰.

72. Dekret nr. 181/2017 synes at fastsætte regler for indkaldelse af tilbud, der skal fastlægge et minimum og udvælgelseskriterier for enheder for indgåelsen af de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser⁷¹; disse bud skal behandles af bedømmelsesudvalget⁷². Afgørelsen om de valgte sociale enheder⁷³, der dernæst kan indgå bindende aftaler om leveringen af sociale tjenesteydelser, offentliggøres i *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*⁷⁴. Jeg mener imidlertid ikke, at det er klart, hvorvidt der er tale om et begrænset antal valgte enheder, der tildeles en »autorisation« som omhandlet i Falk Pharma-dommen, eller hvorvidt der er et begrænset antal enheder, der faktisk vælges af de ordregivende myndigheder. De udvælgelseskriterier, der er fastsat i artikel 64, stk. 2 og 3, i lov nr. 5/1997, synes endvidere at være omfattet af begrebet valg og udgør følgelig »udbud« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24. Det tilkommer under alle omstændigheder den nationale ret at fastlægge, hvorvidt det egentlige valg er blevet flyttet til brugerne af de omhandlede tjenesteydelser, eller hvorvidt det foretages af de ordregivende myndigheder selv. Af de grunde jeg har anført i dette forslag til afgørelse⁷⁵, er jeg af den opfattelse, at spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 2014/24 finder anvendelse, ikke bør gøres betinget af den måde, som medlemstater vælger de enheder, der antages, men i stedet af kontraktgenstanden.

73. Jeg må ikke desto mindre endnu en gang fremhæve, at det tilkommer den forelæggende ret at fastlægge, hvorvidt de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser som sådan er genstand for et valg som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24.

b) Kendetegnene ved en offentlig kontrakt

74. Den afgørende betingelse for spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 2014/24 finder anvendelse, er, at der foreligger en offentlig kontrakt. I henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 5), er »offentlige kontrakter« gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser.

⁶⁹ – Jf. analogt generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse Hernández Vidal m.fl. (C-127/96, C-229/96 og C-74/97, EU:C:1998:426, punkt 80), hvor han karakteriserer den situation, hvor følgen af at anvende direktivet ville være en forudsætning for at anvende det, som en absurd konklusion eller en ond cirkel.

⁷⁰ – I dom af 2.6.2016, Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399), blev valget overladt til patienten, og i dom af 1.3.2018, Tirkkonen (C-9/17, EU:C:2018:142), til modtageren af den omhandlede støtte.

⁷¹ – Artikel 9, stk. 1 og 2, i dekret nr. 181/2017.

⁷² – Artikel 17 i dekret nr. 181/2017.

⁷³ – Artikel 19 i dekret nr. 181/2017.

⁷⁴ – Artikel 19, stk. 1, i dekret nr. 181/2017.

⁷⁵ – Jf. punkt 69 og 70 ovenfor.

75. Bortset fra det åbenlyse krav om, at en sådan kontrakt skal være skriftlig, hvilket tydeligvis ikke er genstand for tvivl i den foreliggende sag⁷⁶, er det primære kendetegn ved en offentlig kontrakt som følger: at der foreligger en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås mellem en økonomisk aktør og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører levering af tjenesteydelser.

1) *En gensidigt bebyrdende kontrakt*

76. Det skal som udgangspunkt erindres, at definitionen af en offentlig kontrakt henhører under EU-retten, og at hverken spørgsmålet om, hvordan den omhandlede kontrakt klassificeres i national lovgivning, eller den nationale lovgivers eller parternes intentioner er afgørende med henblik på at fastlægge anvendelsesområdet for direktiv 2014/24. Klassificeringen af de omhandlede aftaler er reguleret af de regler, der er fastsat i dette direktiv⁷⁷. Det er følgelig efter min opfattelse irrelevant, at artikel 62, stk. 1, i lov nr. 5/1997 og artikel 3, litra c), i dekret nr. 181/2017 klassificerer den omhandlede aftale som »uden for kontraktforhold«⁷⁸.

77. For så vidt angår betydningen af udtrykket »gensidigt bebyrdende« har Domstolen allerede fastslået, at der ved dette forstås en aftale, hvorved hver af parterne forpligter sig til at præstere en ydelse mod en anden ydelse⁷⁹. Idet modydelsen for leveringen af tjenesteydelsen kan være en anden form for ydelse som f.eks. godtgørelse af udgifterne til levering af den aftalte tjenesteydelse⁸⁰, er offentlige kontrakters gensidigt bebyrdende karakter nødvendigvis ensbetydende med skabelsen af retligt bindende forpligtelser for alle kontraktens parter, hvis opfyldelse skal kunne gøres gældende ved domstolene. Kontraktens gensidigt bebyrdende karakter er således et afgørende kendetegn ved en offentlig kontrakt⁸¹.

78. I den foreliggende sag følger det for det første for så vidt angår den gensidige karakter af den offentlige kontrakt af de definitioner, der fastsat i artikel 3 og artikel 21-26 i dekret nr. 181/2017, at de dokumenter, der vedtages af parterne, kan udgøre formelle aftaler. Det kan endvidere udledes af artikel 65, stk. 2, i lov nr. 5/1997, at aftalerne om levering af sociale tjenesteydelser skaber forpligtelser for de enheder, der leverer de omhandlede tjenesteydelser, der specifikt defineres i afsnit IV og V i dette dekret. Lovens artikel 66, stk. 2, og artikel 22, stk. 1, i dekret nr. 181/2017 fastlægger raterne og godtgørelsesmekanismerne for disse enheder. Artikel 26 i dekret nr. 181/2017 fastlægger et system med retsmidler, og dekretets afsnit V indeholder en liste over forpligtelser vedrørende udførelsen af tjenesteydelserne. Baseret på disse elementer er jeg tilbøjelig til at mene, at de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser etablerer et forhold af gensidigt bebyrdende karakter⁸².

⁷⁶ – Artikel 3, litra d), og artikel 21, stk. 1, i dekret nr. 181/2017 fastlægger en definition af »sociale aftaler«, der henviser til »dokumenter«, der formaliserer aftalen mellem forvaltningen og sociale enheder.

⁷⁷ – Jf. i denne retning dom af 18.1.2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

⁷⁸ – Jf. i denne retning dom af 20.10.2005, Kommissionen mod Frankrig, C-264/03, EU:C:2005:620, præmis 36), og dom af 22.4.2021, Kommissionen mod Østrig (Leje af en endnu ikke opført bygning) (C-537/19, EU:C:2021:319, præmis 43).

⁷⁹ – Jf. i denne retning dom af 18.10.2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, præmis 28.

⁸⁰ – Det skal i denne forbindelse erindres, at det ifølge fast praksis fra Domstolen kun er en gensidigt bebyrdende kontrakt, der kan udgøre offentlige kontrakter, henhørende under direktiv 2004/18 (jf. dom af 25.3.2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, præmis 47, og af 21.12.2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, præmis 43). Selv om direktiv 2014/24 ophævede direktiv 2004/18, er denne betingelse enslydende i begge direktiver. Denne retspraksis kan følgelig finde anvendelse på det nye direktiv.

⁸¹ – Dom af 10.9.2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685, præmis 25 og 26 og den deri nævnte retspraksis).

⁸² – Jf. i denne retning dom af 25.3.2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, præmis 60- 62).

79. For så vidt angår begrebet gensidigt bebyrdende aftaler bestemmer artikel 22, stk. 2, i dekret nr. 181/2017 for det andet, at den ordregivende myndighed højst skal betale variable, faste og permanente omkostninger forbundet med de omhandlede tjenesteydelser uden at lade dette omfatte noget kommercielt overskud for denne enhed. Selv om brugerne af de omhandlede tjenesteydelser ikke normalt betaler for leveringen af disse tjenesteydelser, undtagen i usædvanlige tilfælde, hvor de kan være forpligtede til at betale et beløb, der tidligere er godkendt⁸³, godtgøres de omhandlede enheder de omkostninger, der er forbundet med leveringen af tjenesteydelserne. Domstolen har allerede i den forbindelse anført, at en kontrakt ikke kan falde uden for anvendelsesområdet for dette begreb alene som følge af, at vederlaget er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er forbundet med leveringen af tjenesteydelsen. Et vederlag, der alene dækker udgifterne, opfylder med andre ord kriteriet om et »gensidigt bebyrdende« forhold med henblik på udbudsdirektivet⁸⁴. Heraf følger, at den nationale rets rolle alene er at sikre, at der leveres værdi, men ikke at tage stilling til, hvorvidt vederlaget er tilstrækkeligt. Den omstændighed, at der ikke genereres overskud for de enheder, der leverer tjenesteydelserne, er følgelig irrelevant med henblik på at fastslå, at der foreligger et gensidigt bebyrdende forhold.

80. Heraf følger, at der i den foreliggende sag er tale om quid pro quo i de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, eftersom enhederne på den ene side leverer sociale tjenesteydelser til personer i henhold til de betingelser, der er defineret af den offentlige myndighed, og på den anden side modtager et vederlag i form af en godtgørelse af udgifter fra den offentlige myndighed. Det er min konklusion, at kriteriet om, at der foreligger en gensidigt bebyrdende kontrakt, er opfyldt i den foreliggende sag.

2) En kontrakt indgået mellem en økonomisk aktør og en eller flere ordregivende myndigheder

81. Det er vigtigt at fremhæve, at begreberne »økonomisk aktør« og »ordregivende myndigheder« både er meget brede i henhold til direktiv 2014/24 og i retspraksis vedrørende udbudsreglerne. Sidstnævnte begreb er efter min opfattelse ikke genstand for den foreliggende sag, eftersom de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser indgås af myndighederne i den selvstyrende region Valencia⁸⁵.

82. For så vidt angår begrebet »økonomisk aktør« i artikel 2, stk. 1, nr. 10), i direktiv 2014/24 omfatter det enhver enhed, uden hensyntagen til dens karakter, som bl.a. tilbyder levering af tjenesteydelser på markedet. Denne definition afspejler retspraksis, hvor det med henblik på de EU-retlige regler er irrelevant, hvad enheden er, men hvor der i stedet lægges vægt på, hvad den foretager sig⁸⁶.

83. Den omhandlede nationale lovgivning finder i den foreliggende sag anvendelse på »socialvirksomhedsenheder«, der defineres i artikel 3, litra e), i dekret nr. 181/2017, såsom fonde, sammenslutninger, frivillige organisationer og andre nonprofit-enheder, der udfører social

⁸³ – Jf. artikel 11, stk. 1, litra c), i dekret nr. 181/2017.

⁸⁴ – Jf. dom af 12.7.2001, Ordine degli Architetti m.fl. (C-399/98, EU:C:2001:401, præmis 77), og af 18.1.2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31, præmis 45). Det er værd at bemærke, at i hendes forslag til afgørelse Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:303, punkt 32) anfører generaladvokat Trstenjak, at »[m]an kan endvidere hævde, at udbudsdirektivernes formål, som er at åbne markederne for en ægte konkurrence [...], kun tilgodeses ved en vid fortolkning af begrebet »gensidigt bebyrdende«.

⁸⁵ – Jf. artikel 2, stk. 1 og 2, i dekret nr. 181/2017.

⁸⁶ – Jf. dom af 29.11.2007, Kommissionen mod Italien (C-119/06, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:729, præmis 37-41), af 23.12.2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, præmis 30 og 45), og af 19.12.2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817, præmis 26). Jf. ligeledes generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:291, punkt 24 og den deri nævnte retspraksis).

tjenesteydelsesvirksomhed. Denne definition omfatter ligeledes kooperative sammenslutninger, der klassificeres som nonprofitorganisationer i overensstemmelse med den særlige lovgivning om disse⁸⁷. Ifølge fast retspraksis har det ingen betydning, om den ordregivende myndigheds aftalepart er en nonprofitsammenslutning⁸⁸.

84. Jeg konkluderer følgelig, at betingelsen vedrørende en kontrakt mellem en økonomisk aktør og en eller flere ordregivende myndigheder er opfyldt.

3) *En kontrakt om levering af tjenesteydelser*

85. Betingelsen vedrørende »kontrakt om levering af tjenesteydelser« vedrører kontraktens materielle anvendelsesområde og kræver, at dens formål kan identificeres.

86. Artikel 6, stk. 2, i dekret nr. 181/2017 definerer de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til vilkårene for de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, der er opregnet i bilaget til dette dekret. Som nævnt i punkt 57 ovenfor skal den forelæggende ret først efterprøve, hvorvidt disse tjenesteydelser indebærer en »økonomisk virksomhed« og følgelig er omfattet af anvendelsesområdet for de grundlæggende rettigheder og direktiv 2014/24⁸⁹.

87. Sagsøgte og den spanske regering har lagt stor vægt på den omstændighed, at artikel 1, stk. 5, i direktiv 2014/24 udtrykkeligt anfører, at dette direktiv ikke berører medlemsstaternes frihed til at organisere deres socialsikringsordninger, og at det følger af sjette betragtning til dette direktiv, at »ikkeøkonomiske tjenesteydelser af almen interesse [...] ikke bør falde ind under dette direktivs anvendelsesområde«. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at medlemsstaternes frihed til at træffe afgørelse om, hvordan offentlige midler skal fordeles, ikke direkte drages i tvivl i den foreliggende sag. Når en offentlig myndighed beslutter at gennemføre et udbud som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24 og indgå en offentlig kontrakt som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 5), hører sidstnævnte under dette direktivs anvendelsesområde, og udbudsreglerne i dette direktiv finder følgelig anvendelse.

88. Såfremt dette er tilfældet, indeholder direktiv 2014/24 specifikke bestemmelser vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser, der er opregnet i bilag XIV til direktivet. Denne liste omfatter adskillige CPV-koder, der er omfattet af den forenklede ordning, der er fastsat i artikel 74-76 i direktiv 2014/24. Dette bilag præciserer i en fodnote, at obligatoriske socialsikringstjenester i henhold til CPV 75300000-9, »ikke [er] omfattet af det foreliggende direktiv, når de er tilrettelagt som ikkeøkonomiske tjenesteydelser af almen interesse«⁹⁰.

89. Det fremgår ikke klart af de oplysninger, der er blevet fremlagt for Domstolen, hvorvidt de omhandlede tjenesteydelser optræder på denne liste eller er blandt de obligatoriske sociale tjenesteydelser, som medlemsstaterne kan udelukke fra anvendelsesområdet for direktiv 2014/24. De skriftlige spørgsmål, som blev stillet til parterne, løste ikke denne gåde.

⁸⁷ – Der vil blive taget stilling til den omstændighed, at dekret nr. 181/2017 udelukker profitorienterede enheder fra leveringen af de omhandlede sociale tjenesteydelser, i afsnit III.B.3 i dette forslag til afgørelse.

⁸⁸ – Jf. den retspraksis, der nævnes i fodnote 86.

⁸⁹ – Jf. afsnit III.B.1 i dette forslag til afgørelse.

⁹⁰ – ASADE har gjort gældende, at de omhandlede tjenesteydelser ikke er omfattet af de tjenesteydelser, der er udelukket fra direktivet i henhold til sjette betragtning og bilag XIV (CPV kode 75300000-9), og det skriftlige svar på de spørgsmål, som Domstolen har stillet, tyder på, at de omhandlede tjenesteydelser henhører under CPV-koder, der spænder fra 85000000-9 til 85321000-5. Dette indlæg skal den forelæggende ret, som er enekompetent til at fortolke den omhandlede nationale lovgivning, tage stilling til.

90. Det er følgelig min opfattelse, at den forelæggende ret skal foretage den nødvendige undersøgelse af dette forhold og sammenligne den liste, der er bilagt dekret nr. 181/2017, med den liste, der er indeholdt i bilag XIV til direktiv 2014/24⁹¹. Såfremt de tjenesteydelser, der er opregnet i bilaget til dekret nr. 181/2017, er omfattet af de CPV-koder, der er indeholdt i bilag XIV til dette direktiv, med undtagelse af ovennævnte obligatoriske socialsikringstjenesteydelser, er disse opregnede tjenesteydelser omfattet af den »forenklede ordning«, der er fastsat i artikel 74-76 i direktiv 2014/24. I den bedømmelse, der følger, vil jeg antage, at nogle af de omhandlede tjenesteydelser er omfattet af denne ordning. Eftersom proceduren, parterne og sagens genstand er blevet defineret, vil jeg dernæst foretage en behandling af spørgsmålet om, hvorvidt de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser overstiger de tærskelværdier, der er fastsat i direktiv 2014/24.

c) Tærskelkriteriet

91. Tærsklen for tjenesteydelseskontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser, der er opregnet i bilag XIV til direktiv 2014/24, der er genstand for den »forenklede ordning« i direktivets artikel 74-76, er fastsat i direktivets artikel 4, litra d). Det bestemmes, at direktiv 2014/24 finder anvendelse for udbud med en anslået værdi, der svarer til eller overstiger 750 000 EUR⁹².

92. Det er i denne forbindelse vigtigt at fremhæve, at visse kategorier af tjenesteydelser, bl.a. visse sociale tjenesteydelser, i henhold til 114. betragtning til direktiv 2014/24 har en begrænset grænseoverskridende dimension og følgelig er omfattet af en særlig ordning med en højere tærskel end den, der finder anvendelse for andre tjenesteydelser⁹³.

93. Reglerne i direktiv 2014/24 finder følgelig ikke anvendelse for udbud med en værdi, der ligger under den tærskel, der er fastsat i direktivets artikel 4, litra d)⁹⁴. Sådanne udbud skal ikke desto mindre være i overensstemmelse med reglerne om fri bevægelighed samt ligebehandlingsprincippet, princippet om gensidig anerkendelse, princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet⁹⁵.

94. I den foreliggende sag synes den omhandlede nationale lovgivning ikke at give nogle oplysninger om den økonomiske værdi af tjenesteydelserne, der er genstand for de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser. Henset til, at tærsklen i artikel 4, litra d), i direktiv 2014/24 er betydelig, kan det ikke udelukkes, at værdien i visse tilfælde overstiger denne tærskel, mens den i andre tilfælde er lavere end denne tærskel. Det tilkommer følgelig den forelæggende ret at efterprøve, hvorvidt denne betingelse i direktiv 2014/24 er opfyldt ved de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser.

95. Såfremt samtlige ovennævnte betingelser i artikel 1, stk. 2, artikel 2, stk. 1, nr. 5), og artikel 4, litra d), i direktiv 2014/24 er opfyldt, vil de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser høre under anvendelsesområdet for dette direktiv. Som svar på spørgsmålene fra

⁹¹ – Jf. analogt dom af 21.3.2019, Falck Rettungsdienste og Falck (C-465/17, EU:C:2019:234, præmis 37).

⁹² – Bestemmelsen præciserer, at det er værdien eksklusive merværdiafgift.

⁹³ – Jeg skal imidlertid fremhæve, at visse kontrakter kan have en grænseoverskridende dimension, selv om deres værdi ligger under ovennævnte tærskel, eksempelvis såfremt udbudsproceduren finder sted i områderne, der ligger tæt på grænserne til andre EU-medlemsstater (jf. i denne retning dom af 15.5.2008, SECAP og Santorso (C-147/06 og C-148/06, EU:C:2008:277, præmis 31), og af 17.11.2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, præmis 51). Denne udvidelse synes ikke at finde anvendelse i den foreliggende sag.

⁹⁴ – Jf. analogt kendelse af 7.7.2016, Sá Machado & Filhos (C-214/15, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:548, præmis 29).

⁹⁵ – Jf. i denne retning første betragtning til direktiv 2014/24.

den forelæggende ret er det navnlig min opfattelse, at selve den omstændighed, at disse aftaler er baseret på solidaritetsprincippet, ikke betyder, at sidstnævnte skal udelukkes fra begrebet offentlige kontrakter som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24. Den omstændighed, at der ydes godtgørelse for de omhandlede tjenesteydelser af de offentlige myndigheder, at de ikke genererer et overskud for de enheder, der leverer dem, eller at de leveres uden vederlag til modtagerene, er uvæsentligt med henblik på at fastlægge, hvorvidt der foreligger en sådan offentlig kontrakt. For så vidt angår de betingelser, der er fastsat i artikel 1, stk. 2, og artikel 4, litra d), vedrørende henholdsvis udbuddet og tærsklen, tilkommer det imidlertid den forelæggende ret at tage stilling til, hvorvidt proceduren og værdien af kontrakterne opfylder de nødvendige betingelser.

96. Når dette er sagt, vil jeg nedenfor tage stilling til kernen i spørgsmålet: Kan profitorienterede enheder være undtaget fra at indgå offentlige kontrakter i henhold til de specifikke bestemmelser i direktiv 2014/24?

3. Reserverede kontrakter og den forenklede ordning i direktiv 2014/24

97. Såfremt man antager, at i det mindste nogle af de i hovedsagen omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2014/24, ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt den »forenklede ordning«, som disse aftaler er underlagt, giver medlemsstaterne mulighed for at udelukke profitorienterede enheder fra at indgå disse aftaler.

98. For det første identificerer de specifikke bestemmelser i direktiv 2014/24 ikke, hvorvidt offentlige kontrakter på området for sociale tjenesteydelser skal forbeholdes nonprofitorienterede enheder. Artikel 20 og artikel 77, stk. 1, i direktiv 2014/24 giver imidlertid udtrykkeligt mulighed for, at medlemsstaterne fastlægger den type af organisationer, der kan deltage i udbud om tildelingen af offentlige kontrakter i relation til visse sociale tjenesteydelser⁹⁶. Offentlige kontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser, der er omfattet af artikel 74, som ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 20 og artikel 77, stk. 1, i direktiv 2014/24, er omfattet af den forenklede ordning i direktivets artikel 74-76, der efter min opfattelse skal behandles i anden række.

a) Reserverede kontrakter

99. Eftersom artikel 20 og artikel 77, stk. 1, i direktiv 2014/24 udgør en fravigelse af de generelle regler i dette direktiv, er det min opfattelse, at anvendelsesområdet for disse bestemmelser skal fortolkes indskrænkende. Dette betyder nærmere bestemt, at disse bestemmelser indeholder en udtømmende liste over situationer, der kan være genstand for reserverede kontrakter.

⁹⁶ – Det følger af fast retspraksis, at de eneste tilladte undtagelser til anvendelsen af direktiv 2014/24 er de undtagelser, der udtrykkeligt er nævnt deri (jf. dom af 18.1.2007, Aurox m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).

1) *Reserverede kontrakter i henhold til artikel 20 i direktiv 2014/24*

100. Artikel 20 i direktiv 2014/24 omhandler to alternative situationer: i) muligheden for, at de ordregivende myndigheder reserverer kontrakter til enten beskyttede værksteder eller økonomiske aktører, hvis målsætning er social og erhvervsmæssig integration af handicappede eller dårligt stillede personer, eller ii) muligheden for at lade disse kontrakter blive gennemført under beskyttede programmer⁹⁷.

101. Selv om det tilkommer den forelæggende ret at tage stilling til, hvorvidt denne bestemmelse finder anvendelse for de omhandlede tjenesteydelser, er det min opfattelse, at anvendelsen af denne bestemmelse i den foreliggende sag ikke kan udelukkes. Afsnit IV i bilaget til dekret nr. 181/2017 omfatter således personer med »funktionsnedsættelse«, og navnlig bilagets punkt 2 omhandler den sociale integration af disse personer. I det omfang de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser vedrører tjenesteydelser, der leveres til modtagere, der er sådanne personer, kan artikel 20 i direktiv 2014/24 finde anvendelse.

102. Denne bestemmelse giver ordregivende myndigheder mulighed for – men tvinger dem ikke til – at reservere kontrakter til beskyttede værksteder og økonomiske aktører, der forfølger sociale initiativer, eller gøre det muligt at lade disse kontrakter blive gennemført under beskyttede programmer. Spørgsmålet om, hvorvidt medlemsstater i henhold til denne bestemmelse kan indføre yderligere begrænsninger, der indsnævrer kredsen af tilladte deltagere og følgelig reserverer udbud, blev for nylig genstand for Domstolens behandling i *Conacee-dommen*⁹⁸.

103. Domstolen har i denne situation fremhævet, at det følger af ordlyden af artikel 20, stk. 1, i direktiv 2014/24 og de formål, der forfølges ved sidstnævnte, at direktivet ikke udtømmende opregner betingelserne for, hvornår en ordregivende myndighed kan begrænse den type af økonomiske aktører, som den kan indgå reserverede kontrakter med. Direktivet overlader derimod medlemsstaterne muligheden for at fastsætte yderligere krav, der definerer disse betingelser, for så vidt som disse yderligere krav bidrager til at sikre de social- og beskæftigelsespolitiske mål, der forfølges ved artikel 20 i direktiv 2014/24. Idet Domstolen fulgte generaladvokat Tanchevs standpunkt, hvorefter kravene i henhold til denne bestemmelse anses for minimumsbetingelser⁹⁹, fastslog den, at det står medlemsstater frit for at indsnævre kredsen af tilladte deltagere, når de benytter sig af reserverede kontrakter som omhandlet i artikel 20 i direktiv 2014/24¹⁰⁰.

104. Det følger af det ovenstående, at medlemsstater kan tilføje kriterier, såsom kriteriet om udelukkelse af profitorienterede enheder, der er fastsat i den nationale lovgivning, for så vidt som denne udelukkelse »bidrager til at sikre de social- og beskæftigelsespolitiske mål, der forfølges med denne bestemmelse«¹⁰¹. Det skal imidlertid bemærkes, at der ikke for Domstolen i den foreliggende sag er fremlagt oplysninger for så vidt angår de grunde, der ligger til grund for en sådan udelukkelse i den nationale lovgivning. Man kan anføre, at nonprofitorienterede enheder har en mere social dimension end profitorienterede enheder og følgelig er bedre egnet til at forfølge disse formål. Det kan modsat gøres gældende, at profitorienterede enheder kan levere

⁹⁷ – For så vidt angår tilblivelseshistorien for lovgivningen om reserverede kontrakter i artikel 20 jf. generaladvokat Tanchevs forslag til afgørelse *Conacee* (C-598/19, EU:C:2021:349, punkt 60).

⁹⁸ – Dom af 6.10.2021, *Conacee* (C-598/19, EU:C:2021:810).

⁹⁹ – Generaladvokat Tanchevs forslag til afgørelse *Conacee* (C-598/19, EU:C:2021:349, punkt 40).

¹⁰⁰ – Dom af 6.10.2021, *Conacee* (C-598/19, EU:C:2021:810, præmis 24-28).

¹⁰¹ – Dom af 6.10.2021, *Conacee* (C-598/19, EU:C:2021:810, præmis 28).

tjenesteydelser af høj kvalitet med lave omkostninger og følgelig kan forfølge disse formål. Når dette er sagt, tilkommer det udelukkende den forelæggende ret at tage stilling til, hvorvidt den omhandlede udelukkelse bidrager til at »sikre [...] social- og beskæftigelsespolitiske mål«.

105. Jeg skal her fremhæve, at der er to begrænsninger i den mulighed, der er fastsat ved artikel 20, stk. 1, i direktiv 2014/24.

106. For det første kræver direktivets artikel 20, stk. 2, at medlemsstaterne, når de benytter sig af den mulighed, der er fastsat i artikel 20, udtrykkeligt henviser til denne bestemmelse i forbindelse med en udbudsprocedure, hvor disse kontrakter i mangel heraf ikke kan reserveres. I den foreliggende sag skal den forelæggende ret tage stilling til, hvorvidt dette krav er blevet opfyldt.

107. Når medlemsstaterne for det andet skal gøre brug af den mulighed, der er fastsat i artikel 20 i direktiv 2014/24, skal de bl.a. respektere etableringsfriheden samt de af denne frihed afledte principper såsom ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet¹⁰². For så vidt angår de i hovedsagen omhandlede sociale tjenesteydelser, hvis brugere er personer med funktionsnedsættelse, tilkommer det den forelæggende ret at fastlægge, hvorvidt de betingelser, der er fastsat i den nationale lovgivning, er nødvendige og passende til at sikre, at disse personer integreres, således som der stilles krav om i artikel 20, stk. 1, i direktiv 2014/24. Det er endvidere værd at bemærke, at Domstolen allerede har fastslået, at når medlemsstaterne begrænser reserverede kontrakter til frivillige organisationer, sker der i det væsentlige ikke en tilsidesættelse af lighedsprincippet¹⁰³.

2) Reserverede kontrakter som omhandlet i artikel 77 i direktiv 2014/24

108. Artikel 77, stk. 1, i direktiv 2014/24 finder anvendelse for visse specifikke sociale tjenesteydelser. Selv om det synes muligt, at visse af de tjenesteydelser, der nævnes i bilaget til dekret nr. 181/2017, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 77, forekommer det mig at være klart, at hverken enhederne eller de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser opfylder de betingelser, der er fastsat i artikel 77, stk. 2 og 3, i direktiv 2014/24.

109. Ordlyden og opbygningen af direktivets artikel 77 giver ikke meget vejledning om, hvordan bestemmelsen skal fortolkes¹⁰⁴. 118. betragtning til direktiv 2014/24 forklarer imidlertid formålet med udbudsprocedurer, der kan forbeholdes specifikke enheder i henhold til direktivets artikel 77. Det følger af denne betragtning, at dette direktiv med henblik på at sikre kontinuiteten af offentlige tjenesteydelser bør give mulighed for, at deltagelse i udbudsprocedurer for visse tjenesteydelser på området for sociale tjenesteydelser forbeholdes organisationer, der bygger på medarbejderejerskab eller aktiv medarbejderdeltagelse i deres ledelse, såsom kooperativer. Medlemsstater kan følgelig indskrænke kredsen af deltagere til sådanne organisationer, der deltager i leveringen af disse tjenesteydelser til slutbrugere. Det følger af disse forklaringer, at

¹⁰² – Dom af 6.10.2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁰³ – For så vidt angår direktiv 2004/18 fastslog Domstolen, at såfremt offentlige kontrakter om sygetransport kunne omfattes af de tjenesteydelseskontrakter, der er omfattet af bilag II B til dette direktiv og følgelig ikke var underlagt alle dets bestemmelser, kunne disse kontrakter reserveres til frivillige organisationer uden derved at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet (dom af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 59)).

¹⁰⁴ – Tilblivelseshistorien bag artikel 77 giver ikke meget vejledning for så vidt angår bestemmelsens fortolkning, eftersom denne bestemmelse ikke oprindeligt var med i forslaget fra Kommissionen (jf. Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige kontrakter (KOM(2011) 0896 endelig – 2011/0438 (COD)), og den blev tilføjet under den senere fase af lovgivningsproceduren (jf. Europa-Parlamentets holdning fastlagt ved førstebehandlingen den 15.1.2014 med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/.../EU om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EP-PE_TC1-COD(2011)0438)).

udbudsprocedurer i henhold til artikel 77 i direktiv 2014/24 alene udgør en mindre gruppe af de udbud, der hører under den forenklede ordning, og de betingelser, der er fastsat i denne bestemmelse, skal følgelig fortolkes indskrænkende¹⁰⁵.

110. Artikel 77, stk. 2, i dette direktiv indeholder indledningsvis fire kumulative betingelser. De første tre omhandler ledelsen af de enheder, der leverer tjenesteydelserne, mens den fjerde omhandler den begrænsning, der er fastsat for successive gentagne kontrakter. I den foreliggende sag er det for så vidt angår den omhandlede nationale lovgivning den tredje og den fjerde af disse betingelser, der udgør en udfordring. På den ene side synes den omhandlede nationale lovgivning ikke at være rettet mod enheder, hvis økonomiske ledelse indebærer principper om medarbejderejerskab eller deltagelse¹⁰⁶. Det er følgelig højst usandsynligt, at de enheder, der er parter i de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, opfylder den betingelse, der er fastsat i artikel 77, stk. 2, litra c), i direktiv 2014/24. Jeg stødte på den anden side ikke i forbindelse med min gennemgang af den omhandlede nationale lovgivning på en bestemmelse om »ingen gentagelse« som den, der er fastsat i artikel 77, stk. 2, litra d), i direktiv 2014/24. Sidste punktum i artikel 23 i dekret nr. 181/2017 synes omvendt at tillade en fornyelse af en kontrakt, selv efter den tiårige forlængelse, der er fastsat i denne bestemmelse. Den omhandlede nationale lovgivning synes derfor ikke at opfylde de kriterier, der er fastsat i artikel 77, stk. 2, i direktiv 2014/24.

111. De omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser opfylder heller ikke de betingelser, der er fastsat i artikel 77, stk. 3, i direktiv 2014/24, hvorefter den maksimale løbetid af kontrakten ikke må overstige tre år. I henhold til artikel 23 i dekret nr. 181/2017 kan disse aftaler indgå med en maksimal løbetid på fire år, som om nødvendigt kan forlænges med op til ti år (med en mulighed for at indgå en anden aftale umiddelbart derefter).

112. Det er lyset af det ovenstående min konklusion, at artikel 77 i direktiv 2014/24 ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.

113. Jeg vil i det følgende lægge til grund, at for så vidt angår de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2014/24, med undtagelse af dem, der er omfattet af direktivets artikel 20, skal resten af disse aftaler opfylde kriteriet for den forenklede ordning i dette direktivs artikel 75 og 76.

b) Reglerne i artikel 75 og 76 i direktiv 2014/24

114. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, hvorvidt offentlige myndigheder udelukkende kan indgå de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser med private nonprofit-enheder, hvorved disse myndigheder overlader visse sociale tjenesteydelser, der er nævnt i artikel 74 i direktiv 2014/24, til disse enheder. Jeg vil med henblik på at besvare dette spørgsmål foretage en behandling af reglerne i direktivets artikel 75 og 76, der bl.a. omhandler henholdsvis forpligtelsen til at offentliggøre udbudsbekendtgørelser og lighedsprincippet.

¹⁰⁵ – Ifølge visse forfattere blev denne bestemmelse indført med henblik på at tage hensyn til Det Forenede Kongeriges specifikke behov. Den finder kun anvendelse for en mindre gruppe af tjenesteydelserne i den forenklede ordning (jf. Turudić, s. 867, der er nævnt i fodnote 67 ovenfor, og den litteratur, der er nævnt af denne forfatter). Denne tilgang bekræftes ved de sidste to sætninger af 118. betragtning til direktiv 2014/24, der forudsætter, at visse tjenesteydelser, der er omfattet af den forenklede ordning, kan være genstand for den ordning, der er fastsat i dette direktivs artikel 77.

¹⁰⁶ – Som forklaret af den norske regering omhandler artikel 77 i direktiv 2014/24 muligheden for at reservere kontrakter til visse nystiftede selskaber af personer, der tidligere har været ansat i den offentlige sektor. Den er ikke begrænset til nonprofitorganisationer, men omfatter også kommercielle enheder.

115. Artikel 75 i direktiv 2014/24, der vedrører offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser, kræver for det første, at ordregivende myndigheder skal meddele Den Europæiske Unions Publikationskontor, at de agter at tildele en kontrakt¹⁰⁷ ved en udbudsbekendtgørelse eller forhåndsmeddelelse. Artikel 74 i direktiv 2014/24 indfører en særlig udbudsordning for offentlige kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser, når de svarer til eller overstiger den tærskel, der nævnes i direktivets artikel 4, litra d). Det fremhæves i direktivets artikel 75, at offentlige myndigheder fortsat skal opfylde reglerne om offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser vedrørende disse offentlige kontrakter. Kravet er i denne forbindelse udtryk for gennemsigtighedsprincippet, der er fastsat i direktivets afdeling 2 og artikel 76, stk. 1.

116. De relevante udbudsbekendtgørelser offentliggøres i den foreliggende sag i overensstemmelse med artikel 13, stk. 2, i dekret nr. 181/2017 af *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* (regionalregeringen i Valentias officielle tidende). For så vidt angår udbudsbekendtgørelserne er denne form for offentliggørelse, der er begrænset til den selvstyrende region Valencia, imidlertid efter min opfattelse ikke tilstrækkelig til at opfylde kravene i artikel 75, stk. 1, i direktiv 2014/24, der specifikt henviser til den procedure, der er fastsat i direktivets artikel 51, når de ordregivende myndigheder vælger at foretage en udbudsbekendtgørelse. Den omhandlede nationale lovgivning overholder tilsyneladende ikke reglerne om gennemsigtighed, der er fastsat i artikel 75, stk. 1, i direktiv 2014/24.

117. For det andet, ifølge direktivets artikel 76, stk. 1, skal medlemsstater selv i henhold til den forenkede ordning iagttage bl.a. lighedsprincippet for økonomiske aktører. Det skal erindres, at direktiv 2014/24 har til formål at sikre etableringsfriheden samt de principper, der er afledt af de grundlæggende friheder, såsom ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om gensidig anerkendelse, proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet¹⁰⁸.

118. Den forelæggende ret skal følgelig tage stilling til, hvorvidt den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, der giver mulighed for en de facto udelukkelse af profitorienterede enheder fra leveringen af visse sociale tjenesteydelser i henhold til de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser i henhold til dekret nr. 181/2017¹⁰⁹, er i overensstemmelse med disse principper.

119. Det skal erindres, at lighedsprincippet ifølge fast retspraksis kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet¹¹⁰. Situationers sammenlignelighed skal vurderes i lyset af indholdet af og formålet med den EU-retsakt, der indfører den pågældende sontring¹¹¹.

120. Den forelæggende ret vil følgelig i den foreliggende sag skulle fastlægge, hvorvidt »socialvirksomhedsenheder« som defineret i artikel 3, litra e), i dekret nr. 181/2017 er sammenlignelige med profitorienterede enheder for så vidt angår det formål, der forfølges ved den forenkede ordning i henhold til artikel 74-76 i direktiv 2014/24¹¹².

¹⁰⁷ – Jf. artikel 48-51 i direktiv 2014/24.

¹⁰⁸ – Første betragtning til direktiv 2014/24. Jf. ligeledes dom af 3.10.2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁰⁹ – Jf. punkt 83 ovenfor.

¹¹⁰ – Jf. bl.a. dom af 14.12.2004, Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis).

¹¹¹ – Jf. bl.a. dom af 1.3.2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl. (C-236/09, EU:C:2011:100, præmis 29).

¹¹² – Jf. analogt dom af 6.10.2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, præmis 38).

121. For så vidt angår disse formål forklarer 114. betragtning til dette direktiv, at den forenkede ordning vedrørende navnlig visse sociale tjenesteydelser skal fastlægges i lyset af disse tjenesteydelsers kulturelle sammenhæng og følsomhed. Medlemsstaterne bør følgelig og under hensyntagen til ordlyden af artikel 1, stk. 5, i direktiv 2014/24 have vide skønsmæssige til at planlægge valget af leverandører på den måde, de finder mest hensigtsmæssig. Denne betragtning tilføjer formålet om at forenkle og lette den administrative byrde for de ordregivende myndigheder og de økonomiske aktører.

122. Denne betragtning skal efter min opfattelse sammenholdes med artikel 76, stk. 2, i direktiv 2014/24, der henviser til kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheder, tilgængelighed og omfang, samt at priserne er overkommelige, og de forskellige brugeres særlige behov. Følgelig synes de omhandlede sociale tjenesteydelsers særlige karakter at begrunde eksistensen af den forenkede ordning. Det forekommer mig således, at det relevante kriterium bør være karakteren af de omhandlede sociale tjenesteydelser, der leveres af de to kategorier af enheder¹¹³.

123. I den foreliggende sag har sagsøgte og den spanske regering ikke forklaret, hvorfor profitorienterede enheder automatisk er udelukket fra anvendelsesområdet for dekret nr. 181/2017. Selv om det kan anføres, at »socialvirksomhedsenheder« som defineret i artikel 3, litra e), i dekret nr. 181/2017 og profitorienterede enheder er af forskellig juridisk karakter og fungerer forskelligt, kan de to kategorier af enheder ligeledes blive anmodet om at udføre tilsvarende sociale tjenesteydelser og levere tjenesteydelser med det samme kvalitetsniveau til samme pris. Heraf følger, at disse to kategorier af enheder med forbehold af den forelæggende rets konklusioner kan befinde sig i en sammenlignelig situation for så vidt angår formålet med ordningen i henhold til artikel 74-76 i direktiv 2014/24.

124. De regler, der er fastsat af medlemsstaterne i forbindelse med gennemførelsen af bestemmelserne i direktiv 2014/24, må endvidere ifølge fast retspraksis for så vidt angår proportionalitetsprincippet, der er et generelt EU-retligt princip, ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, som forfølges med dette direktiv¹¹⁴. Det forekommer mig i denne forbindelse at være klart, at Domstolens praksis ikke kan fortolkes således, at den gør det muligt, at visse enheder udelukkes fra anvendelsen af den forenkede ordning alene som følge af den omstændighed, at de er profitorienterede¹¹⁵.

125. Jeg kan navnlig ikke få øje på, hvordan den automatiske udelukkelse af profitorienterede enheder fra anvendelsesområdet for national lovgivning sikrer, at de omhandlede tjenesteydelser leveres på en passende måde, samtidig med at den administrative byrde forenkles og lettes som nævnt i 114. betragtning til direktiv 2014/24. Denne automatiske udelukkelse synes endvidere ikke at bidrage til disse tjenesteydelsers kvalitet, kontinuitet, tilgængelighed og omfang, samt at priserne er overkommelige, således som det kræves ved artikel 76, stk. 2, i direktiv 2014/24. Det synes mere passende i forbindelse med gennemførelsen af den forenkede ordning at fokusere på muligheden for at levere omkostningseffektive sociale tjenesteydelser med kvalitet i stedet for at fokusere på karakteren af den enhed, der leverer disse tjenesteydelser¹¹⁶.

¹¹³ – Sagsøgte selv har tillagt dette aspekt betydelig vægt, når det har fremhævet, at direktiv 2014/24 har til formål at tage hensyn til de specifikke kendetegn ved tjenesteydelser til personer (jf. punkt 17 i sagsøgtes indlæg).

¹¹⁴ – Jf. i denne retning dom af 6.10.2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, præmis 42-44 og den deri nævnte retspraksis). Jf. analogt dom af 23.11.2017, Di Maura (C-246/16, EU:C:2017:887, præmis 25), og af 26.4.2012, Kommissionen mod Nederlandene (C-508/10, EU:C:2012:243, præmis 75).

¹¹⁵ – Jf. i denne retning dom af 6.10.2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

¹¹⁶ – Jf. punkt 122 ovenfor.

126. Det er følgelig efter min opfattelse utænkeligt, at en sådan udelukkelse enten er begrundet eller forholdsmæssig, og den er følgelig i strid med ligebehandlingsprincippet.

4. Etableringsfriheden

127. Såfremt de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2014/24¹¹⁷, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at tage stilling til, betyder dette imidlertid ikke, at disse aftaler nødvendigvis er udelukket fra EU-rettens anvendelsesområde. Det følger af Domstolens faste praksis, at de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser ikke desto mindre kan være genstand for de grundlæggende friheder og generelle EU-retlige principper, i særdeleshed forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og den ledsagende gennemsigtighedsforpligtelse, forudsat at disse aftaler har en vis grænseoverskridende dimension¹¹⁸. Disse grundlæggende friheder og principper finder endvidere med forbehold af denne bestemmelse alene anvendelse, såfremt der ikke består noget valg mellem de interesserede aktører. Domstolen har således allerede fastslået, at i modsætning til direktiv 2014/24 finder etableringsfriheden og ligebehandlingsprincippet anvendelse for forskellige koncessionssystemer, hvor der ikke består noget valg¹¹⁹.

128. Eftersom Domstolen i den foreliggende sag som nævnt ovenfor ikke har fået fremlagt oplysninger om værdien af de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, antager jeg, at værdien af disse aftaler i visse situationer ligger over den tærskel, der er fastsat i artikel 4 litra d), i direktiv 2014/24, hvorimod den i andre situationer fortsat ligger under denne tærskel¹²⁰, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve¹²¹. Jeg vil i sidstnævnte situation fremhæve, at Domstolen allerede har fastslået, at idet der er tale om »en meget begrænset økonomisk betydning«, kan det med rimelighed fastholdes, at en virksomhed, der er beliggende i en anden medlemsstat end den, hvor kontrakten tildeles, ikke ville være interesseret i at opnå tildeling af den omhandlede kontrakt med den virkning, at anvendelsen af regler, der følger af den primære EU-ret, ikke er begrundet¹²².

129. Forudsat at de sociale tjenesteydelser, der er genstand for de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, følgelig udgør en økonomisk virksomhed og har en grænseoverskridende dimension, bør den forelæggende ret tage stilling til, hvorvidt den manglende tilstrækkelig offentliggørelse af opfordringen til at afgive tilbud og de facto udelukkelsen af profitorienterede enheder udgør en restriktion for etableringsfriheden som omhandlet i artikel 49 TEUF og en tilsidesættelse af det ledsagende princip om ligebehandling og gennemsigtighedsforpligtelsen¹²³.

¹¹⁷ – Såfremt eksempelvis værdien af de offentlige kontrakter ikke opfylder den tærskel, der er fastsat i artikel 4, litra d), i direktiv 2014/24, er det ikke genstand for bestemmelserne i dette direktiv.

¹¹⁸ – Jf. i denne retning dom af 15.5.2008, SECAP og Santorso (C-147/06 og C-148/06, EU:C:2008:277, præmis 20 og 21), af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 45 og 46), af 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 32), og af 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 16).

¹¹⁹ – Jf. dom af 16.2.2012, Costa og Cifone (C-72/10 og C-77/10, EU:C:2012:80, præmis 70-73 og den deri nævnte retspraksis).

¹²⁰ – Jf. punkt 94 ovenfor.

¹²¹ – I modsætning til sager, hvor Domstolen har fastslået, at sagen ikke kan antages til realitetsbehandling, idet den forelæggende ret ikke har fremlagt dokumentation for Domstolen med oplysninger om, at der foreligger en grænseoverskridende dimension (jf. bl.a. dom af 6.10.2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747), omfatter hovedsagen i den foreliggende sag et annullationssøgsmål, hvilket betyder, at præmis 51 i dom af 15.11.2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), finder anvendelse (jf. punkt 38 ovenfor). Følgelig må der antages at foreligge en sådan dimension.

¹²² – Jf. i denne retning dom af 21.7.2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, præmis 20).

¹²³ – Domstolen fastslog i dom af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 50), at de generelle principper om gennemsigtighed og ligebehandling »følger« fra artikel 49 TEUF og 56 TEUF.

130. For så vidt angår etableringsfriheden og ligebehandlingsprincippet har Domstolen for det første allerede fastslået, at et krav om, at personer, der ønsker at udøve en økonomisk virksomhed, skal have en specifik juridisk form, udgør en restriktion for deres etableringsfrihed som omhandlet i artikel 49 TEUF. Et sådant krav forhindrer økonomiske aktører, der befinder sig i etableringsmedlemsstaten, og som har en anden juridisk form, i at foretage en sekundær etablering i værtsmedlemsstaten¹²⁴.

131. Eftersom denne restriktion imidlertid ikke giver anledning til direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, kan det ligeledes forfølge ethvert formål, der anses for lovligt i henhold til EU-retten. Jeg er i denne forbindelse af den opfattelse, at den begrundelse, der er fastsat i punkt 122-125 i dette forslag til afgørelse for så vidt angår begrundelser for og forholdsmæssigheden af den nationale lovgivning, finder anvendelse *mutatis mutandis*. Når der ikke er fremført nogen begrundelse fra de spanske myndigheder vedrørende udelukkelsen af profitorienterede enheder fra de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, synes den nationale lovgivning at være i strid med etableringsfriheden og princippet om ligebehandling. Den automatiske udelukkelse af profitorienterede enheder fra anvendelsesområdet for national lovgivning synes under alle omstændigheder ikke at være egent, eftersom den ikke fokuserer på karakteren og kvaliteten af de leverede tjenesteydelser, men derimod enhedens juridiske form. Når det er sagt, tilkommer det den nationale ret at fastlægge, hvorvidt den nationale lovgivning forfølger et formål, der anerkendes som lovligt i EU-retten, og i givet fald at vurdere, om denne lovgivning overholder proportionalitetsprincippet.

132. Det er for så vidt angår gennemsigtighedsforpligtelsen i artikel 49 TEUF for det andet værd at fremhæve, at i modsætning til de specifikke krav i direktiv 2014/24 kræver denne forpligtelse ikke, at en opfordring til at afgive tilbud offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende*. Denne forpligtelse er derimod begrænset til, at der kræves en grad af offentlighed, der er tilstrækkelig til at sikre for det første, at der åbnes for konkurrence, og for det andet en kontrol af, at udbudsproceduren er upartisk¹²⁵.

133. Idet *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* i den foreliggende sag er regionalregeringen i Valencias officielle tidende og følgelig den sædvanlige offentliggørelsesmetode på området for offentlige kontrakter, forekommer det mig, at den omhandlede nationale lovgivning opfylder fornævnte kriterier vedrørende offentlighed.

134. Såfremt betingelserne for anvendelsen i direktiv 2014/24 er opfyldt, er det følgelig min opfattelse, at direktivets artikel 74-76 skal fortolkes således, at disse bestemmelser ikke er til hinder for national lovgivning, der giver offentlige myndigheder mulighed for uden at overholde de processuelle krav, der er pålagt ved EU-retten, at indgå en offentlig kontrakt, hvorunder denne myndighed kun overlader leveringen af visse sociale tjenesteydelser til nonprofit-enheder mod godtgørelse af de udgifter, som disse enheder har afholdt, forudsat at denne lovgivningsforanstaltning overholder ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at tage stilling til. Artikel 75 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning, der bestemmer, at udbudsbekendtgørelser kun skal offentliggøres i den regionale officielle tidende.

¹²⁴ – Jf. i denne retning dom af 12.7.1984, Klopp (107/83, EU:C:1984:270, præmis 19), af 7.7.1988, Stanton og L'Étoile 1905 (143/87, EU:C:1988:378, præmis 11), af 29.4.2004, Kommissionen mod Portugal (C-171/02, EU:C:2004:270, præmis 42), og af 9.9.2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, præmis 28).

¹²⁵ – Jf. bl.a. dom af 13.11.2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

135. For så vidt angår tjenesteydelser, hvor den anslåede værdi ligger under den tærskel, der er fastsat i artikel 4, litra d), i direktiv 2014/24, og procedurer, der ikke indebærer et valg som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 2, skal etableringsfriheden, der er fastsat i artikel 49 TEUF, fortolkes således, at den ikke er til hinder for en sådan national lovgivning, forudsat at den lovgivningsmæssige foranstaltning forfølger et formål, der anerkendes som lovligt i EU-retten, og overholder ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, hvilket det tilkommer den nationale ret at tage stilling til.

C. Det tredje spørgsmål

136. Såfremt de første to spørgsmål besvares benægtende, ønsker den forelæggende ret med det tredje spørgsmål nærmere bestemt oplyst, hvorvidt artikel 49 TEUF og 56 TEUF, artikel 76 i direktiv 2014/24 og tjenesteydelsesdirektivets artikel 15, stk. 2, skal fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for national lovgivning, der fastsætter et udvælgelseskriterium for indgåelsen af de omhandlede aftaler om levering af visse tjenesteydelser, hvorefter de ordregivende myndigheder kan tillægge den omstændighed, at de potentielle tilbudsgivere for så vidt angår leveringen af de omhandlede sociale tjenesteydelser er etableret på det sted, hvor disse tjenesteydelser skal leveres, betydning.

137. Jeg skal med henblik på at besvare dette spørgsmål foretage en bedømmelse af foreneligheden af de omhandlede udvælgelseskriterier med direktiv 2014/24, tjenesteydelsesdirektivet og dernæst de grundlæggende friheder.

1. Foreneligheden af de omhandlede udvælgelseskriterier med direktiv 2014/24

138. For så vidt angår foreneligheden af de omhandlede udvælgelseskriterier med direktiv 2014/24 er der allerede blevet taget stilling til spørgsmålet om et geografisk kriterium i dommen i sagen Grupo Hospitalario Quirón¹²⁶, der omhandlede udbud på området for lægetjenester¹²⁷. Domstolen blev nærmere bestemt anmodet om at tage stilling til foreneligheden med direktiv 2004/18 af et krav i udbuddet, hvorefter en tilbudsgiver skulle befinde sig i den kommune, hvor den omhandlede lægetjeneste skulle leveres. Domstolen fastslog, et sådant krav udgjorde »et geografisk krav til udførelsen«¹²⁸. Dette krav sikrede ikke lige adgang uden forskelsbehandling til de omhandlede kontrakter for alle tilbudsgivere, for så vidt som kravet kun gav adgang til kontrakterne for de tilbudsgivere, der kunne levere de omhandlede tjenesteydelser på en institution, der var beliggende i den kommune, som var udpeget af de pågældende ordregivende myndigheder¹²⁹.

139. Det fremgår tydeligt af artikel 15, stk. 1, litra a), i dekret nr. 181/2017, at de ordregivende myndigheder med henblik på at vælge socialvirksomhederne med ansvar for at levere de omhandlede sociale tjenesteydelser i den foreliggende sag bl.a. kan tillægge den omstændighed, at disse enheder befinder sig i det område, hvor en given tjenesteydelse skal leveres, betydning¹³⁰. Det er følgelig min opfattelse, at det omhandlede geografiske kriterium i den foreliggende sag svarer til det, der var genstand for dommen i sagen Grupo Hospitalario Quirón. Dette kriterium

¹²⁶ – Dom af 22.10.2015 (C-552/13, EU:C:2015:713).

¹²⁷ – Sagen omhandlede offentlige kontrakter på sundhedsområdet, der var omfattet af anvendelsesområdet for bilag II B til direktiv 2004/18.

¹²⁸ – Dom af 22.10.2015, Grupo Hospitalario Quirón (C-552/13, EU:C:2015:713, præmis 28).

¹²⁹ – Ibidem, præmis 29-33.

¹³⁰ – Der er fastsat et tilsvarende kriterium i artikel 64, stk. 3, litra a), i lov nr. 5/1997.

udgør et »geografisk krav til udførelsen«¹³¹, eftersom det har til følge, at de tilbudsgivere, der ikke kan levere de omhandlede tjenesteydelser ved institutioner, der er beliggende i en given kommune, bringes i en ufordelagtig stilling på trods af den omstændighed, at de eventuelt opfylder de øvrige betingelser i de pågældende kontraktens udbudsbetingelser og tekniske specifikationer.

140. Jeg er følgelig af den opfattelse, at det i hovedsagen omhandlede udvælgelseskriterium giver anledning til en forskelsbehandling mellem de enheder, der opfylder dette krav, og dem, der ikke gør. Medmindre disse to kategorier af potentielle tilbudsgivere ikke befinder sig i en objektivt sammenlignelig situation, eller at en forskelsbehandling er objektivt begrundet, er dette krav i strid med det ligebehandlingsprincip, som tildelingen af offentlige kontrakter er underlagt i henhold til artikel 76 i direktiv 2014/24.

141. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt disse to grupper af potentielle tilbudsgivere befinder sig i en objektivt sammenlignelig situation, forekommer det mig, at dette er tilfældet, forudsat at deres evne til at levere de omhandlede sociale tjenesteydelser er den samme for så vidt angår kvalitet og omkostninger. Med dette forbehold, som det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at tage stilling til, er det min opfattelse, at et sådant krav behandler objektivt sammenlignelige situationer forskelligt.

142. For så vidt angår begrundelse er der hverken noget i den omhandlede nationale lovgivning eller de sagsakter, der er blevet fremlagt for Domstolen, der tyder på, at der foreligger nogen begrundelse for det omhandlede udvælgelseskriterium. Det tilkommer imidlertid i sidste ende den forelæggende ret at tage stilling til, hvorvidt dette faktisk er tilfældet.

2. Udvalgseskriteriernes forenelighed med tjenesteydelsesdirektivet

143. Domstolen anmodes om at tage stilling til, hvorvidt udvælgelseskriteriet for indgåelsen af de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser er foreneligt med tjenesteydelsesdirektivet.

144. Det skal som udgangspunkt fastlægges, hvorvidt de omhandlede sociale tjenesteydelser er omfattet af anvendelsesområdet for dette direktiv.

145. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra j), sammenholdt med 27. betragtning til dette direktiv, udelukker i denne henseende udtrykkeligt »sociale tjenesteydelser i forbindelse med socialt boligbyggeri, børnepasning og støtte til familier og enkeltpersoner, som har permanent eller midlertidigt behov herfor, udført af staten, af tjenesteydere med opdrag fra staten eller af statsanerkendte velgørende organisationer« fra direktivets anvendelsesområde.

146. 27. betragtning forklarer, at formålet med denne udelukkelse er »at støtte personer, der har et permanent eller midlertidigt særligt behov på grund af utilstrækkelig indkomst i familien eller en fuldstændig eller delvis mangel på uafhængighed, og for personer[,] som er i fare for at blive marginaliseret«. Det tilføjes i denne betragtning, at disse »er væsentlige for at sikre den grundlæggende ret til menneskelig værdighed og integritet og er udtryk for principperne om social samhørighed og solidaritet og bør ikke berøres af [tjenesteydelsesdirektivet].«

¹³¹ – Dom af 22.10.2015 (C-552/13, EU:C:2015:713, præmis 29).

147. Jeg skal fremhæve, at Domstolens definition af begrebet »sociale tjenesteydelser« i tjenesteydelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra j), er todelt. I Femarbel-dommen fastslog Domstolen, at kun de tjenesteydelser, der opfylder to kumulative betingelser, er omfattet af anvendelsesområdet for udelukkelsen i denne bestemmelse. Den første vedrører arten af ydelserne, hvorimod den anden vedrører tjenesteyderens status¹³².

148. De omhandlede ydelser skal med henblik på at opfylde den første betingelse være »væsentlige for at sikre den grundlæggende ret til menneskelig værdighed og integritet« og »udtryk for principperne om social samhørighed og solidaritet«¹³³. Domstolen fastslog i denne sag, at den nationale ret skulle tage stilling til, hvorvidt de omhandlede ydelser har en reel social karakter, for så vidt som de har til formål at sikre de omhandlede personer med »støtte og behandling, der er tilpasset den ældre persons tab af selvstændighed«, ledsaget af et særligt aktiveringsprogram, eller den nødvendige støtte, »som deres pårørende ikke kan give dem på varig basis«.

149. Som tidligere nævnt i dette forslag til afgørelse opregner bilaget til dekret nr. 181/2017 i den foreliggende sag en lang række sociale tjenesteydelser, der varierer afhængigt af deres karakter og gruppen af personer, der anvender disse tjenesteydelser¹³⁴. Disse tjenesteydelser synes imidlertid at have det fælles formål at bistå personer med særlige behov og at levere pleje til dem. Det er følgelig min opfattelse, at disse tjenesteydelser må opfylde den første betingelse, som Domstolen har opstillet i Femarbel-dommen¹³⁵.

150. Domstolen har for så vidt angår den anden betingelse i Femarbel-dommen fastslået, at sociale tjenesteydelser kan udføres af staten selv, en statsanerkendt velgørende organisation eller en privat tjenesteyder med opdrag fra staten¹³⁶. I lyset af en sådan bred definition af det personelle anvendelsesområde, som Domstolen har foretaget, kan de enheder, der leverer tjenesteydelserne i henhold til de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, som er nonprofitsammenslutninger, være omfattet af anvendelsesområdet for tjenesteydelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra j), hvilket det tilkommer den nationale ret at tage stilling til.

151. Det er følgelig min opfattelse, at tjenesteydelsesdirektivet ikke finder anvendelse for de sociale tjenesteydelser, der er fastsat i dekret nr. 181/2017, eftersom disse tjenesteydelser i henhold til direktivets artikel 2, stk. 2, litra j), udtrykkeligt er udelukket fra dette direktivs anvendelsesområde.

3. Forenelighed af udvælgelseskriteriet med de grundlæggende friheder

152. For så vidt angår foreneligheden af det omhandlede udvælgelseskriterium med de grundlæggende friheder synes de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, som jeg allerede har forklaret i dette forslag til afgørelse, på den ene side at være omfattet af anvendelsesområdet for etableringsfriheden i artikel 49 TEUF snarere end anvendelsesområdet

¹³² – Dom af 11.7.2013 (C-57/12, EU:C:2013:517, præmis 42).

¹³³ – Ibidem, præmis 43, der henviser til *Håndbog i Gennemførelse af Tjenesteydelsesdirektivet eller »servicedirektivet«*, Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, 2007.

¹³⁴ – Jf. punkt 56 ovenfor.

¹³⁵ – Dom af 11.7.2013 (C-57/12, EU:C:2013:517).

¹³⁶ – Ibidem, præmis 44. Domstolen har i denne forbindelse fastslået, at den nationale ret skulle fastlægge, hvorvidt der er tale om offentlig myndighedsudøvelse, der på klar og gennemsigtig vis pålægger de omhandlede udbydere af dag- og aftencentre en reel forpligtelse til at sikre sådanne ydelser, under overholdelse af visse særlige betingelser for udøvelse, og hvorvidt en sådan godkendelse således kan anses for et opdrag som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra j), i tjenesteydelsesdirektivet (dom af 11.7.2013, Femarbel, C-57/12, EU:C:2013:517, præmis 52).

for den frie udveksling af tjenesteydelser, der er fastsat i artikel 56 TEUF¹³⁷. Trods den omstændighed at det tredje præjudicielle spørgsmål fra den nationale ret følgelig vedrører begge disse friheder, er det min opfattelse, at svaret bør begrænses til førstnævnte. Det er på den anden side værd at bemærke, at det kun er, såfremt disse aftaler om levering af sociale tjenesteydelser har en grænseoverskridende dimension, at artikel 49 TEUF kan finde anvendelse¹³⁸.

153. For så vidt angår etableringsfriheden kan et udvælgelseskriterium, som det der er fastlagt i artikel 15, stk. 1, litra a), i dekret nr. 181/2017, gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt at udøve etableringsfriheden¹³⁹. Jeg skal i denne forbindelse fremhæve, at Domstolen har fastslået, at national lovgivning, der hindrer enheder i at udøve en selvstændig økonomisk virksomhed i lokaler efter eget valg, udgør en restriktion¹⁴⁰. I den foreliggende sag kan etablering i den selvstyrende region Valencia indebære økonomiske konsekvenser og administrative byrder for de enheder, der har udøvet denne grundlæggende frihed¹⁴¹. Dette vil eksempelvis være tilfældet for en enhed, der er etableret i en anden medlemsstat end Spanien, der er sekundært etableret i denne medlemsstat, men uden for den selvstyrende region Valencia. Det er følgelig min opfattelse, at det omhandlede krav udgør en restriktion for etableringsfriheden som omhandlet i artikel 49 TEUF.

154. Dette kan imidlertid fortsat begrundes, såfremt de formål, som forfølges, anerkendes som lovlige i EU-retten og overholder proportionalitetsprincippet¹⁴².

155. Det er i den foreliggende sag min opfattelse, at mine konklusioner i punkt 142 i det foreliggende forslag til afgørelse vedrørende begrundelserne for tilsidesættelse af ligebehandlingsbehandlingsprincippet i artikel 76 i direktiv 2014/24 finder anvendelse mutatis mutandis. Det tilkommer imidlertid den nationale ret at foretage en bedømmelse af, hvorvidt det omhandlede kriterium forfølger et formål, der anerkendes som lovligt i EU-retten, er egnet til at sikre opnåelsen af dette formål og ikke går videre end nødvendigt for at nå dette mål.

156. For fuldstændighedens skyld og i strid med de indlæg, der er indgivet af sagsøgte og den spanske regering, skal jeg endelig fremhæve, at ordlyden af artikel 1, andet led, i protokol nr. 26 til TEUF ikke har nogen betydning for spørgsmålet om, hvorvidt de udvælgelseskriterier, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, litra a), i dekret nr. 181/2017, er forenelige med etableringsfriheden. Dette skyldes, at de værdier, som denne protokol har til formål at beskytte, ikke afspejler sig i det omhandlede udvælgelseskriterium. Et sådant kriterium, der er rent geografisk, kan ikke forklares ved behovet for at sikre »diversiteten i forskellige tjenesteydelser af almen økonomisk interesse og forskellene mellem brugernes behov og præferencer, der kan være et resultat af forskellige geografiske, sociale eller kulturelle situationer«. Det er følgelig min opfattelse, at artikel 1, andet led, i protokol nr. 26 til TEUF ikke kan påberåbes med henblik på at begrunde geografiske restriktioner i de grundlæggende friheder.

¹³⁷ – Jf. punkt 42 og 43 ovenfor.

¹³⁸ – Jf. punkt 128 ovenfor.

¹³⁹ – Jf. eksempelvis dom af 5.2.2015, Kommissionen mod Belgien (C-317/14, EU:C:2015:63, præmis 22), og af 20.12.2017, Simma Federspiel (C-419/16, EU:C:2017:997, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁴⁰ – Jf. i denne retning dom af 1.6.2010, Blanco Pérez og Chao Gómez (C-570/07 og C-571/07, EU:C:2010:300, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁴¹ – Jf. analogt dom af 27.2.2020, Kommissionen mod Belgien (Regnskabsførere) (C-384/18, EU:C:2020:124, præmis 76).

¹⁴² – Dom af 27.10.2005, Kommissionen mod Spanien (C-158/03, ikke trykt i Sml., EU:C:2005:642, præmis 70), og af 27.10.2005, Contse m.fl. (C-234/03, EU:C:2005:644, præmis 41). Domstolen fastslog nærmere bestemt, at de grundlæggende friheder er til hinder for udvælgelseskriterier, der gennem tildeling af ekstra point præmierer nærheden af installationen til det sted, hvor tjenesteydelserne leveres, såfremt disse forhold anvendes diskriminerende, ikke er begrundet i tvingende almene hensyn, ikke er egnede til at sikre virkeliggørelsen af formålet eller går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål, hvilket det tilkommer den nationale domstol at efterprøve (dom af 27.10.2005, Contse m.fl., C-234/03, EU:C:2005:644, præmis 79).

157. Det konkluderes, at såfremt det fastslås, at der foreligger en grænseoverskridende dimension i relation til de omhandlede aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, er artikel 76 i direktiv 2014/24 og artikel 49 TEUF til hinder for udvælgelseskriterier i forbindelse med indgåelsen af den omhandlede aftale om levering af sociale tjenesteydelser, hvorefter de ordregivende myndigheder kan tillægge den omstændighed, at de potentielle tilbudsgivere for så vidt angår leveringen af de omhandlede sociale tjenesteydelser er etableret på det sted, hvor disse tjenesteydelser skal leveres, betydning, medmindre dette kriterium forfølger et formål, der anerkendes som lovligt i EU-retten, er egnet til at sikre opnåelsen af dette formål og ikke går videre end nødvendigt for at nå dette mål, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at bedømme.

IV. Forslag til afgørelse

158. Jeg foreslår Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (øverste regionale domstol i den selvstyrende region Valencia, Spanien) som følger:

»Artikel 74-76 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF og artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at disse bestemmelser ikke er til hinder for national lovgivning, der giver mulighed for, at en offentlig myndighed uden at overholde de processuelle krav, der følger EU-retten, kan indgå en offentlig kontrakt, i henhold til hvilken denne myndighed kun overlader leveringen af visse sociale tjenesteydelser til nonprofit-enheder mod godtgørelse af de udgifter, som disse enheder har afholdt, forudsat at denne lovgivning overholder ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at tage stilling til.

Artikel 75, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for national lovgivning, der kræver, at udbudsbekendtgørelser kun skal offentliggøres i den regionale officielle tidende.

Artikel 76 i direktiv 2014/24 og artikel 49 TEUF er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter et udvælgelseskriterium for så vidt angår indgåelsen af aftaler om levering af sociale tjenesteydelser, hvorefter de ordregivende myndigheder kan tillægge den omstændighed, at de potentielle tilbudsgivere for så vidt angår leveringen af de omhandlede sociale tjenesteydelser er etableret på det sted, hvor disse tjenesteydelser skal leveres, betydning, medmindre dette kriterium forfølger et formål, der anerkendes som lovligt i EU-retten, er egnet til at sikre opnåelsen af dette formål og ikke går videre end nødvendigt for at nå dette mål, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at bedømme.«