



# Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN  
LAILA MEDINA  
vom 3. Februar 2022<sup>1</sup>

## Rechtssache C-436/20

**Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)**  
**gegen**  
**Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas**

(Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana  
[Obergericht der Autonomen Gemeinschaft Valencia, Spanien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Auftragsvergabe – Art. 49 und 56 AEUV – Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit – Wirtschaftliche Tätigkeit – Richtlinie 2014/24/EU – Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Buchst. d – Anwendbarkeitsvoraussetzungen – Art. 20 Abs. 1 und Art. 77 – Vorbehaltene Aufträge – Art. 74 bis 76 und Anhang XIV – Erbringung sozialer Dienstleistungen – Öffentliche Auftragsvergabe im Bereich sozialer Dienstleistungen – Vereinfachte Regelung – Vereinbarungen der konzertierten Aktion zur Erbringung solcher Dienstleistungen – Ausschluss der Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht – Grundsätze der Transparenz, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit – Ausschreibungsbedingung – Geografische Beschränkung – Richtlinie 2006/123/EG – Sachlicher Anwendungsbereich – Art. 2 Abs. 2 Buchst. j – Ausschluss sozialer Dienstleistungen“

## Inhaltsverzeichnis

I.	Rechtlicher Rahmen	4
	A. Unionsrecht	4
	1. Richtlinie 2014/24	4
	2. Die Dienstleistungsrichtlinie	7
	B. Spanisches Recht	8
II.	Sachverhalt, Verfahren und die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen	8

<sup>1</sup> Originalsprache: Englisch.

III. Analyse .....	11
A. Vorbemerkungen .....	11
B. Die erste und die zweite Frage .....	12
1. Die Art der in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen .....	13
2. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/24 .....	17
a) Der Begriff „Auftragsvergabe“ .....	18
b) Die Merkmale eines öffentlichen Auftrags .....	20
1) Ein entgeltlicher Vertrag .....	20
2) Ein zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag .....	22
3) Ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen .....	23
c) Die Schwellenwertkriterien .....	24
3. Vorbehaltene Aufträge und die vereinfachte Regelung nach der Richtlinie 2014/24 ...	25
a) Vorbehaltene Aufträge .....	25
1) Vorbehaltene Aufträge nach Art. 20 der Richtlinie 2014/24 .....	25
2) Vorbehaltene Aufträge nach Art. 77 der Richtlinie 2014/24 .....	27
b) Die Regelungen nach den Art. 75 und 76 der Richtlinie 2014/24 .....	29
4. Niederlassungsfreiheit .....	31
C. Die dritte Frage .....	33
1. Die Vereinbarkeit der in Rede stehenden Auswahlkriterien mit der Richtlinie 2014/24 .	34
2. Vereinbarkeit des Auswahlkriteriums mit der Dienstleistungsrichtlinie .....	35
3. Vereinbarkeit des Auswahlkriteriums mit den Grundfreiheiten .....	36
IV. Ergebnis .....	38
1. Die Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (Staatlicher Verband der Einrichtungen für häusliche Pflegedienste, Spanien, im Folgenden: ASADE) ist ein Berufsverband privater Unternehmen. Sie strebt vor dem vorliegenden Gericht – dem Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Obergericht der Autonomen Gemeinschaft Valencia, Spanien) – die Nichtigerklärung des von der Comunitat Valenciana (Autonome	

Gemeinschaft Valencia, Spanien) erlassenen Dekrets 181/2017<sup>2</sup> an, soweit dieses Dekret Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht daran hindert, mit öffentlichen Stellen „Vereinbarungen der konzertierten Aktion“ abzuschließen<sup>3</sup>.

2. Im Rahmen solcher Vereinbarungen übertragen öffentliche Stellen die Verwaltung bestimmter sozialer Dienstleistungen Einrichtungen der Sozialinitiative. Dabei sind sie nicht verpflichtet, die in den Rechtsvorschriften der Union über die Vergabe öffentlicher Aufträge festgelegten Verfahren anzuwenden. Wegen des Dekrets 181/2017 können jedoch nur Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht solche Vereinbarungen zur Erbringung sozialer Dienstleistungen schließen, die Hilfe für Kinder, Jugendliche, Heranwachsende, alte Personen, Behinderte, Migranten, Frauen in prekärer Lage und Mitglieder der LGBTI-<sup>4</sup> und Roma-Gemeinschaften (im Folgenden: in Rede stehende Dienstleistungen) umfassen können<sup>5</sup>.

3. In diesem Zusammenhang wird der Gerichtshof im Wesentlichen ersucht, klarzustellen, ob das Unionsrecht und insbesondere die Art. 49 und 56 AEUV, Art. 74, 76 und 77 der Richtlinie 2014/24/EU<sup>6</sup> und Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2006/123/EG<sup>7</sup> (im Folgenden: Dienstleistungsrichtlinie) nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht vom Abschluss von Vereinbarungen der konzertierten Aktion mit öffentlichen Stellen zur Erbringung sozialer Dienstleistungen ausschließen, während sie Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht den Abschluss solcher Vereinbarungen gestatten.

4. Die Komplexität des Themas und der technische Charakter der anwendbaren Regelungen, die sich aus verschiedenen Instrumenten des Unionsrechts ergeben, dürfen nicht die unzweifelhafte Bedeutung dieser Frage verschleiern, da der Gerichtshof aufgerufen ist, das Verhältnis zwischen wirtschaftlicher Tätigkeit und sozialen Angelegenheiten sowie zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht festzustellen.

5. In dieser Hinsicht sei Generalanwalt Tesauro zitiert, der vor mehr als 20 Jahren den Umstand betont hat, dass der Bereich der sozialen Sicherheit kein „[unions]rechtsfreier Raum“ ist<sup>8</sup>. Dies traf damals und trifft umso mehr heute zu. Während die Mitgliedstaaten in Hinblick auf die

<sup>2</sup> 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 (Dekret 181/2017 vom 17. November 2017 des Consell [Regierung der Autonomen Gemeinschaft Valencia] zur Durchführung der konzertierten Aktion zur Erbringung sozialer Dienstleistungen im Gebiet der Autonomen Gemeinschaft Valencia durch Einrichtungen der Sozialinitiative) (DOGV Nr. 8197 vom 23. Dezember 2017, S. 48245) (im Folgenden: Dekret 181/2017).

<sup>3</sup> Das nationale Recht verweist auf den Begriff „acuerdos de acción concertada“. Vgl. in diesem Sinne Art. 44*bis*, 53 und 56 sowie Titel VI der Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana (Gesetz 5/1997 vom 25. Juni 1997 zur Regelung des Systems sozialer Dienstleistungen im Gebiet der Autonomen Gemeinschaft Valencia) (BOE Nr. 192 vom 12. August 1997, S. 24405), in der Fassung der Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (Gesetz 13/2016 vom 29. Dezember 2016 über steuerliche, verwaltungsrechtliche und finanzielle Maßnahmen und die Organisation der Selbstverwaltung der Autonomen Gemeinschaft Valencia) (BOE Nr. 34 vom 9. Februar 2017, S. 8694) (im Folgenden: Gesetz 5/1997).

<sup>4</sup> Weibliche und männliche Homosexuelle, Bisexuelle, Transgender und Intersexuelle.

<sup>5</sup> Diese Aufstellung war nicht in der Vorlage zur Vorabentscheidung zum Gerichtshof enthalten. In ihren schriftlichen Erklärungen hat die Kommission dem Gerichtshof einen Link zur Veröffentlichung des Dekrets 181/2017 zur Verfügung gestellt (vgl. [https://www.dogv.gva.es/datos/2017/12/23/pdf/2017\\_11941.pdf](https://www.dogv.gva.es/datos/2017/12/23/pdf/2017_11941.pdf)). Art. 6 Abs. 2 des Dekrets verweist auf dessen Anhang, der die Aufstellung der in Rede stehenden Dienstleistungen enthält.

<sup>6</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

<sup>7</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. 2006, L 376, S. 36).

<sup>8</sup> Schlussanträge in der Rechtssache Decker (C-120/95 und C-158/96, EU:C:1997:399, Nr. 17).

Gestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit eigenständig bleiben, steht diese Eigenständigkeit nicht der Anwendung der Grundfreiheiten der Verträge entgegen<sup>9</sup>, deren Bestandteil die Regelungen zur Vergabe öffentlicher Aufträge sind<sup>10</sup>.

## I. Rechtlicher Rahmen

### A. Unionsrecht

#### 1. Richtlinie 2014/24

6. Die Richtlinie 2014/24 legt Regelungen fest, mit denen die nationalen Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb eines bestimmten Schwellenwerts koordiniert werden sollen, damit sie mit dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind und die Umsetzung von Grundsätzen wie denen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz gewährleisten. Diese Richtlinie soll auch den wirksamen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gewährleisten.

7. In den Erwägungsgründen 1 und 6 der Richtlinie 2014/24 heißt es:

„(1) Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch oder im Namen von Behörden der Mitgliedstaaten hat im Einklang mit den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen, insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz. Für über einen bestimmten Wert hinausgehende öffentliche Aufträge sollten Vorschriften zur Koordinierung der nationalen Vergabeverfahren festgelegt werden, um zu gewährleisten, dass diese Grundsätze praktische Geltung erlangen und dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird.

...

(6) Ferner sei darauf hingewiesen, dass diese Richtlinie nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit berühren sollte. Ebenso wenig sollte sie die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die öffentlichen oder privaten Einrichtungen vorbehalten sind, oder die Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen, betreffen.

Gleichermaßen sei darauf hingewiesen, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die Erbringung von gesetzlichen sozialen Dienstleistungen oder andere Dienstleistungen wie Postdienste entweder als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als eine Mischung

<sup>9</sup> Urteile vom 28. April 1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, Rn. 21), vom 12. Juli 2001, Smits und Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, Rn. 54), vom 13. Mai 2003, Müller-Fauré und van Riet (C-385/99, EU:C:2003:270, Rn. 39), und vom 23. Oktober 2003, Inizan (C-56/01, EU:C:2003:578, Rn. 17).

<sup>10</sup> Urteil vom 8. Februar 2018, Lloyd's of London (C-144/17, EU:C:2018:78, Rn. 33).

davon zu organisieren. Es sollte klargestellt werden, dass nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen sollten.“

8. Der 114. Erwägungsgrund dieser Richtlinie stellt die Gründe für eine besondere vereinfachte Regelung für bestimmte personenbezogene Dienstleistungen, wie etwa bestimmte Dienstleistungen im Sozial-, im Gesundheits- und im Bildungsbereich klar, und deren 118. Erwägungsgrund erläutert die Regelung, die vorbehaltene Aufträge für in Art. 77 Abs. 1 derselben Richtlinie aufgeführte Dienstleistungen betrifft.

9. In Titel I („Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen und allgemeine Grundsätze“) der Richtlinie 2014/24 sieht Art. 1 Abs. 1, 2, 4 und 5 Folgendes vor:

„(1) Mit dieser Richtlinie werden Regeln für die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von Wettbewerben festgelegt, deren geschätzter Wert nicht unter den in Artikel 4 genannten Schwellenwerten liegt.

(2) Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von ... Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese ... Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.

...

(4) Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten. Gleichermäßen berührt diese Richtlinie nicht die Entscheidung öffentlicher Stellen darüber, ob, wie und in welchem Umfang sie öffentliche Aufgaben gemäß Artikel 14 AEUV und gemäß Protokoll Nr. 26 selbst wahrnehmen wollen.

(5) Diese Richtlinie berührt nicht die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten.“

10. Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 definiert „öffentliche Aufträge“ als „zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen“.

11. Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 dieser Richtlinie definiert „Wirtschaftsteilnehmer“ als „eine natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen, die beziehungsweise der auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren beziehungsweise die Erbringung von Dienstleistungen anbietet“.

12. Art. 4 („Höhe der Schwellenwerte“) derselben Richtlinie sieht vor:

„Diese Richtlinie gilt für Aufträge, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer (MwSt.) die folgenden Schwellenwerte nicht unterschreitet:

...

d) 750 000 EUR bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von Anhang XIV.“

13. In Art. 20 („Vorbehaltene Aufträge“) der Richtlinie 2014/24 heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten können das Recht zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren geschützten Werkstätten und Wirtschaftsteilnehmern, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, vorbehalten oder sie können bestimmen, dass solche Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchgeführt werden, sofern mindestens 30 % der Arbeitnehmer dieser Werkstätten, Wirtschaftsteilnehmer oder Programme Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Arbeitnehmer sind.

...“

14. Titel III („Besondere Beschaffungsregelungen“) der Richtlinie enthält ein Kapitel I, das die Art. 74 bis 77 umfasst. Diese Artikel enthalten die Bestimmungen über die vereinfachte Regelung, die auf „soziale und andere besondere Dienstleistungen“ anwendbar ist.

15. In Art. 74 („Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen“) der Richtlinie 2014/24 heißt es:

„Öffentliche Aufträge, die soziale und andere in Anhang XIV aufgeführte besondere Dienstleistungen betreffen, werden im Einklang mit den Bestimmungen dieses Kapitels vergeben, sofern ihr Wert dem in Artikel 4 Buchstabe d angegebenen Schwellenwert entspricht oder diesen übersteigt.“

16. Art. 75 („Veröffentlichung der Bekanntmachungen“) dieser Richtlinie sieht die Bedingungen betreffend die Veröffentlichung der Bekanntmachungen für die Vergabe der in Art. 74 genannten öffentlichen Aufträge vor.

17. Art. 76 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) der Richtlinie 2014/24 sieht vor:

„(1) Die Mitgliedstaaten führen einzelstaatliche Regeln für die Vergabe von unter dieses Kapitel fallenden Aufträgen ein, um sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer einhalten. Es ist den Mitgliedstaaten überlassen, die anwendbaren Verfahrensregeln festzulegen, sofern derartige Regeln es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung zu tragen.

(2) Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die öffentlichen Auftraggeber der Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen sicher[zustellen, sowie den spezifischen Bedürfnissen verschiedener

Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer und dem Aspekt der Innovation Rechnung tragen können. Die Mitgliedstaaten können auch vorsehen, dass die Auswahl der Dienstleister auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien für soziale Dienstleistungen getroffen wird.“

18. In Art. 77 („Bestimmten Dienstleistungen vorbehaltene Aufträge“) Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 heißt es, dass die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass öffentliche Auftraggeber Organisationen das Recht zur Teilnahme an Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausschließlich für jene Dienstleistungen im Gesundheits-, Sozial- und kulturellen Bereich nach Art. 74 vorbehalten, die unter die in diesem Artikel aufgeführten CPV-Codes fallen<sup>11</sup>. Art. 77 Abs. 2 dieser Richtlinie legt die Bedingungen fest, die diese Organisationen erfüllen müssen, um an vorbehaltenen Aufträgen teilzunehmen. Gemäß Art. 77 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 darf die Laufzeit des Vertrags drei Jahre nicht überschreiten.

19. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24 enthält eine Aufstellung der Dienstleistungen nach Art. 74.

## **2. Die Dienstleistungsrichtlinie**

20. Der 27. Erwägungsgrund der Dienstleistungsrichtlinie lautet:

„Diese Richtlinie sollte keine sozialen Dienstleistungen im Bereich Wohnung, Kinderbetreuung und Unterstützung von hilfsbedürftigen Familien und Personen erfassen, die vom Staat selbst – auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene –, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm anerkannte gemeinnützige Einrichtungen erbracht werden, um Menschen zu unterstützen, die aufgrund ihres unzureichenden Familieneinkommens oder des völligen oder teilweisen Verlustes ihrer Selbstständigkeit dauerhaft oder vorübergehend besonders hilfsbedürftig sind oder Gefahr laufen, marginalisiert zu werden. Diese Dienstleistungen tragen entscheidend dazu bei, das Grundrecht auf Schutz der Würde und Integrität des Menschen zu garantieren; sie sind Ausfluss der Grundsätze des sozialen Zusammenhalts und der Solidarität und sollten daher von dieser Richtlinie unberührt bleiben.“

21. Art. 2 dieser Richtlinie sieht vor:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden.

(2) Diese Richtlinie findet auf folgende Tätigkeiten keine Anwendung:

...

<sup>11</sup> Mit dem CPV wird ein einheitliches Klassifikationssystem für das öffentliche Auftragswesen eingeführt, das auf die Vereinheitlichung der Referenzsysteme abzielt, die die öffentlichen Auftraggeber für die Beschreibung des Auftragsgegenstandes verwenden. Vgl. <https://simap.ted.europa.eu/cpv>.

- j) soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen, die vom Staat, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden;

...“

## B. Spanisches Recht

22. Gemäß den Befugnissen, über die sie bezüglich sozialer Dienstleistungen nach der Spanischen Verfassung verfügt, hat die Autonome Gemeinschaft Valencia das Gesetz 5/1997 erlassen. Zu berücksichtigen sind die Art. 44*bis*, 53, 56, 62, 63, 64, 66, 67 und 68 des Gesetzes 5/1997.

23. Das Dekret 181/2017 setzt das Gesetz 5/1997 um und stellt den Hauptgegenstand des Ausgangsverfahrens dar. Obwohl das Gesetz 5/1997 durch das Gesetz 3/2019 aufgehoben wurde<sup>12</sup>, verbleibt nach Letzterem das Dekret 181/2017 in Kraft. Zu berücksichtigen sind die Art. 3, 6, 11, 13, 15, 17, 19 und 21 bis 26 des Dekrets 181/2017, die die durch das Gesetz 5/1997 festgelegten Regeln umsetzen.

## II. Sachverhalt, Verfahren und die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen

24. ASADE erhob vor dem vorlegenden Gericht Klage auf Nichtigerklärung des Dekrets 181/2017 sowie auf Aufhebung bestimmter Bestimmungen des Gesetzes 5/1997<sup>13</sup>. Ihrer Auffassung nach ist das Dekret 181/2017 rechtswidrig, da es Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht von der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen im Rahmen einer öffentlich-privaten Vereinbarung der konzertierten Aktion ausschließe, während es Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht – nicht nur Freiwilligenorganisationen<sup>14</sup> – die Erbringung solcher Dienstleistungen gegen Bezahlung gestatte, ohne dass solche Organisationen ein transparentes Wettbewerbsverfahren durchlaufen müssten, das eine Gleichbehandlung gewährleiste.

25. ASADE argumentiert, das Dekret 181/2017 und bestimmte Vorschriften des Gesetzes 5/1997 verstießen erstens gegen die in Art. 49 AEUV verankerte Niederlassungsfreiheit, zweitens, insofern als diese Bestimmungen nicht den Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer beachteten, gegen die Richtlinie 2014/24 und drittens gegen Art. 15 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie. Außerdem sei die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die durch die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften herbeigeführt werde, nicht aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften seien nicht auf die Bereiche der Gesundheit und der sozialen Sicherheit beschränkt, sondern erfassten alle Arten sozialer Dienstleistungen und gälten für alle Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht und nicht nur für Freiwilligenorganisationen<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana (Gesetz 3/2019 vom 18. Februar 2019 über soziale Dienstleistungen und die Eingliederung benachteiligter Personen der Autonomen Gemeinschaft Valencia) (BOE Nr. 61 vom 12. März 2019, S. 23249).

<sup>13</sup> Insbesondere Art. 44*bis* Abs. 1 Buchst. c, Art. 53, Art. 56 Abs. 2 und Titel VI des Gesetzes 5/1997.

<sup>14</sup> Der Verweis auf diesen Begriff scheint von den Urteilen vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:2440), und vom 28. Januar 2016, CASTA u. a. (C-50/14, EU:C:2016:56), abgeleitet zu sein, die beide Freiwilligenorganisationen im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen behandelten.

<sup>15</sup> Ebenda.

Folglich seien die vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung<sup>16</sup> entwickelten Ausnahmen von der Anwendung der Unionsregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der vorliegenden Rechtssache nicht anwendbar.

26. Die Beklagte, die *Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana* (Ministerium für Gleichberechtigung und Eingliederung benachteiligter Personen der Selbstverwaltung der Autonomen Gemeinschaft Valencia, Spanien) ist hingegen der Auffassung, sowohl das Gesetz 5/1997 als auch das Dekret 181/2017 seien mit der Richtlinie 2014/24 und der Dienstleistungsrichtlinie vereinbar.

27. Erstens habe der Gerichtshof in Fällen von Aufträgen an Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht im Zusammenhang mit dem System der sozialen Sicherheit bereits Ausnahmen von dem Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit gestattet, da Dienstleistungen im Bereich des Sozialen und der Gesundheit eine Reihe von Merkmalen aufwiesen, die erforderten, sie in Hinblick auf die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge anders zu behandeln<sup>17</sup>.

28. Zweitens böten Vereinbarungen der konzertierten Aktion im Einklang mit dem Grundsatz der Haushaltseffizienz eine Alternative zu der unmittelbaren oder mittelbaren Verwaltung nicht wirtschaftlicher öffentlicher Dienstleistungen, die von Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht würden, die in Form einer Kostenerstattung bezahlt würden, die keinen Geschäftsgewinn mit sich bringe. Vereinbarungen der konzertierten Aktion verstießen auch nicht gegen die Dienstleistungsrichtlinie, da Letztere keine Anwendung auf nicht wirtschaftliche Dienstleistungen des Allgemeininteresses oder auf soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen finde, die vom Staat oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht würden.

29. Drittens entbehre das Vorabentscheidungsersuchen der Grundlage, da das Gesetz 5/1997 durch das Gesetz 3/2019 aufgehoben worden sei.

30. Die Zweifel des vorlegenden Gerichts ergeben sich insbesondere aus zwei Urteilen des Gerichtshofs, nämlich denjenigen in den Rechtssachen *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* sowie *Piepenbrock*<sup>18</sup>. In diesen beiden Urteilen habe der Gerichtshof den Begriff „entgeltlicher Vertrag“ dahin definiert, dass er auch Verträge umfasse, bei denen das vereinbarte Entgelt auf die Erstattung der Kosten für die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung beschränkt sei. Das vorliegende Gericht fragt daher, ob der Rückgriff auf Vereinbarungen der konzertierten Aktion, wie sie durch das Gesetz 5/1997, geändert durch das Gesetz 13/2016<sup>19</sup>, geregelt werden, mit den Art. 49 und 56 AEUV, den Art. 76 und 77 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit deren Art. 74 und Anhang XIV sowie mit Art. 15 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie vereinbar ist.

<sup>16</sup> Vgl. z. B. Urteile vom 19. Juni 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal und SUCH* (C-574/12, EU:C:2014:2004), und vom 28. Januar 2016, *CASTA* u. a. (C-50/14, EU:C:2016:56).

<sup>17</sup> In dieser Hinsicht verweist sie auf die Erwägungsgründe 6, 7 und 114 der Richtlinie 2014/24 sowie auf deren Art. 77.

<sup>18</sup> Urteile vom 19. Dezember 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* u. a. (C-159/11, EU:C:2012:817), und vom 13. Juni 2013, *Piepenbrock* (C-386/11, EU:C:2013:385).

<sup>19</sup> Art. 4*bis* Abs. 1 Buchst. c, Art. 53, Art. 56 Abs. 2 und Titel VI des Gesetzes 5/1997.

31. Unter diesen Umständen hat das vorlegende Gericht entschieden, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Sind Art. 49 AEUV sowie die Art. 76 und 77 (in Verbindung mit Art. 74 und Anhang XIV) der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die es den öffentlichen Auftraggebern gestattet, mit privaten Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht (nicht nur Freiwilligenorganisationen) Übereinkünfte zur Erbringung personenbezogener sozialer Dienstleistungen aller Art gegen Kostenerstattung zu schließen, ohne dabei die in der Vergaberichtlinie vorgesehenen Verfahren anzuwenden, und zwar unabhängig vom geschätzten Wert, allein durch die vorherige Einordnung dieser Übereinkünfte als nicht vertragliche Rechtsfiguren?
2. Für den Fall, dass die erste Frage verneint wird und eine solche nationale Regelung möglich ist: Müssen Art. 49 AEUV sowie die Art. 76 und 77 (in Verbindung mit Art. 74 und Anhang XIV) der Richtlinie 2014/24 dahin ausgelegt werden, dass sie den öffentlichen Auftraggebern gestatten, zur Erbringung von personenbezogenen sozialen Dienstleistungen aller Art Übereinkünfte mit privaten Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht (nicht nur Freiwilligenorganisationen) gegen Kostenerstattung zu schließen, ohne dabei die in der Vergaberichtlinie vorgesehenen Verfahren anzuwenden, und zwar unabhängig vom geschätzten Wert, allein durch die vorherige Einordnung dieser Übereinkünfte als nicht vertragliche Rechtsfiguren, obwohl diese nationale Regelung die in Art. 77 der Richtlinie festgelegten Voraussetzungen nicht ausdrücklich anführt, sondern auf eine nachfolgende Durchführungsverordnung verweist, ohne in die Vorgaben für diese Durchführungsverordnung ausdrücklich aufzunehmen, dass sie die in Art. 77 der Richtlinie festgelegten Voraussetzungen ausdrücklich aufgreifen muss?
3. Sollte auch die zweite Frage verneint werden, d. h. sollte eine solche nationale Regelung möglich sein, sind dann die Art. 49 und 56 AEUV, die Art. 76 und 77 (in Verbindung mit Art. 74 und Anhang XIV) der Richtlinie 2014/24 und Art. 15 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie dahin auszulegen, dass sie es den öffentlichen Auftraggebern zur Auswahl einer Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht (nicht nur Freiwilligenorganisationen), mit der eine Übereinkunft über die Erbringung sozialer Dienstleistungen aller Art – nicht nur diejenigen, die in Art. 2 Abs. 2 Buchst. j dieser Richtlinie genannt sind – geschlossen werden soll, gestatten, in die Auswahlkriterien aufzunehmen, dass diese Einrichtung *an dem Ort ansässig sein muss, an dem die Dienstleistung auszuführen ist*?

32. Die Klägerin, die Beklagte, die Regierungen Spaniens, Italiens und Norwegens sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen abgegeben. Nachdem der Gerichtshof entschieden hatte, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, hat er den Parteien und den in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union genannten Beteiligten mehrere Fragen zur schriftlichen Beantwortung gestellt, auf die die Klägerin, die Beklagte, die Regierungen Spaniens und der Niederlande sowie die Kommission geantwortet haben.

### III. Analyse

#### A. Vorbemerkungen

33. Vorab bin ich der Auffassung, dass die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen zulässig sind, soweit sie das Gesetz 5/1997 betreffen. Das vorlegende Gericht hat klar festgestellt, dass die Rechtmäßigkeit des Dekrets 181/2017 nur bewertet werden kann, indem die Vereinbarkeit ihrer Rechtsgrundlage, des Gesetzes 5/1997, mit den Bestimmungen des Unionsrechts geprüft wird. Es hat über die Rechtmäßigkeit des Dekrets 181/2017 zum Zeitpunkt seines Erlasses zu entscheiden. Im Vorlagebeschluss des nationalen Gerichts heißt es, dass sich das Gesetz 5/1997 in der Fassung des Gesetzes 13/2016 zu diesem Zeitpunkt noch in Kraft befand. Daher ist die von der Beklagten erhobene Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen.

34. Zweitens werde ich die Kritik der italienischen Regierung behandeln, das Vorabentscheidungsersuchen nenne nicht die Arten der sozialen Dienstleistungen, die Gegenstand der in dem nationalen Verfahren in Rede stehenden Übereinkünfte der konzertierten Aktion sein könnten.

35. Nach ständiger Rechtsprechung ist es unerlässlich, dass das nationale Gericht ein Mindestmaß an Erläuterungen zu den Gründen für die Wahl der Unionsrechtsbestimmungen, um deren Auslegung es ersucht, und zu dem Zusammenhang gibt, den es zwischen diesen Bestimmungen und den auf den Rechtsstreit anzuwendenden nationalen Rechtsvorschriften herstellt<sup>20</sup>.

36. Ich gebe zu, dass in diesem Vorabentscheidungsersuchen nicht aufgeführt wird, um welche konkreten sozialen Dienstleistungen es geht, und dass das Fehlen dieser Informationen bedauerlich ist. Jedoch ergibt sich aus dem im Vorlagebeschluss dargelegten rechtlichen Rahmen und dem Wortlaut der Vorlagefragen, dass es sich im Wesentlichen um „soziale Dienstleistungen aller Art“ handeln kann. Daher hat das vorlegende Gericht den rechtlichen Rahmen seines Ersuchens um Auslegung des Unionsrechts meines Erachtens hinreichend dargelegt.

37. Drittens bin ich der Auffassung, dass die Vorlagefragen, soweit sie die Art. 49 und 56 AEUV betreffen, als zulässig anzusehen sind. Es trifft zu, dass aus dem Vorlagebeschluss nicht ersichtlich ist, ob der Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens eine grenzüberschreitende Dimension hat.

38. Mir scheint jedoch, dass sich die in Rede stehende Vorlage in genau derselben Situation befindet wie diejenige in der Rechtssache Libert u. a.<sup>21</sup>, auf die der Gerichtshof in Rn. 51 des Urteils Ullens de Schooten verwiesen hat<sup>22</sup>. In dieser Randnummer hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine Vorlage zur Vorabentscheidung bei einem rein innerstaatlichen Sachverhalt für zulässig erklärt werden kann, „wenn das vorlegende Gericht ihn im Rahmen eines Verfahrens zur Nichtigerklärung von Bestimmungen anruft, die nicht nur für Inländer, sondern auch für die Angehörigen der übrigen Mitgliedstaaten Geltung haben“<sup>23</sup>. Dies scheint im Ausgangsverfahren der Fall zu sein, da ASADE eine Klage auf Nichtigerklärung des Dekrets 181/2017 erhoben hat, das nicht nur für Inländer, sondern auch für Angehörige anderer Mitgliedstaaten gilt.

<sup>20</sup> Vgl. z. B. Urteil vom 10. März 2016, *Safe Interenvíos* (C-235/14, EU:C:2016:154, Rn. 115), und Beschluss vom 12. Mai 2016, *Security Service u. a.* (C-692/15 bis C-694/15, EU:C:2016:344, Rn. 20).

<sup>21</sup> Urteil vom 8. Mai 2013 (C-197/11 und C-203/11, EU:C:2013:288).

<sup>22</sup> Urteil vom 15. November 2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

<sup>23</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Mai 2013, *Libert u. a.* (C-197/11 und C-203/11, EU:C:2013:288, Rn. 35). Vgl. in jüngerer Zeit Urteil vom 11. Februar 2021, *Katoen Natie Bulk Terminals und General Services Antwerp* (C-407/19 und C-471/19, EU:C:2021:107, Rn. 53).

39. Meiner Auffassung nach folgt daraus, dass diese Fragen, soweit sie die vorgenannten Vertragsbestimmungen betreffen, für zulässig erklärt werden sollten.

## **B. Die erste und die zweite Frage**

40. Mit den ersten beiden Fragen, die zusammen zu prüfen sind, da sie dieselbe Frage betreffen, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 49 AEUV sowie Art. 74, 76 und 77 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen sind, dass sie einer öffentlichen Stelle gestatten, ohne Einhaltung der durch das Unionsrecht auferlegten Verfahrensanforderungen nur mit privaten Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht Vereinbarungen abzuschließen, in deren Rahmen die Stelle solche Einrichtungen mit bestimmten sozialen Dienstleistungen gegen Erstattung der Kosten betraut, die diesen Organisationen in Hinblick auf die Erbringung dieser Dienstleistungen entstanden sind.

41. Die Beantwortung dieser Fragen gleicht einem Vorstoß in ein Labyrinth unterschiedlicher rechtlicher Probleme. Zur Erleichterung werde ich sie in vier gesonderte Fragen aufteilen. Zunächst ist zu klären, welcher Art die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen sind, um zu entscheiden, ob sie als „wirtschaftliche Tätigkeiten“ im Sinne der Unionsregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge einzustufen sind. Als Nächstes werde ich die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/24 analysieren. Sodann werde ich die vereinfachte Regelung nach den Art. 74 bis 77 dieser Richtlinie und schließlich die Regeln der in Art. 49 AEUV verankerten Niederlassungsfreiheit prüfen.

42. Vor der Prüfung dieser Fragen möchte ich jedoch die folgenden beiden Anmerkungen machen. Erstens ist das nationale Gericht, indem es Art. 49 AEUV in den Vorlagefragen nennt, der Auffassung, dass die vorliegende Rechtssache in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit und nicht der Dienstleistungsfreiheit fällt.

43. Meiner Auffassung nach trifft diese Annahme zu, da es gefestigter Rechtsprechung entspricht, dass die Erbringung von Dienstleistungen von der Niederlassung insofern zu unterscheiden ist, als es sich bei Letzterer um eine stabile und permanente Tätigkeit handelt, während Erstere eine Tätigkeit von vorübergehendem Charakter umfasst<sup>24</sup>. Mir scheint, dass die Erbringung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen eine solche Stabilität erfordert und dass solche Tätigkeiten somit in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen.

44. Zweitens scheint das vorlegende Gericht, da es auf die Richtlinie 2014/24 verweist, anzunehmen, dass die in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion keine Konzessionen darstellen, die durch die Richtlinie 2014/23/EU<sup>25</sup> geregelt sind. Eine Dienstleistungskonzession ist ein Vertrag derselben Art wie ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag, nur dass die Gegenleistung für die Dienstleistungserbringung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Die Dienstleistungskonzession impliziert die Übertragung eines Betriebsrisikos bei der Nutzung dieser Dienstleistungen von der öffentlichen Stelle auf den

<sup>24</sup> Vgl. insbesondere Urteil vom 30. November 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, Rn. 25 ff.). Zur Unterscheidung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in der Rechtssache Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:568, Nrn. 15 bis 18).

<sup>25</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014, L 94, S. 1).

Konzessionsnehmer<sup>26</sup>. Die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften schließen zwar nicht aus, dass Nutzer eine Teilzahlung für die sozialen Dienstleistungen leisten müssen, die Gegenstand dieser Vereinbarungen sind<sup>27</sup>, eine solche Übertragung scheint nach diesen Rechtsvorschriften aber nicht stattgefunden zu haben<sup>28</sup>. Daher bin ich der Auffassung, dass die in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23 fallen.

45. Daher werde ich die Fragen auf der Grundlage der Vorlagefragen unter Bezugnahme auf die Richtlinie 2014/24 oder auf die Bestimmungen der Niederlassungsfreiheit im AEUV behandeln.

### **1. Die Art der in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen**

46. Eingangs möchte ich betonen, dass das Hauptziel der Unionsregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge und insbesondere der Richtlinie 2014/24 in der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit besteht<sup>29</sup>. Da diese Richtlinie die Bestimmungen des AEUV über diese Freiheiten umsetzen soll<sup>30</sup>, fallen die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen notwendigerweise in den sachlichen Anwendungsbereich derselben Grundfreiheiten.

47. Daraus folgt, dass, wenn die sozialen Dienstleistungen, die Gegenstand der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion sind, als nicht wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne dieser Vertragsbestimmungen anzusehen wären, diese Vereinbarungen auch vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 ausgeschlossen wären, da Letztere den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, die sie umzusetzen sucht, nicht erweitern kann<sup>31</sup>.

48. Außerdem ist aus dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 4 und des sechsten Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 ersichtlich, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, ihre „Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ festzulegen, und dass „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2014/24 die Begriffe „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen“ und „Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ nicht ausdrücklich definiert.

<sup>26</sup> Die Richtlinie 2014/23 definiert „Dienstleistungskonzession“ in ihrem Art. 5 Abs. 1 Buchst. b im Wesentlichen als entgeltlichen Vertrag, mit dem ein öffentlicher Auftraggeber oder Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen betraut. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt der Unterschied zwischen einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession insbesondere in der Übernahme des mit der Erbringung der fraglichen Dienstleistungen verbundenen Risikos (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. März 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, Rn. 24, 26 und 37 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>27</sup> Vgl. Art. 65 Abs. 3 und 4 des Gesetzes 5/1997, die vorsehen, dass „den Nutzern für die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Vereinbarung sind, zusätzlich zu den vorgesehenen Gebühren kein Betrag in Rechnung gestellt werden darf“, und dass „die Erhebung jeder Art von Zahlung und deren Betrag für die Erbringung zusätzlicher Dienstleistungen bei den Nutzern der vorherigen Genehmigung unterliegt“.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 66 Abs. 2 und Art. 65 Abs. 3 des Gesetzes 5/1997. In dieser Hinsicht bringt ASADE in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs vor, die in Rede stehenden Rechtsvorschriften sähen vor, dass *öffentliche Stellen alle Verluste hinsichtlich der Kosten der in Rede stehenden Dienstleistungen abdecken*. Die Beklagte trägt vor, Art. 11 Abs. 1 des Dekrets 181/2017 sehe vor, dass die Begünstigten der von den Vereinbarungen der konzertierten Aktion erfassten Dienstleistungen diese Dienstleistungen kostenlos erhielten.

<sup>29</sup> Die Rechtsgrundlagen für den Erlass der Richtlinie stellen insbesondere Art. 53 Abs. 1 und Art. 62 AEUV dar, die in Titel IV („Die Freizügigkeit, Der Freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr“) in Kapitel 2 („Das Niederlassungsrecht“) (Art. 53) und Kapitel 3 („Dienstleistungen“) (Art. 62) enthalten sind.

<sup>30</sup> Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl in der Rechtssache Sintesi (C-247/02, EU:C:2004:399, Nr. 27).

<sup>31</sup> Vgl. entsprechend Urteil vom 29. April 2010, Kommission/Deutschland, C-160/08 (EU:C:2010:230, Rn. 73 und 74).

49. Daher bin ich der Ansicht, dass für die Zwecke der Anwendung der Richtlinie 2014/24, die darin genannten Begriffe „wirtschaftliche Tätigkeit“ und „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auszulegen sind, wie sie der AEUV vorsieht<sup>32</sup>.

50. Während die ersten beiden Vorlagefragen nur Art. 49 AEUV – und nicht Art. 56 AEUV – nennen, werden die Begriffe „Dienstleistungen“ und „wirtschaftliche Tätigkeit“ weitgehend durch letztere Vertragsbestimmung definiert. Es besteht kein einfaches Kriterium für die Unterscheidung zwischen den beiden Freiheiten, obwohl der Unterschied in dem vorübergehenden Charakter der Tätigkeiten zu liegen scheint<sup>33</sup>. Aufgrund des Graubereichs zwischen diesen beiden Freiheiten und da sie zusammen die Grundlage für die Richtlinie 2014/24 bilden, wird in den vorliegenden Schlussanträgen bei der Analyse der ersten und der zweiten Frage nicht nur auf die Niederlassungs-, sondern auch auf die Dienstleistungsfreiheit Bezug genommen.

51. In diesem Zusammenhang entscheiden die Begriffe „wirtschaftliche Tätigkeit“ und „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ jeweils, ob eine bestimmte Tätigkeit in den Anwendungsbereich der Unionsrechtsbestimmungen fällt oder nicht<sup>34</sup>. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass es sich bei einer solchen Entscheidung nicht um exakte Wissenschaft handelt. Gleichwohl gibt es für die Bestimmung dieser Begriffe einen gemeinsamen Ausgangspunkt. In der Tat darf der Begriff „wirtschaftliche Tätigkeit“, der den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten des AEUV festlegt, nicht einschränkend ausgelegt werden<sup>35</sup>.

52. Da die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem Unionsrecht ursprünglich im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten entwickelt wurden, und wiewohl ich anerkenne, dass eine gewisse Überschneidung zwischen diesen Freiheiten und anderen Rechtsbereichen besteht – insbesondere dem Wettbewerbs- oder dem Beihilferecht<sup>36</sup> –, tendieren die im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten verwendeten Begriffe „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ und „wirtschaftliche Tätigkeit“ dazu, sich von denen zu unterscheiden,

<sup>32</sup> Vgl. u. a. Urteile vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487), vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:2440), und vom 28. Januar 2016, CASTA u. a. (C-50/14, EU:C:2016:56).

<sup>33</sup> Vgl. insbesondere Urteil vom 30. November 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, Rn. 25 ff.). Zur Unterscheidung zwischen der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in der Rechtssache Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:568, Nrn. 15 bis 18).

<sup>34</sup> Nach gefestigter Rechtsprechung zum Bereich der sozialen Sicherheit lässt das Unionsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit grundsätzlich unberührt (vgl. jüngst Urteil vom 11. Juni 2020, Kommission und Slowakische Republik/Dôvera zdravotná poisťovňa, C-262/18 P und C-271/18 P, EU:C:2020:450, Rn. 30 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>35</sup> Urteil vom 13. April 2000, Lehtonen und Castors Braine (C-176/96, EU:C:2000:201, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>36</sup> Sanchez-Graells, A., „State Aid and EU Public Procurement: More Interactions, Fuzzier Boundaries“ (8. Oktober 2019), in Hancher, L., und Piernas López, J.J., (Hrsg.), *Research Handbook on European State Aid Law*, 2nd ed., Edward Elgar, 2020, verfügbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3466288>.

die im Wettbewerbsrecht entwickelt wurden<sup>37</sup>. Somit ist nach der die Niederlassungsfreiheit betreffenden Rechtsprechung die entgeltliche Erbringung von Dienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen<sup>38</sup>.

53. Außerdem besteht das Wesensmerkmal des Entgelts darin, dass es eine Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellt<sup>39</sup>, d. h., „dass [die Tätigkeit] nicht ohne Gegenleistung erbracht werden darf“<sup>40</sup>. Daher betone ich, dass der entscheidende Umstand, der eine Tätigkeit dem Anwendungsbereich des AEUV hinsichtlich der Grundfreiheiten unterfallen lässt, in ihrem *wirtschaftlichen Charakter* besteht, unabhängig davon, wer für die Leistung bezahlt – sei es Nutzer oder der Mitgliedstaat<sup>41</sup>. Der Gerichtshof hat z. B. festgestellt, dass der Umstand, dass der Staat in die Finanzierung medizinischer Leistungen eingebunden ist, nicht bedeutet, dass eine medizinische Tätigkeit nicht als Dienstleistung einzuordnen ist<sup>42</sup>.

54. Unter Berücksichtigung der weiten Definition des Begriffs „wirtschaftliche Tätigkeit“ nach den Grundfreiheiten hat der Gerichtshof nicht gezögert, z. B. vertragliche Vereinbarungen betreffend den Krankentransport als Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG<sup>43</sup> anzusehen, selbst wenn der öffentliche Auftraggeber diese Vereinbarungen mit Freiwilligenorganisationen abgeschlossen hatte und diese Vereinbarungen auf dem Solidaritätsgrundsatz beruhten<sup>44</sup>. Außerdem steht der Umstand, dass die Tätigkeit von einem privatrechtlichen Partner wie einem Sozialträger ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird, ihrer Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht entgegen<sup>45</sup>.

55. In der vorliegenden Rechtssache führt der Anhang des Dekrets 181/2017 die Dienstleistungen auf, die Gegenstand der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion sein können<sup>46</sup>. Wie in diesen Schlussanträgen bereits erwähnt, kann es sich bei den in Rede stehenden Dienstleistungen um solche für Kinder, Jugendliche, Heranwachsende, alte Personen, Behinderte, Migranten, Frauen in prekärer Lage und Personen handeln, die unter die Kategorie „Gleichheit in Vielfalt“ fallen (LGBTI und Roma)<sup>47</sup>.

<sup>37</sup> Zu dieser Unterscheidung vgl. insbesondere Schlussanträge des Generalanwalts Póitres Maduro in der Rechtssache FENIN/Kommission (C-205/03 P, EU:C:2005:666, Nr. 51). Vgl. auch Wauters, K., Bleux, S., „A new generation of public procurement Directives: background, objectives and results“, in Marique Y., Wauters K. (Hrsg.), *EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?*, Larcier, Brüssel 2016, S. 9.

<sup>38</sup> Urteil vom 1. Februar 2017, Kommission/Ungarn (C-392/15, EU:C:2017:73, Rn. 100). Es sei hinzugefügt, dass der Gerichtshof hinsichtlich der Arbeitnehmer hinzugefügt hat, dass die entgeltliche Erbringung von Dienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist, „sofern es sich um tatsächliche und echte, also nicht völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten handelt“ (Urteil vom 20. November 2001, Jany u. a., C-268/99, EU:C:2001:616, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung). Letztere Kriterien, die ein Arbeitsverhältnis betreffen, dürften jedoch in der vorliegenden Rechtssache nicht einschlägig sein.

<sup>39</sup> Vgl. u. a. Urteil vom 18. Dezember 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, Rn. 28 und 29 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>40</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 23. Februar 2016, Kommission/Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, Rn. 154).

<sup>41</sup> Ebenda, Rn. 157 sowie die dort angeführte Rechtsprechung.

<sup>42</sup> Urteil vom 12. Juli 2001, Smits und Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, Rn. 58).

<sup>43</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114).

<sup>44</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. November 2007, Kommission/Italien (C-119/06, nicht veröffentlicht, EU:C:2007:729, Rn. 36 bis 41), vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, Rn. 32 bis 43), und vom 28. Januar 2016, CASTA u. a. (C-50/14, EU:C:2016:56, Rn. 26 und 33 bis 41).

<sup>45</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. Juni 2014, Centro Hospitalar de Setúbal und SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004, Rn. 40).

<sup>46</sup> Vgl. Fn. 5 dieser Schlussanträge.

<sup>47</sup> Vgl. Nr. 2 dieser Schlussanträge.

56. Was den Gegenstand der in Rede stehenden Dienstleistungen angeht, ist zu berücksichtigen, dass die im Rahmen der Vereinbarungen der konzertierten Aktion erbrachten Tätigkeiten ein breites Spektrum verschiedener Tätigkeiten umfassen<sup>48</sup>, zu denen Wohnraumdienstleistungen, Tageszentren, Heimpflege und Aufnahme von Personen, Unterstützung für Personen in Schwierigkeiten, Leistung finanzieller Unterstützung und sogar Programme gehören, die in der Vollstreckung justizieller Maßnahmen bestehen. Die Dienstleistungen umfassen, um nur einige wenige Beispiele zu nennen, die Bereitstellung von Einrichtungen zur Aufnahme von Minderjährigen, die der Pflege oder Vormundschaft regionaler Stellen unterliegen, Zentren für die Vollstreckung justizieller Maßnahmen, die Minderjährige betreffen, Unterstützung zur Emanzipation und persönlichen Selbständigkeit Heranwachsender, die der Vormundschaft unterlagen und volljährig geworden sind, Programme justizieller Maßnahmen für Minderjährige, Orte für Familientreffen, Interventionen in Gastfamilien für Minderjährige, Maßnahmen, die für Adoptionen und Adoptionsfamilien bestimmt sind, Tageszentren für Minderjährige in prekärer Lage, Wohnraumdienstleistungen und Unterstützung hinsichtlich der Lebenshaltungskosten für Heranwachsende, Beschäftigungszentren für Heranwachsende, Heimpflege und Tageszentren für alte Personen, Sozialwohnungen für alte Personen und Zentren für Frauen, die der Gefahr sozialer Ausgrenzung ausgesetzt sind, sowie Aufnahmezentren für weibliche Opfer von Gewalt.

57. Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob die in Rede stehenden Dienstleistungen gegen ein Entgelt angeboten werden und somit eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung darstellen.

58. In dieser Hinsicht scheint mir, dass die Begünstigten der Dienstleistungen, die Gegenstand der Vereinbarungen der konzertierten Aktion sind, abgesehen von außergewöhnlichen Fällen, in denen sie verpflichtet sind, eine zuvor vom öffentlichen Auftraggeber genehmigte Gebühr zu zahlen, üblicherweise nicht für die Erbringung dieser Dienstleistungen zahlen<sup>49</sup>. Da der wirtschaftliche Charakter einer Tätigkeit nicht davon abhängt, ob die Dienstleistung von den Nutzern oder dem öffentlichen Auftraggeber bezahlt wird<sup>50</sup>, und da nach den in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften eine solche Bezahlung stattfindet<sup>51</sup>, können diese Dienstleistungen gleichwohl als „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne von Art. 49 AEUV betrachtet werden. Daraus folgt auch, dass die Rechtsnatur und der Solidaritätsmechanismus, der von den Einrichtungen umgesetzt wird, die die in Rede stehenden Dienstleistungen erbringen, ohne Belang sind<sup>52</sup>.

59. Daher werde ich auf der Grundlage fortfahren, dass zumindest einige der Dienstleistungen, die Gegenstand der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion sind, als eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ angesehen werden könnten, wenn diese Dienstleistungen in der Tat gegen *Entgelt* angeboten würden, selbst wenn dieses Entgelt nicht unmittelbar durch die Nutzer der Dienstleistung, sondern durch die öffentlichen Stellen gezahlt wird.

60. Der Vollständigkeit halber sollte geprüft werden, ob die in Rede stehenden Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne des Art. 51 AEUV fallen, da insoweit eine Ausnahme von Art. 49 AEUV besteht. Obwohl das vorliegende Gericht in den Vorlagefragen nicht ausdrücklich nach der in Art. 51 Abs. 1 AEUV vorgesehenen Ausnahme fragt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass einige dieser Tätigkeiten in den Anwendungsbereich des Begriffs der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne dieser

<sup>48</sup> Für eine vollständige Aufstellung vgl. Verweis in Nr. 2 dieser Schlussanträge.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 65 Abs. 3 und 4 des Gesetzes 5/1997 und Art. 11 Abs. 1 Buchst. c des Dekrets 181/2017.

<sup>50</sup> Siehe oben, Nr. 53.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 22 des Dekrets 181/2017.

<sup>52</sup> Ebenda.

Bestimmung fallen können. Beispielsweise scheint es, dass der Anhang des Dekrets 181/2017 bestimmte Tätigkeiten, wie etwa die Vollstreckung von Gerichtsurteilen durch die Einrichtungen der Sozialinitiative im Rahmen der Vereinbarungen der konzertierten Aktion, enthält.

61. Der Begriff „Ausübung öffentlicher Gewalt“ ist eng auszulegen, da er eine Ausnahme von der Niederlassungsfreiheit darstellt<sup>53</sup>. Diese Ausnahme ist auf Tätigkeiten beschränkt, die als solche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen<sup>54</sup>. Außerdem erstreckt sie sich nicht auf bestimmte Tätigkeiten, die im Rahmen der Ausübung öffentlicher Gewalt Hilfs- oder Vorbereitungstätigkeiten darstellen<sup>55</sup>, oder auf bestimmte Tätigkeiten, deren Ausübung zwar einen – sogar regelmäßigen und organischen – Verkehr mit Verwaltungs- oder Justizbehörden mit sich bringt oder in der Tat auf eine – sogar obligatorische – Mitarbeit bei der Erfüllung ihrer Aufgaben hinausläuft, jedoch ihren Beurteilungsspielraum und ihre Entscheidungsbefugnisse unberührt lässt<sup>56</sup>. Ebenso wenig erfasst sie bestimmte Tätigkeiten, die keine Ausübung von Entscheidungsbefugnissen<sup>57</sup>, Durchsetzungsbefugnissen<sup>58</sup> oder Zwangsbefugnissen<sup>59</sup> mit sich bringen.

62. Jedenfalls ist es Sache des vorlegenden Gerichts und nicht des Gerichtshofs, den spezifischen Charakter der Tätigkeiten zu prüfen, die solchen Einrichtungen durch die Vereinbarungen der konzertierten Aktion übertragen werden, und zu klären, ob einige dieser Tätigkeiten eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit sich bringen. Wäre dies der Fall, besäßen diese Tätigkeiten keinen wirtschaftlichen Charakter.

63. Ist unter Berücksichtigung der Art der in Rede stehenden Tätigkeiten festgestellt, dass eine spezifische Tätigkeit eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne des Art. 49 AEUV und der Richtlinie 2014/24 darstellt, besteht der nächste Schritt in der Klärung, ob die *lex specialis* der Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge – die Richtlinie 2014/24 – auf die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften anwendbar ist.

## **2. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/24**

64. Die Anwendung der Richtlinie 2014/24 unterliegt einer Reihe von Voraussetzungen. Erstens muss das von den nationalen Rechtsvorschriften eingeführte Verfahren dem Anwendungsbereich des Begriffes „Auftragsvergabe“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 unterfallen. Zweitens müssen die Vereinbarungen der konzertierten Aktion in den Anwendungsbereich des Begriffes „öffentlicher Auftrag“ fallen, wie er in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 dieser

<sup>53</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Dezember 2011, Kommission/Niederlande (C-157/09, nicht veröffentlicht, EU:C:2011:794, Rn. 57 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>54</sup> Vgl. insbesondere Urteil vom 1. Dezember 2011, Kommission/Niederlande (C-157/09, nicht veröffentlicht, EU:C:2011:794, Rn. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>55</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Juli 1993, Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304, Rn. 22), vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, EU:C:2006:208, Rn. 47), und vom 22. Oktober 2009, Kommission/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, Rn. 36).

<sup>56</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Juni 1974, Reyners (2/74, EU:C:1974:68, Rn. 51 und 53).

<sup>57</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Juli 1993, Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304, Rn. 21 und 22), vom 29. November 2007, Kommission/Österreich (C-393/05, EU:C:2007:722, Rn. 36 und 42), vom 29. November 2007, Kommission/Deutschland (C-404/05, EU:C:2007:723, Rn. 38 und 44), und vom 22. Oktober 2009, Kommission/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, Rn. 36 und 41).

<sup>58</sup> Vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil vom 29. Oktober 1998, Kommission/Spanien (C-114/97, EU:C:1998:519, Rn. 37).

<sup>59</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 30. September 2003, Anker u. a. (C-47/02, EU:C:2003:516, Rn. 61), und vom 22. Oktober 2009, Kommission/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, Rn. 44).

Richtlinie definiert ist. Drittens müssen diese Vereinbarungen den in Art. 4 Buchst. d festgelegten Schwellenwert erreichen oder überschreiten. Ich werde der Reihe nach jede dieser Voraussetzungen behandeln.

**a) Der Begriff „Auftragsvergabe“**

65. Gemäß Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 gilt diese Richtlinie für die „Auftragsvergabe“, die definiert wird als im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgreicher Erwerb u. a. von Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.

66. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich, dass die Auftragsvergabe u. a. eine *Auswahl* eines oder mehrerer Wirtschaftsteilnehmer durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber mit sich bringt. Demgegenüber stellt der bloße Umstand der Finanzierung sozialer Dienstleistungen oder der Erteilung von Konzessionen oder Genehmigungen – ohne Festlegung von Beschränkungen oder Quoten – an alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab definierten Bedingungen erfüllen, keine Auftragsvergabe im Sinne des Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie dar<sup>60</sup>.

67. Die Frage der Auswahl wurde erstmals in der Rechtssache Falk Pharma behandelt<sup>61</sup>. In dieser Rechtssache, die die Richtlinie 2004/18 betraf, hat der Gerichtshof entschieden, dass, wenn der öffentliche Auftraggeber keinen Wirtschaftsteilnehmer auswählt, an den ein Auftrag mit Ausschließlichkeit vergeben wird, dies zur Folge hat, dass das Tätigwerden dieses öffentlichen Auftraggebers keiner Kontrolle unterworfen werden muss, damit es den in dieser Richtlinie festgelegten präzisen Regeln entspricht<sup>62</sup>. Der Gerichtshof hat daher betont, dass die *Auswahl* eines Angebots und somit eines Auftragnehmers ein Element darstellt, das mit dem durch diese Richtlinie geschaffenen Rahmen für öffentliche Aufträge untrennbar verbunden ist<sup>63</sup>.

68. In der Folge dieses Urteils hat der Gerichtshof in der Rechtssache Tirkkonen<sup>64</sup> entschieden, dass, wenn der öffentliche Auftraggeber kein Kriterium für die Vergabe des Auftrags genannt hat, das dazu dient, die zulässigen Angebote vergleichen und ordnen zu können, kein öffentlicher Auftrag im Sinne dieser Richtlinie vorliegen kann<sup>65</sup>. Es wurde entschieden, dass „ein System der landwirtschaftlichen Betriebsberatung ..., durch das eine öffentliche Einrichtung alle Wirtschaftsteilnehmer akzeptiert, die die in der Ausschreibung aufgeführten Eignungsvoraussetzungen erfüllen und die ebenfalls dort genannte Prüfung bestanden haben, keinen öffentlichen Auftrag im Sinne dieser Richtlinie darstellt, selbst wenn während der begrenzten zeitlichen Laufzeit dieses Systems kein neuer Wirtschaftsteilnehmer zugelassen werden kann“<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> Vgl. 114. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24.

<sup>61</sup> Urteil vom 2. Juni 2016 (C-410/14, EU:C:2016:399).

<sup>62</sup> Ebenda, Rn. 37.

<sup>63</sup> Ebenda, Rn. 38.

<sup>64</sup> Urteil vom 1. März 2018, Tirkkonen (C-9/17, EU:C:2018:142).

<sup>65</sup> Ebenda, Rn. 35.

<sup>66</sup> Ebenda, Rn. 41.

69. Dies vorausgeschickt scheint mir, dass das Kriterium der Auswahl, so wie es in den vorgenannten Urteilen Falk Pharma und Tirkkonen definiert wurde, zu einer zweifelhaften Situation führen kann, in der die Mitgliedstaaten die Anwendung der Richtlinie 2014/24 durch Beseitigung der in diesen Urteilen definierten „Auswahl“ ausschließen können. Einige kritische Stimmen haben darauf hingewiesen – und ich neige dazu, Ihnen zuzustimmen –, dass der vom Gerichtshof in diesen Urteilen vertretene restriktive Ansatz u. a. die Mitgliedstaaten von der Anwendung der Richtlinie 2014/24 abhalten und die Wirksamkeit der unionsrechtlichen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge gefährden könnte<sup>67</sup>. Beispielsweise braucht ein öffentlicher Auftraggeber lediglich eine maßgeschneiderte Klausel in die Ausschreibung aufzunehmen, die nur von einer Reihe spezifischer Teilnehmer erfüllt werden kann, und vorzusehen, dass alle Wirtschaftsteilnehmer, die diese Klausel erfüllen, ausgewählt werden, um die Wirksamkeit dieser Regelungen zu beeinträchtigen.

70. Es sei hinzugefügt, dass diese Urteile die Linie zwischen dem Kriterium der Auswahl im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 einerseits und den in derselben Richtlinie vorgesehenen Auswahl- und Zuschlagskriterien andererseits verwischen<sup>68</sup>. Auf den ersten Blick erscheint es mir zweifelhaft, dass ein einziges Element sowohl ein Kriterium für die Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/24 als auch eine Voraussetzung darstellt, die von Bietern nach dieser Richtlinie zu erfüllen ist<sup>69</sup>. Daher rate ich dem Gerichtshof, dieser Rechtsprechungslinie nicht zu folgen. Stattdessen sollte der Gerichtshof dem Begriff „Auftragsvergabe“ eine weiter gefasste Begriffsbestimmung geben, die Verfahren umfasst, die die Vergabe von Aufträgen an bestimmte Dienstleistungserbringer mit sich bringen, während andere für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen werden.

71. Sollte der Gerichtshof jedoch entscheiden, dieser Rechtsprechungslinie zu folgen, ist in der vorliegenden Rechtssache unklar, ob die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften ähnlich wie in den vorgenannten Urteilen ein System vorsehen, nach dem die öffentlichen Auftraggeber eine „Genehmigung“ erteilen und die Nutzer der maßgeblichen Dienstleistungen die Auswahl zwischen den Einrichtungen treffen, die solche Dienstleistungen erbringen, oder ob die Auswahl letztlich bei den öffentlichen Auftraggebern liegt<sup>70</sup>.

72. Das Dekret 181/2017 scheint einen Aufruf zur Abgabe von Angeboten, die eine Mindestpunktzahl erreichen müssen, und die Kriterien für die Auswahl der Einrichtungen für den Abschluss der Vereinbarungen der konzertierten Aktion vorzusehen<sup>71</sup>; die Angebote sind von einem Bewertungsausschuss zu prüfen<sup>72</sup>. Die Entscheidung über die erfolgreichen sozialen Einrichtungen<sup>73</sup>, die sodann verbindliche Vereinbarungen über die sozialen Dienstleistungen schließen können, wird im *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* veröffentlicht<sup>74</sup>. Mir ist jedoch nicht klar, ob es eine beschränkte Zahl erfolgreicher Einrichtungen gibt, denen eine

<sup>67</sup> Vgl. Turudić, M., „Article 76 Principles Of Awarding Contracts“, in Caranta, R., und Sanchez-Graells, A. (Hrsg.), *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing Limited, 2021, S. 863. Vgl. auch Sanchez-Graells, A., <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>.

<sup>68</sup> Vgl. insbesondere Art. 58 und 67 der Richtlinie 2014/24.

<sup>69</sup> Vgl. entsprechend Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas in den verbundenen Rechtssachen Hernández Vidal u. a. (C-127/96, C-229/96 und C-74/97, EU:C:1998:426, Nr. 80), in denen er die Situation, in der die Folge der Anwendung einer Richtlinie zu einer Voraussetzung für ihre Anwendung wird, als unlogisches Ergebnis oder Zirkelschluss charakterisiert.

<sup>70</sup> Im Urteil vom 2. Juni 2016, Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399), wurde die Auswahl dem Patienten und im Urteil vom 1. März 2018, Tirkkonen (C-9/17, EU:C:2018:142), dem Begünstigten der in Rede stehenden Unterstützung übertragen.

<sup>71</sup> Art. 9 Abs. 1 und 2 des Dekrets 181/2017.

<sup>72</sup> Art. 17 des Dekrets 181/2017.

<sup>73</sup> Art. 19 des Dekrets 181/2017.

<sup>74</sup> Art. 19 Abs. 1 des Dekrets 181/2017.

„Genehmigung“ im Sinne des Urteils Falk Pharma erteilt wird, oder ob eine beschränkte Zahl von Einrichtungen *tatsächlich* von den öffentlichen Auftraggebern ausgewählt wird. Außerdem scheinen die in Art. 64 Abs. 2 und 3 des Gesetzes 5/1997 festgelegten Auswahlkriterien im Anwendungsbereich des Begriffs der Auswahl zu liegen, und somit eine „Auftragsvergabe“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 darzustellen. Jedenfalls ist es Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob die tatsächliche Auswahl den Nutzern der in Rede stehenden Dienstleistungen übertragen worden ist oder ob sie von den öffentlichen Auftraggebern selbst vorgenommen wird. Gleichwohl bin ich aus den in diesen Schlussanträgen dargelegten Gründen<sup>75</sup> der Auffassung, dass die Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/24 nicht davon abhängig gemacht werden sollte, auf welche Art und Weise die Mitgliedstaaten erfolgreiche Einrichtungen aussuchen, sondern vom Gegenstand der Aufträge.

73. Gleichwohl ist einmal mehr zu betonen, dass es Sache des vorliegenden Gerichts ist, festzustellen, ob die in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion einer Auswahl als solcher im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 unterliegen.

### ***b) Die Merkmale eines öffentlichen Auftrags***

74. Das Bestehen eines öffentlichen Auftrags stellt eine materielle Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/24 dar. Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 dieser Richtlinie ist ein „öffentlicher Auftrag“ ein zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossener entgeltlicher Vertrag über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen.

75. Auf der Grundlage dieser Definition stellen sich die Hauptmerkmale eines öffentlichen Auftrags neben der offensichtlichen Anforderung der Schriftform für einen solchen Auftrag, die in der vorliegenden Rechtssache eindeutig nicht in Frage steht<sup>76</sup>, wie folgt dar: das Bestehen eines entgeltlichen Vertrags, der zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern über die Erbringung von Dienstleistungen geschlossen wird.

#### *1) Ein entgeltlicher Vertrag*

76. Eingangs ist zu berücksichtigen, dass die Definition eines öffentlichen Auftrags Gegenstand des Unionsrechts ist und dass der entscheidende Faktor für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2014/24 weder darin liegt, wie der in Rede stehende Vertrag nach nationalen Rechtsvorschriften eingeordnet wird, noch darin, welche Absichten der nationale Gesetzgeber oder die Parteien verfolgen. Die Einordnung der in Rede stehenden Vereinbarungen wird von den in dieser Richtlinie festgelegten Bestimmungen geregelt<sup>77</sup>. Daher ist es meiner Auffassung nach nicht maßgeblich, dass Art. 62 Abs. 1 des Gesetzes 5/1997 und Art. 3 Buchst. c des Dekrets 181/2017 die Vereinbarung der konzertierten Aktion als „nicht vertraglich“ einordnen<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Siehe oben, Nrn. 69 und 70.

<sup>76</sup> Art. 3 Buchst. d und Art. 21 Abs. 1 des Dekrets 181/2017 sehen eine Definition für „soziale Vereinbarungen“ vor, die „Dokumente“ nennt, die die Vereinbarung zwischen der Verwaltung und sozialen Einrichtungen in eine verbindliche Form bringen.

<sup>77</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Januar 2007, Auroux u. a. (C-220/05, EU:C:2007:31, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>78</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 20. Oktober 2005, Kommission/Frankreich (C-264/03, EU:C:2005:620, Rn. 36), und vom 22. April 2021, Kommission/Österreich (Miete eines noch nicht errichteten Gebäudes) (C-537/19, EU:C:2021:319, Rn. 43).

77. Was die Bedeutung des Wortes „entgeltlich“ angeht, so hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass es einen Vertrag bezeichnet, mit dem sich jede Partei verpflichtet, eine Leistung im Gegenzug für eine andere zu erbringen<sup>79</sup>. Da die Erbringung einer Dienstleistung durch unterschiedliche Formen der Gegenleistung wie etwa durch die Erstattung der für die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstandenen Kosten vergütet werden kann<sup>80</sup>, führt der synallagmatische Charakter eines öffentlichen Auftrags zwangsläufig zur Begründung rechtlich zwingender Verpflichtungen für jede der Vertragsparteien, deren Erfüllung einklagbar sein muss. Das Synallagma des Vertrags ist somit ein wesentliches Merkmal eines öffentlichen Auftrags<sup>81</sup>.

78. In der vorliegenden Rechtssache ergibt sich erstens, was den gegenseitigen Charakter des öffentlichen Auftrags angeht, aus den in Art. 3 und Art. 21 bis 26 des Dekrets 181/2017 festgelegten Definitionen, dass Dokumente, die von den Parteien verabschiedet werden können, förmliche Vereinbarungen darstellen können. Außerdem kann aus Art. 65 Abs. 2 des Gesetzes 5/1997 abgeleitet werden, dass die Vereinbarungen der konzertierten Aktion Verpflichtungen für die Einrichtungen, die die fraglichen Dienstleistungen erbringen, entstehen lassen, die spezifisch in den Titeln IV und V dieses Dekrets definiert werden. Art. 66 Abs. 2 dieses Gesetzes und Art. 22 Abs. 1 des Dekrets 181/2017 legen die Preise und die Erstattungsmechanismen für diese Einrichtungen fest. Art. 26 des Dekrets 181/2017 sieht ein Rechtsbehelfssystem vor und dessen Titel V beinhaltet eine Aufstellung von Pflichten, die die Ausführung der Dienstleistungen betreffen. Auf dieser Grundlage neige ich der Auffassung zu, dass die Vereinbarungen der konzertierten Aktion eine Beziehung mit synallagmatischem Charakter begründen<sup>82</sup>.

79. Was zweitens den Begriff der Entgeltlichkeit betrifft, sieht Art. 22 Abs. 2 des Dekrets 181/2017 vor, dass der öffentliche Auftraggeber allenfalls die variablen, festen und fortlaufenden Kosten der in Rede stehenden Dienstleistungen zahlt, ein kommerzieller Gewinn für diese Einrichtung aber nicht inbegriffen ist. Obwohl die Nutzer der in Rede stehenden Dienstleistungen – abgesehen von außergewöhnlichen Fällen, in denen sie dazu verpflichtet werden können, eine zuvor genehmigte Gebühr zu zahlen<sup>83</sup> – gewöhnlich nicht für die Erbringung dieser Dienstleistung zahlen, werden den fraglichen Einrichtungen die Kosten der Dienstleistungen erstattet. In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass ein Auftrag nicht allein deshalb nicht von dem Anwendungsbereich dieses Begriffs erfasst wird, weil sich das Entgelt auf die Erstattung der bei der Erbringung der Dienstleistung entstandenen Kosten beschränkt. Mit anderen Worten erfüllt ein lediglich kostendeckendes Entgelt das Kriterium der „Entgeltlichkeit“ im Sinne der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge<sup>84</sup>. Daraus folgt, dass die Rolle des nationalen Gerichts darin besteht, sich zu vergewissern, dass ein Wert vorgesehen ist, nicht jedoch darin, die

<sup>79</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Oktober 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, Rn. 28).

<sup>80</sup> In dieser Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs nur ein entgeltlicher Vertrag einen öffentlichen Auftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18 darstellen kann (vgl. Urteile vom 25. März 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 47, und vom 21. Dezember 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, Rn. 43). Zwar ist mit der Richtlinie 2014/24 die Richtlinie 2004/18 aufgehoben worden, doch ist diese Voraussetzung in beiden Richtlinien ähnlich gefasst. Diese Rechtsprechung kann daher auf die neue Richtlinie Anwendung finden.

<sup>81</sup> Urteil vom 10. September 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685, Rn. 25 und 26 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>82</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. März 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 60 bis 62).

<sup>83</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 Buchst. c des Dekrets 181/2017.

<sup>84</sup> Vgl. Urteile vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a. (C-399/98, EU:C:2001:401, Rn. 77), und vom 18. Januar 2007, Auroux u. a. (C-220/05, EU:C:2007:31, Rn. 45). Es ist erwähnenswert, dass Generalanwältin Trstenjak in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a. (C-159/11, EU:C:2012:303, Nr. 32) feststellt, dass „sich die Auffassung vertreten [lässt], dass nur ein weites Verständnis des Begriffs ‚Entgeltlichkeit‘ dem Zweck der Vergaberichtlinien, der in der Öffnung der Märkte für einen echten Wettbewerb besteht, gerecht wird“.

Angemessenheit der Gegenleistung zu prüfen. Dass die Einrichtungen, die die Dienstleistungen erbringen, keinen Gewinn erzielen, ist somit nicht maßgeblich für die Feststellung des Vorliegens der Entgeltlichkeit.

80. Daraus folgt in der vorliegenden Rechtssache, dass im Rahmen der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion ein *quid pro quo* besteht, da einerseits die Einrichtungen den Einzelnen unter durch die öffentliche Stelle festgelegten Bedingungen soziale Dienstleistungen erbringen und andererseits diese Einrichtungen dafür ein Entgelt in Form einer Kostenerstattung durch die öffentliche Stelle erhalten. Ich gelange zu dem Ergebnis, dass das Kriterium des Vorliegens eines entgeltlichen Vertrags in der vorliegenden Rechtssache erfüllt ist.

2) *Ein zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag*

81. Es ist zu betonen, dass die beiden Begriffe „Wirtschaftsteilnehmer“ und „öffentliche Auftraggeber“ nach der Richtlinie 2014/24 und in der Rechtsprechung zu den Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge sehr weit gefasst sind. Nach meiner Auffassung steht der letztere Begriff in der vorliegenden Rechtssache nicht in Rede, da die Vereinbarungen der konzertierten Aktion durch die Behörden der Region Valencia geschlossen werden<sup>85</sup>.

82. Was den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 der Richtlinie 2014/24 angeht, umfasst er Einrichtungen jeder Art, die auf dem Markt u. a. die Erbringung von Dienstleistungen anbieten. Diese Definition spiegelt die Rechtsprechung wider, nach der es für die Zwecke der Unionsregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht maßgeblich ist, um welche Art von Einrichtung es sich handelt, sondern die Betonung stattdessen auf ihrem Handeln liegt<sup>86</sup>.

83. In der vorliegenden Rechtssache gelten die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften für „Einrichtungen der Sozialinitiative“, die in Art. 3 Buchst. e des Dekrets 181/2017 als Stiftungen, Vereinigungen, Freiwilligenorganisationen und andere Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht definiert werden, die Tätigkeiten im Bereich sozialer Dienstleistungen ausüben. Diese Definition erfasst auch Genossenschaften, die gemäß den spezifischen einschlägigen Rechtsvorschriften als Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht eingeordnet werden<sup>87</sup>. Nach gefestigter Rechtsprechung ist der Umstand, dass es sich bei dem Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers um eine Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt, unerheblich<sup>88</sup>.

84. Dementsprechend gelange ich zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzung eines Vertrags zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern erfüllt ist.

<sup>85</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 des Dekrets 181/2017.

<sup>86</sup> Vgl. Urteile vom 29. November 2007, Kommission/Italien (C-119/06, nicht veröffentlicht, EU:C:2007:729, Rn. 37 bis 41), vom 23. Dezember 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, Rn. 30 und 45), und vom 19. Dezember 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a. (C-159/11, EU:C:2012:817, Rn. 26). Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:291, Nr. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>87</sup> Der Umstand, dass das Dekret 181/2017 Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht von der Erbringung der in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen ausschließt, wird in Abschnitt III.B.3 dieser Schlussanträge behandelt werden.

<sup>88</sup> Vgl. die in Fn. 86 angeführte Rechtsprechung.

### 3) Ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen

85. Die Voraussetzung des „Vertrags über die Erbringung von Dienstleistungen“ betrifft den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrags und erfordert die Feststellung seines Zwecks.

86. Art. 6 Abs. 2 des Dekrets 181/2017 definiert die Dienstleistungen, die nach dem Wortlaut der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion erbracht werden können und im Anhang dieses Dekrets aufgeführt sind. Wie oben in Nr. 57 erwähnt, muss das vorliegende Gericht zuerst prüfen, ob diese Dienstleistungen eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ mit sich bringen und dementsprechend in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und der Richtlinie 2014/24 fallen<sup>89</sup>.

87. Die Beklagte und die spanische Regierung haben dem Umstand erhebliche Bedeutung beigemessen, dass es in Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24 ausdrücklich heißt, dass die Richtlinie nicht die Art und Weise berührt, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten, und dass es im sechsten Erwägungsgrund derselben Richtlinie heißt, dass „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen sollten“. Ich bin jedoch der Auffassung, dass in der vorliegenden Rechtssache die Freiheit der Mitgliedstaaten, darüber zu entscheiden, wie die öffentlichen Mittel zu verwenden sind, nicht unmittelbar in Frage gestellt wird. Entscheidet eine öffentliche Stelle, ein Vergabeverfahren im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 durchzuführen und einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 dieser Richtlinie zu vergeben, fällt Letzterer in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie und sind die darin festgelegten Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge daher anzuwenden.

88. Ist dies der Fall, enthält die Richtlinie 2014/24 spezifische Bestimmungen, die soziale oder andere besondere Dienstleistungen betreffen und in Anhang XIV der Richtlinie aufgeführt sind. Diese Liste beinhaltet mehrere CPV-Codes, die unter die vereinfachte Regelung der Art. 74 bis 76 der Richtlinie 2014/24 fallen. Dieser Anhang präzisiert in einer Fußnote, dass Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung unter dem CPV-Code 75300000-9, „nicht dieser Richtlinie [unterliegen], wenn sie als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert werden“<sup>90</sup>.

89. Nach der dem Gerichtshof vorliegenden Akte ist nicht klar, ob die in Rede stehenden Dienstleistungen in dieser Aufstellung enthalten sind oder zu den gesetzlichen sozialen Dienstleistungen zählen, die die Mitgliedstaaten vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 ausschließen können. Die den Parteien gestellten schriftlichen Fragen haben dieses Rätsel nicht gelöst.

90. Daher bin ich der Ansicht, dass das vorliegende Gericht die notwendigen Prüfungen durchführen und die Aufstellung im Anhang des Dekrets 181/2017 mit der in Anhang XIV der Richtlinie 2014/24 enthaltenen Aufstellung vergleichen muss<sup>91</sup>. Sind die im Anhang des Dekrets 181/2017 aufgeführten Dienstleistungen von den in Anhang XIV dieser Richtlinie enthaltenen CPV-Codes mit der Ausnahme der vorgenannten Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen

<sup>89</sup> Vgl. Abschnitt III.B.1 dieser Schlussanträge.

<sup>90</sup> ASADE macht geltend, die in Rede stehenden Dienstleistungen fielen nicht in den Anwendungsbereich der nach dem sechsten Erwägungsgrund und Anhang XIV (CPV-Code 75300000-9) von dieser Richtlinie ausgeschlossenen Dienstleistungen, und scheint in ihrer schriftlichen Antwort auf die Fragen des Gerichtshofs anzudeuten, die in Rede stehenden Dienstleistungen fielen unter die CPV-Codes 85000000-9 bis 85321000-5. Dieses Vorbringen ist durch das vorliegende Gericht zu prüfen, das allein für die Auslegung der in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften zuständig ist.

<sup>91</sup> Vgl. entsprechend Urteil vom 21. März 2019, Falck Rettungsdienste und Falck (C-465/17, EU:C:2019:234, Rn. 37).

Sozialversicherung erfasst, fallen diese aufgeführten Dienstleistungen in den Anwendungsbereich der „vereinfachten Regelung“ nach den Art. 74 bis 76 der Richtlinie 2014/24. Im Rahmen der folgenden Analyse gehe ich von der Annahme aus, dass einige der in Rede stehenden Dienstleistungen von dieser Regelung erfasst werden. Da die Verfahren, die Parteien und der Gegenstand bestimmt worden sind, wende ich mich nun der Prüfung zu, ob die in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion die in der Richtlinie 2014/24 festgelegten Schwellenwerte überschreiten.

### *c) Die Schwellenwertkriterien*

91. Der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von Anhang XIV der Richtlinie 2014/24, die der „vereinfachten Regelung“ nach den Art. 74 bis 76 derselben Richtlinie unterliegen, ist in Art. 4 Buchst. d dieser Richtlinie festgelegt. Dort heißt es, dass die Richtlinie 2014/24 für Aufträge gilt, deren geschätzter Wert 750 000 Euro nicht unterschreitet<sup>92</sup>.

92. In dieser Hinsicht ist zu betonen, dass nach dem 114. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 bestimmte Dienstleistungskategorien, darunter bestimmte soziale Dienstleistungen, eine begrenzte grenzüberschreitende Dimension haben und daher einer spezifischen Regelung mit einem höheren Schwellenwert unterfallen als dem, der für andere Dienstleistungen gilt<sup>93</sup>.

93. Dementsprechend gelten die Regeln der Richtlinie 2014/24 nicht für die Vergabe von Aufträgen mit einem Wert, der diesen durch Art. 4 Buchst. d der Richtlinie festgelegten Schwellenwert unterschreitet<sup>94</sup>. Solche Auftragsvergaben müssen gleichwohl mit den Regeln für die Grundfreiheiten sowie den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der gegenseitigen Anerkennung, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit vereinbar sein<sup>95</sup>.

94. In der vorliegenden Rechtssache scheinen die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften keine Angaben über den wirtschaftlichen Wert der Dienstleistungen vorzusehen, die Gegenstand der Vereinbarungen der konzertierten Aktion sind. Angesichts dessen, dass der Schwellenwert in Art. 4 Buchst. d der Richtlinie 2014/24 erheblich ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Wert in einigen Fällen diesen Schwellenwert überschreitet, während er in anderen möglicherweise darunterbleibt. Daher ist es Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob diese Voraussetzung der Richtlinie 2014/24 von den in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion erfüllt wird.

95. Sind alle vorgenannten Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 und Art. 4 Buchst. d der Richtlinie 2014/24 gegeben, fallen die in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Insbesondere bin ich in Beantwortung der Fragen des vorlegenden Gerichts der Ansicht, dass der bloße Umstand, dass diese Vereinbarungen auf dem Solidaritätsgrundsatz beruhen, nicht bedeutet, dass Letztere vom Begriff „öffentliche Aufträge“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24

<sup>92</sup> Die Bestimmung präzisiert, dass es sich um den Wert ohne Mehrwertsteuer handelt.

<sup>93</sup> Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass einige Aufträge eine grenzüberschreitende Dimension haben können, obgleich ihr Wert den vorgenannten Schwellenwert unterschreitet, z. B. wenn das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in Gebieten nahe der Grenzen zu anderen Mitgliedstaaten der Union stattfindet (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso, C-147/06 und C-148/06, EU:C:2008:277, Rn. 31, und vom 17. November 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, Rn. 51). Diese Erstreckung scheint jedoch in der vorliegenden Rechtssache nicht zu gelten.

<sup>94</sup> Vgl. entsprechend Beschluss vom 7. Juli 2016, Sá Machado & Filhos (C-214/15, nicht veröffentlicht, EU:C:2016:548, Rn. 29).

<sup>95</sup> Vgl. in diesem Sinne erster Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24.

auszuschließen sind. Dass die in Rede stehenden Dienstleistungen durch öffentliche Stellen vergütet werden, dass sie für die Einrichtungen, die diese Dienstleistungen erbringen, keinen Gewinn mit sich bringen oder dass sie für die Nutzer kostenlos erbracht werden, ist darüber hinaus für die Feststellung, ob ein solcher öffentlicher Auftrag vorliegt, unerheblich. Was die in Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 Buchst. d hinsichtlich der Auftragsvergabe bzw. des Schwellenwerts festgelegten Voraussetzungen angeht, ist es jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob das Verfahren und der Wert der Aufträge die notwendigen Voraussetzungen erfüllen.

96. Dies vorausgeschickt, wende ich mich nun dem Kern der Frage zu: Können Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht vom Abschluss öffentlicher Aufträge nach den spezifischen Bestimmungen der Richtlinie 2014/24 ausgeschlossen werden?

### ***3. Vorbehaltene Aufträge und die vereinfachte Regelung nach der Richtlinie 2014/24***

97. In der Annahme, dass zumindest einige der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 fallen, ersucht das vorlegende Gericht um Feststellung, ob die „vereinfachte Regelung“, denen diese Vereinbarungen unterliegen, den Mitgliedstaaten gestattet, Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht von jeder Möglichkeit auszuschließen, solche Vereinbarungen zu schließen.

98. Erstens lassen die spezifischen Bestimmungen der Richtlinie 2014/24 nicht erkennen, ob öffentliche Aufträge im Bereich sozialer Dienstleistungen Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht vorzubehalten sind. Art. 20 und Art. 77 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 gestatten jedoch den Mitgliedstaaten ausdrücklich, die Art der Organisationen zu bestimmen, die an Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge teilnehmen können, die bestimmte soziale Dienstleistungen betreffen<sup>96</sup>. Öffentliche Aufträge, die soziale Dienstleistungen betreffen, die von Art. 74 erfasst werden und nicht in den Anwendungsbereich von Art. 20 und Art. 77 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 fallen, unterliegen der vereinfachten Regelung der Art. 74 bis 76 dieser Richtlinie, die meines Erachtens an zweiter Stelle zu prüfen ist.

#### ***a) Vorbehaltene Aufträge***

99. Da Art. 20 und Art. 77 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln dieser Richtlinie darstellen, bin ich der Auffassung, dass der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen eng auszulegen ist. Dies bedeutet insbesondere, dass diese Bestimmungen eine erschöpfende Aufstellung der Fälle beinhalten, die Gegenstand vorbehaltener Aufträge sein können.

##### ***1) Vorbehaltene Aufträge nach Art. 20 der Richtlinie 2014/24***

100. Art. 20 der Richtlinie 2014/24 behandelt zwei alternative Situationen: i) die Möglichkeit der öffentlichen Auftraggeber, Aufträge entweder geschützten Werkstätten oder Wirtschaftsteilnehmern vorzubehalten, deren Zweck die soziale und berufliche Integration von

<sup>96</sup> Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass die einzig erlaubten Ausnahmen von der Anwendung der Richtlinie 2014/24 diejenigen sind, die darin ausdrücklich genannt sind (vgl. Urteil vom 18. Januar 2007, Auroux u. a., C-220/05, EU:C:2007:31, Rn. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, oder ii) die Möglichkeit, zu bestimmen, dass solche Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchgeführt werden<sup>97</sup>.

101. Während es Sache des vorlegenden Gerichts ist, die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die in Rede stehenden Dienstleistungen festzustellen, bin ich der Ansicht, dass die Anwendung dieser Bestimmung in der vorliegenden Rechtssache nicht ausgeschlossen werden kann. In der Tat umfasst Abschnitt IV des Anhangs des Dekrets 181/2017 Personen „funktionaler Vielfalt“ und behandelt insbesondere Nr. 2 dieses Anhangs deren soziale Integration. Daher kann, soweit die in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion Dienstleistungen betreffen, die Empfängern erbracht werden, die zu diesen Personen zählen, Art. 20 der Richtlinie 2014/24 anwendbar sein.

102. Dieser Artikel gestattet den öffentlichen Auftraggebern – ohne sie dazu zu verpflichten –, Aufträge geschützten Werkstätten und Wirtschaftsteilnehmern vorzubehalten, die Sozialinitiativen verfolgen, oder zu bestimmen, dass diese Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchgeführt werden. Die Frage, ob die Mitgliedstaaten nach dieser Bestimmung zusätzliche Beschränkungen auferlegen können, die den Kreis der erlaubten Teilnehmer beschränken und somit die Auftragsvergabe vorbehalten, wurde in jüngerer Zeit durch den Gerichtshof in der Rechtssache Conacee<sup>98</sup> geprüft.

103. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass sich aus dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 und den von Letzterem verfolgten Zielen ergibt, dass er keine abschließend aufgezählten Voraussetzungen enthält, unter denen ein öffentlicher Auftraggeber die Art der Wirtschaftsteilnehmer beschränken kann, denen er einen vorbehaltenen Auftrag erteilen kann. Stattdessen räumt diese Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, zusätzliche Kriterien festzulegen, die solche Voraussetzungen definieren, wenn diese zusätzlichen Kriterien dazu beitragen, die von Art. 20 der Richtlinie 2014/24 verfolgten Ziele der Sozial- und Arbeitspolitik zu gewährleisten. Der Auffassung des Generalanwalts Tanchev folgend, dass die Anforderungen nach dieser Bestimmung als Mindestanforderungen anzusehen sind<sup>99</sup>, entschied der Gerichtshof, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, den Kreis der zugelassenen Teilnehmer einzuschränken, wenn sie auf die vorbehaltenen Aufträge nach Art. 20 der Richtlinie 2014/24 zurückgreifen<sup>100</sup>.

104. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten Kriterien wie das in den nationalen Rechtsvorschriften festgelegte Kriterium des Ausschlusses der Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht hinzufügen können, soweit ein solcher Ausschluss „dazu beitr[ägt], die mit [dieser Bestimmung] verfolgten Ziele der Sozial- und Arbeitspolitik zu gewährleisten“<sup>101</sup>. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dem Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache keine Angaben zu den hinter einem solchen Ausschluss durch die nationalen Rechtsvorschriften stehenden Gründen gemacht wurden. Man könnte argumentieren, dass Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht eine sozialere Dimension haben als solche mit Gewinnerzielungsabsicht und daher besser geeignet sind, solche Ziele zu verfolgen. Umgekehrt könnte vorgebracht werden, dass Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht Dienstleistungen

<sup>97</sup> Zur Entstehungsgeschichte der vorbehaltenen Aufträge nach Art. 20 vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Tanchev in der Rechtssache Conacee (C-598/19, EU:C:2021:349, Nr. 60).

<sup>98</sup> Urteil vom 6. Oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810).

<sup>99</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Tanchev in der Rechtssache Conacee (C-598/19, EU:C:2021:349, Nr. 40).

<sup>100</sup> Urteil vom 6. Oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, Rn. 24 bis 28).

<sup>101</sup> Urteil vom 6. Oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, Rn. 28).

von hoher Qualität zu geringen Kosten erbringen können und daher in der Lage sind, solche Ziele zu verfolgen. Es ist allerdings allein Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob der in Rede stehende Ausschluss dazu beiträgt, „Ziele der Sozial- und Arbeitspolitik zu gewährleisten“.

105. An dieser Stelle sind jedoch zwei Grenzen der in Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 festgelegten Möglichkeiten zu betonen.

106. Erstens verpflichtet Art. 20 Abs. 2 dieser Richtlinie die Mitgliedstaaten, wenn sie von der in Art. 20 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch machen, im Aufruf zum Wettbewerb ausdrücklich auf diesen Artikel Bezug zu nehmen; andernfalls können solche Aufträge nicht vorbehalten werden. In der vorliegenden Rechtssache muss das vorlegende Gericht feststellen, ob diese Anforderung erfüllt ist.

107. Zweitens muss ein Mitgliedstaat, wenn er von der in Art. 20 der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch macht, u. a. die Niederlassungsfreiheit sowie die aus ihr abgeleiteten Grundsätze wie die der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit wahren<sup>102</sup>. Hinsichtlich der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen, deren Nutzer Personen funktionaler Vielfalt sind, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu klären, ob die in den nationalen Rechtsvorschriften festgelegten Voraussetzungen im Hinblick auf die in Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 geforderte Gewährleistung der Integration dieser Personen erforderlich und verhältnismäßig sind. Außerdem ist erwähnenswert, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass der Gleichheitsgrundsatz im Kern nicht verletzt ist, wenn die Mitgliedstaaten vorbehaltene Aufträge auf Freiwilligenorganisationen beschränken<sup>103</sup>.

## 2) Vorbehaltene Aufträge nach Art. 77 der Richtlinie 2014/24

108. Art. 77 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 gilt für bestimmte spezifische soziale Dienstleistungen. Während es möglich erscheint, dass einige der im Anhang des Dekrets 181/2017 genannten Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des Art. 77 fallen, ist mir klar, dass weder die fraglichen Einrichtungen noch die Vereinbarungen der konzertierten Aktion die in Art. 77 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2014/24 festgelegten Voraussetzungen erfüllen.

109. Der Wortlaut und die Systematik des Art. 77 dieser Richtlinie geben kaum Hinweise für seine Auslegung<sup>104</sup>. Jedoch erläutert der 118. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 den Zweck der Vergabeverfahren, die nach Art. 77 dieser Richtlinie spezifischen Einrichtungen vorbehalten werden können. In diesem Erwägungsgrund heißt es, dass es, um die Kontinuität der öffentlichen Dienstleistungen zu gewährleisten, im Rahmen dieser Richtlinie gestattet sein sollte, die Teilnahme an Vergabeverfahren für bestimmte Dienstleistungen im Sozialbereich bestimmten Organisationen vorzubehalten, wie etwa Organisationen, die nach dem Prinzip der Mitarbeiterbeteiligung oder der aktiven Mitbestimmung der Belegschaft an der Führung der

<sup>102</sup> Urteil vom 6. Oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>103</sup> Was die Richtlinie 2004/18 angeht, hat der Gerichtshof entschieden, dass, wenn öffentliche Aufträge für Krankentransport in die von Anhang II B dieser Richtlinie erfassten Dienstleistungsaufträge einbezogen werden können und daher nicht allen ihren Vorschriften unterliegen, solche Aufträge Freiwilligenorganisationen vorbehalten werden können, ohne dass dadurch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen wird (Urteil vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a., C-113/13, EU:C:2014:2440, Rn. 59).

<sup>104</sup> Die Entstehungsgeschichte des Art. 77 gibt nicht viele Anhaltspunkte für seine Auslegung, da diese Bestimmung ursprünglich nicht im Gesetzgebungsvorschlag der Kommission enthalten war (vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM[2011] 896 endg. – 2011/0438 [COD]) und erst in einem späteren Stadium des Gesetzgebungsverfahrens hinzugefügt wurde (vgl. Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 15. Januar 2014 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG [EP-PE\_TC1-COD(2011)0438]).

Organisation arbeiten, und Genossenschaften. Die Mitgliedstaaten können daher den Teilnehmerkreis auf solche Organisationen zur Erbringung dieser Dienstleistungen an die Endverbraucher beschränken. Aus diesen Erläuterungen ergibt sich, dass Vergabeverfahren nach Art. 77 der Richtlinie 2014/24 lediglich eine Untergruppe der Auftragsvergaben darstellen, die der vereinfachten Regelung unterfallen, und dass die in dieser Bestimmung festgelegten Voraussetzungen daher eng auszulegen sind<sup>105</sup>.

110. Erstens enthält Art. 77 Abs. 2 dieser Richtlinie eine Aufstellung vier kumulativer Voraussetzungen. Die ersten drei betreffen die Führung der Einrichtungen, die die Dienstleistungen erbringen, während die vierte die Beschränkung aufeinanderfolgender Auftragswiederholungen behandelt. In der vorliegenden Rechtssache scheinen die dritte und die vierte dieser Voraussetzungen in Hinblick auf die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften eine Herausforderung darzustellen. Einerseits scheinen die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften nicht auf Einrichtungen abzielen, deren wirtschaftliche Führung Mitarbeiterbeteiligung der Arbeitnehmer oder partizipatorische Grundsätze beinhaltet<sup>106</sup>. Somit ist es sehr unwahrscheinlich, dass die Einrichtungen, die Parteien der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion sind, die in Art. 77 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2014/24 festgelegte Voraussetzung erfüllen. Andererseits ist mir bei der Prüfung der in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften keine „No-Repeat“-Klausel wie diejenige aufgefallen, die in Art. 77 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2014/24 enthalten ist. Im Gegenteil, der letzte Satz des Art. 23 des Dekrets 181/2017 scheint die Erneuerung eines Vertrags selbst nach der in diesem Vertrag vorgesehenen zehnjährigen Verlängerung zu gestatten. Daher scheinen die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften die Kriterien des Art. 77 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 nicht zu erfüllen.

111. Die in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion erfüllen auch nicht die in Art. 77 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 festgelegte Voraussetzung, nach der die Laufzeit des Vertrags drei Jahre nicht überschreiten darf. Nach Art. 23 des Dekrets 181/2017 können diese Vereinbarungen für längstens vier Jahre abgeschlossen und gegebenenfalls bis auf bis zu zehn Jahre Laufzeit verlängert werden (mit der Möglichkeit, sofort danach eine weitere Vereinbarung abzuschließen).

112. Im Licht der vorstehenden Erwägungen gelange ich zu dem Ergebnis, dass Art. 77 der Richtlinie 2014/24 in der vorliegenden Rechtssache nicht anwendbar ist.

113. Ich werde auf der Grundlage fortfahren, dass, was die Vereinbarungen der konzertierten Aktion angeht, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 fallen, außer denen, die von deren Art. 20 erfasst werden, die übrigen dieser Vereinbarungen die Kriterien der vereinfachten Regelung nach den Art. 75 und 76 dieser Richtlinie erfüllen müssen.

<sup>105</sup> Einigen Literaturstimmen zufolge wurde diese Bestimmung eingeführt, um die spezifischen Bedürfnisse des Vereinigten Königreichs zu berücksichtigen. Sie ist nur auf eine bestimmte Untergruppe der Dienstleistungen der vereinfachten Regelung anwendbar (vgl. Turudić, S. 867, zitiert oben in Fn. 67, und die von diesem Verfasser angeführte Literatur). Dieser Ansatz findet in zumindest zwei Sätzen des 118. Erwägungsgrunds der Richtlinie 2014/24 Bestätigung, die implizieren, dass bestimmte von der vereinfachten Regelung erfasste Dienstleistungen der in Art. 77 dieser Richtlinie festgelegten Regelung unterliegen können.

<sup>106</sup> Wie die norwegische Regierung erläutert hat, behandelt Art. 77 der Richtlinie 2014/24 die Möglichkeit, Aufträge bestimmten Gesellschaften vorzubehalten, die von Personen neu gegründet wurden, die zuvor im öffentlichen Sektor beschäftigt waren. Sie ist nicht auf Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht beschränkt, sondern umfasst auch gewerbliche Einrichtungen.

**b) Die Regelungen nach den Art. 75 und 76 der Richtlinie 2014/24**

114. Das vorliegende Gericht fragt im Wesentlichen, ob öffentliche Stellen lediglich mit privaten Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht Vereinbarungen der konzertierten Aktion schließen können, in deren Rahmen solche Stellen solchen Einrichtungen soziale Dienstleistungen übertragen, die in Art. 74 der Richtlinie 2014/24 genannt sind. Zur Beantwortung dieser Frage muss ich mich den Regelungen zuwenden, die in den Art. 75 und 76 dieser Richtlinie festgelegt sind und u. a. die Verpflichtung zur Veröffentlichung von Bekanntmachungen bzw. den Gleichheitsgrundsatz behandeln.

115. Erstens verpflichtet Art. 75 der Richtlinie 2014/24, der die Veröffentlichung von Bekanntmachungen betrifft, die öffentlichen Auftraggeber, ihren Plan, einen öffentlichen Auftrag zu vergeben, mit einer Auftragsbekanntmachung oder einer Vorinformation dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union<sup>107</sup> mitzuteilen. Art. 74 der Richtlinie 2014/24 führt eine Sonderregelung für die Auftragsvergabe ein, die für öffentliche Aufträge für soziale und andere besondere Dienstleistungen bestimmt ist, deren Wert den in Art. 4 Buchst. d dieser Richtlinie genannten Schwellenwert nicht unterschreitet. Art. 75 dieser Richtlinie seinerseits betont den Umstand, dass öffentliche Stellen gleichwohl den Regeln für die Veröffentlichung von Ausschreibungen entsprechen müssen, die diese Vergaben öffentlicher Aufträge betreffen. Dabei stellt sich diese Anforderung als Ausdruck des Transparenzgrundsatzes dar, wie er in Abschnitt 2 und Art. 76 Abs. 1 dieser Richtlinie festgelegt ist.

116. In der vorliegenden Rechtssache werden die maßgeblichen Auftragsbekanntmachungen nach Art. 13 Abs. 2 des Dekrets 181/2017 durch das *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* (Amtsblatt der Selbstverwaltung der Autonomen Gemeinschaft Valencia) veröffentlicht. Diese, was die Auftragsbekanntmachungen angeht, auf die Autonome Gemeinschaft Valencia beschränkte Form der Publizität reicht jedoch meines Erachtens nicht aus, um die Anforderungen des Art. 75 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 zu erfüllen, wonach für den Fall, dass die öffentlichen Auftraggeber sich dafür entscheiden, eine Auftragsbekanntmachung herauszugeben, ausdrücklich auf das Verfahren nach Art. 51 dieser Richtlinie verwiesen wird. Folglich scheinen die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften nicht mit den in Art. 75 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 festgelegten Transparenzregeln vereinbar zu sein.

117. Zweitens müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 76 Abs. 1 dieser Richtlinie selbst im Rahmen der vereinfachten Regelung u. a. den Grundsatz der Gleichheit der Wirtschaftsteilnehmer beachten. Es ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie 2014/24 die Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit sowie der sich aus den Grundfreiheiten ergebenden Grundsätze wie denen der Gleichbehandlung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz anstrebt<sup>108</sup>.

118. Dementsprechend wird das vorliegende Gericht zu prüfen haben, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften, die *de facto* den Ausschluss von Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht von der Erbringung bestimmter sozialer Dienstleistungen im Rahmen der Vereinbarungen der konzertierten Aktion nach dem Dekret 181/2017<sup>109</sup> gestatten, mit diesen Grundsätzen vereinbar sind.

<sup>107</sup> Vgl. Art. 48 bis 51 der Richtlinie 2014/24.

<sup>108</sup> Erster Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24. Vgl. auch Urteil vom 3. Oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, Rn. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>109</sup> Siehe oben, Nr. 83.

119. Es sei daran erinnert, dass der Gleichheitsgrundsatz nach gefestigter Rechtsprechung erfordert, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist<sup>110</sup>. Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist im Licht des Zwecks und des Ziels der Unionsmaßnahme, die die fragliche Unterscheidung einführt, zu beurteilen<sup>111</sup>.

120. Somit wird das vorliegende Gericht in der vorliegenden Rechtssache zu klären haben, ob sich die „Einrichtungen der Sozialinitiative“, wie sie in Art. 3 Buchst. e des Dekrets 181/2017 definiert werden, in Hinblick auf das durch die vereinfachte Regelung nach den Art. 74 bis 76 der Richtlinie 2014/24 verfolgte Ziel in der gleichen Situation befinden wie Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht<sup>112</sup>.

121. Was diese Ziele anbetrifft, erläutert der 114. Erwägungsgrund dieser Richtlinie, dass die vereinfachte Regelung, die insbesondere bestimmte soziale Dienstleistungen betrifft, im Licht des kulturellen Kontexts und des sensiblen Charakters dieser Dienstleistungen einzuführen ist. Daher sollte den Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung des Wortlauts des Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24 ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werden, damit sie die Auswahl der Dienstleister in einer Weise organisieren können, die sie für am besten geeignet erachten. Dieser Erwägungsgrund fügt die Ziele der Vereinfachung und Reduzierung des Verwaltungsaufwands für die öffentlichen Auftraggeber und die Wirtschaftsteilnehmer hinzu.

122. Meiner Auffassung nach ist dieser Erwägungsgrund in Verbindung mit Art. 76 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 auszulegen, der die Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen sowie die spezifischen Bedürfnisse verschiedener Nutzerkategorien nennt. Es scheint daher, dass das Bestehen der vereinfachten Regelung mit dem spezifischen Charakter der fraglichen sozialen Dienstleistungen gerechtfertigt wird. Dementsprechend scheint mir, dass das maßgebliche Kriterium sein sollte, welchen Charakter die fraglichen sozialen Dienstleistungen haben, die von den beiden Kategorien von Einrichtungen erbracht werden<sup>113</sup>.

123. In der vorliegenden Rechtssache haben die Beklagte und die spanische Regierung nicht erläutert, warum Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht automatisch vom Anwendungsbereich des Dekrets 181/2017 ausgeschlossen werden. Während vertreten werden könnte, dass die in Art. 3 Buchst. e des Dekrets 181/2017 definierten „Einrichtungen der Sozialinitiative“ und Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht unterschiedliche Rechtsnatur haben und unterschiedlich arbeiten, könnten auch Einrichtungen der beiden Kategorien aufgerufen werden, gleichartige Dienstleistungen auf demselben Qualitätsniveau und zu vergleichbaren Kosten zu erbringen. Daraus ergibt sich vorbehaltlich der Feststellungen des vorliegenden Gerichts, dass sich Einrichtungen dieser beiden Kategorien in Hinblick auf das Ziel der Regelung nach den Art. 74 bis 76 der Richtlinie 2014/24 in einer vergleichbaren Lage befinden könnten.

124. Außerdem dürfen nach ständiger Rechtsprechung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, die von den Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2014/24 aufgestellten Regeln nicht

<sup>110</sup> Vgl. u. a. Urteil vom 14. Dezember 2004, *Swedish Match* (C-210/03, EU:C:2004:802, Rn. 70 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>111</sup> Vgl. u. a. Urteil vom 1. März 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats u. a.* (C-236/09, EU:C:2011:100, Rn. 29).

<sup>112</sup> Vgl. entsprechend Urteil vom 6. Oktober 2021, *Conacee* (C-598/19, EU:C:2021:810, Rn. 38).

<sup>113</sup> Die Beklagte selbst misst diesem Aspekt erhebliche Bedeutung zu, wenn sie darauf hinweist, die Richtlinie 2014/24 ziele darauf ab, die spezifischen Merkmale der personenbezogenen Dienstleistungen zu berücksichtigen (vgl. Nr. 17 der Erklärungen der Beklagten).

über das hinausgehen, was zur Erreichung der mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele erforderlich ist<sup>114</sup>. In diesem Zusammenhang steht für mich fest, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht dahin ausgelegt werden kann, dass sie es gestattet, bestimmte Einrichtungen nur deswegen von der Anwendung der vereinfachten Regelung auszuschließen, weil sie die Erzielung von Gewinnen beabsichtigen<sup>115</sup>.

125. Insbesondere ist mir nicht ersichtlich, wie der automatische Ausschluss von Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht aus dem Anwendungsbereich der nationalen Rechtsvorschriften sicherstellt, dass die in Rede stehenden Dienstleistungen in angemessener Weise erbracht werden, und gleichzeitig der Verwaltungsaufwand, wie im 114. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 erwähnt, vereinfacht und reduziert wird. Außerdem dürfte ein solcher automatischer Ausschluss nicht, wie von Art. 76 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 verlangt, zur Qualität, Kontinuität, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit dieser Dienstleistungen beitragen. Bei der Umsetzung der vereinfachten Regelung scheint es angebrachter, den Schwerpunkt auf die Fähigkeit zu legen, kosteneffiziente soziale Dienstleistungen von hoher Qualität zu erbringen, statt darauf, welche Art von Einrichtung solche Dienstleistungen erbringt<sup>116</sup>.

126. Folglich ist es meiner Ansicht nach nicht vorstellbar, dass ein solcher Ausschluss gerechtfertigt oder verhältnismäßig ist; er verstößt daher gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

#### **4. Niederlassungsfreiheit**

127. Wenn die in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 fallen<sup>117</sup>, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist, bedeutet dies jedoch nicht, dass diese Vereinbarungen notwendigerweise vom Anwendungsbereich des Unionsrechts ausgeschlossen sind. Aus der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass die in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion gleichwohl den Grundfreiheiten und den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts unterliegen können, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, und dem sich daraus ergebenden Transparenzgebot, sofern solche Vereinbarungen eine eindeutige grenzüberschreitende Dimension haben<sup>118</sup>. Außerdem gelten diese Grundfreiheiten und Grundsätze unter diesem Vorbehalt, wenn zwischen den interessierten Teilnehmern keine Auswahl stattfindet. In der Tat hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit und der Gleichbehandlungsgrundsatz im Gegensatz zur Richtlinie 2014/24 für unterschiedliche Konzessionssysteme gelten, wenn keine Auswahl stattfindet<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, Rn. 42 bis 44 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. entsprechend Urteile vom 23. November 2017, Di Maura (C-246/16, EU:C:2017:887, Rn. 25), und vom 26. April 2012, Kommission/Niederlande (C-508/10, EU:C:2012:243, Rn. 75).

<sup>115</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>116</sup> Siehe oben, Nr. 122.

<sup>117</sup> Wenn z. B. der Wert der öffentlichen Auftragsvergabe nicht den in Art. 4 Buchst. d der Richtlinie 2014/24 festgelegten Schwellenwert erreicht, unterliegt diese nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie.

<sup>118</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso (C-147/06 und C-148/06, EU:C:2008:277, Rn. 20 und 21), vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, Rn. 45 und 46), vom 18. Dezember 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, Rn. 32) und vom 16. April 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 16).

<sup>119</sup> Vgl. Urteil vom 16. Februar 2012, Costa und Cifone (C-72/10 und C-77/10, EU:C:2012:80, Rn. 70 bis 73 und die dort angeführte Rechtsprechung).

128. In der vorliegenden Rechtssache gehe ich, da dem Gerichtshof, wie oben erwähnt, keine Angaben zum Wert der fraglichen Vereinbarungen der konzertierten Aktion vorliegen, von der Annahme aus, dass der Wert dieser Vereinbarungen in einigen Fällen den in Art. 4 Buchst. d der Richtlinie 2014/24 festgelegten Schwellenwert überschreitet, während er in anderen Fällen darunterbleibt<sup>120</sup>, was vom vorlegenden Gericht zu überprüfen ist<sup>121</sup>. In letzteren Fällen würde ich darauf hinweisen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass wegen der „sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung“ vernünftigerweise angenommen werden könnte, dass ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen niedergelassen ist, in dem der Auftrag vergeben wird, kein Interesse an dem in Rede stehenden Auftrag hätte, mit der Wirkung, dass die Anwendung der im primären Unionsrecht verankerten Regelungen nicht gerechtfertigt wäre<sup>122</sup>.

129. Daher sollte das vorlegende Gericht, sofern die sozialen Dienstleistungen, die Gegenstand der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion sind, eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen und eine grenzüberschreitende Dimension haben, prüfen, ob das Fehlen einer ausreichenden Veröffentlichung der Ausschreibung und der *de facto* stattfindende Ausschluss von Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht ein Hindernis für die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV und einen Verstoß gegen die sich daraus ergebenden Grundsätze der Gleichbehandlung und des Transparenzgebots darstellen<sup>123</sup>.

130. Was erstens die Niederlassungsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz angeht, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass ein Erfordernis, wonach Personen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben wollen, eine spezifische Rechtsform annehmen müssen, eine Beschränkung ihrer Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 49 AEUV darstellt. Denn eine solche Anforderung hindert Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in ihrem Herkunftsmitgliedstaat und einer anderen Rechtsform daran, eine Zweigniederlassung im Aufnahmestaat zu gründen<sup>124</sup>.

131. Da diese Beschränkung keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit begründet, darf sie jedoch auch ein nach dem Unionsrecht als legitim anerkanntes Ziel verfolgen. In dieser Hinsicht bin ich der Auffassung, dass die in den Nrn. 122 bis 125 dieser Schlussanträge dargelegten Erwägungen hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe und der Verhältnismäßigkeit der nationalen Rechtsvorschriften entsprechend gelten. Da die spanischen Behörden keinerlei Rechtfertigung für den Ausschluss der Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht von den in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion vorgebracht haben, scheinen die nationalen Rechtsvorschriften gegen die Niederlassungsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verstoßen. Jedenfalls dürfte der automatische Ausschluss der Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht aus dem Anwendungsbereich der nationalen Rechtsvorschriften nicht verhältnismäßig sein, da er den Schwerpunkt nicht auf Art und Qualität der erbrachten Dienstleistungen, sondern auf die Rechtsform der Einrichtung legt.

<sup>120</sup> Siehe oben, Nr. 94.

<sup>121</sup> Im Gegensatz zu Rechtssachen, in denen der Gerichtshof das Vorabentscheidungsersuchen für unzulässig erklärt hat, da das vorlegende Gericht dem Gerichtshof keinerlei Angaben über das Vorliegen einer grenzüberschreitenden Dimension gemacht hat (vgl. u. a. Urteil vom 6. Oktober 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747), geht es in der vorliegenden Rechtssache im Ausgangsverfahren um eine Nichtigkeitsklage, was bedeutet, dass Rn. 51 der Urteils vom 15. November 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), gilt (siehe oben, Nr. 38). Daher wird eine solche Dimension angenommen.

<sup>122</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, Rn. 20).

<sup>123</sup> Im Urteil vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, Rn. 50), hat der Gerichtshof entschieden, dass sich die allgemeinen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung aus den Art. 49 und 56 AEUV „ergeben“.

<sup>124</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Juli 1984, Klopp (107/83, EU:C:1984:270, Rn. 19), vom 7. Juli 1988, Stanton und L'Étoile 1905 (143/87, EU:C:1988:378, Rn. 11), vom 29. April 2004, Kommission/Portugal (C-171/02, EU:C:2004:270, Rn. 42), und vom 9. September 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, Rn. 28).

Dies vorausgeschickt ist es Sache des nationalen Gerichts, zu klären, ob die nationalen Rechtsvorschriften ein legitimes Ziel verfolgen, das durch das Unionsrecht anerkannt ist, und wenn ja, zu beurteilen, ob diese Rechtsvorschriften mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sind.

132. Zweitens ist in Hinblick auf das Transparenzgebot nach Art. 49 AEUV erwähnenswert, dass diese Verpflichtung im Gegensatz zu den spezifischen Anforderungen, die sich aus der Richtlinie 2014/24 ergeben, keine Veröffentlichung der Ausschreibung im *Amtsblatt der Europäischen Union* verlangt. Stattdessen ist diese Verpflichtung darauf beschränkt, einen hinreichenden Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der erstens den Wettbewerb öffnet und zweitens die Nachprüfung ermöglicht, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist<sup>125</sup>.

133. Da das *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* das Amtsblatt der Regierung der Autonomen Gemeinschaft Valencia ist und somit die übliche Form der Veröffentlichung im Vergabewesen darstellt, dürften in der vorliegenden Rechtssache die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften die vorstehend genannten Kriterien für die Veröffentlichung erfüllen.

134. Wenn die Voraussetzungen für die Anwendung der Richtlinie 2014/24 erfüllt sind, bin ich daher der Ansicht, dass die Art. 74 bis 76 dieser Richtlinie dahin auszulegen sind, dass sie nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, die es einer öffentlichen Stelle gestatten, ohne den Verfahrensanforderungen des Unionsrechts zu entsprechen, einen öffentlichen Auftrag zu vergeben, in dessen Rahmen diese Stelle nur Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht die Erbringung bestimmter sozialer Dienstleistungen gegen Erstattung der diesen Einrichtungen entstandenen Kosten überträgt, sofern diese Gesetzgebungsmaßnahme den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit entspricht, was vom vorliegenden Gericht zu prüfen ist. Art. 75 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die vorsehen, dass Auftragsbekanntmachungen nur im regionalen Amtsblatt zu veröffentlichen sind.

135. Was Dienstleistungen, die den in Art. 4 Buchst. d der Richtlinie 2014/24 festgelegten Schwellenwert unterschreiten, und Verfahren anbelangt, die keine Auswahl im Sinne des Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie mit sich bringen, ist die in Art. 49 AEUV verankerte Niederlassungsfreiheit dahin auszulegen, dass sie solchen nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, sofern diese Gesetzgebungsmaßnahme ein durch das Unionsrecht anerkanntes berechtigtes Ziel verfolgt und mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist, was vom nationalen Gericht zu prüfen ist.

### **C. Die dritte Frage**

136. Werden die ersten beiden Fragen verneint, möchte das vorliegende Gericht mit seiner dritten Frage im Wesentlichen wissen, ob die Art. 49 und 56 AEUV, Art. 76 der Richtlinie 2014/24 und Art. 15 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie dahin auszulegen sind, dass sie nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Auswahlkriterien für den Abschluss der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion vorsehen, gemäß denen die öffentlichen Auftraggeber dem Umstand Gewicht beimessen dürfen, dass die potenziellen Bieter für die fraglichen sozialen Dienstleistungen an dem Ort ansässig sind, an dem diese Dienstleistungen zu erbringen sind.

<sup>125</sup> Vgl. u. a. Urteil vom 13. November 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung).

137. Zur Beantwortung dieser Frage werde ich die Vereinbarkeit der in Rede stehenden Auswahlkriterien mit der Richtlinie 2014/24, der Dienstleistungsrichtlinie und sodann mit den Grundfreiheiten prüfen.

### ***1. Die Vereinbarkeit der in Rede stehenden Auswahlkriterien mit der Richtlinie 2014/24***

138. Was die Vereinbarkeit der in Rede stehenden Auswahlkriterien mit der Richtlinie 2014/24 angeht, ist die Frage eines geografischen Kriteriums bereits in der Rechtssache Grupo Hospitalario Quirón<sup>126</sup>, geprüft worden, die Ausschreibungen im Bereich medizinischer Dienstleistungen betraf<sup>127</sup>. Der Gerichtshof war insbesondere aufgerufen, die Vereinbarkeit eines Ausschreibungserfordernisses, gemäß dem ein Bieter in der Gemeinde niedergelassen sein musste, in der die fraglichen medizinischen Dienstleistungen zu erbringen waren, mit der Richtlinie 2004/18 zu beurteilen. Der Gerichtshof stellte fest, dass ein solches Erfordernis eine „territoriale Einschränkung der Durchführung“ darstellte<sup>128</sup>. Dieses Erfordernis stellte nicht sicher, dass die in Rede stehenden Aufträge sämtlichen Bietern gleichermaßen und diskriminierungsfrei zugänglich waren, da es diese Aufträge nur denjenigen Bietern zugänglich machte, die die in Rede stehenden Dienstleistungen in einer Einrichtung erbringen konnten, die in der Gemeinde gelegen war, die von den öffentlichen Auftraggebern bezeichnet worden war<sup>129</sup>.

139. In der vorliegenden Rechtssache ergibt sich aus Art. 15 Abs. 1 Buchst. a des Dekrets 181/2017, dass die öffentlichen Auftraggeber bei der Auswahl der Einrichtungen der Sozialinitiative, die für die Erbringung der in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen zuständig sein werden, u. a. dem Umstand Gewicht beimessen dürfen, dass diese Einrichtungen in dem Gebiet ansässig sind, in dem eine bestimmte Dienstleistung zu erbringen ist<sup>130</sup>. Daher bin der Auffassung, dass das geografische Kriterium demjenigen gleicht, das in der Rechtssache Grupo Hospitalario Quirón in Rede stand. Dieses Kriterium stellt eine „territoriale Einschränkung der Durchführung“<sup>131</sup> dar, weil es im Ergebnis diejenigen Bieter benachteiligt, die nicht in der Lage sind, die in Rede stehenden Dienstleistungen in einer in einer bestimmten Gemeinde gelegenen Einrichtung zu erbringen, obwohl sie möglicherweise die anderen in den Ausschreibungsunterlagen und technischen Spezifikationen der betreffenden Aufträge festgelegten Voraussetzungen erfüllen.

140. Daher bin ich der Auffassung, dass das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Auswahlkriterium zu einer unterschiedlichen Behandlung führt zwischen den Einheiten, die dieses Erfordernis erfüllen, und denjenigen, bei denen dies nicht der Fall ist. Sofern sich die potenziellen Bieter dieser beiden Kategorien nicht in einer objektiv nicht vergleichbaren Lage befinden oder die unterschiedliche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist, verstößt dieses Erfordernis gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, dem die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach Art. 76 der Richtlinie 2014/24 unterliegt.

141. In Hinblick auf die Frage, ob sich diese beiden Gruppen potenzieller Bieter in einer objektiv vergleichbaren Lage befinden, scheint mir dies der Fall zu sein, sofern sie, was Qualität und Kosten angeht, dieselbe Fähigkeit besitzen, die in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen zu erbringen.

<sup>126</sup> Urteil vom 22. Oktober 2015 (C-552/13, EU:C:2015:713).

<sup>127</sup> In dieser Rechtssache ging es um öffentliche Aufträge im Gesundheitsbereich, die in den Anwendungsbereich des Anhangs II B der Richtlinie 2004/18 fielen.

<sup>128</sup> Urteil vom 22. Oktober 2015, Grupo Hospitalario Quirón (C-552/13, EU:C:2015:713, Rn. 28).

<sup>129</sup> Ebenda, Rn. 29 bis 33.

<sup>130</sup> Ein ähnliches Kriterium ist in Art. 64 Abs. 3 Buchst. a des Gesetzes 5/1997 vorgesehen.

<sup>131</sup> Urteil vom 22. Oktober 2015 (C-552/13, EU:C:2015:713, Rn. 29).

Daher bin ich unter diesem Vorbehalt, der vom vorlegenden Gericht zu überprüfen ist, der Auffassung, dass ein solches Erfordernis objektiv vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandelt.

142. In Hinblick auf die Rechtfertigung, enthalten weder die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften noch die dem Gerichtshof vorgelegte Akte Anhaltspunkte, die nahelegen würden, dass das in Rede stehende Auswahlkriterium gerechtfertigt ist. Es ist jedoch letztlich Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies tatsächlich der Fall ist.

## **2. Vereinbarkeit des Auswahlkriteriums mit der Dienstleistungsrichtlinie**

143. Der Gerichtshof wird gefragt, ob das Auswahlkriterium für den Abschluss der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion mit der Dienstleistungsrichtlinie vereinbar ist.

144. Vorab ist festzustellen, ob die in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen.

145. In dieser Hinsicht schließt Art. 2 Abs. 2 Buchst. j der Dienstleistungsrichtlinie in Verbindung mit ihrem 27. Erwägungsgrund „soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen, die vom Staat, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden“, ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie aus.

146. Der 27. Erwägungsgrund erläutert, dass das Ziel eines solchen Ausschlusses darin liegt, „Menschen zu unterstützen, die aufgrund ihres unzureichenden Familieneinkommens oder des völligen oder teilweisen Verlustes ihrer Selbstständigkeit dauerhaft oder vorübergehend besonders hilfsbedürftig sind oder Gefahr laufen, marginalisiert zu werden“. Weiter heißt es in diesem Erwägungsgrund, dass diese „Dienstleistungen ... entscheidend dazu bei[tragen], das Grundrecht auf Schutz der Würde und Integrität des Menschen zu garantieren; sie sind Ausfluss der Grundsätze des sozialen Zusammenhalts und der Solidarität und sollten daher von [der Dienstleistungsrichtlinie] unberührt bleiben“.

147. Es sei darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof dem Begriff „soziale Dienstleistungen“ in Art. 2 Abs. 2 Buchst. j der Dienstleistungsrichtlinie eine zweigliedrige Definition gegeben hat. In seinem Urteil Femarbel hat der Gerichtshof entschieden, dass nur Dienstleistungen, die zwei Bedingungen gleichzeitig erfüllen, in den Anwendungsbereich des in dieser Bestimmung festgelegten Ausschlusses fallen. Die erste betrifft den Charakter der Tätigkeiten, während die zweite mit dem Status des Anbieters der Dienstleistungen zusammenhängt<sup>132</sup>.

148. Um die erste Bedingung zu erfüllen, müssen die in Rede stehenden Dienstleistungen „entscheidend dazu beitragen, das Grundrecht auf Schutz der Würde und Integrität des Menschen zu garantieren“, und „Ausfluss der Grundsätze des sozialen Zusammenhalts und der Solidarität“ sein<sup>133</sup>. In dieser Rechtssache entschied der Gerichtshof, dass das nationale Gericht zu beurteilen hat, ob die in Rede stehenden Tätigkeiten in dem Sinn einen tatsächlich sozialen

<sup>132</sup> Urteil vom 11. Juli 2013 (C-57/12, EU:C:2013:517, Rn. 42).

<sup>133</sup> Ebenda, Rn. 43, die auf das *Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie*, Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2007, verweist.

Charakter haben, dass sie darauf ausgerichtet sind, den Betroffenen „Hilfe“ zu leisten, „die an den Verlust ihrer Selbständigkeit angepasst“ ist, begleitet von einem spezifischen Beschäftigungsprogramm, bzw. die nötige Hilfe, „die von ihren Angehörigen nicht dauerhaft sichergestellt werden kann“.

149. In der vorliegenden Rechtssache führt der Anhang des Dekrets 181/2017 wie bereits in diesen Schlussanträgen erwähnt, ein weites Spektrum sozialer Dienstleistungen auf, die je nach ihrem Charakter und den Personengruppen, die diese Dienstleistungen nutzen, variieren können<sup>134</sup>. Alle diese Dienstleistungen scheinen jedoch das gemeinsame Ziel zu haben, hilfsbedürftige Personen zu unterstützen und ihnen Hilfe zu leisten. Daher bin ich der Auffassung, dass diese Dienstleistungen die erste vom Gerichtshof in der Rechtssache Femarbel<sup>135</sup> entwickelte Bedingung erfüllen.

150. Was die zweite Bedingung angeht, hat der Gerichtshof in der Rechtssache Femarbel entschieden, dass soziale Dienstleistungen vom Staat selbst, von einer vom Staat anerkannten gemeinnützigen Einrichtung oder von einem durch den Staat beauftragten privaten Dienstleistungsanbieter erbracht werden können<sup>136</sup>. Angesichts dessen, dass der Gerichtshof eine so weit gefasste Definition *ratione personae* gegeben hat, können die Einrichtungen, die die Dienstleistungen im Rahmen der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion erbringen und Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht sind, in den Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 2 Buchst. j der Dienstleistungsrichtlinie fallen, was vom nationalen Gericht zu prüfen ist.

151. Folglich bin ich der Ansicht, dass die Dienstleistungsrichtlinie auf die im Dekret 181/2017 vorgesehenen sozialen Dienstleistungen nicht anwendbar ist, da diese Dienstleistungen gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. j dieser Richtlinie ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich ausgeschlossen sind.

### **3. Vereinbarkeit des Auswahlkriteriums mit den Grundfreiheiten**

152. Was die Vereinbarkeit des in Rede stehenden Auswahlkriteriums mit den Grundfreiheiten angeht, scheinen, wie ich bereits in diesen Schlussanträgen erläutert habe, einerseits die Vereinbarungen der konzertierten Aktion in den Anwendungsbereich der in Art. 49 AEUV verankerten Niederlassungsfreiheit und nicht in den der in Art. 56 AEUV festgelegten Dienstleistungsfreiheit zu fallen<sup>137</sup>. Daher bin ich ungeachtet des Umstands, dass die dritte Frage des vorliegenden Gerichts beide dieser Freiheiten betrifft, der Auffassung, dass sich die zu gebende Antwort auf Erstere beschränken sollte. Andererseits ist daran zu erinnern, dass Art. 49 AEUV nur anwendbar sein kann, wenn diese Vereinbarungen der konzertierten Aktion eine grenzüberschreitende Dimension haben<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> Siehe oben, Nr. 56.

<sup>135</sup> Urteil vom 11. Juli 2013 (C-57/12, EU:C:2013:517).

<sup>136</sup> Ebenda, Rn. 44. In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof entschieden, dass das nationale Gericht zu bestimmen hat, ob ein Hoheitsakt vorliegt, der den in Rede stehenden Betreibern der Tagesbetreuungscentren und der Nachtbetreuungscentren in klarer und transparenter Weise eine echte Verpflichtung überträgt, solche Dienstleistungen unter Beachtung bestimmter spezifischer Durchführungsbedingungen zu gewährleisten, und ob eine solche Zulassung demnach als ein Akt der Beauftragung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. j der Dienstleistungsrichtlinie anzusehen ist (Urteil vom 11. Juli 2013, Femarbel, C-57/12, EU:C:2013:517, Rn. 52).

<sup>137</sup> Siehe oben, Nrn. 42 und 43.

<sup>138</sup> Siehe oben, Nr. 128.

153. Was die Niederlassungsfreiheit angeht, kann ein Auswahlkriterium wie das in Art. 15 Abs. 1 Buchst. a des Dekrets 181/2017 niedergelegte, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen<sup>139</sup>. In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof entschieden hat, dass nationale Rechtsvorschriften, die der Ausübung einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit durch Einrichtungen in Räumlichkeiten ihrer freien Wahl entgegenstehen, eine Beschränkung darstellen<sup>140</sup>. In der vorliegenden Rechtssache kann es für die Einrichtungen, die diese Grundfreiheit ausgeübt haben, finanzielle Folgen und Verwaltungsaufwand mit sich bringen, wenn sie sich in der Autonomen Gemeinschaft Valencia niederlassen<sup>141</sup>. Dies wäre z. B. für eine Einrichtung der Fall, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als Spanien und in diesem Mitgliedstaat eine Zweitniederlassung gegründet hat, jedoch außerhalb der Autonomen Gemeinschaft Valencia. Demzufolge bin ich der Auffassung, dass das in Rede stehende Erfordernis eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 49 AEUV darstellt.

154. Diese kann jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie vom Unionsrecht als legitim anerkannte Ziele verfolgt und mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist<sup>142</sup>.

155. In der vorliegenden Rechtssache bin der Ansicht, dass meine in Nr. 142 der vorliegenden Schlussanträge dargelegten Feststellungen zu den Rechtfertigungsgründen für den Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 76 der Richtlinie 2014/24 entsprechend gelten. Es ist jedoch Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob das in Rede stehende Kriterium ein vom Unionsrecht anerkanntes legitimes Ziel verfolgt, geeignet ist, die Erreichung dieses Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

156. Schließlich ist der Vollständigkeit halber und entgegen den Erklärungen der Beklagten und der spanischen Regierung zu betonen, dass der Wortlaut des Art. 1 zweiter Gedankenstrich des Protokolls Nr. 26 zum AEUV ohne Belang ist für die Frage, ob das in Art. 15 Abs. 1 Buchst. a des Dekrets 181/2017 festgelegte Auswahlkriterium mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. Das liegt daran, dass die Werte, die dieses Protokoll zu schützen sucht, in dem in Rede stehenden Auswahlkriterium nicht widerspiegelt werden. Ein solches rein geografisches Kriterium kann nicht durch die Notwendigkeit erklärt werden, „die Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen könnten“, zu gewährleisten. Ich bin daher der Auffassung, dass Art. 1 zweiter Gedankenstrich des Protokolls Nr. 26 zum AEUV nicht geltend gemacht werden kann, um die geografischen Beschränkungen der Grundfreiheiten zu rechtfertigen.

157. Im Ergebnis stehen Art. 76 der Richtlinie 2014/24 und Art. 49 AEUV, wenn bezüglich der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion das Bestehen einer grenzüberschreitenden Dimension festgestellt würde, einem Auswahlkriterium für den

<sup>139</sup> Vgl. z. B. Urteile vom 5. Februar 2015, Kommission/Belgien (C-317/14, EU:C:2015:63, Rn. 22), und vom 20. Dezember 2017, Simma Federspiel (C-419/16, EU:C:2017:997, Rn. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>140</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Juni 2010, Blanco Pérez und Chao Gómez (C-570/07 und C-571/07, EU:C:2010:300, Rn. 53 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>141</sup> Vgl. entsprechend Urteil vom 27. Februar 2020, Kommission/Belgien (Buchhalter) (C-384/18, EU:C:2020:124, Rn. 76).

<sup>142</sup> Urteile vom 27. Oktober 2005, Kommission/Spanien (C-158/03, nicht veröffentlicht, EU:C:2005:642, Rn. 70), und vom 27. Oktober 2005, Contse u. a. (C-234/03, EU:C:2005:644, Rn. 41). Konkret hat der Gerichtshof entschieden, dass die Grundfreiheiten einem Auswahlkriterium entgegenstehen, das durch die Vergabe zusätzlicher Punkte die Nähe der Anlage zu dem Ort belohnt, an dem die Dienstleistungen erbracht werden, soweit dieses Kriterium in diskriminierender Weise angewandt wird, nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, nicht geeignet ist, die Erreichung des mit ihm verfolgten Zieles zu gewährleisten, oder über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist; dies zu prüfen ist Sache des nationalen Gerichts (Urteil vom 27. Oktober 2005, Contse u. a., C-234/03, EU:C:2005:644, Rn. 79).

Abschluss der in Rede stehenden Vereinbarungen der konzertierten Aktion entgegen, nach dem die öffentlichen Auftraggeber dem Umstand Gewicht beimessen dürfen, dass die potenziellen Bieter für die Erbringung der sozialen Dienstleistungen an dem Ort niedergelassen sind, an dem diese Dienstleistungen zu erbringen sind, es sei denn, dieses Kriterium verfolgt ein vom Unionsrecht anerkanntes legitimes Ziel, ist geeignet, die Erreichung dieses Ziels zu gewährleisten, und geht nicht über das hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist; dies ist vom vorlegenden Gericht zu prüfen.

#### **IV. Ergebnis**

158. Ich schlage dem Gerichtshof vor, auf die vom Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Obergericht der Autonomen Gemeinschaft Valencia, Spanien) zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

Die Art. 74 bis 76 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG sowie Art. 49 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, die es einer öffentlichen Stelle gestatten, ohne Einhaltung der Verfahrenserfordernisse des Unionsrechts einen öffentlichen Auftrag zu vergeben, in dessen Rahmen diese Stelle nur Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht mit der Erbringung bestimmter sozialer Dienstleistungen gegen Erstattung der diesen Einrichtungen entstandenen Kosten betraut, sofern solche Rechtsvorschriften mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit vereinbar sind, was durch das vorlegende Gericht zu prüfen ist.

Art. 75 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die verlangen, dass Auftragsbekanntmachungen nur im regionalen Amtsblatt veröffentlicht werden.

Art. 76 der Richtlinie 2014/24 und Art. 49 AEUV stehen nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die ein Auswahlkriterium für den Abschluss von Vereinbarungen der konzertierten Aktion vorsehen, gemäß dem die öffentlichen Auftraggeber dem Umstand Gewicht beimessen dürfen, dass die potenziellen Bieter für die Erbringung der fraglichen sozialen Dienstleistungen an dem Ort niedergelassen sind, an dem diese Dienstleistungen zu erbringen sind, es sei denn, dieses Kriterium verfolgt ein vom Unionsrecht anerkanntes legitimes Ziel, ist geeignet, die Erreichung dieses Ziels zu gewährleisten, und geht nicht über das hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist; dies ist vom vorlegenden Gericht zu prüfen.