

Affaire C-676/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

11 décembre 2020

Jurisdiction de renvoi :

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Cour supérieure de justice de la communauté autonome d'Aragon, Espagne)

Date de la décision de renvoi :

23 novembre 2020

Partie requérante :

Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)

Partie défenderesse :

Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón

PREMIERE CHAMBRE DE LA SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DU TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON (COUR SUPERIEURE DE JUSTICE DE LA COMMUNAUTE AUTONOME D'ARAGON, ESPAGNE)

Procédure ordinaire n° 280/2017

[omissis] [adresse et modes de contact avec la juridiction de renvoi]

Partie requérante : Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (association nationale des entités de soins à domicile, ci-après « ASADE ») [omissis] [identification des représentants ad litem]

Partie défenderesse : Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón (ministère de la Santé du gouvernement de la communauté autonome d'Aragon, Espagne) [omissis] [identification du représentant ad litem]

[omissis] [identification et la procédure et des parties]

ORDONNANCE

[omissis] [identification de la formation de jugement]

À Saragosse, le 23 novembre 2020

[omissis] **[Or. 2]** [omissis] [formule sacramentelle]

LES FAITS

PREMIÈREMENT.- Par requête [déposée le] 20 octobre 2017, la partie requérante a introduit un recours contre la Orden del Consejero de Sanidad por la que se aprueba el expediente relativo al acuerdo de acción concertada para la atención en dispositivos asistenciales de carácter residencial para enfermos de SIDA en la Comunidad Autónoma de Aragón (arrêté du ministre de la Santé de la communauté autonome d'Aragon portant approbation du dossier relatif à l'accord de conventionnement en vue de la prise en charge sous régime résidentiel des malades du SIDA dans la communauté autonome d'Aragon), du 21 août 2017 (ci-après l'« arrêté du 21 août 2017 »), contre la Orden SAN/1221/2017 por la que se establecen los precios y tarifas máximas aplicables en la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos al sistema de salud de Aragón (arrêté SAN/1221/2017 fixant les prix et tarifs maximaux applicables dans le cadre de la fourniture de services de santé à l'aide de moyens extérieurs au système de santé de la communauté autonome d'Aragon), du 21 juillet 2017 (ci-après l'« arrêté SAN/1221/2017 »), ainsi que contre le Decreto 62/2017 del Gobierno de Aragón, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de Vinculación con Entidades Públicas y Entidades sin Ánimo de Lucro) (décret n° 62/2017 du gouvernement de la communauté autonome d'Aragon, relatif aux accords de conventionnement en matière de services de santé et aux accord d'association avec des entités publiques ou des entités sans but lucratif), du 11 avril 2017 (ci-après le « décret 62/2017 »). [omissis] [L]a requérante, après avoir exposé les faits et les bases juridiques qu'elle estime applicables, demande à ce que son recours soit intégralement accueilli et sollicite l'annulation desdits arrêtés ainsi que du décret 62/2017, sur renvoi préjudiciel préalable devant la Cour de justice de l'Union européenne portant sur la compatibilité de l'article 2 de la Ley 11/2016 de acción concertada para la prestación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón (loi n° 11/2016 de la communauté autonome d'Aragon, relative à l'action conventionnée en matière de fourniture de services à la personne à caractère social et de santé), du 15 décembre 2016 (ci-après la « loi 11/2016 »), avec l'article 49 TFUE, l'article 15 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur (JO 2006, L 376, p. 36, ci-après la « directive "services" ») et l'article 77 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65, ci-après la « directive "marchés publics" »). La requérante demande par ailleurs expressément la condamnation de la partie défenderesse aux dépens. **[Or. 3]**

DEUXIÈMEMENT.- [omissis] [D]ans son mémoire en défense, la partie défenderesse, après avoir exposé les faits et les bases juridiques qu'elle estime applicables, demande à la Cour de céans de rendre un arrêt rejetant le recours et ratifiant ces actes dans tous leurs éléments.

TROISIÈMEMENT.- [omissis] [considérations procédurales]

QUATRIÈMEMENT.- [omissis] [Le] 15 octobre 2020, la chambre de céans a décidé de suspendre son délibéré et d'inviter les parties à faire part de leurs observations sur l'opportunité de saisir la Cour, en vertu de l'article 267 TFUE, d'un renvoi préjudiciel relatif à la conformité de la loi 11/2016 au droit de l'Union.

CINQUIÈMEMENT.- [omissis] [considérations procédurales]

EN DROIT

PREMIÈREMENT.– Le droit espagnol. Droit étatique de base.

La Constitution espagnole prévoit que la législation de base en matière de marchés publics et de concessions administratives relève de la compétence exclusive de l'État (article 149, paragraphe 1, point 18). La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (loi n° 9/2017 sur les marchés publics) du 8 novembre 2017, entrée en vigueur le 11 mars 2018 et qui transpose dans le droit espagnol la directive « marchés publics » ainsi que la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession (JO 2014, L 94, p. 1), a été adoptée en vertu de cette disposition. Le préambule de cette loi expose ce qui suit : **[Or. 4]**

« [I]l convient de souligner que les pouvoirs publics restent libres de fournir eux-mêmes certaines catégories de services, plus précisément les services dits à la personne tels que certains services sociaux, de santé, en ce compris les services pharmaceutiques, et d'enseignement, ou de les organiser sans que cela entraîne la conclusion de marchés publics, par exemple en se contentant de financer ces services ou en octroyant des licences ou des autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions prédéfinies par le pouvoir adjudicateur, sans fixation de limites ou de quotas, à condition qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et soit conforme aux principes de transparence et de non-discrimination. »

La loi 9/2017 [omissis] dispose, à l'article 11, paragraphe 6 :

« Article 11.- Autres accords ou contrats exclus.

[...]

6. *La fourniture de services sociaux par des entités privées est exclue du champ d'application de la présente loi lorsqu'elle a lieu sans que cela entraîne la conclusion de marchés publics, notamment par la voie d'un simple financement de ces services ou de l'octroi de licences ou d'autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions prédéfinies par le pouvoir adjudicateur, sans fixation de limites ou de quotas, à condition qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et soit conforme aux principes de transparence et de non-discrimination. »*

Les quarante-septième et quarante-huitième dispositions additionnelles de cette loi prévoient, à titre d'exception, la possibilité d'établir d'autres règles de passation de marchés publics dans le domaine des marchés de services de santé ou à caractère social qui mettent l'accent sur des aspects techniques ou qualitatifs, en prêtant attention à des critères liés à la meilleure qualité de service du point de vue du citoyen, et pour lesquels le prix doit, en soi, avoir peu d'incidence. Les activités en question relèvent de l'intérêt général et sont régies par les principes d'universalité, de solidarité, d'efficacité économique et d'adéquation. Cela signifie que les marchés de services sociaux ou de santé repris dans l'annexe IV de la loi sont régis par la réglementation en matière de marchés publics, sans préjudice d'une vigilance particulière des organes chargés de leur attribution quant au respect des objectifs spécifiques devant justifier ces marchés, [Or. 5] ni de la possibilité de les réserver à certaines organisations déterminées. Ces dispositions additionnelles prévoient ainsi ce qui suit :

Quarante-septième disposition additionnelle.- Principes applicables aux contrats de concession de services énumérés à l'annexe IV et aux marchés de services à caractère social, éducatif ou de santé énumérés à l'annexe IV.

Sans préjudice de l'application des dispositions de la présente loi et, entre autres, de celles relatives à l'établissement des spécifications techniques, des conditions minimales de solvabilité, des critères d'adjudication et des conditions particulières d'exécution, les pouvoirs adjudicateurs veillent, à tous les stades de la procédure de passation de contrats de concession de services énumérés à l'annexe IV et de marchés à caractère social, éducatif ou de santé énumérés à l'annexe IV, à la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation dans la prestation du service.

Lorsqu'ils établissent les critères d'adjudication des marchés visés par la présente disposition additionnelle, les organes chargés de l'attribution des marchés peuvent également se référer à des aspects tels que : l'expérience du personnel affecté au marché, en termes de fourniture de services destinés à des catégories particulièrement défavorisées ou de services de nature similaire, conformément à l'article 145 de la présente loi ; le réinvestissement des bénéfices

dans l'amélioration des services fournis ; l'instauration de mécanismes de participation, d'information et d'orientation des utilisateurs.

Quarante-huitième disposition additionnelle.- Réserve de certains marchés de services sociaux, culturels et de santé à des organisations déterminées.

1. Sans préjudice des dispositions de la quatrième disposition additionnelle, les organes des pouvoirs adjudicateurs chargés de l'attribution des marchés publics peuvent réserver à certaines organisations le droit de participer aux procédures de passation des marchés de services à caractère social, culturel et de santé énumérés à l'annexe IV sous les codes CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, [Or. 6] 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, de 85000000-9 à 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 et 98133110-8.

2. Les organisations visées au paragraphe 1 répondent à chacune des conditions suivantes :

- a) elles ont pour objectif d'exécuter une mission de service public liée à la fourniture des services visés au paragraphe 1 ;*
- b) leurs bénéfices sont réinvestis en vue d'atteindre leur objectif ; en cas de distribution ou de redistribution des bénéfices, celle-ci respecte des critères participatifs ;*
- c) les structures de gestion ou de propriété de l'organisation appelée à exécuter le marché sont fondées sur l'actionnariat des salariés, ou sur des principes participatifs, ou exigent la participation active des salariés, des utilisateurs ou des parties prenantes ;*
- d) le pouvoir adjudicateur concerné ne leur a pas attribué de marché pour les services en cause conformément [à la présente disposition additionnelle] au cours des trois années précédentes.*

3. La durée maximale du marché à attribuer en vertu de la présente disposition additionnelle ne dépasse pas trois ans.

4. La communication servant d'appel d'offres fait référence à la présente disposition additionnelle. »

La quarante-neuvième disposition additionnelle prévoit que la réglementation en matière de marchés publics « n'empêche pas les communautés autonomes, dans l'exercice des compétences qui leur sont attribuées, de légiférer en élaborant des instruments non contractuels pour la fourniture de services publics destinés à satisfaire des besoins de nature sociale ».

Le texte de refonte de la loi sur les marchés publics approuvé par le Real Decreto Legislativo 3/2011 (décret royal législatif n° 3/2011), du 14 novembre 2011, qui

constituait la législation en vigueur juste avant la loi n° 9/2017, ne contient aucune disposition spécifique autorisant l'action conventionnée pour la fourniture de services sociaux. **[Or. 7]**

Enfin, la Ley 43/2015, del Tercer Sector de Acción Social (loi n° 43/2015, relative au secteur non-marchand de l'action sociale), du 9 octobre 2015, ne contient pas [davantage] de référence à l'action conventionnée ni de réglementation de celle-ci.

DEUXIÈMEMENT.– Le droit espagnol. Droit de la communauté autonome d'Aragon : Statut d'autonomie et loi 11/2016.

La communauté autonome d'Aragon assume des compétences en matière d'assistance sociale en vertu de l'article 148, paragraphe 1, point 20, de la Constitution espagnole. Le Estatuto de Autonomía de Aragón (statut d'autonomie de la communauté autonome d'Aragon), modifié par les articles 71, point 34, 75, point 55, et 77 de la Ley Orgánica 5/2007 (loi organique n° 5/2007), du 20 avril 2007, lui attribue par ailleurs une compétence : en matière d'« action sociale », qui « *comprend la gestion, l'organisation et le développement d'un système public de services sociaux chargé de protéger les différentes formes de structure familiale, l'enfance, les personnes âgées, les personnes porteuses de handicap et les autres catégories exigeant une protection particulière* » ; en matière de « *santé et de santé publique, en particulier l'organisation, le fonctionnement, l'évaluation, l'inspection et le contrôle des centres, des services et des établissements de santé [...]* » ; et, en matière d'enseignement, dans le cadre de laquelle « *la communauté autonome est investie d'une compétence partagée [...] [omissis] qui comprend, en tout état de cause : la gestion du secteur de l'enseignement ainsi que de l'activité éducative et d'enseignement, leur programmation, leur inspection et leur évaluation ; l'établissement de critères d'admission dans les établissements soutenus par des fonds publics afin d'assurer un réseau éducatif équilibré à caractère compensatoire ; l'encouragement et le soutien aux études ; la formation et le perfectionnement du personnel enseignant ; la garantie de la qualité du système éducatif ; et, la gestion, la coordination et la décentralisation du système universitaire dans la communauté autonome d'Aragon, conformément au principe d'autonomie universitaire* ».

En vertu de ces compétences, et comme l'indique le préambule de la loi 11/2016, ce mécanisme de gestion de certains services publics a été réglementé tant dans la Ley 5/2009, de Servicios Sociales de Aragón (loi n° 5/2008, relative aux services sociaux de la communauté autonome d'Aragon), qui l'envisage à l'article 25 pour les services sociaux, que dans l'article 32, paragraphe 2, du texte de refonte de la Ley del Servicio Aragonés de Salud (loi relative au service de santé de la communauté autonome d'Aragon), approuvé par le Decreto Legislativo 2/2004 del Gobierno de Aragón (décret législatif n° 2/2004 du gouvernement de la communauté autonome d'Aragon), du 30 décembre 2004. **[Or. 8]**

Les deux textes envisagent l'action conventionnée comme une alternative à la gestion directe et indirecte des services publics et l'instaurent en tant que voie

prioritaire de participation à la gestion de certains services publics – à savoir ceux d'intérêt général - par les entités sans but lucratif du secteur non-marchand.

Le préambule de la loi 11/2016 exposait déjà que la reconnaissance de ce caractère prioritaire « [...] *relève insuffisamment la valeur sociale et le rôle que jouent les entités sans but lucratif dans le domaine des services à la personne, l'action de celles-ci étant guidée par le principe de solidarité* ».

[omissis] [L]e législateur de la communauté autonome d'Aragon expose également dans le préambule de cette loi que, dans la mesure où la directive « marchés publics » prévoit [omissis] que « *les services d'intérêt général non économiques ne devraient pas relever du champ d'application de la présente directive (considérant 6)* » et qu'elle reconnaît par ailleurs « *[e]xpressément, en ce qui concerne les services consistant en des "services à la personne" tels que certains services sociaux, de santé et d'éducation, que les administrations publiques compétentes racione materiae "restent libres de fournir [elles]-mêmes ces services à caractère social ou de les organiser sans que cela entraîne la conclusion de marchés publics, par exemple en se contentant de financer ces services ou en octroyant des licences ou des autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions prédéfinies par le pouvoir adjudicateur, sans fixation de limites ou de quotas, à condition qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et soit conforme aux principes de transparence et de non-discrimination" (considérant 114)* », l'adoption de ladite directive fournit l'occasion de clarifier la réglementation en vigueur, en allant au-delà de la simple priorité d'accès à l'action conventionnée jusqu'à présent reconnue aux entités sans but lucratif dans le domaine de la gestion des services à la personne, pour délimiter, dans le cadre de la gestion indirecte, une double voie passant par l'adjudication de marchés publics, lorsqu'il est question d'entités à but lucratif, et par l'action conventionnée, lorsque l'objectif est de confier à des entités sans but lucratif la gestion de services publics à la personne.

La directive « marchés publics » a donné au législateur de la communauté autonome d'Aragon l'occasion d'introduire une modification dans la réglementation de l'action conventionnée, ce qu'il a [Or. 9] [omissis] [procédure d'adoption de la loi 11/2016] précisément fait dans la loi 11/2016, c'est-à-dire avant la promulgation de la loi nationale 9/2017, qui, justement, transpose la directive « marchés publics » dans le droit espagnol en tant que législation de base en matière de passation de marchés publics.

Conformément aux termes retenus par le législateur de la communauté autonome d'Aragon dans le préambule de la loi 11/2016 : « *La philosophie qui sous-tend la présente loi est, par conséquent, simple : si un opérateur économique aspire légitimement à tirer un gain commercial, un profit, de sa collaboration avec l'administration publique pour la fourniture de services à la personne, il ne peut le faire que dans le cadre d'une procédure de passation de marché public. La collaboration avec l'administration sous la forme d'une action conventionnée*

n'est possible que sur la base d'une gestion solidaire et sans but lucratif de ces prestations ».

Plus précisément, l'**article 2** de la loi 11/2016 prévoit ce qui suit :

« Fourniture de services à la personne

Les administrations publiques compétentes peuvent gérer la fourniture de services à la personne à caractère social et de santé selon les modalités suivantes :

- a) *La gestion directe ou à l'aide de moyens propres.*
- b) *La gestion indirecte, conformément à une des formules établies dans la réglementation en matière de marchés du secteur public.*
- c) *Les accords d'action conventionnée conclus avec des entités publiques ou avec des entités privées sans but lucratif. »*

« Article 3.- Concept et régime général de l'action conventionnée.

Les accords d'action conventionnée sont des instruments organisationnels de nature non contractuelle, qui offrent des garanties de non-discrimination, de transparence et d'utilisation efficace des fonds publics et visent à atteindre des objectifs sociaux et de protection de l'environnement, par lesquels les administrations publiques compétentes peuvent organiser la fourniture à la personne de services sociaux et de santé dont le financement, l'accès et le contrôle relèvent de leur compétence lorsque cela entraîne une prestation de meilleure qualité au regard desdits objectifs, tout en respectant la procédure et les exigences prévues par la présente loi ainsi que par la réglementation sectorielle applicable. » [Or. 10]

« Article 4.- Principes généraux de l'action conventionnée

Les administrations publiques veillent à ce que leur action conventionnée avec des tiers aux fins de la fourniture de services sociaux à la personne soit conforme aux principes suivants :

- a) *Principe de subsidiarité, en vertu duquel l'action conventionnée avec des entités publiques ou avec des entités privées sans but lucratif est préalablement subordonnée à l'utilisation optimale des ressources propres.*
- b) *Principe de solidarité, en encourageant l'implication des entités du secteur non-marchand dans la fourniture de services à la personne à caractère social ou de santé conformément aux dispositions de la loi 43/2015 relative au secteur non-marchand de l'action sociale, du 9 octobre 2015.*
- c) *Principe d'égalité, en garantissant que l'action conventionnée assure aux utilisateurs une attention identique à celle accordée aux utilisateurs directement fournis par l'administration publique.*

- d) *Principe de publicité, les appels à candidatures pour des actions conventionnées et l'adoption des accords de conventionnement conclus étant publiés au "Boletín Oficial de Aragón" [journal officiel de la communauté autonome d'Aragon].*
- e) *Principe de transparence, en diffusant sur le portail de transparence les accords d'action conventionnée conclus et les procédures en cours, dans les conditions prévues par l'article 17 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón [loi n° 8/2015, du 25 mars 2015, relative à la transparence de l'action publique et à la participation citoyenne dans la communauté autonome d'Aragon].*
- f) *Principe de non-discrimination, en fixant des conditions d'accès à l'action conventionnée garantissant l'égalité entre les entités choisissant d'y participer.*
- g) *Principe d'efficacité budgétaire, en fixant les contreparties économiques que les entités conventionnées peuvent percevoir conformément aux tarifs maximaux et minimaux ou aux modules en vigueur, ces contreparties étant plafonnées à la couverture des coûts variables, fixes et permanents résultant de la fourniture du service, sans inclure de bénéfice commercial.*
- h) *Principe de finalité sociale et environnementale, en atteignant divers objectifs dans ces domaines, ainsi que dans ceux de l'égalité entre les sexes et de la gestion innovante des entités et des services publics, et en intégrant expressément de tels objectifs dans l'objet des accords de conventionnement.*
- i) *Principe de participation, par la mise en place de mécanismes visant à impliquer les utilisateurs de manière effective dans la fourniture et l'évaluation des services.*
- j) *Principe de qualité de l'aide apportée, en tant que critère déterminant de choix de l'entité appelée à fournir le service, ce principe devant en outre inspirer l'organisation de l'action conventionnée dans tous ses aspects. »*

« Article 5.- Procédure de conventionnement et critères de préférence.

1. *La réglementation sectorielle organise les procédures afin que les entités remplissant les critères établis puissent [Or. 11] adhérer au régime d'action conventionnée conformément aux principes généraux établis à l'article 4 de la présente loi.*

2. *L'ouverture de la procédure est justifiée par une décision qui atteste la conjonction de circonstances rendant nécessaire le recours à l'action conventionnée afin de gérer la fourniture d'un service spécifique, compte tenu de l'insuffisance des moyens propres et de l'adéquation de cette forme de gestion en raison du contenu spécifique de la prestation ou de critères de planification*

établis afin de doter le système public de moyens permettant de rendre possible l'accès effectif des personnes aux services garantis.

3. *Pour l'adoption des accords d'action conventionnée, la réglementation sectorielle établit les critères de sélection des entités lorsqu'une telle sélection s'avère nécessaire en fonction des limites budgétaires ou du nombre et des caractéristiques des prestations susceptibles d'être conventionnées.*

4. ***La sélection des entités, le cas échéant après appel à candidatures, est basée sur les critères suivants, qui sont fixés dans l'objet et les conditions des accords de conventionnement :***

- a) ***L'implantation dans la localité de fourniture du service.***
- b) *Les années d'expérience attestées dans la fourniture du service.*
- c) *L'appréciation des utilisateurs, si le service a déjà été fourni par le passé.*
- d) *Les certificats de qualité et l'expérience attestée en matière de gestion et d'amélioration des services.*
- e) *La constance des soins ou de la qualité fournie.*
- f) *L'intégration de la personne dans l'environnement de soins.*
- g) ***Les bonnes pratiques sociales et en matière de gestion du personnel, le respect des droits des travailleurs et des autres avantages prévus dans les conventions collectives de travail, ainsi que le maintien de conditions d'égalité salariale adéquates et le respect des ratios de professionnels de soins directs par utilisateur prévus par la réglementation applicable, en particulier lors de la fourniture des services visés par l'action conventionnée, ainsi que l'éventuelle inclusion d'avantages volontaires en matière de travail, de salaire ou de sécurité au travail.***
- h) *La formation spécifique du personnel qui fournira le service dans la matière sociale spécifique essentielle à sa prestation, telle que, entre autres, l'insertion, l'exclusion, le sexe, ou le handicap.*
- i) ***L'incorporation, dans l'équipe de travailleurs et de collaborateurs de l'entité appelés à exécuter l'accord de conventionnement, d'une proportion significative de personnes connaissant des difficultés d'accès au marché du travail et de femmes qualifiées ou occupant des postes de direction. L'accord de conventionnement détermine cette proportion au regard de la matière sociale essentielle à la fourniture du service.***
- j) ***Le respect et l'amélioration éventuelle des critères minimaux en matière [Or. 12] d'égalité et de conciliation [de la vie privée, familiale et professionnelle] établis par la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para***

la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres [loi organique n° 3/2007, du 22 mars 2007, relative à l'égalité effective entre les femmes et les hommes] ***et par la réglementation que la communauté autonome d'Aragon adopte dans ce domaine.***

- k) *La mise en place de mécanismes visant à impliquer les utilisateurs de manière effective dans la fourniture et l'évaluation des services, ainsi que le travail en réseau avec d'autres entités dans le cadre de la gestion de prestations et de services analogues conformément à des critères de proximité et de participation.*
- l) *La preuve de la disponibilité de moyens et de ressources suffisants pour garantir le respect des conditions prévues dans la décision formalisant l'action conventionnée.*
- m) *Tout autre critère déterminant pour l'appréciation de la capacité et de l'adéquation des entités. »*

« Article 6.- Formalisation et effets des accords de conventionnement.

1. *Les accords de conventionnement sont formalisés par un document administratif de conventionnement conformément à la présente loi et à la réglementation sectorielle applicable.*

2. *Les accords de conventionnement imposent à l'entité conventionnée de fournir à la personne les services de santé ou à caractère social dans les conditions établies par la présente loi, par la réglementation sectorielle applicable et par l'accord de conventionnement adopté conformément à cette dernière.*

3. *En dehors des prix publics établis, les entités conventionnées ne peuvent percevoir aucune somme auprès des utilisateurs pour les services conventionnés.*

4. *Le paiement des utilisateurs pour la fourniture de services complémentaires, ainsi que son montant, sont préalablement autorisés par l'administration publique accordant le conventionnement. Ces services complémentaires sont préalablement énumérés dans le document de conventionnement. »*

« Quatrième disposition additionnelle.- Planification et critères de conventionnement.

Chaque année, les ministères [de la communauté autonome d'Aragon] compétents en matière sociale et de santé établissent [omissis] une prévision des prestations et services destinés à faire l'objet d'une action conventionnée, accompagnée d'une évaluation de leur coût et d'un rapport justifiant l'absence de moyens propres pour leur gestion, l'adéquation du mode de gestion choisi, et la planification mise en œuvre afin de se doter de moyens propres en vue d'une gestion directe de ces prestations ou services lorsqu'il est prévisible qu'ils seront

fournis de manière permanente et qu'ils sont en outre essentiels à l'effectivité des droits sociaux. Ces ministères établissent les règlements et les actions opportunes destinées, d'une part, à incorporer, lors des différentes étapes d'élaboration, d'exécution et [Or. 13] d'évaluation des accords de conventionnement, des critères à caractère social, environnemental et d'innovation et, d'autre part, à établir les conditions en vertu desquelles cette modalité de gestion est préférée à la passation de marchés publics dans les domaines social et de la santé. »

[omissis]

« Deuxième disposition finale.- Modification du texte de refonte de la loi relative au service de santé de la communauté autonome d'Aragon, approuvé par le décret législatif n° 2/2004 du gouvernement de la communauté autonome d'Aragon, du 30 décembre 2004.

L'article 32 du texte de refonte de la loi relative au service de santé de la communauté autonome d'Aragon, approuvé par le décret législatif n° 2/2004 du gouvernement de la communauté autonome d'Aragon, du 30 décembre 2004, est modifié comme suit :

“Article 32 – Accords de conventionnement pour la fourniture de services de santé

1. Dans le cadre de ses compétences et sans préjudice de l'application de formes de gestion directe ou indirecte, le Servicio Aragonés de Salud [service de santé de la communauté autonome d'Aragon] peut organiser la fourniture de services de santé à la personne par des accords de conventionnement conclus avec des entités publiques ou avec des entités privées sans but lucratif, en tenant préalablement compte de l'utilisation optimale de ses propres ressources sanitaires propres.

2. L'administration de la santé de la communauté autonome d'Aragon fixe les conditions et les exigences minimales, basiques et communes applicables à ces accords de conventionnement, ainsi que leurs conditions économiques, en se conformant à des tarifs ou à des modules économiques, soumis à révision périodique, qui rétribuent au maximum les coûts variables, fixes et permanents des prestations de manière à garantir la neutralité économique pour l'entité prestataire sans inclure de bénéfice commercial.

3. Les coûts de la gestion directe, indirecte ou conventionnée de la fourniture des services régis par la présente loi sont publics et sont exprimés par l'entité gestionnaire soit en termes généraux, soit par prestation et par utilisateur, tout en étant mis à jour en cas de variations.

4. L'accès au régime d'action conventionnée est ouvert aux entités publiques ou aux entités privées sans but lucratif, y compris les coopératives qualifiées comme telles conformément à la réglementation spécifique dont elles relèvent, qui fournissent des services de santé préalablement agréés par l'administration

publique en charge de la santé, le caractère égalitaire de la fourniture de soins aux [Or. 14] utilisateurs dans le cadre de l'action conventionnée devant être garanti.

5. Lorsque la fourniture du service entraîne des processus exigeant différents types d'intervention dans différents centres ou services, l'administration publique compétente peut conclure un seul accord d'action conventionnée avec plusieurs entités, en y imposant des mécanismes impératifs de coordination et de collaboration.

6. La durée des accords de conventionnement ne peut dépasser quatre ans. Lorsqu'elles sont expressément prévues dans l'accord de conventionnement, les éventuelles prorogations peuvent porter sa durée totale à dix ans. Au terme de cette période, le service de santé de la communauté autonome d'Aragon peut conclure un nouvel accord de conventionnement.

7. Le régime de l'action conventionnée est incompatible avec l'octroi de subventions économiques pour le financement des activités ou services visés par le conventionnement. »

TROISIÈMEMENT.– Le droit espagnol. Droit de la communauté autonome d'Aragon : Décret n° 62/2017.

Le décret 62/2017 développe pour sa part, dans l'exposé des motifs, l'évolution du traitement réglementaire de la technique de l'action conventionnée, qui était à l'origine utilisée en tant que technique contractuelle, comme s'il s'agissait d'un contrat de gestion de services, [omissis] et a recouvré sa nature juridique distincte de la modalité contractuelle depuis l'adoption de la directive « marchés publics », en vertu de laquelle les administrations publiques compétentes pour fournir des services à la personne, tels que certains services sociaux, de santé ou d'enseignement, peuvent organiser leur fourniture sans qu'il soit nécessaire de conclure un marché public et, donc, sans être soumises aux règles de passation des marchés publics, à condition que le système respecte les principes de transparence et de non-discrimination et garantisse une publicité suffisante tout au long du processus.

En définitive, ce qui n'était au départ qu'un critère de priorité (à conditions égales d'efficacité, de qualité et de coût) lors du [Or. 15] choix d'entités sans but lucratif afin de fournir certains services sociaux ou de santé est devenu une voie alternative à la passation de marchés publics, afin de fournir de tels services à l'aide de moyens extérieurs lorsque l'insuffisance de moyens propres et l'adéquation de l'action conventionnée sont établies.

D'après le décret 62/2017, cette évolution est basée sur la réglementation introduite par la directive « marchés publics », étant entendu que, comme nous l'avons déjà expliqué, la loi nationale 9/2017, qui a postérieurement transposé

celle-ci dans le droit espagnol, ne contient aucune disposition régissant l'action conventionnée, pour laquelle il n'existe aucune réglementation nationale de base.

Les dispositions du décret 62/2017 qu'il convient de reproduire aux fins du présent renvoi et de son examen par la Cour sont dès lors les suivantes :

« Article 1er.- Objet

1. Le présent décret régleme le régime juridique applicable aux accords de conventionnement conclus avec des entités publiques ou avec des entités privées sans but lucratif en vue de la fourniture de services de santé à la personne par des moyens extérieurs au réseau du service de santé de la communauté autonome d'Aragon.

[...] »

« Article 3.- Services et prestations de santé conventionnés

1. L'action conventionnée peut porter sur les services et prestations suivants :

a) Les services de santé repris dans le catalogue de services communs du Sistema Nacional de Salud [système national de santé], approuvé par le Real Decreto 1030/2006 [décret royal n° 1030/2006] du 15 septembre 2006, ou dans le catalogue de services de santé du système de santé de la communauté autonome d'Aragon, approuvé par le Decreto 65/2007, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón [décret n° 65/2007 du Gouvernement de la communauté autonome d'Aragon, du 8 mai 2007], ainsi que dans leurs modifications ou mises à jour ultérieures.

b) Les autres services de collaboration et de soutien aux soins de santé, tel que les transferts vers les centres de santé ou l'accompagnement des patients ou autres, qui sont, le cas échéant, expressément inclus dans les accords de conventionnement ou dans les conventions concernés.

2. Lorsque le caractère adéquat de la prise en charge globale des personnes l'exige, les accords de conventionnement concernés peuvent être accompagnés de mesures de coordination avec d'autres systèmes publics, tels que ceux destinés à répondre à des besoins sociaux ou à l'intégration sur le marché du travail.

3. Chaque année, le ministère de la Santé de la communauté autonome d'Aragon établit une prévision des prestations [Or. 16] et services destinés à faire l'objet d'une action conventionnée, accompagnée d'une évaluation de leur coût et d'un rapport justifiant l'absence de moyens propres pour leur gestion, l'adéquation du mode de gestion choisi, et la planification mise en œuvre afin de se doter de moyens propres en vue d'une gestion directe de ces prestations ou services lorsqu'il est prévisible qu'ils seront fournis de manière permanente et qu'ils sont essentiels à l'effectivité des droits sociaux. »

« Article 4.- Modalités de conventionnement

Les mécanismes de conventionnement pour la fourniture de services de santé peuvent prendre l'une des formes suivantes :

a) Les accords d'action conventionnée, qui sont considérés comme des instruments organisationnels de nature non contractuelle par lesquels le système de santé de la communauté autonome d'Aragon peut gérer la fourniture à la personne de services de santé dont le financement, l'accès et le contrôle relèvent de sa compétence. Les accords de conventionnement peuvent être de nature individuelle, lorsqu'ils sont exclusivement conclus avec une entité publique ou avec une entité privée sans but lucratif se voyant confier la fourniture intégrale d'un service déterminé, ou de nature multiple, lorsqu'ils sont conclus avec plusieurs entités publiques ou avec plusieurs entités privées sans but lucratif eu égard à la complexité du service considéré, l'intervention spécifique de chaque entité dans la fourniture du service étant déterminée dans l'accord conclu.

[...] »

« Article 6.- Critères de conventionnement

1. Afin de garantir les principes d'égalité et de non-discrimination qui doivent régir l'action conventionnée en matière de services de santé, ainsi que la qualité des soins fournis aux utilisateurs, les appels à conventionnement indiquent les critères d'évaluation des candidatures des fournisseurs souhaitant adhérer à l'accord de conventionnement concerné.

2. Ces critères couvrent au moins les aspects suivants :

- a) L'implantation dans la localité ou dans la zone géographique de fourniture du service.*
- b) La structure, l'équipement et le catalogue de services du centre.*
- c) Les années d'expérience attestées dans la fourniture du service.*
- d) L'expérience du travail en réseau avec d'autres entités ou institutions lorsque leur activité est complémentaire aux fins de la fourniture du service concerné par le conventionnement.*
- e) Les rapports d'audit réalisés par les administrations [Or. 17] publiques.*
- f) L'appréciation des utilisateurs, si le service a déjà été fourni par le passé.*
- g) Les certificats de qualité et l'expérience attestée en matière de gestion et d'amélioration des services.*
- h) La constance des soins ou de la qualité fournie.*

- i) *L'intégration de la personne dans l'environnement de soins.*
- j) *Les bonnes pratiques sociales et en matière de gestion du personnel, telle que celles expressément énoncées à l'article 5, paragraphe 4, sous g), h), i) et j), de la loi 11/2016, en particulier dans le cadre de l'exécution des prestations visées par l'action conventionnée.*
- k) *La mise en place de mécanismes visant à impliquer les utilisateurs de manière effective dans la fourniture et l'évaluation des services.*
- l) *La disponibilité de moyens et de ressources suffisants pour garantir le respect des conditions de la prestation concernée par l'action conventionnée.*
- m) *Tout autre critère permettant d'apprécier la capacité et l'adéquation de l'entité fournissant le service conventionné. »*

« Article 7.- Procédure

1. *L'ouverture de la procédure est justifiée par une décision prise, selon le cas, par l'organe de direction du ministère de la communauté autonome d'Aragon compétent en matière de santé ayant la responsabilité d'assurer l'assistance en matière de santé ou par le directeur chargé de la gestion du service de santé de la communauté autonome d'Aragon, qui atteste la conjonction de circonstances rendant nécessaire le recours à l'action conventionnée afin de gérer la fourniture d'un service spécifique, compte tenu de l'insuffisance des moyens propres et de l'adéquation de cette forme de gestion en raison du contenu spécifique de la prestation ou de critères de planification établis afin de doter le système public de moyens permettant de rendre possible l'accès effectif des personnes aux services garantis.*

2. *Après que l'utilisation optimale des moyens propres a été démontrée, les organes de gestion précités du ministère de la communauté autonome d'Aragon compétent en matière de santé ou du service de santé de la communauté autonome d'Aragon publient un appel à candidatures en vue de la conclusion d'accords de conventionnement, afin que les entités publiques ou les entités privées sans but lucratif puissent exprimer leur volonté d'opter pour cette formule de gestion des services de santé.*

3. *Les entités qui souhaitent opter pour la conclusion des accords de conventionnement visés par l'appel à candidatures présentent leur demande dans le délai indiqué et fournissent les documents attestant du respect des conditions requises à cette fin.*

4. *Les demandes présentées sont analysées par l'organe de direction à l'origine de l'appel à candidatures relatif à l'accord de conventionnement envisagé, qui délivre un rapport favorable quant au respect des conditions et à l'adéquation [Or. 18], selon le cas, de la ou des entités aux fins de la fourniture*

du service de santé visé par le conventionnement, conformément aux critères d'évaluation ou de sélection énoncés à l'article précédent.

5. *Le rapport visé au paragraphe 4 sert de justificatif à la formulation de la proposition corrélatrice d'accord d'action conventionnée, toutes les entités ayant répondu à l'appel à candidatures se voyant garantir l'accès au contenu de cette proposition.*

6. *L'accord de conventionnement susceptible d'être finalement conclu [omissis] est autorisé et signé par le titulaire du ministère de la communauté autonome d'Aragon compétent en matière de santé ou, le cas échéant, par le plus haut responsable du service de santé de la communauté autonome d'Aragon, conformément à leurs compétences respectives. Cet accord est publié au journal officiel de la communauté autonome d'Aragon et fait l'objet d'une publicité active sur le portail de transparence du gouvernement de la communauté autonome d'Aragon.*

7. *Les demandes de conventionnement présentées sont réputées rejetées si la procédure découlant de l'appel à candidatures n'a pas abouti dans un délai de trois mois à compter de la date de leur présentation.*

8. [...] »

« Article 9.- Système de paiement des accords de conventionnement.

1. *Les conditions économiques applicables aux accords de conventionnement en matière de santé se conforment aux modes de paiement suivants :*

- a) *Tarifification par procédure, en attribuant un tarif global homogène par pathologie ou par groupe de diagnostic déterminés en fonction de l'ensemble des actes réalisés sur le patient.*
- b) *Tarifification par prestation individualisée ou par traitement global, selon que les critères de transparence, d'économie et d'efficacité sanitaire recommandent l'une ou l'autre modalité pour les services conventionnés.*

2. *Le ministère de la communauté autonome d'Aragon compétent en matière de santé détermine les tarifs maximaux applicables aux accords de conventionnement, qui rétribuent au maximum les coûts variables, fixes et permanents des prestations, sans inclure de bénéfice commercial.*

3. *Les tarifs établis dans les accords de conventionnement sont réputés inclure tous les impôts, taxes et autres prélèvements ou charges prévus par la loi.*

4. *Le paiement des services de santé fournis par les entités conventionnées pour lesquels il existe un tiers-payant ne relève pas de l'accord de conventionnement conclu. »*

« Article 10.- Révision des conditions économiques [Or. 19]

Les conditions économiques des accords de conventionnement sont révisées conformément à leurs dispositions, sans pouvoir en aucun cas dépasser les tarifs maximum approuvés par le ministère de la communauté autonome d'Aragon compétent en matière de santé. Cette révision prend en considération le degré de conformité aux objectifs de prise en charge convenus, par la voie d'un avenant à l'accord de conventionnement conclu. »

« Article 11.- Incompatibilités

1. Les accords de conventionnement pour la fourniture de services de santé par des moyens extérieurs au service de santé de la communauté autonome d'Aragon sont incompatibles avec toute subvention ou aide financière de toute administration publique destinée à financer les services et prestations de santé visés par l'accord.

2. L'action conventionnée est néanmoins compatible avec les accords d'association prévus par le texte de refonte de la loi relative au service de santé de la communauté autonome d'Aragon, approuvé par le décret législatif 2/2004, du 30 décembre 2004, à moins que l'accord d'association exclue expressément cette compatibilité. »

« Article 12.- Durée des instruments de conventionnement

1. La durée des accords de conventionnement et des accords d'association est limitée à quatre ans, étant entendu qu'ils doivent inclure la possibilité de prorogations successives à concurrence d'une durée maximale de dix ans.

2. À titre exceptionnel, la durée maximale des accords d'association peut être prolongée lorsque la fourniture des services conventionnés nécessite que l'entité propriétaire de l'hôpital réalise des investissements extraordinaires justifiant une telle prolongation, le délai de carence éventuellement prévu étant limité à quatre ans.

3. L'expiration d'un accord de conventionnement ou d'un accord d'association donne lieu à l'élaboration d'un nouvel accord de conventionnement ou d'un nouvel accord d'association. »

« Article 13.- Causes d'extinction des accords de conventionnement.

1. Constituent des causes d'extinction des accords de conventionnement :

a) L'accord des parties, exprimé dans le délai de préavis prévu par l'accord de conventionnement afin de garantir la continuité du service.

- b) *Le manquement grave de l'administration ou du titulaire du service, préalablement mis en demeure de s'exécuter, aux obligations résultant de l'accord de conventionnement.*
- c) *Le terme de l'accord de conventionnement, sous réserve de prorogation ou de renouvellement.*
- d) **[Or. 20]** *La dissolution de la personne morale titulaire du conventionnement.*
- e) *La révocation de l'accréditation, de l'homologation ou de l'autorisation administrative accordée à l'entité conventionnée.*
- f) *La cessation volontaire et dûment autorisée de la fourniture du service par l'entité conventionnée.*
- g) *La non-viabilité économique du titulaire du conventionnement, constatée par les rapports d'audit demandés.*
- h) *Le refus de fournir le service aux utilisateurs renvoyés par l'administration ou la fourniture de services conventionnés non autorisée par cette dernière.*
- i) *La demande de paiement adressée aux utilisateurs pour des services ou prestations complémentaires, lorsque ceux-ci n'ont pas été autorisés par l'administration.*
- j) *La violation des limitations imposées à la conclusion de contrats relatifs aux services conventionnés ou à la cession totale ou partielle de ces services.*
- k) *Les autres causes prévues par la réglementation sectorielle et reprises dans l'accord de conventionnement.*

2. *Une fois que l'accord est déclaré éteint, l'administration qui a accordé le conventionnement prend les mesures nécessaires pour garantir la continuité du service concerné. »*

« Première disposition additionnelle.- Services ouverts au conventionnement et tarifs maximaux applicables.

Les procédures et services ouverts au conventionnement avec des fournisseurs extérieurs au service de santé de la communauté autonome d'Aragon, ainsi que les montants des tarifs fixés dans les accords de conventionnement, respectent les tarifs maximums fixés par le ministère de la communauté autonome d'Aragon compétent en matière de santé, conformément aux dispositions de l'article 9, paragraphe 2, et à la disposition transitoire unique du présent décret. »

« Seconde disposition additionnelle.- Modification des formules de gestion des prestations.

Les entités sans but lucratif qui ont conclu un contrat administratif pour la fourniture d'un service pouvant être couvert par le régime d'action conventionnée peuvent conclure des accords de conventionnement conformément aux procédures établies par le présent décret, soit au terme de la durée initiale du contrat, soit après que le contrat a été résilié de commun accord par l'administration et le co-contractant. »

« Disposition transitoire unique.- Montants des tarifs maximums applicables.

Jusqu'à l'approbation des tarifs maximaux applicables, la fourniture de services de santé à la personne, que ce soit par la voie d'une gestion indirecte ou d'une action conventionnée, reste soumise aux tarifs repris dans l'annexe de [Or. 21] la Orden de 27 de abril de 2007, del Departamento de Salud y Consumo, por la que se regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sanitarios [arrêté du ministère de la santé et de la consommation de la communauté autonome d'Aragon, du 27 avril 2007, réglementant l'action conventionnée en matière de fourniture de services de santé], telle qu'ultérieurement modifiée. »

QUATRIÈMEMENT.– Le droit espagnol. Droit de la communauté autonome d'Aragon : Arrêté SAN/1221/2017.

Cet arrêté abroge [omissis] l'arrêté du ministère de la santé et de la consommation de la communauté autonome d'Aragon du 27 avril 2007, qui a été maintenu en vigueur à titre transitoire à partir de l'adoption du décret 62/2017 [omissis].

Aux fins qui nous intéressent, l'article 2 de cet arrêté dispose :

« Article 2.- Champ d'application

1. Le présent arrêté s'applique aux accords de conventionnement susceptibles d'être formalisés par le ministère de la communauté autonome d'Aragon compétent en matière de santé ou par le service de santé de la communauté autonome d'Aragon avec des entités publiques ou avec des entités privées sans but lucratif, en vue de la fourniture de services de santé à la population protégée de la communauté autonome.

2. Il s'applique également aux cas de fourniture de services de santé à la personne par voie de gestion indirecte, conformément à l'une des formules établies dans la réglementation sur les marchés publics. »

Il s'ensuit que la gestion des services de santé, tant par l'action conventionnée que par la gestion indirecte par contrat administratif, est soumise aux tarifs et aux prix établis.

CINQUIÈMEMENT.- Le droit de l'Union applicable à la présente affaire et soumis à examen [Or. 22]

Article 49 TFUE, relatif au droit d'établissement [...]. Cette disposition est tenue pour reproduite.

Article 56 TFUE, relatif à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union. Cette disposition est tenue pour reproduite.

Articles 76 et 77 (en combinaison avec l'article 74 et l'annexe [XIV]) de la directive « marchés publics », respectivement intitulés « Principes d'attribution de marchés » et « Marchés réservés pour certains services ». Ces dispositions sont tenues pour reproduites.

Article 15, paragraphe 2, de la directive « services ». Cette disposition est tenue pour reproduite.

SIXIÈMEMENT.- Arguments et thèses des parties.

La partie requérante fait valoir que la nécessité d'un renvoi préjudiciel devant la Cour, relatif à l'interprétation de la loi 11/2016 et du décret 62/2017 du gouvernement de la communauté autonome d'Aragon qui la met en œuvre, est motivée par le fait que la réglementation nationale* ne peut déroger à l'application de la réglementation en matière de marchés publics. Or, cette réglementation nationale instaure en réalité des procédures d'adjudication similaires à celles des marchés publics de services et auxquelles seules les entités sans but lucratif peuvent participer, alors qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'on ne peut attribuer des marchés qu'à des organisations de bénévolat et pour des raisons d'efficacité budgétaire et de solidarité (arrêts du 19 juin 2014, Centro Hospitalar de Setúbal et SUCH, C-574/12, EU:C:2014:2004, et du 28 janvier 2016, CASTA e.a., C-50/14, EU:C:2016:56). La requérante soutient que la loi 11/2016 et les autres dispositions réglementaires attaquées violent l'article 49 TFUE et l'article 15 de la directive « services ». Selon elle, il ressort de la jurisprudence constante de la Cour qu'il n'est possible de restreindre la liberté d'établissement en réservant l'accès à certaines activités à des opérateurs ayant une forme juridique spécifique, comme les entités sans but lucratif, que pour des motifs exceptionnels liés [Or. 23] aux principes de solidarité et d'efficacité budgétaire. Tel est le cas de l'attribution directe de la fourniture de services de transport sanitaire à des associations de bénévolat, justifiée par des motifs spécifiques d'efficacité budgétaire, dont la jurisprudence reconnaît la validité. En l'espèce, la réglementation de la communauté autonome d'Aragon étend cette exception non seulement aux entités de bénévolat, mais également aux entités sans but lucratif, ce qui augmente les possibilités de restriction.

* N.d.t. : Il n'est pas exclu que la juridiction de renvoi se réfère plus particulièrement à la réglementation de la communauté autonome d'Aragon.

La partie requérante estime par conséquent nécessaire de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel relatif à l'article 2 de la loi 11/2016 et soutient que le décret 62/2017 et l'arrêté SAN/1221/2017 sont tous deux nuls. La non-conformité de la réglementation en cause au droit de l'Union est démontrée par le fait que le motif d'efficacité budgétaire et financière fera toujours défaut, puisque l'arrêté SAN/1221/2017 fixe la même tarification indépendamment du fait que le service soit fourni par une entité sans but lucratif ou par une entreprise engagée conformément à la réglementation en matière de marchés publics. En effet, cet arrêté fixe les tarifs applicables en cas de fourniture de services par des moyens extérieurs sans distinguer l'action conventionnée et la gestion indirecte.

La partie défenderesse fait valoir que les communautés autonomes, et pas seulement celle d'Aragon, ont légiféré sur cette question conformément aux articles 14 et 106 TFUE, au protocole (n° 26) sur les services d'intérêt général, et en tenant compte du considérant 114 de la directive « marchés publics », en vertu de leur propre pouvoir d'organisation en matière de services sociaux d'intérêt général. Celles-ci ont décidé d'instaurer différentes formes de gestion de ce type de services et permettent aux entités commerciales d'y accéder par la voie de la gestion indirecte, de sorte que l'on ne saurait conclure que les entités autres que celles sans but lucratif en sont exclues.

La partie défenderesse soutient, d'une part, que c'est la directive « marchés publics », et non la loi 11/2016, qui crée une troisième voie de gestion des services d'intérêt général et, d'autre part, que c'est la communauté autonome qui transpose cette option en droit national. La réglementation relative à l'action conventionnée ne viole pas la réglementation en matière de marchés publics, car il s'agit de deux voies différentes, l'action conventionnée n'étant pas un marché public. Il n'y a aucune violation de la liberté d'établissement ni de la libre prestation des services car, selon la défenderesse, [Or. 24] le fait de réserver l'exercice de l'action conventionnée en matière de soins de santé aux entités sans but lucratif, en particulier pour la gestion des dispositifs de prise en charge résidentielle des malades du SIDA, est conforme au droit de l'Union. Elle considère en effet que cette réserve est suffisamment motivée par les principes d'universalité et de solidarité du droit de l'Union ainsi que par des raisons d'efficacité budgétaire et d'adéquation, puisqu'elle permet que ce service d'intérêt général soit fourni dans des conditions d'équilibre économique budgétaire par des organismes essentiellement constitués en vue de servir l'intérêt général, comme l'indique la jurisprudence de l'Union.

SEPTIÈMEMENT.– Motivation du renvoi préjudiciel au regard de la réglementation interne et du droit et de la jurisprudence de l'Union applicables.

À la lumière des arrêts de la Cour, tels que l'arrêt du 19 décembre 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.* (C-159/11, EU:C:2012:817), la notion de contrat à titre onéreux comprend également les contrats prévoyant que la rémunération est limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le

service convenu (critère également retenu dans l'arrêt du 13 juin 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385). Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt du 28 janvier 2016, CASTA e.a. (C-50/14, EU:C:2016:56), un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que la rémunération prévue soit limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu ou que ce contrat soit conclu avec une entité ne poursuivant pas de but lucratif. La Cour s'est prononcée dans le même sens dans l'arrêt du 11 décembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, points 36 et 37).

De même, la Cour a tranché par l'affirmative, dans l'arrêt du 28 janvier 2016, CASTA e.a. (C-50/14, EU:C:2016:56), une question relative à la conformité au droit de l'Union de l'attribution directe, sans publicité, de la fourniture de services de transport sanitaire à une association de bénévolat, pour autant que la décision administrative réponde, en tant qu'exception, à une finalité ou à un critère d'efficacité budgétaire et qu'elle contribue à une finalité sociale ainsi qu'à la réalisation d'objectifs de solidarité.

[P]ar ailleurs, [omissis] l'analyse du considérant 114 et des articles 76 et 77 de la directive « marchés publics » repose sur [Or. 25] une règle générale de soumission aux règles de passation des marchés publics, les États membres se voyant reconnaître une marge de manœuvre pour l'organisation des modalités de fourniture de services sociaux et de santé d'intérêt général, en réservant certains marchés et même en procédant à leur attribution directe (article 77). Cette marge de manœuvre est cependant guidée par une totale liberté de fourniture, comme cela ressort de la dernière partie du considérant 114, qui donne des exemples d'action ou d'organisation en dehors de la technique contractuelle. La réglementation établie par la directive « marchés publics » est en effet inspirée par la liberté des États membres de fournir eux-mêmes certains services (à savoir les services sociaux et de santé d'intérêt général) ou de les organiser en dehors d'un cadre contractuel. Cela étant, le considérant 114 montre également la voie à chaque État membre et lui indique en quel sens il y a lieu d'orienter d'une telle alternative, en fournissant des exemples tels que l'intervention par voie de financement, de subsides ou d'octroi de « *licences ou [d']autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions prédéfinies par le pouvoir adjudicateur [- qui conserve cette qualité, nuance dont il faut tenir compte -], sans fixation de limites ou de quotas, à condition qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et soit conforme aux principes de transparence et de non-discrimination* ».

Par conséquent, il résulte tant de la réglementation contenue dans la directive « marchés publics » que de la jurisprudence de la Cour que les États se voient accorder la liberté de fournir ces services eux-mêmes, sans être soumis, à un moment donné, à la technique contractuelle, mais dans des conditions de totale liberté, sans discrimination entre les entités selon qu'elles sont ou non actives sur le marché ou selon qu'elles poursuivent ou non un but lucratif, et ce que ce soit par voie d'autorisation, de subvention, ou en réservant certains marchés

spécifiques de fourniture de services de cette nature. À titre exceptionnel, la Cour s'est prononcée favorablement sur la possibilité de confier la fourniture de certains types de services à des associations de bénévolat par voie d'attribution directe, sans publicité, pour autant que la décision soit justifiée par des motifs d'efficacité budgétaire et poursuive un objectif de solidarité ainsi qu'une finalité sociale, tout en soumettant ces associations à des exigences spécifiques.

La réglementation nationale (plus précisément, la loi 11/2016) envisage la technique de l'action conventionnée comme une option de gestion des services à caractère social et de santé, conjointement à la gestion directe par des moyens propres et à la gestion indirecte par voie de marché public (article [Or. 26] 2). Les administrations peuvent fournir ce type de services en suivant n'importe laquelle de ces trois voies, l'action conventionnée étant définie à l'article 3 comme un instrument organisationnel de nature non contractuelle. Il convient d'observer que, s'agissant des services appelés à être directement fournis par les administrations [omissis], la quatrième disposition additionnelle de cette loi envisage l'action conventionnée comme une option subsidiaire à la gestion directe à l'aide de moyens propres.

Par ailleurs, il ressort de l'interprétation conjointe des articles 2, 3, et 5, paragraphes 2 et 4, ainsi que de la quatrième disposition additionnelle [omissis] de la loi 11/2016 que le recours à l'action conventionnée par l'administration, qui est subsidiaire à la gestion directe par ses propres moyens, n'est pas défini par son objectif et sa finalité (qui justifient le choix de l'entité appelée à exercer l'action conventionnée), mais par la spécificité ou le caractère particulier du service qu'il s'agit de fournir, puisque la structure de cette loi permet de conclure que chacune des trois voies (autrement dit, la fourniture par des moyens propres, le recours à l'action conventionnée, qui lui est subsidiaire, ou la gestion indirecte par voie de marché public) est adaptée et dûment conforme aux exigences de fourniture adéquate de ce type de services. Il convient d'observer que l'article 5, paragraphe 2, de cette loi définit les hypothèses d'application de l'action conventionnée en prévoyant de manière disjonctive trois situations. Le recours à l'action conventionnée peut donc être mis en œuvre sans qu'il ne doive nécessairement être justifié par « *l'adéquation de cette forme de gestion au contenu spécifique de la prestation* ».

L'objectif de l'action conventionnée serait donc plutôt la fourniture du service concerné par une entité sans but lucratif présentant certaines caractéristiques que la fourniture adéquate d'un service d'intérêt général spécifique (la réglementation en cause ne définit d'ailleurs pas de services spécifiques, contrairement à la réglementation de l'Union en matière de marchés publics), puisque cette adéquation pourrait également être obtenue par la passation d'un marché public. Le recours à la technique du conventionnement serait davantage défini par le profil de l'entité appelée à fournir le service que par sa fourniture. À la lumière des dispositions de l'article 5, paragraphe 4, de la loi 11/2016, l'action conventionnée serait conçue comme un instrument de politique sociale dont les

agents seraient les entités sans but lucratif en général et, en particulier, celles choisies par l'administration.

Par sa nature même, toute entité sans but lucratif se voit associer une présomption d'efficacité budgétaire et financière qui ne [Or. 27] saurait en aucune manière être déduite de la réglementation de l'Union, ni du cas de figure spécifique et exceptionnel dans le cadre duquel la Cour a analysé l'inapplication de la technique contractuelle ainsi que la validité de l'attribution directe et sans publicité de la fourniture de certains services, qu'elle n'a admise qu'à l'égard d'associations de bénévolat. Il convient d'ajouter que la technique de gestion indirecte, par voie de marché public, et la technique d'action conventionnée semblent être aussi efficaces l'une que l'autre, puisque l'arrêt SAN/1221/2017 s'applique indistinctement dans les deux cas de figure.

L'action conventionnée, en tant que technique de fourniture de services sociaux ou de santé d'intérêt général, est exclusivement réservée aux entités sans but lucratif. Elle est considérée comme subsidiaire à la fourniture directe de ces services par les administrations à l'aide de leurs propres moyens, mais cela s'explique moins par la fourniture adéquate de ces services que par la satisfaction, dans chaque cas, de certains objectifs de politique sociale de l'administration. Ces derniers ne doivent être liés ni au service proprement dit, ni à sa fourniture adéquate (c'est-à-dire à l'entière satisfaction du citoyen), et les entités sans but lucratif sont érigées en instruments et en agents d'exécution de ces politiques et de ces objectifs, qui sont spécifiquement établis à l'article 5, paragraphe 4, de la loi 11/2016.

HUITIÈMEMENT. – Nécessité du renvoi préjudiciel pour la résolution du litige.

Le recours contentieux administratif vise l'arrêt du 21 août 2017. Le recours à l'action conventionnée avec des entités sans but lucratif y est sommairement justifié et est exclusivement fondé, sans plus ample motivation, sur le fait que l'administration qui fournit le service concerné n'a pas de moyens propres disponibles, sur le fait qu'il n'est pas opportun d'augmenter les ressources matérielles et humaines dont [Or. 28] dispose le ministère de la Santé de la communauté autonome d'Aragon et, enfin, sur la nécessité de maintenir la continuité des services de prise en charge résidentielle des malades du SIDA dans la communauté autonome d'Aragon.

La nécessité du renvoi préjudiciel découle du fait que la validité ou la nullité de l'arrêt du 21 août 2017 dépend de la conformité et de la compatibilité de la réglementation applicable avec le droit de l'Union. L'examen de l'arrêt du 21 août 2017 impose d'analyser la conformité au droit de l'Union de la réglementation applicable. Si cette conformité au droit de l'Union venait à être confirmée, la Cour de céans pourra ensuite s'atteler à statuer, le cas échéant, sur la question de la conformité dudit arrêt à cette réglementation.

Il est clair que si le choix normatif que le législateur de la communauté autonome d'Aragon a posé dans la loi 11/2016 pour le conventionnement (en tant que technique de gestion subsidiaire à la gestion directe ou à l'aide de moyens propres de certains services d'intérêt général) n'est pas conforme au droit de l'Union en ce qu'il viole, entre autres, le principe de la liberté d'établissement, l'arrêté du 21 août 2017 pourra difficilement être conforme au droit. Si la question de la conformité au droit de l'Union de la réglementation applicable est définitivement tranchée [par la négative], il n'est, en tout état de cause, plus nécessaire de statuer sur la conformité de l'arrêté du 21 août 2017 à cette réglementation.

[omissis] [considérations d'ordre procédural]

Par ces motifs,

DISPOSITIF

LA PREMIERE CHAMBRE DE LA SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DU TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON (COUR SUPERIEURE DE JUSTICE DE LA COMMUNAUTE AUTONOME D'ARAGON, ESPAGNE) DECIDE [omissis] **[Or. 29]** [omissis] de poser à la Cour de justice de l'Union européenne, conformément à l'article 267 TFUE, les questions préjudicielles suivantes, relatives à l'interprétation des articles 49 et 56 TFUE, des articles 76 et 77 (en combinaison avec l'article 74 et l'annexe XIV) de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics, ainsi que de l'article 15, paragraphe 2, de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur :

- 1) L'article 49 TFUE et les articles 76 et 77 (en combinaison avec l'article 74 et l'annexe XIV) de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui permet aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à des accords de conventionnement avec des entités privées sans but lucratif (et pas seulement avec des associations de bénévolat) pour la fourniture de toute sorte de services sociaux à la personne en contrepartie du remboursement des coûts, sans avoir recours aux procédures prévues dans cette directive et ce, quelle que soit la valeur estimée, simplement en qualifiant préalablement ces accords comme étant non contractuels ?

- 2) L'article 49 TFUE et les articles 76 et 77 (en combinaison avec l'article 74 et l'annexe XIV) de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui, pour la fourniture de

services sociaux ou de santé d'intérêt général, permet de contourner la réglementation en matière de passation de marchés publics en ayant recours à la technique de l'action conventionnée (à titre de complément ou de substitut à la gestion par des moyens propres) non en raison de l'aptitude de cette technique aux fins de la fourniture adéquate du service, mais en vue d'atteindre des objectifs concrets de politique sociale qui concernent le mode de fourniture du service ou que l'agent doit respecter pour être choisi à cette fin, et ce bien que les principes de publicité, de concurrence et de transparence restent en vigueur ?

- 3) En cas de réponse négative à la question précédente, les dispositions du droit de l'Union précitées et l'article 15, paragraphe 2, sous b), de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que cette technique soit exclusivement réservée aux entités sans [Or. 30] but lucratif (et pas seulement aux associations de bénévolat), et ce bien que les principes de transparence et de publicité soient respectés ?
- 4) À la lumière de l'article 15, paragraphe 2, sous b), de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, faut-il considérer que le fait d'accorder aux pouvoirs adjudicateurs le pouvoir discrétionnaire de recourir à l'action conventionnée pour confier la gestion de services de santé et sociaux à des entités sans but lucratif équivaut à subordonner l'accès à la fourniture de ces services à une condition relative à la forme juridique ? En cas de réponse affirmative à cette question, une réglementation nationale telle que celle en cause, pour laquelle l'État n'a pas notifié à la Commission l'inclusion de la condition relative à la forme juridique, est-elle valide au regard de l'article 15, paragraphe 7, de la directive 2006/123 ?
- 5) En cas de réponse négative aux trois premières questions et de réponse affirmative à la quatrième question, l'article 49 TFUE, les articles 76 et 77 (en combinaison avec l'article 74 et l'annexe XIV) de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, et l'article 15, paragraphe 2, de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils permettent aux pouvoirs adjudicateurs, afin de sélectionner les entités sans but lucratif (et pas seulement les associations de bénévolat) avec lesquelles conclure la fourniture conventionnée de toute sorte de services sociaux à la personne [au-delà de ceux énoncés à l'article 2, paragraphe 2, sous j), de la directive 2006/123], d'inclure parmi les critères de sélection *l'implantation dans la localité ou dans la zone géographique de fourniture du service* ?

[omissis] **[Or. 31]** [omissis] [formules sacramentelles, signature et mention relative la protection des données à caractère personnel]

DOCUMENT DE TRAVAIL