

**Sag C-676/20****Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

11. december 2020

**Forelæggende ret:**

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Spanien)

**Afgørelse af:**

23. november 2020

**Sagsøger:**

Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Amena Domicilio (ASADE)

**Sagsøgt:**

Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón

**Hovedsagens genstand**

I hovedsagen skal der tages stilling til gyldigheden af den selvstyrende region Aragóns lovgivning, hvorefter ordregivende myndigheder kan benytte sig af aftaler med private nonprofitheder med henblik på levering af sociale tjenesteydelser til personer uden at anvende de procedurer, der er fastlagt i de EU-retlige bestemmelser om offentlige udbud.

**Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen**

»Anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkning – artikel 267 TEUF – offentlige kontrakter – artikel 49 TEUF og 56 TEUF – direktiv 2014/24/EU – direktiv 2006/123/EF – national lovgivning, hvorefter ordregivende myndigheder kan benytte sig af aftaler med private nonprofitheder med henblik på levering af sociale tjenesteydelser til personer uden at anvende de procedurer, der er fastlagt i de EU-retlige bestemmelser om offentlige udbud«

## De præjudicielle spørgsmål

- 1) Er en national lovgivning, hvorefter ordregivende myndigheder kan benytte sig af aftaler med private nonprofiterheder – ikke kun frivillige organisationer – med henblik på levering af alle former for sociale tjenesteydelser til personer mod godtgørelse af udgifter uden at anvende de procedurer, der er fastlagt i udbudsdirektivet (2014/24/EU), og uanset den anslåede værdi af disse tjenesteydelser, fordi denne godtgørelse ganske enkelt forudgående kvalificeres som værende af ikke-kontraktuel karakter, forenelig med EU-retten – artikel 49 TEUF og artikel 76 og 77 i (sammenholdt med artikel 74 i og bilag XIV til) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014?
- 2) Er en national lovgivning, hvorefter det med henblik på levering af sundhedsmæssige og sociale tjenesteydelser af almen interesse er muligt at omgå bestemmelserne om offentlige udbud ved hjælp af teknikken med en fælles indsats som et supplement til eller erstatning af forvaltningen med egne midler, ikke fordi denne teknik er egnet til at sikre en tilfredsstillende levering af tjenesteydelsen, men med henblik på at opnå konkrete socialpolitiske mål, som påvirker leveringsmåden, eller som kræves af den leverandør, der er ansvarlig for at levere tjenesteydelsen, for at blive udvalgt, og dette selv når offentlighedsprincippet, konkurrenceprincippet og gennemsigtighedsprincippet forbliver i kraft, forenelig med EU-retten – artikel 49 TEUF og artikel 76 og 77 i (sammenholdt med artikel 74 i og bilag XIV til) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014?
- 3) Såfremt dette er tilfældet, er den omstændighed, at adgangen til denne interventionsteknik alene og udelukkende forbeholdes nonprofiterheder – ikke kun frivillige organisationer – selv når gennemsigtighedsprincippet og offentlighedsprincippet overholdes, da forenelig med EU-retten – de ovenfor anførte bestemmelser og desuden artikel 15, stk. 2, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2007 om tjenesteydelser i det indre marked?
- 4) Henset til tjenesteydelsesdirektivets (2006/123/EF) artikel 15, stk. 2, litra b) kan den omstændighed, at ordregivende myndigheder indrømmes en skønsom beføjelse til at anvende en fælles indsats med henblik på at overlade forvaltningen af sociale og sundhedsmæssige tjenesteydelser til nonprofiterheder, fortolkes således, at dette svarer til at betinge adgangen til disse tjenesteydelser af den retlige form? Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, er en national lovgivning som den i sagen omhandlede, med hensyn til hvilken staten ikke har givet Kommissionen meddelelse om, at betingelsen om retlig form er gældende, da gyldig i henhold til tjenesteydelsesdirektivets artikel 15, stk. 7?

- 5) Såfremt de foregående spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 49 TEUF og artikel 56 TEUF, og artikel 76 og 77 i (sammenholdt med artikel 74 i og bilag XIV) til direktivet om offentlige udbud (2014/24/EU) og artikel 15, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked da fortolkes således, at de giver mulighed for, at ordregivende myndigheder med henblik på udvælgelsen af en nonprofittenhed (ikke kun frivillige organisationer), hvormed der kan indgås aftale om levering af alle former for sociale tjenesteydelser til personer – ud over de kriterier, der er fastsat i artikel 2, stk. 2, litra j) i direktiv 2006/123/EF – blandt udvælgelseskriterierne kan inkludere *implementeringen på det sted eller det geografiske område, hvor tjenesteydelsen skal leveres?*

### **Anførte EU-retlige forskrifter**

Artikel 49 TEUF og 56 TEUF.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65): 6. og 114. betragtning samt artikel 76 og 77 (sammenholdt med artikel 74 og bilag XIV)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT 2006, L 376, s. 36): artikel 15, stk. 2 og 7

Den Europæiske Unions Domstols (herefter »Domstolen«) dom af 19. december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817)

Domstolens dom af 13. juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385)

Domstolens dom af 19. juni 2014, Centro Hospitalar de Setúbal og SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004)

Domstolens dom af 11. december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440)

Domstolens dom af 28. januar 2016, CASTA m.fl. (C-50/14, EU:C:2016:56)

### **Anførte nationale retsfor skrifter**

*På nationalt plan*

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (lov nr. 9/2017 af 8.11.2017 om offentlige kontrakter til gennemførelse af Europa-

Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU og 2014/24/EU af 26.2.2014 i spansk ret, herefter »lov nr. 9/2017«): præambel, artikel 11, stk. 6, og supplerende bestemmelse nr. 47-49

### *På regionalt plan*

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (organisk lov nr. 5/2007 af 20.4.2007 om ændring af Aragóns status som selvstyrende region): artikel 71, nr. 34, og nr. 55 samt artikel 73

Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (lov nr. 11/2016 af 15.12.2016 om en fælles indsats med henblik på levering af sociale og sundhedsmæssige tjenesteydelser til personer, herefter »regional lov nr. 11/2016«): præambel, artikel 2-6, supplerende bestemmelse nr. 4 og afsluttende bestemmelse nr. 2

Decreto 62/2017, de 11 de abril, 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 (regionalt dekret nr. 62/2017 af 11.4.2017 om aftaler om en fælles indsats vedrørende sundhedstjenesteydelser og tilknytningsaftaler med offentlige enheder og nonprofitheder, herefter »regional dekret nr. 62/2017«): artikel 1, 3, 4, 6, 7 og 9-13, supplerende bestemmelse nr. 1 og 2 og den eneste overgangsbestemmelse

Orden SAN/1221/2017, de 21 de julio, 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 (bekendtgørelse fra det regionale sundhedsministerium nr. 1221/2017 af 21.7.2017 om fastsættelse af priser og maksimumstakster for levering af sundhedstjenesteydelser med midler, der ikke er omfattet af den selvstyrende region Aragóns sundhedssystem, herefter »regional bekendtgørelse nr. 1221/2017«): artikel 2

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, de 21 de agosto de 2017 (bekendtgørelse af 21.8.2017 fra det regionale sundhedsministerium om godkendelse af sagsakterne vedrørende aftalen om en fælles indsats med henblik på plejestyrelse til aids-patienter i den selvstyrende region Aragón, herefter »regional bekendtgørelse om pleje til aids-patienter«)

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen**

#### *Sammenfatning af lovgivningen*

- 1 I henhold til de beføjelser, som Constitución Española (den spanske forfatning) tillægger den på området for social bistand og de beføjelser, som den er tillagt

som selvstyreende region, navnlig på området for social indsats, sundhed og folkesundhed og undervisning, vedtog den selvstyreende region Aragón regional lov nr. 11/2016, som blev gennemført ved regionalt dekret nr. 62/2017. Disse retsakter indførte og regulerede i det væsentlige teknikken med en fælles indsats med henblik på levering af sociale og sundhedsmæssige tjenesteydelser til personer, idet de forbeholdt offentlige enheder og private nonprofiterheder at indgå aftaler om en fælles indsats (hvorved enheder, der drives med gevinst for øje, følgelig udelukkes). Til dette regelsæt blev tilføjet regional bekendtgørelse nr. 1221/2017, som fastsatte priser for levering af sundhedstjenesteydelser med eksterne midler.

- 2 På baggrund af den ovennævnte lovgivning blev den regionale bekendtgørelse om pleje til aids-patienter, som er direkte anfægtet i den foreliggende sag, vedtaget.
- 3 Det bemærkes, at hele den anførte regionale lovgivning blev vedtaget før vedtagelsen af lov nr. 9/2017, der regulerer offentlige udbud i Spanien, som henhører under statens enekompetence, og som bl.a. gennemfører direktiv 2014/24 i spansk ret.

#### *Hovedsagen*

- 4 I oktober 2017 anlagde Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Servicios de Atención a Domicilio (den statslige sammenslutning af enheder, der leverer hjemmeplejetjenester, herefter »ASADE«) en forvaltningsretlig sag ved den forelæggende ret til prøvelse af den regionale bekendtgørelse om pleje til aids-patienter. Med dette søgsmål nedlagde ASADE, ud over påstand om annullation af den nævnte bekendtgørelse, påstand om annullation af regional bekendtgørelse nr. 1221/2017 og regionalt dekret nr. 62/2017 samt om forelæggelse af en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkning til Domstolen for så vidt angår foreneligheden af regional lov nr. 11/2016, navnlig lovens artikel 2, og det nævnte regionale dekret nr. 62/2017 med artikel 49 TEUF, artikel 77 i direktiv 2014/24 og artikel 15, stk. 2, i direktiv 2006/123.

#### **De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter**

- 5 ASADE har anført, at det er nødvendigt at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af regional lov nr. 11/2016 og regionalt dekret nr. 62/2017 med den begrundelse, at den regionale lovgivning ikke kan unddrage sig anvendelsen af reglerne vedrørende kontrakter. ASADE har gjort gældende, at den regionale lovgivning fastsætter udbudsprocedurer, der ligner dem for tjenesteydelseskontrakter, men som kun nonprofiterheder kan deltage i, og derfor er i strid med artikel 49 TEUF og artikel 15 i direktiv 2006/123. ASADE er af den opfattelse, at det følger af Domstolens praksis (dommen i sagen Centro Hospitalar de Setúbal og SUCH (C-574/12) og dommen i sagen CASTA m.fl. (C-50/14)), at der kun må foretages en begrænsning af etableringsfriheden, hvorved adgangen til visse former for virksomhed begrænses til erhvervsdrivende, der har en bestemt retlig form, såsom nonprofiterheder, når

der foreligger visse ekstraordinære grunde, der er knyttet til solidaritetsprincippet og princippet om budgetmæssig effektivitet. ASADE er af den opfattelse, at Domstolens praksis kun har anerkendt muligheden for at tildele direkte kontrakter til frivillige organisationer, men at den omtvistede regionale lovgivning anvender en sådan undtagelse ikke blot for disse organisationer, men også for nonprofitheder, hvilket udvider mulighederne for begrænsning. ASADE er af den opfattelse, at den omtvistede regionale lovgivning gør hensigten med den budgetmæssige effektivitet virkningsløs, eftersom regional bekendtgørelse nr. 1221/2017 fastsætter de samme servicetakster for både nonprofitheder og enheder, der drives med gevinst for øje, med hvilke der er indgået kontrakter i henhold til bestemmelserne vedrørende offentlige udbud, og at disse takster finder anvendelse på alle tilfælde af levering af tjenesteydelser ved hjælp af eksterne midler, uden at der sondres mellem fælles indsats og indirekte forvaltning.

- 6 Consejería de Sanidad (den selvstyrende region Aragóns sundhedsministerium) har anført, at i henhold til bestemmelserne i artikel 14 TEUF og artikel 106 TEUF i protokol 26, der er knyttet som bilag til traktaten, og 114. betragtning til direktiv 2014/24 har de selvstyrende regioner, herunder regionen Aragón, lovgivet på området på grundlag af deres beføjelse til at organisere sociale tjenesteydelser af almen interesse og har valgt at fastsætte forskellige former for forvaltning af denne type tjenesteydelser ved at give erhvervsdrivende enheder adgang til at forvalte disse tjenesteydelser gennem indirekte forvaltning. Følgelig kan det ikke konkluderes, at andre enheder end nonprofitheder er udelukket fra forvaltningen af denne type tjenesteydelser. Consejería de Sanidad har anført, at det ikke er regional lov nr. 11/2016, der har skabt et tredje middel til forvaltning af tjenesteydelser af almen interesse, men direktiv 2014/24, og at den selvstyrende region Aragón har gennemført en sådan mulighed i den interne retsorden. Reglerne om en fælles indsats udgør ikke en tilsidesættelse af reglerne vedrørende kontrakter, eftersom de er forskellige midler, da den fælles indsats ikke er en kontrakt. Consejería de Sanidad er af den opfattelse, at der hverken foreligger en tilsidesættelse af etableringsfriheden eller af den frie udveksling af tjenesteydelser, idet Consejería de Sanidad anser det for at være i overensstemmelse med EU-retten, at det forbeholdes nonprofitheder at udøve den fælles indsats på sundhedsområdet, navnlig for så vidt angår forvaltningen af plejestyret til aids-patienter. Efter Consejería de Sanidad's opfattelse er det nævnte forbehold tilstrækkeligt begrundet i de EU-retlige principper om universalitet og solidaritet samt i hensynet til økonomisk effektivitet og hensigtsmæssighed, for så vidt som forbeholdet giver mulighed for, at denne tjenesteydelse af almen interesse leveres af enheder, der hovedsageligt er oprettet med henblik på at tjene den offentlige interesse, under forudsætning af økonomisk ligevægt, i overensstemmelse med EU-retspraksis.

### **Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen**

#### *Retlig problemstilling*

- 7 Den forelæggende ret har for det første anført, at en gensidigt bebyrdende aftale, i betragtning af Domstolens afgørelser som f.eks. dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (C-159/11) og Piepenbrock-dommen (C-386/11), også omfatter aftaler, hvori det aftalte vederlag er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den tjenesteydelse, der er genstand for aftalen. Som Domstolen bemærkede i dommen i sagen Casta m.fl. (C-50/14) og i sagen Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13), kan en aftale ikke falde uden for begrebet offentlig kontrakt alene på grund af, at vederlaget er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse, eller at denne kontrakt indgås med en nonprofithold. Den forelæggende ret har anført, at Domstolen i dommen i sagen Casta m.fl. (C-50/14) fastslog, at den direkte tildeling uden offentliggørelse af en tjenesteydelse til en frivillig organisation er i overensstemmelse med EU-retten, forudsat at beslutningen opfylder kriteriet om budgetmæssig effektivitet, og at der med denne tildeling bidrages til et socialt formål og til forfølgelsen af solidaritetsformål.
- 8 Den forelæggende ret har imidlertid anført, at selv om 114. betragtning til og artikel 76 og 77 i direktiv 2014/24 er baseret på en generel regel om, at udbudsreglerne finder anvendelse, tildeles medlemsstaterne en vid skønsmargen til selv at levere sundhedsmæssige og sociale tjenesteydelser af almen interesse eller til at tilrettelægge leveringsmåden for disse tjenesteydelser, idet der tillades reservation af aftaler (artikel 77) og endog direkte tildeling, således som det fremgår af den sidste del af 114. betragtning, hvor der gives eksempler på handlinger eller tilrettelæggelser, der ikke sker på grundlag af kontrakter.
- 9 Den forelæggende ret har følgelig konkluderet, at direktiv 2014/24 tildeler staterne frihed til selv at levere sådanne tjenesteydelser uden at gennemføre en udbudsprocedure, men i bred forstand, dvs. uden forskelsbehandling mellem enheder, der opererer og ikke opererer på markedet eller mellem enheder, der drives med eller uden gevinst for øje, og at Domstolen i sin praksis kun undtagelsesvis har udtalt sig til fordel for muligheden for direkte tildeling uden offentliggørelse af visse typer tjenesteydelser til frivillige organisationer, når beslutningen er begrundet i hensynet til budgetmæssig effektivitet, og der forfølges et solidaritetsformål og et socialt formål.
- 10 For så vidt angår den omtvistede regionale lov nr. 11/2016 har den forelæggende ret anført, at den fælles indsats i denne lov udgør en mulighed for forvaltning af sociale og sundhedsmæssige tjenesteydelser sammen med den direkte forvaltning med egne midler og den indirekte forvaltning ved udbud (artikel 2). Myndighederne kan levere sådanne tjenesteydelser på en af de tre måder. Den fælles indsats er defineret som et organisatorisk instrument af ikke-kontraktuel karakter (artikel 3) og er en mulighed, der er underlagt den direkte forvaltning med egne midler, for så vidt angår de tjenesteydelser, der leveres direkte af myndighederne (4. tillægsbestemmelse).

- 11 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at det af de anførte bestemmelser, sammenholdt med artikel 5, stk. 2 og 4, i regional lov nr. 11/2016, at myndighedernes anvendelse af den fælles indsats, der er underlagt den direkte forvaltning med egne midler, ikke i så høj grad er defineret ud fra de specifikke eller særlige kendetegn ved de tjenesteydelser, der skal leveres (loven gør det muligt at konkludere, at hvilken som helst af de tre måder er egnet til at sikre en tilfredsstillende levering af denne type tjenesteydelse), men snarere ud fra det formål, der forfølges med lovens anvendelse, og som begrundes af den enhed, der leverer tjenesteydelsen. Der skal tages hensyn til den omstændighed, at lovens artikel 5, stk. 2, ved definitionen af denne tekniks anvendelsestilfælde, nævner tre særskilte situationer, således at dens anvendelse ikke nødvendigvis skal være begrundet i »denne forvaltningsforms egnethed som følge af tjenesteydelsens konkrete indhold«.
- 12 Den forelæggende ret fortolker det således, at formålet med den fælles indsats ikke i så høj grad er en egnet levering af en bestemt tjenesteydelse af almen interesse – den omhandlede lovgivning fastlægger i modsætning til de EU-retlige bestemmelser vedrørende kontrakter ikke konkrete tjenesteydelser – men at denne egnethed ligeledes kan opfyldes ved udbud, såsom levering fra en nonprofithed, der har visse karakteristika. Følgelig bestemmes anvendelsen af den fælles indsats ikke af leveringen af tjenesteydelsen, men af profil hos leverandøren af tjenesteydelsen. Henset til bestemmelserne i artikel 5, stk. 4, i regional lov nr. 11/2016 synes denne teknik således at være et socialpolitisk instrument, hvis leverandører generelt er nonprofitheder, og som navnlig bliver udvalgt af myndighederne.
- 13 Dette indebærer imidlertid, at det formodes, at enhver nonprofithed i kraft af, at den er en nonprofithed, er budgetmæssigt og finansielt effektiv, hvilket på ingen måde kan udledes af de EU-retlige bestemmelser eller det særlige tilfælde, hvor Domstolen anerkendte den manglende anvendelse af kontraktbaserede fremgangsmåde og bæredygtigheden af den direkte tildeling uden offentliggørelse af visse tjenesteydelser, som alene og udelukkende er anerkendt for så vidt angår frivillige organisationer. Hertil kommer, at den indirekte forvaltning (gennem udbud) og den fælles indsats økonomisk set forekommer at være lige effektive, eftersom regional bekendtgørelse nr. 1221/2017 finder anvendelse uden forskel i begge tilfælde.
- 14 I sidste ende er den fælles indsats alene og udelukkende forbeholdt nonprofitheder med henblik på levering af sundhedsmæssige og sociale tjenesteydelser af almen interesse. Denne indsats anses for at være subsidiær i forhold til myndighedernes direkte levering med egne midler af disse tjenesteydelser, og ikke at være begrundet i en egnet levering af disse tjenesteydelser (dvs. til borgernes fulde tilfredshed), men med henblik på myndighedernes opfyldelse af visse socialpolitiske mål i hvert enkelt tilfælde. Nonprofithederne bliver agenter til gennemførelse af en denne politik og disse formål.

*Begrundelse for nødvendigheden af at anmode om en præjudiciel afgørelse*

- 15 Den forelæggende ret har anført, at sagen vedrører den regionale bekendtgørelse om pleje til aids-patienter. I bekendtgørelsen er den fælles indsats med nonprofitheder kort og uden yderligere begrundelse begrundet i, at den myndighed, der leverer den nævnte tjenesteydelse af almen interesse, ikke har egne midler til rådighed, i den uhensigtsmæssige karakter af udvidelsen af de personlige og materielle midler, som denne myndighed har til rådighed, og i nødvendigheden af at opretholde kontinuiteten i plejeydelserne til aids-patienter i Aragón.
- 16 Gyldigheden af den anfægtede forvaltningsakt afhænger af, om den lovgivning, der finder anvendelse, er forenelig med EU-retten, hvilket begrunder den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse. Det er klart, at såfremt den lovgivningsmæssige mulighed, der er fastsat i regional lov nr. 11/2016, for så vidt angår den fælles indsats som en forvaltningsteknik, der er underlagt den direkte forvaltning af visse tjenesteydelser af almen interesse, ikke er i overensstemmelse med EU-retten, fordi den bl.a. tilsidesætter princippet om etableringsfrihed, kan den anfægtede forvaltningsakt vanskelig være i overensstemmelse med EU-retten, og følgelig er det ikke nødvendigt at tage stilling til, om den nævnte foranstaltning er i overensstemmelse med den gældende lovgivning.

ARBEJDSDOM