Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 30. april 2014[1]

Sag C-113/13

Azienda Sanitaria Locale No 5 »Spezzino«
Associazione Nazionale Pubblica Assistenza (ANPAS) – Comitato Regionale Liguria
Regione Liguria
mod
San Lorenzo Società Cooperativa Sociale
Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (Italien))

»Artikel 49 TEUF og 56 TEUF — direktiv 2004/18/EF — offentlige tjenesteydelseskontrakter — sygetransporter — tildeling af kontrakter uden offentligt udbud — frivillige organisationer — godtgørelse af udgifter«

1. Frivillige (eller velgørende) organisationer er universelt anerkendt for bl.a. de vigtige sociale, lægelige og humanitære funktioner, de har til gavn for samfundet som helhed og for dets svageste medlemmer i særdeleshed (f.eks. krigsofre, ofre for naturkatastrofer og syge, fattige eller ældre mennesker).

2. Disse organisationer tildeles ofte en særlig juridisk status, ikke alene i henhold til national lovgivning, men også i henhold til folkeretten[2]. Den Europæiske Union fører naturligvis ikke tilsyn med frivillige organisationers særlige karaktertræk, og den lægger stor vægt på det bidrag, organisationerne yder til at skabe et retfærdigt og rimeligt samfund[3]. Derfor har Domstolen i nogle af sine afgørelser, f.eks. i Stauffer-dommen[4] og dommen i sagen Sodemare m.fl.[5], ikke tøvet med at anerkende organisationernes unikke karaktertræk inden for EU's retsorden.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Velgørende organisationer er i krigstid f.eks. blevet tildelt særlig juridisk status siden den første Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field (konvention til forbedring af såredes vilkår i felten), undertegnet i Genève den 22.8.1864. Herudover gav De Forenede Nationers Generalforsamling med resolution 45/6 af 16.10.1990 observatørstatus til Den Internationale Røde Kors Komité under hensyn til den specielle rolle og de mandater, Genèvekonventionerne havde tildelt den.

3 — Se f.eks. dialogen mellem EU-institutionerne og det civile samfund, som artikel 11 TEU og artikel 15 TEUF kræver. Desuden skal Det Økonomiske og Sociale Udvalg i henhold til artikel 300, stk. 2, TEUF bl.a. bestå af repræsentanter fra det civile samfund. Endvidere betoner et antal erklæringer i tilknytning til traktaterne vigtigheden af de frivillige organisationers bidrag til udviklingen af social solidaritet inden for Den Europæiske Union: navnlig erklæring nr. 23 vedhæftet traktaten om Den Europæiske Union fra 1992 og erklæring nr. 38 vedhæftet Amsterdamtraktaten.

4 — Dom af 14.9.2006, sag C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer, Sml. I, s. 8203. Om implikationerne af denne afgørelse for frivillige organisationer i relation til EU's retsorden, jf. nærmere O.B. Breen, »EU Regulation of Charitable Organisations: The Politics of Legally Enabling Civil Society«, 3 (2008) *The International Journal of Not-for-Profit Law*, s. 50-78.

5 — Dom af 17.6.1997, sag C-70/95, Sodemare m.fl., Sml. I, s. 3395. Jeg vil komme nærmere ind på denne sag nedenfor i punkt 62, 71 og 72.

3. Der kan dog være omstændigheder, hvorunder de særlige rettigheder eller fordele, der er givet sådanne organisationer i henhold til national lovgivning, kan føre til visse spændinger mellem disse rettigheder eller fordele og en ensartet anvendelse af EU-reglerne. Den foreliggende sag vedrører netop et sådant tilfælde. Consiglio di Stato (statsrådet) ønsker vejledning i spørgsmålet om, hvorvidt en national bestemmelse, der kræver, at offentlige myndigheder under visse betingelser tildeler driften af sygetransporter direkte til frivillige organisationer, er forenelig med EU's bestemmelser om det indre marked.

I – **Retsforskrifter**

A – *EU-ret*

4. Artikel 1, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter[6] bestemmer:

»Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.«

5. Det anføres i direktivets artikel 1, stk. 8:

»Begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder« dækker enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller organer, som på markedet tilbyder henholdsvis udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser.

Begrebet »økonomisk aktør«, dækker både en entreprenør, en leverandør og en tjenesteyder. Det anvendes udelukkende for at forenkle teksten.

[…]«

6. Artikel 7 i direktiv 2004/18 specificerer for så vidt angår værdien af en offentlig kontrakt de tærskelværdier, over hvilke direktivet skal gælde.

7. Artikel 20 og 21 i direktiv 2004/18 fastsætter procedurerne for tildeling af dels kontrakter, hvis genstand er de i bilag II A opførte tjenesteydelser (der skal tildeles i overensstemmelse med artikel 23-55), dels kontrakter, hvis genstand er de i bilag II B opførte tjenesteydelser (udelukkende underlagt artikel 23 og artikel 35, stk. 4).

8. Under kategori nr. 2 anfører bilag II A særligt »landtransport«, og under kategori nr. 25 anfører bilag II B »sundheds- og socialvæsen«.

6 — EUT 2004 L 134, s. 114.

B – *Italiensk ret*

9. Artikel 75b i Regione Ligurias (regionen Liguriens) regionallov nr. 41 af 7. december 2006, som ændret (herefter »artikel 75b RL«), anfører:

»1. Udførelse af sygetransport er en aktivitet, der finder sted i almenhedens interesse, og som reguleres af principperne om universalitet, solidaritet, prismæssig overkommelighed og formålstjenlighed.

2. Sygetransport som nævnt i stk. 1 udføres af individuelle sundhedsagenturer [...], der anvender egne ressourcer og eget personale. Hvor dette ikke er muligt, skal sygetransport betros andre personer eller enheder [...], i overensstemmelse med følgende principper:

a) Sygetransporter, der skal udføres på vegne af det regionale sundhedsvæsen, skal primært betros frivillige organisationer, Røde Kors og andre autoriserede offentlige institutioner eller myndigheder, så det sikres, at den pågældende ydelse i almenhedens interesse udføres under forudsætning af budgetmæssig økonomisk ligevægt. Forholdet til det italienske Røde Kors og de frivillige organisationer skal reguleres ved aftaler [...].

b) Såfremt sygetransporter betros andre personer eller enheder end dem, der er omtalt i litra a), skal sygetransporterne finde sted i overensstemmelse med gældende love vedrørende tildeling af offentlige tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter.

3. De aftaler [...], der henvises til i stk. 2, litra a), skal for så vidt angår frivillige organisationer [og] det italienske Røde Kors [...], fastlægge, at der alene ydes godtgørelse af reelt afholdte udgifter i henhold til de kriterier, som regionsrådet har etableret på grundlag af principper om økonomi og effektivitet og princippet om, at der ikke bør overkompenseres for afholdte omkostninger.«

II – **Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål**

10. Ved beslutning nr. 940 af 22. december 2010 og i overensstemmelse med gældende regional lovgivning indgik den lokale sundhedsmyndighed, ASL No 5 »Spezzino« (herefter »ASL No 5«), aftaler om udførelse af sygetransporter med to frivillige organisationer: Associazione Nazionale Pubblica Assistenza (»ANPAS«) and Croce Rossa Italiana (det italienske Røde Kors).

11. San Lorenzo Società Cooperativa Sociale og Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus (»appelindstævnte i hovedsagen«), to andelsselskaber, der driver sygetransportvirksomhed i regionen Ligurien, anlagde sag ved Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien, herefter »TAR Liguria«), idet man anfægtede ASL No 5's tildeling af kontrakter.

12. TAR Liguria konkluderede, at de aftaler, som var anfægtet af appelindstævnte i hovedsagen, udgjorde offentlige kontrakter, der var tildelt i strid med principperne i artikel 49 TEUF, 56 og 105 TEUF. ASL No 5, Regione Liguria og ANPAS anlagde sag til prøvelse af den af TAR Liguria afsagte dom.

13. Consiglio di Stato nærede tvivl om foreneligheden af artikel 75b RL med EU-lovgivningen og besluttede derfor at udsætte sagen og forelægge følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Er artikel 49 TEUF, 56 TEUF, 105 TEUF og 106 TEUF til hinder for en national bestemmelse, hvorefter sygetransporter fortrinsvis tildeles frivillige organisationer, Croce Rossa Italiana og andre institutioner eller autoriserede offentlige myndigheder, selv om dette sker på grundlag af aftaler, der fastlægger, at der alene ydes godtgørelse af de reelt afholdte udgifter?

2) Er EU-lovgivningen vedrørende offentlige kontrakter – og i det foreliggende tilfælde, der omhandler udelukkede kontrakter samt de generelle principper om fri konkurrence, forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighed og proportionalitet – til hinder for en national bestemmelse, som tillader direkte tildeling af sygetransporter, idet en rammeaftale, der svarer til den omtvistede, og som indeholder bestemmelser om godtgørelse også af faste og varige udgifter, kvalificeres som gensidigt bebyrdende?«

14. ANPAS, Regione Liguria, og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg i sagen. ANPAS, San Lorenzo Società Cooperativa Sociale, den italienske regering og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 26. februar 2014.

III – **Analyse**

A – *Indledning*

15. Gennem spørgsmålene ønsker den forelæggende ret i realiteten vejledning i besvarelse af spørgsmålet om, hvorvidt en national bestemmelse om direkte tildeling af sygetransporter, som f.eks. artikel 75b RL, er forenelig med EU-lovgivningen.

16. I henhold til artikel 75b RL skal sygetransport i princippet udføres direkte af de lokale sundhedsmyndigheder under anvendelse af egne ressourcer. Såfremt disse myndigheder ikke er i stand til selv at udføre tjenesteydelserne, kan de dog anvende eksterne leverandører. I så fald bør de i princippet betro disse tjenesteydelser til frivillige organisationer (som f.eks. Røde Kors) eller til andre offentlige institutioner mod et vederlag, der blot svarer til godtgørelse af afholdte udgifter. Hvor dette ikke er muligt, kan de lokale sundhedsmyndigheder outsource tjenesteydelserne til andre personer eller enheder udvalgt i overensstemmelse med reglerne om offentlige kontrakter.

17. Selv om den forelæggende ret i sine spørgsmål henviser til en række bestemmelser i EUF-traktaten (f.eks. bestemmelser vedrørende etableringsfrihed, den frie bevægelighed for tjenesteydelser og fri konkurrence) og i afledte retsakter (f.eks. reglerne om offentlige kontrakter) samt til visse generelle retlige principper (f.eks. principperne om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighed og proportionalitet), er det efter min opfattelse klart, at de relevante EU-regler i den foreliggende sag på den ene side er artikel 49 TEUF og 56 TEUF, og på den anden side bestemmelserne i direktiv 2004/18.

18. Faktisk er disse EU-regler de eneste, med hensyn til hvilke den forelæggende ret begrunder sin tvivl. Derimod giver retten ingen reel forklaring på den forbindelse, den ser mellem de øvrige EU-bestemmelser eller principper, der henvises til i spørgsmålene, og tvisten i hovedsagen [7]. I lyset af fast retspraksis – som jeg vil behandle nærmere nedenfor – er artikel 49 TEUF og 56 TEUF og direktiv 2004/18 efter min opfattelse desuden de EU-bestemmelser, der potentielt kan stå i modsætning til – og således være til hinder for – en national bestemmelse som artikel 75b RL.

7 — I det omfang den forelæggende ret ikke fremlægger alle faktiske og retlige oplysninger for Domstolen, der er nødvendige for at fastlægge omstændighederne, hvorunder den i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelse måtte være i strid med de i punkt 17 nævnte EU-regler, vil de præjudicielle spørgsmål således delvist kunne afvises fra realitetsbehandling. Jf. i denne retning dom Crono Service m.fl., (C-419/12 og C-420/12, EU:C:2014:81), præmis 31-33.

19. På baggrund af det ovenfor anførte er jeg af den opfattelse, at de to præjudicielle spørgsmål kan undersøges samlet, idet de i al væsentlighed vedrører samme problemstilling. Følgelig foreslår jeg Domstolen, at den omformulerer spørgsmålene som følger: »Er artikel 49 TEUF og 56 TEUF og direktiv 2004/18 til hinder for en national bestemmelse, hvorefter der i forbindelse med tildeling af kontrakter om udførelse af sygetransporter gives fortrinsret til frivillige organisationer, når disse kontrakter tildeles organisationerne uden nogen form for konkurrenceudsat udbud og indebærer, at der alene ydes godtgørelse af de reelt afholdte udgifter?«

B – *Om de præjudicielle spørgsmål*

1. Indledning

20. Indledningsvis vil jeg se på to indledende klagepunkter fremsat af Regione Liguria og ANPAS om, hvorvidt en national bestemmelse som artikel 75b RL er omfattet af anvendelsesområdet for EU-reglerne om offentlige kontrakter.

21. For det første understreger Regione Liguria og ANPAS, at de frivillige organisationer, som fremgår af artikel 75b RL, alene er organisationer, der er oprettet som enheder, der drives uden vinding for øje i henhold til den relevante italienske lovgivning [8], og organisationer, der som sådan ikke udøver nogen økonomisk virksomhed. For det andet fremhæver de, at artikel 75b RL ikke indeholder bestemmelse om nogen form for vederlag, men udelukkende om godtgørelse af reelt afholdte udgifter.

22. I det væsentlige bestrider Regione Liguria og ANPAS på den ene side påstanden om, at frivillige organisationer kan kvalificeres som »virksomheder« i henhold til EU-retten og i særdeleshed som »økonomiske aktører« som omhandlet i artikel 1, stk. 8, i direktiv 2004/18, og på den anden side, at disse organisationers tjenesteydelser leveres i henhold til »gensidigt bebyrdende aftaler« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18.

23. Denne opfattelse kan ikke tiltrædes.

24. Hvad det første standpunkt angår skal jeg gøre opmærksom på, at den omstændighed, at en given enhed drives uden vinding for øje [9], og at dens personale leverer deres tjenesteydelser som ulønnede frivillige [10], ifølge fast retspraksis er irrelevant i henhold til EU-reglerne om offentlige kontrakter. Begrebet »økonomisk aktør« er meget bredt og skal forstås som omfattende *enhver* enhed, der udbyder varer eller tjenesteydelser på markedet [11]. Karakteren af »økonomisk aktør« hvad angår en given enhed afhænger således ikke af, hvad den pågældende enhed er (f.eks. dens interne sammensætning, struktur eller funktion), men snarere af hvad enheden laver (dvs. den type aktiviteter, den udfører). Domstolen har i den forbindelse gentagne gange fastslået, at udførelse af udrykningskørsel og patienttransport udgør økonomisk virksomhed i henhold til EU-retten [12].

8 — De henviser navnlig til lov nr. 266 af 11.8.1991, *Legge quadro sul volontariato* (Rammelov om frivillige organisationer) (GURI nr. 196 af 22.8.1991).

9 — Jf. dom af 29.11.2007, sag C-119/06, Kommissionen mod Italien, præmis 37-41, og af 23.12.2009, sag C-305/08, CoNISMa, Sml. I, s. 12129, præmis 30 og 45, samt dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2014:81), præmis 26.

10 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis.

11 — Jf. bl.a. dom af 23.4.1991, sag C-41/90 Höfner and Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21-23, og generaladvokat Mazaks forslag til afgørelse i CoNISMa-sagen, punkt 22 og 23.

12 — Jf. dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 21 og 22, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 38.

25. Dette bekræftes også af Consiglio di Statos retspraksis, hvori det anføres, at frivillige organisationer stiftet i henhold til den italienske rammelov om frivillige organisationer er berettiget til at udbyde tjenesteydelser på markedet, dog kun i nærmere bestemte tilfælde. På den baggrund fandt Consiglio di Stato, at disse organisationer på visse betingelser kan deltage i udbud i konkurrence med andre (offentlige og private) økonomiske aktører [13].

26. Hvad angår det andet standpunkt, der vedrører begrebet gensidigt bebyrdende aftale, er det tilstrækkeligt at bemærke, at Domstolen allerede i dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. har præciseret, at en kontrakt ikke kan falde uden for begrebet offentlig kontrakt i henhold til direktiv 2004/18, alene fordi vederlaget er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af tjenesteydelsen [14]. En godtgørelse, der alene dækker omkostningerne, opfylder derfor kriteriet om »gensidigt bebyrdende aftale« i forbindelse med det pågældende juridiske instrument.

27. I den forbindelse er det uden betydning, hvorvidt de omkostninger, der skal godtgøres af de offentlige myndigheder, alene dækker, hvad parterne betegner som »direkte omkostninger« (og som jeg opfatter som marginalomkostninger), eller også omfatter »indirekte omkostninger« (dvs. en del af de faste omkostninger, beregnet i forhold til den del af organisationens samlede aktivitet, som de betroede sygetransporter udgør). Selv hvis en national bestemmelse foreskrev godtgørelse alene af direkte omkostninger, ville dette faktisk ikke være tilstrækkeligt til at placere kontrakter indgået i henhold til denne bestemmelse uden for anvendelsesområdet for EU-reglerne om offentlige kontrakter.

28. På baggrund af det ovenstående kan hverken den omstændighed, at de frivillige organisationer drives uden vinding for øje, hvortil der henvises i artikel 75b RL, eller den omstændighed, at organisationernes tjenesteydelser udføres mod godtgørelse af udgifter, udelukke anvendelsen af EU-reglerne om offentlige kontrakter.

2. Direktiv 2004/18

29. Ifølge artikel 7 i direktiv 2004/18 finder direktivet kun anvendelse på offentlige kontrakter, hvis værdi skønnes at svare til eller overstige de tærskelværdier, der er anført i direktivet. Hvad angår den type tjenesteydelseskontrakter, der er omhandlet i artikel 75b RL, anførte direktivets artikel 7, litra b), i den version, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, en tærskelværdi på 193 000 EUR.

30. Domstolen har allerede fastslået, at sygetransporter er tjenesteydelser af blandet art, eftersom de indeholder både en sundhedskomponent og en transportkomponent. De er som sådan omfattet af såvel bilag II A som bilag II B til direktiv 2004/18 [15]. Det betyder, at i tilfælde, hvor værdien af transportkomponenten overstiger værdien knyttet til de sundhedsrelaterede tjenesteydelser (som måske gør sig gældende for transport af patienter over store afstande), finder alle direktivets bestemmelser anvendelse. Når derimod den sundhedsrelaterede komponent er fremherskende (som måske gør sig gældende for udrykningskørsel) finder – i medfør af artikel 21 i direktivet – alene nogle af direktivets bestemmelser anvendelse [16].

13 — Jf. navnlig Consiglio di Statos dom af 23.1.2013, nr. 387, og af 15.4.2013, nr. 2056.

14 — Dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 29. Jf. tillige forslag til afgørelse fra generaladvokat Trstenjak i samme sag, punkt 31-34.

15 — Jf. artikel 22 i direktiv 2004/18. Jf. ligeledes dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, præmis 40, og af 29.4.2010, sag C-160/08, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3713, præmis 92.

16 — Nemlig artikel 23 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18.

31. Denne vurdering skal i hvert enkelt tilfælde foretages af de nationale myndigheder, der beslutter at gennemføre et udbud af de pågældende tjenesteydelser med forbehold af efterprøvelse ved de kompetente nationale retter i tilfælde af indsigelse.

32. Under alle omstændigheder er det, der skal understreges her, når der ses bort fra spørgsmålet om hel eller delvis anvendelse af bestemmelserne i direktiv 2004/18 på enkeltstående tildelinger, at Domstolen allerede har fastslået, at sygetransporter som sådan ikke falder uden for dette juridiske instruments anvendelsesområde.

33. Det er korrekt, at EU-retten, som påpeget af Regione Liguria og ANPAS, i henhold til artikel 168, stk. 7, TEUF, som præciseret i Domstolens retspraksis [17], ikke begrænser medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres sociale sikringsordninger og navnlig træffe bestemmelser med henblik på tilrettelæggelse og levering af ydelser inden for sundhed og medicinsk behandling.

34. Der er faktisk klare grænser for EU's indsats på dette område. For det første fastsætter traktaterne et forbud mod harmonisering på området [18]. Herudover har Domstolen givet medlemsstaterne brede skønsbeføjelser ved indførelse og opretholdelse af nationale bestemmelser, der, til trods for, at de potentielt vil kunne forhindre fri bevægelighed på det indre marked, har til formål at beskytte den offentlige sundhed [19].

35. Når dette er sagt, gør Domstolens retspraksis det også klart, at medlemsstater ikke desto mindre skal overholde EU-retten, når de udøver deres beføjelser inden for området for sundhed og medicinsk behandling, og i særdeleshed bestemmelserne vedrørende det indre marked. Disse bestemmelser forbyder bl.a. medlemsstaterne at indføre og opretholde uberettigede restriktioner for udøvelsen af det indre markeds friheder inden for sektoren for sundhed og medicinsk behandling [20].

36. Sektoren for sundhed og medicinsk behandling kan derfor ikke anses for at udgøre et tilflugtssted mod anvendelsen af EU-reglerne. Dette er *så meget desto mere* tilfældet for et sæt bestemmelser, der, som direktiv 2004/18, efter EU-lovgivers bevidste valg skal gælde for disse sektorer. Bilag II B til direktivet (under kategori nr. 25) anfører netop udtrykkeligt »sundheds- og socialvæsen« som et af de områder, det dækker.

37. De økonomiske sektorer eller kontrakttyper, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 [21], og de specielle typer af enheder, for hvilke der gælder særlige ordninger [22], er derimod udtrykkeligt nævnt i selve direktivets undtagelsesbestemmelser.

38. På grundlag af de for Domstolen forelagte dokumenter finder undtagelserne for »interne« eller »offentlig-offentlige« partnerskaber heller ikke anvendelse i den foreliggende sag [23]: De pågældende lokale myndigheder udøver ikke nødvendigvis kontrol over de i artikel 75b RL nævnte frivillige organisationer, der principielt er private virksomheder.

17 — Jf. bl.a. dom Susisalo m.fl. (C-84/11, EU:C:2012:374), præmis 26 og den deri nævnte retspraksis.

18 — Jf. navnlig artikel 2, stk. 5, TEUF.

19 — Jf. bl.a. dom af 11.9.2008, sag C-141/07, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6935, præmis 51, og af 19.5.2009, forenede sager C-171/07 og C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., Sml. I, s. 4171, præmis 19, samt dom Venturini m.fl. (C-159/12 – C-161/12, EU:C:2013:791), præmis 41.

20 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 22 og 23, og dom af 10.3.2009, sag C-169/07, Hartlauer, Sml. I, s. 1721, præmis 29.

21 — Jf. navnlig artikel 12-18 i direktiv 2004/18.

22 — Jf. artikel 19 i direktiv 2004/18.

23 — Jf. dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 31-35.

39. Det betyder imidlertid ikke, at EU-lovgiver ikke har taget hensyn til de karakteristika, der er specifikke for sektoren for sundhed og medicinsk behandling. Som allerede nævnt betyder medtagelsen af denne sektor i bilag II B til direktiv 2004/18 faktisk, at kun et begrænset antal af direktivets bestemmelser finder anvendelse [24], hvorved medlemsstaterne gives videre skønsmæssige beføjelser, bl.a. når de udvælger tredjemands-tjenesteudbydere.

40. Endvidere bemærkes, at Europa-Parlamentets og Rådets nyligt vedtagne direktiv om offentlige udbud af 26. februar 2014 [25] ikke alene udvider medlemsstaternes skønsbeføjelser på dette område endnu mere (f.eks. ved at hæve tærskelværdien for sundhedsydelser til 750 000 EUR) [26], men også indeholder en række specifikke regler for tjenesteydelser leveret af nonprofitorganisationer [27]. Dette bekræfter yderligere, at de tjenesteydelseskontrakter, der er omhandlet i artikel 75b RL, på EU-rettens nuværende udviklingstrin er omfattet af direktiv 2004/18.

41. Endelig er det næppe nødvendigt at tilføje, at det i betragtning af værdien af de tjenesteydelser, der tildeles på basis af artikel 75b RL, og omfanget og varigheden af de kontrakter, der indgås af den offentlige forvaltning i den forbindelse [28], uden videre kan antages, at den eksisterende tærskelværdi sandsynligvis vil blive ramt i en række tilfælde.

42. Da det forholder sig således, er jeg af den opfattelse, at direktiv 2004/18 er til hinder for en national bestemmelse som f.eks. artikel 75b RL, der, under visse omstændigheder, udelukker ethvert offentligt udbud eller konkurrenceudsat udbud om tildeling af sygetransporter uanset disse tjenesteydelsers værdi.

3. Artikel 49 TEUF og 56 TEUF

43. Tildeling af en offentlig kontrakt om sygetransporter, hvis værdi ikke rammer den i direktiv 2004/18, artikel 7, litra b), anførte tærskel, er ikke underlagt bestemmelserne i direktivet [29].

44. Det betyder dog ikke, at enhver sådan kontrakt nødvendigvis falder uden for EU-rettens anvendelsesområde. Når den pågældende kontrakt frembyder grænseoverskridende interesse, finder primær EU-ret faktisk stadig anvendelse. Især ordregivende myndigheder er forpligtet til at overholde de i EUF-traktaten (og navnlig artikel 49 TEUF og 56 TEUF) fastsatte grundlæggende friheder [30], såvel som princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet [31].

45. Det er principielt op til de pågældende ordregivende myndigheder [32] at vurdere, hvorvidt en kontrakt, hvis skønnede værdi ligger under den relevante tærskel, måtte frembyde grænseoverskridende interesse, *bl.a.* i lyset af kontraktens værdi og stedet, hvor tjenesteydelserne skal leveres [33], forudsat at en sådan vurdering kan indbringes for domstolene [34].

24 — Ud over den primære EU-rets regler og principper, som vil blive behandlet i næste afsnit af dette forslag til afgørelse. Jf. i denne retning dom af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 26-29.

25 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EUT L 94, s. 65.

26 — Artikel 4, litra d), og artikel 74-77 i samt 114. og 118. betragtning til og bilag XIV i direktiv 2014/24.

27 — Artikel 10, litra h), i og 28. betragtning til direktiv 2014/24.

28 — Som godtgjort af dokumenterne indeholdt i sagsakterne. Jf. navnlig de omkostninger (forventede og reelt afholdte), som de tildelte sygetransporter beløber sig til som anført i beslutning nr. 441 truffet af regeringen i Regione Liguria (»*Deliberazione della Giunta Regionale*«) af 26.4.2007 samt i beslutning nr. 94 truffet af ASL Nr. 5 (»*Deliberazione del Direttore Generale*«) af 22.12.2010.

29 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 59 og 60.

30 — Dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16.

31 — Dom af 26.9.2000, sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 7445, præmis 50.

32 — Som f.eks. de lokale sundhedsmyndigheder, der beslutter at outsource udførelsen af sygetransporter i henhold til artikel 75b RL.

33 — Dom af 15.5.2008, forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, Sml. I, s. 3565, præmis 31, og dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 23.

34 — Dommen i sagen SECAP og Santorso, præmis 30.

46. I det foreliggende tilfælde forekommer det mig indlysende, at nogle kontrakter, der tildeles på basis af artikel 75b RL, i det mindste i et ikke ubetydeligt antal tilfælde netop kan frembyde grænseoverskridende interesse. Dette skyldes *bl.a.* den objektive værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres [35], og at Regione Liguria grænser op til Frankrig [36].

47. Domstolen har allerede fastslået, at når en offentlig kontrakt frembyder grænseoverskridende interesse, og der er tale om manglende gennemsigtighed, udgør tildelingen af kontrakten til en virksomhed beliggende i den medlemsstat, hvor den ordregivende myndighed hører til, forskellig behandling til skade for virksomheder, som kunne være interesseret i kontrakten, og som er beliggende i andre medlemsstater. Medmindre det er begrundet i objektive omstændigheder udgør en sådan forskellig behandling ved udelukkelse af alle virksomheder, der er beliggende i en anden medlemsstat, således indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet, hvilket er forbudt i henhold til artikel 49 TEUF og 56 TEUF [37].

48. På retsmødet gjorde ANPAS og den italienske regering opmærksom på, at i det omfang kontrakterne vedrørende de pågældende tjenesteydelser tildeles på basis af beslutninger truffet af offentlige myndigheder (f.eks. af regionale myndigheder), finder offentliggørelse i et vist omfang sted, idet disse beslutninger regelmæssigt offentliggøres ad officielle kanaler (herunder hjemmesider).

49. Denne form for offentliggørelse er dog efter min opfattelse ikke tilstrækkelig til at opfylde de EU-retlige krav. I denne sammenhæng er gennemsigtighed ikke et mål i sig selv [38], men skal ifølge Domstolens praksis sikre, at økonomiske aktører, der er beliggende i en anden medlemsstat end den, som den ordregivende myndighed er beliggende i, kan få adgang til relevante oplysninger om den pågældende kontrakt, før den tildeles, således at enhver aktør, der ønsker det, har mulighed for at udtrykke interesse i at få kontrakten [39]. Med andre ord skal der være en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne den offentlige kontrakt for konkurrence og efterprøve udbudsprocedurerne for upartiskhed [40]: Selv om et offentligt udbud måske ikke er nødvendigt, bør den ordregivende myndighed ikke desto mindre sikre, at der finder en efter omstændighederne passende form for konkurrenceudsat udbud sted [41].

50. Artikel 75b RL efterlader dog ikke de ordregivende myndigheder nogen handlefrihed til at konstatere, hvorvidt den kontrakt, der skal tildeles, i lyset af de særlige omstændigheder ved den enkelte sag er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde og, i bekræftende fald, foretage tildelingen i overensstemmelse med de gældende EU-retlige principper. Faktisk kræver artikel 75b RL, at ordregivende myndigheder altid giver fortrinsret til frivillige organisationer, forudsat de er til rådighed, uanset om kontrakten måtte frembyde grænseoverskridende interesse eller ej. Det er derfor uomgængeligt, at ingen form for konkurrenceudsat udbud vil finde sted til skade for enheder etableret uden for Italien, som måtte være interesseret i disse kontrakter. Dette medfører mulig forskelsbehandling i strid med artikel 49 TEUF og 56 TEUF.

51. Ordlyden af artikel 75b RL begrænser ikke eksplicit denne fortrinsregel til frivillige organisationer oprettet i henhold til italiensk lovgivning. Alligevel vil en sådan foranstaltning i hvert fald kunne udelukke enheder fra udbudsrunden, der er baseret i andre medlemsstater og ikke etableret som enheder, der drives uden vinding for øje.

35 — Jf. punkt 41 ovenfor.

36 — F.eks. har nogle enheder, der leverer sygetransporter i Ligurien, som ANPAS anførte under retsmødet, indgået aftaler med andre enheder, der leverer de samme tjenesteydelser i tilgrænsende områder i Frankrig for at regulere forholdet imellem dem.

37 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Irland, præmis 30 og 31, og dom af 17.7.2008, sag C-347/06, ASM Brescia, Sml. I, s. 5641, præmis 59 og 60.

38 — Jf., mutatis mutandis, dom Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), præmis 28 og 29.

39 — Jf. i denne retning Coname-dommen, præmis 21.

40 — Dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 49. Jf. tillige dom af 20.5.2010, sag T-258/06, Tyskland mod Kommissionen, Sml. II, s. 2027, præmis 76-80.

41 — Parking Brixen-dommen, præmis 50.

52. En bestemmelse som artikel 75b RL vil derfor i en række tilfælde sandsynligvis skabe en hindring for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 TEUF og 56 TEUF.

53. Imidlertid er det fast retspraksis, at national lovgivning, der begrænser de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder, kan begrundes, hvis den er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det forfulgte mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål [42].

54. Det er efter min opfattelse klart, at tiltag, der reelt er udformet med henblik på at sikre, at lægelige ydelser (som f.eks. sygetransporter), der leveres på vegne af offentlige myndigheder til alle borgere, er pålidelige og af god kvalitet, samtidig med at udgiften for statskassen minimeres, principielt vil kunne begrunde en begrænsning af disse grundlæggende friheder [43].

55. Ikke desto mindre kan jeg ikke i den foreliggende sag se, hvorledes en national bestemmelse som artikel 75b RL i væsentlig grad vil kunne bidrage til virkeliggørelsen af disse mål.

56. For det første er det ikke gjort gældende, at virksomheder beliggende i andre medlemsstater ikke vil kunne sikre tilstrækkelig forsyning med sygetransporter. For det andet forekommer det manglende offentlige udbud eller nogen form for tidligere offentliggørelse, uanset hvad Regione Liguria og ANPAS gør gældende, sædvanligvis at ville være til skade for de offentlige finanser.

57. Åbning for tilbudsgivning for andre potentielle tilbudsgivere kan give de ordregivende myndigheder flere tilbud (og således flere valgmuligheder i forhold til både kvalitet og pris) og burde tilskynde aktører, der er interesseret i tildelingen af en kontrakt, til større sparsommelighed og effektivitet.

58. En enhed, der drives uden vinding for øje, og som potentielt skal konkurrere med andre enheder om tildeling af en kontrakt, må formodes ikke at ville afgive et højere tilbud end det, enheden ville have afgivet i en situation, hvor tildelingen var forbeholdt den ved lov. Tilstedeværelsen af konkurrenter vil normalt snarere tilskynde enheden til at være endnu mere omkostningsbevidst gennem en mere effektiv udnyttelse af ressourcerne.

59. Den omstændighed, at appelindstævnte i hovedsagen er nonprofitorganisationer, som ville have været interesseret i at levere de pågældende tjenesteydelser, viser, at der klart er mulighed for at åbne op for en højere grad af konkurrence i tildelingen af sådanne tjenesteydelser, selv blandt enheder, der drives uden vinding for øje [44].

60. Under alle omstændigheder er spørgsmålet om, hvorvidt en restriktion som omhandlet i artikel 49 TEUF og 56 TEUF i et specifikt tilfælde kan begrundes og derudover er forholdsmæssig, et anliggende, som de kompetente nationale domstole principielt skal afgøre. I tvivlstilfælde kan disse domstole forelægge Domstolen spørgsmål i henhold til den præjudicielle procedure.

61. Det er dog af de i de foregående punkter anførte grunde efter min opfattelse udelukket, at en sådan restriktion kan anses for at være begrundet og forholdsmæssig, når den er baseret på en *forudgående* og generel undtagelse fra artikel 49 TEUF og 56 TEUF som den ved artikel 75b RL indførte fremgangsmåde.

42 — Jf. bl.a. dom af 23.12.2009, sag C-376-08, Serrantoni og Consorzio stabile edili, Sml. I, s. 12169, præmis 44.

43 — Jf. analogt dom af 28.4.1998, sag C-158/96, Kohll, Sml. I, s. 1931, præmis 41, og dommen i sagen Venturini m.fl., præmis 41 og 42.

44 — Som Domstolen allerede har nævnt, betyder den omstændighed, at tildelingen af en kontrakt muligvis ikke vil skabe væsentlige nettoindtægter, ikke, at denne kontrakt ikke vil være af økonomisk interesse for virksomheder, der er beliggende i andre medlemsstater end den, hvor den ordregivende myndighed er beliggende. Tværtimod kan en virksomhed som led i en økonomisk strategi om at udvide dele af sine aktiviteter til en anden medlemsstat beslutte sig for at søge at få tildelt kontrakten i denne stat til trods for, at kontrakten som sådan ikke kan skabe en tilstrækkelig fortjeneste. Jf. dom Comune di Ancona (C-388/12, EU:C:2013:734), præmis 51.

C – *Afsluttende bemærkninger*

62. Afslutningsvis er det værd kort at berøre et sidste anliggende, som Regione Liguria og ANPAS har gjort opmærksom på. Ifølge disse parter er artikel 75b RL et udtryk for et solidaritetsprincip, der er en grundlæggende værdi fastsat i den italienske forfatnings artikel 2 og 18. En bestemmelse som artikel 75b RL sigter efter deres opfattelse ikke kun på at begrænse offentlige udgifter til de pågældende lægelige ydelser, men også på at tilskynde borgere til at engagere sig i velgørenhedsarbejde og yde frivilligt arbejde til gavn for samfundet som helhed. Faktisk var det i medfør af solidaritetsprincippet – anfører de – at Domstolen i dommen i sagen Sodemare m.fl. fastslog, at EU-retten ikke er til hinder for, at en medlemsstat alene tillader private aktører drevet uden vinding for øje at medvirke i driften af dens velfærdssystem ved indgåelse af kontrakter, der berettiger dem til at få udgiften til levering af velfærdsydelser af sundhedsmæssig eller lægelig art godtgjort af det offentlige.

63. Jeg er opmærksom på, at stræben efter økonomisk effektivitet på et fælleseuropæisk marked baseret på fri og åben konkurrence ikke er et mål i sig selv, men alene et middel til at nå de mål, med henblik på hvilke Den Europæiske Union blev skabt [45]. Følgelig er jeg villig til at acceptere, at behovet for at fremme og beskytte en af Den Europæiske Unions grundlæggende værdier til tider kan have forrang over det indre markeds krav.

64. Som generaladvokat Mengozzi understregede i et nyligt forslag til afgørelse [46], er solidaritet udtrykkeligt nævnt i artikel 2 TEU blandt de værdier, der understøtter den europæiske samfundsmodel som afledt af EU-traktaterne. Det faktum, at den nationale lovgiver har betroet enheder som de frivillige organisationer, der fremgår af artikel 75b RL, den vigtige funktion, der ligger i inden for deres kompetenceområde at fremme værdien af solidaritet i det italienske samfund, er derfor ikke – og kan ikke være – et element uden relevans i henhold til EU-retten.

65. Efter min opfattelse kan den vigtige funktion, der er tillagt disse organisationer, imidlertid ikke forfølges ved at handle *uden for* de fælles reglers anvendelsesområde, men ved at operere *inden for* rammerne af disse regler under benyttelse af de særlige regler, som lovgiver har vedtaget med henblik på at støtte organisationernes aktiviteter.

66. Artikel 26 i direktiv 2004/18 anfører f.eks., at ordregivende myndigheder »kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med [EU-]retten, og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om *sociale* hensyn eller miljøhensyn« [47].

67. Domstolen har i realiteten accepteret, at ordregivende myndigheder kan tage sociale målsætninger i betragtning, når disse hensyn hverken direkte eller indirekte medfører forskelsbehandling af tilbudsgivere fra andre medlemsstater, og forudsat at de udtrykkeligt er anført i udbudsbekendtgørelsen, således at aktører kan blive opmærksomme på deres eksistens [48].

45 — Jf. navnlig artikel 3, stk. 1-3, TEU.

46 — Forslag til afgørelse af 27.2.2014, sag C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal og SUCH, endnu verserende, punkt 40.

47 — Min fremhævelse. Jf. tillige 46. betragtning til direktiv 2004/18.

48 — Jf. dom af 20.9.1988, sag C-31/87, Beentjes, Sml., s. 4635, præmis 14-37, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 46-54. Jf. også dom af 15.7.2010, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 7091, præmis 58.

68. Retsvidenskabelig litteratur finder ligeledes generelt, at ordregivende myndigheder ikke kan forhindres i at anvende instrumenterne til offentlige indkøb til at realisere offentlige målsætninger (f.eks. i den sociale sektor), forudsat at disse målsætninger forfølges tillige med de (traditionelle) økonomiske målsætninger, at EU-direktivernes processuelle krav opfyldes, og at resultatet er foreneligt med disse direktivers formål[49].

69. Efter min opfattelse giver bestemmelserne i direktiv 2004/18 vedrørende bl.a. tekniske specifikationer (artikel 23), betingelser vedrørende kontraktens udførelse (artikel 26), kriterier for kvalitativ udvælgelse (artikel 45-52) og kriterier for tildeling af kontrakter (artikel 53-55) ordregivende myndigheder tilstrækkeligt råderum til at forfølge sociale målsætninger parallelt med økonomiske målsætninger under hensyntagen til både ordlyden af og formålet med direktiv 2004/18. Inden for denne kontekst og forudsat at disse regler ikke fratages deres effektive virkning, kan der være et vist spillerum for den nationale lovgiver med hensyn til at tage højde for og, hvor det er hensigtsmæssigt, give fortrinsret til, tjenesteydere, der er oprettet som frivillige organisationer eller, mere generelt, som enheder, der drives uden vinding for øje. Dette er *så meget desto mere* tilfældet, når ordregivende myndigheder alene er bundet af bestemmelserne i direktiv 2004/18, som finder anvendelse på offentlige kontrakter, der vedrører de i bilag II B anførte tjenesteydelser, eller af de almindelige principper, der følger af den primære EU-ret, og i særdeleshed artikel 49 TEUF og 56 TEUF.

70. Dette er tilfældet uanset den omstændighed, at frivillige organisationer, der blot anmoder om godtgørelse af afholdte udgifter, og som drives rimeligt effektivt, efter al sandsynlighed i princippet ofte bør kunne få forrang i offentlige udbud allerede som følge af deres rentabilitet.

71. Endelig for så vidt angår afgørelsen i sagen Sodemare m.fl., som Regione Liguria og ANPAS har henvist til, bemærker jeg, at dommen ikke omhandlede anvendelsen af reglerne for offentlige indkøb. Denne sag vedrørte Regione Lombardias velfærdssystem, hvorunder alene enheder drevet uden vinding for øje kunne levere visse tjenesteydelser til offentligheden, når udgiften til disse tjenesteydelser helt eller delvist blev dækket enten af patienterne eller af regionen.

72. Som jeg forstår det, var der ikke tale om tildeling af nogen tjenesteydelseskontrakt fra Regione Lombardias side til en eller flere særlige enheder blandt dem, der potentielt var interesseret. Tværtimod var systemet åbent og ikke-diskriminerende i den forstand, at alle enheder, der levede op til visse objektive krav som fastlagt i gældende love, kunne blive leverandører af sociale velfærdsydelser til velfærdssystemet. Det var på den baggrund, at Domstolen, der også havde taget de solidariske og sociale elementer med i betragtning, som det lovbestemte velfærdssystem var baseret på, fandt, at et sådant system ikke gav anledning til konkurrencefordrejning mellem virksomheder beliggende i forskellige medlemsstater og ikke skabte nogen hindring for etableringsfriheden, der var forbudt i henhold til det, der nu er artikel 49 TEUF.

73. Henset til det ovenstående er jeg af den opfattelse, at en medlemsstat kun kan tildele sygetransporter primært til frivillige organisationer uden at følge EU-reglerne om offentlige kontrakter, når værdien af disse sygetransporter ikke overstiger tærsklen anført i direktiv 2004/18, og tildelingen ikke indebærer nogen grænseoverskridende interesse.

74. Under visse omstændigheder er det ikke udelukket, at en medlemsstat også vil være i stand til at godtgøre, at der, uanset en kontrakts mulige grænseoverskridende interesse (med en værdi under tærskelværdien), er almene hensyn, der kan begrunde en undtagelse fra kravet om gennemsigtighed i medfør af artikel 49 TEUF og 56 TEUF.

49 — Jf. bl.a. P. Trepte, *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, Oxford, 2007 (2. udg.), s. 63 ff., og S. Arrowsmith, »Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review«, i S. Arrowsmith og P. Kunzlik (red.), *Social and Environmental Policies in EC Public Procurement Law*, Cambridge, 2009, s. 162 ff.

75. Artikel 49 TEUF og 56 TEUF og direktiv 2004/18 er imidlertid til hinder for en national bestemmelse – som f.eks. artikel 75b RL – hvis virkning er, at frivillige organisationer uden nogen form for konkurrenceudsat udbud betros udførelsen af sygetransporter uafhængigt af værdien af de tildelte kontrakter og disses potentielle grænseoverskridende effekt.

IV – **Forslag til afgørelse**

76. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål fra Consiglio di Stato (Italien) således:

»Artikel 49 TEUF og 56 TEUF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter der i forbindelse med tildeling af kontrakter om levering af sygetransporter gives fortrinsret til frivillige organisationer, når disse kontrakter tildeles organisationerne uden nogen form for konkurrenceudsat udbud og indebærer, at der alene ydes godtgørelse af de reelt afholdte udgifter.«