Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
WAHL
föredraget den 30 april 2014[1]

Mål C–113/13

Azienda Sanitaria Locale n. 5 ”Spezzino”
Associazione Nazionale Pubblica Assistenza (ANPAS) — Comitato RegionaleLiguria
Regione Liguria
mot
San Lorenzo Società Cooperativa Sociale
Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus

(Begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Italien))

”Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF — Direktiv 2004/18/EG — Offentlig upphandling av tjänster — Sjuktransporttjänster — Tilldelning av kontrakt utan anbudsinfordran — Frivilligorganisationer — Ersättning för kostnader”

1. Frivilligorganisationer (även kallade välgörenhetsorganisationer) åtnjuter allmänt erkännande bland annat för de viktiga sociala, medicinska och humanitära funktioner som de ombesörjer till nytta för samhället som helhet och i synnerhet dess svagaste medlemmar (till exempel offer för krig eller naturkatastrofer och sjuka, fattiga eller gamla människor).

2. Sådana organisationer har ofta fått en särskild rättslig status, inte endast enligt nationell rätt utan även folkrättsligt.[2] Europeiska unionen har uppenbart inte heller bortsett från frivilligorganisationernas särskilda kännetecken utan fäster stor vikt vid deras bidrag till strävan att bygga ett rättvist samhälle.[3] Därför har domstolen inte tvekat att i vissa av sina domar – bland annat i målen Stauffer[4] och Sodemare[5] – erkänna deras unika kännetecken inom ramen för unionens rättsordning.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Välgörenhetsorganisationer har exempelvis tillerkänts en särskild rättslig status i krigstid ända sedan den första Genèvekonventionen angående förbättrande av sårades och sjukas behandling vid stridskrafterna i fält undertecknades den 22 augusti 1864. Förenta nationernas generalförsamling gav vidare genom resolution 45/6 av den 16 oktober 1990 observatörsstatus åt Internationella rödakorskommittén mot bakgrund av den särskilda roll och de särskilda uppgifter som denna organisation tilldelas genom Genèvekonventionerna.

3 — Se till exempel den dialog mellan EU-institutionerna och det civila samhället som krävs enligt artikel 11 FEU och artikel 15 FEUF. I artikel 300.2 FEUF stadgas det dessutom att Ekonomiska och sociala kommittén bland annat ska bestå av företrädare för det civila samhället. Frivilligorganisationernas viktiga bidrag till att utveckla samhällssolidariteten inom Europeiska unionen betonas också i ett antal förklaringar som är knutna till fördragen, bland annat förklaring 23 till 1992 års Fördrag om Europeiska unionen och förklaring 38 till Amsterdamfördraget.

4 — Dom av den 14 september 2006 i mål C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer (REG 2006, s. I-8203) (”Stauffer”). Vad den domen får för konsekvenser för frivilligorganisationer inom ramen för unionens rättsordning diskuteras utförligt i Breen, O.B., ”EU Regulation of Charitable Organisations: The Politics of Legally Enabling Civil Society”, *The International Journal of Not-for-Profit Law* 3 (2008), s. 50–78.

5 — Dom av den 17 juni 1997 i mål C-70/95, Sodemare m.fl. (REG 1997, s. I-3395) (”Sodemare”). Jag kommer att diskutera det målet mer utförligt nedan, i punkterna 62 samt 71 och 72.

3. Det kan emellertid finnas omständigheter där de särskilda rättigheter eller fördelar som sådana organisationer tillerkänns enligt nationell rätt ger upphov till viss spänning mellan dessa rättigheter eller fördelar och den enhetliga tillämpningen av EU:s regelverk. Det aktuella målet rör just ett sådant fall. Consiglio di Stato har uttryckt önskemål om vägledning i frågan huruvida en nationell bestämmelse enligt vilken myndigheter under vissa omständigheter måste tilldela kontrakt avseende sjuktransporttjänster direkt till frivilligorganisationer är förenlig med unionsrättens bestämmelser om den inre marknaden.

I – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätten*

4. Artikel 1.2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster[6] har följande lydelse:

”*offentliga kontrakt* [har betydelsen] skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv”.

5. Artikel 1.8 i nämnda direktiv har följande lydelse:

”*entreprenör*, *varuleverantör* och *tjänsteleverantör* [är] beteckningar för varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller tillhandahåller byggentreprenader, varor eller tjänster.

Termen ekonomisk aktör betecknar såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör. Den används enbart i syfte att förenkla texten.

…”

6. I artikel 7 i direktiv 2004/18 anges tröskelvärden – de nivåer i fråga om offentliga kontrakts värde som minst måste vara uppnådda för att direktivet ska tillämpas.

7. I artiklarna 20 och 21 i direktiv 2004/18 anges förfaranden för tilldelning av kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II A (sådana kontrakt ska tilldelas i enlighet med artiklarna 23–55) respektive för tilldelning av kontrakt som uteslutande avser tjänster förtecknade i bilaga II B (sådana kontrakt omfattas endast av artiklarna 23 och 35.4).

8. I bilaga II A anges bland annat, som kategori 2, ”Landtransport”, och i bilaga II B anges bland annat, som kategori 25, ”Hälsovård och socialtjänster”.

6 — EUT L 134, s. 114.

B – *Italiensk rätt*

9. I artikel 75 ter i Regione Ligurias regionala lag nr 41 av den 7 december 2006 i dess ändrade lydelse (nedan kallad artikel 75 ter RL) stadgas följande:

”1. Tillhandahållande av sjuktransporttjänster är en verksamhet av allmänt intresse som omfattas av principerna om universalitet, solidaritet, god hushållning och lämplighet.

2. Sådana sjuktransporttjänster som avses i punkt 1 ska tillhandahållas av de enskilda vårdmyndigheterna … med användning av deras egna resurser och egen personal. Om detta inte är möjligt ska tillhandahållandet av sjuktransporttjänsterna anförtros åt andra personer eller enheter … i enlighet med följande principer:

a) Tillhandahållandet av sjuktransporttjänster på den regionala vårdförvaltningens vägnar ska i första hand anförtros åt frivilligorganisationer, Italienska röda korset och andra behöriga offentliga institutioner eller organ i syfte att se till att tjänsten av allmänintresse tillhandahålls under budgetmässiga omständigheter som innebär ekonomisk jämvikt. Förbindelsen med Italienska röda korset och frivilligorganisationerna ska regleras i avtal … .

b) I fall där tillhandahållandet av sjuktransporttjänster anförtros åt andra personer eller enheter än de som anges i punkt a, ska detta ske i enlighet med tillämpliga lagar rörande förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster och varor.

3. Bestämmelserna i de avtal … som avses i punkt 2 a ska, såvitt gäller frivilligorganisationer [och] Italienska röda korset …, endast innebära ersättning för faktiska kostnader, i enlighet med de kriterier som Regionrådet har fastställt på grundval av principerna om god hushållning och effektivitet samt principen om att kompensation inte ska ges utöver faktiska kostnader.”

II – **Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågorna**

10. Genom beslut nr 940 av den 22 december 2010 och i enlighet med tillämpliga regionala lagar ingick den lokala hälso- och sjukvårdsmyndigheten ASL No 5 ”Spezzino” (nedan kallad ASL nr 5) avtal om tillhandahållande av sjuktransporttjänster med de båda frivilligorganisationerna Associazione Nazionale Pubblica Assistenza (nedan kallad ANPAS) och Croce Rossa Italiana (Italienska röda korset).

11. San Lorenzo Società Cooperativa Sociale och Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus (nedan kallade motparterna i det nationella målet), två kooperativ som bedriver sjuktransport i regionen Ligurien, väckte talan vid Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (regionala förvaltningsdomstolen i Ligurien) (nedan kallad TAR Liguria) mot det beslut om kontraktstilldelning som hade fattats av ASL nr 5.

12. TAR Liguria fann att de avtal som motparterna i det nationella målet hade ifrågasatt var offentliga kontrakt som hade tilldelats i strid med principerna enligt artiklarna 49, 56 och 105 FEUF. TAR Ligurias dom överklagades till Consiglio di Stato av ASL nr 5, Regione Liguria och ANPAS.

13. Consiglio di Stato hyste tvivel om huruvida artikel 75 ter RL var förenlig med unionsrätten och beslutade därför att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor för förhandsavgörande:

”1. Utgör artiklarna 49 FEUF, 56 FEUF, 105 FEUF och 106 FEUF hinder för en bestämmelse i nationell lagstiftning enligt vilken kontrakt avseende sjuktransporttjänster i första hand ska tilldelas frivilligorganisationer, Italienska röda korset och andra behöriga offentliga institutioner eller organ, varvid det emellertid i avtalen ska föreskrivas att ersättning endast utgår för faktiska kostnader?

2. Utgör unionsrätten på området offentlig upphandling – i det aktuella målet såvitt avser undantagna kontrakt och de allmänna principerna om fri konkurrens, icke-diskriminering, insyn och proportionalitet – hinder för en nationell lagstiftning som tillåter direkt tilldelning av kontrakt avseende sjuktransporttjänster på grund av att ett sådant ramavtal som det i målet omtvistade avtalet, där det föreskrivs ersättning även för fasta och löpande kostnader, ska anses innehålla ekonomiska villkor?”

14. ANPAS, Regione Liguria och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden i målet. ANPAS, San Lorenzo Società Cooperativa Sociale, den italienska regeringen och kommissionen yttrade sig vid den muntliga förhandlingen den 26 februari 2014.

III – **Bedömning**

A – *Inledning*

15. Consiglio di Stato har ställt sina frågor för att få klarhet i huruvida en sådan nationell regel om direkttilldelning av kontrakt avseende sjuktransporttjänster som artikel 75 ter RL är förenlig med unionsrätten.

16. Enligt artikel 75 ter RL ska sjuktransporttjänster i princip tillhandahållas direkt av de lokala hälso- och sjukvårdsmyndigheterna med användning av deras egna resurser. När dessa myndigheter inte själva kan tillhandahålla sådana tjänster, får de emellertid anlita utomstående tjänsteleverantörer. Då ska de i princip uppdra åt frivilligorganisationer (som Röda korset) eller andra offentliga organ att tillhandahålla tjänsterna mot en ersättning som endast täcker kostnaderna. Om detta inte är möjligt får de lokala hälso- och sjukvårdsmyndigheterna anlita andra personer eller enheter för att tillhandahålla tjänsterna, varvid urvalet ska ske i enlighet med reglerna för offentlig upphandling.

17. Consiglio di Stato hänvisar i sina tolkningsfrågor till ett antal bestämmelser i EUF-fördraget (rörande bland annat etableringsfrihet, fri rörlighet för tjänster och fri konkurrens) och i sekundärlagstiftning (bland annat reglerna för offentlig upphandling) samt till vissa allmänna rättsprinciper (bland annat icke-diskrimineringsprincipen, öppenhetsprincipen och proportionalitetsprincipen). Det står emellertid klart för mig att de unionsrättsliga regler som är relevanta i det aktuella målet i själva verket är dels artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, dels bestämmelserna i direktiv 2004/18.

18. Detta är också de enda unionsrättsliga regler som Consiglio di Stato hänvisar till i samband med skälen för sina tvivel. Däremot ger Consiglio di Stato ingen egentlig förklaring när det gäller det samband som skulle föreligga mellan de andra unionsrättsliga bestämmelser eller principer som nämns i tolkningsfrågorna och tvisten i det nationella målet.[7] Dessutom anser jag att det mot bakgrund av fast rättspraxis (som jag kommer att redovisa mer utförligt nedan) står klart att artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF samt direktiv 2004/18 är de unionsrättsliga bestämmelser som potentiellt kan strida mot – och således utgöra hinder för – en sådan nationell bestämmelse som artikel 75 ter RL.

19. Mot bakgrund av ovanstående anser jag att de båda hänskjutna frågorna kan prövas tillsammans eftersom de väsentligen rör samma sak. Därför föreslår jag att domstolen ska omformulera de båda frågorna enligt följande: ”Utgör artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF och direktiv 2004/18 hinder för en bestämmelse i nationell lagstiftning enligt vilken frivilligorganisationer ska ges företräde vid upphandling av sjuktransporttjänster, varvid kontrakten tilldelas sådana organisationer utan varje form av anbudsinfordran och de avtal som ingås innebär att ersättning ges endast för faktiska kostnader?”

B – *Bedömning av tolkningsfrågorna*

1. Inledande synpunkter

20. Inledningsvis skulle jag vilja ta upp två invändningar av formell art från Regione Liguria och ANPAS som rör frågan huruvida en sådan nationell bestämmelse som artikel 75 ter RL faller inom tillämpningsområdet för EU:s regler för offentlig upphandling.

21. Regione Liguria och ANPAS har till att börja med framhållit att de frivilligorganisationer som avses i artikel 75 ter RL uteslutande är sådana som har inrättats som icke vinstdrivande organisationer enligt den relevanta italienska lagstiftningen[8] och således inte ägnar sig åt någon ekonomisk verksamhet. Vidare har Regione Liguria och ANPAS betonat att artikel 75 ter RL inte innehåller några föreskrifter om någon ersättning för annat än faktiska kostnader.

22. Vad Regione Liguria och ANPAS har bestritt är väsentligen dels att frivilligorganisationer kan anses utgöra ”företag” i unionsrättslig bemärkelse och i synnerhet att de kan anses utgöra ”ekonomiska aktörer” i den mening som avses i artikel 1.8 i direktiv 2004/18, dels att sådana organisationer tillhandahåller sina tjänster enligt avtal ”med ekonomiska villkor” i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18.

23. Jag kan inte godta dessa argument.

7 — Eftersom Consiglio di Stato inte har försett domstolen med alla de faktiska och rättsliga upplysningar som den skulle behöva för att kunna avgöra under vilka omständigheter den nationella bestämmelse som är aktuell i det nationella målet skulle kunna strida mot de andra unionsrättsliga regler som nämns i punkt 17, skulle det vara möjligt att anse att tolkningsfrågorna delvis inte kan tas upp till prövning. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 februari 2014 i de förenade målen C-419/12 och C-420/12, Crono Service m.fl. punkterna 31–33.

8 — Regione Liguria och ANPAS har i synnerhet hänvisat till lag nr 266 av den 11 augusti 1991, Legge quadro sul volontariato (ramlag om frivilligorganisationer) (GURI nr 196 av den 22 augusti 1991).

24. När det gäller den första punkten är det enligt fast rättspraxis irrelevant mot bakgrund av EU:s regler för offentlig upphandling att en viss enhet inte bedriver verksamhet i vinstsyfte [9] och att dess personal tillhandahåller sina tjänster som obetalda volontärer. [10] Begreppet ekonomisk aktör är mycket brett och måste anses innefatta *alla* enheter som erbjuder varor eller tjänster på marknaden. [11] Huruvida en viss enhet anses vara en ekonomisk aktör beror således inte på vad den är (till exempel dess inre uppbyggnad, struktur eller funktionssätt), utan på vad den gör (det vill säga vilken typ av verksamhet den bedriver). Det är domstolens fasta praxis att tillhandahållande av akuta och andra sjuktransporter utgör en ekonomisk verksamhet i unionsrättslig bemärkelse. [12]

25. Detta bekräftas också av rättspraxis från Consiglio di Stato enligt vilken frivilligorganisationer som har inrättats i enlighet med den italienska ramlagen om frivilligorganisationer har rätt att erbjuda tjänster på marknaden, om än bara under vissa omständigheter. På grundval av detta har Consiglio di Stato funnit att sådana organisationer på vissa villkor får delta i anbudsförfaranden i konkurrens med andra (offentliga och privata) ekonomiska aktörer. [13]

26. När det gäller den andra punkten, avseende begreppet ekonomiska villkor, är det tillräckligt att påpeka att domstolen i sin dom i det ovannämnda målet Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. redan har slagit fast att ett avtal inte kan undgå att omfattas av begreppet offentligt kontrakt i den mening som avses i direktiv 2004/18 enbart på grund av att ersättningen endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna. [14] Även en ersättning som uteslutande är avsedd att åstadkomma kostnadstäckning uppfyller således kriteriet om ekonomiska villkor i den mening som avses i det direktivet.

27. I det sammanhanget saknar det betydelse huruvida de kostnader som de offentliga myndigheterna ska ersätta omfattar endast vad parterna kallar direkta kostnader (vilket jag tolkar som marginalkostnader) eller även indirekta kostnader (det vill säga en del av de fasta kostnaderna, beräknad utifrån den andel av organisationens totala verksamhet som de aktuella sjuktransporttjänsterna motsvarar). Även om en nationell bestämmelse skulle innebära att ersättning skulle ges endast för direkta kostnader, skulle avtal ingångna med stöd av den bestämmelsen inte enbart av det skälet undgå att omfattas av EU:s regler för offentlig upphandling.

28. Varken den omständigheten att de i artikel 75 ter RL avsedda frivilligorganisationerna inte bedriver verksamhet i vinstsyfte eller den omständigheten att de tillhandahåller sina tjänster mot kostnadsersättning medför således, mot bakgrund av det ovan anförda, att EU:s regler för offentlig upphandling inte är tillämpliga på dem.

2. Direktiv 2004/18

29. Enligt artikel 7 i direktiv 2004/18 är direktivet endast tillämpligt på offentliga kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de tröskelvärden som anges i direktivet. För de typer av tjänstekontrakt som avses i artikel 75 ter RL angavs det i artikel 7 b i direktivet, i den lydelse som var tillämplig vid den aktuella tidpunkten, ett tröskelvärde på 193 000 euro.

9 — Se dom av den 29 november 2007 i mål C-119/06, kommissionen/Italien, punkterna 37–41, av den 23 december 2009 i mål C-305/08, CoNISMa (REU 2009, s. I-12129), punkterna 30 och 45, och av den 19 december 2012 i mål C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. punkt 26.

10 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen/Italien, punkt 40 och där angiven rättspraxis.

11 — Se, bland annat, dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. 135), punkterna 21–23, och generaladvokaten Mazaks förslag till avgörande i det ovannämnda målet CoNISMa, punkterna 22 och 23.

12 — Se dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REU 2001 s. I-8089), punkterna 21 och 22, och domen i det ovannämnda målet kommissionen/Italien, punkt 38.

13 — Se, särskilt, Consiglio di Statos dom nr 387 av den 23 januari 2013 och nr 2056 av den 15 april 2013.

14 — Punkt 29 i domen i mål C-159/11. Se även generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i det målet, punkterna 31–34.

30. Domstolen har redan tidigare slagit fast att sjuktransporttjänster är blandade tjänster eftersom de har inslag av såväl hälso- och sjukvård som transport. Därmed omfattas de av både bilaga II A och bilaga II B till direktiv 2004/18. [15] Detta betyder att när transportinslagets värde överstiger vårdinslagets (vilket kan vara fallet vid planerade långväga patienttransporter) är alla direktivets bestämmelser tillämpliga. När vårdinslaget överväger (vilket kan vara fallet vid akuta ambulanstransporter) är däremot – enligt artikel 21 i direktivet – endast vissa av dess bestämmelser tillämpliga. [16]

31. En nationell förvaltning som beslutar att upphandla sådana tjänster ska i varje enskilt fall göra en bedömning med ledning av ovanstående. Denna bedömning kan sedan komma att överklagas och ska då prövas av behörig nationell domstol.

32. Frågan huruvida alla eller endast vissa bestämmelser i direktiv 2004/18 är tillämpliga på en viss upphandling kan emellertid i detta skede av resonemanget med fördel bortses från; vad som ska framhållas här är att domstolen redan tidigare har slagit fast att sjuktransporttjänster som sådana inte faller utanför det direktivets tillämpningsområde.

33. Det är förvisso riktigt, som Regione Liguria och ANPAS har påpekat, att det följer av artikel 168.7 FEUF – i dess innebörd enligt domstolens praxis [17] – att unionsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas befogenhet att själva utforma sina system för social trygghet och i synnerhet, att organisera hälso- och sjukvårdstjänster.

34. Det finns i själva verket tydliga gränser för EU:s åtgärder på hälso- och sjukvårdsområdet. Till att börja med innehåller fördragen ett förbud mot harmonisering på det området. [18] Dessutom har domstolen tillerkänt medlemsstaterna ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller införande och bibehållande av nationella åtgärder som visserligen potentiellt skulle kunna skapa hinder för den fria rörligheten inom den inre marknaden men är avsedda att skydda folkhälsan. [19]

35. Det framgår emellertid också av domstolens praxis att medlemsstaterna även när de utövar sina befogenheter på hälso- och sjukvårdsområdet måste iaktta unionsrätten, särskilt de bestämmelser som rör den inre marknaden. Dessa bestämmelser innebär bland annat att medlemsstaterna inte får införa eller bibehålla obefogade inskränkningar i utövandet av de aktuella friheterna inom hälso- och sjukvårdssektorn. [20]

36. Hälso- och sjukvårdssektorn kan därför inte anses vara undantagen från tillämpningen av EU:s regler – särskilt inte från bestämmelser vilka, som i fallet med direktiv 2004/18, EU-lagstiftaren tydligt har avsett ska vara tillämpliga på den sektorn. I bilaga II B till direktivet anges nämligen uttryckligen (som kategori nr 25) ”Hälsovård och socialtjänster” bland de tjänster som omfattas.

37. De ekonomiska sektorer och typer av kontrakt som inte ska ingå i tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 [21] och de särskilda typer av enheter för vilka särskilda ordningar ska gälla [22] anges dessutom uttryckligen i de undantagsbestämmelser som finns i själva direktivet.

15 — Se artikel 22 i direktiv 2004/18. Se även dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97, Tögel (REG 1998, s. I-5357), punkt 40, och av den 29 april 2010 i mål C-160/08, kommissionen/Tyskland (REU 2010, s. I-3713), punkt 92.

16 — Nämligen artiklarna 23 och 35.4 i direktiv 2004/18.

17 — Se, till exempel, dom av den 21 juni 2012 i mål C-84/11, Susisalo m.fl., punkt 26 och där angiven rättspraxis.

18 — Se, särskilt, artikel 2.5 FEUF.

19 — Se, bland annat, dom av den 11 september 2008 i mål C-141/07, kommissionen/Tyskland (REG 2008, s. I-6935), punkt 51, av den 19 maj 2009 i de förenade målen C-171/07 och C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (REG 2009, s. I-4171), punkt 19, och av den 5 december 2013 i de förenade målen C-159/12 till C-161/12, Venturini m.fl. punkt 41.

20 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet C-141/07, kommissionen/Tyskland, punkterna 22 och 23, och dom av den 10 mars 2009 i mål C-169/07, Hartlauer (REG 2009, s. I-1721), punkt 29.

21 — Se, särskilt, artiklarna 12–18 i direktiv 2004/18.

22 — Se artikel 19 i direktiv 2004/18.

38. De handlingar som domstolen har tagit del av kan inte heller motivera slutsatsen att in-house-undantaget eller OOP-undantaget (avseende offentligt–offentligt partnerskap) [23] skulle vara tillämpligt i det aktuella fallet: de berörda lokala myndigheterna utövar inte nödvändigtvis någon kontroll över de frivilligorganisationer som nämns i artikel 75 ter RL, och dessa är i princip privata enheter.

39. Detta betyder emellertid inte att EU-lagstiftaren har underlåtit att beakta hälso- och sjukvårdssektorns särskilda kännetecken. Att den sektorn har tagits med i bilaga II B till direktiv 2004/18 innebär exempelvis, som redan har nämnts, att endast vissa av direktivets bestämmelser är tillämpliga, [24] något som ger medlemsstaterna större utrymme för skönsmässig bedömning bland annat i valet av utomstående tjänsteleverantörer.

40. I detta sammanhang kan det för övrigt noteras att det nyligen framlagda förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling [25] inte endast ger medlemsstaterna ännu större utrymme för skönsmässig bedömning på det aktuella området (exempelvis genom att tröskelvärdet för hälso- och sjukvårdstjänster höjs till 750 000 euro) [26] utan dessutom innehåller vissa särregler för tjänster som tillhandahålls av icke-vinstdrivande organisationer [27]. Även detta bekräftar att de tjänsteavtal som avses i artikel 75 ter RL enligt rådande unionsrätt omfattas av direktiv 2004/18.

41. Avslutningsvis torde det knappast vara nödvändigt att tillägga att det utan vidare kan antas att det gällande tröskelvärdet sannolikt kommer att uppnås i ett antal fall med tanke på värdet av de tjänster för vilka kontrakt tilldelas med stöd av artikel 75 ter RL och med tanke på omfattningen och löptiden för de avtal som den offentliga förvaltningen ingår avseende dessa tjänster. [28]

42. Mot bakgrund av det ovan anförda finner jag att direktiv 2004/18 utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som artikel 75 ter RL enligt vilken det under vissa omständigheter inte ska anordnas någon formell anbudsinfordran eller någon annan form av konkurrensutsättning i samband med tilldelning av kontrakt avseende sjuktransporttjänster oavsett värdet på dessa tjänster.

3. Artiklarna 49 och 56 FEUF

43. Tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende sjuktransporttjänster vars värde inte når upp till tröskelvärdet enligt artikel 7 b i direktiv 2004/18 omfattas inte av bestämmelserna i det direktivet. [29]

44. Detta innebär emellertid inte att alla sådana kontrakt nödvändigtvis faller utanför unionsrättens tillämpningsområde. Om ett sådant kontrakt har gränsöverskridande intresse är den primära unionsrätten likafullt tillämplig. I synnerhet är de upphandlande myndigheterna skyldiga att iaktta de grundläggande friheter som stadfästs i EUF-fördraget (bland annat artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF) [30] liksom principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. [31]

23 — Jämför domen i det ovannämnda målet Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., punkterna 31–35.

24 — Jämte de regler och principer i den primära unionsrätten som kommer att diskuteras i nästa del av detta förslag till avgörande. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen/Irland (REG 2007, s. I-9777), punkterna 26–29.

25 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, s. 65)

26 — Artiklarna 4 d och 74–77 i direktiv 2014/24 och skälen 114, 118 samt bilaga XIV till direktivet

27 — Se artikel 10 h i direktiv 2014/24 och skäl 28 i direktivet.

28 — Som framgår av handlingarna i målet. Se, särskilt, beslut nr 441 av regionregeringen för Regione Liguria (Deliberazione della Giunta Regionale) av den 26 april 2007 och beslut nr 94 av ASL nr 5 (Deliberazione del Direttore Generale) av den 22 december 2010 med avseende på de där angivna beloppen för (de beräknade och faktiska) kostnaderna för de sjuktransporttjänster för vilka kontrakt tilldelas genom dessa beslut.

29 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen/Italien, punkterna 59 och 60.

30 — Dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), punkt 16.

31 — Dom av den 26 september 2000 i mål C-225/98, kommissionen/Frankrike (REG 2000, s. I-7445), punkt 50.

45. I princip ankommer det på de berörda upphandlande myndigheterna [32] att bedöma huruvida ett kontrakt vars beräknade värde ligger under det relevanta tröskelvärdet kan ha gränsöverskridande intresse mot bakgrund bland annat av kontraktsvärdet och den plats där tjänsterna ska tillhandahållas, [33] men en sådan bedömning ska kunna prövas av domstol. [34]

46. I det aktuella fallet förefaller det mig uppenbart att vissa kontrakt som tilldelas med stöd av artikel 75 ter RL, åtminstone i ett ej oväsentligt antal fall, faktiskt kan ha gränsöverskridande intresse. Bland skälen till detta märks att de tjänster som ska tillhandahållas har ett betydande objektivt värde [35] och att regionen Ligurien gränsar till Frankrike. [36]

47. Domstolen har redan tidigare funnit att när ett offentligt kontrakt med gränsöverskridande intresse tilldelas, på ett sätt som inte medger någon form av insyn, till ett företag i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, innebär detta en särbehandling till förfång för företag i andra medlemsstater som skulle kunna vara intresserade av det kontraktet. Såvida det inte föreligger sakliga skäl för en sådan särbehandling varigenom samtliga företag i andra medlemsstater utesluts, utgör den indirekt diskriminering på grund av nationalitet, något som är förbjudet enligt artiklarna 49 och 56 FEUF. [37]

48. Vid den muntliga förhandlingen påpekade ANPAS och den italienska regeringen att i den mån som kontrakt avseende de aktuella tjänsterna tilldelas genom beslut av de offentliga organen (till exempel regionregeringen), förekommer det faktiskt ett visst mått av offentlighet eftersom sådana beslut regelmässigt offentliggörs via officiella kanaler (inbegripet webbplatser).

49. Den formen av offentlighet är emellertid enligt min uppfattning inte tillräcklig för att unionsrättens krav ska vara uppfyllda. I detta sammanhang är öppenhet och insyn inte något mål i sig [38] utan ska, som domstolen tydligt har slagit fast, garantera att ekonomiska aktörer i en annan medlemsstat än den upphandlande myndighetens kan få tillgång till relevanta uppgifter om det aktuella kontraktet innan det tilldelas, så att sådana aktörer som så önskar kan tillkännage sitt intresse för att få kontraktet. [39] Med andra ord ska det offentliga kontraktet kringgärdas av sådan offentlighet att det öppnas upp för ett visst mått av konkurrens och att det kan kontrolleras huruvida upphandlingsförfarandena är opartiska, [40] det krävs måhända inte alltid ett formellt anbudsförfarande, men den upphandlande myndigheten ska ändå se till att det görs en inbjudan att lämna anbud i någon form som är lämplig mot bakgrund av de aktuella omständigheterna. [41]

50. Artikel 75 ter RL medger emellertid inte att de upphandlande myndigheterna gör en bedömning, mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, av huruvida ett visst kontrakt som ska tilldelas ingår i tillämpningsområdet för unionsrätten, och den artikeln medger inte heller att de upphandlande myndigheterna, om så är fallet, tilldelar kontraktet i enlighet med tillämpliga unionsrättsliga principer. I stället innebär artikel 75 ter RL att de upphandlande myndigheterna alltid

32 — Till exempel lokala hälso- och sjukvårdsmyndigheter som med stöd av artikel 75 ter RL beslutar att lägga ut tillhandahållandet av sjuktransporttjänster på entreprenad.

33 — Dom av den 15 maj 2008 i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP och Santorso (REG 2008, s. I-3565), punkt 31, och domen i det ovannämnda målet Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., punkt 23.

34 — Domen i de ovannämnda förenade målen SECAP och Santorso, punkt 30.

35 — Se punkt 41 ovan.

36 — Exempelvis har, som ANPAS påtalade under den muntliga förhandlingen, vissa enheter som tillhandahåller sjuktransporttjänster i Ligurien ingått avtal med andra enheter som tillhandahåller samma typ av tjänster i de angränsande delarna av Frankrike om förhållandet dem emellan.

37 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen/Irland, punkterna 30 och 31, och dom av den 17 juli 2008 i mål C-347/06, ASM Brescia (REG 2008, s. I-5641), punkterna 59 och 60.

38 — Se, i tillämpliga delar, dom av den 10 oktober 2013 i mål C-336/12, Manova, punkterna 28 och 29.

39 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Coname, punkt 21.

40 — Dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 49. Se även tribunalens dom av den 20 maj 2010 i mål T-258/06, Tyskland/kommissionen (REU 2010, s. II-2027), punkterna 76–80.

41 — Domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 50.

ska ge företräde åt frivilligorganisationer om sådana finns att tillgå, oavsett huruvida kontraktet har gränsöverskridande intresse. Det är således ofrånkomligt att det inte kommer att ske någon anbudsinfordran i någon form, vilket är till förfång för enheter utanför Italien som skulle kunna vara intresserade av kontrakten. Detta innebär att det kan föreligga sådan diskriminering som är förbjuden enligt artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF.

51. Lydelsen av artikel 75 ter RL inskränker förvisso inte uttryckligen denna företrädesregel till frivilligorganisationer som har bildats enligt italiensk rätt, men en sådan bestämmelse kan åtminstone medföra att enheter baserade i andra medlemsstater vilka inte har inrättats som enheter utan vinstsyfte utesluts från deltagande i anbudsförfaranden.

52. En sådan bestämmelse som artikel 75 ter RL är således ägnad att i ett antal fall skapa hinder för etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster enligt artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF.

53. En nationell lagstiftning som inskränker fördragsgaranterade grundläggande friheter kan enligt fast rättspraxis vara motiverad om den är ägnad att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. [42]

54. Enligt min uppfattning står det klart att inskränkningar i sådana grundläggande friheter i princip kan motiveras av åtgärder som verkligen är avsedda att se till att hälso- och sjukvårdstjänster (exempelvis sjuktransporttjänster) som på offentliga organs vägnar tillhandahålls till alla medborgare är tillförlitliga och håller god kvalitet samtidigt som kostnaden för det allmänna blir så låg som möjligt. [43]

55. I det aktuella fallet ser jag emellertid inte hur en sådan nationell bestämmelse som artikel 75 ter RL skulle kunna bidra i väsentlig grad till att dessa mål uppnås.

56. För det första har det inte hävdats att företag i andra medlemsstater inte skulle kunna ombesörja sjuktransporttjänster på ett tillfredsställande sätt. För det andra får det, trots vad Regione Liguria och ANPAS har gjort gällande, antas att fullständig avsaknad av såväl förfaranden för offentlig upphandling som offentliggörande i förväg normalt är till förfång för de allmänna finanserna.

57. Om tilldelningsförfarandena är öppna för fler potentiella anbudsgivare kan de upphandlande myndigheterna tänkas få in fler anbud (och således få större valmöjligheter med avseende på både villkor och pris), och dessutom torde detta uppmuntra de aktörer som är intresserade av kontrakten att bli mer ekonomiska och effektiva.

58. Vidare får det antas att en enhet utan vinstsyfte som kan tänkas tvingas konkurrera med andra enheter om ett kontrakt inte lägger anbud som är högre än vad denna enhet skulle ha bjudit i en situation där kontraktet enligt lag var förbehållet enheten. Normalt torde förekomsten av konkurrenter snarare uppmuntra en sådan enhet till att bli än mer kostnadsmedveten och till att använda sina resurser effektivare.

42 — Se, till exempel, dom av den 23 december 2009 i mål C-376/08, Serrantoni och Consorzio stabile edili (REU 2009, s. I-12169), punkt 44.

43 — Se, analogt, dom av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931), punkt 41, och domen i de ovannämnda förenade målen Venturini m.fl., punkterna 41 och 42.

59. Att motparterna i det nationella målet är organisationer utan vinstsyfte som skulle ha varit intresserade av att tillhandahålla de aktuella tjänsterna visar att det uppenbart finns utrymme för att i högre grad konkurrensutsätta tilldelningen av kontrakt avseende sådana tjänster, även bland enheter utan vinstsyfte. [44]

60. Under alla omständigheter ankommer det i princip på behörig nationell domstol att i ett enskilt fall avgöra huruvida en sådan inskränkning som avses i artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF är motiverad och dessutom proportionerlig. I tveksamma fall kan de nationella domstolarna hänskjuta frågor till EU-domstolen inom ramen för en begäran om förhandsavgörande.

61. Av de skäl som har redovisats i de föregående punkterna är det emellertid enligt min uppfattning otänkbart att en sådan inskränkning kan befinnas vara motiverad och proportionerlig om den bygger på ett allmänt a priori-undantag från artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, vilket är fallet med det förfarande som införs genom artikel 75 ter RL.

C – *Avslutande synpunkter*

62. Avslutningsvis förtjänar en sista punkt som har tagits upp av Regione Liguria och ANPAS att diskuteras kortfattat. Enligt dessa båda parter är artikel 75 ter RL ett uttryck för solidaritetsprincipen, och solidaritet är ett grundläggande värde som stadfästs i artiklarna 2 och 18 i den italienska konstitutionen. Syftet med en sådan bestämmelse som artikel 75 ter RL är enligt deras uppfattning inte endast att begränsa det allmännas kostnader för de aktuella hälso- och sjukvårdstjänsterna utan också att uppmuntra medborgarna att engagera sig i välgörenhet och frivilligarbete till gagn för samhället som helhet. Regione Liguria och ANPAS har hävdat att det i själva verket var genom tillämpning av solidaritetsprincipen som domstolen i det ovannämnda målet Sodemare slog fast att unionsrätten inte utgör hinder för att en medlemsstat endast tillåter privata aktörer som verkar utan vinstsyfte att delta i genomförandet av statens socialtjänstsystem genom att ingå avtal som ger dessa aktörer rätt att få kostnader för socialvårdstjänster av hälsovårdskaraktär ersatta av de myndigheterna.

63. Jag är medveten om att strävan efter ekonomisk effektivitet inom en alleuropeisk marknad baserad på fri och öppen konkurrens inte är något självändamål utan endast ett medel för att uppnå de syften för vilka Europeiska unionen har skapats. [45] Således är jag beredd att godta att behovet av att främja och skydda ett av de grundläggande värden som utgör grunden för Europeiska unionen ibland kan ha företräde framför de krav som den inre marknaden ställer.

64. Som generaladvokaten Mengozzi påpekade i ett nyligen föredraget förslag till avgörande, [46] nämns solidaritet uttryckligen i artikel 2 FEU bland de värden som ligger till grund för den europeiska samhällsmodell som följer av EU-fördragen. Att den nationella lagstiftaren har anförtrott sådana enheter som de frivilligorganisationer som avses i artikel 75 ter RL den betydelsefulla funktionen att inom sitt verksamhetsområde främja värdet solidaritet i det italienska samhället är därför inte – och kan inte heller vara – utan betydelse i unionsrättsligt hänseende.

44 — Att ett kontrakt eventuellt inte kan generera några betydande nettointäkter innebär, som domstolen redan tidigare har slagit fast, inte att det kontraktet saknar ekonomiskt intresse för företag i andra medlemsstater än den upphandlande myndighetens. Inom ramen för en ekonomisk strategi som syftar till att expandera verksamhet till en annan medlemsstat kan ett företag nämligen besluta att ansöka om tilldelning av ett kontrakt i den staten trots att kontraktet som sådant inte kan generera tillräcklig vinst. Se dom av den 14 november 2013 i mål C-388/12, Comune di Ancona, punkt 51.

45 — Se, särskilt, artiklarna 3.1–3.3 FEU.

46 — Förslag till avgörande, föredraget den 27 februari 2014, i mål C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal och SUCH, ännu inte avgjort av domstolen, punkt 40.

65. Emellertid skulle jag vilja hävda att den betydelsefulla funktion som dessa organisationer har tilldelats inte kan fullgöras *utanför* de gemensamma reglerna utan endast *inom ramen för* dessa regler, genom utnyttjande av de särregler som lagstiftaren har infört i syfte att stödja sådana organisationers verksamhet.

66. I artikel 26 i direktiv 2004/18 stadgas exempelvis att en upphandlande myndighet ”får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med [unions]rätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta *sociala hänsyn* och miljöhänsyn.” [47]

67. Domstolen har godtagit att upphandlande myndigheter tar hänsyn till sociala mål när detta inte direkt eller indirekt medför diskriminering av anbudsgivare från andra medlemsstater och under förutsättning att det uttryckligen anges i meddelandet om upphandling vilka hänsyn det rör sig om, så att aktörerna kan få kännedom om dem. [48]

68. Även i doktrinen är det en vedertagen åsikt att upphandlande myndigheter inte kan hindras från att använda verktyg för offentlig upphandling till att uppnå offentliga mål (exempelvis i den sociala sektorn), förutsatt att dessa mål eftersträvas som komplement till de (traditionella) ekonomiska målen, att EU-direktivens krav på förfarandet uppfylls och att resultatet är förenligt med de direktivens syften. [49]

69. Enligt min uppfattning innehåller direktiv 2004/18 ett antal bestämmelser som ger upphandlande myndigheter tillräckligt utrymme för att eftersträva sociala mål vid sidan av ekonomiska mål utan att bryta mot direktivets ordalydelse eller andemening. Det rör sig bland annat om de bestämmelser som rör tekniska specifikationer (artikel 23), villkor för fullgörande av kontrakt (artikel 26), kvalitativa urvalskriterier (artiklarna 45–52) och grunder för tilldelning av kontrakt (artiklarna 53–55). I det sammanhanget kan det, under förutsättning att de aktuella reglerna inte fråntas sin verkan, finnas ett visst utrymme för den nationella lagstiftaren att ta hänsyn till, och där så är lämpligt ge företräde åt, tjänsteleverantörer vilka har inrättats som frivilligorganisationer eller mer generellt som enheter utan vinstsyfte. Så är i särskilt hög grad fallet när upphandlande myndigheter endast är bundna av de bestämmelser i direktiv 2004/18 som är tillämpliga på offentliga kontrakt avseende tjänsterna i bilaga II B eller av de allmänna principer som följer av den primära unionsrätten, i synnerhet artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF.

70. Oaktat detta torde det dessutom vara ytterst sannolikt att frivilligorganisationer som endast begär ersättning för sina faktiska kostnader, och som drivs på ett rimligt effektivt sätt, i princip ofta kan vinna offentliga upphandlingar enbart tack vare sin kostnadseffektivitet.

71. När det slutligen gäller domen i det ovannämnda målet Sodemare, som Regione Liguria och ANPAS har hänvisat till, vill jag påpeka att det målet inte rörde tillämpningen av regler för offentlig upphandling utan Regione Lombardias socialtjänstsystem, i vilket endast enheter utan vinstsyfte fick tillhandahålla vissa tjänster till allmänheten i fall där kostnaden för tjänsterna antingen helt eller delvis betalades av patienterna, eller betalades av regionen.

47 — Min kursivering. Se även skäl 46 i direktiv 2004/18.

48 — Se dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), punkterna 14–37, av den 26 september 2000 i mål C-225/98, kommissionen/Frankrike, punkterna 46–54 och dom i mål C-271/08, kommissionen/Tyskland REU s. I–7091, punkt 58.

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

72. Som jag har förstått saken, tilldelade Regione Lombardia inte något tjänstekontrakt till en eller flera enheter bland dem som potentiellt var intresserade. I stället var systemet öppet och icke-diskriminerande i så måtto att alla enheter som uppfyllde vissa objektiva lagstadgade krav fick medverka i socialtjänstsystemet som leverantörer av socialvårdstjänster. Det var mot bakgrund av detta som domstolen – efter att även ha beaktat den solidaritetsprincip och de sociala inslag som det lagstadgade socialtjänstsystemet byggde på – drog slutsatsen att ett sådant system inte gav upphov till någon snedvridning av konkurrensen mellan företag i olika medlemsstater och inte heller utgjorde något sådant hinder för etableringsfriheten som är förbjudet enligt vad som nu är artikel 49 FEUF.

73. Sammanfattningsvis anser jag att en medlemsstat får ge företräde åt frivilligorganisationer vid tilldelning av kontrakt avseende sjuktransporttjänster utan att iaktta EU:s regler för offentlig upphandling endast om värdet av tjänsterna inte överstiger tröskelvärdet enligt direktiv 2004/18 och kontraktet saknar gränsöverskridande intresse.

74. Det är inte otänkbart att en medlemsstat under särskilda omständigheter skulle kunna visa att det finns skäl av allmänintresse som kan motivera ett undantag från de insynskrav som följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF även i ett fall där ett kontrakt (vars värde understiger tröskelvärdet) potentiellt har gränsöverskridande intresse.

75. Däremot utgör artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF och direktiv 2004/18 hinder för en nationell bestämmelse – sådan som artikel 75 ter RL – vars verkan är att frivilligorganisationer utan varje form av anbudsinfordran anförtros uppgiften att tillhandahålla sjuktransporttjänster, oavsett kontraktens värde och deras potentiella gränsöverskridande inverkan.

IV – **Förslag till avgörande**

76. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som har ställts av Consiglio di Stato (Italien) på följande sätt:

Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster utgör hinder för en bestämmelse i nationell lagstiftning enligt vilken frivilligorganisationer ska ges företräde vid upphandling av sjuktransporttjänster, varvid kontrakten tilldelas sådana organisationer utan varje form av anbudsinfordran och de avtal som ingås innebär att ersättning ges endast för faktiska kostnader.