Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. TANCHEV
fremsat den 29. april 2021 [1]

Sag C-598/19

Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE)
mod
Diputación Foral de Guipúzcoa,
Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (Feacem)

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (øverste regionale domstol i Baskerlandet (Spanien))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige udbud – direktiv 2014/24/EU – artikel 18 og 20 – national lovgivning, som begrænser muligheden for at deltage i bestemte offentlige udbudsprocedurer til særlige beskæftigelsescentre af social karakter – supplerende krav, der ikke fremgår af direktivet«

1. Med denne anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (øverste regionale domstol i Baskerlandet (Spanien) (herefter også »den forelæggende ret«)) anmodes Domstolen om for første gang at fortolke artikel 20 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud [2].

2. Med det forelagte spørgsmål anmodes Domstolen nærmere bestemt om at præcisere, hvorvidt medlemsstaterne, når de anvender muligheden fastsat i artikel 20 i direktiv 2014/24 til at forbeholde retten til at deltage i offentlige udbudsprocedurer til bestemte aktører, skal tillade alle økonomiske aktører, der opfylder betingelserne i denne bestemmelse, at deltage i udbudsprocedurer, eller om medlemsstaterne, når de gør brug af denne mulighed, yderligere kan begrænse, hvilke økonomiske aktører der kan deltage og indgive tilbud for de relevante kontrakter.

3. Jeg konkluderer, at medlemsstaterne kan angive, hvilken type økonomiske aktører der kan deltage, ved at fastsætte strammere betingelser end dem, der følger af artikel 20 i direktiv 2014/24, der efter min opfattelse er minimumsbetingelser. Såfremt en medlemsstat vælger at gøre dette, skal den dog stadig overholde direktivets bestemmelser, herunder artikel 18 vedrørende »udbudsprincipper«, såvel som de generelt gyldige bestemmelser i EU-udbudsretten.

[1] Originalsprog: engelsk.
[2] EUT 2014, L 94, s. 65.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

4. Første betragtning til direktiv 2014/24 bestemmer:

»Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en bestemt værdi bør der imidlertid fastsættes bestemmelser til samordning af de nationale udbudsprocedurer, så det sikres, at disse principper udmøntes i praksis, og offentlige indkøb åbnes for konkurrence.«

5. Anden betragtning til direktiv 2014/24 bestemmer:

»Offentlige indkøb spiller en central rolle i Europa 2020-strategien, jf. Kommissionens meddelelse af 3. marts 2010 med titlen »Europa 2020, en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst« (»Europa 2020-strategien for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst«), som et af de markedsbaserede instrumenter, der skal anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler. I denne forbindelse bør reglerne om offentlige indkøb, der er vedtaget ved [direktiv 2004/17/EF[3]] og [direktiv 2004/18/EF[4]], revideres og moderniseres for at gøre anvendelsen af de offentlige midler mere effektiv, navnlig ved at fremme små og mellemstore virksomheders (SMV'ers) deltagelse i offentlige udbud og for at gøre det muligt for indkøbere at udnytte offentlige udbud bedre til støtte for fælles samfundsmål […]«

6. 36. betragtning til direktiv 2014/24 er affattet således:

»Beskæftigelse og erhverv bidrager til integration i samfundet og er nøgleelementer for sikringen af lige muligheder for alle. I denne forbindelse kan beskyttede værksteder spille en væsentlig rolle. Det samme gælder for andre sociale virksomheder, hvis vigtigste mål er at støtte den sociale og faglige integration eller reintegration af handicappede og dårligt stillede personer såsom ledige og personer, der tilhører dårligt stillede mindretal eller grupper, der på anden vis er socialt marginaliseret. Men sådanne værksteder eller virksomheder er måske ikke i stand til at få kontrakter på normale konkurrencevilkår. Derfor er det hensigtsmæssigt at fastsætte, at medlemsstaterne kan reservere sig retten til at deltage i procedurerne for tildeling af offentlige kontrakter eller visse delkontrakter heraf til sådanne værksteder eller virksomheder eller reservere udførelsen af sådanne kontrakter til programmer for beskyttet beskæftigelse.«

7. Artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 definerer i relation til direktivet »offentlige kontrakter« som »gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser«.

[3] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) (EUT 2004, L 134, s. 1).

[4] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

8. Artikel 2, stk. 1, nr. 10), i direktiv 2014/24 definerer »økonomisk aktør« som »enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller enheder, herunder enhver midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet«.

9. Artikel 18 i direktiv 2014/24, der omhandler »udbudsprincipper«, bestemmer:

»1. De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.

[…]«

10. Artikel 20 i direktiv 2014/24, der omhandler »reserverede kontrakter«, bestemmer:

»1. Medlemsstaterne kan lade retten til at deltage i offentlige udbudsprocedurer være forbeholdt beskyttede værksteder og økonomiske aktører, hvis vigtigste mål er social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede personer, eller kan beslutte, at sådanne kontrakter skal udføres i forbindelse med programmer for beskyttet beskæftigelse, forudsat at mindst 30% af arbejdstagerne i de pågældende beskyttede værksteder, hos de pågældende økonomiske aktører eller i de pågældende programmer er handicappede eller dårligt stillede arbejdstagere.

[…]«

B. Spansk ret

11. Artikel 20 i direktiv 2014/24 blev gennemført i spansk ret ved fjerde tillægsbestemmelse til Ley 9/2017 de contratos del sector público (lov nr. 9/2017 af 8.11.2017 om offentlige kontrakter) (herefter »lov nr. 9/2017«), der bestemmer:

»1. Ved afgørelse fra Consejo de Ministros (ministerrådet) eller det kompetente organ på området i de selvstyrende regioner eller lokale enheder fastsættes procentvise minimumssatser for reservering af retten til at deltage i procedurerne for tildeling af bestemte kontrakter eller bestemte delkontrakter heraf til særlige beskæftigelsescentre af social karakter og til indslusningsvirksomheder […], som opfylder de i [de relevante] retsforskrifter fastsatte betingelser for at kunne opnå denne status, eller procentvise minimumssatser for reservering af udførelsen sådanne kontrakter i forbindelse med programmer for beskyttet beskæftigelse, under den forudsætning, at andelen af handicappede eller socialt udstødte arbejdstagere i de særlige beskæftigelsescentre, indslusningsvirksomhederne eller programmerne svarer til, hvad der er fastsat i referencelovgivningen, og i alle tilfælde udgør mindst 30%.

I den nævnte afgørelse fra Consejo de Ministros (ministerrådet) eller det kompetente organ på området i de selvstyrende regioner eller lokale enheder fastsættes minimumsbetingelser til sikring af, at bestemmelserne i ovenstående afsnit opfyldes.

[…]

2. Der skal i udbudsbekendtgørelsen henvises til nærværende bestemmelse.

[…]«

12. 14. afsluttende bestemmelse i lov nr. 9/2017 bestemmer:

»[…]

4. Som særlige beskæftigelsescentre af social karakter anses de centre, som opfylder de fastsatte krav i stk. l og 2 i nærværende bestemmelse, og som er oprettet og ejes, direkte eller indirekte, for så vidt angår mere end 50% af en eller flere offentlige eller private enheder, som ikke har vinding for øje, eller som i deres vedtægter er anerkendt som foretagender af social karakter, hvad enten der er tale om foreninger, fonde, offentligretlige organer, sociale andelsforetagender eller andre socialøkonomiske enheder, samt de centre, som ejes af de tidligere nævnte erhvervsdrivende selskaber, uanset om ejerskabet er direkte eller indirekte[…], og så længe det i alle tilfælde fremgår af deres vedtægter eller af en social aftale, at de er forpligtede til at geninvestere hele deres overskud med henblik på at skabe beskæftigelsesmuligheder for handicappede personer og løbende at forbedre deres konkurrenceevne og socialøkonomiske virksomhed, idet de under alle omstændigheder kan vælge mellem at foretage denne geninvestering i samme særlige beskæftigelsescenter eller i andre særlige beskæftigelsescentre af social karakter.«

II. Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen samt spørgsmålet forelagt til præjudiciel afgørelse

13. Tvisten i hovedsagen vedrører en afgørelse vedtaget den 15. maj 2018 (herefter »afgørelsen af 15. maj 2018«), hvorved Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa (styrelsesrådet ved provinsrådet i Guipúzcoa, Spanien) godkendte vejledningerne til den pågældende institutions ordregivende organer. Disse vejledninger vedrører reservation af retten til at deltage i procedurerne for tildeling af kontrakter, som omhandlet i den spanske lovgivning, der gennemfører direktiv 2014/24.

14. Sagen er blevet anlagt af Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (»CONACEE«) (den nationale sammenslutning af særlige beskæftigelsescentre), der er en sammenslutning, som repræsenterer særlige beskæftigelsescentre i Spanien. Dens medlemmer inkluderer bl.a. særlige »igangsættende« beskæftigelsescentre.

15. Som det fremgår af Domstolens sagsakter, tillod spansk ret tidligere, at særlige beskæftigelsescentre kunne deltage i offentlige udbudsprocedurer for »reserverede kontrakter«, uanset om de ikke havde vinding for øje eller var igangsættende[5]. Dette blev ændret med indførelsen af lov nr. 9/2017.

[5] CONACEE henviser til Ley estatal 31/2015 *por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social* (national lov nr. 31/2015 om ændring og ajourføring af ordningen om selvstændig virksomhed og vedtagelse af tiltag med henblik på at fremme og tilskynde selvstændigt arbejde og den sociale økonomi) af 9.9.2015.

16. Lov nr. 9/2017 introducerede en ny kategori vedrørende såkaldte »særlige beskæftigelsescentre af social karakter« og forbeholdt adgangen til reserverede kontrakter i forbindelse med udbud i henhold til artikel 20[6] til disse centre.

17. Ud over de betingelser, som særlige beskæftigelsescentre skulle opfylde i henhold til den tidligere lovgivning, skal særlige beskæftigelsescentre af social karakter være organiseret således, at de ikke har vinding for øje, eller opfylde visse betingelser i forhold til ejerskab, og skal endvidere geninvestere deres overskud, enten i deres egen virksomhed eller i en tilsvarende virksomhed drevet af særlige beskæftigelsescentre af social karakter.

18. Disse yderligere betingelser udelukker ifølge CONACEE en stor del af de spanske særlige beskæftigelsescentre fra at deltage i de spanske reserverede udbudsprocedurer, selv om de opfylder betingelserne i artikel 20 i direktiv 2014/24.

19. Det er på denne baggrund, at CONACEE har anlagt sag ved Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (øverste regionale domstol i Baskerlandet) til prøvelse af afgørelsen af 15. maj 2018 og i det væsentlige har gjort gældende, at den nye spanske lovgivning strider mod EU-retten.

20. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt den nye spanske lovgivning er i overensstemmelse med EU-retten og mere specifikt med artikel 20 i direktiv 2014/24.

21. Under disse omstændigheder har Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (øverste regionale domstol i Baskerlandet) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 20 i direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud fortolkes således, at den subjektive rækkevidde af den i bestemmelsen omhandlede reservering ikke kan begrænses på en sådan måde, at virksomheder eller økonomiske aktører, som opfylder kravet om, at mindst 30% af deres ansatte er handicappede personer, og som forfølger formålet eller målet om social og faglig integration af disse personer, udelukkes fra dens anvendelsesområde ved fastsættelse af yderligere krav vedrørende de pågældende aktørers stiftelse, art og formål, deres virksomhed eller investeringer eller krav af anden art?«

22. CONACEE, Diputación Foral de Guipúzcoa (provinsrådet i Guipúzcoa), Kongeriget Spanien samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

23. Der blev anmodet om et retsmøde, men intet blev afholdt. Domstolen stillede to spørgsmål til de procesdeltagere, der henvises til i artikel 23 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, til skriftlig besvarelse. CONACEE, Diputación Foral de Guipúzcoa (provinsrådet i Guipúzcoa), Kongeriget Spanien og Europa-Kommissionen indgav skriftlige indlæg.

III. Bedømmelse

24. Den forelæggende ret anmoder nærmere bestemt om at få afklaret, hvorvidt bestemmelserne i dette direktiv eller andre anvendelige bestemmelser i EU-retten, der omhandler offentlige udbud, forbyder medlemsstaterne at indføre yderligere restriktioner eller betingelser for de virksomheder eller økonomiske aktører, der kan deltage i reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20,

[6] Jeg vil for nemheds skyld henvise til offentlige udbudsprocedurer for kontrakter, der er reserverede i henhold til artikel 20 i direktiv 2014/24 som »reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20«.

ud over de begrænsninger, der fremgår af denne artikel. Den forelæggende ret fokuserer især, men ikke udelukkende, på »yderligere krav vedrørende de pågældende aktørers stiftelse, art og formål [og] deres virksomhed eller investeringer«.

25. Jeg er nået til den konklusion, at den korrekte fortolkning er, at artikel 20 i direktiv 2014/24 fastsætter minimumsbetingelser, som medlemsstaterne skal sørge for, at de tilladte deltagere opfylder[7], såfremt medlemsstaten vælger at benytte muligheden for at reservere kontrakter i henhold til denne artikel, og denne bestemmelse udelukker ikke i sig selv, at medlemsstaterne indfører yderligere betingelser eller begrænsninger vedrørende de tilladte deltagere, enten af generel karakter eller i forbindelse med bestemte udbudsprocedurer eller bestemte delkontrakter heraf. Når muligheden for at anvende reserverede kontrakter i henhold til artikel 20 anvendes, er medlemsstaterne dog forpligtet til at overholde reglerne fastsat i direktiv 2014/24 samt de generelle regler i EU-retten, der finder anvendelse i forbindelse med offentlige udbud; i denne forbindelse især artikel 18 i dette direktiv samt ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet.

A. Indledende bemærkninger

26. I henhold til artikel 4 i direktiv 2014/24 finder direktivet anvendelse på udbud, hvis anslåede værdi svarer til eller overstiger visse tærskler fastsat i denne artikel[8]. Udbud, der ikke falder inden for rammerne af disse tærskler, er ikke omfattet af bestemmelserne i dette direktiv, men de skal dog stadig overholde principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, navnlig reglerne om fri bevægelighed samt principper, der følger af disse regler, herunder ligebehandlingsprincippet, princippet om gensidig anerkendelse, princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet[9].

27. Nærværende sag omhandler kun offentlige udbud, der falder inden for rammerne af anvendelsesområdet for direktiv 2014/24. Jeg skal tilføje, at det forekommer, at hovedsagens genstand alene vedrører spanske aktører, og de forhold, den forelæggende ret skal bedømme, omfatter tilsyneladende ikke nogen grænseoverskridende elementer.

28. Artikel 20 i direktiv 2014/24 bestemmer, at medlemsstaterne kan lade »retten til at deltage i offentlige udbudsprocedurer« være forbeholdt beskyttede værksteder og økonomiske aktører med henblik på af fremme de »vigtigste mål« eller kan fastsætte, at de relevante kontrakter »udføres i forbindelse med programmer for beskyttet beskæftigelse«. Denne mulighed forudsætter, at »mindst 30%« af arbejdstagerne i de pågældende beskyttede værksteder, hos de pågældende økonomiske aktører eller i de pågældende programmer er »handicappede eller dårligt stillede arbejdstagere«.

29. Spanien har valgt at benytte denne mulighed og har gennemført lovgivning vedrørende dets særlige beskæftigelsescentre, der fastsætter yderligere begrænsninger for de økonomiske aktører, der ønsker at deltage i de spanske reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20, som

[7] Jeg henviser til virksomhederne og de økonomiske aktører, som en medlemsstat tillader at deltage i dets udbudsprocedurer i henhold til artikel 20, som »tilladte deltagere«.

[8] Beløbstærsklerne bliver revideret hvert andet år i henhold til artikel 6 i direktiv 2014/24. Offentlige kontrakter, der er indgået af ordregivende myndigheder inden for vand- og energiforsyning, transport og posttjeneste, og som omfatter disse aktiviteter, er omfattet af direktiv 2014/25/EU og, i almindelighed, ikke af direktiv 2014/24. Artikel 4, litra d), fastsætter en væsentlig højere tærskel for offentlige tjenesteydelsesaftaler for visse opregnede »sociale og andre specifikke tjenesteydelser«. Disse kontrakter er omfattet af en særlig udbudsprocedure i henhold til kapitel I, afsnit III, i direktiv 2014/24.

[9] Jf. i denne retning første betragtning til direktiv 2014/24.

CONACEE bestrider i hovedsagen. Denne lovgivning bestemmer i det væsentlige, at disse aktører eller personer ikke må have vinding for øje, og at de skal geninvestere deres overskud, enten i det særlige beskæftigelsescenter eller i et andet tilsvarende særligt beskæftigelsescenter.

30. Spanien har endvidere fastsat et krav om procentvise minimumssatser for dårligt stillede arbejdstagere i særlige beskæftigelsescentre, der er væsentlig højere (70%) end den minimumssats, der fastsættes i artikel 20 i direktiv 2014/24 (30%). Denne begrænsning er tilsyneladende ikke omtvistet i hovedsagen, muligvis fordi CONACEE's medlemmer faktisk opfylder denne betingelse.

31. Andre medlemsstater har på tilsvarende vis gennemført lovgivning, der fastsætter strammere krav i forhold til de tilladte deltagere i deres reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20, sammenlignet med de krav, der er indeholdt i ordlyden af direktiv 2014/24[10].

B. Medlemsstaternes skønsbeføjelse

32. Artikel 20 i direktiv 2014/24 fastsætter en række betingelser for de »tilladte deltagere«, der skal være opfyldt, såfremt en bestemt medlemsstat benytter muligheden for at anvende reserverede kontrakter i henhold til artikel 20[11] i dens udbudsprocedurer. Artikel 20, stk. 1, kræver, enten at (i) de tilladte deltagere i disse reserverede offentlige udbudsprocedurer henhører under en af to kategorier af deltagere, nemlig enten »beskyttede værksteder« eller »økonomiske aktører, hvis vigtigste mål er social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede personer«, eller (ii) »kontrakter[ne] skal udføres i forbindelse med programmer for beskyttet beskæftigelse«. Nærværende sag vedrører kun kategorien »økonomiske aktører, hvis vigtigste mål er social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede personer«, og den mulige pålægning af yderligere betingelser for, at denne gruppe af økonomiske aktører kan deltage, ud over de betingelser, der udtrykkeligt fremgår af direktivet.

33. Artikel 20, stk. 1, i direktiv 2014/24 fastsætter endvidere en betingelse om, at mindst 30% af arbejdstagerne blandt de tilladte deltagere er handicappede eller dårligt stillede arbejdstagere.

34. Artikel 20, stk. 2, i direktiv 2014/24 bestemmer endeligt, at når medlemsstaterne gør brug af muligheden i artikel 20, skal deres indkaldelse af tilbud indeholde en udtrykkelig henvisning til denne artikel. Dette krav er ikke relevant i denne sag.

35. CONACEE har i det væsentlige gjort gældende, at teksten i artikel 20 i direktiv 2014/24 giver en udtømmende beskrivelse af de krav, som økonomiske aktører skal opfylde for at være berettiget til at deltage i offentlige udbudsprocedurer, der reserveres i henhold til denne bestemmelse, samt at økonomiske aktører, der opfylder disse krav, derfor ikke kan udelukkes fra at deltage på baggrund af yderligere krav, såsom kravet om, at de ikke har vinding for øje, og kravet om, at de geninvesterer deres overskud, som fastsat i den omhandlede spanske lovgivning.

[10] Kommissionen nævner i punkt 16 i sit skriftlige indlæg som eksempler, at Frankrig, Den Tjekkiske Republik og Kroatien alle har strammere krav vedrørende procentdelen af handicappede eller dårligt stillede ansatte, samt at Den Tjekkiske Republik i denne sammenhæng alene inkluderer handicappede personer og ikke andre dårligt stillede personer.

[11] Jeg vil for nemheds skyld henvise til kontrakter, der er indgået med tilbudsgivere i forbindelse med reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel, som »reserverede kontrakter i henhold til artikel 20«.

36. Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at medlemsstaterne har en bred skønsmargen, når de i deres nationale lovgivning definerer, hvad der skal forstås ved begrebet »økonomiske aktører, hvis vigtigste mål er social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede personer« [12].

37. Jeg er ikke enig i Kommissionens bedømmelse. Det følger af Domstolens faste praksis, at kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten og lighedsprincippet medfører, at begreberne i en EU-retlig bestemmelse, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Unionen. Denne fortolkning skal ikke alene tage hensyn til ordlyden, men også bestemmelses kontekst og formålet med den ordning, hvori den indgår [13].

38. Jeg er derfor ikke af den opfattelse, at medlemsstaterne har en bred skønsmargen til at definere meningen af begreberne i artikel 20 i direktiv 2014/24. Disse begreber skal efter min opfattelse fortolkes ensartet. En eventuel skønsmargen, som medlemsstaterne har, når de gennemfører artikel 20 i direktiv 2014/24, stammer således ikke fra en skønsmargen, hvorefter de hver især kan give deres egen mening til begreberne i direktivet.

39. Betingelserne i artikel 20 i direktiv 2014/24 skal snarere forstås enten som *minimumsbetingelser*, som medlemsstaterne skal pålægge de tilladte deltagere for, at medlemsstatens brug af de reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20 er lovlig, eller, som CONACEE har gjort gældende, som en udtømmende definition af kravene vedrørende spørgsmålet om, hvilke økonomiske aktører medlemsstaterne kan godkende som tilladte deltagere, såfremt medlemsstaterne vælger at gøre brug af de reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20.

40. Som jeg vil forklare, kan betingelserne i artikel 20 i direktiv 2014/24 efter min opfattelse bedst forstås som minimumsbetingelser, der giver medlemsstaterne frihed til at indføre yderligere begrænsninger, der begrænser gruppen af tilladte deltagere i deres reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20, inden for rammerne af de begrænsninger, der følger af andre bestemmelser i direktiv 2014/24 og andre anvendelige EU-bestemmelser om offentlige kontrakter. Det er derfor ikke artikel 20 i direktiv 2014/24, der begrænser medlemsstaternes mulighed for at pålægge de tilladte deltagere yderligere betingelser, men artikel 18 i dette direktiv og ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, samt forbuddet mod kunstigt at indskrænke konkurrencen.

41. For det første er der intet i teksten i artikel 20 i direktiv 2014/24, der kræver, at alle økonomiske aktører, der opfylder betingelserne i denne artikel, skal have lov til at deltage i enhver offentlig udbudsprocedure i forbindelse med reserverede kontrakter i henhold til artikel 20 i en medlemsstat.

42. Tværtimod giver artikel 20 i direktiv 2014/24 medlemsstaterne en mulighed – som de kan vælge at bruge eller ej – og fastsætter de betingelser, som medlemsstaterne skal efterleve, såfremt de vælger at benytte denne mulighed i henhold til denne artikel. Disse betingelser fastsætter i

[12] Punkt 14 i Kommissionens indlæg: »[…] [L]es États membres sont en droit de préciser dans leur législation ce qu'il convient d'entendre par «*opérateurs économiques dont l'**objet principal** est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées*»« (»medlemsstaterne er berettigede til at definere i deres lovgivning, hvad der skal forstås ved udtrykket »økonomiske aktører, hvis ***vigtigste mål*** er social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede personer«).

[13] Dom af 4.6.2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, præmis 24).

brede og generelle vendinger den type virksomheder eller økonomiske aktører, som medlemsstaterne kan forbeholde udbudsprocedurerne, og fastsætter procentvise minimumssatser i forhold til handicappede eller dårligt stillede personer, der er ansat ved disse virksomheder eller økonomiske aktører.

43. For det andet, og som det fremgår af 36. betragtning til direktiv 2014/24 og 28. betragtning til direktiv 2004/18, skal formålet med at inkludere artikel 20 i direktiv 2014/24 og bestemmelsens forgænger, artikel 19 i direktiv 2004/18, i disse to direktiver forstås i sammenhæng med »sikringen af lige muligheder for alle«, i hvilken forbindelse beskæftigelse og erhverv er »nøgleelementer«. Artikel 20 i direktiv 2014/24 (og bestemmelsens forgænger, artikel 19 i direktiv 2004/18) tillader derfor medlemsstaterne at fremme social- og beskæftigelsespolitiske mål ved brug af offentlige udbudsmekanismer.

44. Det skal i denne forbindelse erindres, at medlemsstaterne har en bred skønsmargen i deres valg, ikke alene i forbindelse med at fremme et bestemt mål i området for social- og beskæftigelsespolitik[14], men også i forbindelse med at definere de midler, der kan sikre dette[15]. Når formålet med artikel 20 i direktiv 2014/24 tages i betragtning, er det min opfattelse, at definitionen af de tilladte deltagere først og fremmest er et spørgsmål om social- og beskæftigelsespolitik, hvor medlemsstaterne har en bred skønsmargen.

45. Jeg vil også fremhæve, at selv om artikel 20, der er en undtagelse til den generelle ordning for offentlige udbudsprocedurer i henhold til direktiv 2014/24, skal fortolkes indskrænkende, bør dette fortolkningsprincip efter min opfattelse logisk set anvendes i forhold til spørgsmålet om *størrelsen på udskæringen* fra almindelige udbudsprocedurer med hensyn til den andel af markedet, der er omfattet (hvilket ikke er omstridt i nærværende sag og under alle omstændigheder ikke omfattet af nogle udtrykkelige begrænsninger i direktiv 2014/24, hvorpå en stram eller indskrænkende fortolkning af udskæringen kunne anvendes), og *dybden* af udskæringen i forhold til omfanget af bestemmelser, for hvilke den udskårne udbudsproces er undtaget. Den bør ikke anvendes således, at den kræver den størst mulige gruppe af tilladte deltagere for enhver reserveret udbudsprocedure i henhold til artikel 20. Når først en del af markedet for den offentlige udbudsprocedure er udskilt fra det normale marked og forbeholdt økonomiske aktører, der formodes ikke at være konkurrencedygtige, fordi de bibringer væsentlige sociale fordele, fremmes markedsøkonomiske principper, konkurrence eller ligebehandling efter min opfattelse ikke ved at insistere på, at gruppen af tilladte deltagere (der formodes ikke at være konkurrencedygtige) defineres så bredt som muligt. Fra et markedsøkonomisk perspektiv er det – efter min opfattelse – størrelsen på udskæringen, der er afgørende, hvorimod afgrænsningen af kredsen af de tilgodesete bør betragtes som et emne – og et middel – der vedrører social- og beskæftigelsespolitik, som er et område, hvor medlemsstaterne har en bred skønsmargen.

46. Efter min opfattelse støtter en ordlydsbaseret og teleologisk fortolkning af artikel 20 i direktiv 2014/24 den konklusion, at medlemsstaterne *ikke* er forpligtet i henhold til denne artikel til at godkende deltagelse af enhver økonomisk aktør, der opfylder betingelserne i denne artikel, i forbindelse med deres reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20. Alle yderligere begrænsninger skal dog opfylde betingelserne i artikel 18 i direktiv 2014/24 og enhver anden bestemmelse eller princip i EU-udbudsretten, der finder anvendelse.

[14] Dette er i overensstemmelse med EU-lovgivers beslutning, hvorefter medlemsstaterne kan vælge, om de vil anvende de reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20.

[15] Dom af 19.9.2018, Bedi (C-312/17, EU:C:2018:734, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).

47. Denne konklusion underbygges også af tilblivelseshistorien til artikel 20 i direktiv 2014/24 samt dens forgænger, artikel 19 i direktiv 2004/18, der introducerede begrebet »reserverede kontrakter« i offentlige udbudsdirektiver [16].

48. Artikel 20 i direktiv 2014/24 og bestemmelsens forgænger tillader eller tillod medlemsstaterne at forbeholde retten til at deltage i udbudsprocedurer vedrørende offentlige kontrakter eller visse delkontrakter, eftersom de omhandlede værksteder eller sociale virksomheder ikke nødvendigvis vil kunne indgå kontrakter under normale konkurrencevilkår, idet det er den underlæggende forudsætning, at iværksættelsen af de personer, der i sidste ende er tilsigtet som begunstigede af de reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20, nemlig handicappede eller dårligt stillede arbejdstagere, hvis sociale og faglige integration skal være hovedformålet for de økonomiske aktører, som den relevante medlemsstat godkender som tilladte deltagere, idet dette er eller kan være en økonomisk byrde for de relevante økonomiske aktører, for så vidt som de ikke kan forventes at konkurrere på almindelige markedsvilkår. Medlemsstaterne kan derfor under hensyntagen til visse garantier og begrænsninger fastsætte et beskyttet område for offentlige kontrakter, der er i udbud, hvor disse aktører alene konkurrerer med andre aktører i tilsvarende situationer.

49. Når artikel 20 i direktiv 2014/24 betragtes særskilt, er det klart, at reelle eller blot tilsvarende lige vilkår for disse aktører kun kan skabes ved at føje detaljer til den grove skitse, som denne bestemmelse i direktivet giver. Hvis det anerkendes, at disse økonomiske aktører ikke nødvendigvis er i stand til at konkurrere på normale markedsvilkår på grund af deres væsentlige biddrag til samfundet, må det tilsvarende anerkendes, at begrebet »handicappede eller dårligt stillede« omfatter en lang række forskellige grupper, og at der i disse forskellige grupper vil være personer med meget forskellige evner og produktivitet. En økonomisk aktør, der f.eks. ønsker at bistå integrationen af en person, der har gennemgået langvarig arbejdsløshed, står over for meget forskellige udfordringer sammenlignet med en økonomisk aktør, der ønsker at bistå integrationen af en person, der har et permanent handicap, eksempelvis blindhed. Hvis man tager denne omstændighed og det mål, der er omtalt i 36. betragtning til direktiv 2014/24 vedrørende »sikringen af lige muligheder for alle«, i betragtning, er det min opfattelse, at målet med artikel 20 i direktiv 2014/24 bedst opfyldes ved at tillade medlemsstaterne at indføre mere detaljerede krav for deltagelse i deres reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20.

50. Dette er endnu klarere, hvis artikel 20 i direktiv 2014/24 betragtes i lyset af dens forgænger, nemlig artikel 19 i direktiv 2004/18. Artikel 19 i direktiv 2004/18 indeholdt væsentlig strammere krav vedrørende arbejdstagerne hos de tilladte deltagere i reserverede udbudsprocedurer, herunder et krav om, at flertallet af de berørte arbejdstagere er »handicappede, som på grund af arten eller omfanget af deres handicap ikke [kunne] udøve erhvervsmæssig beskæftigelse på normale vilkår«, og satte dermed en væsentlig højere grænse både med hensyn til minimumsprocentsatsen af dårligt stillede arbejdstagere og med hensyn til omfanget og karakteren af deres ufordelagtige situation.

[16] Direktiv 2014/24 blev vedtaget sammen med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26.2.2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT 2014, L 94, s. 243), i hvilket artikel 24 og artikel 38 hver især nærmest er identiske i deres ordlyd med artikel 20 i direktiv 2014/24. Direktiv 2004/18 blev vedtaget sammen med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) (EUT 2004, L 134, s. 1), i hvilket artikel 28 nærmest er identisk i sin ordlyd med artikel 19 i direktiv 2004/18.

51. Eftersom anvendelsesområdet ratione personae for reserverede kontrakter i henhold til artikel 20 blev udvidet i direktiv 2014/24, var det helt sikkert ikke EU-lovgivers hensigt at skabe et »kapløb mod laveste fællesnævner«, hvor sociale virksomheder, der har ansat en lavere andel af mindre påvirkede personer – i henhold til de nye mindre stramme krav – ville udkonkurrere sociale virksomheder, der opfylder de strammere krav, der fandtes i henhold til den tidligere lovgivning for reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20. Hvis man tager forudsætningen for 36. betragtning til direktiv 2014/24 og 28. betragtning til direktiv 2004/18, der beskriver hensigten med reserverede kontrakter, nemlig at de relevante aktører måske ikke kan konkurrere på normale markedsvilkår, i betragtning, er det forventelige resultat, såfremt en økonomisk aktør, der kun har ansat 30% mindre påvirkede personer, at denne ville tillades på samme vilkår som aktører, der opfylder de tidligere meget strammere krav, nærmere bestemt dette: De økonomiske aktører, der opfylder de tidligere strammere krav, ville blive tvunget til at afskedige deres mindst produktive arbejdstagere, der formentlig er dem med de største behov, så deres andel nedbringes til tærsklen på 30%, eller alternativt måske miste de reserverede udbudsprocedurer, der var tiltænkt at skulle styrke dem, til økonomiske aktører, der har påtaget sig et meget mindre socialt ansvar.

52. Det skal fremhæves, at denne bedømmelse ikke tillader medlemsstaterne vilkårligt at udelukke økonomiske aktører fra deres udbudsprocedurer i henhold til artikel 20 og ikke har nogen indvirkning på, hvorvidt udelukkelsen af »igangsættende« særlige beskæftigelsescentre *en bloc* fra de spanske udbudsprocedurer i henhold til artikel 20 er lovlig. Dette spørgsmål skal i det væsentligste i stedet afgøres i henhold til de standarder og principper, der er fastsat i artikel 18 i direktiv 2014/24.

C. Begrænsninger af medlemsstaternes skønsbeføjelse

1. Anvendeligheden af artikel 18 i direktiv 2014/24

53. Medlemsstaterne kan ikke fastsætte vilkår for tilladte deltagere i deres reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20 efter deres forgodtbefindende. Tværtimod er de reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20 underlagt bestemmelserne i direktiv 2014/24, herunder artikel 18, og ethvert yderligere vilkår, der pålægges, skal derfor være i overensstemmelse med artikel 18 og de principper, der er følger af denne bestemmelse.

54. Denne konklusion understøttes af ordlyden af artikel 20 i direktiv 2014/24, der ikke indeholder nogen antydning af, at reserverede kontrakter skulle være undtaget fra de andre bestemmelser i dette direktiv, samt af placeringen af denne artikel i kapitel II, »Generelle regler«, i afsnit I, og ikke i afdeling 3, »Undtagelser«, i kapitel I, i afsnit I, hvilket ville have været det naturlige sted at placere en bestemmelse, der omhandler undtagelser til direktivets anvendelse.

55. Tilblivelseshistorien for forgængeren til artikel 20 i direktiv 2014/24, nemlig artikel 19 i direktiv 2004/18, gør det er endvidere klart, at det ikke var hensigten at udelukke reserverede udbudsprocedurer fra anvendelsen af de andre bestemmelser i dette direktiv.

56. Artikel 19 i direktiv 2004/18, som sammen med artikel 28 i direktiv 2004/17 introducerede begrebet »reserverede kontrakter« i EU-udbudsretten, var ikke indeholdt i Kommissionens oprindelige udkast til dette direktiv. Dette oprinder i ændringsforslag 9 i udtalelsen fra EU-parlamentets udvalg om industripolitik, eksterne økonomiske forbindelser, forskning og energi af 29. juni 2001 vedrørende det foreslåede direktiv, der i dets oprindelige udgave ville have

udelukket »offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter« i forbindelse med »ordninger for beskyttet beskæftigelse« [17].

57. Dette ændringsforslag gennemgik adskillige ændringer, og de forskellige forslag til bestemmelsen var ledsaget af forskellige begrundelser, inden den endelige udgave blev fastsat, konkret som artikel 19 i direktiv 2004/18. Kommissionens kommentarer til den udgave af den foreslåede artikel, der fandtes i »ændret forslag«, fremsat den 6. maj 2002 [18], gør det klart, at »forbeholdelsen ikke indebærer en fritagelse for anvendelse af alle de andre bestemmelser i direktivet om offentlige kontrakter«. Dette er også afspejlet i teksten i direktiv 2004/18, som vedtaget, der ikke undtager de nævnte kontrakter fra anvendelsen af direktiv 2004/18 (som det oprindelige ændringsforslag gjorde), men blot fastsætter, at deltagelse i offentlige udbudsprocedurer for disse kontrakter kan forbeholdes disse værksteder. De forskellige stadier i lovgivningsprocessen, der ledte til den endelige udgave af artikel 19 i direktiv 2004/18, viser endvidere, at lovgiver helt sikkert havde til hensigt, at »reserverede kontrakter« fortsat skulle være genstand for EU-dækkende konkurrence i henhold til de resterende bestemmelser i direktiv 2004/18 og »de relevante traktatbestemmelser« [19].

58. De forskellige begrundelser, der blev givet på forskellige stadier af lovgivningsprocessen, for indførelsen af denne nye bestemmelse, samt 28. betragtning til det endelige direktiv, gør det klart, at eksistensberettigelsen for artikel 18 i direktiv 2004/18 var, at værksteder og de pågældende programmer for beskæftigelse måske ikke er i stand til at »få kontrakter på normale konkurrencevilkår«. Disse værksteder og programmer for beskæftigelse biddrager ifølge betragtningen »effektivt til integration eller reintegration på arbejdsmarkedet af handicappede«. Betragtningen nævner også i denne sammenhæng, at »beskæftigelse og erhverv er nøgleelementer for sikringen af lige muligheder for alle«.

59. Tilblivelseshistorien for artikel 19 i direktiv 2004/18 og 28. betragtning til dette direktiv gør det derfor klart, at formålet med bestemmelsen var at tillade medlemsstaterne at anvende reserverede kontrakter i udbudsprocedurer med henblik på at give visse tilladte deltagere adgang til kontrakter, som de ikke ville have haft mulighed for på almindelige markedsvilkår, samt at begrundelsen for denne fortrinsbehandling var et effektivt biddrag til integration eller reintegration på arbejdsmarkedet af de berettigede i henhold til programmet, det vil for så vidt angår artikel 19 i direktiv 2004/18 sige »handicappede, som på grund af arten eller omfanget af deres handicap ikke kan udøve erhvervsmæssig beskæftigelse på normale vilkår«. Dette formål

[17] Betænkning fra udvalget om retlige anliggender og det indre marked om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (KOM(2000) 275 – C5-0367/2000 – 2000/0115(COD)), der er tilgængelig på adressen https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2001-0378+0+DOC+XML+V0//EN (senest besøgt den 23.3.2021).

[18] Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, KOM(2002) 236 endelig – COD 2000/0115, ændringsforslag 36.

[19] Jf. f.eks. det oprindelige ændringsforslag 9 og de senere begrundelser for kompromisændring 29 af A.P. Vallelersundi, som henvist til i fodnote 20, nedenfor. En samling vedrørende tilblivelseshistorien for artikel 19 i direktiv 2004/18 kan findes i Jan M. Hebly, *European Public Procurement – Legislative History of the 'Classic' Directive 2004/18/EC*, s. 603 ff.

var en del af en større målsætning om at sikre »lige muligheder for alle«. Anvendelsen af reserverede kontrakter skulle finde sted i overensstemmelse med alle de andre bestemmelser i direktiv 2004/18, i særdelshed grænseoverskridende konkurrence [20].

60. Direktiv 2014/24 indførte adskillige ændringer til ordningen for »reserverede kontrakter« [21]. Artikel 20 i direktiv 2014/24 gentager og udvider derfor muligheden, som medlemsstaterne oprindeligt blev givet i henhold til artikel 19 i direktiv 2004/18, for at forbeholde retten til at deltage i offentlige udbudsprocedurer til visse aktører. Sammenlignet med artikel 19 i direktiv 2004/18, udvider artikel 20 i direktiv 2014/24 i væsentligt omfang gruppen af aktører, der kan godkendes som tilladte deltagere i offentlige udbudsprocedurer vedrørende reserverede kontrakter. Disse ændringer antyder dog på ingen måde, at EU-lovgiver havde til hensigt at undtage de reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20 fra anvendelsen af resten af direktiv 2014/24 eller til hensigt at mindske det sociale ansvar, som de individuelle deltagere har. Anvendelsen af bestemmelen ratione personae er blot udvidet ved at tillade, at flere aktører betragtes som tilladte deltagere, formentlig med henblik på at udvide dette sociale- og beskæftigelsespolitiske mål således, at en større og bredere defineret gruppe af berettigede (handicappede og dårligt stillede personer) kan drage fordel heraf.

61. Tilblivelseshistorien for direktiv 2014/24 giver ikke megen vejledning vedrørende fortolkningen af artikel 20. Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg foreslog i dets »forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb« (COM(2011) 896 final) visse ændringer, der ikke blev vedtaget, herunder et krav om, at de »beskyttede værksteder og økonomiske aktører, hvis vigtigste mål er social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede arbejdstagere, »hovedsageligt skal være oprettet og forvaltet af nonprofit-sektoren««, hvilket efter dets opfattelse yderligere ville begrunde sådan fortrinsbehandling til statsstøtte [22].

2. Generelle bemærkninger vedrørende artikel 18 i direktiv 2014/24

62. Artikel 18 i direktiv 2014/24, der omhandler »udbudsprincipper«, bestemmer i stk. 1, første afsnit, at de ordregivende myndigheder skal behandle økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handle på en »forholdsmæssig måde«. Dette er for så vidt en gentagelse af ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, der ville finde anvendelse selv uden denne bestemmelse [23]. Artikel 18, stk. 1, andet afsnit, bestemmer, at »udbuddet udformes ikke med det formål […] kunstigt [at] indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som

[20] Se begrundelsen for kompromisændring 29 af A.P. Vallelersundi, hvor den foreslåede tekst ændres fra at udelukke kontrakter, der indgås med beskyttede værksteder og ordninger, til ordningen vedrørende at forbeholde kontrakter til dem: »Det er også nødvendigt at sikre, at kontrakter af denne type […] kan indgås med disse værksteder alle steder i [Unionen] og ikke bliver endnu et middel til at favorisere regionale eller lokale tilbudsgivere.« Dette synspunkt fastholdes implicit i Kommissionens udtalelse vedrørende ændringsforslag 36 i ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, KOM(2002) 236 endelig – COD 2000/0115 (EFT 2002, C 203 E, s. 210): »Dette ændringsforslag kan accepteres, hvis det modificeres således, at det gøres tydeligere, at forbeholdelsen ikke indebærer en fritagelse for anvendelse af alle de andre bestemmelser i direktivet om offentlige kontrakter.«

[21] Ud over de ændringer, der er indeholdt i artikel 20, introducerede kapitel I i direktiv 2014/24 »sociale og andre specifikke tjenesteydelser« (artikel 74-77) i afsnit III, »Særlige udbudsordninger«, en anden type af reserverede kontrakter for visse tjenesteydelser på sundheds-, social- og kulturområdet. Denne ordning adskiller sig og er separat fra bestemmelserne, som er genstand for nærværende sag, men det er muligt, at den spanske lovgiver har anvendt artikel 77, stk. 2, litra b), som model for kravet om »geninvestering af overskud« i de spanske regler.

[22] Punkt 4.10 og 4.11 i Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (COM(2011) 895 final — 2011/0439 (COD)); forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb (COM(2011) 896 final – 2011/0438 (COD)), og forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om tildeling af koncessionskontrakter (COM(2011) 897 final – 2011/0437 (COD)) (EUT 2012, C 191, s. 84).

[23] Bestemmelsen er en udvidelse af sin forgænger, artikel 2 i direktiv 2004/18, der alene krævede, at principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører samt gennemsigtighed overholdes, men ikke nævnte proportionalitet.

kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt«. Selv om hovedsagens kendsgerninger tilsyneladende alene vedrører spanske aktører, skal det erindres, at principperne om ligebehandling af tilbudsgiverne, proportionalitet og konkurrence uden fordrejninger, som omhandlet i direktiv 2014/24, også finder anvendelse på interne situationer [24].

63. I hovedsagen har Spanien vedtaget lovgivning, som tilsyneladende en bloc udelukker en stor del af en bestemt sektor, nemlig de igangsættende særlige beskæftigelsescentre, fra denne medlemsstats reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20. Denne lovgivning forbeholder endvidere disse kontrakter alene til en anden underkategori af særlige beskæftigelsescentre, nemlig særlige beskæftigelsescentre af social karakter, og forbeholder en tilsyneladende væsentlig del af offentlig udbudskontrakter til reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20.

64. Dette rejser oplagte spørgsmål vedrørende overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, samt forbuddet mod kunstigt at indskrænke konkurrencen.

3. Artikel 18 i direktiv 2014/24 og ligebehandlingsprincippet

65. Ligebehandlingsprincippet er i henhold til Domstolens faste praksis et grundlæggende EU-retligt princip [25], som medlemsstaterne skal overholde, når de handler inden for EU-rettens anvendelsesområde. Dette princip, som er en grundlæggende rettighed, som Domstolen opretholder [26], kræver, at ensartede eller lignende situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet [27]. Som et generelt EU-retligt princip skal medlemsstaterne overholde ligebehandlingsprincippet, når de gennemfører regler i EU-retten. Medlemsstaterne skal derfor så vidt muligt anvende disse regler i overensstemmelse med de forpligtelser, der følger af EU-rettens beskyttelse af de grundlæggende rettigheder [28].

66. Ligebehandlingsprincippet finder i området for EU-udbudsretten særligt udtryk i princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, hvilket kræver, at de gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud [29]. Som generaladvokat Y. Bot fremhæver i sit forslag til afgørelse i Wall-sagen [30], har princippet om ligebehandling af tilbudsgivere til formål at fremme udvikling af en sund og effektiv konkurrence mellem de bydende virksomheder. Respekt for dette princip skal sikre en objektiv sammenligning af buddene og gælder i alle faser af proceduren. Med andre ord skal alle de potentielle tilbudsgivere være bekendt med spillereglerne, og de skal finde anvendelse på samme måde for alle.

[24] Jf. i denne retning generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Grupo Hospitalario Quirón (C-552/13, EU:C:2015:394, punkt 40 ff.) vedrørende artikel 23, stk. 2, i direktiv 2004/18 vedrørende lige muligheder for tilbudsgiverne og forbuddet mod ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til tekniske specifikationer.

[25] Dom af 19.10.1977, Ruckdeschel m.fl. (117/76 og 16/77, EU:C:1977:160, præmis 7), af 16.12.2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 23), og af 17.12.2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, præmis 85).

[26] Dom af 12.12.2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, præmis 32), og af 17.1.2008, Velasco Navarro (C-246/06, EU:C:2008:19, præmis 32).

[27] Dom af 25.11.1986, Klensch m.fl. (201/85 og 202/85, EU:C:1986:439, præmis 9), af 12.12.2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis), og af 17.12.2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, præmis 85).

[28] Dom af 12.12.2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, præmis 30). Jf. endvidere generaladvokat Bots forslag til afgørelse Wall (C-91/08, EU:C:2009/659, punkt 35 og 36).

[29] Dom af 2.6.2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 36).

[30] C-91/08 (EU:C:2009/659, punkt 38).

67. Udelukkelse af en gruppe af mulige tilbudsgivere fra en medlemsstats reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20, hvorved en anden gruppe af tilbudsgivere, såsom den spanske udelukkelse af igangsættende særlige beskæftigelsescentre, hvilket de særlige beskæftigelsescentre af social karakter drager fordel af, kan derfor kun tillades, hvis de to grupper af mulige tilbudsgivere ikke befinder sig i ensartede eller lignende situationer, eller såfremt en forskellig behandling er objektivt begrundet.

68. Det tilkommer den forelæggende ret, som har enekompetence til at træffe afgørelse om de faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen, at efterprøve, hvorvidt »igangsættende« særlige beskæftigelsescentre og de særlige beskæftigelsescentre af social karakter befinder sig i ensartede eller lignende situationer, og/eller om forskellig behandling er objektivt begrundet. De »igangsættende« særlige beskæftigelsescentre opfyldte tilsyneladende tidligere, og opfylder tilsyneladende stadig, de samme sociale opgaver som dem, der kræves af de særlige beskæftigelsescentre af social karakter. Det forekommer derfor ikke umiddelbart urimeligt at hævde, at disse to grupper af særlige beskæftigelsescentre befinder sig i en ensartet eller lignende situation for så vidt angår deres evne til at opfylde opgaven vedrørende støtte til den sociale og faglige integration af handicappede og dårligt stillede personer. Samtidig er der forskel på, hvordan de »igangsættende« særlige beskæftigelsescentre og de særlige beskæftigelsescentre af social karakter er organiseret, i særdeleshed fordi den sidste kategori ikke har vinding for øje, samt kravet om, at de geninvesterer deres overskud, hvilket muligvis kunne understøtte den konklusion, at de to grupper af organisationer ikke befinder sig i ensartede eller lignende situationer, eller at en forskellig behandling er objektivt begrundet. Dette er i sidste ende en bedømmelse, der kræver en fortolkning af den anvendelige spanske lovgivning, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage.

4. Artikel 18 i direktiv 2014/24 og proportionalitetsprincippet

69. Som Domstolen har nævnt i sin praksis, er det generelle formål med national lovgivning, der vedrører offentlige udbudsprocedure, at beskytte ligebehandling af tilbudsgiverne. I henhold til proportionalitetsprincippet må denne lovgivning derfor ikke gå videre end hvad der er nødvendigt for at opfylde dette formål [31].

70. Når medlemsstaterne vedtager national lovgivning, der gennemfører artikel 20 i direktiv 2014/24 og forbeholder »reserverede kontrakter« i offentlige udbudsprocedurer til udbydere af beskyttet beskæftigelse, har denne lovgivning mindst to formål: ligebehandling af tilbudsgiverne, som omtalt i ovenstående punkt, og det social- og beskæftigelsespolitiske mål, hvorved udbydere af beskyttet beskæftigelse har adgang til reserverede kontrakter.

71. Ligesom det er tilfældet med ligebehandlingsprincippet, tilkommer det den forelæggende ret, som har enekompetence til at træffe afgørelse vedrørende de faktiske omstændigheder i hovedsagen, at efterprøve, hvorvidt pålægningen af de yderligere krav er en passende måde at opnå de lovlige mål, der forfølges af medlemsstaterne i forhold til at maksimere de sociale mål vedrørende integration eller reintegration af handicappede og dårligt stillede personer, og i så fald, hvorvidt disse krav rækker ud over hvad, der er nødvendigt for at opfylde disse mål.

[31] Jf. i denne retning dom af 8.2.2018, Lloyd's of London (C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 32), af 2.5.2019, Lavorgna (C-309/18, EU:C:2019:350, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis), af 30.1.2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 45), og af 14.5.2020, T-Systems Magyarország (C-263/19, EU:C:2020:373, præmis 71).

72. Det er min opfattelse, at krav om, at deltagerne i en reserveret udbudsprocedure i henhold til artikel 20 skal være organiseret som, eller ejet af, en enhed, der ikke har vinding for øje, og at de skal geninvestere deres overskud fra reserverede kontrakter i henhold til artikel 20, formentlig kan betragtes som en passende måde at opnå de lovlige mål vedrørende den sociale og faglige integration af handicappede og dårligt stillede personer. Der er ingen af disse krav, der ikke er relaterede til betingelsen i artikel 20, stk. 1, om, at de »vigtigste mål« for de tilladte økonomiske aktører (ud over »beskyttede værksteder«) skal vedrøre »social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede personer«. En enhed, der har vinding for øje, har generelt som et af sine »mål« at skabe overskud for ejerne. Det er ikke i sig selv urimeligt at hævde, at dette mindsker fokus på sociale mål. Kravene vedrørende den tilladte deltagers status som en enhed, der ikke har vinding for øje, eller at den tilladte deltager ejes af en enhed, der ikke har vinding for øje, forekommer derfor at tjene lovlige formål. Kravet om, at overskud skal geninvesteres i den samme eller tilsvarende virksomhed af social karakter, hvis mål er social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede personer, tjener selv med større klarhed dette formål, og taget i betragtning, at reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20 naturligvis indebærer overførsel af offentlige midler (eftersom formålet med bestemmelsen er, at tilladte deltagere ikke nødvendigvis er i stand til at konkurrere på normale pris/kvalitetsvilkår, hvilket antyder, at de ordregivende myndigheder givetvis vil betale en højere pris end normalt for køb gennemført i henhold til reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20), forekommer geninvesteringen af relateret overskud, der i sidste ende tjener det omtalte sociale formål, i særdeleshed hensigtsmæssigt.

73. Kravet vedrørende 70% beskæftigelse som omhandlet i spansk lovgivning biddrager tydeligvis også til opnåelse af det endelige mål for reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20, nemlig »integration eller reintegration af handicappede og dårligt stillede personer« [32].

74. Disse krav forekommer derfor efter min opfattelse at være passende i forhold til at opnå de ønskede mål. Kravet om, at de særlige beskæftigelsescentre skal have den retlige form af en enhed, der ikke har vinding for øje, eller opfylde de relevante krav om ejerskab, forekommer dog efter min opfattelse at gå videre end hvad der er nødvendigt for at opfylde disse mål. Det er svært at se, hvordan udelukkelsen af en stor undergruppe af økonomiske aktører, der tidligere har tjent, stadig tjener og fortsat i fremtiden ønsker at tjene netop disse sociale mål og denne del af befolkningen, alene på grund af disse økonomiske aktørers retlige form eller på grund af de endelige ejeres retlige form, ikke vil række ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde det lovlige mål vedrørende social og faglig integration af handicappede og dårligt stillede personer. Dette gælder så meget desto mere, såfremt kravet vedrørende geninvestering af overskud fastholdes.

75. Med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse er jeg derfor af den opfattelse, at kravet vedrørende retlig form eller ejerskab for så vidt angår de økonomiske aktører, som anerkendes som tilladte deltagere i en medlemsstats reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20, såsom de i hovedsagen omtvistede spanske krav, strider mod proportionalitetsprincippet.

[32] 36. betragtning til direktiv 2014/24.

5. Artikel 18 i direktiv 2014/24 og forbuddet mod kunstigt at indskrænke konkurrencen

76. Som fastsat i artikel 18, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/24, udformes udbuddet ikke med det formål kunstigt at indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.

77. Det står klart, at de særlige beskæftigelsescentre af social karakter er favoriseret i den relevante spanske lovgivning, og at de igangsættende særlige beskæftigelsescentre stilles mindre gunstigt. Det forekommer endvidere åbenlyst, at dette er tilsigtet. Artikel 18, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/24 forbyder dog ikke enhver form for tilsigtet favorisering og mindre gunstig stilling af aktører. Forbuddet finder alene anvendelse i situationer, hvor hensigten er »uretmæssigt« at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.

78. Domstolen har endnu ikke afklaret meningen af »uretmæssigt« (eller »kunstigt«), som omhandlet i artikel 18 i direktiv 2014/24. Ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet kan dog give nogen vejledning angående fortolkningen af disse begreber. Selv om begreberne ligebehandling og »ikke kunstigt indskrænket konkurrence« selvsagt er forskellige, antyder begreberne at »favorisere« visse økonomiske aktører eller »stille dem mindre gunstigt« en forskellig behandling. Det er svært at forestille sig, at man kunne »favorisere« visse økonomiske aktører eller »stille dem mindre gunstigt« på en måde, der er »uretmæssig« og på samme tid »objektivt begrundet«, eller omvendt, og det forekommer derfor, at der må være et vist overlap mellem disse to særskilte begreber. Det er tilsvarende svært at forestille sig med hensyn til forholdet mellem kunstigt indskrænket konkurrence og proportionalitet, at visse økonomiske aktører kunne blive favoriseret eller stillet mindre gunstigt, på en sådan måde, at dette »retmæssigt« rækker ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå de lovlige mål, der forfølges. Det forekommer således, at der er et vist overlap mellem kunstigt indskrænket konkurrence og manglende proportionalitet.

79. Det kunne måske være fristende at definere begrebet »kunstigt indskrænke konkurrencen« alene med henvisning til de to principper omtalt i ovenstående punkt. Forbuddet mod kunstigt at indskrænke konkurrencen, som omhandlet i artikel 18, stk. 1, andet afsnit, ville dog have været overflødig, hvis det alene omfattede handlinger, der allerede er forbudt som følge af ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet. Forbuddet mod kunstigt at indskrænke konkurrencen bør derfor efter min opfattelse gives et bredere anvendelsesområde end disse principper.

80. Som allerede omtalt i forbindelse med analysen af proportionalitet i punkt 74 ovenfor, forekommer den indskrænkning af konkurrencen, der følger af udelukkelsen af de igangsættende særlige beskæftigelsescentre fra de spanske reserverede udbudsprocedurer i henhold til artikel 20, ikke at være proportional med et lovligt formål for så vidt angår kravet om, at de relevante økonomiske aktører ikke må have vinding for øje eller skal være ejet eller delvist ejet af enheder, der ikke har vinding for øje. Uanset hvad der er det præcisise anvendelsesområde for forbuddet mod kunstigt at indskrænke konkurrencen, forekommer det efter min opfattelse, at dette krav er i strid hermed. Det tilkommer dog i sidste ende den forelæggende ret at afgøre, hvorvidt der i denne sag er en hensigt til uretmæssigt at favorisere og/eller stille mindre gunstigt.

81. Vedrørende kravet om geninvestering af overskud kunne dette efter min opfattelse ganske givet blive betragtet som kunstigt indskrænkende for konkurrencen, selv hvis man accepterer min bedømmelse, hvorefter dette krav kunne opfylde standarderne vedrørende ligebehandling og

proportionalitet. Hvis kravet pålægges ikke alene med henblik på at tjene det lovlige formål om at støtte den sociale og faglige integration af handicappede og dårligt stillede personer, men på samme tid også har til hensigt at favorisere en gruppe af mulige tilbudsgivere af grunde, der ikke vedrører det lovlige formål, der søges fremmet [33], bør dette efter min opfattelse betragtes som uretmæssig favorisering eller en mindre gunstig stilling af de omtalte grupper og som en kunstig indskrænkning af konkurrencen. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om dette er tilfældet.

IV. Forslag til afgørelse

82. Af de ovennævnte grunde foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af den forelæggende ret forelagte spørgsmål på følgende måde:

»Artikel 20 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud udelukker ikke national lovgivning, i henhold til hvilken retten til at deltage i offentlige udbudsprocedurer for reserverede kontrakter i henhold til denne bestemmelse underlægges betingelser ud over dem, der er angivet i denne bestemmelse.

Sådanne yderligere betingelser skal dog opfylde alle EU-retlige krav, der finder anvendelse, herunder artikel 18 i direktiv 2014/24 samt ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, og disse betingelser må ikke kunstigt indskrænke konkurrencen.

En betingelse om, at alene økonomiske aktører, der ikke har vinding for øje, eller er ejet eller delvist ejet af enheder, der ikke har vinding for øje, må deltage i reserverede udbudsprocedurer, forekommer i denne forbindelse umiddelbart at række ud over hvad, der er nødvendigt for at opfylde det lovlige formål om at støtte den sociale og faglige integration af handicappede og dårligt stillede personer.

Det forekommer umiddelbart, at det ville lede til kunstig indskrænkning af konkurrencen, såfremt en stor gruppe af økonomiske aktører bevidst udelukkes fra at deltage af grunde, der ikke vedrører det lovlige formål om at støtte den sociale og faglige integration af handicappede og dårligt stillede personer.«

[33] Sådanne grunde kunne blot som et eksempel tage udgangspunkt i ideologisk eller politisk motiverede ønsker om at fremme en gruppe eller en type virksomheder i forhold til andre.