Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
EVGENI TANCHEV
av den 29 april 2021 [1]

Mål C-598/19

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

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Överdomstolen i den autonoma regionen Baskien, Spanien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU – Artiklarna 18 och 20 – Nationell lagstiftning enligt vilken rätten att delta i vissa offentliga upphandlingsförfaranden reserveras för särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ – Ytterligare villkor som inte föreskrivs i direktivet”

1. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande har Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Överdomstolen i den autonoma regionen Baskien, Spanien), den hänskjutande domstolen, begärt att EU-domstolen för första gången ska tolka artikel 20 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling. [2]

2. Genom tolkningsfrågan har EU-domstolen ombetts att klargöra huruvida medlemsstaterna, när de utnyttjar möjligheten i artikel 20 i direktiv 2014/24 att reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för vissa aktörer, ska tillåta alla ekonomiska aktörer som uppfyller kriterierna i denna bestämmelse att delta i upphandlingsförfaranden eller om medlemsstaterna, när de utnyttjar denna möjlighet, ytterligare kan begränsa kretsen av ekonomiska aktörer som kan delta i upphandlingen i fråga och lämna anbud.

3. Jag har dragit slutsatsen att medlemsstaterna får fastställa kretsen ekonomiska aktörer som får delta genom att uppställa kriterier som är snävare än kraven i artikel 20 i direktiv 2014/24 som enligt min bedömning är minimikrav. Om en medlemsstat väljer att göra detta måste den emellertid fortfarande iaktta bestämmelserna i direktivet, inbegripet artikel 18, ”Principer för upphandling”, liksom allmänt tillämpliga krav i EU-bestämmelser om offentlig upphandling.

[1] Originalspråk: engelska.

[2] EUT L 94, 2014, s. 65.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

4. I skäl 1 i direktiv 2014/24 anges följande:

”Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. För offentliga kontrakt över ett visst värde bör dock bestämmelser fastställas om samordning av nationella upphandlingsförfaranden för att se till att dessa principer omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.”

5. Skäl 2 i direktiv 2014/24 har följande lydelse:

”Offentlig upphandling ges en framträdande roll i Europa 2020-strategin, som framgår av kommissionens meddelande av den 3 mars 2010 med titeln Europa 2020: En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla (nedan kallad Europa 2020-strategin för smart och hållbar tillväxt för alla), som ett av de marknadsbaserade instrument som ska användas för att uppnå smart och hållbar tillväxt för alla, samtidigt som den säkerställer att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. De upphandlingsregler som antagits i enlighet med [direktiv 2004/17[3]] och [2004/18/EG[4]] bör därför ses över och moderniseras, i syfte att använda offentliga medel effektivare, i synnerhet genom att underlätta små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling, och se till att upphandlande myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål …”

6. I skäl 36 i direktiv 2014/24 anges följande:

”Anställning och sysselsättning bidrar till social integration och är av största vikt när det gäller att garantera lika möjligheter för alla. I detta sammanhang kan skyddade verkstäder spela en väsentlig roll. Detsamma gäller för andra sociala företag vars främsta syfte är att stödja social och yrkesmässig integration eller återintegration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer, såsom arbetslösa, missgynnade minoriteter eller på annat sätt marginaliserade befolkningsgrupper. Sådana verkstäder eller företag kan emellertid sakna möjlighet att få kontrakt under normala konkurrensförhållanden. Det är därför lämpligt att föreskriva att medlemsstaterna får reservera rätten att delta i tilldelningsförfaranden för offentliga kontrakt eller för vissa delar av dessa för sådana verkstäder eller företag eller föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning.”

7. I artikel 2.1 punkt 5 i direktiv 2014/24 definieras i detta direktiv ”offentligt kontrakt” som ”ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås 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”.

[3] Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, 2004, s. 1).

[4] Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

8. I artikel 2.1 punkt 10 i direktiv 2014/24 definieras ”ekonomisk aktör” som ”varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagssammanslutningar, som erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller ett byggnadsverk, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden”.

9. I artikel 18 i direktiv 2014/24, med rubriken ”Principer för upphandling”, föreskrivs följande:

”1. De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.

…”

10. Artikel 20 i direktiv 2014/24 med rubriken ”Reserverade kontrakt” har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna får reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, eller föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, förutsatt att minst 30 % av arbetstagarna i sådana verkstäder, ekonomiska aktörer eller program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare.

…”

B. Spansk rätt

11. Artikel 20 i direktiv 2014/24 har införlivats med den spanska rättsordningen genom fjärde tilläggsbestämmelsen i Ley 9/2017 de contratos del sector público (lag 9/2017 om avtal i den offentliga sektorn) (nedan kallad lag 9/2017) av den 8 november 2017 som har följande lydelse:

”1. Genom beslut av ministerrådet eller behörigt organ inom ramen för de autonoma regionerna och de lokala myndigheterna, ska miniminivåer fastställas för rätten att delta i offentlig upphandling av vissa kontrakt eller vissa delkontrakt av desamma, dels för särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ och dels för reglerade arbetsintegrerande sociala företag, i den omarbetade versionen av den allmänna lagen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och deras sociala integration … som uppfyller de krav som fastställs i [det relevanta] regelverk[et] för att klassificeras som sådana enheter, eller en minimiandel för reservation av genomförande av dessa kontrakt inom ramen för programmen för skyddad anställning, på villkor att andelen arbetstagare med funktionsnedsättning eller i situation av socialt utanförskap vid särskilda sysselsättningscentra, arbetsintegrerande sociala företag eller program är den som anges i dess referensbestämmelser och, i vilket fall som helst, åtminstone 30 procent.

Nämnda beslut av ministerrådet eller det behöriga organet inom ramen för de autonoma regionerna och de lokala myndigheterna, ska fastställa minimivillkor för att säkerställa uppfyllandet av vad som fastställs i ovanstående stycke.

…

2. Anbudsinfordran ska innehålla en hänvisning till denna artikel.

…”

12. I slutbestämmelse 14 i Ley 9/2017 föreskrivs följande:

”…

4. Med särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ avses sådana centra som uppfyller kraven som fastställs i punkterna 1 och 2 Dessutom ska sådana centra, direkt eller indirekt, till åtminstone 50 procent drivas och ägas av en eller flera offentliga eller privata enheter utan vinstintresse, eller som i sina stadgar erkänner sin sociala natur, oavsett om enheterna är föreningar, stiftelser, offentligrättsliga organ, kooperativ med sociala initiativ eller andra enheter med social ekonomi, liksom sådana enheter som ägs av ovan nämnda rörelseidkande bolag, oavsett om de drivs och ägs direkt eller indirekt …. Vidare ska deras stadgar eller bolagsordning, i samtliga fall, förplikta dem att fullständigt återinvestera sina vinster för skapande av sysselsättningsmöjligheter för funktionsnedsatta personer och kontinuerlig förbättring av sin konkurrenskraft och den sociala ekonomin. I vilket fall som helst kan dessa centra välja mellan att återinvestera vinsterna i det egna särskilda sysselsättningscentrat eller i andra särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ.”

II. Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

13. Tvisten vid den nationella domstolen har sitt ursprung i ett beslut av den 15 maj 2018 (nedan kallat beslutet av den 15 maj 2018), genom vilket Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa (det styrande organet i Guipúzcoas provinsstyrelse, Spanien) godkände instruktioner som riktats till de upphandlande myndigheterna i detta organ. Dessa instruktioner avser förbehållet för rätten att delta i upphandlingsförfaranden, såsom föreskrivs i den spanska lagstiftning genom vilken direktiv 2014/24 införlivas.

14. Talan i målet vid den nationella domstolen har väckts av Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (nationella förbundet för särskilda sysselsättningscentra, nedan kallat CONACEE), som är en sammanslutning som företräder särskilda sysselsättningscentra i Spanien. Bland dess medlemmar återfinns, bland andra kategorier, ”företagsekonomiska” särskilda sysselsättningscentra.

15. Det framgår av handlingarna i målet att det enligt tidigare spansk lagstiftning var tillåtet för särskilda sysselsättningscentra i Spanien att delta i offentliga upphandlingsförfaranden för reserverade kontrakt, oberoende av om de agerade utan vinstsyfte eller var vinstorienterade till sin natur.[5] Den situationen ändrades när lag 9/2017 infördes.

[5] CONACEE har hänvisat till 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* (nationell lag 31/2015 om ändring och uppdatering av förordningar om verksamhet som egenföretagare och antagande av åtgärder för att främja och uppmuntra till oberoende arbete och social ekonomi) av den 9 september 2015.

16. Genom lag 9/2017 infördes en ny kategori så kallade ”särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ” och rätten att delta i upphandlingsförfaranden för reserverade kontrakt[6] enligt artikel 20 reserverades för dessa centra.

17. Förutom de krav som särskilda sysselsättningscentra var tvungna att uppfylla för att betraktas som sådana enligt tidigare lagstiftning, måste särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ vara organiserade som enheter utan vinstsyfte eller uppfylla vissa krav avseende ägandet och måste även återinvestera sina vinster antingen i sin egen verksamhet eller inom ramen för liknande verksamhet som drivs av särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ.

18. Enligt CONACEE innebär dessa ytterligare krav att en stor del av de spanska särskilda sysselsättningscentra utesluts från att delta i de spanska reserverade upphandlingsförfarandena, trots att de uppfyller kraven i artikel 20 i direktiv 2014/24.

19. Mot den bakgrunden väckte CONACEE talan mot beslutet av den 15 maj 2018 vid Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Överdomstolen i den autonoma regionen Baskien) och ifrågasatte beslutet av den 15 maj 2018 och gjorde i huvudsak gällande att det nya spanska systemet strider mot unionsrätten.

20. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida det nya systemet är förenligt med unionsrätten och särskilt med artikel 20 i direktiv 2014/24.

21. Mot denna bakgrund beslutade Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Överdomstolen i den autonoma regionen Baskien) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artikel 20 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling tolkas så, att den personkrets som omfattas av de reserverade kontrakt som avses i denna bestämmelse inte får begränsas med villkor som utesluter företag eller ekonomiska aktörer som styrker att de uppfyller kravet på att åtminstone 30 procent av deras arbetstagare är personer med funktionsnedsättning och syftet är social och yrkesmässig integration av dessa personer, genom fastställande av ytterligare krav relaterade till rättssubjekts bildande, natur, syfte, verksamhet, investeringar eller av annat slag?”

22. Skriftliga yttranden har inkommit från CONACEE, provinsmyndigheten Guipúzcoa, Konungariket Spanien och kommissionen.

23. Muntlig förhandling begärdes men ägde inte rum. EU-domstolen ställde två frågor till de berörda parter som avses i artikel 23 i stadgan för Europeiska unionens domstol för skriftligt svar, vilka besvarades skriftligen av CONACEE, Diputación Foral de Guipúzcoa, Konungariket Spanien och kommissionen.

III. Bedömning

24. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i detta direktiv eller andra unionsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling hindrar medlemsstaterna från att införa andra begränsningar eller krav för företag eller ekonomiska aktörer som kan delta i upphandlingsförfaranden för reserverade kontrakt enligt artikel 20 i

[6] Jag kommer att för enkelhetens skull hänvisa till förfaranden för offentlig upphandling av kontrakt som enligt artikel 20 i direktiv 2014/24 är reserverade som ”reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20”.

direktivet än dem som följer av denna artikel. Den hänskjutande domstolens betänkligheter avser bland annat, men inte uteslutande, ”ytterligare kriterier avseende bildandet av, arten av och målen för dessa organ [samt] deras verksamhet och investeringar”.

25. Jag har kommit fram till att mer talar för att artikel 20 i direktiv 2014/24 innehåller minimikrav som medlemsstaterna ska säkerställa att de tillåtna deltagarna[7] uppfyller, om medlemsstaterna väljer att använda sig av möjligheten att reservera kontrakt med stöd av denna artikel och att denna bestämmelse inte i sig hindrar medlemsstaterna från att uppställa ytterligare krav eller begränsningar för de tillåtna deltagarna, vare sig på ett allmänt plan eller för särskilda förfaranden för offentlig upphandling eller för enskilda delar av dessa. Medlemsstaterna är emellertid, när de utnyttjar den möjlighet att reservera kontrakt som föreskrivs i artikel 20, fortfarande skyldiga att iaktta bestämmelserna i direktiv 2014/24 och de allmänna unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, här i synnerhet artikel 18 i direktivet samt principerna om likabehandling och proportionalitet.

A. Inledande anmärkningar

26. Enligt artikel 4 i direktiv 2014/24 ska direktivet tillämpas på upphandlingar vars värde beräknas uppgå till minst vissa tröskelvärden som anges i denna artikel.[8] Upphandlingar som inte uppgår till dessa tröskelvärden omfattas inte av bestämmelserna i det direktivet. De måste emellertid överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, särskilt om fri rörlighet för varor samt de principer som följer därav. De ska även iaktta EUF-fördragets principer, särskilt bestämmelserna om fri rörlighet och de principer som följer därav, däribland principerna om likabehandling, ömsesidigt erkännande, icke-diskriminering och proportionalitet.[9]

27. Förevarande fall avser endast offentlig upphandling som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24. Det ska tilläggas att de faktiska omständigheterna i det nationella målet enbart tycks innefatta spanska aktörer och att de faktiska omständigheter med avseende på vilka den hänskjutande domstolen måste fatta beslut inte tycks innefatta något gränsöverskridande inslag.

28. Enligt artikel 20 i direktiv 2014/24 får medlemsstaterna reservera ”deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden” för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer med vissa särskilda ”främsta syfte[n]” eller föreskriva att kontrakten i fråga ”ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning”. Detta förutsätter att ”minst 30 % av arbetstagarna i sådana verkstäder, ekonomiska aktörer eller program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare”.

29. Spanien har utnyttjat denna möjlighet och har antagit lagstiftning rörande dess särskilda sysselsättningscentra varigenom ytterligare begränsningar införs vad gäller de ekonomiska aktörer som önskar att delta i spanska förfaranden för upphandling av reserverade kontrakt enligt artikel 20 som CONACEE har bestritt i det nationella målet. Enligt denna lagstiftning måste

[7] Jag kommer att hänvisa till de företag och ekonomiska aktörer som en medlemsstat tillåter att delta i förfarandet för upphandling av reserverade kontrakt enligt artikel 20 som ”tillåtna deltagare”.

[8] Tröskelvärdena ska revideras vartannat år i enlighet med artikel 6 i direktiv 2014/24. Offentliga kontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som är verksamma inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och som gäller dessa verksamheter omfattas av direktiv 2014/25/EU och allmänt inte av direktiv 2014/24. I artikel 4d föreskrivs ett betydligt högre tröskelvärde för offentliga tjänstekontrakt för vissa ”sociala och andra särskilda tjänster”. Dessa kontrakt omfattas av ett särskilt upphandlingssystem enligt avdelning III, kapitel I direktiv 2014/24.

[9] Se, för ett liknande resonemang, skäl 1 i direktiv 2014/24.

berörda enheter eller personer vara icke-vinstdrivande och de måste återinvestera eventuella vinster antingen i det särskilda sysselsättningscentrat i sig eller i ett annat liknande särskilt sysselsättningscentra.

30. Spanien har även fastställt en procentsats för anställning av missgynnade personer i särskilda sysselsättningscentra som är betydligt högre (70 procent) än det minimum som krävs enligt artikel 20 i direktiv 2014/24 (30 procent). Denna begränsning har inte ifrågasatts i målet vid den nationella domstolen. eventuellt därför att medlemmarna i CONACEE faktiskt uppfyller detta kriterium.

31. Andra medlemsstater har också antagit en lagstiftning som innehåller strängare begränsningar för de deltagare som tillåts att delta i deras förfaranden för upphandling av reserverade kontrakt enligt artikel 20 än de begränsningar som följer av ordalydelsen i direktiv 2014/24. [10]

B. Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning

32. I artikel 20 i direktiv 2014/24 föreskrivs ett antal kriterier för ”tillåtna deltagare” som ska vara uppfyllda, om en viss medlemsstat väljer att utnyttja möjligheten att använda sig av reserverade kontrakt i den mening som avses i artikel 20 [11] i sina upphandlingsförfaranden. Enligt artikel 20.1 krävs antingen (i) att de deltagare som har tillstånd att delta i dessa reserverade upphandlingsförfaranden ska tillhöra en av de två olika kategorier av deltagare, nämligen antingen ”skyddade verkstäder” eller ”ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer”, eller (ii) ”att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning.” Förevarande mål rör endast kategorin ”ekonomiska aktörer vars huvudsakliga syfte är social integration och yrkesmässig integration av funktionshindrade eller missgynnade personer” och eventuella ytterligare villkor för deltagande för den gruppen av ekonomiska aktörer, bortsett från de krav som uttryckligen framgår av direktivet.

33. Enligt artikel 20.1 i direktiv 2014/24 ska vidare minst 30% av de tillåtna deltagarnas anställda vara personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare.

34. Enligt artikel 20.2 i direktiv 2014/24 ska medlemsstaterna slutligen, när de utnyttjar möjligheten i artikel 20, uttryckligen hänvisa till denna artikel i anbudsinfordran. Detta krav är inte aktuellt i förevarande mål.

35. CONACEE har i huvudsak gjort gällande att ordalydelsen i artikel 20 i direktiv 2014/24 på ett uttömmande sätt beskriver de krav som ekonomiska aktörer måste uppfylla för att delta i de offentliga upphandlingsförfaranden som är reserverade enligt denna bestämmelse och att ekonomiska aktörer som uppfyller dessa kriterier således inte kan uteslutas från deltagande på grund av ytterligare krav, såsom kravet på icke-vinstdrivande syfte och det krav på återinvestering av vinst som uppställs i den aktuella spanska lagstiftningen.

[10] Kommissionen har i punkt 16 i sitt yttrande som exempel påpekat att Frankrike, Tjeckien och Kroatien alla har strängare krav vad gäller procentsatsen anställda med funktionsnedsättning eller missgynnade anställda och att Tjeckien i detta avseende endast beaktar funktionshindrade personer och inte andra missgynnade personer.

[11] För enkelhetens skull kommer jag att hänvisa till de kontrakt som tilldelats anbudsgivarna i enlighet med förfarandet för upphandling av reserverade kontrakt enligt artikel 20 som ”reserverade kontrakt i den mening som avses i artikel 20”.

36. Kommissionen har i huvudsak gjort gällande att medlemsstaterna har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet i sin nationella lagstiftning av vad som ska avses med uttrycket ”ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer”. [12]

37. Jag delar inte kommissionens uppfattning. Enligt domstolens fasta rättspraxis följer det av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten och av likhetsprincipen att en unionsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma dess betydelse och räckvidd normalt ska ges en oberoende och enhetlig tolkning inom hela unionen. Vid tolkningen ska inte bara dess lydelse beaktas, utan också sammanhanget och det mål som eftersträvas med den relevanta lagstiftningen. [13]

38. Jag anser därför inte att medlemsstaterna har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning att fastställa innebörden av begreppen i artikel 20 i direktiv 2014/24. Enligt min mening ska dessa begrepp tolkas på ett enhetligt sätt. Det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna kan ha vid genomförandet av artikel 20 i direktiv 2014/24 följer således inte av något utrymme för skönsmässig bedömning för var och en av dem att tillämpa deras egen tolkning av begreppen i direktivet.

39. Kraven i artikel 20 i direktiv 2014/24 kan snarare förstås antingen som *minimikrav* som den medlemsstaten måste uppställa för tillåtna deltagare för att medlemsstatens användning av förfaranden för upphandling av reserverade kontrakt enligt artikel 20 ska vara laglig eller, såsom CONACEE har hävdat, som en *uttömmande definition* av de kriterier som avgör vilka ekonomiska aktörer medlemsstaterna ska godta som tillåtna deltagare, om de väljer att använda sig av de reserverade upphandlingsförfaranden som avses i artikel 20.

40. Som jag kommer att redogöra för nedan förstås kraven i artikel 20 i direktiv 2014/24 enligt min mening bäst som minimikrav, som ger medlemsstaterna frihet att införa ytterligare begränsningar, genom att begränsa den krets av deltagare som tillåts att delta i deras reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20, med förbehåll för de begränsningar som föreskrivs i andra bestämmelser i direktiv 2014/24 och andra tillämpliga bestämmelser i unionsrätten på området för offentlig upphandling. Det är således inte artikel 20 i direktiv 2014/24 som kan begränsa medlemsstaternas möjlighet att föreskriva ytterligare krav för de tillåtna deltagarna, utan artikel 18 i det direktivet samt principerna om likabehandling och proportionalitet samt förbudet mot att på konstlad väg begränsa konkurrensen.

41. För det första finns det inget i ordalydelsen i artikel 20 i direktiv 2014/24 som innebär att alla ekonomiska aktörer som uppfyller kraven i denna artikel måste tillåtas att delta i ett visst förfarande för offentlig upphandling som genomförs av en medlemsstat av reserverade kontrakt enligt artikel 20.

42. Tvärtom har medlemsstaterna enligt artikel 20 i direktiv 2014/24 en möjlighet, som de kan välja att utnyttja eller inte, och i denna bestämmelse fastställs de villkor som en medlemsstat måste iaktta om den väljer att använda sig av möjligheten i denna artikel. I dessa villkor anges i allmänna och specifika termer de typer av företag eller ekonomiska aktörer för vilka

[12] Punkt 14 i kommissionens skriftliga yttrande: ” … [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*” (”Medlemsstaterna har rätt att i deras lagstiftning ange vad som avses med uttrycket ”ekonomiska aktörer vars **främsta syfte** är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer”).

[13] Dom av den 4 juni 2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, punkt 24).

medlemsstaterna får reservera upphandlingsförfaranden och fastställa en minimiandel avseende personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare som är anställda vid dessa företag eller ekonomiska aktörer.

43. För det andra ska, såsom anges i skäl 36 i direktiv 2014/24 och skäl 28 i direktiv 2004/18, syftet med införandet av artikel 20 i direktiv 2014/24 och den föregående bestämmelsen, det vill säga artikel 19 i direktiv 2004/18, i de båda direktiven förstås mot bakgrund av ”att garantera lika möjligheter för alla”, eftersom anställning och sysselsättning är ”av största vikt” för detta syfte. Enligt artikel 20 i direktiv 2014/24 (och den bestämmelse som föregick denna, artikel 19 i direktiv 2004/18) får medlemsstaterna således eftersträva mål på det sysselsättnings- och socialpolitiska området med hjälp av instrument för offentlig upphandling.

44. Det ska erinras om att medlemsstaterna har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende, inte bara vid valet av vilket konkret mål, bland flera social- och arbetsmarknadspolitiska mål,[14] som ska eftersträvas, utan även vid fastställandet av vilka åtgärder som är lämpliga för att uppnå detta mål.[15] Med beaktande av syftet med artikel 20 i direktiv 2014/24 anser jag att definitionen av tillåtna deltagare först och främst hänför sig till social- och arbetsmarknadspolitiska mål inom ramen för vilka medlemsstaterna har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning.

45. Det ska även preciseras att även om artikel 20 i egenskap av undantag från de allmänna bestämmelserna om förfaranden för offentlig upphandling inom ramen för direktiv 2014/24 ska tolkas restriktivt, är denna tolkningsprincip enligt min mening logiskt tillämplig på *omfattningen* av undantaget från vanliga upphandlingsförfaranden vad gäller den del av marknaden som avses (som inte är i fråga i förevarande mål och som under alla omständigheter inte omfattas av några uttryckliga begränsningar i direktiv 2014/24 på vilka en strikt eller snäv tolkning skulle kunna vara tillämplig) och *betydelsen* av undantaget i fråga om omfattningen av de bestämmelser från vilka upphandlingsförfaranden är undantagna. Det ska inte tillämpas på så sätt att bredaste möjliga krets av tillåtna deltagare krävs för alla reserverade upphandlingsförfaranden som avses i artikel 20. När en del av marknaden för offentlig upphandling har avskilts från den normala marknaden och reserverats för ekonomiska aktörer som förmodligen inte är konkurrenskraftiga på grund av de betydande samhälleliga fördelar som de tillhandahåller, ser jag ingen riktig nytta för principerna om marknadsekonomi, konkurrens eller likabehandling av att vidhålla att kretsen tillåtna deltagare (som antas vara konkurrenskraftiga) fastställs så vitt som möjligt. Ur ett marknadsekonomiskt perspektiv är enligt min mening omfattningen av undantaget av betydelse, medan avgränsningen av kretsen av förmånstagare ska betraktas som en fråga – och ett instrument – om social- och arbetsmarknadspolitiska mål, som omfattas av medlemsstaternas stora utrymme för skönsmässig bedömning.

46. En bokstavlig och teleologisk tolkning av artikel 20 i direktiv 2014/24 stöder således enligt min mening uppfattningen att medlemsstaterna enligt denna artikel *inte* är skyldiga att godta deltagandet av varje ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna i denna artikel i deras reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20. Varje ytterligare begränsning ska emellertid uppfylla kraven i artikel 18 i direktiv 2014/24 och andra tillämpliga bestämmelser eller principer i unionsrätten på området för offentlig upphandling.

[14] Detta motsvarar unionslagstiftarens beslut enligt vilken medlemsstaterna kan välja att använda sig av förfaranden för upphandling av reserverade kontrakt enligt artikel 20.

[15] Dom av den 19 september 2018, Bedi (C-312/17, EU:C:2018:734, punkt 59 och där angiven rättspraxis).

47. Denna slutsats stöds även av bakgrunden till artikel 20 i direktiv 2014/24 och dess föregående bestämmelse, nämligen artikel 19 i direktiv 2004/18, genom vilka begreppet ”reserverade kontrakt” infördes i direktiven om offentlig upphandling. [16]

48. Artikel 20 i direktiv 2014/24 och den bestämmelse som föregick denna bestämmelse tillåter eller tillät medlemsstaterna att reservera deltagandet i förfaranden för offentlig upphandling eller vissa delar av dessa, eftersom de berörda verkstäderna eller sociala företagen inte kan erhålla kontrakt under normala konkurrensförhållanden. Det underliggande antagandet består i att anställningen av de förmånstagare som slutligen omfattas av reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20, nämligen personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, vars sociala och yrkesmässiga integration måste vara det främsta syftet för de ekonomiska aktörer som medlemsstaten i fråga godtar som tillåtna deltagare, är eller kan vara ekonomiskt ofördelaktig för de ekonomiska aktörerna i fråga i den mån de inte kan förväntas konkurrera på normala marknadsvillkor. Medlemsstaterna kan således, med förbehåll för vissa garantier och begränsningar, inrätta ett skyddat område för offentliga upphandlingskontrakt där dessa aktörer endast konkurrerar med andra aktörer under jämförbara förhållanden.

49. Det framgår redan vid den isolerade bedömningen av artikel 20 i direktiv 2014/24 att verkligt lika villkor, eller nästan lika villkor mellan dessa aktörer endast kan uppnås genom att de grova drag som föreskrivs i denna bestämmelse i direktivet detaljeras. Om det medges att dessa ekonomiska aktörer inte kan konkurrera på normala marknadsvillkor på grund av sina betydande sociala bidrag, ska det även medges att orden ”personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare” omfattar mycket olika grupper av personer och att individer inom varje undergrupp till dessa grupper kommer att variera avsevärt beroende på deras kapacitet och potentiella produktivitet. En ekonomisk aktör som försöker hjälpa till att exempelvis integrera en person som är långtidsarbetslös skulle således stå inför mycket annorlunda utmaningar än en ekonomisk aktör som försöker hjälpa till att integrera en person med permanent funktionshinder som, återigen enbart som ett exempel, är blind. Med beaktande av detta syfte och det syfte som anges i skäl 36 i direktiv 2014/24, nämligen att ”garantera lika möjligheter för alla”, anser jag att syftet med artikel 20 i direktiv 2014/24 bäst kan uppnås genom att medlemsstaterna möjliggörs att uppställa mer detaljerade krav för deltagande i deras upphandlingsförfaranden enligt artikel 20 i direktivet.

50. Detta blir än tydligare om artikel 20 i direktiv 2014/24 bedöms mot bakgrund av den bestämmelse som föregick denna bestämmelse, nämligen artikel 19 i direktiv 2004/18. I artikel 19 i direktiv 2004/18 föreskrevs betydligt strängare krav avseende de anställda hos de deltagare som tillåtits delta i reserverade upphandlingsförfaranden, enligt vilka det krävdes att de flesta arbetstagare skulle vara ”personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte [kunde] utöva yrkesverksamhet på normala villkor”, och ribban lades således betydligt högre både i fråga om den lägsta andelen arbetstagare med funktionshinder och i fråga om funktionshindrets svårighet eller art.

[16] Direktiv 2014/24 antogs tillsammans med Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243), vars artiklar 24 och 38 nästan ordagrant är identiska med artikel 20 i direktiv 2014/24. Direktiv 2004/18 antogs tillsammans med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1), vars artikel 28 nästan ordagrant är identisk med artikel 19 i direktiv 2004/18.

51. När tillämpningsområdet med avseende på person (ratione personae) för reserverade kontrakt enligt artikel 20 utvidgades genom direktiv 2014/24, var unionslagstiftarens avsikt uppenbarligen inte att skapa en ”kapplöpning mot botten” där sociala företag som enligt de nya lättade kraven anställer en mindre andel berörda personer, skulle konkurrera ut sociala företag som uppfyller de hårdare krav som gällde enligt den lagstiftning som gällde tidigare för förfarande för upphandling av reserverade kontrakt enligt artikel 20. Med beaktande av det antagande som ligger till grund för skäl 36 i direktiv 2014/24 och skäl 28 i direktiv 2004/18, i vilka motiveringen för reserverade kontrakt beskrivs, nämligen att aktörerna i fråga eventuellt inte kan konkurrera på normala marknadsvillkor, skulle emellertid det resultat som förväntas, om varje ekonomisk aktör som enbart anställer 30 procent mindre berörda personer skulle tillåtas konkurrera på lika villkor med aktörer som uppfyller de tidigare mycket strängare kraven, vara följande. De ekonomiska aktörer som uppfyller de tidigare strängare kraven skulle vara tvungna att avskeda de minst produktiva och förmodligen mest behövande arbetstagarna till 30 procentsgränsen, eller så skulle de stå inför utsikterna att förlora de reserverade upphandlingsförfaranden som syftar till att gynna dem i förhållande till ekonomiska aktörer som enbart har mycket lättare socialt ansvar.

52. Det ska understrykas att denna bedömning inte gör det möjligt för medlemsstaterna att godtyckligt utesluta ekonomiska aktörer från deras upphandlingsförfaranden enligt artikel 20 och påverkar inte lagenligheten av att alla ”vinstorienterade” särskilda sysselsättningscentra i ett svep utesluts från spanska upphandlingsförfaranden enligt artikel 20. Denna fråga ska snarare avgöras huvudsakligen enligt de normer och principer som anges i artikel 18 i direktiv 2014/24.

C. Gränser för medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning

1. Tillämpning av artikel 18 i direktiv 2014/24

53. Det står inte medlemsstaterna fritt att godtyckligt uppställa krav på de deltagare som tillåts att delta i deras reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20. Tvärtom måste de reserverade upphandlingsförfaranden som avses i artikel 20 fortsätta att omfattas av bestämmelserna i direktiv 2014/24, inbegripet artikel 18, och andra ytterligare krav som ställs, därför vara förenliga med artikel 18 och de principer som denna bestämmelse innehåller.

54. Denna slutsats stöds av ordalydelsen i artikel 20 i direktiv 2014/24, som inte antyder att reserverade kontrakt ska undantas från övriga bestämmelser i direktivet och av placeringen av denna artikel i kapitel II, med rubriken ”Allmänna bestämmelser”, i avdelning I, och inte i avsnitt 3, med rubriken ”Undantag” i avdelning I, kapitel I, som utgör den naturliga placeringen av en bestämmelse om undantag från tillämpning av direktivet.

55. Det framgår dessutom av bakgrunden till den bestämmelse som föregick artikel 20 i direktiv 2014/24, nämligen artikel 19 i direktiv 2004/18, att syftet inte var att reserverade upphandlingsförfaranden skulle undantas från tillämpningen av övriga bestämmelser i detta direktiv.

56. Artikel 19 i direktiv 2004/18, genom vilken begreppet ”reserverade kontrakt” tillsammans med artikel 28 i direktiv 2004/17 infördes i EU:s lagstiftning om offentlig upphandling, fanns inte med i kommissionens ursprungliga förslag till det direktivet. Den har sitt ursprung i ändring nr 9 i yttrandet från Europaparlamentets utskott för industri, utrikeshandel, forskning och energi av den 29 juni 2001 om förslaget till direktiv, vilket i sin ursprungliga lydelse helt uteslöt ett

”offentligt kontrakt om varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten ” som tilldelats ”program för skyddad anställning ” från tillämpningsområdet för direktiv 2004/18. [17]

57. Detta ändringsförslag ändrades flera gånger och flera motiveringar gavs för de olika föreslagna lydelserna av bestämmelsen innan den antog sin slutliga version, i synnerhet som artikel 19 i direktiv 2004/18. I kommissionens synpunkter på versionen av den föreslagna bestämmelsen i det ”ändrade förslaget” som ingavs den 6 maj 2002 [18] klargörs att ”möjligheten att förbehålla vissa upphandlingar inte medför undantag från att tillämpa de andra bestämmelserna i direktivet om offentlig upphandling.” Detta återspeglas även i den text i direktiv 2004/18 som antogs, enligt vilken de aktuella kontrakten inte (såsom i det ursprungliga ändringsförslaget), är undantagna från tillämpningen av direktiv 2004/18, utan det föreskrivs endast att deltagandet i offentliga förfaranden för upphandling av dessa kontrakt kan reserveras för dessa verkstäder. De olika etapperna i det lagstiftningsförfarande som ledde fram till den slutliga versionen av artikel 19 i direktiv 2004/18 visar dessutom på en klar avsikt i lagstiftningen att ”reserverade kontrakt” ska fortsätta att vara föremål för konkurrens inom unionen, i enlighet med de återstående bestämmelserna i direktiv 2004/18 och ”relevanta bestämmelser i fördraget”. [19]

58. I de olika skäl som anges för införandet av denna nya bestämmelse i olika skeden av lagstiftningsprocessen och i skäl 28 i det slutgiltiga direktivet preciseras att syftet med artikel 18 i direktiv 2004/18 var att verkstäderna och anställningsprogrammen i fråga kanske inte skulle kunna ”ingå kontrakt på normala konkurrensvillkor”. Dessa verkstäder och anställningsprogram ”bidrar” enligt skäl 1 ”effektivt till att människor med funktionshinder kan komma in på eller återvända till arbetsmarknaden”. I detta skäl preciseras i detta sammanhang även att ”[s]ysselsättning och arbete är grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla”.

59. Det framgår således av bakgrunden till artikel 19 i direktiv 2004/18 och av skäl 28 i detta direktiv att syftet med denna bestämmelse var att göra det möjligt för medlemsstaterna att använda sig av upphandlingsförfaranden för reserverade kontrakt för att tilldela vissa tillåtna aktörer kontrakt som de inte hade kunnat ingå på normala marknadsvillkor och att motiveringen för denna förmånliga behandling var att effektivt bidra till att integrera eller återintegrera de som slutligen skulle gynnas genom detta program, nämligen, vad avser artikel 19 i direktiv 2004/18, ”personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor”. Detta syfte ingick i det överordnade syftet att

[17] Yttrande från utskottet för rättsliga frågor och den inre marknaden om förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader (KOM(2000) 275 – C5–0367/2000 – 2000/0115(COD)), som finns tillgänglig på https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5–2001–0378+0+DOC+XML+V0//EN (senast besökt den 23 mars 2021).

[18] Ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader, KOM(2002) 236 – slutlig 2000/0115(COD), ändring nr 36.

[19] Se till exempel det ursprungliga ändringsförslaget nr 9 och den senare motiveringen till kompromissändringförslag nr 29 av A. P. Vallelersundi, nedan fotnot 20. En sammanställning av bakgrunden till artikel 19 i direktiv 2004/18 återfinns i Hebly, Jan M., European Public Procurement – Legislative History of the ’Classic’ Directive 2004/18/EC, s. 603 och följande sidor.

”garantera lika möjligheter för alla”. De reserverade kontrakten skulle användas med beaktande av alla övriga bestämmelser i direktiv 2004/18, varvid den gränsöverskridande konkurrensen i fråga om de reserverade kontrakten särskilt avsågs. [20]

60. Genom direktiv 2014/24 har bestämmelserna om ”reserverade kontrakt” ändrats på flera punkter. [21] I artikel 20 i direktiv 2014/24 återges och utvidgas således den möjlighet som medlemsstaterna ursprungligen gavs i artikel 19 i direktiv 2004/18, nämligen att reservera rätten att delta i offentliga upphandlingsförfaranden för vissa aktörer. Jämfört med artikel 19 i direktiv 2004/18 innebär artikel 20 i direktiv 2014/24 nämligen en väsentlig utvidgning av kretsen aktörer som kan godtas som tillåtna deltagare i förfaranden för offentlig upphandling av reserverade kontrakt. Det finns emellertid inget i dessa ändringar som tyder på att unionslagstiftaren hade för avsikt att undanta förfaranden för upphandling av reserverade kontrakt som avses i artikel 20 från tillämpningen av övriga delar av direktiv 2014/24 eller att den avsåg att minska det sociala ansvaret som enskilda tillåtna deltagarna hade. Tvärtom utvidgas den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse endast genom att det blir möjligt för fler aktörer att kvalificeras som tillåtna deltagare, förmodligen i syfte att utvidga användningen av detta socialpolitiska och sysselsättningspolitiska verktyg i syfte att få en större och mer brett definierad grupp av personer som slutgiltigt omfattas av bestämmelsen (personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer).

61. Bakgrunden till direktiv 2014/24 ger i sig endast lite vägledning om tolkningen av artikel 20 i direktivet. Europeiska ekonomiska och sociala kommittén föreslog i sitt yttrande över ”Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling” (KOM(2011) 896 slutlig) vissa ändringar som inte antogs, bland annat kravet på att ”skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer vars främsta mål är att främja funktionshindrade eller missgynnade arbetstagares integration i samhället och arbetslivet huvudsakligen bör stödjas av de enheter utan vinstintresse som engagerar sig i dessa”, vilket enligt dess uppfattning i än högre grad skulle motivera att de på detta sätt ges en förmånlig tillgång till stöd från myndigheterna. [22]

2. Allmänna anmärkningar avseende artikel 18 i direktiv 2014/24

62. I artikel 18 i direktiv 2014/24, med rubriken ”Principer för upphandling”, föreskrivs i punkt 1 första stycket att de upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett ”proportionerligt sätt”. Det rör sig i huvudsak om en upprepning av principerna om likabehandling och proportionalitet, vilka skulle

[20] Se motiveringen till kompromissändringsförslag nr 29 av A. P. Vallelersundiavseende den föreslagna ändringen av lydelsen från att undanta kontrakt som tilldelas skyddade verkstäder och skyddad anställning till begreppet att reservera kontrakt för dem: ”Det är också nödvändigt att säkerställa att kontrakt av den typen … kan tilldelas sådana verkstäder överallt inom [unionen] och inte kan förvandlas till ett ytterligare medel för att gynna regionala eller lokala anbudsgivare.” Denna åsikt företräds implicit i kommissionens synpunkter på ändringsförslag nr 36 i det ändrade förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader, (KOM(2002) 236 slutlig – 2000/0115(COD), EGT C 203E, 2002, s. 210): ”Detta ändringsförslag kan godtas om det ändras så att det blir tydligare att möjligheten att förbehålla vissa upphandlingar inte medför undantag från att tillämpa de andra bestämmelserna i direktivet om offentlig upphandling.”

[21] I direktiv 2014/24 infördes, förutom de ändringar som anges i artikel 20, under avdelning III, ”Särskilda upphandlingssystem” i kapitel I, ”Sociala tjänster och andra särskilda tjänster” (artiklarna 74–77), en annan typ av reserverade kontrakt som var förbehållen vissa hälsovårdstjänster samt sociala tjänster och kulturella tjänster. Detta system är annorlunda och skiljer sig från de bestämmelser som är i fråga i förevarande mål, men det är möjligt att den spanska lagstiftaren har låtit sig inspireras av artikel 77.2 b som en modell för kravet på ”återinvestering av vinster” i den spanska lagstiftningen.

[22] Punkterna 4.10 och 4.11 i yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster” KOM (2011) 895 slutlig – 2011/0439 (COD), förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling KOM (2011) 896 slutlig – 2011/0438 (COD) och ”förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner” KOM (2011) 897 slutlig – 2011/0437 (COD) (EUT C 191, 2012, s. 84).

vara tillämpliga även utan ovannämnda bestämmelse.[23] I artikel 18.1 andra stycket föreskrivs att ”[u]pphandlingen … inte [får] utformas i syfte att … på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer”. Även om omständigheterna i målet vid den nationella domstolen enbart förefaller avse spanska aktörer, ska det hållas i åtanke att direktiv 2014/24 utvidgar principerna om likabehandling av anbudsgivare, proportionalitet och icke snedvriden konkurrens till inhemska situationer.[24]

63. I målet vid den nationella domstolen har Spanien antagit lagstiftning som förefaller utesluta en stor del av en särskild sektor, nämligen ”vinstorienterade” särskilda sysselsättningscentra *en bloc*, från den medlemsstatens reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20. Enligt denna lagstiftning är dessa kontrakt dessutom uteslutande reserverade för en annan undergrupp till de särskilda arbetscentrumen, nämligen ”särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ”, och utesluter vad som förefaller utgöra en betydande mängd offentliga upphandlingskontrakt för reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20.

64. Detta ger upphov till ganska uppenbara frågor när det gäller förenligheten med principerna om likabehandling och proportionalitet samt förbudet mot en konkurrens som begränsats på ett konstgjort sätt.

3. Artikel 18 i direktiv 2014/24 och principen om likabehandling

65. Enligt fast rättspraxis ingår principen om likabehandling bland de grundläggande principerna i unionsrätten,[25] vilken medlemsstaterna ska iaktta när de fattar beslut inom unionsrättens tillämpningsområde. Denna princip, som ingår bland de grundläggande rättigheter vars efterlevnad domstolen ska säkerställa,[26] kräver att lika eller jämförbara situationer inte behandlas olika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.[27] Då principen om likabehandling är en allmän unionsrättslig princip, är medlemsstaterna bundna av denna när de genomför unionsrättsliga bestämmelser. Medlemsstaterna är således skyldiga att i den utsträckning det är möjligt tillämpa dessa bestämmelser i enlighet med de krav som följer av skyddet för de grundläggande rättigheterna i unionens rättsordning.[28]

66. På det unionsrättsliga området för offentlig upphandling har principen om likabehandling kommit till särskilt uttryck i principen om likabehandling av anbudsgivare, vilken kräver att dessa ges samma möjligheter när de utformar sina anbud.[29] Såsom generaladvokaten Bot påpekade i sitt

[23] Denna bestämmelse utgör en utvidgning av den föregående bestämmelsen, nämligen artikel 2 i direktiv 2004/18, enligt vilken det endast krävdes en likabehandling och icke-diskriminerande behandling av ekonomiska aktörer samt insyn, men där det inte nämndes något om proportionalitet.

[24] Se, i detta hänseende, förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet *Grupo Hospitalario Quirón* (C-552/13, EU:C:2015:394, punkt 40 och följande punkter) angående artikel 23.2 i direktiv 2004/18 rörande rättvis tillgång för anbudsgivare och avsaknad av omotiverade hinder för konkurrensen med avseende på tekniska specifikationer.

[25] Dom av den 19 oktober 1977, Ruckdeschel m.fl. (117/76 och 16/77, EU:C:1977:160, punkt 7), dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique och Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, punkt 23), och dom av den 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punkt 85).

[26] Dom av den 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, punkt 32), och dom av den 17 januari 2008, Velasco Navarro (C-246/06, EU:C:2008:19, punkt 32).

[27] Dom av den 25 november 1986, Klensch m.fl. (201/85 och 202/85, EU:C:1986:439, punkt 9), dom av den 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, punkt 32 och där angiven rättspraxis), och dom av den 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punkt 85).

[28] Dom av den 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, punkt 30). Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet Wall (C-91/08, EU:C:2009/659, punkterna 35 och 36).

[29] Dom av den 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 36).

förslag till avgörande i målet Wall [30] är syftet med principen om likabehandling av anbudsgivare att främja en sund och effektiv konkurrens mellan de företag som deltar i en offentlig upphandling. Iakttagandet av denna princip måste möjliggöra att en objektiv jämförelse av anbuden garanteras och ska göras i varje skede i förfarandet. Med andra ord, alla potentiella anbudsgivare ska känna till spelreglerna och dessa ska tillämpas på samma sätt för alla.

67. Det är således tillåtet att utesluta en grupp potentiella anbudsgivare från en medlemsstats reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20 till förmån för en annan grupp anbudsgivare, såsom skett i den spanska lagstiftningen, enligt vilken ”vinstorienterade” särskilda sysselsättningscentra uteslutits till förmån för särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ, endast om de två grupperna av potentiella anbudsgivare inte befinner sig i liknande eller jämförbara situationer eller om det finns sakliga skäl för skillnaden i behandling.

68. Det ankommer på den hänskjutande domstolen, som ensam är behörig att bedöma de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, att pröva huruvida de ”vinstorienterade” särskilda sysselsättningscentra och de särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ befinner sig i lika eller jämförbara situationer och/eller om det finns sakliga skäl för skillnaden i behandling. Det förefaller som om de ”vinstorienterade” särskilda sysselsättningscentra tidigare har utfört och för närvarande utför samma samhällsfunktioner som krävs av särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ. Vid ett första påseende framstår det således inte som orimligt att anse att dessa två grupper av särskilda sysselsättningscentra befinner sig i en liknande eller jämförbar situation vad gäller deras förmåga att bidra till social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer. Samtidigt finns det skillnader vad gäller organisationen av ”vinstorienterade” särskilda sysselsättningscentra och särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ, bland annat vad gäller huruvida de sistnämnda är av icke-vinstdrivande art och villkoret att vinsterna ska återinvesteras, vilket skulle kunna ge stöd åt slutsatsen att de två grupperna av enheter inte befinner sig i liknande eller jämförbara situationer eller att varje skillnad i behandling är objektivt motiverad. Det rör sig slutligen om en bedömning som innebär en tolkning av tillämplig spansk rätt, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att genomföra.

4. Artikel 18 i direktiv 2014/24 och proportionalitetsprincipen

69. Såsom domstolen har angett i sin rättspraxis syftar nationell lagstiftning om offentlig upphandling i allmänhet till att säkerställa likabehandling av anbudsgivare. I enlighet med proportionalitetsprincipen får en sådan lagstiftning inte gå utöver vad som är nödvändigt för att nå det eftersträvade målet. [31]

70. När medlemsstaterna antar nationell lagstiftning för genomförande av artikel 20 i direktiv 2014/24 och förbehåller dem som tillhandahåller skyddad anställning ”reserverade kontrakt” i offentliga upphandlingsförfaranden, har denna lagstiftning åtminstone ett dubbelt syfte, nämligen likabehandling av de anbudsgivare som anges i föregående punkt och det social- och sysselsättningspolitiska målet att göra reserverade kontrakt tillgängliga för dem som tillhandahåller skyddad anställning.

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

[31] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 februari 2018, Lloyd’s of London (C-144/17, EU:C:2018:78, punkt 32), dom av den 2 maj 2019, Lavorgna (C-309/18, EU:C:2019:350, punkt 24 och där angiven rättspraxis), dom av den 30 januari 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 45), och dom av den 14 maj 2020, T-Systems Magyarország (C-263/19, EU:C:2020:373, punkt 71).

71. Såsom med avseende på principen om likabehandling ankommer det på den hänskjutande domstolen, som ensam är behörig att pröva de faktiska omständigheterna i det nationella målet, att pröva huruvida införandet av ytterligare krav verkligen är ett lämpligt medel för att uppnå de legitima mål som medlemsstaten eftersträvar med att bäst uppnå de sociala målen för integration eller återintegration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer, och, om så är fallet, huruvida dessa krav går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål.

72. Jag anser att ett krav på att deltagarna i ett reserverat upphandlingsförfarande enligt artikel 20 ska organiseras som eller innehas av en enhet utan vinstsyfte och att de måste återinvestera vinst som genereras av reserverade kontrakt enligt artikel 20, kan anses vara ett lämpligt medel för att främja det legitima målet att främja social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer. Inget av dessa krav saknar emellertid samband med villkoret i artikel 20.1, enligt vilket det ”främsta syftet” med de tillåtna ekonomiska aktörerna (som inte är ”skyddade verkstäder”) ska vara ”social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer”. Ett av målen för en vinstorienterad enhet är i allmänhet att generera vinst för sina ägare. Det är i princip inte orimligt att anse att detta avleder uppmärksamheten på det sociala syftet. Kravet på att den tillåtna deltagaren inte ska ha något vinstsyfte eller ska innehas av en enhet som inte ska ha något vinstsyfte förefaller således eftersträva ett legitimt mål. Kravet på att vinsterna ska återinvesteras i samma eller liknande sociala företag vars syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, tjänar till och med tydligare detta syfte och med hänsyn till den inneboende överföring av allmänna medel som kan förutses inom ramen för reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20 (eftersom själva syftet med denna bestämmelse är att de tillåtna deltagarna inte kan konkurrera med varandra under normala pris- och kvalitetsvillkor i sig innebär att upphandlande myndigheter kan betala ett överpris för de inköp som görs inom ramen för reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20), framstår det som särskilt lämpligt att återinvestera den därmed förenade vinsten till förmån för relevanta sociala mål.

73. Anställningskravet på 70 procent i den spanska lagstiftningen bidrar uppenbarligen också till att uppnå det slutliga mål som eftersträvas med reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20, nämligen ”social och yrkesmässig integration eller återintegration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer”. [32]

74. Dessa krav är således enligt min mening ägnade att uppnå det eftersträvade målet. Kravet på att särskilda sysselsättningscentra ska ha en viss rättslig form av en enhet utan vinstsyfte eller uppfylla kraven på äganderätt i fråga förefaller enligt min mening emellertid gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål. Det är svårt att se hur uteslutandet av en stor undergrupp av ekonomiska aktörer som tidigare har eftersträvat, nu eftersträvar och som i framtiden avser att eftersträva exakt dessa sociala mål och gynna denna del av befolkningen, enbart på grund av den rättsliga form i vilken dessa ekonomiska aktörer bildas eller på grund av deras slutliga ägares rättsliga form, inte skulle gå utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att det legitima målet att främja social och yrkesmässig integration eller återintegration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer, uppnås. Detta gäller i än högre grad om kravet på återinvestering av vinst bibehålls.

[32] Skäl 36 i direktiv 2014/24.

75. Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning anser jag således att de krav avseende den rättsliga formen eller äganderätten av de ekonomiska aktörerna som har godtagits som tillåtna deltagare i en medlemsstats reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20, såsom de spanska krav som är i fråga i det nationella målet, strider mot proportionalitetsprincipen.

5. Artikel 18 i direktiv 2014/24 och förbudet mot att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen

76. Enligt artikel 18.1 andra stycket i direktiv 2014/24 får en upphandling inte utformas i syfte att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsad på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformats i syfte att på ett otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.

77. Det är uppenbart att särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ gynnas av den ifrågavarande spanska lagstiftningen och att vinstorienterade särskilda sysselsättningscentra missgynnas. Det är även uppenbart att detta är avsikten. Enligt artikel 18.1 andra stycket i direktiv 2014/24 är emellertid inte varje avsiktligt gynnande eller missgynnande förbjudet. Förbudet är enbart tillämpligt när syftet är att ”på ett otillbörligt sätt” favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.

78. Domstolen har ännu inte klargjort betydelsen av ”på ett otillbörligt sätt” (eller ”på ett konstgjort sätt”) i samband med artikel 18 i direktiv 2014/24. Principen om likabehandling och proportionalitetsprincipen kan emellertid ge viss vägledning vid tolkningen av dessa uttryck. Även om begreppen ”likabehandling” och ”konkurrens som begränsas på ett icke-konstgjort sätt” uppenbarligen skiljer sig från varandra, innebär ”favorisering” eller ”missgynnande” av vissa ekonomiska aktörer i förhållande till andra ekonomiska aktörer en skillnad i behandling. Det är svårt att tänka på en ”favorisering” eller ett ”missgynnande” som sker ”på ett otillbörligt sätt” och som samtidigt är ”objektivt motiverat” eller tvärtom, och de två skilda begreppen tycks således i viss mån överlappa varandra. På samma sätt är det, när det gäller förhållandet mellan konkurrens som begränsats på ett konstgjort sätt och proportionalitet, svårt att tänka sig en favorisering eller ett missgynnande av vissa ekonomiska aktörer i förhållande till andra, som ”på ett tillbörligt sätt” går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de eftersträvade legitima målen. Konkurrens som begränsats på ett konstgjort sätt förefaller således även i viss mån överlappa åsidosättandet av proportionalitetsprincipen.

79. Det kan förefalla lockande att definiera begreppet ”begränsa konkurrensen på ett konstgjort sätt” enbart med hänvisning till de två principer som nämns i föregående punkt. Det skulle emellertid vara överflödigt att införa förbudet mot att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen i artikel 18.1 andra stycket om det endast skulle omfatta beteenden som redan är förbjudna enligt principerna om likabehandling och proportionalitet. Förbudet mot att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen bör därför enligt min mening ges en vidare räckvidd än så.

80. Såsom redan har angetts i samband med proportionalitetsbedömningen i punkt 74 ovan, tycks den begränsning av konkurrensen som följer av att särskilda sysselsättningscentra med sociala initiativ utesluts från spanska reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20 inte stå i proportion till ett legitimt mål, vad gäller kravet på att de aktuella ekonomiska aktörerna ska ha formen av enheter utan vinstsyfte eller slutligen innehas eller delvis innehas av enheter utan vinstsyfte. Oavsett den exakta räckvidden av förbudet mot att på ett konstgjort sätt begränsa

konkurrensen tycks detta krav enligt min mening ha åsidosatt det. Det ankommer emellertid slutligen på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida det i det mål som anhängiggjorts vid den finns en avsikt att på ett otillbörligt sätt gynna och/eller missgynna.

81. När det gäller kravet på återinvestering av vinster kan detta enligt min mening eventuellt betraktas som en konstlad begränsning av konkurrensen, även om min bedömning att detta krav kan uppfylla principerna om likabehandling och proportionalitet godtas. Om detta krav inte bara har införts för att tjäna det legitima målet att främja social och yrkesmässig integration eller återintegration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer, utan samtidigt även avsiktligen har utformats för att gynna en grupp potentiella anbudsgivare i förhållande till en annan grupp av skäl som inte har något samband med det legitima mål som eftersträvas, [33] anser jag att det på ett otillbörligt sätt ska anses gynna och missgynna respektive grupp och på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida så kan vara fallet.

IV. Förslag till avgörande

82. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den hänskjutande domstolens fråga enligt följande:

Artikel 20 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling utgör inte hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken rätten att delta i offentliga förfaranden för upphandling av reserverade kontrakt enligt denna artikel är underkastad ytterligare villkor utöver dem som föreskrivs i denna artikel.

Sådana ytterligare villkor måste emellertid uppfylla alla tillämpliga krav i unionsrätten, inbegripet artikel 18 i direktiv 2014/24 samt principerna om likabehandling och proportionalitet, och dessa villkor får inte på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen.

Ett krav på att endast ekonomiska aktörer som är enheter utan vinstsyfte eller som ägs eller delvis ägs av enheter utan vinstsyfte kan delta i förfaranden för upphandling av reserverade kontrakt förefaller vid första anblicken gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det legitima målet att främja social och yrkesmässig integration eller återintegration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer.

En avsiktlig uteslutning av ett stort antal ekonomiska aktörer av skäl som saknar samband med det legitima målet att främja social och yrkesmässig integration eller återintegration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer framstår vid första anblicken begränsa konkurrensen på ett konstgjort sätt.

[33] Sådana skäl kan, som ett exempel, följa av en ideologisk eller politisk önskan att främja en grupp eller en viss form av företag i förhållande till ett annat.