

**Zaak C-213/21****Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

6 april 2021

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

18 januari 2021

**Verzoekster en appellante:**

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

**Verweerster en geïntimeerde:**

Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Hoger beroep tegen het vonnis van de Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (bestuursrechter van eerste aanleg Apulië, Italië; hierna: „TAR”) waarbij het beroep is verworpen dat verzoekster had ingesteld tegen handelingen van de digitale openbare procedure die verweerster had uitgeschreven voor de gunning bij overeenkomst van de ambulancedienst „118” op het grondgebied dat onder de bevoegdheid van verweerster valt, en tegen het besluit van de Giunta regionale della Puglia (regionale raad van Apulië, Italië) volgens hetwelk deze overheidsopdracht bij overeenkomst uitsluitend kan worden gegund aan vrijwilligersverenigingen en niet aan andere non-profitorganisaties, waaronder met name sociale coöperaties als verzoekster.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Uitlegging van artikel 10, onder h), en overweging 28 van richtlijn 2014/24/EU; artikel 267 VWEU

## **Prejudiciële vraag**

Staat artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24/EU, en daarmee overweging 28 van die richtlijn, in de weg aan een nationale regeling volgens welke diensten van medisch nood- en spoedvervoer met voorrang bij overeenkomst uitsluitend kunnen worden gegund aan vrijwilligersorganisaties – mits zij ten minste zes maanden zijn ingeschreven in het nationale register voor de derde sector, deel uitmaken van een netwerk van verenigingen, en erkend zijn op grond van de regionale wetgeving ter zake (voor zover die bestaat), en mits deze rechtstreekse gunning waarborgt dat de dienst met inachtneming van de beginselen van transparantie en non-discriminatie wordt verstrekt in een stelsel waarin op passende en vanuit economisch oogpunt efficiënte wijze daadwerkelijk wordt bijgedragen aan een sociaal doel en op solidariteit gebaseerde doelstellingen worden nagestreefd – zonder andere non-profitorganisaties, en met name sociale coöperaties, als sociale ondernemingen zonder winstoogmerk, in aanmerking te nemen als potentiële begunstigden?

## **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikel 10, onder h), en overweging 28 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

## **Belangrijkste aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

**Decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 – wetboek overheidsopdrachten) van 18 april 2016, artikel 17, „Specifieke uitsluitingen voor overeenkomsten voor opdrachten en concessies voor diensten”:** „1. De bepalingen van dit wetboek zijn niet van toepassing op overheidsopdrachten en concessies voor diensten betreffende: | [...] | h) | diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en -verenigingen [...] behalve ziekenvervoer per ambulance; | [...].”

**Decreto legislativo n. 117 – Codice del Terzo settore (wetsbesluit nr. 117 wetboek betreffende de derde sector) van 3 juli 2017**

**Artikel 4, „Entiteiten van de derde sector”:** „1. Tot de derde sector behoren vrijwilligersverenigingen, verenigingen voor sociale emancipatie, filantropische instellingen, sociale ondernemingen, met inbegrip van sociale coöperaties, [...] en particuliere entiteiten anders dan ondernemingen, die zijn opgericht om zonder winstoogmerk op burgerzin, solidariteit en maatschappelijk nut gestoelde doelstellingen na te streven door uitsluitend of hoofdzakelijk een of meer activiteiten van algemeen belang uit te oefenen door middel van vrijwilligerswerk

of kosteloze terbeschikkingstelling van geld, goederen of diensten, dan wel in de vorm van onderlinge bijstand of productie of uitwisseling van goederen of diensten, en die zijn ingeschreven in het nationale register van de derde sector.”

**Artikel 56, „Overeenkomsten”:** „1. Overheidsinstanties [...] kunnen met vrijwilligersorganisaties en verenigingen voor sociale emancipatie die ten minste zes maanden zijn ingeschreven in het nationale register van de derde sector, overeenkomsten sluiten die ertoe strekken sociale activiteiten of diensten van algemeen belang ten behoeve van derden te verrichten, indien deze overeenkomsten gunstiger zijn dan een beroep op de markt.”

**Artikel 57, „Medisch spoed- en noodvervoer”:** „1. „Diensten van medisch spoed- en noodvervoer kunnen met voorrang bij overeenkomst worden gegund aan vrijwilligersorganisaties die ten minste zes maanden zijn ingeschreven in het nationale register voor de derde sector, deel uitmaken van een netwerk van verenigingen [...], en erkend zijn op grond van de regionale wetgeving ter zake, voor zover die bestaat, in gevallen waarin rechtstreekse gunning wegens de specifieke aard van de dienst waarborgt dat de dienst van algemeen belang met inachtneming van de beginselen van transparantie en non-discriminatie wordt verstrekt in een stelsel waarin op passende en vanuit economisch oogpunt efficiënte wijze daadwerkelijk wordt bijgedragen aan een sociaal doel en op solidariteit gebaseerde doelstellingen worden nagestreefd.

2. De bepalingen van de leden 2, 3, 3-bis en 4 van artikel 56 zijn van toepassing op de overeenkomsten betreffende de in lid 1 bedoelde diensten.”

**Codice civile (burgerlijk wetboek), artikel 2514, „Vereisten voor overwegend wederkerige coöperaties”:** „Overwegend wederkerige coöperaties moeten in hun statuten het volgende vastleggen: a) het verbod om dividenden uit te keren voor een bedrag dat hoger is dan de maximale rente van depositocertificaten van de postbank, vermeerderd met tweeënhalf procentpunt ten opzichte van het werkelijk gestorte kapitaal; [...].”

**Legge n. 381 – Disciplina delle cooperative sociali (wet nr. 381 – Regeling betreffende sociale coöperaties) van 8 november 1991, artikel 1, „Definitie”:**

„1. Sociale coöperaties hebben tot doel het algemene belang na te streven dat de samenleving heeft bij de bevordering van de persoonlijke ontplooiing en de sociale integratie van de burgers, door middel van: a) het beheer van sociale, gezondheids- en onderwijsdiensten [...]. 2. Op sociale coöperaties is de regelgeving van toepassing van de sector waarin zij werkzaam zijn, voor zover deze verenigbaar is met deze wet.”

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Italy Emergenza Cooperativa Sociale (hierna: „Italy Emergenza”) is een sociale coöperatie zonder winstoogmerk die diensten voor eenvoudig en dringend vervoer per ambulance van patiënten en gehandicapten aanbiedt ten behoeve van

instellingen en openbare lichamen die deel uitmaken van de Servizio Sanitario Nazionale (nationale gezondheidsdienst, Italië). De coöperatie specificeert dat zij in het bezit is van de benodigde vergunningen om die activiteit uit te voeren.

- 2 Bij een op 27 april 2020 gepubliceerde aankondiging heeft de Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani (plaatselijke gezondheidsdienst van Barletta-Andria-Trani, Italië) een vergelijkende procedure uitgeschreven teneinde een overeenkomst te sluiten voor het beheer van ambulancestandplaatsen van de „nood- en spoeddienst 118” met vrijwilligersverenigingen die voldoen aan de vereisten van artikel 57 van wetsbesluit nr. 117/2017 en Legge della Regione Puglia 16 marzo 1994, n. 11 (recante norme di attuazione della legge-quadro sul volontariato) [wet nr. 11 van de regio Apulië van 16 maart 1994 (houdende bepalingen ter uitvoering van de kaderwet inzake vrijwilligerswerk)], ten minste zes maanden zijn ingeschreven in het nationale register voor de derde sector, en deel uitmaken van een netwerk van verenigingen als bedoeld in artikel 41 van het wetboek betreffende de derde sector.

De verenigingen waarmee de overeenkomsten worden gesloten verbinden zich ertoe ambulances ter beschikking te stellen met de noodzakelijke apparatuur en een bestuurder-hulpverlener en een hulpverlener aan boord, die 24 uur per dag gereed staan bij de instellingen van de gezondheidsdienst of de plaatsen die in voorkomend geval door deze dienst worden aangewezen.

- 3 Italy Emergenza heeft bij de TAR beroep ingesteld tegen de aankondiging van de opdracht en de daaraan verbonden handelingen omdat deze volgens haar onrechtmatige clausules bevatten die haar beletten om aan de aanbesteding deel te nemen, ondanks dat zij een sociale coöperatie is die reeds vele jaren op stabiele basis werkzaam is in de sector van de activiteiten die het voorwerp van de overeenkomst zijn. In het bijzonder heeft de coöperatie aangevoerd dat de artikelen 56 en 57 van wetsbesluit nr. 117/2017 in strijd zijn met artikel 10, onder h), en overweging 28 van richtlijn 2014/24, op grond waarvan sociale coöperaties met het oog op de rechtstreekse gunning van de nood- en spoeddiensten volledig zouden zijn gelijkgesteld met vrijwilligersverenigingen, aangezien beide non-profitorganisaties zijn.
- 4 Het beroep werd verworpen. Om te beginnen heeft de TAR erkend dat de betrokken dienst medisch vervoer per ambulance met bijstand betreft en dus een „gekwalficeerde” dienst is, die om die reden een uitzondering vormt – met betrekking tot de toepassing van de regeling inzake overheidsopdrachten – als bedoeld in artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24, dat is omgezet in artikel 17, lid 1, onder h), van wetsbesluit nr. 50/2016. De gunning bij overeenkomst van de nood- en spoeddienst is met name geregeld in artikel 57 van wetsbesluit nr. 117/2017, als *lex specialis*. De betrokken overeenkomst hoeft dus niet gunstiger te zijn dan een beroep op de markt (artikel 56 als *lex generalis*), maar er moet noodzakelijkerwijs zijn voldaan aan alle voorwaarden van artikel 57 (inschrijving in het nationaal register van de derde sector, deel uitmaken van een

netwerk van verenigingen, sociaal doel, passend en vanuit economisch oogpunt efficiënt enz.).

Tegen deze achtergrond heeft de TAR geoordeeld dat sociale coöperaties terecht zijn uitgesloten van de mogelijkheid tot gunning bij overeenkomst, aangezien zij een zakelijk doel nastreven, ook al wordt dat gekenmerkt door onderlinge bijstand, hetgeen rechtvaardigt dat artikel 57 van wetsbesluit nr. 117/2017 een andere behandeling voorbehoudt aan vrijwilligersverenigingen (de enige entiteiten van de derde sector die het recht hebben om aan voornoemde procedure deel te nemen). Ter onderbouwing daarvan heeft de TAR in casu verwezen naar artikel 5 van de statuten van Italy Emergenza, waarin is bepaald dat dividenden kunnen worden uitgekeerd met een spread van maximaal 2,5 % ten opzichte van de rentevoet van depositocertificaten van de postbank.

- 5 Italy Emergenza is van het vonnis van de TAR in hoger beroep gekomen bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).

#### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 6 In haar akte van hoger beroep stelt Italy Emergenza opnieuw het vraagstuk aan de orde over de verenigbaarheid van de artikelen 56 en 57 van decreto legislativo nr. 117/2017 met de Unieregeling. Voorts betoogt zij dat in het bestreden vonnis geen rekening is gehouden met het feit dat sociale coöperaties als „sociale” ondernemingen geen winst nastreven en hun winsten moeten herinvesteren in de verwezenlijking van hun doel.
- 7 Verweerster antwoordt daarop dat de door Italy Emergenza aangehaalde Unierechtelijke regels louter bepalen wat de objectieve omvang is van de uitsluiting van bepaalde aanbestedingen van diensten, zonder vrijwilligersverenigingen en sociale coöperaties op enige wijze gelijk te stellen met betrekking tot de gunningen waarin is voorzien in de artikelen 56 en 57 van wetsbesluit nr. 117/2017.

In die context is het voorbehoud van de gunning aan vrijwilligersorganisaties voor overheidsdiensten niet dwingend en verplicht, maar facultatief en op voorkeur gebaseerd („[...] *kan met voorrang* [...]”). Daarmee heeft de wetgever aangegeven een voorkeur te hebben voor de organisaties waarvan de activiteit gebaseerd is op het vrijwillige, spontane en noodzakelijkerwijs kosteloze karakter van het werk van de leden, en die het solidariteitsbeginsel verwezenlijken. Sociale coöperaties zijn daarentegen gebaseerd op een gemeenschappelijke vorm van arbeid waarmee wordt beoogd degenen die bij die coöperatie zijn aangesloten een economisch voordeel te verschaffen, zodat alleen vrijwilligersorganisaties met hun prestaties geen winst maken en voldoen aan de uit de arresten van het Hof in de zaken C-113/13 en C-50/14 volgende voorwaarde dat zij zelfs niet indirect een economisch voordeel voor hun leden nastreven.

### Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 8 De Consiglio di Stato merkt om te beginnen op dat in werkelijkheid in geen van de door verweerster aangehaalde arresten van het Hof specifiek het feit aan de orde is dat sociale coöperaties niet zijn vermeld bij de rechtssubjecten die in aanmerking komen voor rechtstreekse gunning bij overeenkomst van medische nood- en spoedvervoersdiensten. Beide arresten dateren van vóór de inwerkingtreding van wetsbesluit nr. 117/2017 en verwijzen derhalve naar andere nationale bepalingen dan artikel 57 van dat besluit, de bepaling die daarentegen aan de litigieuze handelingen van de aanbestedingsprocedure ten grondslag ligt. Ook de daarin toegepaste richtlijn (richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad) is niet de richtlijn waarvan in casu schending wordt aangevoerd.
- 9 De verwijzende rechter wijst daarentegen op het belang van het recentere arrest Falck Rettungsdienste (C-465/17) voor de beslechting van het geding, waarin is geoordeeld dat het beslissende element van artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24 is dat geen winst wordt nagestreefd en de winst wordt geherinvesteerd. Het ontbreken van een winsttoogmerk is zonder meer een kenmerk van Italy Emergenza, zoals uitdrukkelijk is vastgelegd in artikel 6 van haar statuten, en met de bepaling inzake dividenden in artikel 5 van die statuten is louter artikel 2514 van het burgerlijk wetboek indirect overgenomen.
- 10 Het is juist dat sociale coöperaties op organisatorisch en functioneel vlak van vrijwilligersverenigingen verschillen: hoewel geen van beide winst nastreven, produceren alleen sociale coöperaties een economisch voordeel voor de rechtssubjecten die daarvan deel uitmaken, terwijl de door vrijwilligersverenigingen verrichte activiteiten van algemeen belang worden gekenmerkt door „op burgerzin, solidariteit en maatschappelijk nut gestoelde doelstellingen” (artikel 5 van wetsbesluit nr. 117/2017).
- 11 Aan de andere kant spreekt artikel 10, sub h) van richtlijn 2014/24 echter, net als overweging 28, simpelweg van „non-profitorganisaties en -verenigingen”, zonder zich te beperken tot uitsluitend vrijwilligersverenigingen (letterlijk argument), en veronderstelt het begrip „ondernemer” (en daarmee de deelname aan openbare aanbestedingen) in het Unierecht niet dat de onderneming tevens winst nastreeft (logisch-systematisch argument).
- 12 Het feit dat de mogelijkheid de medische nood- en spoedvervoersdienst „met voorrang” bij overeenkomst te gunnen wordt voorbehouden aan slechts een van de in richtlijn 2014/24 vermelde types „non-profitorganisaties en -verenigingen”, en dat daarnaast geen andere sociale ondernemingen in aanmerking kunnen worden genomen, doet twijfel rijzen over de verenigbaarheid van de regeling van artikel 57 van wetsbesluit nr. 117/2017 met het Unierecht. Een dergelijk voorbehoud zou namelijk betekenen dat ondanks dat de voornoemde overweging 28 en artikel 10, onder h), een ruim geformuleerde mogelijkheid tot afwijking bieden, vrijwilligersverenigingen uitsluitend aan een openbare

aanbesteding hoeven deel te nemen indien de „voorrang” van de overeenkomst om welke reden dan ook niet mogelijk blijkt te zijn, terwijl alle andere non-profitorganisaties steeds aan een aanbestedingsprocedure moeten deelnemen om voor gunning van dezelfde dienst in aanmerking te kunnen komen. De twijfels kunnen ook niet worden weggenomen door het feit dat de gunning bij overeenkomst volgens de nationale wetgeving slechts facultatief is, aangezien sociale coöperaties hoe dan ook niet voor gunning in aanmerking kunnen komen.

- 13 Voorts heeft het Hof recentelijk in zaak C-367/19 erop gewezen dat onder het begrip „overheidsopdracht”, als overeenkomst onder bezwarende titel, ook overeenkomsten vallen waarin is bepaald dat als tegenprestatie uitsluitend de gemaakte kosten worden vergoed. Daardoor zou ook het door de TAR en verweerster benadrukte kenmerk – te weten dat alleen in vrijwilligersverenigingen geen enkel economisch voordeel aan de leden wordt toegekend, die enkel een kostenvergoeding ontvangen – een minder sterk argument zijn om op het vlak van het Unierecht te rechtvaardigen dat die verenigingen gunstiger worden behandeld dan sociale coöperaties.
- 14 Een ander element dat het onderscheid tussen de twee soorten organisaties vervaagt, is dat net als vrijwilligersorganisaties werknemers in dienst kunnen nemen, voor zover dat noodzakelijk is voor het functioneren daarvan, sociale coöperaties onder hun leden vrijwilligers kunnen hebben die gratis werken en aan wie alleen de onkosten worden vergoed (artikel 2 van wet nr. 381/1991).
- 15 Gelet op een en ander vraagt de Consiglio di Stato zich af of de uitsluiting in de litigieuze nationale maatregel verenigbaar is met het Unierecht, schorst hij de behandeling van de zaak, en legt hij de prejudiciële vraag in het dictum aan het Hof voor.