

Processo C-214/21**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

6 de abril 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

3 de março de 2021

Recorrente:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Recorrida:

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza

Sendo interveniente:

ANPAS – Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze Odv

Objeto do processo principal

Impugnação do Acórdão do Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Calabria (Tribunal Administrativo Regional da Calábria, Itália) que negou provimento ao recurso da recorrente contra os atos do procedimento de contratação limitado lançado pela recorrida para a adjudicação por convenção do serviço de transporte urgente em ambulância de forma continuada às organizações de voluntariado e à Croce Rossa Italiana (Cruz Vermelha Italiana), excluindo as outras organizações sem fins lucrativos, em especial as cooperativas sociais, como a recorrente.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do artigo 10.º, alínea h), do considerando 28 da Diretiva 2014/24/UE, na aceção do artigo 267.º TFUE

Questão prejudicial

O artigo 10.º, alínea h), da Diretiva 2014/24/UE — e o «considerando» 28 dessa diretiva — opõe-se a uma legislação nacional que prevê que os serviços de transporte urgente em ambulância podem ser adjudicados prioritariamente por convenção às organizações de voluntariado — desde que inscritas há pelo menos seis meses no Registo Nacional do Setor da Economia Social, adiram a uma rede de associações e estejam autorizadas em conformidade com a regulamentação regional do setor (quando exista), e na condição de essa adjudicação garantir a prestação do serviço, num sistema de contribuição efetiva para uma finalidade social e de prossecução dos objetivos de solidariedade, em condições de eficiência económica e adequação, bem como em cumprimento dos princípios da transparência e da não discriminação — sem contemplar, entre os possíveis adjudicatários, as outras organizações sem fins lucrativos e, mais especificamente, as cooperativas sociais, enquanto empresas sociais sem fins lucrativos, incluindo as cooperativas sociais que gerem o retorno de excedentes aos seus membros relacionados com atividades de interesse geral, na aceção do artigo 3.º, n.º 2-bis, do Decreto Legislativo n.º 112/2017?

Disposições do direito da União invocadas

Artigo 10.º, alínea h), e considerando 28 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

Disposições de direito nacional invocadas

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n.º 50 (Codice dei contratti pubblici) [Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 (Código dos Contratos Públicos), Itália], artigo 17.º, «Exclusões específicas para os contratos públicos e para a concessão de serviços»: «1. As disposições do presente código não se aplicam aos contratos públicos e concessões de serviços que tenham por objeto: [...] h) Os serviços de defesa civil, proteção civil e prevenção de riscos, que sejam prestados por organizações ou associações sem fins lucrativos [...] exceto serviços de ambulância de transporte de doentes [...]».

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n.º 117 (Codice del Terzo settore) [Decreto Legislativo n.º 117, de 3 de julho de 2017 (Código do Terceiro Setor), Itália]

Artigo 4.º, «Entidades do Terceiro Setor»: «1. São entidades do terceiro setor as organizações de voluntariado, as associações de promoção social, as entidades filantrópicas, as empresas sociais, incluindo as cooperativas sociais, [...] e as outras entidades de carácter privado, que não as sociedades, constituídas para a prossecução, sem escopo lucrativo, de fins cívicos, solidários e de utilidade social, através do exercício, exclusivo ou principal, de uma ou mais atividades de interesse geral, sob a forma de ação voluntária ou de fornecimento gratuito de dinheiro, de bens ou de serviços, ou de mutualidade ou de produção ou troca de bens ou serviços, e inscritas no Registo Nacional do Setor da Economia Social.»

Artigo 56.º, «Convenções»: «1. As administrações públicas (...) podem subscrever com as organizações de voluntariado e as associações de promoção social, inscritas há pelo menos seis meses no Registo Nacional do Setor da Economia Social, convenções destinadas ao exercício de atividades ou serviços sociais de interesse geral, a favor de terceiros, se forem mais favoráveis em relação ao recurso ao mercado.»

Artigo 57.º, «Serviço de transporte urgente em ambulância»: «1. Os serviços de transporte de urgência em ambulância podem ser adjudicados prioritariamente por convenção às organizações de voluntariado inscritas desde há pelo menos seis meses no registo nacional do Setor da Economia Social que adiram a uma rede de associações [...] e estejam autorizadas em conformidade com a regulamentação regional na matéria, se esta existir, nos casos em que, em razão da natureza específica do serviço, a adjudicação por ajuste direto garanta a prestação do serviço de interesse geral, num sistema de contribuição efetiva para uma finalidade social e de prossecução dos objetivos de solidariedade, em condições de eficiência económica e de adequação, bem como no respeito dos princípios da transparência e da não discriminação.

2. Às convenções que tenham por objeto os serviços referidos no n.º 1 aplicam-se as disposições dos n.ºs 2, 3, 3-bis e 4 do artigo 56.º»

Codice civile (Código Civil, Itália), artigo 2514.º, «Requisitos das cooperativas de carácter mutualista predominante»: «As cooperativas de carácter mutualista predominante devem prever nos seus estatutos: a) a proibição de distribuição dos dividendos numa proporção superior ao juro máximo dos certificados de aforro postais, acrescido em dois pontos e meio relativamente ao capital efetivamente realizado; [...]»

Legge 8 novembre 1991, n.º 381 (Disciplina delle cooperative sociali) [Lei n.º 381, de 8 de novembro de 1991 (Regime das cooperativas sociais), Itália], artigo 1.º, «Definição»: «1. As cooperativas sociais têm por finalidade prosseguir o interesse geral da comunidade para a promoção humana e para a integração social dos cidadãos através: a) da gestão de serviços médicos sociais e educativos

[...] 2. Aplicam-se às cooperativas sociais, na medida em que sejam compatíveis com a presente lei, as normas relativas ao setor em que operam.»

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n.º 112 (Revisione della disciplina in materia di impresa sociale) [Decreto legislativo n.º 112, de 3 de julho de 2017 (Revisão da regulamentação em matéria de empresas sociais), artigo 3.º, «Inexistência de fins lucrativos»: «2-bis. Para os efeitos referidos nos n.ºs 1 e 2, não se considera distribuição de lucros e excedentes operacionais aos membros, nem mesmo indireta, o retorno [de excedentes] relacionado com atividades de interesse geral referidas no artigo 2.º, efetuado em conformidade com o artigo 2545.º-*sexies* do Código Civil e em cumprimento das condições e limites estabelecidos pela lei ou pelos estatutos, por empresas sociais constituídas sob a forma de cooperativa, desde que os estatutos ou o ato constitutivo indiquem os critérios de distribuição do retorno [de excedentes] aos membros proporcionalmente à quantidade e qualidade das trocas mutualistas e que se verifique um excedente operacional da gestão mutualista.»

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A Italy Emergenza é uma cooperativa sem fins lucrativos, pertencente a uma rede de associações, que tem por objeto prosseguir o interesse geral da comunidade na promoção humana e na integração social, especializada nomeadamente serviços de transporte em ambulância e inscrita como empresa social no registo comercial.
- 2 Por anúncio publicado em 26 de fevereiro de 2020, a Azienda Sanitaria Provinciale (ASP) de Cosenza [Administração Provincial de Saúde (ASP) de Cosença, Itália] deu início a um procedimento de contratação limitado para a adjudicação por convenção às organizações de voluntariado e à Cruz Vermelha Italiana do serviço de transporte urgente em ambulância de forma continuada.
- 3 Através de recurso para o TAR da Calábria, a Italy Emergenza alega, a título principal, a ilegalidade da opção da ASP de Cosença de subtrair ao concurso público a adjudicação dos serviços de transporte em ambulância em causa; a título subsidiário, [invoca] a ilegalidade das cláusulas do concurso que excluam imediatamente da adjudicação em causa as outras organizações sem fins lucrativos, como as cooperativas de direito italiano. Em particular, a recorrente lamenta a incompatibilidade do regime aplicado pela ASP de Cosença, previsto nos artigos 56.º e 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017, com o considerando 28 e o artigo 10.º, alínea h), da Diretiva 2014/24, com base nos quais as cooperativas sociais são equiparadas às organizações de voluntariado para efeitos de adjudicação direta por convenção dos serviços de emergência médica e urgência, porque, quer uma quer a outra, não têm fins lucrativos.
- 4 Foi negado provimento ao recurso. O TAR reconheceu, antes de mais, que o serviço em causa é abrangido pela exceção — em relação à aplicação das normas de adjudicação dos contratos públicos — prevista no artigo 10.º, alínea h), da Diretiva 2014/24, transposto para o artigo 17.º, n.º 1, alínea h), do Decreto

Legislativo n.º 50/2016. Enquanto serviço de emergência médica e urgência, a sua adjudicação por convenção é regulada, designadamente, pelo artigo 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017, enquanto *lex specialis*. Por conseguinte, a convenção correspondente pode não ser mais favorável em relação ao recurso ao mercado (artigo 56.º enquanto *lex generalis*), mas a associação deve necessariamente preencher todos os requisitos que o referido artigo 57.º enumera [inscrição no Registo Nacional (do Setor da Economia Social), adesão a uma rede, finalidade social, eficiência económica e adequação, etc.].

Nestas condições, o TAR considerou lícita a exclusão das cooperativas sociais da possibilidade de adjudicação por convenção, uma vez que prosseguem uma finalidade empresarial, ainda que caracterizada por um fim mutualista, que justifica a diferença de tratamento estabelecida no artigo 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017 em relação às associações de voluntariado (as únicas entidades do terceiro setor legitimadas a participar no procedimento referido); como prova disso, remeteu, no caso em apreço, para o artigo 5.º dos estatutos da recorrente, que prevê a possibilidade de uma distribuição de dividendos, com um *spread* máximo de 2,5 % sobre as taxas dos certificados de aforro postais.

- 5 A Cooperativa recorreu deste acórdão do TAR perante o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália).

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 6 Nas suas alegações, a Cooperativa renova a questão da compatibilidade com a legislação da União Europeia dos artigos 56.º e 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017. Em seguida, alega que o acórdão impugnado não considerou que, enquanto empresas «sociais», as cooperativas sociais prosseguem um fim não lucrativo e devem reinvestir os lucros na realização desse objetivo.
- 7 A recorrida Azienda Sanitaria (Administração Provincial de Saúde, Itália) contrapõe que as normas do direito da União invocadas pela Cooperativa se limitam a definir o âmbito objetivo de exclusão de alguns contratos de serviços, sem estabelecer uma equiparação entre associações de voluntariado e cooperativas sociais relativamente às adjudicações previstas nos artigos 56.º e 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017.

Nessas circunstâncias, a reserva de adjudicação às organizações de voluntariado não tem caráter taxativo e obrigatório para as administrações públicas, mas apenas facultativo e preferencial («*podem[...] prioritariamente*»). Com essa o legislador exprimiu a sua intenção de favorecer as entidades cuja atividade assenta no caráter voluntário, espontâneo e necessariamente gratuito da ação dos associados e que realizam o princípio da solidariedade. As cooperativas sociais baseiam-se, pelo contrário, numa forma de trabalho comum destinada a conferir um benefício económico aos que fazem parte da própria cooperativa, de modo que só a organização de voluntariado não retira lucro das suas prestações e preenche o requisito, resultante dos Acórdãos do Tribunal de Justiça nos processos C-113/13

e C-50/14, de não prosseguir, ainda que indiretamente, uma vantagem económica para os seus membros.

- 8 Em apoio da administração recorrida, interveio a ANPAS, a rede de associação nacional das organizações de voluntariado, alegando que as cooperativas sociais, de acordo com o ordenamento interno, não só podem distribuir dividendos na medida fixada pelo artigo 2514.º do Código Civil [italiano], mas também, sem limites legais, distribuir lucros sob a forma de retorno [de excedentes] (se a gestão mutualista foi encerrada com um excedente de rendimentos relativamente aos custos), o que as coloca automaticamente fora do perímetro da inexistência de lucro.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 9 O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) observa, a título preliminar, que, na realidade, nenhum dos acórdãos do Tribunal de Justiça invocados pela recorrida se ocupa da questão específica da falta de indicação das cooperativas sociais entre as pessoas a quem pode ser adjudicado diretamente, por convenção, o serviço de transporte de emergência médica e urgência. Ambos os acórdãos são anteriores à entrada em vigor do Decreto Legislativo n.º 117/2017 e, por isso, referem-se a normas internas diferentes do artigo 57.º desse decreto, que, em contrapartida, é a disposição que está na base dos atos de concurso impugnados. Do mesmo modo, a diretiva transposta por aquele (a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho) não é aquela cuja violação é alegada no caso em apreço.
- 10 O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) sublinha, pelo contrário, a pertinência para a solução do litígio do mais recente Acórdão Falck Rettungsdienste (C-465/17), segundo o qual o elemento determinante, na disposição do artigo 10.º, alínea h), da Diretiva 2014/24, é a consecução de um objetivo não lucrativo conjuntamente com o reinvestimento dos eventuais lucros. Ora, a ausência de finalidade lucrativa caracteriza sem dúvida a cooperativa recorrente, como é expressamente enunciado no artigo 6.º dos seus estatutos, e a previsão de dividendos no artigo 5.º dos mesmos estatutos é apenas uma citação indireta do artigo 2514.º do Código Civil [italiano].
- 11 É certo que as cooperativas sociais são diferentes ao nível organizacional e funcional das associações de voluntariado, uma vez que, embora ambas desprovidas de fins lucrativos, apenas as primeiras produzem, no entanto, uma vantagem económica para as pessoas que dela fazem parte, enquanto as segundas se caracterizam pelas «finalidades cívicas, solidárias e de utilidade social» das atividades de interesse geral exercidas (artigo 5.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017).
- 12 Todavia, por um lado, a alínea h) do artigo 10.º — como o considerando 28 — da Diretiva 2014/24 menciona, *tout court*, as «organizações ou associações sem fins lucrativos», sem se limitar apenas às associações de voluntariado (argumento

literal), e, por outro, no direito da União, o conceito de empresário (e com ele a participação nos contratos públicos) não pressupõe a coexistência do fim lucrativo da empresa (argumento lógico-sistemático).

- 13 Assim, reservar a possibilidade de adjudicar «prioritariamente» por convenção o serviço de transporte de emergência médica e de urgência a apenas um dos tipos de «organizações ou associações sem fins lucrativos» previstas pela Diretiva 2014/24, sem contemplar igualmente as empresas sociais, cria a dúvida da conformidade com o direito da União do regime ditado pelo artigo 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017. Essa reserva significa, com efeito, que — apesar da extensão da formulação da derrogação instituída no considerando 28 e no artigo 10.º, alínea h), já referidos — as associações de voluntariado apenas estão sujeitas ao concurso público se, por qualquer razão, não for possível adjudicar «prioritariamente» por convenção, enquanto todas as outras organizações sem fins lucrativos devem sempre passar por um concurso público para se tornarem adjudicatárias de um serviço idêntico. As dúvidas também não podem ser ultrapassadas por força do caráter meramente facultativo, na legislação nacional, da adjudicação por convenção, uma vez que as cooperativas sociais não estão, em todo o caso, incluídas entre os possíveis adjudicatários.
- 14 Ainda recentemente o Tribunal de Justiça, com o Acórdão proferido no processo C-367/19, sublinhou que é igualmente abrangido pelo conceito de contrato público, enquanto contrato a título oneroso, o contrato em que se prevê como contrapartida apenas o reembolso dos custos suportados. Também dessa forma, a característica enfatizada pelo TAR e pela recorrida — ou seja, que apenas nas associações de voluntariado não há uma vantagem económica dos membros da entidade, relativamente aos quais apenas vigora o reembolso dos custos — perde valor para justificar, no plano do direito da União, o tratamento mais favorável em relação às cooperativas sociais.
- 15 Outro elemento suscetível de atenuar as diferenças entre os dois tipos de entidades não lucrativas é que, como as associações de voluntariado podem recorrer a trabalhadores, remunerados, nos limites do necessário ao seu funcionamento, também as cooperativas sociais podem ter membros voluntários, que prestam a sua atividade gratuitamente e a quem apenas é pago o reembolso dos custos (artigo 2.º da Lei n.º 381/1991).
- 16 O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) observa que já recentemente submeteu ao Tribunal de Justiça as referidas dúvidas quanto à conformidade da legislação controvertida com o direito da União e remete, para esse efeito, para a questão prejudicial no processo C-213/21, pendente, e para a fundamentação subjacente. Em complemento dessa questão, precisa no final [da questão], o seguinte: *«incluindo as cooperativas sociais que gerem o retorno de excedentes aos seus membros relacionados com atividades de interesse geral, na aceção do artigo 3.º, n.º 2 bis, do Decreto Legislativo n.º 112/2017»*.

O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) pretende, assim, apurar se a possibilidade, regulada pelos estatutos, de as cooperativas sociais distribuírem parte dos lucros aos membros, sob a forma de retorno de excedentes, não determina a sua exclusão do rol das associações sem fins lucrativos e, portanto, do rol das associações incluídas nos adjudicatários dos serviços por convenção referidos no artigo 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017. Com efeito, o retorno [de excedentes] — quer através de reembolso dos custos quer integrando a remuneração pela atividade exercida — pode configurar uma distribuição sub-reptícia de dividendos ou de património aos membros, quando, em conformidade com o Acórdão Falck Rettungsdienste, já referido, o reinvestimento dos lucros surge como um requisito imprescindível do artigo 10.º, alínea h), da Diretiva 2004/14.

17 Resulta, em particular, do artigo 3.º, n.º 2-*bis*, do Decreto Legislativo n.º 112/2017 e do artigo 2525.º-*sexties* do Código Civil [italiano] que nas empresas sociais sob forma societária (como a cooperativa recorrente) o retorno [de excedentes] relacionado com atividades de interesse geral é lícito em condições e limites precisos. Antes de mais, o limite do equilíbrio orçamental. Depois, a exigência de garantir que a empresa perdure e possa atingir igualmente nos exercícios futuros a finalidade mutualista, graças a reservas indivisíveis e provisões prudenciais. Um terceiro limite é o da distribuição apenas de resultados líquidos que decorram da atividade realizada com os próprios membros. A cooperativa deverá, portanto, manter uma contabilidade separada para as atividades com os membros, que receberão cada um proporcionalmente em relação ao valor da troca com a cooperativa. Em todo o caso, isto pode ser contrário à proteção do interesse social e conduzir os membros a uma situação de confronto ou antagonismo em relação à cooperativa, [ainda que não exista] qualquer direito subjetivo do membro ao retorno [que] apenas [ocorrerá] por decisão da assembleia [geral] e na medida estabelecida pela lei ou pelos estatutos, constituindo um hipotético direito a condições preferenciais (por exemplo, remuneração acrescida do trabalho prestado).

18 Tendo em conta o quadro jurídico do retorno [de excedentes] em geral, para determinar o caráter «não lucrativo» da cooperativa recorrente, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) retoma, por último, a redação do artigo 34.º dos estatutos desta última, «Retorno [de excedentes]», que prevê especificamente:

«A assembleia [geral], sob proposta do órgão de administração, poderá deliberar a atribuição de até 30 % das condições de remuneração globais devidas aos membros trabalhadores.

O retorno deve ser distribuído proporcionalmente à quantidade e/ou qualidade das prestações de trabalho efetuadas pelos membros em conformidade com as disposições dos regulamentos internos.

A atribuição pode ser efetuada, com base nas decisões da assembleia [geral], através de: — complementos das remunerações — aumento gratuito do capital social.

As quantias distribuídas aos membros podem igualmente ser utilizadas para a ativação do empréstimo social.

Em todo o caso, o retorno deve tornar possível a provisão e o pagamento referidos nas alíneas a) [reserva legal indivisível não inferior a 30 %] e b) [pagamento ao Fundo Mutualista para a Promoção e o Desenvolvimento da Cooperação na medida legal].»

- 19 Atendendo ao exposto, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) suspende a instância e submete ao Tribunal de Justiça a questão de saber se cooperativas sociais que não reinvestem todos os lucros e procedem ao retorno de excedentes, como a cooperativa recorrente, podem licitamente ser excluídas da adjudicação por convenção dos serviços de transporte de urgência em ambulância.

DOCUMENTO DE TRADUÇÃO