

Sag C-213/21**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

6. april 2021

Forelæggende ret:

Consiglio di Stato (Italien)

Afgørelse af:

18. januar 2021

Sagsøger og appellat:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Indstævnt:

Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani

Hovedsagens genstand

Appel til prøvelse af den dom, hvormed Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Puglia (den regionale forvaltningsdomstol for Apulien) har forkastet appellatens påstand om annullation af dels foranstaltningerne i den af den indstævnte myndighed indledte åbne elektroniske udbudsprocedure med henblik på tildeling i henhold til overenskomst af patienttransportambulancetjenesten »118« på myndighedens kompetenceområde, dels afgørelsen truffet af Giunta regionale della Puglia (regionen Apuliens udøvende organ) om, at overenskomster af denne art kun kan indgås med frivillige sammenslutninger og ikke med øvrige nonprofitorganisationer, og navnlig sociale andelsselskaber såsom det appellerende selskab.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Fortolkningen af artikel 10, litra h), i og 28. betragtning til direktiv 2014/24/EU i henhold til artikel 267 TEUF

Præjudicielt spørgsmål

Er artikel 10, litra h), i – på lige fod med 28. betragtning til – direktiv 2014/24/EU til hinder for en national lovgivning, hvorefter haste- og akutsygetransporttjenesten med forrang i henhold til overenskomst kun kan tildeles frivillige organisationer – forudsat at de i mindst seks måneder har været indskrevet i det nationale enhedsregister vedrørende den tredje sektor, er medlemmer af et foreningsnetværk og godkendte i henhold til (eventuel) regional lovgivning på området, og forudsat at denne tildeling sikrer, at tjenesten udføres under en ordning, som rent faktisk bidrager til det sociale formål samt til forfølgelsen af solidaritetsformål, på økonomisk effektive og hensigtsmæssige betingelser samt under overholdelse af gennemsigtighedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling – men hvor kategorien af mulige tjenesteydere ikke omfatter øvrige nonprofitorganisationer, og navnlig sociale andelsselskaber i deres egenskab af sociale iværksættere uden gevinst for øje?

Anførte EU-retlige forskrifter

Artikel 10, litra h), i og 28. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

Anførte nationale forskrifter

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (lovdekret nr. 50 af 18.4.2016 om offentlige kontrakter), artikel 17, »Særlige undtagelser for så vidt angår tjensteydelseskontrakter og -koncessioner«: »1. Bestemmelserne i nærværende lov gælder ikke for tjensteydelseskontrakter og -koncessioner: / [...] / h) vedrørende civilforsvar, beredskabstjenester og tjenester til forebyggelse af farer, der ydes af nonprofitorganisationer eller -sammenslutninger [...] undtagen patienttransportambulancetjenester [...].«

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore) (lovdekret nr. 117 af 3.7.2017 om den tredje sektor)

Artikel 4, »Enheder inden for den tredje sektor«: »1. Ved enheder inden for den tredje sektor forstås frivillige organisationer, sammenslutninger med sociale formål, filantropiske enheder, sociale iværksættere, herunder sociale andelsselskaber, [...] og øvrige private enheder, der ikke er selskaber, som er stiftet for uden gevinst for øje at forfølge samfundsmæssige mål, solidaritetsformål og sociale formål ved udelukkende eller hovedsageligt at udføre almennyttige opgaver i form af frivillig virksomhed eller gratis ydelse af penge, goder eller tjensteydelser, eller gensidighed eller fremstilling eller udveksling af goder eller tjensteydelser, og som er indskrevet i det nationale enhedsregister vedrørende den tredje sektor.«

Artikel 56, »Overenskomster«: »1. De offentlige myndigheder [...] kan indgå overenskomster med frivillige organisationer og sammenslutninger med sociale formål, som i mindst seks måneder har været indskrevet i det nationale enhedsregister vedrørende den tredje sektor, med henblik på udførelse af almennyttige opgaver eller sociale tjenesteydelser til gunst for tredjemænd, såfremt dette er mere fordelagtigt end anvendelsen af markedet.«

Artikel 57, »Haste- og akutsygetransporttjeneste«: »1. Haste- og akutsygetransporttjenesten kan i henhold til overenskomst med forrang tildeles frivillige organisationer, som i mindst seks måneder har været indskrevet i det nationale enhedsregister vedrørende den tredje sektor, som er medlemmer af et foreningsnetværk [...], og som er godkendte i henhold til eventuel regional lovgivning på området, forudsat at den direkte tildeling som følge af tjenestens specifikke karakter sikrer, at tjenesten i almenhedens interesse udføres under en ordning, som rent faktisk bidrager til det sociale formål samt til forfølgelsen af solidaritetsformål, på økonomisk effektive og hensigtsmæssige betingelser samt under overholdelse af gennemsigtighedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling.

2. Overenskomster vedrørende de i stk. 1 nævnte tjenesteydelser er omfattet af bestemmelserne i artikel 56, stk. 2, 3, 3a og 4.«

Codice civile (den italienske borgerlige lovbog), artikel 2514, »Krav på andelsselskaber med vidtrækkende gensidighed«: »Andelsselskaber med vidtrækkende gensidighed skal fastsætte følgende i deres vedtægter: a) forbud mod udlodning af udbytter i et større omfang end den maksimale rentesats for postopsparingsbeviser, forøget med 2,5 procentpoint i forhold til den faktisk indbetalte kapital; [...].«

Legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali) (lov nr. 381 af 8.11.1991 om ordningen vedrørende sociale andelsselskaber), artikel 1, »Definition«: »1. Sociale andelsselskaber forfølger samfundets almene interesse i social fremgang og social integration af borgerne gennem: / a) tilvejebringelse af sociale og sundhedsfaglige samt uddannelsesmæssige tjenesteydelser [...]. / 2. Sociale andelsselskaber er omfattet af bestemmelserne i den sektor, hvori andelsselskaberne opererer, i det omfang de er forenelige med nærværende lov.«

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Italy Emergenza er et socialt andelsselskab uden gevinst for øje, som udfører almindelig patienttransport, sygetransport, transport af gangbesværede og handicappede personer i ambulance på vegne af sundhedsmyndigheder og offentlige enheder inden for det nationale sundhedsvæsen. Appellanten har præciseret at være i besiddelse af tilladelserne til udførelse af de nævnte opgaver.

- 2 Ved udbudsbekendtgørelse af 27. april 2020 indledte Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani (den lokale sundhedsmyndighed i Barletta-Andria-Trani) en sammenlignende procedure for indgåelse af en overenskomst vedrørende driften af ambulancestationerne inden for »Haste- og akutsygetransporttjeneste (SEU) 118« med frivillige sammenslutninger, der opfylder kravene i artikel 57 i lovdekret nr. 117/2017 (den såkaldte lov om den tredje sektor) og Apuliens regionallov nr. 11 af 16. marts 1994 (med bestemmelser til gennemførelse af rammeloven for frivillig virksomhed), og som i mindst seks måneder har været indskrevet i det nationale enhedsregister og er medlemmer af et foreningsnetværk i henhold til artikel 41 i loven om den tredje sektor.

De sammenslutninger, som indgår overenskomsten, forpligter sig til at stille ambulancebiler, som er behørigt udstyrede og bemandede med en fører/ambulancebehandler og en ambulancebehandler, til rådighed 24 timer i døgnet ved de af sundhedsmyndigheden til lejligheden anviste lokaler eller steder.

- 3 Italy Emergenza anlagde sag ved TAR per la Puglia (den regionale forvaltningsdomstol for Apulien) med påstand om annullation af udbudsbekendtgørelsen og de tilknyttede foranstaltninger og gjorde gældende, at de indeholder ulovlige betingelser, som afskærer appellanten fra at deltage i proceduren til trods for, at appellanten er et socialt andelsselskab, som i mange år har udøvet virksomhed i den af overenskomsten omfattede sektor. Appellanten påberåbte sig bl.a., at artikel 56 og 57 i lovdekret nr. 117/2017 er i strid med artikel 10, litra h), i og 28. betragtning til direktiv 2014/24, hvorefter sociale andelsselskaber er fuldstændigt sidestillet med frivillige sammenslutninger for så vidt angår direkte tildeling i henhold til overenskomst af haste- og akutsygetransporttjenesten, fordi begge kategorier udøver virksomhed uden gevinst for øje.
- 4 Sagen blev forkastet. Den nævnte regionale forvaltningsdomstol lagde først og fremmest til grund, at den omhandlede tjenesteydelse udgør en patienttransportambulancetjeneste med assistance og således en »kvalificeret« tjeneste, som derfor er omfattet af undtagelsen – fra anvendelsen af bestemmelserne vedrørende tildeling af offentlige kontrakter – i artikel 10, litra h), i direktiv 2014/24, som er blevet gennemført ved artikel 17, stk. 1, litra h), i lovdekret nr. 50/2016. Da der er tale om en haste- og akutsygetransporttjeneste, reguleres tildeling heraf i henhold til overenskomst specifikt i artikel 57 i lovdekret nr. 117/2017 i egenskab af *lex specialis*. Den respektive overenskomst må følgelig ikke være mere fordelagtig end anvendelsen af markedet (artikel 56 i egenskab af *lex generalis*) og skal opfylde alle de i artikel 57 fastsatte betingelser (sammenslutningens indskrivning i det nationale enhedsregister, medlemsskab af et netværk og sociale formål, økonomisk effektive og hensigtsmæssige betingelser, osv.).

På denne baggrund fandt den regionale forvaltningsdomstol, at det er lovligt at udelukke sociale andelsselskaber fra muligheden for at indgå overenskomsten, fordi disse selskaber driver erhvervsvirksomhed, selv om denne er kendetegnet

ved gensidighedsformål, hvilket kan begrunde den forskellige behandling ifølge artikel 57 i lovdekret nr. 117/2017 i forhold til frivillige sammenslutninger (de eneste enheder inden for den tredje sektor, som kan deltage i den omhandlede procedure); som en bekræftelse heraf henviste retten i den konkrete situation til artikel 5 i appellantens vedtægter, ifølge hvilken der kan udloddes udbytter med en renteforskel på op til 2,5% i forhold til postopsparingsbevisernes rentesats.

- 5 Andelsselskabet har iværksat appel til prøvelse af den regionale forvaltningsdomstols dom ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 6 I appelskriftet har det appellerende andelsselskab atter rejst spørgsmålet om, hvorvidt artikel 56 og 57 i lovdekret nr. 117/2017 er forenelige med EU-retten. Selskabet har tilføjet, at den appellerede dom ikke tog højde for, at sociale andelsselskaber i deres egenskab af »sociale« iværksættere forfølger formål uden gevinst for øje og skal geninvestere overskud til opnåelse af dette formål.
- 7 Den indstævnte sundhedsmyndighed har gjort gældende, at de af appellantens nævnte EU-retlige bestemmelser blot definerer det objektive anvendelsesområde for undtagelsen af udbudsprocedurer vedrørende visse tjenesteydelseskontrakter og slet ikke fastsætter, at sociale andelsselskaber er sidestillet med frivillige sammenslutninger for så vidt angår tildelingen af de i artikel 56 og 57 i lovdekret nr. 117/2017 omhandlede offentlige kontrakter.

I denne sammenhæng har forbeholdet om tildeling af kontrakter til frivillige organisationer ikke udtømmende og obligatorisk karakter, men kun fakultativ og præferencemæssig karakter for de offentlige myndigheder (*»kan [...] med forrang«*). Lovgiver har med dette forbehold udtrykt sin præference for enheder, hvis aktiviteter er baserede på medlemmernes frivillige, spontane og nødvendigvis gratis arbejde og realiserer gensidighedsprincippet. Sociale andelsselskaber er derimod baserede på en fælles arbejdsform, som sigter mod at give medlemmerne en økonomisk fordel, hvoraf det følger, at det kun er frivillige organisationer, som ikke drager fordel af deres ydelser og opfylder den betingelse, der fremgår af Domstolens afgørelse i sag C-113/13 og C-50/14, om end ikke indirekte at søge at opnå en økonomisk fordel for medlemmerne.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 8 Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har indledningsvis anført, at Domstolen i ingen af de af den indstævnte myndighed anførte afgørelser har undersøgt det specifikke spørgsmål om den manglende inkludering af sociale andelsselskaber under de enheder, som direkte i henhold til overenskomst kan få tildelt haste- og akutsygetransporttjenesten. Begge domme er blevet afsagt inden ikrafttrædelsen af lovdekret nr. 117/2017 og vedrører således andre nationale

bestemmelser end lovdekretets artikel 57, som derimod udgør retsgrundlaget for det anfægtede udbudsmateriale. På tilsvarende måde svarer det i dommene vurderede direktiv (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF) ikke til det, som påstås tilsidesat i den foreliggende situation.

- 9 Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har derimod understreget relevansen, for afgørelsen af den foreliggende sag, af den nyere Falck Rettungsdienste-dom (sag C-465/17), ifølge hvilken det afgørende element i bestemmelsen i artikel 10, litra h), i direktiv 2014/24 er den omstændighed, at enheden ikke driver erhvervsvirksomhed, samtidigt med at den geninvesterer eventuelle overskud. Det appellerende andelsselskab er uden tvivl kendetegnet ved fravær af nonprofit formål, sådan som det udtrykkeligt er fastsat i artikel 6 i dets vedtægter, og bestemmelsen om udbytter i vedtægternes artikel 5 er en simpel indirekte gengivelse af artikel 2514 i Codice civile.
- 10 Sociale andelsselskaber adskiller sig ganske sikkert organisations- og funktionsmæssigt fra frivillige sammenslutninger, selv om begge udøver virksomhed uden gevinst for øje, fordi sociale andelsselskaber under alle omstændigheder realiserer en økonomisk fordel for medlemmerne, hvorimod frivillige sammenslutninger er kendetegnet ved de »samfundsmæssige mål, solidaritetsformål og sociale formål« i de udførte almennyttige opgaver (artikel 5 i lovdekret nr. 117/2017).
- 11 Artikel 10, litra h), i – på lige fod med 28. betragtning til – direktiv 2014/24 omhandler imidlertid tout court »nonprofitorganisationer og -sammenslutninger«, uden at begrænse sig til frivillige sammenslutninger (ordlydsbaseret argument), og endvidere forudsætter det EU-retlige begreb »erhvervsdrivende« (og følgelig deltagelse i udbudsprocedurer) ikke, at virksomheden arbejder med gevinst for øje (logisk og systematisk argument).
- 12 Således giver bestemmelsen om, at alene den ene af kategorierne af de i direktiv 2014/24 omhandlede »nonprofitorganisationer og -sammenslutninger« »med forrang« kan få tildelt haste- og akutsygetransporttjenesten i henhold til overenskomst, således at sociale iværksættere udelukkes, anledning til tvivl om, hvorvidt bestemmelsen i artikel 57 i lovdekret nr. 117/2017 er forenelig med EU-retten. Et sådant forbehold bevirker faktisk, at frivillige sammenslutninger – til trods for den omfattende formulering af undtagelsen i ovennævnte 28. betragtning og artikel 10, litra h) – kun er nødt til at deltage i udbudsprocedurer, såfremt indgåelse »med forrang« af overenskomster af en eller anden grund ikke er mulig, hvorimod øvrige nonprofitorganisationer for at få tildelt den samme tjeneste altid er nødt til at vinde et udbud. Ovenstående tvivl fjernes ikke ved, at tildeling i henhold til overenskomst har fakultativ karakter ifølge den nationale lovgivning, fordi sociale andelsselskaber under ingen omstændigheder henhører under de mulige tjenesteydere.
- 13 I øvrigt har Domstolen for nylig i sag C-367/19 bemærket, at begrebet »offentlig kontrakt« i dennes egenskab af gensidigt bebyrdende kontrakt også omfatter en

kontrakt, hvor modydelsen blot svarer til godtgørelse af de afholdte udgifter. Således mister det af den regionale forvaltningsdomstol og den indstævnte myndighed fremhævede kendetegn – dvs. at det kun er medlemmerne i frivillige sammenslutninger, som ikke opnår en økonomisk fordel, idet de blot modtager en godtgørelse for deres udgifter – betydning for at begrunde en på EU-retligt plan gunstigere behandling af frivillige sammenslutninger i forhold til sociale andelsselskaber.

- 14 Et yderligere element, som kan udviske forskellene mellem de to kategorier af enheder uden gevinst for øje, er det forhold, at på tilsvarende måde som frivillige sammenslutninger kan anvende lønede arbejdstagere i det omfang, der er nødvendigt for deres drift, kan sociale andelsselskaber have frivillige medlemmer, der udfører deres arbejde gratis og blot modtager en godtgørelse for deres udgifter (artikel 2 i lov nr. 381/1991).
- 15 Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) nærer på grundlag af samtlige ovenstående betragtninger tvivl om, hvorvidt udelukkelsen fastsat i den omhandlede nationale lovgivning er forenelig med EU-retten, og har derfor udsat sagen og forelagt det i domskonklusionen fremsatte præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

ARBEJDSDOKUMENT