

Дело C-214/21**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда****Дата на постъпване в Съда:**

6 април 2021 г.

Запитваща юрисдикция:

Consiglio di Stato (Италия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

3 март 2021 г.

Жалбоподател на първа и на въззивна инстанция:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Отвeтник:

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza

при участието на:

ANPAS – Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze Odv

Предмет на главното производство

Жалба за отмяна на Решение на Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Calabria (Районен административен съд Калабрия, Италия), с което се отхвърля жалбата на жалбоподателя срещу обявлението на ответника за подбор за възлагане по договор на услугата за непрекъснат спешен и неотложен медицински транспорт на доброволчески организации и италианския Червен кръст, като се изключват останалите организации с нестопанска цел, в случая социалните кооперативни дружества, като дружеството жалбоподател

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

Тълкуване на член 10, буква з) и на съображение 28 от Директива 2014/24/ЕС съгласно член 267 ДФЕС

Преюдициалният въпрос

Допуска ли член 10, буква з) от Директива 2014/24/ЕС, както и съображение 28 от тази директива национална правна уредба, която предвижда, че услугите за неотложен и спешен медицински транспорт могат да се възлагат с договор предимно само на доброволчески организации, при условие че са вписани най-малко от шест месеца в Единния национален регистър на третия сектор, участват в мрежа от сдружения и са акредитирани съгласно регионалните нормативни актове в сектора (когато такива съществуват) и при условие че това възлагане гарантира предоставянето на услугата в системата на действителен принос за постигането на обществена цел и преследването на целите за солидарност при условията на икономическа ефективност и целесъобразност и при спазване на принципите на прозрачност и забрана за дискриминация, без да се имат предвид сред възможните кандидати за възлагане другите организации с нестопанска цел, и по-специално социални кооперации като социалните предприятия с нестопанска цел, включително социалните кооперативни дружества, които управляват разпределението между съдружниците на отстъпки, свързани с дейности в обществен интерес по смисъла на член 3, параграф 2 bis от decreto legislativo 112 del 2017 (Законодателен декрет № 112/2017)?

Релевантни разпоредби на правото на Съюза

Член 10, буква з) и съображение 28 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

Релевантни разпоредби на националното право

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), (Законодателен декрет № 50 от 18 април 2016 г. (Кодекс за обществените поръчки), член 17 „Специални изключения от договорите за възлагане на поръчки и услуги“: „1. Разпоредбите на настоящия кодекс не се прилагат за договорите за възлагане на поръчки и услуги: / [...] / h) във връзка с гражданска отбрана, гражданска защита и превенция на опасности, предоставяни от организации и сдружения с нестопанска цел [...] с изключение на услугите за транспорт на пациенти с линейка; / [...]“.

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore) (Законодателен декрет № 117 от 3 юли 2017 г. (Кодекс на третия сектор)

Член 4, „Субекти от третия сектор“: „1. Субекти от третия сектор са доброволческите организации, сдруженията за социално подпомагане, филантропските образувания, социалните предприятия, включително

социалните кооперации [...] и другите частни образувания, различни от дружества, учредени с нестопанска цел за граждански цели, солидарност или общественополезна дейност чрез упражняване, изключително или основно, на една или няколко дейности от обществен интерес под формата на доброволчески действия или безвъзмездно предоставяне на средства, стоки или услуги или взаимен обмен или производство или размяна на стоки или услуги, вписани в единния национален регистър на третия сектор“.

Член 56 „Договори“: „1. Публичните административни органи [...] могат да сключват с доброволческите организации и сдруженията за социално подпомагане, вписани от най-малко шест месеца в единния национален регистър на третия сектор, договори за осъществяване в полза на трети лица на социални дейности или услуги в обществен интерес, ако те са по-благоприятни в сравнение с пазарните условия“.

Член 57 „Услуги за неотложен и спешен медицински транспорт“: „1. Услугите за неотложен и спешен медицински транспорт могат да се възлагат приоритетно с договор на доброволчески организации, вписани от най-малко шест месеца в единния национален регистър на третия сектор, членуващи в мрежа от сдружения [...] и акредитирани в съответствие с регионалната правна уредба в тази област, ако има такава, в случаите, когато поради специфичния характер на услугата прякото възлагане гарантира предоставянето на услугата в обществен интерес в рамките на система за действителен принос за постигането на обществена цел и преследването на целите за солидарност при условията на икономическа ефективност и целесъобразност и при спазването на принципите на прозрачност и забрана за дискриминация.

2. Към договорите за услуги, посочени в параграф 1, се прилагат разпоредбите на член 56, параграфи 2, 3, 3-bis и 4“.

Граждански кодекс, член 2514 „Изисквания за преобладаващо взаимоспомагателни кооперативни дружества“: „Взаимоспомагателните кооперативни дружества предвиждат в своите учредителни актове: а) забрана за разпределяне на дивиденди в размер, надвишаващ максималната лихва по пощенски спестовни сертификати, увеличена с два и половина процентни пункта спрямо действително внесенния капитал; [...]“.

Legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali) (Закон № 381 от 8 ноември 1991 г. (Правна уредба на социалните кооперативни дружества), член 1 „Определение“: „1. Социалните кооперативни дружества преследват цели от общ интерес за обществеността, като подпомагане на хора и социална интеграция на гражданите чрез: / а) управление на социални, здравни и образователни услуги [...]. / 2. Към социалните кооперативни дружества се прилагат, доколкото са съвместими с настоящия закон, разпоредбите за сектора, в който осъществяват дейност самите кооперативни дружества“.

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 (Revisione della disciplina in materia di impresa sociale) (Законодателен декрет № 112 от 3 юли 2017 г. (Преразглеждане на правната уредба за социалното предприятие), член 3, „Липса на стопанска цел“: „2-bis. За целите, посочени в параграфи 1 и 2, не се счита за разпределение, дори косвено, на печалби и оперативни излишъци поделянето между съдружниците на отстъпки, свързани с дейности в обществен интерес по смисъла на член 2, извършено в съответствие с член 2545-sexies от Гражданския кодекс и при спазване на условия и ограничения, определени със закон или учредителен акт, от социални предприятия, учредени под формата на кооперативно дружество, при условие че уставът или учредителният акт посочват критерии за разпределение на печалбите между съдружниците пропорционално на количеството и качеството на взаимното подпомагане и, че е регистриран излишък във взаимоспомагателното управление“.

Кратко представяне на фактите и производството

- 1 Italy Emergenza е социално кооперативно дружество с нестопанска цел, членуващо в мрежа от сдружения с предмет преследване на цели от общ интерес за обществеността, като подпомагане на хора и социална интеграция на гражданите, специализирана по-специално в услугите за медицински транспорт, вписана като социално предприятие в Търговския регистър.
- 2 С обявление, публикувано на 26 февруари 2020 г., Azienda Sanitaria Provinciale (ASP) di Cosenza (Провинциална здравна служба, Козенца, Италия) открива процедура на подбор за възлагане по договор на непрекъснатата услуга за спешен и неотложен медицински транспорт на доброволчески организации и италианския Червен кръст.
- 3 С жалба, подадена пред TAR per la Calabria (Районен административен съд, Калабрия, Италия) Italy Emergenza твърди като главно искане незаконосъобразност на избора на ASP di Cosenza (Провинциална здравна служба, Козенца, Италия) да изключи от обществената поръчка възлагането на заявените услуги за медицински транспорт; и при условията на евентуалност, незаконосъобразност на клаузите на обявлението, които изначално изключват от това възлагане останалите организации с нестопанска цел, като кооперативните дружества, учредени по италианското право. По-специално, жалбоподателят се оплаква от противоречие на правната уредба, прилагана от ASP di Cosenza (Провинциална здравна служба, Козенца), предвидена в членове 56 и 57 от Законодателен декрет № 117/2017, на съображение 28 и на член 10, буква з) от Директива 2014/24, според които социалните кооперативни дружества се приравнявали на доброволчески организации за целите на прякото договаряне на услугите по спешна и неотложна помощ, тъй и едните, и другите нямат стопанска цел.

- 4 Жалбата е отхвърлена. TAR (Районен административен съд) най-напред признава, че разглежданата услуга попада в обхвата на изключението — по отношение на прилагането на правилата за възлагане на обществени поръчки — предвидено в член 10, буква з) от Директива 2014/24, възпроизведен в член 17, параграф 1, буква h) от Законодателен декрет № 50/2016. Тъй като е услуга за спешна и неотложна помощ, възлагането ѝ по договор се урежда по-специално от член 57 от Законодателен декрет № 117/2017, който е специален закон. Следователно съответният договор може да не е по-благоприятен от пазарните условия (член 56 в качеството му на общ закон), а сдружението — страна по договора — задължително трябва да отговаря на всички изброени в посочения член 57 условия (вписване на Registro unico nazionale (Единен национален регистър), членуване в мрежа, социална цел, икономическа ефективност и целесъобразност и т.н.).

С тези уточнения TAR ((Районен административен съд) приема за законосъобразно изключването на социалните кооперативни дружества от възможността за възлагане чрез договор, тъй като същите имат стопанска цел, макар и характеризираща се с взаимоспомагателност, което обосновава различното третиране съгласно член 57 от Законодателен декрет № 117/2017 в сравнение с доброволческите сдружения (единствените субекти от третия сектор, които могат да участват в тази процедура), като доказателство за това в случая той се позовава на член 5 от устава на жалбоподателя, който предвижда възможност за разпределяне на дивиденди със спред от 2,5 % върху лихвите на пощенските спестовни сертификати.

- 5 Кооперативното дружество подава жалба срещу решението на TAR (Районен административен съд) пред Consiglio di Stato (Държавен съвет).

Основни доводи на страните в главното производство

- 6 Във въззивната жалба кооперацията отново поставя въпроса за съвместимостта на членове 56 и 57 от Законодателен декрет № 117/2017 с правото на Европейския съюз. Дружеството поддържа, на следващо място, че обжалваното решение не отчита това, че в качеството си на „социални“ предприятия, социалните кооперативни дружества нямат стопанска цел и трябва да реинвестират печалбите си за постигането на тази цел.
- 7 Ответната Azienda Sanitaria възразява, че нормите на правото на Съюза, на които се позовава кооперацията, само определяли обективния обхват на изключването на някои обществени поръчки за услуги, без да приравняват по какъвто и да било начин доброволческите организации и социалните кооперативни дружества, що се отнася до възлаганията, предвидени в членове 56 и 57 от Законодателен декрет № 117/2017.

В този контекст запазената възможност за възлагане на доброволческите организации нямала задължителен характер за публичните администрации, а само факултативен и преференциален характер („могат ...

приоритетно“). С тази запазена възможност законодателят изразил предпочитанието си към образуванията, чиято дейност е основана на доброволческия, спонтанен и по необходимост безвъзмезден характер на действията на своите членове и които осъществяват принципа на солидарност. Обратно, социалните кооперативни дружества се основават на обща форма на работа, насочена към предоставяне на икономическо предимство на тези, които са част от самата кооперация, така че само доброволческата организация не би извлякла полза от своите дейности и би реализирала условието, произтичащо от решенията на Съда по дела C-113/13 и C-50/14, да не преследва, дори косвено икономическо предимство за своите членове.

- 8 В подкрепа на ответната администрация встъпилата страна ANPAS, националната мрежа на доброволческите организации, повдига въпроса, че във вътрешното право социалните кооперативни дружества могат не само да разпределят дивиденди в размера, определен в член 2514 от италианския Граждански кодекс, но и без законови ограничения да разпределят печалба под формата на отстъпки (ако взаимоспомагателното управление е приключило с излишък на приходите спрямо разходите), което би ги поставило автоматично извън периметъра на нестопанска цел.

Кратко представяне на мотивите за преюдициалното запитване

- 9 В самото начало Consiglio di Stato (Държавен съвет) отбелязва, че в действителност нито едно от посочените от ответника решения на Съда не се отнася до конкретния въпрос, че социалните кооперативни дружества не са посочени сред субектите, на които може да се възлага чрез пряко договаряне услугата за спешен и неотложен медицински транспорт. И двете съдебни решения предхождат влизането в сила на Законодателен декрет № 117/2017 и поради това се позовават на вътрешни правила, различни от член 57 от този декрет, който обаче е основанието на обжалваните актове за възлагане на обществена поръчка. Аналогично, приложената от тях директива (Директива № 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета) не е тази, за която се твърди, че е нарушена в разглеждания случай.
- 10 От своя страна Consiglio di Stato (Държавен съвет) подчертава значението на най-новото решение Falck Rettungsdienste (C-465/17) за разрешаването на спора. Според това решение определящият елемент в разпоредбата на член 10, буква з) от Директива 2014/24 е наличието на нестопанска цел ведно с реинвестирането на печалбите. Впрочем липсата на стопанска цел, която без съмнение отличава кооперативното дружество жалбоподател, изрично посочена в член 6 от неговия учредителен акт, и предвиждането на дивиденди в член 5 от този акт било само непряко позоваване на член 2514 от италианския граждански кодекс.

- 11 Несъмнено социалните кооперативни дружества са различни по организация и функциониране от доброволческите сдружения, тъй като, макар и двете форми да нямат стопанска цел, все пак само първите генерират икономическо предимство за лицата, които участват в тях, докато вторите се характеризират с „граждански, солидарни и социални цели“ на осъществяваните дейности в обществен интерес (член 5 от Законодателен декрет № 117/2017).
- 12 При все това, от една страна, член 10, буква з), както и съображение 28 от Директива 2014/24 посочва само „организации и сдружения с нестопанска цел“, без да се ограничава до доброволческите сдружения (буквално тълкуване), а от друга страна, в правото на Съюза понятието за предприемач (и заедно с него участието в обществени поръчки) не предполага съвместното съществуване на стопанската цел на предприятието (логическо и систематично тълкуване).
- 13 Ето защо запазването на възможността „предимно“ „за възлагане с договор на услугата за спешен и неотложен медицински транспорт само за един от видовете „организации и сдружения с нестопанска цел“, предвидени в Директива 2014/24, без да се отнася и до социалните предприятия, поражда съмнения относно съответствието с правото на Съюза на правната уредба, предвидена в член 57 от Законодателен декрет № 117/2017. Подобна запазена възможност всъщност би означавала, че въпреки широката формулировка на изключението, установено в съображение 28 и в член 10, буква з), посочени по-горе, доброволческите сдружения подлежат на участие в обществена поръчка само ако по някаква причина „приоритетният път“ на договарянето е невъзможен, докато всички останали организации с нестопанска цел би трябвало да преминават през процедура за възлагане на обществена поръчка, за да станат изпълнители на същата услуга. Съмненията не могат да бъдат преодолени и с оглед на незадължителния характер на договорното възлагане в националната правна уредба, тъй като във всеки случай социалните кооперативни дружества не са включени сред възможните изпълнители.
- 14 Неотдавна Съдът с решение, постановено по дело С-367/2019 подчертава, че понятието за обществена поръчка като възмезден договор включва и договорът, в който като насрещна престация е предвидено само възстановяване на направените разходи. По този начин и характеристиката, изтъкната от TAR (Районен административен съд) и ответника — а именно, че липсва каквото и да било икономическо предимство за членовете само на доброволческите организации, за които съществува единствено възстановяване на разходите — губи значение, за да се обоснове от гледна точка на правото на Съюза по-благоприятното третиране в сравнение със социалните кооперативни дружества.
- 15 Друг елемент, който може да нюансира разликите между двата вида организации с нестопанска цел, е че подобно на доброволческите

сдружения, те могат да използват работници, на които се заплаща възнаграждение, доколкото това е необходимо за тяхното функциониране, така че социалните кооперативни дружества могат да имат доброволни съдружници, които предоставят услугите си безвъзмездно и на които само се възстановяват разходите (член 2 от Закон № 381/1991).

- 16 Consiglio di Stato (Държавен съвет) отбелязва, че неотдавна е повдигнал пред Съда споменатите съмнения относно съответствието на разглежданата правна уредба с правото на Съюза и за тази цел препраща към преюдициалния въпрос по дело C-213/21, който е висящо, и към мотивите към това преюдициално запитване. Като допълнение към посочения въпрос, посочената юрисдикция уточнява, понастоящем в заключение следното: *„включително социалните кооперативни дружества, които управляват разпределението между съдружниците на отстъпки, свързани с дейности в обществен интерес по смисъла на член 3, параграф 2 bis от Законодателен декрет № 112 от 2017 г.“*.

По този начин Consiglio di Stato (Държавен съвет) иска да се установи дали уредената в учредителния акт възможност за социалните кооперативни дружества да разпределят част от печалбата между съдружниците под формата на отстъпка, не води до изключването им от числото на сдруженията с нестопанска цел и следователно от числото на сдруженията, които следва да бъдат включени в лицата, на които могат да бъдат възлагани по договор услугите, посочени в член 57 от Законодателен декрет № 117/2017. Всъщност, предоставянето на отстъпки — както чрез икономисване на разходи, така и чрез допълване на възнаграждението за изпълняваната дейност — може да се разглежда като скрито разпределение на дивиденди или имущество между съдружниците, когато съгласно решение *Falck Rettungsdienste*, посочено по-горе реинвестирането на печалбите е необходимо условие съгласно член 10, буква з) от Директива 2004/14.

- 17 От член 3, параграф 2-bis от Законодателен декрет № 112/2017 и от член 2525-sexties Граждански кодекс по-специално следва, че социалните предприятия, учредени под формата на юридически лица (каквото е дружеството жалбоподател), законосъобразно могат да разпределят отстъпки във връзка с дейност от обществен интерес при точно определени условия и ограничения. На първо място, ограничението за балансиран бюджет. На следващо място, изискването да се гарантира, че предприятието ще продължи да съществува и ще може да постигне и в следващите финансови години целта за взаимно подпомагане благодарение на неделими резерви и резерви за покриване на рисковете. Третото ограничение е разпределянето само на нетните печалби, получени от дейността, осъществявана от самите съдружници. Следователно кооперативното дружество трябва да води отделно счетоводство за дейността на съдружниците, като всеки от тях получава дял пропорционален на стойността на своето участие в дружеството. При това във всеки случай без

каквото и да било субективно право на съдружника на отстъпка, а само по решение на общото събрание и доколкото това е определено в закона или учредителните актове, доколкото едно хипотетично право на преференциални условия (например на по-голямо възнаграждение за положен труд) би могло да се окаже в противоречие на защитата на интереса на дружеството и да постави съдружниците в положение на противопоставяне по отношение на кооперацията.

- 18 След уточняването на общия нормативен контекст на отстъпките, за да установи „нестопанския характер“ на кооперативното дружество жалбоподател, Consiglio di Stato (Държавен съвет) възпроизвежда, на последно място, текста на член 34 от устава му, озаглавен „Отстъпки“, който предвижда по-специално:

„По предложение на управителния орган общото събрание може да реши да предостави отстъпки в размер до 30 % от общото финансово възнаграждение на работещите съдружници.

Отстъпките се разпределят пропорционално на количеството и/или качеството на положения от съдружниците труд в съответствие с разпоредбите на вътрешните правилници.

Предоставянето се осъществява по решение на общото събрание чрез: допълване на възнагражденията, безвъзмездно увеличаване на капитала на дружеството.

Отстъпените от съдружниците суми могат да бъдат използвани и за предоставяне на заем на дружеството.

Във всички случаи предоставянето на отстъпката трябва да дава възможност за резервите и плащанията по буква а) [неделима законова резерва в размер не по-малко от 30 %] и б) [вноска във Взаимоспомагателния фонд за насърчаване и развитие на кооперацията в законоустановения размер]“.

- 19 С оглед на всички изложени съображения Consiglio di Stato (Държавен съвет) спира производството и отправя преюдициално запитване до Съда о въпроса дали социалните кооперативни дружества, които не реинвестират всички печалби и прилагат отстъпки като дружеството жалбоподател, могат законосъобразно да бъдат изключени от възлагането по договор на услугите за спешен и неотложен медицински транспорт.