

Asunto C-213/21**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

6 de abril de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

18 de enero de 2021

Parte recurrente en primera instancia y en apelación:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Parte recurrida:

Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani (Empresa Sanitaria Local de Barletta-Andria-Trani)

Objeto del procedimiento principal

Impugnación de la sentencia del Tribunale Amministrativo Regionale (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo; en lo sucesivo «TAR») de Puglia mediante la cual dicho órgano jurisdiccional desestimó el recurso interpuesto por la parte recurrente contra los actos del procedimiento abierto por vía telemática convocado por la parte recurrida para adjudicar, mediante convenio, el servicio sanitario 118 «ambulancias» en el territorio de su competencia, y contra el acuerdo de la Junta Regional de Puglia que únicamente permitía celebrar ese convenio con asociaciones de voluntariado pero no con las demás asociaciones sin ánimo de lucro, en particular, las cooperativas sociales, como la sociedad recurrente.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del artículo 10, letra h), y del considerando 28 de la Directiva 2014/24/UE, de conformidad con el artículo 267 TFUE

Cuestión prejudicial

¿Se opone el artículo 10, letra h), de la Directiva 2014/24 UE, así como el considerando 28 de dicha Directiva, a una normativa nacional que prevé que los servicios de transporte sanitario de emergencia y urgencia solo pueden adjudicarse con carácter prioritario mediante convenio a las organizaciones de voluntariado —siempre que lleven inscritas desde al menos seis meses en el Registro Nacional Único del Tercer Sector, pertenezcan a una red de asociaciones, y estén autorizadas con arreglo a la normativa regional en la materia (si esta existe), y a condición de que esa adjudicación garantice la prestación del servicio en un sistema de contribución efectiva a una finalidad social y de persecución de objetivos de solidaridad, en condiciones de eficiencia económica e idoneidad, respetando asimismo los principios de transparencia y de no discriminación— sin contemplar, entre los posibles adjudicatarios, a las demás organizaciones sin ánimo de lucro y, más concretamente, a las cooperativas sociales, en tanto empresas sociales que no tienen finalidad lucrativa?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 10, letra h), y considerando 28, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

Disposiciones de Derecho 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 de contratos públicos)], artículo 17, «Exclusiones específicas relativas a los contratos públicos y concesiones de servicio»: «1. Las disposiciones del presente Código no se aplicarán a aquellos contratos públicos y concesiones de servicios que tengan por objeto: / [...] / h) servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro [...] salvo los servicios de transporte en ambulancia de pacientes; / [...]».

Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n.º 117 (Codice del Terzo settore) [Decreto Legislativo n.º 117, de 3 de julio de 2017 (Código del Tercer Sector)]

Artículo 4, «Entidades del Tercer Sector»: «1. Por entidades del Tercer Sector se entenderá las organizaciones de voluntariado, las asociaciones de promoción social, las organizaciones caritativas, las empresas sociales, incluidas las cooperativas sociales, [...] y las demás entidades privadas, distintas de sociedades, sin ánimo de lucro que persigan fines cívicos, solidarios o de utilidad social, mediante el desarrollo, con carácter exclusivo o principal, de una o varias actividades de interés general en forma de acción voluntaria o de entrega gratuita de dinero, bienes o servicios, o de mutualidad o fabricación o intercambio de bienes o servicios, inscritas en el Registro Único Nacional del Tercer Sector.»

Artículo 56, «Convenios»: «1. Las Administraciones Públicas [...] podrán suscribir con organizaciones de voluntariado y asociaciones de promoción social que lleven inscritas desde al menos seis meses en el Registro Nacional Único del Tercer Sector, convenios para el desarrollo de actividades o la prestación de servicios de interés general a favor de terceros, cuando ello resulte más favorable que recurrir al mercado».

Artículo 57, «Servicio de transporte sanitario de emergencia y urgencia»: «1. Los servicios de transporte de emergencia y urgencia podrán adjudicarse, con carácter prioritario, mediante convenio a las organizaciones de voluntariado que lleven inscritas desde al menos seis meses en el Registro Nacional Único del Tercer Sector, pertenezcan a una red de asociaciones [...], y estén autorizadas con arreglo a la normativa regional en la materia, si esta existe, en los supuestos en que, por la naturaleza específica del servicio, la adjudicación directa garantice la prestación del servicio de interés general, en un sistema de contribución efectiva a una finalidad social y de persecución de los objetivos de solidaridad, en condiciones de eficiencia económica y adecuación, y en la observancia de los principios de transparencia y no discriminación.

2. Los apartados 2, 3, 3-*bis* y 4 del artículo 56 serán de aplicación a los convenios que tengan por objeto los servicios indicados en el apartado 1 anterior.»

Codice Civile (Código Civil), artículo 2514, «Requisitos de las cooperativas de mutualidad preponderante»: «Las cooperativas de mutualidad preponderante deberán prever en sus estatutos: a) la prohibición de distribuir dividendos por encima del interés máximo de los certificados de ahorro postales, incrementado en dos puntos y medio con respecto al capital efectivamente desembolsado; [...].»

Legge 8 novembre 1991, n.º 381 (Disciplina delle cooperative sociali) [Ley n.º 381, de 8 de noviembre de 1991 (Régimen de las cooperativas sociales)], artículo 1, «Definición»: «1. Las cooperativas sociales tienen por objeto social perseguir el interés general de la comunidad en la promoción humana y la integración social de los ciudadanos mediante: / a) la gestión de servicios sociosanitarios y educativos [...]. / 2. Siempre que sean compatibles con la presente ley, se aplicarán a las cooperativas sociales las normas relativas al sector en el que operen».

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Italy Emergenza es una cooperativa social sin ánimo de lucro que presta servicios de transporte sanitario simple y sanitario, de traslado de impedidos y de transporte de personas con discapacidad en ambulancias a empresas y entes públicos pertenecientes al Servizio Sanitario Nazionale (Servicio de Salud Nacional). La Cooperativa debe estar en posesión de las autorizaciones necesarias para desarrollar esa actividad.

- 2 Mediante anuncio de licitación publicado el 27 de abril de 2020, la Empresa Sanitaria Local de Barletta-Andria-Trani convocó un procedimiento de selección comparativa para celebrar un convenio relativo a la gestión de puestos de ambulancias del «Servizio di Emergenza e Urgenza [Servicio de Emergencia y Urgencia (SEU) 118]» con asociaciones de voluntariado que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017 (denominando Código del Tercer Sector)] y en la legge della Regione Puglia 16 marzo 1994, n.º 11 (recante norme di attuazione della legge-quadro sul volontariato) [Ley Regional de Puglia n.º 11, de 16 de marzo de 1994 (de aplicación de la Ley marco sobre el voluntariado)], que estén inscritas desde al menos seis meses en el Registro Nacional Único (RUN) y que pertenezcan a una red de asociaciones con arreglo al artículo 41 del Código del Tercer Sector.

Las asociaciones contratantes se comprometen a poner a disposición ambulancias debidamente equipadas y dotadas con un conductor-asistente y un asistente, que permanezca 24 horas al día en las sedes o lugares oportunamente indicados por la Empresa Sanitaria.

- 3 Mediante recurso interpuesto ante el TAR de Puglia, Italy Emergenza impugnó el anuncio de licitación y los actos conexos alegando que contenían cláusulas ilegales que le impiden participar en la licitación, a pesar de ser una cooperativa social que opera desde hace muchos años de forma estable en el sector de actividad objeto del convenio. La Cooperativa invoca, en particular, que los artículos 56 y 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017 son contrarios al artículo 10, letra h), y al considerando 28 de la Directiva [2014/24], según los cuales, a efectos de la adjudicación directa mediante convenio de los servicios de emergencia y urgencia, las cooperativas sociales son plenamente equiparables a las asociaciones de voluntariado, ya que ambas carecen de ánimo de lucro.
- 4 El citado recurso fue desestimado. El TAR reconoció, en primer lugar, que el servicio en cuestión es un transporte sanitario en ambulancia asistido «cualificado» que, por dicha razón, está comprendido en la excepción —a la aplicación de las normas de adjudicación de contratos públicos— prevista en el artículo 10, letra h), de la Directiva [2014/24], transpuesto mediante el artículo 17, apartado 1, letra h), del Decreto Legislativo n.º 50/2016. Al tratarse de un servicio de emergencia y urgencia, su adjudicación mediante convenio está regulada, en particular, por el artículo 57 del Decreto Legislativo n.º 117/20107, que es la *lex specialis*. Por consiguiente, el correspondiente convenio puede no ser más favorable que recurrir al mercado (artículo 56, que constituye la *lex generalis*), pero deberá cumplir necesariamente todos los requisitos que establece el citado artículo 57 (inscripción de la asociación en el RUN, pertenencia a una red, finalidad social, eficiencia económica e idoneidad, etc.).

Partiendo de ese postulado, el TAR consideró legítimo excluir la posibilidad de adjudicar los citados servicios mediante convenio a las cooperativas sociales, pues estas persiguen un propósito empresarial, aunque caracterizado por un fin mutualista, que justifica la diferencia de trato que establece el artículo 57 del

Decreto Legislativo n.º 117/2017 con respecto a las asociaciones de voluntariado (únicas entidades del Tercer Sector que están legitimadas para participar en el citado procedimiento). En apoyo de dicha consideración, se remitió al artículo 5 de los estatutos de la recurrente, que prevén la posibilidad de distribuir dividendos con un diferencial de hasta el 2,5 % sobre los tipos de los certificados de ahorro postales.

- 5 La Cooperativa interpuso recurso contra la sentencia del TAR ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado).

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 6 En su recurso de apelación, la Cooperativa vuelve a invocar nuevamente la cuestión de la compatibilidad con la normativa de la Unión Europea de los artículos 56 y 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017. Sostiene a continuación que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta el hecho de que, en su condición de empresas «sociales», las cooperativas sociales no tienen ánimo de lucro y deben reinvertir sus beneficios con el fin de alcanzar su objetivo.
- 7 La Empresa Sanitaria recurrida replica que las normas del Derecho de la Unión a que alude la Cooperativa se limitan a definir el ámbito objetivo de exclusión de algunos contratos públicos de servicios, sin equiparar en modo alguno las asociaciones de voluntariado a las cooperativas sociales en lo que respecta a las adjudicaciones previstas en los artículos 56 y 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017.

En ese contexto, la reserva relativa a la adjudicación a las organizaciones de voluntariado no tiene carácter taxativo y obligatorio para las Administraciones Públicas, sino facultativo y preferente («podrán [...], con carácter prioritario»). A través de dicha reserva, el legislador manifestó su preferencia por los entes cuya actividad se basa en el carácter voluntario, espontáneo y necesariamente gratuito de la actuación de los asociados y que aplican el principio de solidaridad. Por el contrario, las cooperativas sociales se basan en un sistema de trabajo común encaminado a procurar una ventaja económica a todos los que forman parte de ella, de modo que únicamente las organizaciones de voluntarios no obtienen beneficios de sus prestaciones y reúnen el requisito, establecido en las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los asuntos C-113/13 y C-50/14, de no perseguir, ni siquiera de modo indirecto, ventajas económicas para sus asociados.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 8 El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) observa, con carácter preliminar que, en realidad, ninguna de las resoluciones del Tribunal de Justicia citadas por la recurrida aborda concretamente la cuestión de que las cooperativas sociales no estén incluidas entre las entidades que pueden ser adjudicatarias directas, mediante convenio, del servicio de transporte sanitario de emergencia y urgencia.

Ambas sentencias son anteriores a la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 117/2017 de modo que hacen referencia a normas internas distintas del artículo 57 de dicho Decreto que constituye, en cambio, la disposición de base de los actos de licitación impugnados. Asimismo, la Directiva que se aplica en ellas (Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) no es la Directiva cuya infracción se censura en el presente asunto.

- 9 El Consiglio di Stato destaca, en cambio, la pertinencia a efectos de la resolución del litigio, de la reciente sentencia Falck Rettungsdienste (asunto C-465/17), según la cual el elemento decisivo de la disposición del artículo 10, letra h), de la Directiva [2014/24], es la persecución de un fin sin ánimo de lucro junto con la reinversión de los beneficios. Pues bien, es evidente que la cooperativa recurrente no tiene ánimo de lucro, según se establece expresamente en el artículo 6 de sus estatutos, y la disposición relativa a los dividendos, recogida en el artículo 5 de esos mismos estatutos, no es más de que una remisión indirecta al artículo 2514 del Código Civil.
- 10 Es cierto que, desde el punto de vista organizativo y funcional, las cooperativas sociales difieren de las asociaciones de voluntariado porque, aunque ambas carecen de ánimo de lucro, únicamente las primeras procuran en cualquier caso una ventaja económica a las personas que forman parte de ella, mientras que las segundas se caracterizan por los «fines cívicos, solidarios o de utilidad social» de las actividades de interés general que desarrollan (artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 117/2017).
- 11 Sin embargo, por un lado, la letra h) del artículo 10 —al igual que el considerando 28— de la Directiva [2014/24] se refieren, simplemente a «organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro», y no se limitan exclusivamente a las asociaciones de voluntariado (argumento literal), y, por otro lado, en el Derecho de la Unión el concepto de empresario (y, junto a él, la participación en contratos públicos) no presupone que la empresa debe tener ánimo de lucro (argumento lógico y sistemático).
- 12 Así, reservar «con carácter prioritario» la posibilidad de adjudicar mediante convenio el servicio de transporte sanitario de emergencia y urgencia exclusivamente a una de las categorías de «organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro» previstas en la Directiva 2014/24, sin contemplar también a las empresas sociales, hace dudar de la conformidad con el Derecho de la Unión de la normativa establecida en el artículo 57 del Decreto Legislativo n.º 117/2017. De hecho, esa reserva implica que —a pesar de la amplitud de la formulación de la excepción que establecen el considerando 28 y el artículo 10, letra h), antes citados— las asociaciones de voluntariado solo están obligadas a participar en una licitación pública cuando, por cualquier razón, no sea posible recurrir a un convenio «con carácter prioritario», mientras que, para ser adjudicatarias del mismo servicio, todas las demás asociaciones sin ánimo de lucro deberán siempre participar en una licitación. Tampoco permite superar esas objeciones el hecho de que, conforme a la normativa nacional, la adjudicación mediante convenio sea

facultativa, dado que, en cualquier caso, las cooperativas sociales no están incluidas entre los posibles adjudicatarios.

- 13 Además, el Tribunal de Justicia también ha señalado recientemente, en su sentencia dictada en el asunto C-367/2019, que el concepto de contrato público, como contrato a título oneroso, también comprende los contratos en los que únicamente se prevea el reembolso de los gastos soportados. De este modo, la característica que destacan el TAR y la recurrida —a saber, que únicamente en las asociaciones de voluntariado los miembros de la citada entidad no obtienen ninguna ventaja económica y solo se les reembolsan los gastos— pierde valor para justificar, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el trato de favor que reciben frente a las cooperativas sociales.
- 14 Otro elemento que desdibuja las diferencias entre ambos tipos de entidades sin ánimo de lucro consiste en que, del mismo modo que las asociaciones de voluntariado pueden recurrir a trabajadores asalariados cuando ello resulta necesario para su funcionamiento, las cooperativas sociales pueden contar con socios voluntarios que desempeñan su actividad de forma gratuita y a los que únicamente se les reembolsan los gastos (artículo 2 de la Ley n.º 381/1991).
- 15 Por todo lo anterior, el Consiglio di Stato duda que la exclusión que establece la normativa nacional controvertida sea compatible con el Derecho de la Unión, suspende el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial que figura en la parte dispositiva.