

Věc C-214/21

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

6. dubna 2021

Předkládající soud:

Consiglio di Stato (Itálie)

Datum předkládacího rozhodnutí:

3. března 2021

Žalobce a navrhovatel v řízení o kasačním opravném prostředku:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Žalovaný/Odpůrce:

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza

za účasti:

ANPAS – Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze Odv

Předmět původního řízení

Kasační opravný prostředek podaný proti rozsudku Amministrativo Regionale (TAR) per la Calabria (regionální správní soud pro Kalábrii), kterým byla zamítnuta žaloba navrhovatele proti aktům výběrového řízení vyhlášeného odpůrcem na zadání trvalé služby pohotovostní sanitní přepravy prostřednictvím smlouvy dobrovolnickým organizacím a Croce Rossa Italiana (Italský Červený kříž), s vyloučením jiných neziskových organizací, zejména sociálních družstev, jako je společnost, jež je navrhovatelem.

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

Výklad čl. 10 písm. h) a bodu 28 odůvodnění směrnice 2014/24/EU podle článku 267 SFEU

Předběžná otázka

Brání čl. 10 písm. h) směrnice 2014/24/EU – a s ním bod 28 odůvodnění této směrnice – takové vnitrostátní právní úpravě, která stanoví, že služby pohotovostní sanitní přepravy mohou být přednostně zadány prostřednictvím smlouvy pouze dobrovolnickým organizacím – za předpokladu, že jsou zapsány po dobu nejméně šesti měsíců v jediném národním rejstříku neziskového sektoru, jakož i že jsou členy sítě sdružení a jsou akreditované podle odvětvové regionální právní úpravy (pokud byla přijata), a pod podmínkou, že toto zadání zaručuje poskytování služby v rámci systému účinně přispívajícího k dosažení sociálního cíle a naplňujícího cíle solidarity, za podmínek hospodářské efektivity a přiměřenosti a při dodržení zásad transparentnosti a zákazu diskriminace – aniž by mezi subjekty, kterým je možné zakázku zadat, zahrnovala jiné neziskové organizace, a konkrétně sociální družstva, jako jsou neziskové sociální podniky, včetně sociálních družstev, která poskytují svým členům rabaty v souvislosti s činnostmi obecného zájmu ve smyslu čl. 3 odst. 2a legislativního nařízení č. 112 z roku 2017?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Článek 10 písm. h) a bod 28 odůvodnění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18 (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65).

Uplatňovaná hlavní ustanovení vnitrostátního práva

Legislativní nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016 (zákoník veřejných zakázek), článek 17, „Zvláštní výjimky pro smlouvy o zakázkách na služby a pro koncese na služby“: „1. Ustanovení tohoto zákoníku se nevztahují na veřejné zakázky a koncese na služby, které se týkají: / [...] / h) služeb civilní obrany, civilní ochrany a prevence nebezpečí poskytovaných neziskovými organizacemi nebo sdruženími [...] s výjimkou služeb sanitní přepravy pacientů; / [...]“.

Legislativní nařízení č. 117 ze dne 3. července 2017 (zákoník pro neziskový sektor)

Článek 4, „Subjekty neziskového sektoru“: „1. Subjekty neziskového sektoru jsou dobrovolnické organizace, sdružení pro sociální podporu, filantropické subjekty, sociální podniky, včetně sociálních družstev, [...] a další soukromé subjekty jiné než společnosti založené za účelem neziskového sledování občanských, solidárních a sociálně prospěšných účelů prostřednictvím výlučného nebo hlavního výkonu jedné nebo více činností obecného zájmu ve formě dobrovolnické činnosti nebo bezplatného poskytování peněz, zboží nebo služeb nebo vzájemné pomoci nebo výroby nebo výměny zboží nebo služeb, a zapsané v jediném národním rejstříku neziskového sektoru“.

Článek 56 „Dohody“: „1. Orgány veřejné správy [...] mohou s dobrovolnickými organizacemi a sdruženími pro sociální podporu, zapsanými po dobu nejméně šesti měsíců v jediném národním rejstříku neziskového sektoru, uzavírat smlouvy zaměřené na provádění sociálních činností nebo služeb obecného zájmu ve prospěch třetích osob, pokud jsou příznivější než využití trhu“.

Článek 57, „Služba pohotovostní sanitní přepravy“: „1. Služby pohotovostní sanitní přepravy mohou být zadávány přednostně smlouvou dobrovolnickým organizacím zaregistrovaným již nejméně šest měsíců v jediném národním rejstříku neziskového sektoru, které jsou členy sítě sdružení [...] a jsou akreditované na základě regionálních předpisů v dané oblasti, pokud byly takové předpisy přijaty, a to v případech, kdy vzhledem ke zvláštní povaze služby je přímým zadáním zaručeno poskytování služby obecného zájmu v systému účinného přispívání k sociálnímu cíli a naplňování cílů solidarity, za podmínek hospodářské efektivity a přiměřenosti a při dodržení zásad transparentnosti a zákazu diskriminace.

2. Ustanovení odstavců 2, 3, 3a a 4 článku 56 se použijí na smlouvy týkající se služeb uvedených v odstavci 1“.

Občanský zákoník, článek 2514, „Požadavky na družstva s převažující vzájemností“: „Družstva s převažující vzájemností musí ve svých stanovách stanovit: a) zákaz rozdělování dividend nad maximální úrok z poštovních spořicích poukázek, zvýšený o dva a půl bodu ve srovnání se skutečně splaceným kapitálem; [...]“.

Zákon č. 381 ze dne 8. listopadu 1991 (právní úprava sociálních družstev), článek 1, „Definice“: „1. Cílem sociálních družstev je sledovat obecný zájem společenství na podpoře lidskosti a sociální integraci občanů prostřednictvím: / a) správy sociálně-zdravotnických a vzdělávacích služeb [...]. 2. Na sociální družstva se uplatní, pokud jsou slučitelná s tímto zákonem, pravidla týkající se odvětví, ve kterém tato družstva působí“.

Legislativní nařízení č. 112 ze dne 3. července 2017 (Revize právní úpravy v oblasti sociálních podniků), článek 3, „Neziskovost“: „2-a. Pro účely uvedené v odstavcích 1 a 2 se poskytnutí rabatů sociálními podniky zřízenými ve formě sociálního družstva svým členům v souvislosti s činnostmi obecného zájmu podle článku 2 uskutečněné ve smyslu článku 2545-*sexies* občanského zákoníku a v souladu s podmínkami a omezeními stanovenými zákonem nebo stanovami nepovažuje za rozdělení, ať přímé či nepřímé, zisku a provozních přebytků za předpokladu, že stanovy nebo zakladatelská listina uvádějí kritéria pro rozdělení rabatů členům úměrně k množství a kvalitě vzájemných výměn a že je zaznamenán vzájemný provozní přebytek.“

Stručný popis skutkového stavu a původního řízení

- 1 Italy Emergenza je neziskovým družstvem patřícím do sítě sdružení, jehož předmětem činnosti je sledování obecného zájmu společenství na podpoře lidské činnosti a sociální integraci, specializovaným zejména na služby sanitní přepravy a zapsaným jako sociální podnik v podnikovém rejstříku.
- 2 Oznámením zveřejněným dne 26. února 2020 vyhlásil Azienda Sanitaria Provinciale (ASP) di Cosenza (provinční správní orgán pověřený správou zdravotnických služeb v Cosenza) výběrové řízení na zadání trvalé služby pohotovostní sanitní přepravy prostřednictvím smlouvy dobrovolnickým organizacím a Croce Rossa Italiana (Italský Červený kříž).
- 3 Žalobou podanou k TAR per la Calabria (regionální správní soud pro Kalábrii) se Italy Emergenza primárně dovolávalo protiprávnosti rozhodnutí ASP di Cosenza vyloučit zadání požadovaných služeb sanitní přepravy z veřejného zadávacího řízení; podpůrně se dovolávalo protiprávnosti ustanovení oznámení, která bezprostředně vylučovala z dotčeného zadání zakázky ostatní neziskové organizace, jako jsou družstva založená podle italského práva. Navrhovatel zejména namítá rozpor právní úpravy použité ASP di Cosenza, stanovené v člancích 56 a 57 legislativního nařízení č. 117/2017, bodě 28 odůvodnění a čl. 10 písm. h) směrnice 2014/24, podle kterých jsou sociální družstva považována za dobrovolnické organizace pro účely přímého uzavření smlouvy na sanitní pohotovostní služby, neboť jak sociální družstva, tak dobrovolnické organizace jsou neziskové.
- 4 Žaloba byla zamítnuta. TAR nejprve uznal, že dotčená služba spadá pod výjimku – ve vztahu k použití pravidel pro zadávání veřejných zakázek – stanovenou v čl. 10 písm. h) směrnice 2014/24, který byl proveden do čl. 17 odst. 1 písm. h) legislativního nařízení č. 50/2016. Jakožto sanitní pohotovostní služba je její zadání prostřednictvím smlouvy upraveno zejména článkem 57 legislativního nařízení č. 117/2017, který je *lex specialis*. V důsledku toho nemusí být příslušná smlouva příznivější než využití trhu (článek 56 jako *lex generalis*), ale sdružení, které je smluvní stranou, musí nutně splňovat všechny podmínky uvedené v článku 57 (zápis v RUN, členství v síti, sociální účel, hospodářská efektivita a přiměřenost atd.)

Vzhledem k výše uvedenému regionální správní soud považoval vyloučení sociálních družstev z možnosti zadání smlouvou za legitimní, jelikož tato družstva sledují podnikatelský účel, i když je charakterizován cílem vzájemnosti, který odůvodňoval rozdílné zacházení podle článku 57 legislativního nařízení č. 117/2017 oproti dobrovolnickým sdružením (jediné subjekty neziskového sektoru oprávněné účastnit se tohoto řízení); jako důkaz toho připomněl v projednávané věci článek 5 statutu navrhovatele, který stanoví možnost rozdělení dividend, s rozpětím až 2,5 % u úroků poštovních poukázek.

- 5 Proti rozsudku regionálního správního soudu podalo družstvo Italy Emergenza kasační opravný prostředek k Consiglio di Stato (Státní rada).

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

- 6 V rámci kasačního opravného prostředku družstvo opět nastoluje otázku slučitelnosti článků 56 a 57 legislativního nařízení č. 117/2017 s unijní právní úpravou. Dále tvrdí, že napadený rozsudek nezohlednil to, že sociální družstva jakožto „sociální“ podniky sledují neziskový účel a musí reinvestovat zisky k dosažení tohoto cíle.
- 7 Azienda Sanitaria (správní orgán pověřený správou zdravotnických služeb), který je odpůrcem, uvádí, že pravidla unijního práva, kterých se dovolává družstvo, se omezují na vymezení objektivního rozsahu vyloučení určitých zakázek na služby, aniž by stanovila jakoukoli rovnocennost mezi dobrovolnickými sdruženími a sociálními družstvy ve vztahu k zadáním stanoveným v článcích 56 a 57 legislativního nařízení č. 117/2017.

V tomto kontextu výhrada zadání dobrovolnickým organizacím není pro orgány veřejné správy taxativní a povinná, ale pouze volitelná a preferenční („*mohou ... přednostně*“). Touto výhradou zákonodárce vyjádřil svou podporu subjektům, jejichž činnost je založena na dobrovolné, spontánní a nutně bezplatné povaze činnosti členů, a které naplňují zásadu solidarity. Sociální družstva se naopak zakládají na běžné formě práce, jejímž cílem je přinést hospodářskou výhodu členům samotného družstva, takže pouze dobrovolnická organizace nemá prospěch ze svých služeb a splňuje podmínku, která vychází z rozhodnutí Soudního dvora ve věcech C-113/13 a C-50/14, nesledovat, byť nepřimo, hospodářskou výhodu pro své členy.

- 8 Na podporu správního orgánu, který je odpůrcem, vstoupila do řízení ANPAS, jež je sítí národního sdružení dobrovolnických organizací, a nadnesla otázku, že sociální družstva mohou ve vnitrostátním právu nejen vyplácet dividendy v rozsahu stanoveném v článku 2514 občanského zákoníku, ale rovněž bez zákonného omezení rozdělovat zisk ve formě rabatů (pokud by provozování na základě vzájemnosti vedlo k vyšším příjmům ve srovnání s náklady), což by je automaticky stavělo mimo rámec neziskovosti.

Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 9 Consiglio di Stato (Státní rada) zaprvé uvádí, že ve skutečnosti se žádné z rozhodnutí Soudního dvora, které odpůrce nadnesl, nezabývá konkrétní otázkou neuvedení sociálních družstev mezi subjekty, kterým mohou být smlouvou přímo zadány služby pohotovostní sanitní přepravy. Oba rozsudky předchází vstupu legislativního nařízení č. 117/2017 v platnost, a tudíž odkazují na jiná vnitrostátní pravidla než na článek 57 tohoto legislativního nařízení, což je naopak ustanovení, které je základem napadených zadávacích dokumentů. Stejně tak směrnice, kterou

uplatňují (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES), není směrnicí, jejíž porušení je namítáno v projednávané věci.

- 10 Consiglio di Stato (Státní rada) naopak zdůrazňuje význam, pro vyřešení sporu, novějšího rozsudku ve věci Falck Rettungsdienste (věc C-465/17), podle kterého je v ustanovení čl. 10 písm. h) směrnice 2014/24 rozhodujícím prvkem sledování neziskového účelu reinvesticí zisků. Neexistence ziskových účelů nepochybně charakterizuje družstvo-navrhovatele, jak je výslovně uvedeno v článku 6 jeho statutu, a stanovení dividend v článku 5 tohoto statutu není ničím jiným než nepřímým citováním článku 2514 občanského zákoníku.
- 11 Sociální družstva se jistě liší na organizační a funkční úrovni od dobrovolnických sdružení, protože i když jsou oba subjekty bez ziskového účelu, pouze sociální družstva však vytvářejí hospodářskou výhodu pro subjekty, které jsou jejich členy, zatímco dobrovolnická sdružení se vyznačují „občanskými, solidárními a sociálně prospěšnými cíli“ prováděných činností obecného zájmu (článek 5 legislativního nařízení č. 117/2017).
- 12 Jednak však čl. 10 písm. h) – stejně jako bod 28 odůvodnění – směrnice 2014/24 prostě a jednoduše hovoří o „neziskových organizacích nebo sdruženích“, aniž by se omezoval pouze na dobrovolnická sdružení (doslovný výklad), a jednak v unijním právu pojem „podnikatel“ (a s ním účast na veřejných zakázkách) nepředpokládá koexistenci účelu zisku podniku (logicko-systematický výklad).
- 13 Vyhrazení možnosti „přednostně“ smlouvou zadat službu pohotovostní sanitní přepravy pouze jednomu z typů „neziskových organizací nebo sdružení“ stanovených ve směrnici 2014/24, bez zahrnutí sociálních podniků, tedy zakládá pochybnost o slučitelnosti právní úpravy uvedené v článku 57 legislativního nařízení č. 117/2017 s unijním právem. Taková výhrada by totiž znamenala, že – navzdory rozsahu znění odchylky stanovené v bodě 28 odůvodnění a v čl. 10 písm. h) uvedených výše – dobrovolnická sdružení podléhají zadávacímu řízení, pouze pokud z jakéhokoli důvodu není „přednostní“ smlouva možná, zatímco všechny ostatní neziskové organizace by se musely vždy účastnit zadávacího řízení, aby jim byla zadána stejná služba. Tuto zmatečnost by nebylo ani možné překonat z důvodu pouze fakultativní povahy, ve vnitrostátní právní úpravě, zadání prostřednictvím smlouvy, jelikož v každém případě sociální družstva nejsou zahrnuta mezi subjekty, kterým může být zakázka zadána.
- 14 Nedávno však Soudní dvůr v rozsudku vydaném ve věci C-367/2019 zdůraznil, že pod pojem „veřejná zakázka“, jakožto úplatná smlouva, spadá také smlouva, ve které je jako protihodnota stanovena pouze náhrada vzniklých výdajů. Takto by také charakteristika zdůrazněná regionálním správním soudem a odpůrcem – to znamená, že pouze v dobrovolnických sdruženích neexistuje hospodářská výhoda členů subjektu, pro které platí pouze náhrada výdajů – ztratila hodnotu pro účely odůvodnění, z hlediska unijního práva, příznivějšího zacházení s takovými sdruženími oproti sociálním družstvům.

- 15 Dalším prvkem vhodným k setření rozdílů mezi těmito dvěma typy neziskových organizací je pak to, že stejně jako mohou dobrovolnická sdružení využívat pracovníky v mezích nezbytných pro jejich fungování, tak sociální družstva mohou mít dobrovolné členy, kteří zdarma poskytují své služby a kterým se vyplácí pouze náhrada výdajů (článek 2 zákona č. 381/1991).
- 16 Consiglio di Stato (Státní rada) poznamenává, že uvedené pochybnosti ohledně souladu sporné právní úpravy s unijním právem před Soudním dvorem již nedávno uplatnila, a za tímto účelem odkazuje na předběžnou otázku ve věci C-213/21, která je projednávána, a na odůvodnění, které je podkladem. Jako doplněk k této otázce nyní na konci upřesňuje následující: „včetně sociálních družstev, která poskytují svým členům rabaty v souvislosti s činnostmi obecného zájmu ve smyslu čl. 3 odst. 2a legislativního nařízení č. 112 z roku 2017“.

Consiglio di Stato se tak snaží zjistit, zda možnost upravená stanovami, aby sociální družstva rozdělila část zisku členům ve formě rabatů, nevede k jejich vyloučení z okruhu neziskových sdružení, a tedy sdružení, která musí být zahrnuta mezi dodavatele služeb prostřednictvím smlouvy uvedené v článku 57 legislativního nařízení č. 117/2017. Poskytnutí rabatů by totiž – buď úsporou nákladů, nebo příplatkem k odměně za poskytovanou činnost – mohlo být skrytou výplatou dividend nebo aktiv členům, pokud v souladu s výše uvedeným rozsudkem Falck Rettungsdienste je reinvestice zisků patrně základní podmínkou pro účely čl. 10 písm. h) směrnice 2004/14.

- 17 Z čl. 3 odst. 2a legislativního nařízení č. 112/2017 a článku 2525-*sexties* občanského zákoníku zejména vyplývá, že k tomu, aby byly sociální podniky ve formě společností (jako je družstvo, jež je navrhovatelem) oprávněny k rozdělení rabatů v souvislosti s činnostmi obecného zájmu, musí toto rozdělení podléhat přesným omezením. Především omezení rozpočtové rovnováhy. Dále nutnosti zajistit, aby podnik vykonával činnost trvale a mohl rovněž v budoucích zdaňovacích obdobích dosáhnout cíle vzájemnosti prostřednictvím nedělitelných rezerv a obezřetnostních rezerv. Třetí omezení spočívá v rozdělování pouze čistého zisku, který vyplývá z činností vykonávaných se samotnými členy. Družstevní společnost tedy musí vést oddělené účetnictví pro činnosti se členy, a rozdělení musí být úměrné k hodnotě vzájemné výměny mezi členy a družstvem. A to každopádně bez jakéhokoli subjektivního práva člena na získání rabatu, nýbrž pouze na rozhodnutí valné hromady a v rozsahu stanoveném zákonem nebo stanovami, jelikož hypotetický nárok na přednostní podmínky (například na vyšší odměnu za vykonanou práci) by mohl být v rozporu s ochranou sociálního zájmu a přivést členy do situace, která je v rozporu s družstvem.
- 18 S ohledem na právní rámec rabatů obecně Consiglio di Stato (Státní rada) pro účely určení „neziskové“ povahy družstva, které je navrhovatelem, konečně uvádí znění článku 34 stanov tohoto družstva nadepsaného „Rabaty“, který konkrétně stanoví:

„Valná hromada může na návrh správního orgánu rozhodnout o poskytnutí rabatů v maximální výši 30 % celkových příjmů, které přísluší zaměstnaným členům.

Rabaty musí být rozděleny poměrně k množství nebo kvalitě pracovních služeb poskytovaných členy v souladu s ustanoveními interních předpisů.

K vyplacení může dojít na základě rozhodnutí valné hromady: – formou příplatků k odměně – bezplatným zvýšením základního kapitálu.

Částky rozdělené členům mohou být rovněž použity pro otevření sociálního úvěru.

Poskytnutí rabatů musí v každém případě umožnit rezervu a platbu uvedenou v písmenech a) [nedělitelná zákonná rezerva, která není nižší než 30 %] a b) [platba do Fondu vzájemné pomoci na podporu a rozvoj spolupráce v zákonné výši].“

- 19 S ohledem na výše uvedené Consiglio di Stato (Státní rada) přerušuje řízení a klade Soudnímu dvoru otázku, zda sociální družstva, která nereinvestují veškerý zisk a rozdělují rabaty, jak činí družstevní společnost, jež je navrhovatelem, mohou být legitimně vyloučena ze zadání zakázek na služby pohotovostní sanitní přepravy prostřednictvím smlouvy.