

Mål C-214/21

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

6 april 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

3 mars 2021

Klagande, tilika i första instans:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Motpart:

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza

Ytterligare deltagare i rättegången:

ANPAS – Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze Odv

Saken i det nationella målet

Överklagande av den dom varigenom Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Calabria har ogillat klagandens begäran om överprövning av Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenzas (hälso- och sjukvårdsmyndigheten i provinsen Cosenza) beslut i urvalsförfarandet för tilldelning genom överenskommelse av kontrakt för permanent tillhandahållande av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster till frivilligorganisationer och Croce Rossa Italiana (italienska Röda korset), och inte till andra icke vinstdrivande organisationer, däribland sociala kooperativ såsom Italy Emergenza.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran om förhandsavgörande har framställts med stöd av artikel 267 FEUF och avser tolkningen av artikel 10 h och skäl 28 i direktiv 2014/24/EU.

Fråga som har hänskjutits för förhandsavgörande

Utgör artikel 10 h i direktiv 2014/24/EU – och även skäl 28 i nämnda direktiv – hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken offentliga myndigheter enbart kan tilldela frivilligorganisationer kontrakt för tillhandahållande av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster, med prioritet, genom överenskommelse – förutsatt att dessa organisationer i minst sex månader har varit inskrivna i det nationella registret för tredje sektorn, är medlemmar i ett nätverk av sammanslutningar och är godkända i enlighet med (eventuell) regional lagstiftning på området, och förutsatt att denna tilldelning säkerställer att tjänsten utförs på ett sätt som bidrar till dess sociala syfte och till målen om solidaritet, under ekonomiskt effektiva och lämpliga villkor samt med iakttagande av principerna om öppenhet och icke-diskriminering – men där kategorin av möjliga tjänsteleverantörer inte inbegriper andra icke vinstdrivande organisationer och, närmare bestämt sociala kooperativ i deras egenskap av icke vinstdrivande sociala företag, däribland sociala kooperativ som delar ut återbäring till medlemmarna med anknytning till allmännyttiga uppdrag i enlighet med artikel 3.2-bis i lagstiftningsdekret nr 112/2017?

Anförda unionsbestämmelser

Artikel 10 h och skäl 28 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

Anförda nationella bestämmelser

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016 om offentlig upphandling), artikel 17, ”Särskilda undantag för tjänsteupphandlingskontrakt och tjänstekoncessioner”: ”1. Bestämmelserna i denna lag ska inte tillämpas på tjänsteupphandlingskontrakt och tjänstekoncessioner som avser / ... / h) civilförvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara som tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar ... utom ambulanstjänster för transport av patienter, / ...”

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore) (lagstiftningsdekret nr 117 av den 3 juli 2017 rörande lagen om den tredje sektorn):

Artikel 4, ”Organisationer inom den tredje sektorn”: ”1. Med organisationer inom den tredje sektorn avses frivilligorganisationer, samhällsnyttiga sammanslutningar, filantropiska organisationer, sociala företag, däribland sociala kooperativ, ... och andra privata organisationer än icke vinstdrivande bolag som har bildats för att uppnå samhälleliga mål, solidaritetsmål och sociala syften genom att uteslutande eller huvudsakligen utföra ett eller flera allmännyttiga

uppdrag som består i frivilligarbete eller att skänka pengar, varor eller tjänster, eller ömsesidighet eller produktion eller utbyte av varor och tjänster, och är inskrivna i det nationella registret för tredje sektorn.”

Artikel 56, ”Överenskommelser”: ”1. Offentliga myndigheter ... kan ingå överenskommelser med frivilligorganisationer och samhällsnyttiga sammanslutningar, som i minst sex månader har varit inskrivna i det nationella registret för tredje sektorn, angående utförande av allmännyttiga uppdrag och sociala tjänster till förmån för tredje man, om detta är mer fördelaktigt än att anlita marknaden.”

Artikel 57, ”Akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster”: ”1. Kontrakt för tillhandahållande av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster kan, med prioritet, genom överenskommelse tilldelas frivilligorganisationer som i minst sex månader har varit inskrivna i det nationella registret för tredje sektorn, är medlemmar i ett nätverk av sammanslutningar ... och är godkända i enlighet med eventuell regional lagstiftning på området, förutsatt att direkttilldelning med hänsyn till tjänstens särskilda karaktär säkerställer att den allmännyttiga tjänsten utförs på ett sätt som bidrar till dess sociala syfte och till målen om solidaritet, under ekonomiskt effektiva och lämpliga villkor samt med iakttagande av principerna om öppenhet och icke-diskriminering.

2. Överenskommelser angående de tjänster som nämns i punkt 1 omfattas av bestämmelserna i artikel 56.2, 56.3, 56.3-bis och 56.4.”

Codice civile (civillagen), artikel 2514, ”Krav på kooperativ med vittgående ömsesidighet”: ”Kooperativ med vittgående ömsesidighet ska föreskriva följande i sina stadgar: a) förbud mot att dela ut vinst som överstiger den maximala räntesatsen för räntebärande postkuponger, ökad med 2,5 procentenheter i förhållande till det faktiskt inbetalade kapitalet ...”

Legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali) (lag nr 381 av den 8 november 1991 om regelverket för sociala kooperativ), artikel 1, ”Definition”: ”1. Sociala kooperativ har som syfte att uppfylla det allmänna samhällsintresset av att främja sociala framsteg och social integration av medborgarna genom: / a) tillhandahållande av sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster ... / 2. Sociala kooperativ omfattas av bestämmelserna i den sektor där kooperativen är verksamma, i den mån de är förenliga med denna lag.”

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 (Revisione della disciplina in materia di impresa sociale) (lagstiftningsdekret nr 112 av den 3 juli 2017 om ändring av regelverket för sociala företag), artikel 3, ”Avsaknad av vinstsyfte”: ”2-bis. Vid tillämpning av punkterna 1 och 2 betraktas utdelning av återbäring till medlemmarna med anknytning till allmännyttiga uppdrag som avses i artikel 2 inte ens indirekt som utdelning av vinst och överskott, när den görs i enlighet med artikel 2545-sexies i Codice civile och med iakttagande av de villkor och gränser

som är fastställda i lagen eller stadgarna, av sociala företag som bildats som sociala kooperativ, förutsatt att stadgarna eller stiftelseurkunden anger kriterierna för utdelning av återbäring till medlemmarna i förhållande till kvantiteten och kvaliteten på de ömsesidiga utbytena och att den ömsesidiga verksamheten visar på ett överskott.”

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Italy Emergenza är ett icke vinstdrivande kooperativ som är medlem i ett nätverk av sammanslutningar och har som syfte att uppfylla det allmänna samhällsintresset av att främja sociala framsteg och social integration. Kooperativet är specialiserat på bland annat sjuktransporttjänster och inskrivet som socialt företag i företagsregistret.
- 2 Genom meddelande om upphandling offentliggjort den 26 februari 2020 inledde Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza ett urvalsförfarande för att genom överenskommelse tilldela frivilligorganisationer och Croce Rossa Italiana kontrakt för permanent tillhandahållande av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster.
- 3 Italy Emergenza begärde överprövning vid TAR per la Calabria och gjorde i första hand gällande att Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenzas beslut att inte utlysa något urvalsförfarande för tilldelning av de aktuella sjuktransporttjänsterna är rättsstridigt. I andra hand gjorde Italy Emergenza gällande att de villkor i meddelandet om upphandling som omedelbart utesluter andra icke vinstdrivande organisationer, däribland kooperativ bildade enligt italiensk rätt, från den aktuella tilldelningen är rättsstridiga. Italy Emergenza betonade bland annat att det regelverk som Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza tillämpar, vilket följer av artiklarna 56 och 57 i lagstiftningsdekret nr 117/2017, strider mot skäl 28 och artikel 10 h i direktiv 2014/24, enligt vilka sociala kooperativ är jämställda med frivilligorganisationer när det är fråga om direkt tilldelning genom överenskommelse av kontrakt för tillhandahållande av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster, eftersom de båda kategorierna bedriver verksamhet utan vinstsyfte.
- 4 Talan ogillades. TAR per la Calabria slog först och främst fast att den aktuella tjänsten omfattas av undantaget – från tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling – i artikel 10 h i direktiv 2014/24, som har införlivats med nationell rätt genom artikel 17.1 h i lagstiftningsdekret nr 50/2016. Eftersom det är fråga om en tjänst som avser akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster regleras dess tilldelning genom överenskommelse av artikel 57 i lagstiftningsdekret nr 117/2017 i egenskap av speciallag. Den motsvarande överenskommelsen får därför inte vara mer fördelaktig än tilldelning av uppdraget på den öppna marknaden (artikel 56 i egenskap av speciallag) och ska uppfylla samtliga villkor i artikel 57 (sammanslutningen ska vara inskriven i det nationella registret, vara

medlem i ett nätverk av sammanslutningar och ha ett socialt syfte, tjänsten ska utföras under ekonomiskt effektiva och lämpliga villkor, och så vidare).

Mot denna bakgrund fann TAR per la Calabria att det är förenligt med lagen att utesluta sociala kooperativ från möjligheten till tilldelning genom överenskommelse, eftersom dessa kooperativ bedriver näringsverksamhet, även om den kännetecknas av ömsesidighet. Den särbehandling som görs av dem i artikel 57 i lagstiftningsdekret nr 117/2017 i förhållande till frivilligorganisationer (de enda organisationer inom den tredje sektorn som får delta i det aktuella förfarandet) är således motiverad. Till stöd för sitt synsätt i det aktuella fallet hänvisade TAR per la Calabria till artikel 5 i Italy Emergenzas stadgar, enligt vilken kooperativet kan dela ut vinst med en räntespridning på upp till 2,5 procent i förhållande till räntesatsen för postkuponger.

- 5 Italy Emergenza har överklagat TAR:s dom till Consiglio di Stato.

Parternas huvudargument

- 6 I överklagandet har Italy Emergenza på nytt väckt frågan huruvida artiklarna 56 och 57 i lagstiftningsdekret nr 117/2017 är förenliga med unionsrätten. Kooperativet har vidare gjort gällande att det i den överklagade domen inte beaktades att sociala kooperativ, i deras egenskap av ”sociala” företag, drivs utan vinstsyfte och måste återinvestera överskott för att uppnå detta mål.
- 7 Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza har gjort gällande att de bestämmelser i unionsrätten som har åberopats av kooperativet enbart definierar det materiella tillämpningsområde inom vilket vissa tjänstekontrakt kan undantas från upphandlingsförfaranden och inte fastställer att sociala kooperativ jämställs med frivilligorganisationer vid tilldelning av offentliga kontrakt i enlighet med artiklarna 56 och 57 i lagstiftningsdekret nr 117/2017.

Förbehållet om tilldelning av kontrakt till frivilligorganisationer har inte uttömmande och tvingande utan enbart fakultativ och prioriterande karaktär (*”kan ... med prioritet”*) för offentliga myndigheter. Lagstiftaren har genom detta förbehåll uttryckt sin preferens för organisationer vars verksamhet bygger på medlemmarnas spontana och – med nödvändighet – oavlönade frivilligarbete och som förverkligar solidaritetsprincipen. Sociala kooperativ bygger i stället på en gemensam arbetsform som syftar till att ge kooperativmedlemmarna en ekonomisk fördel. Mot denna bakgrund är det endast frivilligorganisationer som inte drar fördel av sina tjänster och således uppfyller det villkor som framgår av domstolens dom i målen C-113/13 och C-50/14, närmare bestämt att inte heller indirekt sträva efter att uppnå en ekonomisk fördel för medlemmarna.

- 8 ANPAS, som är det italienska nationella nätverket av frivilligorganisationer, har intervenerat till stöd för Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza och påpekat att sociala kooperativ i enlighet med den nationella lagstiftningen inte bara kan dela ut vinst upp till den gräns som stadgas i artikel 2514 i Codice civile, utan även

delar ut vinst i form av återbäring utan några lagstadgade gränser (förutsatt att den ömsesidiga verksamheten visar på ett överskott i förhållande till kostnaderna). Således hamnar dessa kooperativ automatiskt utanför kategorin av icke vinstdrivande organisationer.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 9 Consiglio di Stato anför inledningsvis att domstolen i själva verket inte i någon av de domar som har återopats av Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza har behandlat den specifika frågan varför sociala kooperativ inte ingår bland de organisationer som genom överenskommelse direkt kan tilldelas kontrakt för tillhandahållande av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster. Båda domar meddelades innan lagstiftningsdekret nr 117/2017 trädde i kraft och hänvisar följaktligen till andra bestämmelser än artikel 57 i dekretet, som däremot utgör den bestämmelse som ligger till grund för de angripna upphandlingsdokumenten. Likaså avsåg nämnda domar Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG och således inte det direktiv som i förevarande fall påstås ha åsidosatts.
- 10 Consiglio di Stato understryker däremot att den nyligen meddelade domen Falck Rettungsdienste (mål C-465/17) är relevant för att kunna lösa tvisten. Enligt denna dom är den avgörande faktorn i bestämmelsen i artikel 10 h i direktiv 2014/24 den omständigheten att organisationen inte är vinstdrivande samtidigt som den återinvesterar överskott. Italy Emergenza kännetecknas utan tvivel av att verksamheten saknar vinstsyfte, vilket uttryckligen anges i artikel 6 i kooperativets stadgar. Bestämmelsen om utdelning i artikel 5 i stadgarna är inget annat än ett indirekt citat av artikel 2514 i Codice civile.
- 11 Sociala kooperativ skiljer sig naturligtvis både organisationsmässigt och funktionellt från frivilligorganisationer, trots att båda saknar vinstsyfte, eftersom sociala kooperativ under alla omständigheter ger medlemmarna en ekonomisk fördel medan frivilligorganisationer kännetecknas av de ”samhälleliga mål, solidaritetsmål och sociala syften” som eftersträvas genom de allmännyttiga uppdrag som utförs (artikel 5 i lagstiftningsdekret nr 117/2017).
- 12 Artikel 10 h – i likhet med skäl 28 – i direktiv 2014/24 hänvisar däremot tout court till ”icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar” utan att begränsa sig till frivilligorganisationer (bokstavligt argument). Vidare förutsätter det unionsrättsliga begreppet näringsidkare (och följaktligen deltagande i offentlig upphandling) inte att företaget har ett vinstsyfte (logiskt och systematiskt argument).
- 13 Följaktligen ger bestämmelsen om att enbart en av de i direktiv 2014/24 nämnda kategorierna av ”icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar” ”med prioritet” kan tilldelas kontrakt för tillhandahållande av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster genom överenskommelse, och inte sociala företag, upphov till tvivel huruvida bestämmelsen i artikel 57 i lagstiftningsdekret nr 117/2017 är förenlig med unionsrätten. Ett sådant förbehåll innebär i själva verket att

frivilligorganisationer – trots den omfattande avfattningen av undantaget i ovannämnda skäl 28 och artikel 10 h – enbart behöver delta i en offentlig upphandling i det fall kontrakt genom överenskommelse ”med prioritet” av någon anledning inte kan ingås, medan alla andra icke vinstdrivande organisationer måste vinna en upphandling för att kunna tilldelas samma tjänstekontrakt. Nämnda tvivel skingras inte heller av att tilldelning genom överenskommelse enbart har fakultativ karaktär enligt den nationella lagstiftningen, eftersom sociala kooperativ under inga omständigheter ingår bland de tjänsteleverantörer som kan komma i fråga.

- 14 I övrigt har domstolen nyligen i mål C-367/19 påpekat att begreppet offentliga kontrakt i deras egenskap av kontrakt med ekonomiska villkor även omfattar kontrakt där motprestationen enbart består av ersättning för kostnader som uppkommit. Därigenom mister även det kännetecknet som har framhävts av TAR per la Calabria och Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza – nämligen att det enbart är medlemmar i frivilligorganisationer som inte drar någon ekonomisk fördel i och med att de endast får ersättning för sina kostnader – sin betydelse för att på grundval av unionsrätten motivera att frivilligorganisationer ska behandlas mer fördelaktigt jämfört med sociala kooperativ.
- 15 En ytterligare faktor som kan sudda ut gränserna mellan de båda kategorierna av icke vinstdrivande organisationer är den omständigheten att på samma sätt som frivilligorganisationer kan använda sig av avlönade anställda om det är nödvändigt för att organisationerna ska fungera korrekt, kan sociala kooperativ ha frivilliga medlemmar som utför sitt arbete gratis och enbart får ersättning för sina kostnader (artikel 2 i lag nr 381/1991).
- 16 Consiglio di Stato påpekar att den nyligen har begärt domstolens förhandsavgörande om ovannämnda fråga huruvida den aktuella lagstiftningen är förenlig med unionsrätten och hänvisar i detta avseende till begäran om förhandsavgörande i det pågående målet C-213/21 och skälen till respektive beslut. Consiglio di Stato kompletterar nu frågan med följande avslutande passage: ”*däribland sociala kooperativ som delar ut återbäring till medlemmarna med anknytning till allmännyttiga uppdrag i enlighet med artikel 3.2-bis i lagstiftningsdekret nr 112/2017*”.

Consiglio di Stato önskar därmed få klarhet i huruvida den omständigheten att sociala kooperativ i enlighet med sina stadgar kan dela ut en del av vinsten till medlemmarna i form av återbäring innebär att dessa kooperativ hamnar utanför kategorin av icke vinstdrivande sammanslutningar och därmed kategorin av sammanslutningar som får ingå överenskommelse för tilldelning av kontrakt i enlighet med artikel 57 i lagstiftningsdekret nr 117/2017. I själva verket kan utdelning av återbäring – oavsett om den sker genom kostnadsbesparingar eller i form av högre ersättning för utfört arbete – framstå som en dold utdelning av vinst eller tillgångar till medlemmarna, medan återinvestering av överskott enligt ovannämnda dom Falck Rettungsdienste utgör ett ofrånkomligt krav med avseende på tillämpning av artikel 10 h i direktiv 2004/14.

- 17 Det följer bland annat av artikel 3.2-bis i lagstiftningsdekret nr 112/2017 och artikel 2525-sexies i Codice civile att sociala företag som har bildats som bolag (såsom det i målet aktuella kooperativet) kan dela ut återbäring med anknytning till allmännyttiga uppdrag på bestämda villkor och inom de fastställda gränserna. Först och främst ska verksamheten skapa en balanserad budget. Vidare ska det säkerställas att företaget är i stånd att fortsätta sin verksamhet och genom odelbara reserver och avsättningar även i framtiden kan uppnå sitt ömsesidighetsmål. En tredje begränsning utgörs av att det enbart är tillåtet att dela ut nettovinst som kommer från verksamhet som medlemmarna utför tillsammans. Det sociala kooperativet ska därför föra en separat redovisning för den verksamhet som medlemmarna utför tillsammans, vilka var och en får återbäring i proportion till värdet på de egna utbytena med kooperativet. Medlemmarna har dock ingen subjektiv rätt till återbäring, som endast fastställs genom beslut av årsstämman och inom de gränser som fastställs i lagen eller stadgarna, i och med att en hypotetisk rätt till förmånligare villkor (exempelvis högre ersättning för utfört arbete) kan strida mot skyddet av kooperativets intresse och medföra att medlemmarna hamnar i en utanför- eller konkurrensställning i förhållande till kooperativet.
- 18 Mot bakgrund av regelverket om återbäring i allmänhet anser Consiglio di Stato att det för att fastställa huruvida Italy Emergenza är en ”icke vinstdrivande” organisation är angeläget att återge artikel 34 i kooperativets stadgar, som har rubriken ”Återbäring” och följande lydelse:
- ”På förslag från styrelsen kan årsstämman besluta att dela ut återbäring på som mest 30 procent av den sammanlagda ersättningen till arbetande medlemmar.
- Återbäring ska delas ut i förhållande till kvantiteten och/eller kvaliteten på det arbete som medlemmarna har utfört i enlighet med de interna reglerna.
- Utdelningen kan på grundval av årsstämmans beslut ske i följande former: – högre ersättning – fler kapitalandelar.
- Återbäringsbeloppen kan även användas för att bevilja lån till medlemmarna.
- Under alla omständigheter måste utdelning av återbäring göra det möjligt att avsätta och betala in de medel som avses i punkterna a [lagstadgad odelbar reserv på minst 30 procent] och b [lagstadgat bidrag till den ömsesidiga fonden för främjande och utveckling av kooperativrörelsen].”
- 19 Mot ovanstående bakgrund vilandeförklarar Consiglio di Stato målet och begär domstolens förhandsavgörande om huruvida sociala kooperativ som inte återinvesterar allt överskott och som däremot delar ut återbäring, på samma sätt som Italy Emergenza, rättsenligt får uteslutas från tilldelning genom överenskommelse av kontrakt för tillhandahållande av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster.