

Zadeva C-214/21

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

6. april 2021

Predložitveno sodišče:

Consiglio di Stato (Italija)

Datum predložitvene odločbe:

3. marec 2021

Tožeča stranka na prvi stopnji in pritožnica:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Tožena stranka:

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza

Ob udeležbi:

ANPAS – Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze Odv

Predmet postopka v glavni stvari

Pritožba zoper sodbo, ki jo je izdalo Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Calabria (deželno upravno sodišče v Kalabriji), s katero je to zavrnilo tožbo tožeče stranke zoper akte, izdane v postopku javnega razpisa, ki ga je začela tožena stranka, za oddajo storitev izredno nujnega in nujnega reševalnega prevoza, s sklenitvijo pogodbe, prostovoljskim organizacijam in Croci Rossa Italiana (italijanski Rdeči križ), z izključitvijo drugih neprofitnih organizacij, v tem primeru socialnih zadrug, kakršna je je tožeča stranka.

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

Razlaga člena 10(h) in uvodne izjave 28 Direktive 2014/24/EU v skladu s členom 267 PDEU

Vprašanje za predhodno odločanje

Ali člen 10(h) Direktive 2014/24/EU – skupaj z uvodno izjavo 28 te direktive – nasprotuje nacionalni zakonodaji, ki določa, da se lahko storitve izredno nujnega in nujnega reševalnega prevoza prednostno oddajo s sklenitvijo pogodbe samo prostovoljskim organizacijam – če so te vsaj šest mesecev vpisane v enotni nacionalni register tretjega sektorja, so članice omrežnega združenja in so akreditirane v skladu s sektorsko deželno zakonodajo (če obstaja) in pod pogojem, da se s to oddajo zagotovi, da se storitve opravljajo v sistemu, ki učinkovito prispeva k družbenemu cilju in sledi ciljem solidarnosti, v pogojih ekonomske učinkovitosti in ustreznosti ter ob upoštevanju načel preglednosti in prepovedi diskriminacije – ne da bi bilo mogoče med možne ponudnike vključiti druge neprofitne organizacije, natančneje socialne zadrage kot neprofitna socialna podjetja, vključno s socialnimi zadrugami, ki svojim članom delijo ostanek presežka iz dejavnosti v splošnem interesu v skladu s členom 3(2)(b) decreto legislativo 112 del 2017 (zakonska uredba št. 112 iz leta 2017).

Navedeni določbi prava Unije

Člen 10(h) in uvodna izjava 28 Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

Glavne navedene nacionalne določbe

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (zakonska uredba z dne 18. aprila 2016 št. 50 o zakoniku o javnem naročanju), člen 17, „Posebne izjeme za javna naročila in koncesije za storitve“: „1. Določbe tega zakonika se ne uporabljajo za javna naročila in koncesije za storitve: [...] (ni prevedeno) h) storitve civilne obrambe, civilne zaščite in preprečevanja nevarnosti, ki jih izvajajo neprofitne organizacije ali združenja [...] (ni prevedeno), razen storitev prevoza bolnikov z reševalnimi avtomobili“.

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore) (zakonska uredba z dne 3. julija 2017 št. 117 (zakonik o tretjem sektorju)

Člen 4, „Subjekti tretjega sektorja“: „1. Subjekti tretjega sektorja so prostovoljske organizacije, združenja s socialnimi cilji, dobrodельne organizacije, socialna podjetja, vključno s socialnimi zadrugami, [...] (ni prevedeno) in drugi zasebni subjekti, ki niso podjetja in so ustanovljeni za zasledovanje neprofitnih, solidarnostnih in socialnih koristi, izključno ali primarno, z izvajanjem ene izmed dejavnosti v splošnem interesu v obliki prostovoljstva ali nepovratnega zagotavljanja denarnih sredstev, blaga in storitev, ali v obliki vzajemnosti, ali v

obliki proizvodnje ali menjave blaga ali storitev, ter so vpisani v enotni nacionalni register tretjega sektorja“.

Člen 56, „Pogodbe“: „1. Organi javne uprave [...] (ni prevedeno) lahko s prostovoljskimi organizacijami in združenji s socialnimi cilji, ki so vsaj šest mesecev vpisane v enotni nacionalni register tretjega sektorja, sklenejo pogodbe, namenjene izvajanju družbenih dejavnosti ali storitev splošnega pomena v korist tretjih oseb, če so ugodnejše od tistih, ki so na trgu“.

Člen 57, „Storitve nujnega in izredno nujnega reševalnega prevoza“: „1. Storitve izredno nujnega in nujnega reševalnega prevoza se lahko prednostno oddajo s sklenitvijo pogodbe s prostovoljskimi organizacijami, ki so vsaj šest mesecev vpisane v enotni nacionalni register tretjega sektorja, so članice omrežnega združenja [...] (ni prevedeno) in so akreditirane v skladu z zadevno deželno zakonodajo, če le-ta obstaja, v primerih, ko zaradi specifičnosti storitve neposredna oddaja naročila zagotavlja izvajanje storitve v splošnem interesu, v sistemu učinkovitega doprinosa k družbenemu cilju in doseganja ciljev solidarnosti, v skladu s pogoji ekonomske učinkovitosti in ustreznosti ter ob upoštevanju načel preglednosti in prepovedi diskriminacije.

2. Za pogodbe o opravljanju storitev iz odstavka 1 se uporabljajo določbe člena 56, od (2) do (3), (3a) in (4)“.

Codice civile (civilni zakonik), člen 2514, „Zahteve za pretežno vzajemne zadrage“: „Pretežno vzajemne zadrage morajo v statutih določiti: a) prepoved razdeljevanja dividend do stopnje, ki presega najvišji znesek obresti donosnih poštinih obveznic, povečanih za dve točki in pol glede na dejansko vplačani kapital; [...] (ni prevedeno)“.

Legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali) (zakon z dne 8. novembra 1991 št. 381 o socialnih zadrugah), člen 1, „Opredelitev“: „1. Socialne zadrage si prizadevajo delovati v splošno družbeno korist za doprinos napredovanju skupnosti in socialno integracijo državljanov z: [...] (ni prevedeno) a) izvajanjem zdravstveno-socialnih storitev in vzgoje [...] (ni prevedeno). 2. Za socialne zadrage se uporabljajo pravila sektorja, v katerem zadrage delujejo, pod pogojem, da so v skladu s tem zakonom “.

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 (Revisione della disciplina in materia di impresa sociale) (zakonska uredba z dne 3. julija 2017 št. 112 o spremembi pravil o socialnih podjetjih), člen 3, „Neobstoj profitnosti“: „2a. Za namene iz odstavkov 1 in 2 se kot razdelitev dobička in presežkov, niti kot posredna razdelitev članom, ne šteje posebna razdelitev nagrad, ki izhajajo iz dejavnosti v splošnem interesu iz člena 2, ki jo v skladu s členom 2545e civilnega zakonika in ob upoštevanju zakonskih ali statutarnih pogojev ter omejitev izvajajo socialna podjetja kot so socialne zadrage, pod pogojem, da statut ali ustanovitveni akt jasno določa merila za posebno razdelitev nagrad članom sorazmerno s količino

in kakovostjo vzajemnih izmenjav in, da se ohrani nek presežek, ki nastane z vzajemnim upravljanjem“.

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka

- 1 Italy Emergenza je neprofitna zadruga, včlanjena v omrežno združenje, katere cilj je zasledovanje splošne družbene koristi za doprinos k napredovanju skupnosti in socialni integraciji. Zadruga je med drugim specializirana za opravljanje storitev reševalnega prevoza in je vpisna v poslovni register kot socialno podjetje.
- 2 Na podlagi obvestila, objavljenega 26. 2. 2020, je Azienda Sanitaria Provinciale (ASP) (lokalna zdravstvena enota, Italija) začela postopek javnega razpisa za sklenitev pogodbe s prostovoljskimi organizacijami in Rdečim križem glede storitev nujnega in izredno nujnega reševalnega prevoza.
- 3 S tožbo pri TAR per la Calabria (deželno upravno sodišče v Kalabriji) je zadruga Italy Emergenza zatrjevala nezakonitost odločitve ASP iz Cosenze (lokalna zdravstvena enota), da izvajanje zahtevanih storitev reševalnega prevoza odstrani iz javnega razpisa; podredno je zatrjevala nezakonitost določb obvestila o oddaji naročila, ki so takoj izključevale oddajo drugim neprofitnim organizacijam, kot so zadruga, ustanovljene po italijanskem pravu. Tožeča stranka zlasti zatrjuje, da je ureditev iz členov 56 in 57 d.lgs. n. 117/2017 (zakonska uredba št. 117/2017), ki jo je uporabila ASP iz Cosenze (lokalna zdravstvena enota), v nasprotju z uvodno izjavo 28 in členom 10(h) Direktive 2014/24, v skladu s katerima naj bi bile socialne zadruga enakovredne prostovoljskim organizacijam pri neposrednem sklepanju pogodb v zvezi s storitvami izredno nujnega in nujnega reševalnega prevoza.
- 4 Tožba je bila zavrnjena. TAR (deželno upravno sodišče) je uvodoma potrdilo, da gre pri zadevni storitvi za kvalificiran prevoz bolnikov z reševalnimi vozili („storitve [...] (ni prevedeno) preprečevanja nevarnosti, ki jih izvajajo [...] (ni prevedeno)“), in zato spada med izjeme od uporabe pravil za javna naročila storitev iz člena 10(h) Direktive 2014/24, prenesenega v člen 17(1)(h) zakonske uredbe št. 50/2016. Ker gre za storitev izredno nujnega in nujnega reševalnega prevoza, je oddaja storitev s sklenitvijo pogodbe urejena zlasti s členom 57 zakonske uredbe št. 117/201[...], ki je *lex specialis*. Posledično pogoji, določeni v sklenjeni pogodbi, niso nujno ugodnejši od pogojev na trgu (člen 56 kot *lex generalis*), ampak morajo biti v njej obvezno izpolnjeni vsi pogoji iz navedenega člena 57 (vpis v enotni nacionalni register, članstvo v omrežnem združenju, ekonomska učinkovitost in ustreznost, itd.).

Glede na navedene ugotovitve je TAR (deželno upravno sodišče) menilo, da je izključitev socialnih zadrug iz oddaje naročila s sklenitvijo pogodbe zakonita, saj zadnjenaavedene uresničujejo podjetniške cilje, ki, kljub vzajemnemu značaju, upravičujejo različno obravnavanje iz člena 57 zakonske uredbe št. 117/2017 v razmerju do prostovoljskih organizacij (ki so edini subjekti tretjega sektorja, ki lahko sodelujejo v zadevnem postopku); v dokaz se v tem primeru sklicuje na člen

5 statuta tožeče stranke, ki predvideva možnost razdelitve dividend do višine 2,5% donosnih poštnih obveznic.

- 5 Zadruga je zoper sodbo Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (deželno upravno sodišče v Apuliji) pri Consiglio di Stato (državni svet, Italija) vložila pritožbo.

Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari

- 6 Zadruga v pritožbi ponovno zatrjuje nezdržljivost členov 56 in 57 zakonske uredbe št. 117/2017 s pravom Evropske unije. Meni, da se v izpodbijani sodbi ni upoštevalo, da so socialne zadruge, kot „socialna“ podjetja, neprofitne in morajo ves dobiček ponovno vložiti za izpolnjevanje tega cilja.
- 7 Tožena stranka Azienda Sanitaria (lokalna zdravstvena enota) ugovarja, da se določbe, ki jih navaja zadruga, omejujejo na določitev objektivnega okvira izključitve nekaterih javnih naročil storitev, brez enačenja prostovoljskih organizacij in socialnih zadrug pri oddajah iz členov 56 in 57 zakonske uredbe št. 117/2017.

V tem okviru pridržek oddaje prostovoljskim organizacijam ni zavezujoč za subjekte javne uprave, ampak je le neobvezen in preferenčen („lahko [...] (ni prevedeno) prednostno“). S takšno ureditvijo je zakonodajalec izrazil naklonjenost subjektom, katerih dejavnost temelji na prostovoljski, spontani in nujno brezplačni naravi dela njihovih članov, in, ki delujejo v skladu z načelom solidarnosti. Nasprotno pa socialne zadruge temeljijo na običajni obliki dela, ki je usmerjena v pridobivanje finančne koristi članov zadruga, kar pomeni, da samo prostovoljske organizacije nimajo dobička od opravljanja svoje dejavnosti in izpolnjujejo pogoj, ki ga je določilo Sodišče v zadevah C-113/13 in C-50/14, to je, da niti posredno ne zasledujejo ekonomskih koristi za svoje člane.

- 8 V podporo toženi stranki je intervenirala ANPAS, mreža nacionalnih združenj prostovoljskih organizacij, ki je zagovarjala, da lahko socialne zadruge v skladu z notranjim pravom, ne samo razdeljujejo dividende v obsegu, ki ga določa člen 2514 civilnega zakonika, ampak tudi brez zakonskih omejitev razdeljujejo dobiček v obliki nagrad (če je bil z vzajemnim upravljanjem ustvarjen prihodek višji od stroškov), kar jih avtomatično uvršča zunaj obsega nepridobitnosti.

Kratka predstavitev obrazložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 9 Consiglio di Stato (državni svet) uvodoma ugotavlja, da nobena izmed sodb Sodišča, na katere se sklicuje tožena stranka, specifično ne obravnava vprašanja nevrstitve socialnih zadrug med subjekte, katerim je mogoče neposredno s sklenitvijo pogodbe oddati storitev izredno nujnega in nujnega reševalnega prevoza. Obe sodbi sta bili izdani pred začetkom veljavnosti zakonske uredbe št. 117/2017 in se zato nanašata na notranja pravila, ki niso enaka členu 57

te uredbe, ki je pravna podlaga izpodbijanih aktov postopka javnega razpisa. Poleg tega direktiva, uporabljena v zadevnih sodbah (to je Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta) ni tista, katere kršitev se zatrjuje v obravnavanem primeru.

- 10 Vendar pa Consiglio di stato (državni svet), kot upoštevno za odločitev v zadevi izpostavlja novejšo sodbo v zadevi Falck Rettungsdienste (C-465/17), v kateri je odločilno dejstvo iz člena 10(h) Direktive 2014/24 zasledovanje nepridobitnega namena z reinvestiranjem dobička. Nepridobitni namen pa je nedvomno značilen za tožečo stranko zadrugo, kar jasno izhaja iz člena 6 njenega statuta, pravilo glede dividend iz člena 5 statuta pa je le posredno navedeni člen 2514 civilnega zakonika.
- 11 Seveda se socialne zadruge organizacijsko in funkcionalno razlikujejo od prostovoljskih organizacij, saj kljub temu, da sta obe neprofitni, le socialne zadruge vselej ustvarjajo ekonomsko korist za svoje člane, medtem ko so prostovoljske organizacije ustanovljene za „uresničevanje državljansko, solidarno in družbeno koristnih ciljev“ z izvajanjem ene izmed dejavnosti v splošnem interesu (člen 5 zakonske uredbe št. 117/2017).
- 12 Vendar pa po eni strani člen 10(h), tako kot uvodna izjava 28 Direktive 2014/24, govori o „neprofitnih organizacijah ali združenjih“, brez omejevanja zgolj na prostovoljska združenja (jezikovna razlaga), po drugi strani pa pojem podjetnika (in sodelovanje pri javnih naročilih) v pravu Unije ne predpostavlja tudi pridobitnega namena podjetja (logično-sistematična razlaga).
- 13 Zato to, da se storitve izredno nujnega in nujnega reševalnega prevoza s sklenitvijo pogodbe „prednostno“ oddajo eni sami obliki „neprofitnih organizacij in združenj“, določenih v Direktivi 2014/24, brez vključitve tudi socialnih združenj, zbuja dvom o skladnosti člena 57 zakonske uredbe št. 117/2017 s pravom Unije. Tako dajanje prednosti namreč pomeni, da je kljub široki omejitvi iz zgoraj navedene uvodne izjave 28 in člena 10(h), dodelitev javnega naročila prostovoljskim organizacijam možna le takrat, ko iz kakršnega koli razloga ni možna prednostna oddaja s sklenitvijo pogodbe, medtem ko morajo vse ostale neprofitne organizacije vedno sodelovati v postopku oddaje javnih naročil, da jim je lahko dodeljeno izvajanje istih storitev s sklenitvijo pogodbe. Teh težav ne bi bilo mogoče rešiti niti, če bi bila oddaja s sklenitvijo pogodbe v nacionalni zakonodaji popolnoma izbirne narave, ker socialne zadruge nikakor ne spadajo med subjekte, katerim se lahko odda naročilo.
- 14 Še nedavno pa je Sodišče v sodbi v zadevi C-367/2019 poudarilo, da pod pojem javnega naročila kot odplačne pogodbe sodi tudi pogodba, v kateri je kot protidajatev predvideno le povračilo nastalih stroškov. Tako tudi značilnost, ki jo poudarjata TAR (deželno upravno sodišče) in tožena stranka – torej, da le prostovoljske organizacije ne predvidevajo ekonomske koristi za svoje člane, ki jim pripada le povračilo stroškov – izgubi svoj pomen, ko želi zaradi skladnosti s

pravom Unije upravičiti ugodnejšo obravnavo takih organizacij v razmerju do socialnih zadrug.

- 15 Dodaten dejavnik, ki lahko zabriše razlike med obema vrstama neprofitnih organizacij je tudi, da, tako kot lahko prostovoljske organizacije zaposlujejo delavce in jih plačajo v mejah njihovega delovanja, tako imajo lahko tudi socialne zadruge prostovoljne člane, ki brezplačno izvajajo svojo dejavnost in dobijo povrnjene le nastale stroške (člen 2 zakona št. 381/1991).
- 16 Consiglio di Stato (državni svet) poudarja, da je Sodišču nedavno že predložil zgoraj navedene dvome o skladnosti sporne ureditve s pravom Unije in se pri tem sklicuje na predhodno vprašanje v zadevi C-213/21, ki je še v teku, in na spodaj naveden razlog. Poleg tega vprašanja zdaj ugotavlja še naslednje: „ *vključno s socialnimi zadrugami, ki med svoje člane delijo nagrade iz dejavnosti v splošnem interesu v skladu s členom 3(2)(a) zakonske uredbe št. 112 iz leta 2017*“.

Consiglio di Stato (državni svet) želi na ta način ugotoviti, ali so zaradi možnosti, ki jo imajo socialne zadruge po statutu, da članom razdelijo del dobička v obliki nagrad, izključene iz skupine neprofitnih organizacij in, torej, iz skupine organizacij, ki spadajo med subjekte, ki jim je mogoče dodeliti izvajanje storitev s sklenitvijo pogodbe v skladu s členom 57 zakonske uredbe št. 117/2017. Izplačilo nagrad, s prihrankom stroškov ali plačilom za opravljeno dejavnost, lahko namreč pomeni prikrito razdelitev dividend ali premoženja članom, če poteka z neupoštevanjem natančnih meril in omejitev, pri čemer je v skladu z zgoraj navedeno sodbo Falck Rettungsdienste ponovna naložba dobička bistvena zahteva iz člena 10(h) Direktive 2014/24.

- 17 Razdelitev nagrad članom socialnih zadrug, ki nastopajo v obliki podjetij (kot je tožeča zadruga), je zakonita, če poteka v skladu s številnimi posebnimi omejitvami iz člena 3(2)(b) zakonske uredbe št. 112/2017 in člena 2525(e) civilnega zakonika. Prvič, z omejitvijo sorazmernosti glede na proračun. Drugič, v skladu z zahtevo, da se z nedeljivimi rezervami in bonitetnimi varovalnimi mehanizmi zagotovi nadaljnje poslovanje podjetja in uresničevanje ciljev vzajemnosti tudi v prihodnje. Tretjič, ob upoštevanju nedopustnosti razdeljevanja sredstev čistega poslovnega izida od dejavnosti v splošnem interesu, ki jih ne opravljajo člani, ampak tretje osebe. Socialna zadruga mora zato voditi ločeno računovodstvo za dejavnosti, ki jih izvajajo njeni člani, razdelitev pa mora biti sorazmerna z vzajemnimi izmenjavami med člani in zadrugo. In v vsakem primeru, člani nimajo nikakršne subjektivne pravice do izplačila nagrade, ampak le na podlagi sklepa skupščine in v obsegu, ki ga predvideva statut. Vsakršna hipotetična prednostna pravica (na primer, v delavski zadrugi višje plačilo za delo, ki ga opravijo člani) bi namreč lahko bila v nasprotju z zaščito družbenih interesov in postavila člane v neenak in tekmovalen položaj v razmerju z zadrugo.
- 18 Potem ko je postavilo splošen pravni okvir delitve nagrad, se Consiglio di Stato (državni svet) za ugotovitev „neprofitne“ narave tožeče zadruge nazadnje sklicuje na besedilo člena 34 statuta te iste zadruge, „Delitev nagrad“, ki določa:

„Skupščina lahko na predlog upravnega organa določi delitev nagrad v višini največ 30% vseh prejemkov, ki pripadajo članom-delavcem.

Izplačila nagrad morajo biti razdeljena sorazmerno s količino in/ali kakovostjo dejavnosti, ki so jih opravili člani na podlagi določb internih pravil.

Izplačilo nagrad se glede na sklep skupščine lahko izvede na ta način: kot dodatek k povračilom ali kot nepovratno povečanje osnovnega kapitala.

Znesek izplačil nagrad članom se lahko uporabi tudi za aktiviranje socialnega posojila.

Vsekakor mora biti posebno izplačilo nagrade takšno, da omogoča vložek v obvezne rezerve in plačilo iz točke a) (nedeljiva obvezna rezerva v višini najmanj 30%) in točke b) (vplačilo v vzajemni sklad za spodbujanje in razvoj sodelovanja v skladu z zakonom)“.

- 19 Na podlagi navedenega Consiglio di Stato (državni svet) prekinja postopek in Sodišču v predhodno odločanje postavlja vprašanje, ali so lahko socialne zadruge, ki ne reinvestirajo vsega dobička in ki izplačujejo nagrade, kot je tožeča stranka, zakonito izključene iz oddaje storitev izredno nujnega in nujnega reševalnega prevoza.