

Processo C-213/21**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

6 de abril de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

18 de janeiro de 2021

Recorrente:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Recorrida:

Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani

Objeto do processo principal

Impugnação do Acórdão do Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Puglia (Tribunal Administrativo Regional da Apúlia, Itália) que negou provimento ao recurso da recorrente contra os atos do procedimento de contratação lançado pela recorrida em plataforma eletrónica para a adjudicação por convenção do serviço de emergência médica 118 «ambulâncias» [118 é o número de emergência médica e de urgência italiano, NdT] no território da sua competência, bem como contra a decisão da Giunta Regionale della Puglia (Junta Regional da Apúlia, Itália) que apenas admitiu a participação nessa adjudicação por convenção das associações de voluntariado e não das outras organizações sem fins lucrativos, em especial as cooperativas sociais, como a recorrente.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do artigo 10.º, alínea h), do considerando 28 da Diretiva 2014/24/UE, na aceção do artigo 267.º, TFUE

Questão prejudicial

O artigo 10.º, alínea h), da Diretiva 2014/24/UE — e o «considerando» 28 dessa diretiva — opõe-se a uma legislação nacional que prevê que os serviços de transporte urgente em ambulância podem ser adjudicados prioritariamente por convenção às organizações de voluntariado — desde que inscritas há pelo menos seis meses no Registo Nacional do Setor da Economia Social, adiram a uma rede de associações e estejam autorizadas em conformidade com a regulamentação regional do setor (quando exista), e na condição de essa adjudicação garantir a prestação do serviço num sistema de contribuição efetiva para uma finalidade social e de prossecução dos objetivos de solidariedade, em condições de eficiência económica e adequação, bem como em cumprimento dos princípios da transparência e da não discriminação — sem contemplar, entre os possíveis adjudicatários, as outras organizações sem fins lucrativos e, mais especificamente, as cooperativas sociais, enquanto empresas sociais sem fins lucrativos?

Disposições do direito da União invocadas

Artigo 10.º, alínea h), e considerando 28 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

Principais disposições de direito 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 dos Contratos Públicos), Itália], artigo 17.º, «Exclusões específicas para os contratos públicos e para a concessão de serviços»: «1. As disposições do presente código não se aplicam aos contratos públicos e concessões de serviços que tenham por objeto: [...] h) Os serviços de defesa civil, proteção civil e prevenção de riscos, que sejam prestados por organizações ou associações sem fins lucrativos [...] exceto serviços de ambulância de transporte de doentes [...].»

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n.º 117 (Codice del Terzo settore) [Decreto Legislativo n.º 117, de 3 de julho de 2017 (Código do Terceiro Setor), Itália]

Artigo 4.º, «Entidades do Terceiro Setor»: «1. São entidades do terceiro setor as organizações de voluntariado, as associações de promoção social, as entidades filantrópicas, as empresas sociais, incluindo as cooperativas sociais, [...] e as outras entidades de caráter privado, que não as sociedades, constituídas para a prossecução, sem escopo lucrativo, de fins cívicos, solidários e de utilidade social, através do exercício, exclusivo ou principal, de uma ou mais atividades de interesse geral, sob a forma de ação voluntária ou de fornecimento gratuito de dinheiro, de bens ou de serviços, ou de mutualidade ou de produção ou troca de bens ou serviços, e inscritas no Registo Nacional do Setor da Economia Social.»

Artigo 56.º, «Convenções»: «1. As administrações públicas (...) podem subscrever com as organizações de voluntariado e as associações de promoção social, inscritas há pelo menos seis meses no Registo Nacional do Setor da Economia Social, convenções destinadas ao exercício de atividades ou serviços sociais de interesse geral, a favor de terceiros, se forem mais favoráveis em relação ao recurso ao mercado.»

Artigo 57.º, «Serviço de transporte urgente em ambulância»: «1. Os serviços de transporte urgente em ambulância podem ser adjudicados prioritariamente por convenção às organizações de voluntariado inscritas desde há pelo menos seis meses no registo nacional do Setor da Economia Social que adiram a uma rede de associações ([...]) e estejam autorizadas em conformidade com a regulamentação regional na matéria, se esta existir, nos casos em que, em razão da natureza específica do serviço, a adjudicação por ajuste direto garanta a prestação do serviço de interesse geral, num sistema de contribuição efetiva para uma finalidade social e de prossecução dos objetivos de solidariedade, em condições de eficiência económica e de adequação, bem como no respeito dos princípios da transparência e da não discriminação.

2. Às convenções que tenham por objeto os serviços referidos no n.º 1 aplicam-se as disposições dos n.ºs 2, 3, 3-bis e 4 do artigo 56.º»

Codice civile (Código Civil, Itália), artigo 2514.º, «Requisitos das cooperativas de carácter mutualista predominante»: «As cooperativas de carácter mutualista predominante devem prever nos seus estatutos: a) a proibição de distribuição dos dividendos numa proporção superior ao juro máximo dos certificados de aforro postais, acrescido em dois pontos e meio relativamente ao capital efetivamente realizado; [...].»

Legge 8 novembre 1991, n.º 381 (Disciplina delle cooperative sociali) [Lei n.º 381, de 8 de novembro de 1991 (Regime das cooperativas sociais), Itália], artigo 1.º, «Definição»: «1. As cooperativas sociais têm por finalidade prosseguir o interesse geral da comunidade para a promoção humana e para a integração social dos cidadãos através: a) da gestão de serviços médicos sociais e educativos [...]. 2. Aplicam-se às cooperativas sociais, na medida em que sejam compatíveis com a presente lei, as normas relativas ao setor em que as próprias cooperativas operam.»

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A Italy Emergenza é uma cooperativa social sem fins lucrativos que presta serviços de transporte não urgente em ambulância, de transferência de doentes e de transportes de pessoas deficientes, em ambulâncias, a favor de empresas e entidades públicas abrangidas pelo Servizio Sanitario Nazionale (Serviço Nacional de Saúde, Itália). A Cooperativa precisa que possui as autorizações para exercer a atividade indicada.

- 2 Por anúncio publicado em 27 de abril de 2020, a Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani (Administração Local de Saúde de Barletta-Andria-Trani) lançou um procedimento comparativo para a celebração de uma convenção para a gestão de postos de ambulâncias alocadas ao «Servizio di Emergenza e Urgenza (SEU) 118» (Serviço de Emergência Médica e Urgência 118, Itália) com as associações de voluntariado que preenchem os requisitos indicados no artigo 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017 (designado Código do Terceiro Setor) e da Lei n.º 11 da Regione Puglia (Região da Apúlia, Itália), de 16 de março de 1994 (que estabelece as normas de execução da lei-quadro sobre o voluntariado), inscritas desde há pelo menos seis meses no Registro Unico Nazionale (RUN) (Registo Nacional, Itália) e que tenham aderido a uma rede de associações referida em conformidade com o artigo 41.º do Código do Terceiro Setor.

As associações contratantes comprometem-se a disponibilizar ambulâncias devidamente munidas e equipadas com um motorista socorrista e um socorrista, estacionadas 24 horas por dia, nas instalações ou locais identificados pela Azienda Sanitaria (Administração Local de Saúde, Itália).

- 3 Através de recurso para o TAR da Apúlia, a Italy Emergenza impugnou o concurso e os atos conexos, alegando que estes contêm cláusulas ilegais, que impedem a sua participação no concurso, apesar de ser uma cooperativa social que opera há muitos anos de forma estável no setor de atividade objeto da convenção. A Cooperativa alegou, em particular, a incompatibilidade dos artigos 56.º e 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017 com o artigo 10.º, alínea h), e com o considerando 28 da Diretiva 2014/24, com base nos quais há uma equiparação plena das cooperativas sociais às associações de voluntariado para efeitos de adjudicação direta por convenção dos serviços de emergência médica e urgência, porque, quer uma quer a outra, não têm fins lucrativos.
- 4 Foi negado provimento ao recurso. O TAR reconheceu, antes de mais, que o serviço em causa é um transporte em ambulância com assistência, portanto «qualificado», abrangido, por isso, pela exceção — em relação à aplicação das normas de adjudicação dos contratos públicos — prevista no artigo 10.º, alínea h), da Diretiva 2014/24, transposto para o artigo 17.º, n.º 1, alínea h), do Decreto Legislativo n.º 50/2016. Enquanto serviço de emergência médica e urgência, a sua adjudicação por convenção é regulada, designadamente, pelo artigo 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/20107, enquanto *lex specialis*. Por conseguinte, a convenção correspondente pode não ser mais favorável em relação ao recurso ao mercado (artigo 56.º enquanto *lex generalis*), mas deve necessariamente preencher todos os requisitos que o referido artigo 57.º enumera [inscrição da associação no Registo Nacional (do Setor da Economia Social), adesão a uma rede, finalidade social, eficiência económica e adequação, etc.].

Nestas condições, o TAR considerou lícita a exclusão das cooperativas sociais da possibilidade de adjudicação por convenção, uma vez que prosseguem uma finalidade empresarial, ainda que caracterizada por um fim mutualista, que justifica a diferença de tratamento estabelecida no artigo 57.º do Decreto

Legislativo n.º 117/2017 em relação às associações de voluntariado (as únicas entidades do terceiro setor legitimadas a participar no procedimento referido); como prova disso, remeteu, no caso em apreço, para o artigo 5.º dos estatutos da recorrente, que prevê a possibilidade de uma distribuição de dividendos, com um *spread* máximo de 2,5 % sobre as taxas dos certificados de aforro postais.

- 5 A Cooperativa recorreu deste acórdão do TAR perante o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália).

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 6 Nas suas alegações, a Cooperativa renova a questão da compatibilidade com a legislação da União Europeia dos artigos 56.º e 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017. Em seguida, alega que o acórdão impugnado não considerou que, enquanto empresas «sociais», as cooperativas sociais prosseguem um fim não lucrativo e devem reinvestir os lucros na realização desse objetivo.
- 7 A recorrida Azienda Sanitaria (Administração Local de Saúde, Itália) contrapõe que as normas do direito da União invocadas pela Cooperativa se limitam a definir o âmbito objetivo de exclusão de alguns contratos de serviços, sem estabelecer uma equiparação entre associações de voluntariado e cooperativas sociais relativamente às adjudicações previstas nos artigos 56.º e 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017.

Nessas circunstâncias, a reserva de adjudicação às organizações de voluntariado não tem caráter taxativo e obrigatório para as administrações públicas, mas apenas facultativo e preferencial («*podem[...] prioritariamente*»). Desse modo, o legislador exprimiu a sua intenção de favorecer as entidades cuja atividade assenta no caráter voluntário, espontâneo e necessariamente gratuito da ação dos associados e que realizam o princípio da solidariedade. As cooperativas sociais baseiam-se, pelo contrário, numa forma de trabalho comum destinada a conferir um benefício económico aos que fazem parte da própria cooperativa, de modo que só a organização de voluntariado não retira lucro das suas prestações e preenche o requisito, resultante dos Acórdãos do Tribunal de Justiça nos processos C-113/13 e C-50/14, de não prosseguir, ainda que indiretamente, uma vantagem económica para os seus membros.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 8 O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) observa, a título preliminar, que, na realidade, nenhum dos acórdãos do Tribunal de Justiça invocados pela recorrida se ocupa da questão específica da falta de indicação das cooperativas sociais entre as pessoas a quem pode ser adjudicado diretamente, por convenção, o serviço de transporte de emergência médica e urgência. Ambos os acórdãos são anteriores à entrada em vigor do Decreto Legislativo n.º 117/2017 e, por isso, referem-se a normas internas diferentes do

artigo 57.º desse decreto, que, em contrapartida, é a disposição que está na base dos atos de concurso impugnados. Do mesmo modo, a diretiva transposta por aquele (a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho) não é aquela cuja violação é alegada no caso em apreço.

- 9 O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) sublinha, pelo contrário, a pertinência para a solução do litígio do mais recente Acórdão Falck Rettungsdienste (C-465/17), segundo o qual o elemento determinante, na disposição do artigo 10.º, alínea h), da Diretiva 2014/24, é a consecução de um objetivo não lucrativo conjuntamente com o reinvestimento dos eventuais lucros. Ora, a ausência de finalidade lucrativa caracteriza sem dúvida a cooperativa recorrente, como é expressamente enunciado no artigo 6.º dos seus estatutos, e a previsão de dividendos no artigo 5.º dos mesmos estatutos é apenas uma citação indireta do artigo 2514.º do Código Civil [italiano].
- 10 É certo que as cooperativas sociais são diferentes ao nível organizacional e funcional das associações de voluntariado, uma vez que, embora ambas desprovidas de fins lucrativos, apenas as primeiras produzem, no entanto, uma vantagem económica para as pessoas que dela fazem parte, enquanto as segundas se caracterizam pelas «finalidades cívicas, solidárias e de utilidade social» das atividades de interesse geral exercidas (artigo 5.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017).
- 11 Todavia, por um lado, a alínea h) do artigo 10.º — como o considerando 28 — da Diretiva 2014/24 menciona, *tout court*, as «organizações ou associações sem fins lucrativos», sem se limitar apenas às associações de voluntariado (argumento literal), e, por outro, no direito da União, o conceito de empresário (e com ele a participação nos contratos públicos) não pressupõe a coexistência do fim lucrativo da empresa (argumento lógico-sistemático).
- 12 Assim, reservar a possibilidade de adjudicar «prioritariamente» por convenção o serviço de transporte de emergência médica e de urgência a apenas um dos tipos de «organizações ou associações sem fins lucrativos» previstas pela Diretiva 2014/24, sem contemplar igualmente as empresas sociais, cria a dúvida da conformidade com o direito da União do regime ditado pelo artigo 57.º do Decreto Legislativo n.º 117/2017. Essa reserva significa, com efeito, que — apesar da extensão da formulação da derrogação instituída no considerando 28 e no artigo 10.º, alínea h), já referidos — as associações de voluntariado apenas estão sujeitas ao concurso público se, por qualquer razão, não for possível adjudicar «prioritariamente» por convenção, enquanto todas as outras organizações sem fins lucrativos devem sempre passar por um concurso público para se tornarem adjudicatárias de um serviço idêntico. As dúvidas também não podem ser ultrapassadas por força do caráter meramente facultativo, na legislação nacional, da adjudicação por convenção, uma vez que as cooperativas sociais não estão, em todo o caso, incluídas entre os possíveis adjudicatários.

- 13 Além disso, ainda recentemente o Tribunal de Justiça, no processo C-367/19, sublinhou que é igualmente abrangido pelo conceito de contrato público, enquanto contrato a título oneroso, o contrato em que se prevê como contrapartida apenas o reembolso dos custos suportados. Também dessa forma, a característica enfatizada pelo TAR e pela recorrida — ou seja, que apenas nas associações de voluntariado não há uma vantagem económica dos membros da entidade, relativamente aos quais apenas vigora o reembolso dos custos — perde valor para justificar, no plano do direito da União, o tratamento mais favorável dessas associações em relação às cooperativas sociais.
- 14 Outro elemento suscetível de atenuar as diferenças entre os dois tipos de entidades não lucrativas é que, como as associações de voluntariado podem recorrer a trabalhadores, nos limites do necessário ao seu funcionamento, também as cooperativas sociais podem ter membros voluntários, que prestam a sua atividade gratuitamente e aos quais apenas é pago o reembolso dos custos (artigo 2.º da Lei n.º 381/1991).
- 15 Atendendo ao exposto, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) tem dúvidas quanto à compatibilidade da exclusão operada pela legislação nacional controvertida com o direito da União, suspende a instância e submete ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial indicada no dispositivo.

DOCUMENTO DEL TRIBUNALE