



Datum van inontvangstneming : 21/05/2021

Zaak C-214/21

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

6 april 2021

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

3 maart 2021

Verzoekster en appellante:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale

Verweerster en geïntimeerde:

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza

in tegenwoordigheid van:

ANPAS – Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze Odv

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep tegen het vonnis van de Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (rechter van eerste aanleg Calabrië, Italië; hierna: „TAR”) waarbij het beroep is verworpen dat verzoekster had ingesteld tegen handelingen van de selectieprocedure die verweerster had uitgeschreven voor de gunning bij overeenkomst van de permanente dienst medisch nood- en spoedvervoer aan vrijwilligersorganisaties en het Italiaanse Rode Kruis, met uitsluiting van andere non-profitorganisaties, met name sociale coöperaties als verzoekster.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van artikel 10, onder h), en overweging 28 van richtlijn 2014/24/EU; artikel 267 VWEU

Prejudiciële vraag

Staat artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24/EU, en daarmee overweging 28 van die richtlijn, in de weg aan een nationale regeling volgens welke diensten van medisch nood- en spoedvervoer met voorrang bij overeenkomst uitsluitend kunnen worden gegund aan vrijwilligersorganisaties – mits zij ten minste zes maanden zijn ingeschreven in het nationale register voor de derde sector, deel uitmaken van een netwerk van verenigingen, en erkend zijn op grond van de regionale wetgeving ter zake (voor zover die bestaat), en mits deze rechtstreekse gunning waarborgt dat de dienst met inachtneming van de beginselen van transparantie en non-discriminatie wordt verstrekt in een stelsel waarin op passende en vanuit economisch oogpunt efficiënte wijze daadwerkelijk wordt bijgedragen aan een sociaal doel en op solidariteit gebaseerde doelstellingen worden nagestreefd – zonder andere non-profitorganisaties, en met name sociale coöperaties, als sociale ondernemingen zonder winstoogmerk, met inbegrip van sociale coöperaties die de verdeling onder de leden van de aan de activiteit van algemeen belang gerelateerde restorno's verrichten overeenkomstig artikel 3, lid 2-bis, van wetsbesluit nr. 112 van 2017, in aanmerking te nemen als potentiële begunstigden?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 10, onder h), en overweging 28 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

Belangrijkste aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 – wetboek overheidsopdrachten) van 18 april 2016, artikel 17, „Specifieke uitsluitingen voor overeenkomsten voor opdrachten en concessies voor diensten”: „1. De bepalingen van dit wetboek zijn niet van toepassing op overheidsopdrachten en concessies voor diensten betreffende: | [...] | h) | diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en -verenigingen [...] behalve ziekenvervoer per ambulance; | [...].”

Decreto legislativo n. 117 – Codice del Terzo settore (wetsbesluit nr. 117 wetboek betreffende de derde sector) van 3 juli 2017

Artikel 4, „Entiteiten van de derde sector”: „1. Tot de derde sector behoren vrijwilligersverenigingen, verenigingen voor sociale emancipatie, filantropische instellingen, sociale ondernemingen, met inbegrip van sociale coöperaties, [...] en particuliere entiteiten anders dan ondernemingen, die zijn opgericht om zonder

winstoogmerk op burgerzin, solidariteit en maatschappelijk nut gestoelde doelstellingen na te streven door uitsluitend of hoofdzakelijk een of meer activiteiten van algemeen belang uit te oefenen door middel van vrijwilligerswerk of kosteloze terbeschikkingstelling van geld, goederen of diensten, dan wel in de vorm van onderlinge bijstand of productie of uitwisseling van goederen of diensten, en die zijn ingeschreven in het nationale register van de derde sector.”

Artikel 56, „Overeenkomsten”: „1. Overheidsinstanties [...] kunnen met vrijwilligersorganisaties en verenigingen voor sociale emancipatie die ten minste zes maanden zijn ingeschreven in het nationale register van de derde sector, overeenkomsten sluiten die ertoe strekken sociale activiteiten of diensten van algemeen belang ten behoeve van derden te verrichten, indien deze overeenkomsten gunstiger zijn dan een beroep op de markt.”

Artikel 57, „Medisch spoed- en noodvervoer”: „1. „Diensten van medisch spoed- en noodvervoer kunnen met voorrang bij overeenkomst worden gegund aan vrijwilligersorganisaties die ten minste zes maanden zijn ingeschreven in het nationale register voor de derde sector, deel uitmaken van een netwerk van verenigingen [...], en erkend zijn op grond van de regionale wetgeving ter zake, voor zover die bestaat, in gevallen waarin rechtstreekse gunning wegens de specifieke aard van de dienst waarborgt dat de dienst van algemeen belang met inachtneming van de beginselen van transparantie en non-discriminatie wordt verstrekt in een stelsel waarin op passende en vanuit economisch oogpunt efficiënte wijze daadwerkelijk wordt bijgedragen aan een sociaal doel en op solidariteit gebaseerde doelstellingen worden nagestreefd.

2. De bepalingen van de leden 2, 3, 3-bis en 4 van artikel 56 zijn van toepassing op de overeenkomsten betreffende de in lid 1 bedoelde diensten.”

Codice civile (burgerlijk wetboek), artikel 2514, „Vereisten voor overwegend wederkerige coöperaties”: „Overwegend wederkerige coöperaties moeten in hun statuten het volgende vastleggen: a) het verbod om dividenden uit te keren voor een bedrag dat hoger is dan de maximale rente van depositocertificaten van de postbank, vermeerderd met tweeënhalf procentpunt ten opzichte van het werkelijk gestorte kapitaal; [...].”

Legge n. 381 – Disciplina delle cooperative sociali (wet nr. 381 – Regeling betreffende sociale coöperaties) van 8 november 1991, artikel 1, „Definitie”: „1. Sociale coöperaties hebben tot doel het algemene belang na te streven dat de samenleving heeft bij de bevordering van de persoonlijke ontplooiing en de sociale integratie van de burgers, door middel van: | a) het beheer van sociale, gezondheids- en onderwijsdiensten [...]. | 2. Op sociale coöperaties is de regelgeving van toepassing van de sector waarin zij werkzaam zijn, voor zover deze verenigbaar is met deze wet.”

Decreto legislativo n. 112 – Revisione della disciplina in materia di impresa sociale (wetsbesluit nr. 112 – Herziening van de regeling betreffende sociale

ondernemingen), van 3 juli 2017, artikel 3, „Geen winstoogmerk”: „2 bis. Voor de toepassing van de leden 1 en 2 wordt de verdeling van restorno’s die verband houden met activiteiten van algemeen belang als bedoeld in artikel 2, die worden verricht overeenkomstig artikel 2545-sexies van het burgerlijk wetboek en met inachtneming van de in de wet of de statuten vastgestelde voorwaarden en beperkingen, door sociale ondernemingen die in de vorm van coöperatieve vennootschappen zijn opgericht, niet aangemerkt als distributie, ook niet indirect, van winsten en exploitatieoverschotten, mits in de statuten of de oprichtingsakte de criteria zijn vermeld voor de verdeling van restorno’s onder de leden naar evenredigheid van de kwantiteit en de kwaliteit van de onderlinge uitwisselingen en er sprake is van een overschot bij het beheer van onderlinge bijstand”.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Italy Emergenza is een coöperatie zonder winstoogmerk die deel uitmaakt van een netwerk van verenigingen, tot doel heeft het algemene belang na te streven dat de gemeenschap heeft bij de bevordering van de persoonlijke ontplooiing en sociale integratie, onder andere gespecialiseerd is in medisch vervoer, en in het handelsregister is ingeschreven als sociale onderneming.
- 2 Bij op 26 februari 2020 gepubliceerde aankondiging heeft de Azienda Sanitaria Provinciale (provinciale gezondheidsdienst; hierna: „ASP”) van Cosenza een selectieprocedure uitgeschreven voor de gunning bij overeenkomst van de dienst voor permanent medisch spoed- en noodvervoer aan vrijwilligersorganisaties en het Italiaanse Rode Kruis.
- 3 In haar beroep bij de TAR heeft Italy Emergenza primair aangevoerd dat de beslissing van de ASP van Cosenza om de gevraagde diensten van medisch vervoer niet middels openbare aanbesteding te gunnen, onrechtmatig is, en subsidiair dat de bedingen in de aankondiging volgens welke andere organisaties zonder winstoogmerk, zoals coöperaties naar Italiaans recht, onmiddellijk van de selectieprocedure werden uitgesloten, onrechtmatig zijn. In het bijzonder voert Italy Emergenza aan dat de door de ASP van Cosenza toegepaste regeling van de artikelen 56 en 57 van wetsbesluit nr. 117/2017 in strijd is met overweging 28 en artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24, op grond waarvan sociale coöperaties met het oog op de rechtstreekse gunning van de nood- en spoeddiensten volledig zouden zijn gelijkgesteld met vrijwilligersverenigingen, aangezien beide non-profitorganisaties zijn.
- 4 Het beroep werd verworpen. Om te beginnen heeft de TAR erkend dat de betrokken dienst een uitzondering vormt – met betrekking tot de toepassing van de regeling inzake overheidsopdrachten – als bedoeld in artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24, dat is omgezet in artikel 17, lid 1, onder h), van wetsbesluit nr. 50/2016. De gunning bij overeenkomst van de nood- en spoeddienst is met name geregeld in artikel 57 van wetsbesluit nr. 117/2017, als lex specialis. De betrokken overeenkomst hoeft dus niet gunstiger te zijn dan een beroep op de

markt (artikel 56 als *lex generalis*), maar de overeenkomstsluitende vereniging moet noodzakelijkerwijs voldoen aan alle voorwaarden van artikel 57 (inschrijving in het nationaal register van de derde sector, deel uitmaken van een netwerk van verenigingen, sociaal doel, passend en vanuit economisch oogpunt efficiënt enz.).

Tegen deze achtergrond heeft de TAR geoordeeld dat sociale coöperaties terecht zijn uitgesloten van de mogelijkheid tot gunning bij overeenkomst, aangezien zij een zakelijk doel nastreven, ook al wordt dat gekenmerkt door onderlinge bijstand, hetgeen rechtvaardigt dat artikel 57 van wetsbesluit nr. 117/2017 een andere behandeling voorbehoudt aan vrijwilligersverenigingen (de enige entiteiten van de derde sector die het recht hebben om aan voornoemde procedure deel te nemen). Ter onderbouwing daarvan heeft de TAR in casu verwezen naar artikel 5 van de statuten van Italy Emergenza, waarin is bepaald dat dividenden kunnen worden uitgekeerd met een spread van maximaal 2,5 % ten opzichte van de rentevoet van depositocertificaten van de postbank.

- 5 Italy Emergenza is van het vonnis van de TAR in hoger beroep gekomen bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 6 In haar akte van hoger beroep stelt Italy Emergenza opnieuw het vraagstuk aan de orde over de verenigbaarheid van de artikelen 56 en 57 van decreto legislativo nr. 117/2017 met de Unieregeling. Voorts betoogt zij dat in het bestreden vonnis geen rekening is gehouden met het feit dat sociale coöperaties als „sociale” ondernemingen geen winst nastreven en hun winsten moeten herinvesteren in de verwezenlijking van hun doel.
- 7 Verweerster antwoordt daarop dat de door Italy Emergenza aangehaalde Unierechtelijke regels louter bepalen wat de objectieve omvang is van de uitsluiting van bepaalde aanbestedingen van diensten, zonder vrijwilligersverenigingen en sociale coöperaties op enige wijze gelijk te stellen met betrekking tot de gunningen waarin is voorzien in de artikelen 56 en 57 van wetsbesluit nr. 117/2017.

In die context is het voorbehoud van de gunning aan vrijwilligersorganisaties voor overheidsdiensten niet dwingend en verplicht, maar facultatief en op voorkeur gebaseerd („[...] *kan met voorrang* [...]”). Daarmee heeft de wetgever aangegeven een voorkeur te hebben voor de organisaties waarvan de activiteit gebaseerd is op het vrijwillige, spontane en noodzakelijkerwijs kosteloze karakter van het werk van de leden, en die het solidariteitsbeginsel verwezenlijken. Sociale coöperaties zijn daarentegen gebaseerd op een gemeenschappelijke vorm van arbeid waarmee wordt beoogd degenen die bij die coöperatie zijn aangesloten een economisch voordeel te verschaffen, zodat alleen vrijwilligersorganisaties met hun prestaties geen winst maken en voldoen aan de uit de arresten van het Hof in de zaken

C-113/13 en C-50/14 volgende voorwaarde dat zij zelfs niet indirect een economisch voordeel voor hun leden nastreven.

- 8 Aan de zijde van verweerster heeft het nationale netwerk van vrijwilligersorganisaties ANPAS geïntervenieerd, dat het vraagstuk aan de orde heeft gesteld dat sociale coöperaties volgens het nationale recht niet alleen dividenden kunnen verdelen tot het in artikel 2514 van het burgerlijk wetboek vastgestelde plafond, maar ook zonder wettelijke beperkingen winst kunnen verdelen in de vorm van restorno's (indien het beheer van onderlinge bijstand een batig saldo oplevert), waardoor zij automatisch buiten de categorie non-profitorganisaties vallen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 9 De Consiglio di Stato merkt om te beginnen op dat in werkelijkheid in geen van de door verweerster aangehaalde arresten van het Hof specifiek het feit aan de orde is dat sociale coöperaties niet zijn vermeld bij de rechtssubjecten die in aanmerking komen voor rechtstreekse gunning bij overeenkomst van medische nood- en spoedvervoersdiensten. Beide arresten dateren van vóór de inwerkingtreding van wetsbesluit nr. 117/2017 en verwijzen derhalve naar andere nationale bepalingen dan artikel 57 van dat besluit, de bepaling die daarentegen aan de litigieuze handelingen van de aanbestedingsprocedure ten grondslag ligt. Ook de daarin toegepaste richtlijn (richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad) is niet de richtlijn waarvan in casu schending wordt aangevoerd.
- 10 De verwijzende rechter wijst daarentegen op het belang van het recentere arrest Falck Rettungsdienste (C-465/17) voor de beslechting van het geding, waarin is geoordeeld dat het beslissende element van artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24 is dat geen winst wordt nagestreefd en de winst wordt geherinvesteerd. Het ontbreken van een winstoogmerk is zonder meer een kenmerk van Italy Emergenza, zoals uitdrukkelijk is vastgelegd in artikel 6 van haar statuten, en met de bepaling inzake dividenden in artikel 5 van die statuten is louter artikel 2514 van het burgerlijk wetboek indirect overgenomen.
- 11 Het is juist dat sociale coöperaties op organisatorisch en functioneel vlak van vrijwilligersverenigingen verschillen: hoewel geen van beide winst nastreven, produceren alleen sociale coöperaties een economisch voordeel voor de rechtssubjecten die daarvan deel uitmaken, terwijl de door vrijwilligersverenigingen verrichte activiteiten van algemeen belang worden gekenmerkt door „op burgerzin, solidariteit en maatschappelijk nut gestoelde doelstellingen” (artikel 5 van wetsbesluit nr. 117/2017).
- 12 Aan de andere kant spreekt artikel 10, sub h) van richtlijn 2014/24 echter, net als overweging 28, simpelweg van „non-profitorganisaties en -verenigingen”, zonder zich te beperken tot uitsluitend vrijwilligersverenigingen (letterlijk argument), en veronderstelt het begrip „ondernemer” (en daarmee de deelname aan openbare

aanbestedingen) in het Unierecht niet dat de onderneming tevens winst nastreeft (logisch-systematisch argument).

- 13 Het feit dat de mogelijkheid de medische nood- en spoedvervoersdienst „met voorrang” bij overeenkomst te gunnen wordt voorbehouden aan slechts een van de in richtlijn 2014/24 voorziene types „non-profitorganisaties en -verenigingen”, en daarnaast geen andere sociale ondernemingen in aanmerking kunnen worden genomen, doet twijfel rijzen over de verenigbaarheid van de regeling van artikel 57 van wetsbesluit nr. 117/2017 met het Unierecht. Een dergelijk voorbehoud zou namelijk betekenen dat ondanks dat de voornoemde overweging 28 en artikel 10, onder h), een ruim geformuleerde mogelijkheid tot afwijking bieden, vrijwilligersverenigingen uitsluitend aan een openbare aanbesteding hoeven deel te nemen indien de „voorrang” van de overeenkomst om welke reden dan ook niet mogelijk blijkt te zijn, terwijl alle andere non-profitorganisaties steeds aan een aanbestedingsprocedure moeten deelnemen om voor gunning van dezelfde dienst in aanmerking te kunnen komen. De twijfels kunnen ook niet worden weggenomen door het feit dat de gunning bij overeenkomst volgens de nationale wetgeving slechts facultatief is, aangezien sociale coöperaties hoe dan ook niet voor gunning in aanmerking kunnen komen.
- 14 Voorts heeft het Hof van Justitie recentelijk in het arrest in zaak C-367/2019 erop gewezen dat onder het begrip „overheidsopdracht”, als overeenkomst onder bezwarende titel, ook overeenkomsten vallen waarin is bepaald dat als tegenprestatie uitsluitend de gemaakte kosten worden vergoed. Daardoor zou ook het door de TAR en verweerster benadrukte kenmerk – te weten dat alleen in vrijwilligersverenigingen geen enkel economisch voordeel aan de leden wordt toegekend, die enkel een kostenvergoeding ontvangen – een minder sterk argument zijn om op het vlak van het Unierecht te rechtvaardigen dat die verenigingen gunstiger worden behandeld dan sociale coöperaties.
- 15 Een ander element dat het onderscheid tussen de twee soorten organisaties vervaagt, is dat net als vrijwilligersorganisaties betaalde werknemers in dienst kunnen nemen, voor zover dat noodzakelijk is voor het functioneren daarvan, sociale coöperaties onder hun leden vrijwilligers kunnen hebben die gratis werken en aan wie alleen de onkosten worden vergoed (artikel 2 van wet nr. 381/1991).
- 16 De Consiglio di Stato wijst erop dat hij de voornoemde twijfels over de verenigbaarheid van de litigieuze regeling met het Unierecht recentelijk reeds bij het Hof aan de orde heeft gesteld, en verwijst daarvoor naar de prejudiciële vraag in de aanhangige zaak C-213/21 en de daaraan ten grondslag liggende motivering. Aan die vraag voegt de verwijzende rechter thans aan het einde de volgende specificatie toe: *„met inbegrip van sociale coöperaties die de verdeling onder de leden van de met de activiteit van algemeen belang verbonden restorno’s verrichten overeenkomstig artikel 3, lid 2-bis, van wetsbesluit nr. 112 van 2017.”*

De Consiglio di Stato wenst daarmee te vernemen of de in hun statuten geregelde mogelijkheid voor sociale coöperaties om een deel van de winst in de vorm van

restorno's onder de leden te verdelen, niet tot gevolg heeft dat zij worden uitgesloten van de categorie non-profitorganisaties, en dus van de categorie organisaties die op grond van artikel 57 van wetsbesluit 117/2017 voor gunning van de betrokken diensten in aanmerking komen. De uitkering van restorno's – door korting te geven of door een hogere vergoeding voor de verrichte activiteit te verlenen – zou kunnen worden aangemerkt als een verkapte verdeling van dividenden of vermogen aan de leden, aangezien volgens het voornoemde arrest Falck Rettungsdienste de herinvestering van de winst een vereiste lijkt voor de toepassing van artikel 10, onder h), van richtlijn 2004/14.

- 17 Uit artikel 3, lid 2-bis, van wetsbesluit nr. 112/2017 en artikel 2525-sexties van het burgerlijk wetboek kan met name worden afgeleid dat de verdeling van restorno's met betrekking tot activiteiten van algemeen belang voor sociale ondernemingen die zijn opgericht in de vorm van een vennootschap (zoals Italy Emergenza) rechtmatig is mits wordt voldaan aan specifieke voorwaarden en beperkingen. Om te beginnen geldt de beperking dat de balans in evenwicht moet zijn. Daarnaast moet worden gegarandeerd dat de onderneming blijft voortbestaan en ook in latere boekjaren het doel van onderlinge bijstand kan vervullen dankzij de niet-verdeelbare en prudentiële reserves. Een derde beperking is dat alleen de nettoresultaten uit de met de leden verrichte activiteit kunnen worden verdeeld. De coöperatieve vennootschap moet derhalve een gescheiden boekhouding bijhouden voor de activiteit met de leden, die elk een bedrag krijgen uitgekeerd dat evenredig is aan de waarde van hun eigen uitwisselingen met de vennootschap. En daarbij geldt hoe dan ook dat het lid geen subjectief recht heeft op de restorno, maar uitsluitend recht daarop heeft indien de algemene vergadering daartoe heeft besloten en ten belope van een bedrag dat bij wet of in de statuten is vastgesteld, aangezien een hypothetisch recht op gunstige voorwaarden (bijvoorbeeld een hogere vergoeding voor de verrichte arbeid) in strijd zou kunnen zijn met de bescherming van het sociale belang, en de leden in een positie zou kunnen brengen waarin zij los staan van of in conflict komen met de coöperatie.
- 18 Tegen de achtergrond van het normatieve kader van restorno's in het algemeen verwijst de Consiglio di Stato tot slot voor de vaststelling of verzoekster al dan niet winst nastreeft naar artikel 34 van de statuten van Italy Emergenza, „Restorno's”, dat als volgt luidt:

„De algemene vergadering kan op verzoek van het bestuursorgaan besluiten tot uitbetaling van restorno's ten bedrage van ten hoogste 30 % van de totale aan de werkende leden verschuldigde bedragen.

De restorno's worden verdeeld naar evenredigheid van de kwantiteit en/of de kwaliteit van het door de leden verrichte werk op basis van de bepalingen van het interne reglement.

De restorno's kunnen op grond van besluiten van de algemene vergadering als volgt worden uitgekeerd: - aanvulling op vergoedingen - kosteloze verhoging van het maatschappelijk kapitaal.

De aan de leden terugbetaalde bedragen kunnen ook worden gebruikt om een sociale lening aan te gaan.

De uitkering van restorno's moet in elk geval mogelijk bieden om de reserves aan te leggen en de betalingen te verrichten als bedoeld in de punten a) [niet-verdeelbare wettelijke reserve ten belope van ten minste 30 %] en b) [betaling aan het wederzijdse fonds voor de bevordering en de ontwikkeling van de samenwerking ten belope van de bij wet vastgestelde bedragen].”

- 19 Gelet op een en ander schorst de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak en legt hij aan het Hof de vraag voor of sociale coöperaties die hun winsten niet volledig herinvesteren en restorno's uitkeren, zoals Italy Emergenza dit doet, rechtmatig kunnen worden uitgesloten van de gunning bij overeenkomst van de dienst voor medisch nood- en spoedvervoer.