

Pubblicato il 18/01/2021

N. 00536/2021 **REG.PROV.COLL.**
N. **07033/2020 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7033 del 2020, proposto dalla

Italy Emergenza Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Patrizia Stallone e Michele Dionigi, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Zaccone, in Roma, via Marianna Dionigi, n. 43

contro

Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani, in persona del direttore generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Felice Ingravalle e con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia

nei confronti

Regione Puglia, non costituita in giudizio

per la riforma,

previa istanza cautelare,

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – sede di Bari, Sezione Seconda n. 922/2020 del 29 giugno 2020, resa tra le parti, con cui

è stato respinto il ricorso R.G. n. 537/2020, proposto avverso gli atti (bando di gara, disciplinare, capitolato speciale e relativi allegati), pubblicati nella G.U.C.E. del 27 aprile 2020, mediante i quali l'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani ha indetto una procedura aperta in forma telematica per l'affidamento in convenzione del servizio sanitario 118 "ambulanze" per il territorio di competenza della stessa A.S.L., nelle parti indicate in ricorso, nonché avverso la deliberazione della Giunta regionale della Puglia n. 1171 del 18 luglio 2017, ove intesa nel senso che ha stabilito che il servizio di emergenza-urgenza territoriale (118) venga affidato in convenzione dalle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere solo ad associazioni di volontariato e non anche alle altre organizzazioni senza scopo di lucro, ed in specie alle cooperative sociali, qual è la società ricorrente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, presentata in via incidentale dall'appellante, e preso atto della rinuncia alla stessa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria-Trani;

Viste le memorie, i documenti e le repliche delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Visto, altresì, l'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. con l. 25 giugno 2020, n. 70;

Relatore nell'udienza del 17 dicembre 2020 il Cons. Pietro De Berardinis e uditi per le parti gli avv.ti Patrizia Stallone e Massimo Felice Ingravalle, in collegamento da remoto in videoconferenza;

A. PREMESSE IN FATTO

1. L'odierna appellante, Italy Emergenza Cooperativa Sociale (d'ora in poi "Italy Emergenza", o "la Cooperativa"), espone di essere una cooperativa sociale senza

scopo di lucro e di svolgere il servizio di trasporto sanitario semplice e sanitario a mezzo ambulanze, il servizio di trasferimento infermi da e verso gli ospedali, case di cura, abitazioni, luoghi di lavoro e soggiorno su tutto il territorio nazionale e il servizio di trasporto disabili, con ambulanze in favore di Aziende ed Enti Pubblici appartenenti al Servizio Sanitario Nazionale. La Cooperativa precisa di essere in possesso delle autorizzazioni per svolgere l'attività indicata e di avere la sede legale in Messina e sedi operative dislocate in prossimità delle Aziende Sanitarie per le quali opera.

2. Con bando pubblicato in G.U.C.E. il 27 aprile 2020 l'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani (di seguito anche solo "A.S.L. B.A.T.") ha indetto una procedura comparativa per la stipula di una convenzione per la gestione delle postazioni di ambulanze del "SEU 118" con le associazioni di volontariato in possesso dei requisiti indicati dall'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 (cd. Codice del Terzo settore) e dalla legge della Regione Puglia 16 marzo 1994, n. 11 (recante "norme di attuazione della legge-quadro sul volontariato"), iscritte da almeno sei mesi al Registro Unico Nazionale (RUN) ed aderenti ad una rete associativa ex art. 41 del Codice del Terzo settore.

4. La Italy Emergenza ha impugnato innanzi al T.A.R. Puglia, sede di Bari, il bando di gara e gli altri atti che compongono la lex specialis di gara, lamentando la sussistenza in essi di clausole illegittime, che le impediscono la partecipazione alla gara, pur essendo essa una cooperativa sociale che opera da molti anni stabilmente nel settore di attività oggetto della convenzione di che trattasi. La Cooperativa ha lamentato, a tal proposito, il contrasto degli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017 con la normativa comunitaria e con la Costituzione.

5. Nel ricorso è stato dedotto, al riguardo, che ai sensi dell'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, i servizi di trasporto in emergenza-urgenza possono essere affidati in convenzionamento diretto alle associazioni di volontariato, mentre non sono contemplate tra gli affidatari le cooperative sociali. A tale disciplina si è uniformata la lex specialis di gara. La Cooperativa ha però lamentato il contrasto dell'art. 57

del d.lgs. n. 117/2017 (nonché del precedente art. 56) con il “considerando” 28 e poi, ancora, con l’art. 10, lett. h) della direttiva n. 2014/24/UE (di seguito anche solo “Direttiva”), in base ai quali, ai fini del convenzionamento diretto dei servizi di emergenza-urgenza, vi sarebbe una piena equiparazione delle cooperative sociali alle associazioni di volontariato. La ricorrente ha quindi formulato domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’UE, ai sensi dell’art. 267 TFUE, della questione della compatibilità comunitaria della riferita normativa interna, che esclude le altre organizzazioni senza scopo di lucro, quali le cooperative sociali di diritto italiano, dalla possibilità dell’affidamento tramite convenzionamento dei servizi in discorso.

6. La ricorrente ha ancora lamentato che la citata normativa interna, nella parte in cui non equipara le cooperative sociali alle organizzazioni di volontariato, sarebbe illegittima per contrasto con gli artt. 1, 3, 4, 35, 45, 97, 117 e 118 della Costituzione, formulando altresì domanda di rimessione alla Corte costituzionale della suesposta questione di legittimità costituzionale dell’art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 (nonché, occorrendo, dell’art. 56).

7. Si è costituita in giudizio l’Azienda Sanitaria Locale BarlettaAndria-Trani, sollevando eccezione di inammissibilità del gravame per mancata impugnazione della deliberazione di indizione della gara e resistendo nel merito alle pretese di parte ricorrente.

8. L’adito Tribunale, con la sentenza appellata, ha respinto il ricorso in quanto infondato nel merito, prescindendo dalla disamina della suesposta eccezione di inammissibilità.

9. In sintesi, il primo giudice ha osservato che il servizio per cui è causa è quello del trasporto sanitario in ambulanza con assistenza prestata da un soccorritore sanitario coadiuvato da un autista soccorritore a un paziente per il quale vi è un rischio di peggioramento dello stato di salute durante il trasporto: quindi, si tratta del “trasporto sanitario in ambulanza qualificato” rientrante nell’eccezione –

rispetto all'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici – prevista dall'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24 UE (trasfuso nell'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 50/2016). Tanto premesso, il T.A.R. ha considerato legittima l'esclusione delle cooperative sociali dalla possibilità dell'affidamento in convenzione, poiché le stesse perseguono una finalità imprenditoriale, ancorché caratterizzata da scopo mutualistico, che giustifica la diversità di trattamento riscontrabile nell'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 rispetto alle associazioni di volontariato (le sole legittimate a partecipare a detta procedura); a riprova di ciò, ha richiamato nel caso di specie l'art. 5 dello statuto della Cooperativa, che prevede una sia pur limitata possibilità di distribuzione dei dividendi.

10. Considerata la legittimità delle clausole della *lex specialis* preclusive della partecipazione delle cooperative sociali – e quindi della ricorrente – alla procedura, la sentenza ha da ultimo dichiarato il difetto di legittimazione della ricorrente stessa a far valere le altre censure dedotte nel gravame, che concernono i requisiti d'idoneità e i criteri di valutazione dettati dalla legge di gara.

11. Nell'appello la società ripropone la questione della compatibilità con la normativa eurounitaria degli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017, sostenendo che, per l'espletamento dei servizi di emergenza e urgenza previsti dalla selezione impugnata, la direttiva n. 2014/24/UE equipari le organizzazioni e le associazioni senza scopo di lucro, con prevalenza della disciplina eurounitaria sulle disposizioni interne (i citati artt. 56 e 57) ad essa contrarie, che riservano alle sole organizzazioni di volontariato la stipula delle convenzioni ivi previste. Ne discenderebbe che, dovendo le cooperative sociali essere equiparate alle associazioni di volontariato, le prime sarebbero da ammettere alla selezione oggetto di impugnativa, che non potrebbe essere riservata alle seconde.

12. Italy Emergenza è tornata a formulare la domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE, nonché in alternativa di rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale della limitazione dettata dagli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017 (recepita dagli atti di gara), atteso che detta

limitazione avrebbe carattere discriminatorio e violerebbe gli artt. 1, 3, 4, 35 e 45 (diritto al lavoro nelle cooperative e funzione sociale della cooperazione) Cost., nonché gli artt. 97, 117 e 118 (principio di sussidiarietà) Cost..

13. Si è costituita nel giudizio di appello l'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani ("A.S.L. B.A.T."), eccependo in via pregiudiziale l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione della deliberazione del direttore generale della A.S.L. n. 671 dell'8 aprile 2020, di indizione della procedura (eccezione sollevata nel giudizio innanzi al T.A.R., ma non esaminata dal primo giudice). Nel merito ha eccepito l'infondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione. Per quanto qui interessa l'A.S.L. ha negato la sussistenza di un contrasto tra la normativa interna ed il diritto eurounitario, poiché le norme comunitarie richiamate dall'appellante – l'art. 10, lett. h) della direttiva n. 214/24/UE e, ancor prima, il suo "considerando" 28 – si limiterebbero a definire l'ambito oggettivo di esclusione di taluni appalti di servizi (ivi compresi quelli relativi ai servizi di prevenzione contro i pericoli "forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro") dall'assoggettamento alla disciplina europea in materia di appalti dettata dalla direttiva stessa: ma ciò non comporterebbe alcuna equiparazione tra associazioni di volontariato e cooperative sociali relativamente agli affidamenti previsti dagli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017.

14. Dopo che l'appellante ha rinunciato all'istanza cautelare e che le parti hanno depositato memorie e repliche, all'udienza del 17 dicembre 2020, tenutasi in collegamento da remoto in videoconferenza, si è svolta una breve discussione, nel corso della quale l'appellante ha invocato i principi desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale 26 novembre 2020, n. 255; quindi, la causa è stata trattenuta in decisione.

15. Preliminarmente, si evidenzia l'infondatezza in fatto e in diritto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'A.S.L. appellata. Invero, la giurisprudenza ha escluso che la deliberazione di indizione della gara sia atto

immediatamente lesivo, trattandosi invece di atto interno, preparatorio e meramente endoprocedimentale, privo di immediata lesività: pertanto, la sua mancata impugnazione non determina alcuna inammissibilità del gravame, dovendo esso venire impugnato solo unitamente al provvedimento applicativo e, in specie, al bando di gara; il bando è infatti l'atto di natura generale a rilevanza esterna, con il quale la stazione appaltante rende conoscibile la propria determinazione di addvenire alla conclusione del contratto, ed è dunque l'atto impugnabile, ricorrendone le condizioni di interesse processuale (C.d.S, Sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147 e 24 gennaio 2019, n. 605; Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. Giur., 31 gennaio 2017, n. 27). Orbene, nel caso di specie il ricorso di prime cure reca in epigrafe l'impugnativa, unitamente al bando e agli altri atti che compongono la legge di gara, "degli inerenti atti presupposti e che ne abbiano determinato l'adozione (cioè: l'adozione della legge di gara) e così della eventuale determina a contrarre di estremi sconosciuti", cosicché si può ritenere assolto il suddetto onere di impugnazione congiunta.

16. All'esito, questo Giudice ritiene, per le ragioni che seguono, di sollevare questione pregiudiziale di compatibilità con le norme del diritto europeo delle norme nazionali fin qui descritte e, in specie, dell'art. 57 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (cd. Codice del Terzo settore) – che, come meglio si vedrà infra, disciplina la fattispecie in esame ponendosi in rapporto di specialità con il precedente art. 56 – nei termini di seguito espressi.

17. In primo luogo ed in termini generali, ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, questo Giudice è "giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno", e quindi è in linea di principio obbligato a sollevare la questione stessa nel momento in cui essa venga proposta, com'è avvenuto in questa sede.

18. Va sottolineato che l'appellante ha prospettato, altresì, questione di legittimità costituzionale della medesima norma interna con riferimento a parametri costituzionali interni (già elencati al punto 16). Viene qui in rilievo, perciò, il

problema della cd. doppia pregiudizialità, ossia della situazione in cui si presentino contemporaneamente in uno stesso procedimento questioni di legittimità costituzionale e di conformità con il diritto dell'Unione delle medesime norme: e il Collegio ritiene di risolvere detto problema dando preferenza al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sulla base dell'insegnamento della Corte costituzionale, la quale in taluni recenti pronunce (le sentenze n. 20 del 21 febbraio 2019 e n. 63 del 21 marzo 2019 e l'ordinanza n. 117 del 6 maggio 2019) ha avuto modo di precisare che nei casi di cd. doppia pregiudizialità spetta al Giudice a quo decidere se sollevare per prima la questione costituzionale o quella eurounitaria, avendo detto Giudice la facoltà e non l'obbligo di far precedere la questione costituzionale a quella pregiudiziale.

19. Nel caso di specie, questo Giudice ritiene appunto di dare priorità alla questione di compatibilità della norma interna con il diritto dell'Unione, perché la questione dei limiti entro i quali è ammesso l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in deroga all'evidenza pubblica (se cioè esso sia ammesso per le associazioni di volontariato con esclusione delle altre organizzazioni che, come le cooperative sociali, sono anch'esse prive di scopo di lucro) è suscettibile di incidere su tutto il relativo settore economico, e non soltanto su quello nazionale: si mostra quindi opportuno, a fini di chiarezza e certezza del diritto, promuovere per primo il rinvio il cui esito ha conseguenze di più ampia portata, valide appunto per tutta l'Unione (cfr. C.d.S., Sez. IV, ord. 18 novembre 2020, n. 7161/2020).

B. NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA

1. Ciò posto, si riporta la normativa europea rilevante ad avviso di questo Giudice, individuata nella direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 ("Direttiva").

2. Il "considerando" 28 della Direttiva così recita:

“(28) La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il

carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 «Servizi di trasporto terrestre» del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime alleggerito»). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza”.

3. L’art. 10 della Direttiva, rubricato “Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi”, stabilisce dal canto suo che:

“La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi:

(.....)

h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110- 4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza;

(.....)”.

4. Come rammentato dal T.A.R., la Corte di Giustizia dell’UE, nella sentenza del 21 marzo 2019 resa in C-465/17 (“Falck Rettungsdienste GmbH e a./Stadt Solingen”) ha affermato che le norme in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici non si applicano ai servizi di trasporto di pazienti forniti, in caso di emergenza, da organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro. La Corte ha poi

precisato che tanto l'assistenza ai pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario di cui al codice CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio), quanto il trasporto in ambulanza qualificato – comprendente, oltre al servizio di trasporto, l'assistenza prestata a pazienti in un'ambulanza da parte di un soccorritore sanitario coadiuvato da un aiuto soccorritore, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza) – rientrano nella nozione di “prevenzione contro i pericoli” ai sensi dell'art. 10, lett. h), della Direttiva e, pertanto, in base a tale disposizione, sono esclusi dall'ambito applicativo della Direttiva stessa. La sentenza ha specificato che il trasporto in ambulanza “qualificato” rientra nell'ora vista deroga all'applicazione delle norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici a condizione che “sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto”.

5. Mette conto ribadire che nel caso di specie la procedura indetta “ha ad oggetto l'assegnazione delle postazioni 118 “Ambulanze”, distinte in 16 lotti” (così il par. 3 del disciplinare di gara) e che, in base al par. 5, lett. i) dello stesso disciplinare di gara, nonché all'art. 1 del modello di convenzione allegato al bando, le associazioni stipulanti si impegnano a mettere a disposizione dell'A.S.L. B.A.T., per ogni singola postazione gestita, un'autoambulanza attrezzata secondo le previsioni della lex specialis di gara ed equipaggiata con un autista-soccorritore e un soccorritore, con stazionamento 24 ore su 24, presso sedi o luoghi individuati all'occorrenza dall'Azienda Sanitaria. Dunque, il servizio oggetto della procedura rientra nella suindicata nozione di “trasporto in ambulanza qualificato”, cosicché per esso vale, giusta la sentenza della Corte di Giustizia resa in C-465/17, la deroga stabilita dall'art. 10, lett. h), della Direttiva.

6. Si pone sin da ora l'accento sull'ulteriore massima della sentenza della Corte resa in C-465/17, in base alla quale “l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24

deve essere interpretato nel senso, da un lato, che esso osta a che associazioni di pubblica utilità riconosciute dal diritto nazionale come organizzazioni di protezione e di difesa civili siano considerate «organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro», ai sensi di tale disposizione, dal momento che il riconoscimento dello status di associazione di pubblica utilità non è subordinato nel diritto nazionale al perseguimento di uno scopo non lucrativo e, dall'altro, che le organizzazioni e le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, prive di finalità commerciali, e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione o dell'associazione costituiscono «organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro», ai sensi di detta disposizione”.

C. NORMATIVA INTERNA

1. Come noto, la direttiva n. 2014/24/UE ha ricevuto attuazione in Italia attraverso il “Codice dei contratti pubblici” (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e successive modifiche). Per quanto qui interessa, l'art. 10, lett. h), della Direttiva è stato trasfuso nell'ordinamento interno dall'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 50/2016, il quale così dispone:

“1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi:

(....)

h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110- 4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza;

(.....)”.

2. Ai fini della presente controversia rilevano, inoltre, gli artt. 4, comma 1, 56 e 57 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (cd. Codice del Terzo settore).

3. L'art. 4 (“Enti del Terzo settore”) al comma 1 stabilisce che:

“1. Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di

promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”.

4. L'art. 56, rubricato “Convenzioni”, così recita:

“1. Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

2. Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate.

3. L'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime. Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata,

all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari.

3-bis. Le amministrazioni precedenti pubblicano sui propri siti informatici gli atti di indizione dei procedimenti di cui al presente articolo e i relativi provvedimenti finali. I medesimi atti devono altresì formare oggetto di pubblicazione da parte delle amministrazioni precedenti nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

4. Le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge. Devono inoltre prevedere la durata del rapporto convenzionale, il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici, le coperture assicurative di cui all'articolo 18, i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa, le modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione.”.

5. Il successivo art. 57, intitolato “Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza”, dispone a sua volta che:

“1. I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed

accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

2. Alle convenzioni aventi ad oggetto i servizi di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 3-bis e 4 dell'articolo 56.”.

6. La normativa interna detta dunque all'art. 56 cit. una disciplina generale, cui si affianca, per il solo settore del trasporto sanitario di emergenza e urgenza, quella speciale stabilita dal successivo art. 57. Dalla specialità del suddetto art. 57 discende che nel settore in esame non può trovare applicazione la disciplina generale di cui al precedente art. 56, se non espressamente richiamata dalla medesima disciplina speciale: e si è appena visto che l'art. 57 cit. richiama, al comma 2, i commi 2, 3, 3-bis e 4 dell'art. 56, ma non anche il comma 1, che contempla, quale criterio giustificativo della stipula delle convenzioni con i soggetti del cd. Terzo settore, il riferimento alla maggiore convenienza rispetto al ricorso al mercato.

7. In altre parole, come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa più recente e dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 255/2020, l'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario di emergenza-urgenza alle organizzazioni di volontariato è basato sui presupposti autonomi indicati dall'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, specifici ed ulteriori rispetto a quelli dell'art. 56. In primo luogo, il mancato richiamo del comma 1 dell'art. 56 significa che l'affidamento diretto non necessita della valutazione preliminare della sua maggiore convenienza rispetto al mercato concorrenziale. È, invece, necessario che tale affidamento garantisca l'espletamento di un servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli

obiettivi di solidarietà. Da ultimo, vengono richiesti l'adesione dei potenziali affidatari ad una rete associativa, nonché l'accreditamento ai sensi della normativa regionale in materia.

8. Per quanto riguarda, invece, il regime delle cooperative, occorre anzitutto riportare l'art. 2514 c.c., trattandosi di disposizione che, come meglio si vedrà infra, è richiamata dall'art. 5 dello statuto della Cooperativa. Il predetto art. 2514 c.c., rubricato "Requisiti delle cooperative a mutualità prevalente", nel testo introdotto, a decorrere dal 1° gennaio 2004, dall'art. 8 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, così recita:

"Le cooperative a mutualità prevalente devono prevedere nei propri statuti:

- a) il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato;
- b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi;
- c) il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori;
- d) l'obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

Le cooperative deliberano l'introduzione e la soppressione delle clausole di cui al comma precedente con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria.".

9. Venendo specificamente alle cooperative sociali – che, come visto, l'art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 ricomprende tra gli enti del Terzo settore – la disciplina di esse si ritrova nella l. 8 novembre 1991, n. 381 ("Disciplina delle cooperative sociali"), la quale è stata fatta salva dal Codice del Terzo settore. Questo, infatti, ha previsto che le cooperative sociali restino disciplinate dalla l. n. 381/1991 (art. 40), aggiungendo che le disposizioni del medesimo Codice si applicano agli enti del Terzo settore oggetto di una disciplina speciale solo in quanto compatibili e non

derogate da tale disciplina (art. 3, comma 1).

10. In questa sede occorre richiamare, anzitutto, l'art. 1 della l. n. 381/1991, che così recita:

“1. Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso:

a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, incluse le attività di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b), c), d), l), e p), del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 (contenente la revisione della disciplina in materia di impresa sociale);
b) lo svolgimento di attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

2. Si applicano alle cooperative sociali, in quanto compatibili con la presente legge, le norme relative al settore in cui le cooperative stesse operano.

(.....)”.

10. L'art. 2 della l. n. 381/1991 (“Soci volontari”) stabilisce poi che:

“1. Oltre ai soci previsti dalla normativa vigente, gli statuti delle cooperative sociali possono prevedere la presenza di soci volontari che prestino la loro attività gratuitamente.

2. I soci volontari sono iscritti in un'apposita sezione del libro dei soci. Il loro numero non può superare la metà del numero complessivo dei soci.

3. Ai soci volontari non si applicano i contratti collettivi e le norme di legge in materia di lavoro subordinato ed autonomo, ad eccezione delle norme in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, con proprio decreto, determina l'importo della retribuzione da assumere a base del calcolo dei premi e delle prestazioni relative.

4. Ai soci volontari può essere corrisposto soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, sulla base di parametri stabiliti dalla cooperativa sociale per la totalità dei soci.

5. Nella gestione dei servizi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), da effettuarsi

in applicazione dei contratti stipulati con amministrazioni pubbliche, le prestazioni dei soci volontari possono essere utilizzate in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti. Le prestazioni dei soci volontari non concorrono alla determinazione dei costi di servizio, fatta eccezione per gli oneri connessi all'applicazione dei commi 3 e 4.”.

12. Infine, l'art. 9 della legge (rubricato “Normativa regionale”) stabilisce che:

“1. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni emanano le norme di attuazione. A tal fine istituiscono l'albo regionale delle cooperative sociali e determinano le modalità di raccordo con l'attività dei servizi socio-sanitari, nonché con le attività di formazione professionale e di sviluppo della occupazione.

2. Le regioni adottano convenzioni-tipo per i rapporti tra le cooperative sociali e le amministrazioni pubbliche che operano nell'ambito della regione, prevedendo, in particolare, i requisiti di professionalità degli operatori e l'applicazione delle norme contrattuali vigenti.

3. Le regioni emanano altresì norme volte alla promozione, al sostegno e allo sviluppo della cooperazione sociale. Gli oneri derivanti dalle misure di sostegno disposte dalle regioni sono posti a carico delle ordinarie disponibilità delle regioni medesime.”.

D. ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

1. Vi sono dubbi sulla compatibilità della succitata normativa nazionale – in particolare: dell'art. 57 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – con il diritto dell'Unione, nei termini prospettati dalla Cooperativa appellante. Si ritiene, al riguardo, che la questione di compatibilità comunitaria debba essere limitata al predetto art. 57 e non anche estesa al precedente art. 56, come richiesto dall'appellante, atteso che, come già visto, il primo reca per il trasporto sanitario di emergenza-urgenza una disciplina speciale, che prevale su quella dell'art. 56 e ne esclude l'applicabilità alla fattispecie, se non nei limiti in cui la disciplina dello stesso art. 56 sia

esplicitamente richiamata.

2. Nel ricorso innanzi al T.A.R. la Italy Emergenza ha dedotto che ai sensi dell'art. 57 cit. i servizi di trasporto in emergenza-urgenza possono essere affidati in convenzionamento diretto alle associazioni di volontariato, mentre non risultano contemplate tra gli affidatari le cooperative sociali. Tuttavia, in base al "considerando" 28 e poi, ancora, all'art. 10, lett. h) della direttiva n. 2014/24/UE, ai fini del convenzionamento diretto dei servizi di emergenza ed urgenza, sussisterebbe una piena equiparazione delle cooperative sociali alle associazioni di volontariato. Di qui – per la ricorrente – il contrasto degli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 57/2017 con le succitate previsioni della Direttiva: dell'art. 56, lì dove non contempla e non equipara alle organizzazioni di volontariato le cooperative sociali senza scopo di lucro per le convenzioni ivi previste (finalizzate allo svolgimento a favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, ove più favorevoli rispetto al ricorso al mercato); dell'art. 57, lì dove riserva alle sole organizzazioni di volontariato la possibilità di convenzionamento diretto dei servizi di emergenza-urgenza, senza contemplare le cooperative sociali.

3. Il primo giudice ha disatteso la censura con un'articolata motivazione che ha preso le mosse dalla qualificazione del servizio oggetto di causa come "trasporto sanitario in ambulanza qualificato", che rientra dunque nell'eccezione – rispetto all'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici – prevista dall'art. 10, lett. h), della Direttiva (trasfuso nell'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 50/2016). Ha poi osservato che, in base alla sentenza della Corte di Giustizia dell'UE dell'11 febbraio 2014, resa nella causa C-113/13, è legittimo l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario d'urgenza ed emergenza ad associazioni di volontariato convenzionate, sempreché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività di tali associazioni contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui la predetta disciplina si basa; ai fini della legittimità dell'affidamento, le

associazioni di volontariato non devono trarre profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli, e non devono procurare alcun profitto ai loro membri.

4. Tanto premesso, il T.A.R. ha ritenuto che l'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 dia corretta applicazione al principio di diritto affermato dalla citata sentenza della Corte di Giustizia dell'11 febbraio 2014. Esso, infatti, ha subordinato la possibilità dell'affidamento diretto in convenzione alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza al fatto che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio "in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione".

5. Come già si è visto, il primo giudice ha considerato legittima l'esclusione delle cooperative sociali dalla possibilità dell'affidamento in convenzione, perseguendo esse una finalità imprenditoriale, pur se caratterizzata dallo scopo mutualistico, che giustifica la diversità di trattamento stabilita dall'art. 57 cit. rispetto alle associazioni di volontariato. La legittimità dell'esclusione è confermata, nel caso di specie, dall'art. 5 dello statuto della Cooperativa, ove si prevede la possibilità di una distribuzione di dividendi, sia pure in misura non superiore ad un certo limite ivi fissato.

6. La sentenza appellata ha quindi evidenziato la legittimità della clausole della lex specialis di gara, che hanno correttamente richiamato l'art. 57 cit. ed hanno stabilito che le associazioni partecipanti alla procedura non potessero trarre alcun profitto dallo svolgimento del servizio, essendo rimborsate solo le spese sostenute e documentate. Da un lato, secondo la giurisprudenza europea e nazionale, sia l'assistenza di pazienti in situazioni di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico-soccorritore sanitario, sia il trasporto qualificato rientrano nella "prevenzione contro i pericoli" di cui parla l'art. 10, lett. h), della Direttiva, con la conseguenza che, con riguardo a detti servizi, è legittimo l'affidamento diretto a

soggetti privi di scopo di lucro. Dall'altro – sottolinea ancora la sentenza – il “considerando” 28 della direttiva n. 2014/24/UE, l'art. 10, lett. h), di questa e l'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 50/2016 pongono sullo stesso piano le organizzazioni e le associazioni senza scopo di lucro all'esclusivo fine della determinazione dell'ambito applicativo della disciplina sugli appalti pubblici, senza, però, sancire un principio di piena equiparazione, ai fini dell'affidamento diretto in esame, tra le associazioni di volontariato e le altre organizzazioni senza scopo di lucro: ne segue che non è censurabile la scelta dell'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 – a cui si è attenuta la legge di gara – di riservare alle organizzazioni di volontariato la partecipazione al convenzionamento per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

7. Nell'atto di appello la Cooperativa muove approfondite critiche al percorso argomentativo della sentenza impugnata, la quale non avrebbe considerato che, nel diritto interno, le cooperative sociali, ricomprese tra le “imprese sociali”, perseguono un fine non lucrativo e devono reinvestire gli utili nel raggiungimento di tale obiettivo. La divergenza tra la Direttiva e la normativa interna (in specie: l'art. 57 del d.lgs. n. 57/2017) sarebbe palese, avendo quest'ultima ristretto la possibilità dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza alle sole associazioni di volontariato, mentre la Direttiva avrebbe enunciato la piena equiparazione delle predette associazioni con le altre organizzazioni senza scopo di lucro in relazione non solo – come ritiene il primo giudice – all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici, ma anche all'ambito soggettivo di affidamento dei servizi di emergenza per cui è causa.

8. Nella discussione orale l'appellante ha ritenuto di trarre argomentazioni a sostegno delle proprie tesi dalla recente pronuncia della Corte costituzionale n. 255 del 26 novembre 2020. In tale sentenza la Corte si è occupata della questione dell'illegittimità costituzionale della legge della Regione Sardegna 16 settembre 2019, n. 16, per avere questa ammesso – all'art. 1, comma 5 – lo strumento

convenzionale per lo svolgimento del servizio di emergenza-urgenza nei confronti di due tipologie di enti del Terzo settore specificamente individuati, ovvero le associazioni O.N.L.U.S. e le cooperative sociali, in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. (che rimette alla potestà esclusiva dello Stato la materia della "tutela della concorrenza") e con i limiti alla potestà legislativa regionale dettati dallo Statuto della Regione Sardegna. Il contrasto sarebbe reso esplicito dalla disciplina dettata a livello nazionale dall'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, che consente l'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, in via prioritaria, soltanto alle organizzazioni di volontariato, escludendo le cooperative sociali.

9. Orbene, la pronuncia, nel respingere la questione in quanto infondata nel merito – poiché l'art. 1, comma 5, della l.r. n. 16/2019 non contiene, in realtà, alcuna disciplina delle modalità di affidamento del servizio di emergenza e urgenza – ha indicato alcuni elementi che ad avviso del Collegio rilevano anche ai fini della presente controversia.

10. Più in particolare, la Corte (v. parag. 5.1) ha osservato che, ai sensi della direttiva n. 2014/24/UE, "resta in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di solidarietà, che può prevedere l'affidamento tramite modalità estranee al regime dei contratti pubblici o comunque attraverso un regime di evidenza pubblica alleggerito. Inoltre, il considerando n. 28 e l'art. 10, lettera h), della direttiva escludono dal campo di applicazione della stessa taluni specifici servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli, forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, tra cui è individuato proprio il trasporto sanitario di emergenza e urgenza". Ha richiamato, poi, la normativa interna di recepimento della Direttiva (il Codice dei contratti pubblici), "che lascia impregiudicata la facoltà di affidare i medesimi servizi sociali individuati dalla direttiva 2014/24/UE attraverso modalità diverse dall'appalto di servizi, escludendoli dal campo di applicazione del

medesimo codice (art. 17)”, chiarendo come tra gli strumenti alternativi all’evidenza pubblica per l’affidamento dei servizi sociali rientri senz’altro la convenzione (v. parag. 5.2). Dopo avere ricordato l’art. 56 del d.lgs. n. 117/2017 ed avere evidenziato – come si è già visto – il carattere speciale della disciplina dettata dal successivo art. 57 per l’affidamento mediante convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, la Corte ha insinuato il dubbio che l’art. 57 cit. non abbia realmente voluto limitare l’istituto convenzionale, per il servizio di emergenza e urgenza, soltanto alle organizzazioni di volontariato, “restringendo così il campo degli affidatari rispetto alla ricordata normativa europea e al codice degli appalti, che includono tale servizio tra quelli per cui è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica”: ciò, atteso che la disposizione nazionale in esame “è esplicita nell’indicare la facoltà di affidare con convenzione il servizio alle associazioni di volontariato «in via prioritaria»”, ponendo in tal modo un problema interpretativo che i giudici costituzionali reputano “di soluzione non univoca”: così come, del resto, un problema interpretativo è quello dell’applicabilità dell’art. 57 alle cooperative sociali, in ragione del rapporto tra il Codice del Terzo settore e la legge n. 381/1991, che – sottolineano i giudici – lo stesso Codice sembra qualificare come disciplina speciale.

11. La prospettazione dell’illegittimità comunitaria dell’art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 da parte della Cooperativa appellante è contestata dall’Azienda Sanitaria appellata con molteplici argomentazioni, che però – come si vedrà al parag. E – non valgono a fugare i dubbi.

12. L’A.S.L. B.A.T. premette che l’art. 57 cit. detta una disciplina speciale per i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, a cui si sono conformati gli atti di gara, riservando alle associazioni di volontariato la partecipazione alla procedura per l’affidamento in convenzione del servizio. Detta disciplina non si porrebbe in contrasto con il diritto eurounitario, atteso che le previsioni richiamate dall’appellante – l’art. 10, lett. h) della direttiva n. 2014/24/UE e ancor prima il suo

“considerando” 28 – si limiterebbero a definire l’ambito “oggettivo” di esclusione di taluni appalti di servizi (inclusi quelli relativi ai servizi di prevenzione contro i pericoli “forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro”) dall’assoggettamento alla disciplina europea in materia di appalti dettata dalla stessa direttiva: ma ciò non comporterebbe un’equiparazione tra associazioni di volontariato e cooperative sociali per quanto riguarda l’affidamento previsto dagli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017. Queste disposizioni, infatti, definirebbero l’ambito “soggettivo” di affidamento dei servizi da esse elencati e con specifico riguardo ai servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza l’art. 57 definirebbe il relativo ambito “soggettivo”, prevedendo che essi siano, in via prioritaria, affidati in convenzione alle (sole) organizzazioni di volontariato. Ne deriverebbe, in conclusione, che va esclusa l’esistenza, negli ordinamenti eurounitario e nazionale, di qualsiasi equiparazione delle imprese sociali – e quindi delle cooperative sociali, che ai sensi dell’art. 4 del Codice del Terzo settore rientrano in detta categoria – alle organizzazioni di volontariato, ai fini della partecipazione alle procedure per l’affidamento in convenzione dei servizi di trasporto di emergenza e urgenza.

13. Nei successivi scritti difensivi l’Azienda Sanitaria richiama a proprio supporto talune precedenti pronunce della Corte di Giustizia dell’UE che avrebbero riconosciuto la compatibilità con il diritto eurounitario della normativa italiana, nella parte in cui riconosce alle associazioni di volontariato la priorità nell’affidamento in convenzione del servizio di cui si discute. Sono richiamate al riguardo le pronunce della Sezione V dell’11 dicembre 2014, in C-113/13 e del 28 gennaio 2016 in C-50/14, in cui è affermata la compatibilità con gli artt. 49 e 56 TFUE di una normativa nazionale la quale preveda l’attribuzione in via prioritaria e con affidamento diretto, in assenza di ogni pubblicità, dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza alle associazioni di volontariato convenzionate, “purché l’ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l’attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al

perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio”. Per contribuire a tale finalità sociale ed al perseguimento dei citati obiettivi, è necessario che le associazioni di volontariato non ricavano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornirle, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. Se può ammettersi che si avvalgano di lavoratori, “poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato”, nondimeno l’attività delle associazioni deve rispettare i requisiti imposti dalla legislazione nazionale, il che sta a dire che la loro attività “può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al suo regolare funzionamento” (così il parag. 65 della sentenza del 28 gennaio 2016). E la giurisprudenza di questa Sezione avrebbe preso atto, in un recente arresto (14 maggio 2019, n. 3131) dei principi dettati dalle ora viste decisioni della Corte di Giustizia.

14. La A.S.L. replica inoltre alla questione di legittimità costituzionale degli artt. 56 e 57 cit. sollevata dall’appellante, adducendo talune argomentazioni che recano elementi utili ai fini (altresì) del vaglio della questione di compatibilità comunitaria della normativa in discorso.

15. Nello specifico, l’art. 56 del d.lgs. n. 117/2017 non imporrebbe alla P.A. di affidare mediante convenzione lo svolgimento di attività o servizi sociali di interesse generale solo alle organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale, limitandosi a consentire siffatta possibilità e in ogni caso subordinandola alla condizione che le convenzioni siano “più favorevoli rispetto al ricorso al mercato”. Allo stesso modo, per quanto riguarda lo specifico servizio di trasporto di emergenza e urgenza, l’art. 57 del decreto legislativo si limita a consentirne l’affidamento tramite convenzione “in via prioritaria”, e dunque non in via esclusiva, alle organizzazioni di volontariato: ciò a condizione che tale affidamento sia funzionale a conseguire “un sistema di effettiva contribuzione a una

finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione”. Si tratterebbe, perciò, di scelte politiche frutto di valutazioni discrezionali del Legislatore, che esprimono un favor per le associazioni di promozione sociale e, più in particolare, per le organizzazioni di volontariato, che si spiega con la loro peculiare natura: esse, infatti, non svolgono attività di impresa, ma un’attività che si basa sul carattere volontario, spontaneo e gratuito dell’operato dei volontari, priva di connotati di lucro anche indiretto, e che realizza il principio di solidarietà.

16. Il diverso trattamento delle cooperative sociali rispetto alle organizzazioni di volontariato – rileva l’appellata – sarebbe quindi ragionevolmente fondato sulla differenza funzionale ed organizzativa tra le due tipologie di enti: le organizzazioni di volontariato hanno come scopo la promozione umana e l’integrazione sociale dei cittadini, senza scopo di lucro, mentre le cooperative sociali si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune volta ad apportare un vantaggio economico a quanti fanno parte della cooperativa, sicché solo l’organizzazione di volontariato non perseguirebbe, nemmeno in modo indiretto, un vantaggio economico per i suoi associati. Se ne desumerebbe che la riserva dell’affidamento diretto in convenzione del servizio di trasporto sanitario in emergenza alle organizzazioni di volontariato non sarebbe né irragionevole, né illegittimamente lesiva degli interessi giuridici della cooperativa sociale e dei propri lavoratori, come del resto accertato dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

17. Dalle considerazioni suesposte la difesa della A.S.L. ha tratto le seguenti conclusioni:

- a) la scelta del Legislatore italiano di riservare in via prioritaria alle sole associazioni di volontariato l’affidamento del servizio di trasporto di emergenza e urgenza non presenta profili di incompatibilità con la normativa eurolunitaria;
- b) alla luce della normativa sovranazionale, non sussiste alcuna equiparazione tra le associazioni di volontariato e le “imprese sociali” (tra le quali rientrano le

cooperative sociali, quale è l'appellante), poiché solo le prime, e non anche le altre, soddisfano i requisiti previsti dalla normativa eurounitaria, come scolpiti dalle succitate sentenze della Corte di Giustizia, in quanto non traggono alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le stesse, e non procurano alcun profitto ai loro membri.

E. PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE DEL RINVIO

1. Questo Giudice dubita che l'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, lì dove non contempla le cooperative sociali e più in generale le "imprese sociali" tra i possibili affidatari tramite convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, sia compatibile con la normativa eurounitaria – art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE – la quale esclude che tali servizi, se svolti da "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro", siano sottoposti alla disciplina sugli appalti pubblici dettata dalla direttiva stessa.

2. Preliminarmente va sgombrato il campo dall'equivoco, nel quale incorre l'A.S.L. B.A.T., secondo cui la questione sarebbe già stata affrontata e risolta dalla Corte di Giustizia nelle pronunce dell'11 dicembre 2014, in C-113/13 e del 28 gennaio 2016 in C-50/14 (ambedue riguardanti la compatibilità comunitaria di norme dell'ordinamento italiano). Al riguardo va, infatti, osservato che nessuna di tali pronunce si occupa della specifica questione della mancata indicazione delle cooperative sociali tra i soggetti che possono essere affidatari diretti, tramite convenzione, del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Per vero, entrambe le sentenze sono anteriori all'entrata in vigore del Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017) e, perciò, si riferiscono a norme interne diverse dall'art. 57 del suddetto Codice, che è, invece, la disposizione applicabile alla presente controversia, in quanto è sulla base di essa che sono stati emanati gli atti di gara oggetto di impugnativa. Analogamente, la normativa comunitaria da esse applicata (la direttiva n. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo

2004) non è quella di cui si lamenta la violazione nel caso di specie.

3. Per la medesima ragione, non si ritiene di poter trarre elementi decisivi neppure dalle pronunce di questa Sezione che hanno escluso il carattere discriminatorio della preclusione alle cooperative sociali della partecipazione alle procedure per l'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario ordinario e di emergenza/urgenza (C.d.S., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 4902; 28 luglio 2016, n. 3615; 26 giugno 2015, n. 3208), appunto perché riferite al previgente contesto normativo eurounitario ed interno.

4. Neppure supporta le tesi dell'Azienda appellata la recente sentenza di questa Sezione n. 3131/2019 del 14 maggio 2019. Questa, infatti, si è occupata della distinta questione del rapporto, nella Regione Veneto, tra la legislazione regionale (l'art. 5, comma 1, della l.r. n. 26/2012), la quale ha imposto alle Aziende Sanitarie l'obbligo di affidare con convenzione alle associazioni di volontariato la gestione del servizio del trasporto sanitario di urgenza, e la normativa statale (l'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017), che invece prevede la possibilità di un tale affidamento, reso così facoltativo.

5. Al contrario, vi sono vari argomenti desumibili dalla giurisprudenza europea ed interna più recenti che possono indurre a valutare la contrarietà alla direttiva n. 2014/24/UE dell'art. 57 cit. e, dunque, della legge di gara, che ad esso si è conformata, nella parte in cui preclude alla Cooperativa appellante la partecipazione alla procedura.

6. In primo luogo si rammenta come, secondo la già citata sentenza della Corte di Giustizia dell'UE "Falck Rettungsdienste GmbH e a./Stadt Solingen" del 21 marzo 2019, costituiscono "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" ai sensi dell'art. 10, lett. h), della Direttiva le organizzazioni e le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, prive di finalità commerciali, e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere il loro obiettivo. La Corte sottolinea che l'elemento dirimente, nella predetta disposizione, è il perseguimento di uno scopo non lucrativo e la mancanza di finalità lucrative connota la

Cooperativa appellante: ciò è enunciato espressamente dall'art. 6 dello statuto della Italy Emergenza, in base al quale “La cooperativa sociale opera senza finalità lucrative e persegue l'interesse generale della comunità alla promozione umana ed all'integrazione sociale attraverso: la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi (art. 1 legge 381/91, lettera a) (.....)”. Il riferimento in senso contrario fatto dalla A.S.L. B.A.T. all'art. 5 del medesimo statuto, che stabilisce al punto 1 il “divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentati di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato”, non può dirsi probante, trattandosi di previsione riproduttiva della disciplina in materia di mutualità prevalente dettata dall'art. 2514 c.c. (v. supra, parag. C, punto 8).

7. Si potrebbe nondimeno obiettare che le cooperative sociali non possono essere equiparate, ai fini che qui rilevano, alle associazioni di volontariato perché le prime, pur se finalizzate al perseguimento degli obiettivi dell'integrazione e promozione sociale senza scopo di lucro, producono comunque un vantaggio economico per i soggetti che ne fanno parte, mentre le seconde non attribuiscono neanche un'utilità economica indiretta agli associati (i quali prestano l'attività in modo volontario, spontaneo e necessariamente gratuito). In quest'ottica, la Sezione ha sottolineato che le cooperative sociali sono enti che, sebbene senza scopi di lucro, si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune rivolta a provocare un vantaggio economico a quanti fanno parte della cooperativa (C.d.S., Sez. III, ord. n. 5313 dell'11 settembre 2020); esse perseguono una finalità imprenditoriale, ancorché caratterizzata da scopo mutualistico, e ciò le differenzia dalle organizzazioni di volontariato. Per di più, l'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017 enfatizza, con riguardo alle “attività di interesse generale” elencate dalla stessa disposizione, la diversità delle cooperative sociali rispetto agli altri soggetti appartenenti al cd. Terzo settore, stabilendo che le suddette attività vengono esercitate in via esclusiva o principale, per il perseguimento, senza scopo di lucro,

di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, “dagli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali”.

8. A queste obiezioni, però, può replicarsi che pare dubbia l'esclusione delle cooperative sociali dal novero dei soggetti legittimati a svolgere i servizi di cui all'art. 10, lett. h), della Direttiva, che la Direttiva stessa esonera dall'assoggettamento alla disciplina da essa dettata in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Ciò, sia per ragioni di ordine letterale, in quanto la menzionata lett. h) – al pari del “considerando” 28 della Direttiva – parla di “organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro” e, quindi, utilizza una nozione con un'estensione che non pare limitata alle sole associazioni di volontariato; sia per ragioni di ordine logico e sistematico, alla luce del consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'assenza del fine di lucro non osta di per sé alla partecipazione agli appalti pubblici, atteso che la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116): indirizzo che pone sullo stesso piano, ai fini della predetta partecipazione, le cooperative sociali e le associazioni di volontariato, cosicché è logico che le stesse – per identità di ratio – siano collocate sullo stesso piano anche quando si tratti di prevedere per esse, in relazione a taluni servizi, un regime di favor, con esonero dall'assoggettamento alle regole sull'evidenza pubblica.

9. È utile qui rammentare che lo stesso Giudice pugliese, in un precedente arresto, ha avuto modo di affermare, richiamando taluni precedenti di questo Consiglio di Stato, che “il c.d. “principio dell'utile necessario” trova condivisibile fondamento nella ragion d'essere delle società con scopo di lucro e, più in generale, dei soggetti economici che operano sul mercato in una logica strettamente economica di conseguimento di un profitto” e che “nelle gare pubbliche, diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, l'offerta con un utile risibile o, ancora, senza utile, presentata da un soggetto che tale utile non persegue (onlus, cooperative sociali) non è, solo per questo, anomala o inaffidabile in quanto non impedisce il

perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio stricto sensu economico” (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 aprile 2018, n. 554).

10. Ma se così è e se dunque le cooperative sociali rientrano nelle previsioni del “considerando” 28 e dell’art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE, è dubbia la conformità a dette previsioni della disciplina dettata dall’art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, nella parte in cui riserva alle associazioni di volontariato la possibilità “in via prioritaria” dell’affidamento tramite convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, senza contemplare le imprese sociali. La distinzione che fa sul punto il T.A.R. e su cui insiste l’appellata, tra ambito oggettivo di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici – cui avrebbero riguardo l’art. 10, lett. h), della Direttiva e l’art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 50/2016 che ne costituisce la trasfusione nel diritto interno – ed ambito soggettivo di affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza – cui si riferirebbe, invece, l’art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 – lascia perplessi. Infatti le due disposizioni si mostrano tra loro strettamente connesse, sol che si consideri che l’esclusione delle cooperative sociali dall’affidamento tramite convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, fa sì che per le citate cooperative l’affidamento di detto servizio non possa che avvenire attraverso l’evidenza pubblica: ciò in contrasto con l’eccezione prevista dall’art. 10, lett. h), della Direttiva (e dall’art. 17, comma 1, lett. h) del Codice degli appalti).

11. In altre parole, al di fuori degli stretti ambiti in cui è ammesso lo strumento convenzionale, resta obbligatoria la modalità pubblicistica dell’appalto di servizi e ciò sia sul piano oggettivo, per servizi di trasporto sanitario che non possano qualificarsi come “d’emergenza” (C.d.S., Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139), sia sul piano soggettivo, visto che la deroga al regime dell’evidenza pubblica fissata dall’art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE si limita alle sole “organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro”. Lo stesso art. 57 del d.lgs. n. 117 cit. prevede la possibilità “in via prioritaria” – cioè prima dell’esperimento di una procedura di

evidenza pubblica – dell'affidamento del servizio per cui è causa mediante convenzione, il che sta a dire che ove la “via prioritaria” risulti per qualsiasi motivo non praticabile, l'affidamento avverrà comunque tramite gara pubblica (cfr. C.d.S., Sez. III, n. 3131/2019, cit.). Ma, allora, riservare alle sole associazioni di volontariato l'affidamento mediante convenzione del servizio di trasporto sanitario d'emergenza – come fa l'art. 57 cit. – significherebbe che tutte le altre organizzazioni non lucrative, sebbene per esse il ricorso all'evidenza pubblica sia escluso dalla normativa comunitaria, possono divenire affidatarie del servizio in discorso, in base alla predetta normativa interna, solo attraverso il ricorso all'evidenza pubblica: con il ch , per , l'art. 57 del Codice del Terzo settore parrebbe in contrasto con il “considerando” 28 e con l'art. 10, comma 1, lett.h), della Direttiva, limitando, per il servizio in esame, la deroga al regime dell'evidenza pubblica ad una sola delle tipologie di “organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro” previste dalla Direttiva stessa, cio  alle sole associazioni di volontariato.

12. Sotto distinto e concorrente profilo, non persuade nemmeno l'accento posto dal primo giudice e dall'Azienda Sanitaria sulla diversit  tra associazioni di volontariato e cooperative sociali per il fine mutualistico che queste ultime perseguono, che giustificherebbe la riserva del convenzionamento alle prime. Ancora di recente, infatti, la Corte di Giustizia dell'UE, con sentenza della Sezione IV del 10 settembre 2020 resa in C-367/2019 (che al parag. 26 richiama taluni precedenti del 2012, del 2013 e del 2018), ha evidenziato come nella nozione di appalto pubblico, quale contratto a titolo oneroso, rientri anche il contratto in cui sia previsto quale corrispettivo il solo rimborso delle spese sostenute. Di tal ch  anche la caratteristica enfatizzata dal T.A.R. e dall'A.S.L. B.A.T. – cio  che soltanto nelle associazioni di volontariato manca qualunque vantaggio economico degli appartenenti all'ente, per i quali vige soltanto il rimborso delle spese – perde di valore ai fini di giustificare sul piano del diritto comunitario il pi  favorevole trattamento rispetto alle cooperative sociali: cio , a prescindere dalla sua idoneit  a

giustificare tale diverso trattamento sul piano del diritto interno.

13. Mette conto rimarcare un ulteriore elemento idoneo a sfumare le differenze tra le due tipologie di organizzazione non lucrativa per quanto qui interessa, e cioè che, come le associazioni di volontariato possono avvalersi di lavoratori, così le cooperative sociali possono avere soci volontari, a cui viene corrisposto solo il rimborso delle spese (v. art. 2 della l. n. 381/1991).

14. Da quanto fin qui detto discende, dunque, il persistere di dubbi circa la compatibilità con il diritto eurounitario della riserva di cui all'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017: dubbi che, come si è sopra visto, la stessa sentenza della Corte costituzionale n. 255/2020 alimenta, mettendo a confronto la restrizione del campo degli affidatari effettuata dal Legislatore italiano rispetto alla normativa europea, recepita dal Codice dei contratti pubblici, che include il servizio in questione tra quelli per i quali è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica. Né le perplessità possono essere superate in ragione del carattere solo facoltativo, nella normativa nazionale, dell'affidamento mediante convenzione (l'art. 57 parla di "possibilità"), poiché la mancata inclusione delle cooperative sociali tra i soggetti che beneficiano di tale possibilità giustifica ex se i dubbi di compatibilità comunitaria.

F. FORMULAZIONE DEL QUESITO E RINVIO ALLA CORTE

1. In conclusione, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale solleva questione di pregiudizialità invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., a pronunciarsi sul seguente quesito:

“se l'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24 UE – e con esso il “considerando” 28 di tale direttiva – osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato – sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa

regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione – senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative”.

2. Ai sensi delle “Raccomandazioni all’attenzione dei Giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” 2012/C 338/01 pubblicate nella G.U.C.E. del 6 novembre 2012, vanno trasmessi in copia alla cancelleria della Corte, mediante plico raccomandato, i seguenti atti:

- 1) i provvedimenti impugnati con il ricorso di primo grado;
- 2) il ricorso di primo grado;
- 3) la sentenza del T.A.R. per la Puglia – sede di Bari appellata;
- 4) l’atto di appello e le memorie difensive dell’appellante e dell’appellata, nonché i documenti versati in atti dalle parti, con particolare riguardo allo statuto dell’appellante;
- 5) la presente ordinanza;
- 6) la copia delle norme nazionali citate nel corpo dell’ordinanza e in particolare nei paragrafi C, D ed E.

3. Il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione dell’incidente eurounitario, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto (ricorso n. 7033/2020), così provvede:

- 1) dispone a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia

dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con copia degli atti ivi indicati;

2) dispone la sospensione del presente giudizio;

3) riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020, tenutasi, ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, mediante collegamento da remoto in videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO