

- DIRITTO E GOVERNANCE DELL'ECONOMIA CIVILE -

PARERE SULL'APPLICAZIONE DELL'ART.57 DEL CODICE DEL TERZO SETTORE

*Trasporto sanitario di emergenza e urgenza: l'ASL
deve motivare la scelta di rivolgersi al mercato*

Breve commento a Tar Campania, 7355/2021

Alceste Santuari, Università di Bologna

Parere sull'applicazione dell'art.57 del Codice del Terzo Settore

Trasporto sanitario di emergenza e urgenza: l'ASL deve motivare la scelta di rivolgersi al mercato.

Breve commento a Tar Campania, 7355/2021

Alceste Santuari – Università di Bologna

È noto che il servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza è stato oggetto di apposita normazione eurounitaria di fonte derivata, successivamente recepita nell'ordinamento giuridico italiano, di interpretazioni giurisprudenziali, sia a livello europeo sia a livello nazionale, nonché di una specifica disposizione normativa, contenuta nell'art. 57 del Codice del Terzo Settore.

La Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e il d. lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), che ha recepito i contenuti della Direttiva, stabiliscono che il servizio di trasporto di urgenza e di emergenza rientra fra i contratti esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva della Direttiva (e, quindi, del Codice), rimanendo comunque il servizio assoggettato ai principi comunitari dell'evidenza pubblica. L'esclusione in parola è significativa atteso che il legislatore nazionale, al pari di quello europeo, riconosce due elementi intrinseci nell'attività di trasporto sanitario, peraltro confermati nelle decisioni della Corte di giustizia. Il primo, oggettivo, attiene alle finalità di interesse pubblico associate necessariamente all'attività stessa; il secondo, soggettivo, riguarda invece la categoria giuridica delle organizzazioni affidatarie del servizio che, nel caso di specie, sono caratterizzate dalla non lucratività. In tale contesto, il vincolo alla non distribuzione degli utili che caratterizza queste organizzazioni assurge non soltanto ad elemento qualificante la fattispecie giuridica, ma ne legittima il convenzionamento in forma diretta delle medesime organizzazioni non lucrative nell'erogazione del servizio.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha in più occasioni ribadito che è legittimo per gli enti pubblici convenzionarsi direttamente con le associazioni di volontariato, purché trattasi di un rapporto giuridico che esprima i doveri di solidarietà che contraddistinguono i sistemi nazionali di welfare.

A questa interpretazione, si è conformata anche la giurisprudenza amministrativa italiana, che spesso ha riconosciuto la prevalenza della componente solidaristica del trasporto sanitario rispetto a quella più spiccatamente di natura commerciale, che ammetterebbe il ricorso al mercato concorrenziale degli operatori economici.

L'art. 57 del Codice del Terzo settore esprime il proprio favor legis nei confronti dei rapporti convenzionali tra enti pubblici ed organizzazioni di volontariato, che, *in via prioritaria*, possono essere chiamate a gestire il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. L'art. 57 rientra tra gli istituti giuridici cooperativi elencati al Titolo VII del d. lgs. n. 117/2017 quali strumenti che intendono riconoscere ab origine che i servizi e le attività oggetto dell'azione degli enti del terzo settore - attività di interesse generale - richiedono strumenti, modalità, approcci e, finanche, regole che consentano di valorizzare l'apporto qualitativo, progettuale e identitario delle organizzazioni non profit. In quest'ottica, la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale ha ribadito che gli istituti giuridici di cooperazione tra enti pubblici ed enti del terzo settore, disciplinati negli artt. 55, 56 e 57 del Codice del Terzo settore, costituiscono la "cifra identitaria" dell'agire degli enti non profit. Ne discende che le procedure ad evidenza pubblica di natura competitiva rimangono la "cifra" distintiva del Codice dei contratti pubblici, la cui finalità ultima è quella di selezionare il soggetto economico che dovrà risultare l'affidatario del servizio, ancorché ad esito di procedure riservate a taluni soggetti non profit ovvero imprese sociali.

In questi ultimi due anni, non sono mancate le pronunce dei giudici amministrativi sull'applicazione dell'art. 57 CTS. In primo luogo, preme segnalare l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, del 18 gennaio 2021, n. 536, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno deciso di rimettere alla Corte UE la questione relativa ai soggetti che possono risultare affidatari del servizio di trasporto sanitario di emergenza. Il Tar Puglia, sez. II, con sentenza n. 922/2020 aveva respinto il ricorso presentato da una cooperativa sociale contro la deliberazione di una azienda sanitaria locale, che aveva disposto un bando di gara a rilievo europeo per l'indizione di una procedura aperta multilotto (ai sensi del codice dei contratti pubblici) per l'affidamento in convenzione del servizio sanitario 118 "ambulanze" per il territorio di competenza di quella Asl. Nello specifico, la cooperativa ricorrente si doleva della sua esclusione dal novero dei potenziali soggetti affidatari del servizio in parola, in quanto in contrasto con le previsioni della direttiva 2014/24/UE (direttiva sugli appalti).

I giudici amministrativi pugliesi, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, hanno ribadito che:

-) la direttiva sugli appalti non ha introdotto un "principio di piena equiparazione tra le associazioni di volontariato e altre organizzazioni senza scopo di lucro;

-) l'art. 57 del Codice del terzo settore individua le organizzazioni di volontariato quale categoria di soggetti giuridici, nell'ambito della quale non può ricomprendersi la cooperativa sociale, atteso che essa "per sua natura persegue una finalità imprenditoriale sia pure caratterizzata da scopo mutualistico, finalità che giustifica la diversità di trattamento riscontrabile" nell'art. 57 del Codice del Terzo settore.

La cooperativa sociale ha presentato ricorso in appello e il Consiglio di Stato ha ritenuto di rimettere la questione relativa all'applicazione dell'art. 57 del Codice del Terzo settore alla Corte europea di giustizia evidenziando, tra l'altro, quanto segue:

-) le cooperative sociali, in quanto imprese sociali, perseguono un fine non lucrativo e devono reinvestire gli utili nel raggiungimento di tale obiettivo;

-) le cooperative sociali, al pari delle organizzazioni di volontariato, impiegano volontari;

-) è possibile individuare una divergenza tra la Direttiva del 2014 e la normativa interna in quanto l'art. 57 del CTS ammette al convenzionamento soltanto le organizzazioni di volontariato mentre la direttiva individuerebbe una platea più estesa di associazioni;

-) la sentenza n. 255 del 2020 della Corte costituzionale avrebbe "insinuato il dubbio" circa l'applicazione dell'art. 57 CTS: quest'ultimo non avrebbe realmente limitato lo strumento convenzionale soltanto alle organizzazioni di volontariato poiché la locuzione "in via prioritaria" non è di univoca interpretazione;

-) se le cooperative sociali rientrano nelle previsioni del considerando n. 28 e dell'art. 10, lett. h) della direttiva n. 2014/24/UE è dubbia la conformità a dette previsioni dell'art. 57 CTS;

-) "in via prioritaria" significa prima dell'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica e quindi implica che se tale via non fosse praticabile l'affidamento "avverrà comunque tramite gara pubblica";

-) da ciò, però, deriverebbe la conseguenza che tutte le organizzazioni diverse da quelle di volontariato, che sono escluse dalla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici in caso di trasporto sanitario di emergenza, in base alla normativa interna potrebbero risultare affidatarie del servizio in oggetto soltanto ad esito di procedura ad evidenza pubblica.

Alla luce delle su esposte argomentazioni, il Consiglio di Stato ha deciso per la remissione pregiudiziale della questione relativa al trasporto sanitario di emergenza alla Corte di Lussemburgo.

L'ordinanza presenta indubbi profili di interesse e forse anche di preoccupazione, atteso che il Codice del terzo settore ha individuato – come peraltro in epoca pre-Riforma aveva già fatto la legge n. 266/1991 – nella convenzione l'istituto giuridico "per eccellenza" per regolare i rapporti (in assenza di prestazioni sinallagmatiche) tra pubblica amministrazione e soggetti non profit.

La Corte UE dovrà chiarire, tra gli altri, allora proprio i concetti di "non lucratività", di "concorrenza", di "rimborso delle spese". Si potrebbe azzardare che, una lettura estensiva delle previsioni contenute nella direttiva 2014/24/UE, che hanno inteso escludere il trasporto sanitario di emergenza e urgenza dalle tradizionali procedure ad evidenza pubblica, potrebbe esitare in un ampliamento in senso "competitivo" dell'interpretazione dell'art. 57 del Codice del Terzo settore.

Con la sentenza n. 2227 del 1 aprile 2021, il Tar Campania (sez. V) ha respinto il ricorso presentato da una società lucrativa avverso la deliberazione di una azienda sanitaria locale di procedere all'affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza ad una organizzazione di volontariato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 57 del Codice del Terzo settore. Il ricorso esprime varie censure, tra cui meritano specifica menzione, in particolare per la loro novità rispetto a precedenti ricorsi sull'argomento, a) quella relativa alla procedura impiegata che - a giudizio della società ricorrente – sarebbe stata per vero un contratto di appalto dissimulato, che non avrebbe potuto, conseguentemente, coinvolgere le organizzazioni di volontariato e b) la richiesta di disapplicazione dell'art. 57 del Codice del Terzo Settore, in quanto mancherebbe di disposizioni attuative.

I giudici amministrativi campani hanno richiamato la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (nello specifico, C-113/13, "Spezzino" e C-50/2014, "Casta"), che ha ricordato come l'affidamento diretto in via prioritaria del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza alle associazioni di volontariato risulta compatibile con il diritto

eurounitario purché l'attività delle organizzazioni non lucrative contribuisca effettivamente alle finalità sociali e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio.

Nella prospettiva unionale sopra richiamata, i giudici amministrativi toscani hanno evidenziato che occorre precisare che le organizzazioni di volontariato non devono trarre alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro associati, nemmeno in forma indiretta.

Questo non significa affermare che il servizio debba considerarsi "gratuito", poiché i "corrispettivi" corrisposti dalla pubblica amministrazione identificano un rimborso delle spese, che possono ricomprendere, tra le altre voci ammissibili, i rimborsi per gli ammortamenti del costo degli automezzi e i rimborsi del costo della manodopera dipendente. Tutto ciò non può assurgere a prezzo riconosciuto in un contesto di contratto sinallagmatico, come accadrebbe, al contrario, in una procedura ad evidenza pubblica.

Di qui la legittimità della deroga alle regole dell'evidenza pubblica e la legittimità di ammettere le suddette organizzazioni di volontariato al convenzionamento diretto con le pubbliche amministrazioni e, nella fattispecie, con le aziende sanitarie locali.

Trattasi di legittimazione che deriva direttamente dalle disposizioni contenute nell'art. 57 del d. lgs. n. 117/2017, immediatamente applicabili, senza necessità di ulteriori norme interposte – così come richiedeva la società ricorrente – e che possono trovare, come nel caso di specie, declinazione operativa nel contesto di provvedimenti regolamentari che le singole pubbliche amministrazioni possono adottare (in questo senso, si veda, da ultimo il decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021 in materia di Linee guida sugli istituti cooperativi di cui al Codice del Terzo settore).

Poiché la società ricorrente ha censurato anche l'art. 56 del Codice del terzo settore, in particolare, richiamando la necessità che le pubbliche amministrazioni debbano dare conto della "maggiore convenienza rispetto al mercato", che dovrebbe favorire il ricorso al medesimo anche nel servizio di trasporto oggetto di queste brevi note – il Tar Campania ha inteso precisare che la specifica previsione contenuta nell'art. 56 del Codice non deve essere interpretato con riferimento alla "mera convenienza economica" ma involge la valutazione

dei maggiori benefici conseguibili per la collettività in termini di maggior attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, accessibilità, efficienza, economicità e adeguatezza.

La sentenza de qua conferma che l'art. 57 del Codice del Terzo settore costituisce norma direttamente applicabile, che non necessita di alcuna ulteriore disposizione attuativa, fatta salva la facoltà delle amministrazioni pubbliche, in cui sono ricomprese le aziende sanitarie locali, di dotarsi di propri regolamenti interni, attraverso i quali disciplinare le modalità di affidamento del servizio in argomento. In quest'ottica, dunque, il Tar campano ha ribadito che le organizzazioni di volontariato, in forza della loro specifica qualificazione giuridica e in funzione delle finalità solidaristiche perseguite possono legittimamente essere convenzionate direttamente con le aziende sanitarie locali per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Convenzionamento che, come nel caso di specie, può trovare una propria disciplina nel regolamento interno dell'azienda sanitaria, considerato dai giudici come strumento efficace per delimitare l'ambito di azione dell'azienda medesima e integrare la normativa in materia di rapporti giuridici con le organizzazioni di volontariato.

A distanza di qualche mese, il Tar Campania (sez. V, con la sentenza 17 novembre 2021, n. 7355) si è pronunciato ancora sulla modalità di affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, svolgendo una interessante ricostruzione dell'istituto convenzionale regolato nell'art. 57 del Codice del terzo settore che si ritiene utile analizzare, seppure brevemente, in questa sede. Il ricorso amministrativo prende avvio a seguito della pubblicazione da parte di una azienda sanitaria locale, di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. La ricorrente, un'organizzazione di volontariato che opera in quel settore, ha lamentato l'illegittimità della procedura adottata, poiché la stazione appaltante non ha ritenuto di procedere "in via prioritaria" all'affidamento del servizio in parola alle associazioni di volontariato. Nello specifico, le doglianze, quindi, sono così sintetizzabili:

- a) L'affidamento avrebbe dovuto essere definito in forza delle previsioni del Codice del Terzo settore e non di quello degli appalti;

-
- b) L'azienda sanitaria avrebbe dovuto esplicitare le ragioni per le quali ha inteso ricorrere al mercato degli operatori economici invece che convenzionarsi con gli enti del terzo settore;
 - c) La lex specialis della gara ha previsto quale requisito di ammissione l'iscrizione al Registro delle imprese, precludendo in questo modo la partecipazione delle organizzazioni di volontariato.

Il Tar Campania ha accolto il ricorso e, richiamando la propria decisione dell'aprile 2021 (sopra richiamata) e la giurisprudenza eurounitaria, ha ricostruito il quadro normativo in cui collocare il servizio di trasporto sanitario de quo come segue:

- i) Il servizio di trasporto di emergenza e urgenza è attratto nella disciplina concorrenziale quando l'ammontare del corrispettivo contrattuale superi il rimborso delle spese;
- ii) Il ricorso alle associazioni di volontariato può considerarsi corrispondente alle finalità sociali del trasporto sanitario in parola, che pertanto è idoneo "ad assicurare il controllo e il contenimento dei costi implicati da tale servizio (Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. V, 11 dicembre 2014, n. 113);
- iii) Le organizzazioni di volontariato devono effettivamente contribuire alla realizzazione di finalità di solidarietà sociale e non devono perseguire un utile nell'esercizio della loro attività;
- iv) Il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza è escluso dall'applicazione della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e, conseguentemente, dall'applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici;
- v) L'art. 57 del Codice del Terzo settore circoscrive puntualmente la discrezionalità di cui è investita l'azienda sanitaria locale nell'adozione delle proprie decisioni in ordine alla modalità di gestione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

Da quanto sopra richiamato, i giudici amministrativi campani hanno statuito che le aziende sanitarie locali sono chiamate ad affidare il servizio di trasporto sanitario di emergenza e

urgenza in via prioritaria alle organizzazioni di volontariato. Soltanto ad esito di una verifica negativa circa l'assenza ovvero l'impossibilità per i soggetti iscritti nell'elenco regionale delle organizzazioni di volontariato di svolgere il servizio secondo le modalità indicate nell'art. 57, d. lgs. n. 117/2017, le aziende sanitarie possono affidare il servizio, a titolo oneroso, ad operatori economici individuati ad esito di procedure concorsuali di natura competitiva. Si tratta di una inversione dell'onere motivazionale rispetto a quanto stabilito nell'art. 56 del Codice del terzo settore: mentre in quel caso, le pubbliche amministrazioni devono motivare la convenienza, ivi compresa quella economica, del mancato ricorso al mercato, nel caso del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, le aziende sanitarie devono dare adeguata motivazione qualora ritengano che l'affidamento a mezzo convenzionamento diretto non possa essere assicurato dalle organizzazioni di volontariato iscritte agli albi regionali poiché non può essere garantito *"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 ed adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione"*.

Si potrebbe, conseguentemente, affermare che l'art. 57 contenga la regola generale, che ammette deroga soltanto in presenza di adeguata motivazione, secondo la quale l'ordinamento ha individuato nelle associazioni di volontariato le organizzazioni (non profit) idonee a svolgere il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Esse sono, dunque, interpretate quali organizzazioni vocate a realizzare, sulla base del principio di sussidiarietà, *"l'ottimale svolgimento del servizio"*.

Vi è infine un ultimo profilo che rileva nella sentenza de qua ed è quello relativo al rapporto tra l'azione delle aziende sanitarie locali e le linee di indirizzo regionali. In quest'ottica, i giudici amministrativi hanno evidenziato che a fronte di un atto amministrativo generale, come quello regionale, che indica alle aziende sanitarie di procedere all'affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza attraverso il convenzionamento diretto con le associazioni di volontariato, le aziende sanitarie possono, a fronte di specifiche esigenze aziendali, discostarsi dagli indirizzi impartiti dal livello regionale, ma a condizione

che la valutazione diversa sia suffragata da una analisi comparativa degli interessi coinvolti ed enucleata puntualmente nell'atto applicativo.

In ultima analisi, la sentenza in argomento ha – ancora una volta – apprezzato, valorizzato e rafforzato la funzione “regolatrice” della motivazione degli atti amministrativi: nel caso di specie, essi devono, contrariamente a quanto invalso nel nostro ordinamento fino ad oggi, dare dimostrazione che il mercato può essere invocato in quanto l'alternativa, segnatamente, il convenzionamento diretto, non è in grado di rispondere agli obiettivi che la norma (l'art. 57 del Codice del Terzo settore) si è prefissata di realizzare.

AICCON

**Associazione Italiana per la promozione
della Cultura della Cooperazione e del Non Profit**

P.le della Vittoria 15

47121 Forlì (FC)

@AICCONnonprofit

www.aiccon.it