

Publicato il 11/01/2019

N. 00048/2019 REG.PROV.COLL.  
N. 01539/2018 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex art. 60 del codice del processo amministrativo;*  
sul ricorso numero di registro generale 1539 del 2018, proposto da:  
Comitato Regionale Anpas Puglia, Associazione Onlus Amici Volontari di Anzano, Associazione Croce Blè, Associazione Troia Unione Radio 27 Onlus, Associazione Confraternita di Misericordia di Orta Nova, Federazione Regionale delle Misericordie di Puglia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Stefania Morgigno e Michele Di Liddo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio presso la Segreteria del T.A.R. Puglia, in Bari, piazza Massari, 6;

*contro*

ASL FG - Azienda sanitaria locale della provincia di Foggia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Daloso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bari, corso Cavour, 124;

*per l'annullamento,*

*previa sospensione della efficacia,*

- del bando indetto dall'ASL FG il giorno 8.11.2018 per l'affidamento annuale, previo espletamento di procedura comparativa ai sensi degli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017, di “n. 18 postazioni di ambulanza e n. 1 postazione di automedica del servizio di emergenza territoriale SET 118 e delle postazioni automedica del SET 118 per la necessità dell'Azienda sanitaria Locale di Foggia”, unitamente a tutti i suoi allegati, ivi compresi
  - il capitolato speciale;
  - lo schema di convenzione;
  - le dichiarazioni integrative non comprese nel DGUE;
  - l'elenco lavoratori a tempo indeterminato beneficiari della clausola sociale;
  - della deliberazione del D.G. n. 1555 del 26.10.2018, con cui l'ASL FG ha indetto l'anzidetta procedura comparativa ed ha approvato gli atti della procedura, in sostituzione di quelli di cui alla precedente deliberazione del D.G. n. 977 del 26.6.2018;
  - ove occorra, della cennata deliberazione n. 977/2018;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda sanitaria locale della provincia di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2019 per le parti i difensori, avv. Stefania Morgigno e Michele Di Liddo, per la ricorrente, e avv. Raffaele Daliso, per l'Azienda;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza in forma semplificata, ricorrendone le condizioni previste dall'art. 74 del codice del processo amministrativo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

1. - Con deliberazione n. 1555 del 26.10.2018 l'Azienda sanitaria locale della provincia di Foggia indiceva procedura comparativa, ai sensi degli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017, per l'affidamento annuale di 18 postazioni di ambulanza e una postazione di automedica del servizio di emergenza territoriale SET 118 e delle postazioni automedica del SET 118; la partecipazione era riservata alle sole associazioni di volontariato.

Con tale deliberazione venivano approvati gli atti di gara (bando, capitolato speciale, schema di convenzione, elenco del personale per la clausola sociale; DUVRI; DGUE; dichiarazioni integrative DGUE; schema offerta tecnica) in sostituzione di quelli di cui alla precedente deliberazione n. 977 del 26.6.2018.

La procedura per cui è causa si componeva dunque di 19 lotti (di cui 18 di ambulanza ed uno di automedica), il tutto per un importo complessivo di € 4.572.915,24.

Il termine ultimo di presentazione delle offerte veniva fissato al 10.12.2018.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio le odierne istanti (due enti esponenziali - Comitato Regionale Anpas Puglia e Federazione Regionale delle Misericordie di Puglia - e quattro associazioni di volontariato: Associazione Onlus Amici Volontari di Anzano, Associazione Croce Blè, Associazione Troia Unione Radio 27 Onlus, Associazione Confraternita di Misericordia di Orta Nova) insorgevano avverso l'anzidetta procedura, sostenendo l'immediata lesività della *lex specialis* di gara contenente clausole escludenti.

Deducevano censure così sinteticamente riassumibili:

1) violazione, falsa ed erronea applicazione degli artt. 17, 33, 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017; eccesso di potere per carenza di istruttoria; contraddittorietà; ingiustizia e illegittimità manifesta; violazione del principio di buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 Cost.: secondo la prospettazione di parte ricorrente il bando di gara sarebbe illegittimo nella parte in cui (art. 5)

contempla per le associazioni di volontariato assegnatarie un rimborso spese forfettario mensile in violazione delle disposizioni del nuovo codice del Terzo Settore cui è assoggettata *ratione temporis* la procedura di gara per cui è causa; la previsione di rimborsi forfettari automatici e fissi in favore degli enti partecipanti comporterebbe l'impossibilità per le associazioni di volontariato di giustificare somme ricevute in misura maggiore al di fuori delle spese effettivamente sostenute e documentate; in tal modo l'associazione di volontariato sarebbe esposta all'inevitabile conseguenza di percepire tali somme non già come rimborso spese, bensì quale compenso, con conseguenziale acquisizione di un'impropria finalità di lucro implicante la perdita della qualifica di associazione di volontariato; il meccanismo del rimborso forfettario automatico di cui all'art. 5 del bando comprometterebbe l'osservanza del principio della effettività dei rimborsi cui si dovrebbe ispirare l'attività delle associazioni di volontariato, essendo ammissibile unicamente la rifusione sulla base delle spese realmente sostenute;

2) violazione degli artt. 33, 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017; erronea e distorta applicazione dell'art. 25, L.R. Puglia n. 25/2007, così come sostituito dall'art. 30 della L.R. Puglia n. 4/2010; eccesso di potere per carenza di istruttoria; sviamento; ingiustizia e illegittimità manifesta; violazione dell'art. 41 Cost. e del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 Cost.: sarebbe, altresì, illegittima la previsione di cui all'art. 4 del bando (pag. 3) che riproduce la c.d. "clausola sociale" di cui all'art. 25 della L.R. n. 25/2007; si tratterebbe di una clausola direttamente lesiva, imponendo alle associazioni l'assunzione di un numero talmente spropositato di dipendenti per ogni postazione che, data la violazione dell'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 117/2017, farebbe decadere l'associazione dalla qualifica di ente del Terzo Settore; l'osservanza della clausola sociale in tal caso imporrebbe alle partecipanti di rinunciare alla natura di associazione di volontariato; infine, il richiamo all'art. 25 della L.R. n. 25/2007 sarebbe stato operato dalla *lex specialis* senza considerare la pronuncia della Corte costituzionale n. 68/2011

che impedisce l'assunzione a tempo indeterminato in conseguenza dell'applicazione della clausola sociale; invero, l'art. 4 del bando rimanda all'allegato 5 che richiama in modo illegittimo un "elenco di dipendenti a tempo indeterminato" e ciò in evidente violazione del principio di diritto di cui alla citata sentenza della Corte costituzionale n. 68/2011.

2. - Si costituiva l'Azienda sanitaria locale della provincia di Foggia, resistendo al gravame.

3. - Alla camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2019, il Collegio tratteneva la causa per la decisione nel merito, ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, dandone avviso alle parti.

4. - Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso introduttivo sia meritevole di accoglimento nei sensi di seguito indicati, con motivazione consistente, ai sensi dell'art. 74 del codice del processo amministrativo, in un sintetico riferimento ad un "punto di diritto ritenuto risolutivo".

4.1. - *In primis* devono esaminarsi i rilievi preliminari formulati dalla difesa della ASL (pagg. 6 e ss. della memoria depositata in data 5.1.2019).

4.1.1. – Innanzi tutto, il Collegio prende atto della rinuncia al ricorso resa, nel corso della camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2019, dal Comitato Regionale Anpas Puglia e dalla Federazione Regionale delle Misericordie di Puglia.

Può, quindi, prescindere dalla disamina dell'eccezione di difetto di legittimazione ad agire del Comitato Regionale Anpas Puglia e della Federazione Regionale delle Misericordie di Puglia.

4.1.2. - L'eccezione d'inammissibilità del primo motivo di ricorso per omessa impugnazione delle D.G.R. n. 1479/2011 e n. 1788/2011 va disattesa.

Invero, le indicate DGR del 2011 (contemplanti rimborsi in misura fissa) hanno assunto connotazione lesiva nei confronti delle ricorrenti solo in conseguenza del richiamo alle stesse DGR operato dal censurato bando datato 8.11.2018 assoggettato *ratione temporis* alla disciplina di cui al d.lgs. n.

117/2017, recante il codice del Terzo Settore, che esclude ripetutamente (negli artt. 17, 33 e 56) la possibilità di rimborsi che non corrispondano a spese effettivamente sostenute.

Ne consegue la reiezione della relativa eccezione.

4.1.3. - Quanto alla rilevata inammissibilità del primo motivo di ricorso (notificato in data 6.12.2018) sotto ulteriore profilo (natura meramente confermativa della deliberazione n. 1555 del 26.10.2018, rispetto alla deliberazione n. 977 del 26.6.2018 in punto di disciplina dei rimborsi), va osservato che l'Amministrazione, su cui gravava il relativo onere probatorio, non ha dimostrato il momento preciso della conoscenza, da parte delle ricorrenti, delle citate deliberazioni del Direttore generale della ASL di Foggia (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. IV, 5.6.2013, n. 3101: "In base agli ordinari criteri di riparto dell'onere della prova, *ex art.* 2697 cod. civ., la dimostrazione della tardività del ricorso e, quindi, della pregressa piena conoscenza degli elementi essenziali dell'atto in capo al destinatario, deve essere fornita da chi eccepisce la tardività dell'impugnazione; in particolare, la conoscenza effettiva e completa del titolo edilizio da parte del terzo si verifica di regola con l'ultimazione dei lavori di costruzione dell'immobile, e non solo con il loro inizio").

Ne consegue che l'eccezione *de qua* non può trovare positivo apprezzamento.

4.1.4. - Va, altresì, disattesa l'eccezione di inammissibilità del primo motivo di gravame per difetto d'interesse.

Sostiene la ASL che la censura in esame si fonderebbe sull'erronea convinzione secondo cui le ricorrenti dovrebbero obbligatoriamente percepire il rimborso massimo previsto dalla *lex specialis*, pur contemplando il contestato art. 5 del bando espressamente un limite massimo di rimborso, e non già un rimborso obbligatorio e fisso in tale misura.

Tuttavia, le stesse argomentazioni che inducono questo Collegio ad accogliere la doglianza *sub* 1) di cui all'atto introduttivo non possono consentire il positivo apprezzamento dell'eccezione preliminare in esame.

Invero, la *lex specialis* di gara in più punti (tabella inserita a pag. 3 - art. 5 del bando; tabella A dell'allegato B1 della DGR n. 1788/2011 richiamato a pag. 4 del bando che così recita: "Descrizione delle spese che costituiscono costo fisso"; art. 6 - pag. 5 del modello di convenzione allegato alla *lex specialis*: "Il rimborso spese mensile forfettario per ogni singolo automezzo messo a disposizione dell'Associazione è determinato in base alle disposizioni della Regione Puglia stabilite con delibera di G.R. n. 1788 del 2.8.2011 (Allegato B1) che qui si richiama integralmente per costituire parte integrante e sostanziale della presente convenzione, fissate uniformemente su tutto il territorio regionale. Il prezzo resterà invariato per tutta la durata della Convenzione ...") contempla, diversamente da quanto sostenuto da parte resistente, un rimborso forfettario definito espressamente come "fisso" e quindi automatico, in evidente violazione del quadro normativo emergente da una corretta disamina del d.lgs. n. 117/2017 *ratione temporis* applicabile alla procedura di gara per cui è causa.

4.1.5. - Relativamente all'eccezione d'inammissibilità del primo motivo di ricorso per difetto di prova e (comunque) per inattualità del preteso interesse a ricorrere, si rileva quanto segue.

Rimarca sotto distinto profilo la difesa della ASL che le ricorrenti non avrebbero fornito alcuna dimostrazione dell'asserita lesività della *lex specialis*, vale a dire non avrebbero provato che il rimborso ivi previsto potrebbe consentire la percezione di somme maggiori rispetto a quelle occorrenti a coprire i costi del servizio. Secondo la prospettazione di parte resistente le associazioni istanti paventerebbero la lesione in termini del tutto ipotetici.

È stato tuttavia già evidenziato che la chiara previsione della *lex specialis* di un rimborso in misura fissa in evidente violazione del d.lgs. n. 117/2017 (artt. 17, 33 e 56) comporta il concreto rischio per le associazioni di perdere la loro qualifica, alla stregua della disciplina normativa vigente, con conseguenziale effetto escludente dall'*iter* comparativo.

4.1.6. - Infine, con riferimento all'eccezione d'inammissibilità del motivo per violazione del divieto di venire *contra factum proprium*, deve evidenziarsi quanto segue.

Secondo la difesa della ASL, la prima censura sarebbe inammissibile anche perché intrinsecamente contraddittoria, essendo il criterio di rimborso previsto dalla DGR n. 1788/2011 e dal bando per cui è causa il medesimo sulla base del quale le quattro associazioni ricorrenti vengono da anni rimborsate per la gestione delle postazioni 118 di cui sono tuttora affidatarie.

A tal riguardo, si rileva che gli affidamenti richiamati da parte resistente risalgono ad un periodo (2013-2014) antecedente rispetto all'entrata in vigore del d.lgs. n. 117/2017 (*ratione temporis* applicabile alla procedura per cui è causa) e quindi non possono essere sintomatici di un atteggiamento contraddittorio delle associazioni ricorrenti.

4.2. - Quanto al merito delle censure formulate, ritiene questo Giudice che sia meritevole di positivo apprezzamento il motivo di ricorso *sub* 1).

4.2.1. - Come correttamente evidenziato da parte ricorrente con il primo motivo di gravame, la *lex specialis* di gara in più punti (tabella inserita a pag. 3 - art. 5 del bando; tabella A dell'allegato B1 della DGR n. 1788/2011 richiamato a pag. 4 del bando che così recita: "Descrizione delle spese che costituiscono costo fisso"; art. 6 - pag. 5 del modello di convenzione allegato alla *lex specialis*: "Il rimborso spese mensile forfettario per ogni singolo automezzo messo a disposizione dell'Associazione è determinato in base alle disposizioni della Regione Puglia stabilite con delibera di G.R. n. 1788 del 2.8.2011 (Allegato B1) che qui si richiama integralmente per costituire parte integrante e sostanziale della presente convenzione, fissate uniformemente su tutto il territorio regionale. Il prezzo resterà invariato per tutta la durata della Convenzione ...") contempla un rimborso forfettario mensile fisso in misura massima, in evidente violazione delle innovative disposizioni del d.lgs. n. 117/2017, *ratione temporis* applicabili alla procedura *de qua*, che viceversa

impongono in via esclusiva il rimborso sulla base delle spese effettivamente sostenute dagli enti no profit.

Invero, l'art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 117/2017 prevede:

“L'attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Al volontario possono essere rimborsate dall'ente del Terzo settore tramite il quale svolge l'attività soltanto le spese effettivamente sostenute e documentate per l'attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall'ente medesimo. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfetario”.

L'art. 33, comma 2, del d.lgs. n. 117/2017 così dispone:

“Per l'attività di interesse generale prestata le organizzazioni di volontariato possono ricevere, soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, salvo che tale attività sia svolta quale attività secondaria e strumentale nei limiti di cui all'articolo 6”.

L'art. 56, comma 2, del d.lgs. n. 117/2017, infine, statuisce che “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”.

Ne consegue l'accoglimento della relativa doglianza.

4.2.2. - Con la censura *sub* 2A) le associazioni interessate lamentano che la clausola sociale prevista nel bando (art. 4 recante “Misure di salvaguardia occupazionale del personale addetto”) sarebbe in contrasto con l'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 117/2017, secondo cui “il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari”.

Sostiene parte ricorrente che, dovendo ogni postazione essere dotata di 12 unità e considerato che su talune delle postazioni oggetto di affidamento sono attualmente in servizio più di sei lavoratori dipendenti, l'applicazione della clausola sociale comporterebbe la violazione della norma su richiamata.

La censura è infondata, essendo evidente che la disposizione invocata, nella parte in cui reca il limite del cinquanta per cento, fa riferimento ai “lavoratori impiegati nell’attività”, vale a dire nell’attività complessivamente svolta dall’associazione, e non nel singolo servizio.

Pertanto, il limite che le ricorrenti riferiscono atomisticamente alla singola convenzione concerne invece la complessiva attività svolta dall’associazione, sicché la doglianza non è meritevole di positivo apprezzamento.

In ogni caso, quand’anche si accedesse alla non condivisibile interpretazione della previsione normativa in esame sostenuta dalle istanti, ben potrebbero più associazioni partecipare alla procedura costituendo un raggruppamento temporaneo, in modo da ripartire gli obblighi assunzionali contemplati dalla clausola sociale.

La censura è comunque inammissibile atteso che, come si evince dal verbale di gara del 19.12.2018, le quattro associazioni ricorrenti concorrono per l’affidamento di postazioni - delle quali sono peraltro già titolari -, cui è preposto personale dipendente in misura sempre inferiore a 6 unità (cfr. “elenco lavoratori”).

In dettaglio, l’Associazione “Amici Volontari di Anzano” concorre per i “lotti” (postazioni) 1, 2 e 3, ove sono preposti cinque dipendenti (lotti 1 e 2), ovvero quattro dipendenti (lotto 3).

L’Associazione “Croce Ble”, concorre per le postazioni 4, 5 e 6, tutte con quattro dipendenti.

Stesse considerazioni valgono per l’Associazione “Troia Unione Radio 27”, che concorre per i lotti 9 e 10, dei quali è già affidataria, e presso i quali ha preposto, rispettivamente, uno e quattro dipendenti; così come per la “Misericordia di Orta Nova”, che concorre per il lotto 11, presso il quale ha preposto cinque dipendenti.

La censura, pertanto - oltre che infondata - è inammissibile per difetto di interesse, atteso che presso tutte le postazioni per le quali le ricorrenti hanno presentato domanda di partecipazione sono sempre preposti meno di sei

lavoratori dipendenti, con la conseguenza che in concreto non vi sarà mai violazione della soglia di cui all'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 117/2017.

È, altresì, infondato il secondo profilo di censura (2B), con il quale si sostiene che l'Azienda avrebbe inteso imporre alle affidatarie del servizio l'assunzione a tempo indeterminato del personale destinatario della clausola sociale, ai sensi dell'art. 25 della L.R. n. 25/2007, "ignorando patentemente [la] declaratoria di illegittimità costituzionale" (Corte cost. n. 68/2011).

Tuttavia, diversamente da quanto sostengono le ricorrenti, non solo nessuna norma della *lex specialis* prevede l'obbligo di assunzione a tempo indeterminato, ma il punto n. 12 delle Dichiarazioni integrative non comprese nel DGUE conforma espressamente la *lex specialis* al *dictum* della Corte costituzionale, prevedendo che: "ai sensi dell'art. 25 della L.R. n. 25/2007, come sostituito dall'articolo 30 della L.R. n. 4/2010, nel testo oggi vigente come risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 68 del 3.3.2011 [...] fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva ove più favorevoli; l'Associazione s'impegna ad assumere, in caso di aggiudicazione, con contratto di lavoro subordinato, per la permanenza dell'affidamento del servizio, il personale già assunto (nel numero massimo previsto dalla normativa regionale vigente in materia) della precedente associazione affidataria del servizio nella postazione per la quale viene presentata la candidatura, nel rispetto del C.C.N.L. di categoria e garantendo le condizioni economiche e contrattuali in essere, ove più favorevoli".

Il solo vincolo è costituito dall'assunzione con contratto di lavoro subordinato, e non già a tempo indeterminato.

Pertanto, è evidente l'irrilevanza del riferimento contenuto a pag. 2 della deliberazione D.G. n. 1555/2018, ove si menziona l'elenco, allegato al bando, dei lavoratori "a tempo indeterminato", dovendosi intendere tale locuzione riferita al fatto che il rapporto di lavoro non avrà termine prima della conclusione della gestione del servizio (in termini, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27.9.2018, n. 5551).

5. - In definitiva, premessa la presa d'atto della rinuncia al ricorso del Comitato Regionale Anpas Puglia e della Federazione Regionale delle Misericordie di Puglia, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l'accoglimento del ricorso nei sensi esposti e, per l'effetto, l'annullamento degli atti gravati.

6. - In considerazione della novità e peculiarità della controversia sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- 1) prende atto della rinuncia al ricorso del Comitato Regionale Anpas Puglia e della Federazione Regionale delle Misericordie di Puglia;
- 2) accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

Lorenzo Ieva, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Cocomile**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppina Adamo**

IL SEGRETARIO

