

Publicato il 24/10/2017

N. 00303/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00229/2017 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 l' Abruzzo**

**sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 229 del 2017, proposto da:

Croce Rossa Italiana, Comitato Locale di Penne, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Colombari e Mario Ginetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mario Ginetti in Pescara, via Regina Margherita, n. 57;

*contro*

Asl Pescara non costituito in giudizio;

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, Regione Abruzzo, Commissario Acta Regione Abruzzo, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliata in L'Aquila, c/o Compl. Monumentale di San Domenico;

Azienda Unità Sanitaria Locale di Pescara, in persona del Dirigente p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giulio Cerceo, con domicilio eletto presso il suo studio in Pescara, v.le G. D'Annunzio N. 142;

*nei confronti di*

Asl 1 Avezzano Sulmona, Asl 2 Lanciano Vasto, Asl 4 Teramo non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento*

*previa sospensione*

del Bando di gara pubblicato nella G.U.R.I. 5<sup>a</sup> Serie Speciale – Contratti Pubblici, n. 61 del 29 maggio 2017 avente ad oggetto “Gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei servizi di ambulanza” (doc. 1), come anche rettificato, modificato e/o integrato a seguito degli atti (docc. da 7 a 10-bis) più oltre richiamati che parimenti si impugnano e/o di altri atti anche non cogniti che ugualmente si impugnano, e quindi nel testo vigente;

- di tutti gli atti connessi, conseguenti e presupposti e in particolare di tutti gli atti della procedura di gara e in particolare:

- della delibera del Direttore Generale dell'Azienda USL di Pescara n. 446 del 16 maggio 2017 avente ad oggetto “Indizione di una gara d'appalto mediante procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016, per la conclusione, ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. 50/2016, di n. 4 accordi quadro finalizzati all'appalto dei servizi di soccorso in **emergenza** con ambulanza con soccorritori, di **trasporto** ordinario (ospedalieri ed extra ospedalieri) con ambulanza con soccorritori, di posto medico avanzato (PMA), ad aggiudicazione distinta e separata” nonché della ivi allegata relazione del Responsabile della UOC ABS (doc. 2);

- del Disciplinare di gara mediante procedura aperta indetta ai sensi degli artt. 60 e 54 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., finalizzata all'acquisizione, mediante sottoscrizione di n. 4 accordi quadro, di servizi di ambulanza (doc. 3);

del Capitolato Speciale per la disciplina dei servizi di soccorso in **emergenza** con ambulanza con soccorritori, **trasporto** ordinario (ospedalieri ed extraospedalieri) con ambulanza con soccorritori, e di posto medico avanzato (doc. 4);

della modulistica allegata alla lex specialis e tra l'altro del Modello di formulario per il documento di gara unico europeo (DGUE);

del documento di partecipazione rilasciato anche ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 445/2000 per l'ammissione alla gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. per l'affidamento dei servizi di **trasporto** con ambulanza con soccorritori;

della dichiarazione di messa a disposizione del requisito dell'impresa ausiliaria, dell'autocertificazione in ordine al possesso dei requisiti previsti dall'Allegato XVII al d.lgs. 81/2008 (doc. 5);

dello schema dell'offerta economica (doc. 6), documenti tutti come anche rettificati, modificati e/o integrati a seguito degli atti (docc. da 7 a 10-bis) richiamati, e quindi nei testi pubblicati alla data odierna sul sito web della Stazione Appaltante;

- della rettifica delle basi d'asta relativamente ai lotti 1 e 2 approvata con determinazione dirigenziale n. 472/A.B.S. del 31 maggio 2017 (doc. 7) e dell'avviso di rettifica pubblicato sulla G.U.R.I. n. 65 del 9 giugno 2017 (doc. 8) nonché del chiarimento del 31 maggio 2017 ad ore 14:48:51 (doc. 9);
- dell'avviso pubblicato dalla Stazione Appaltante in base al quale “In tema di requisiti di idoneità professionale, si precisa che è richiesta l'immatricolazione dell'ambulanza in servizio di noleggio con conducente (NCC), ai sensi dell'art. 85, comma 3 del CdS e del del DM n. 137/2009, ovvero l'impegno al suo conseguimento successivamente alla sottoscrizione del contratto, entro la data di concreto avvio del servizio (max 60 gg). Viene, conseguentemente, eliminato ogni riferimento (contenuto nel Disciplinare e negli altri documenti in fosse riportato) alla "licenza di esercizio NCC rilasciata dal Comune” (doc. 10);
- del Chiarimento del 26 giugno 2017 ad ore 11:21:14 sull'avviso in data 22 giugno 2017 a mezzo del quale si comunica l'eliminazione di ogni riferimento (contenuto nel disciplinare e negli altri documenti in cui fosse riportato) alla licenza di esercizio NCC rilasciata dal Comune (doc. 10-bis);

ed ancora:

- della delibera n. 176/2016 del 18 febbraio 2015 con la quale l'Azienda USL ha indetto un dialogo tecnico per l'acquisizione di servizi di **trasporto** sanitari di soccorso e del relativo Allegato A (doc. 11) nonché del documento descrittivo all'uopo predisposto dall'Amministrazione (non in possesso del ricorrente).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, della Regione Abruzzo, del Commissario Acta Regione Abruzzo e dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Pescara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2017 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi per le parti l'avv. Stefano Colombari per la parte ricorrente, l'avv. distrettuale dello Stato Massimo Lucci per le Amministrazioni resistenti e l'avv. Giulio Cerceo per l'ASL di Pescara;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n. 229/2017 la Croce Rossa Italiana, Comitato locale di Penne, quale organizzazione non lucrativa di utilità sociale parte integrante della Associazione Croce Rossa Italiana riconosciuta ex d.lgs. 178/2012 e d.m.16.04.2014, in tale veste erogante i servizi di ambulanza oggetto della gara impugnata, premesso che, ai sensi dell'art. 1 comma 6 del d.lgs. 178/2012 per lo svolgimento di attività sanitarie e sociosanitarie le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. 165/2001 sono autorizzate a stipulare convenzioni prioritariamente con l'associazione, impugnava, chiedendone l'annullamento, il bando di gara a procedura aperta pubblicato sulla G.u.r.i. n. 61 del 29.05.2017 per l'affidamento dei servizi di ambulanza, e gli atti ad esso connessi, ivi inclusa la rettifica della base d'asta dei lotti 1 e 2

approvata con determinazione n. 472/A.B.S. del 31.05.2017, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione degli artt. 1 comma 6 d.lgs. n. 178/2012, 30 comma 1 della legge n. 383/2000, 7 comma 1 della legge regionale Abruzzo n. 37/1993, 1 e 3 della legge n. 241/1990, eccesso di potere per difetto di motivazione e illogicità;

E' del tutto illegittima la scelta dell'azienda Asl di Pescara di procedere all'indizione di una procedura ad evidenza pubblica senza tener conto che avrebbe dovuto prioritariamente valutare la stipula di convenzioni con la Croce Rossa Italia ai sensi dell'art. 1 comma 6 del d.lgs. 178/2012, o comunque la possibilità di avvalersi dello strumento convenzionale con le associazioni di volontariato. Ciò in quanto, per la Cri, di cui la ricorrente è articolazione territoriale, depone in tal senso l'art. 1 comma 6 del d.lgs. 178 cit., e, comunque, in campo **sanitario**, il principio di preferenza per le associazioni di volontariato è affermato dall'art. 1 della legge n. 833/1973 secondo cui i rapporti fra le asl e le associazioni di volontariato sono regolati da apposite convenzioni nell'ambito della programmazione e della legislazione regionale, dall'art. 11 della legge regionale n. 37/1993 secondo cui le Usl e gli altri enti pubblici nell'ambito delle rispettive competenze possono stipulare apposite convenzioni con organizzazioni di volontariato iscritte nel registro regionale, nonché il d.p.c.m. 30.03.2011 n.15241 secondo cui gli enti pubblici stabiliscono forme di collaborazione con le organizzazioni di volontariato avvalendosi dello strumento della convenzione.

La conformità della richiamata normativa al diritto comunitario dell'Ue è stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia che, nella sentenza sez. V, 28.01.2016 n. C-50/14, ha concluso che è conforme al diritto europeo una normativa nazionale che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di **trasporto sanitario** mediante affidamento diretto ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge

l'attività delle associazioni contribuisca effettivamente ad una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio.

La direttiva 2014/24/UE al considerando 5 afferma che nessuna disposizione della stessa direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici.

A sua volta l'Anac, nella delibera n.32 del 20.01.2016, recante Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore ed alle cooperative sociali, rileva che, al fine di valorizzare l'apporto del volontariato nel sistema di interventi e servizi sociali (art. 3 d.p.c.m. 30.03.2001), è stata prevista una riserva in favore delle organizzazioni di volontariato per l'erogazione dei servizi alla persona e lo strumento della convenzione individuato dalla legge quadro n. 266/1991 rappresenta lo strumento giuridico mediante il quale il soggetto pubblico riconosce in capo all'organizzazione i requisiti necessari per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico.

Pertanto l'Azienda Usl di Pescara prima di procedere ad indire una procedura di evidenza pubblica, avrebbe dovuto valutare, più in generale, la possibilità di avvalersi dello strumento convenzionale con le associazioni di volontariato, e non avendo operato una comparazione tra più opzioni, si è irragionevolmente privata, sotto il profilo tecnico, della possibilità di negoziare la proposta tecnica con la Cri e con le associazioni di volontariato che hanno maturato una profonda conoscenza del contesto territoriale in cui il servizio deve essere svolto, e sotto il profilo economico, della possibilità di ottenere un evidente risparmio di spesa collegato al minor costo del servizio. Ed infatti la stazione appaltante è stata costretta a rettificare al rialzo, per un differenziale in eccesso calcolato pari al 122,24 %, le basi d'asta relative ai lotti messi in gara a seguito del rilievo della loro insufficienza da parte di un concorrente, posto che quelle originarie erano state calcolate anche sulla ipotesi della possibile gratuità del costo del lavoro a motivo della sperimentata partecipazione anche di associazioni di volontariato.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 54,82,85 e 138 del dl.gs. n. 285/1992, degli artt. 203 e 244 del d.lgs. n. 495/1992, del d.m. n. 13772009, della circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti prot. n. 109636 del 21.12.2009, eccesso di potere sotto i profili della carenza di istruttoria, violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990;

In via subordinata, per il caso di mancato accoglimento del predetto motivo, si chiede l'annullamento degli atti impugnati in tutte le parti in cui richiedono, quale condizione di partecipazione, la licenza di esercizio del servizio di noleggio con conducente rilasciata dal Comune e/o l'immatricolazione dell'ambulanza in servizio di noleggio con conducente NCC (sez III Bando, pagine 3 e 10 del Disciplinare di gara, artt 3 e 5 del Capitolato Speciale). Ai sensi degli artt. 82 e 85 d.lgs. n.285/1992 e 3 e 244 del d.lgs. n. 495/1992, il noleggio con conducente, anche delle ambulanze, è richiesto ed è possibile solo quando l'attività è svolta dietro corrispettivo. Invece, sulla base del decreto n. 137 dell'1.09.2009 del Ministero delle Infrastrutture, e della circolare prot. 109636 del 21.12.2009 le autoambulanze delle onlus sono immatricolate in uso proprio per prestazioni di **trasporto** senza corrispettivo e senza fini di lucro, e la corresponsione di somme a titolo di rimborso spese per le prestazioni di **trasporto** effettuate non costituisce corrispettivo. E' palese che la condizione di cui sopra può essere richiesta unicamente ai concorrenti che operano con finalità lucrative e svolgono l'attività di **trasporto** a titolo oneroso, ed è quindi illegittimo imporre la medesima condizione di partecipazione ai soggetti che erogano i servizi posti a base di gara a titolo gratuito ovvero dietro corresponsione del solo rimborso delle spese sostenute. La ravvisata illegittimità è ancor più evidente per quanto riguarda il soccorso di **emergenza** prestato tramite autoambulanze la cui disciplina è contenuta nel d.p.r. 27.03.1992, atto di indirizzo e coordinamento delle Regioni per la determinazione dei livelli di assistenza sanitaria di **emergenza**, che, nell'istituire il sistema di allarme **sanitario** tramite numero telefonico 118, non richiama mai la necessità dell'immatricolazione con

servizio NCC per le autoambulanze ad uso proprio. Esigere dalla Cri la condizione di partecipazione in argomento equivale ad impedirle l'accesso alla procedura comparativa, tenuto conto che le associazioni di promozione sociale non possono svolgere attività commerciale se non per le attività ausiliarie e sussidiarie, e che le funzioni nel campo dei servizi alla persona non possono essere svolte con modalità commerciali perché rientrano negli obiettivi statutari, in ogni caso sono organismi senza fini di lucro che dalle loro attività traggono le risorse economiche per il loro funzionamento.

Il requisito in parola non poteva quindi essere contemplato quale condizione di partecipazione ma doveva essere posto quale condizione di esecuzione solo in caso di aggiudicazione dell'appalto ad un soggetto con finalità lucrativa.

Il servizio di ambulanza oggetto della gara in contestazione non potrebbe essere svolto dietro corrispettivo poiché l'art. 138 commi 1 e 11 del Codice della Strada stabilisce che l'associazione provvede direttamente nei riguardi dei veicoli in sua dotazione agli accertamenti tecnici, all'immatricolazione, al rilascio dei documenti di circolazione e delle targhe di riconoscimento. Peraltro la partecipazione di un'organizzazione senza finalità di lucro ad una procedura di evidenza pubblica è ammessa purché il prezzo non costituisca corrispettivo ma solo rimborso dei costi contenuti, anche laddove il profitto sia pari a livello 0, tenuto conto che, nella materia de qua, l'esigenza di tutela della concorrenza va bilanciata con i principi di solidarietà, economicità, ed equilibrio di bilancio, e che la partecipazione alle gare delle associazioni di volontariato consente affidamenti a condizioni economiche più favorevoli sotto il profilo finanziario e di accessibilità del servizio (cfr Cge C.113/2014; Cons. St. sez. III 15.01.2016 n.116). E' dunque del tutto errato ed illegittimo il chiarimento del 26.06.2017 e la delibera D.G. n. 446 del 16.05.2017 secondo cui l'amministrazione non ha previsto nel capitolato l'erogazione di rimborso spese ma compensi, e per questo non ha ritenuto sussistenti le condizioni per l'immatricolazione ad uso proprio.



Il servizio “ambulanza” per l’azienda Ausl di Pescara è svolto dalle associazioni di volontariato in assenza della licenza NCC con autoambulanze non immatricolate per il servizio NCC senza che mai alcuna contestazione sia stata sollevata sulla legittimità dell’affidamento, né sia stata elevazione di alcuna contravvenzione. E’ ambiguo l’avviso pubblicato dalla stazione appaltante secondo cui è richiesta l’immatricolazione dell’ambulanza in NCC, ovvero l’impegno al suo conseguimento successivamente alla sottoscrizione del contratto.

3) Violazione degli artt. 1 comma 6 del d.lgs. 178/2012, 30 comma 1 della legge 383/2000, 7 comma 1 della legge n. 266/1991, 45 della legge n. 833/1978, 1 comma 1 della legge reg. Abruzzo n. 37/1993, 3 della legge n. 241/1990, violazione dei principi di concorrenza di cui all’ordinamento interno ed europeo e degli artt. 3 comma 1 lett. p) e 45 del d.lgs. n. 50/2016;

Le Cri e le associazioni di volontariato sono certamente operatori economici ai quali non può venire preclusa la partecipazione alla gara, per cui gli atti impugnati sono illegittimi in ogni parte in cui vogliono precludere l’accesso alla gara alla CRI ed alle associazioni di volontariato.

4) Violazione dell’art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, violazione dei principi di concorrenza e di proporzionalità, eccesso di potere sotto i profili dello sviamento e dell’illogicità;

In via subordinata gli atti di gara impongono l’equipaggiamento **sanitario** delle ambulanze richiedendo una barella autocaricante con interfaccia Ferno e gancio 10G Ferno, nonché un defibrillatore Physio Control LP15 o LP 12 con relativo aggancio originale 10G (capitolato speciale art. 7). Si tratta della richiesta di specifici prodotti per gli equipaggiamenti senza che siano indicate le sole caratteristiche delle dotazioni, e ciò rende particolarmente ed ingiustificatamente difficoltosa la partecipazione alla gara da parte della ricorrente che non ha tra le proprie dotazioni i sopra detti prodotti. Ciò è in contrasto con l’art. 68 cit. secondo cui le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori e non devono comportare ostacoli ingiustificati

all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Il principio di equivalenza permea l'intera procedura degli appalti pubblici per cui la clausola in argomento è illegittima laddove non consente l'uso di prodotti equivalenti o superiori a quelli richiesti dalla stazione appaltante.

Sulla base di tali motivi concludeva per l'accoglimento del ricorso con annullamento degli atti impugnati, il tutto con vittoria di spese e rimborso del contributo unificato.

Costituitasi l'Ausl di Pescara si opponeva al ricorso chiedendone il rigetto sul rilievo che:

- ai sensi della circolare n.5279 del 7.03.2002 della Direzione Regionale Sanità l'esercizio dell'attività di **trasporto** infermi non costituisce prerogativa esclusiva delle associazioni di volontariato;
- solo i servizi di **emergenza**/urgenza territoriale e **trasporto** infermi sono stati ritenuti suscettibili di essere riservati e assoggettati a convenzioni, come mero rimborso spese, con le associazioni di volontariato e Croce Rossa ai sensi del Decreto Commissario ad Acta della Regione Abruzzo n.42 del 2011 c.d. Decreto Baraldi;
- solo la Croce Rossa italiana ha usufruito della prerogativa di "esclusiva" concessa dal c.d. decreto Baraldi esercitando sulla base di una convenzione, mentre le altre organizzazioni sanitarie operano in virtù di autorizzazioni sanitarie;
- nel 2016 è stato sostenuto un costo di circa 1.000.000,00 di euro per i servizi di **emergenza** effettuati in regime di convenzionamento dalla Cri com. Penne, da altre articolazioni territoriali della medesima C.r.i., e da altre associazioni di volontariato, ed altre associazioni, ed € 1.200.000,00 per il settore dei trasporti non in **emergenza** e non in urgenza;
- ai sensi dell'art. 17 d.l.g.s. n. 50/2016 le disposizioni ivi previste non si applicano agli appalti ed alle concessioni di servizi ivi elencati forniti da organizzazioni ed associazioni senza scopo di lucro ad eccezione dei servizi di

- trasporto** dei pazienti in ambulanza che, pertanto, restano assoggettate alle disposizioni del Codice;
- con nota interpretativa prot. n.RA/114506 del 20.05.2016 il Dipartimento per la Salute ed il Welfare della Regione Abruzzo ribadisce che, in via di principio, i servizi di **trasporto** dei pazienti in ambulanza possono essere assegnati sulla base di una gara pubblica come stabilito dalla Direttiva UE 2004/18, oppure riservando il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di tali appalti alle organizzazioni di cui al comma II dell'art. 143 del nuovo Codice;
  - l'Asl di Pescara non avrebbe potuto seguire la strada dell'appalto "riservato" ai sensi dell'art. 143 del d.l.gs. 50/2016 attesa l'assenza di indicazioni certe sul possesso preciso da parte della ricorrente dei requisiti ivi indicati alle lettere a), b) e c), e non potendo assegnare alla medesima organizzazione un appalto di servizi già assegnatole nell'ultimo triennio come previsto dalla lett d);
  - il sistema delle convenzioni stipulate (in esclusiva) dalla pubblica amministrazione con le associazioni di volontariato accreditate è stato criticamente esaminato dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (segnalazioni AS385 del 29.11.2007 e AS487 del 18.11.2007) laddove non prevede alcuna forma di procedura competitiva e quindi non è compatibile con i principi di libera concorrenza, imparzialità, trasparenza e proporzionalità;
  - il convenzionamento invocato dal Comitato ricorrente si risolverebbe in un affidamento di servizi senza gara pubblica, con rimborso di costi fissi e durevoli propri di un'attività imprenditoriale, con soglia superiore a quella della direttiva Ce 2004/18 che non possono essere affidati senza gara pubblica;
  - l'azienda esistente ha agito nel rispetto del principio di parificazione delle condizioni di accesso alle gare per tutti gli operatori economici;
  - la clausola sul possesso della licenza di esercizio di noleggio con conducente e/o l'immatricolazione dell'ambulanza in servizio di noleggio con conducente

non è palesemente irragionevole poiché costituisce un requisito professionale conforme al contenuto della circolare Ministero dei Trasporti prot. n. 0109646 del 21.12.2009 con la previsione di un corrispettivo in favore dell'impresa aggiudicataria, perfettamente compatibile con la forma sociale della ricorrente che, compatibilmente con lo scopo sociale, è ammessa ad esercitare attività di impresa per il perseguimento del c.d. lucro oggettivo, potendo procurarsi il requisito in parola anche in un momento successivo, ossia, in caso di aggiudicazione della gara, come previsto dal bando, prima della data di avvio del servizio e dopo la stipula del contratto, entro un termine massimo di sessanta giorni;

- la scelta dei requisiti tecnici non può essere considerata irragionevole ma al più finalizzata a migliorare il servizio.

Sulla base di tali motivi concludeva per il rigetto del ricorso con ogni statuizione sulle spese.

Con ordinanza cautelare n.99/2017 veniva accolta la domanda di sospensione cautelare ai fini di una sollecita fissazione del giudizio nel merito.

Alla pubblica udienza di discussione del 20.10.2017 il ricorso veniva discusso ed introitato per la decisione.

2. Nel presente giudizio si controverte in ordine alla legittimità del bando di gara indetto dall'Asl di Pescara e pubblicato sulla G.u.r.i. n. 61 del 29.05.2017 per l'affidamento, tramite procedura aperta, dei servizi di soccorso in **emergenza** con ambulanza con soccorritori, di **trasporto** ordinario ospedalieri ed extraospedalieri con soccorritori, e di posto medico avanzato, per un valore totale stimato, di € 9.736.470,00, suddiviso in quattro lotti ( di cui €5.228.062,80 per il Lotto 1 Servizio di **Emergenza** territoriale, €2.048.407,00 per il lotto 2 Servizio Trasporti secondari ospedalieri, € 2.280.000,00 per il Servizio Trasporti Secondari Extraospedalieri per il lotto 3, ed € 180.000,00 per il Servizio Posto Medico Avanzato Lotto 4). L'importo a base di gara con avviso di rettifica pubblicato sulla G.u.ri. n. 65 del 9.06.2017

è stato poi elevato ad € 11.002.749,60 per effetto della rettifica dei lavori del Lotto 1 portato ad € 6.027.840,00 e del Lotto 2 a 2.414.909,60.

Parte ricorrente, quale associazione non lucrativa costituente articolazione territoriale della Croce rossa Internazionale, avendo in gestione i servizi di cui alla gara oggetto di impugnazione, in via principale, censura la legittimità degli atti di indizione della gara in oggetto sul presupposto che l'amministrazione intimata avrebbe dovuto procedere "in via prioritaria" ad assegnare i servizi in argomento mediante affidamento diretto in convenzione.

2.1 Ciò posto, ritiene il Collegio che non possa configurarsi a carico dell'amministrazione un obbligo di valutare "prioritariamente" l'opzione di rinnovare la convenzione in essere con la ricorrente, dal momento che la normativa di settore autorizza le amministrazioni ad avvalersi dello strumento della convenzione ad esse riconoscendo una mera facoltà nell'ambito di criteri prestabiliti ex lege. Innanzitutto l'art. 30 comma 1 della legge n. 383/2000 (ora abrogato con decorrenza dal 3 agosto 2017 ai sensi del d.lgs. n.117/2017 sul c.d. Terzo Settore) stabilisce che lo Stato e le altre pubbliche amministrazioni "possono" stipulare convenzioni con le associazioni di promozione sociale fissando ai commi successivi requisiti e condizioni. Ed ancora l'art. 1 comma 6 del d.lgs. n. 178/2012 (anch'esso abrogato dal d.lgs. 117 cit. con la medesima decorrenza) sul riordino della Croce Rossa Italiana autorizza ma non obbliga le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. 165 del 2001 a stipulare convenzioni con l'associazione, ravvisando una priorità della medesima limitatamente alle attività di supporto e promozione sociale previste dalla stessa disposizione tra cui non sono contemplati i servizi in argomento. Nello stesso senso depone l'art. 11 della legge regionale Abruzzo sul volontariato n.37/1993.

Innanzitutto deve considerarsi che il settore socio **sanitario** nell'ambito del quale le amministrazioni possono avvalersi dello strumento della convenzione, come previsto, comprende una molteplicità eterogenea di compiti e funzioni proprie delle organizzazioni di volontariato, sì da non

consentire la riconduzione ad unità del sistema, o ritenere lo strumento della convenzione utilizzabile per ogni tipo di servizio rientrante nelle funzioni dell'amministrazione sanitaria indipendentemente dalle sue caratteristiche peculiari e dal modo in cui è inquadrato nella disciplina giuridica dell'ordinamento. Ciò, specie tenendo conto della natura e del rilievo dei beni interessi tutelati dalla normativa in esame, della necessità senza dubbio prioritaria di garantire livelli essenziali di assistenza per la tutela della salute umana, ed al contempo di contemperare tali esigenze primarie con i limiti imposti in materia di contenimento della spesa sanitaria. Il perseguimento di tali interessi nella materia della esternalizzazioni dei servizi sanitari a tutela della persona richiede altresì un doveroso bilanciamento che consenta di pervenire al miglior risultato in termini di costi benefici, ed al contempo di bilanciare le aspettative di cui sono portatori gli operatori economici, che, a vario titolo, operano nel settore.

Inoltre, le disposizioni richiamate dall'associazione ricorrente in ordine alla facoltà delle amministrazioni di stipulare convenzioni, devono essere interpretate conformemente e compatibilmente con la normativa di derivazione comunitaria in tema di affidamento dei servizi sanitari e con le disposizioni, che di essa costituiscono recepimento, del codice dei contratti pubblici. Ed infatti il diritto comunitario si interessa dei servizi pubblici in quanto suscettibili di incidere sulla costruzione di un mercato unico europeo libero e concorrenziale, e, laddove ritenuti di interesse transfrontaliero, ne prevede la sottoposizione alle regole di concorrenza proprio poiché agiscono sul mercato e possono distorcerlo ove la legislazione interna consenta il permanere di situazioni di monopolio.

3. Il bando in oggetto, pubblicato sulla G.u.r.i. n. 61 del 29.05.2017, ricade nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016 e per esso della direttiva comunitaria n.2014/24/UE che disciplina la materia degli appalti pubblici, abrogando la direttiva 2004/18/CE. Nell'ambito del d.lgs. 50/2016 i "servizi di ambulanza" identificabili con il codice "CPV 85143000-3 "rientrano, ai

sensi dell'art. 17, comma 1 lett.h, tra i servizi che restano esclusi dalle disposizioni del codice, ma dalla detta esclusione sono esplicitamente eccettuati “i servizi di **trasporto** dei pazienti in ambulanza”. L'esclusione dei servizi in oggetto, e la sottoposizione pertanto al codice dei contratti pubblici, risale al contenuto della direttiva n.2014/24/UE, che, al 28mo considerando, stabilisce espressamente che si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che non dovrebbero essere esclusi i servizi di **trasporto** dei pazienti in ambulanza, ossia, quelli identificati con il codice CPV 85143000-3, i quali dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime c.d. alleggerito»). Di qui consegue, innanzitutto, che i servizi di **trasporto** di persone in ambulanza non rientrano nell'ambito di quelli esclusi dalle disposizioni del Codice degli Appalti ai sensi dell'art. 17 cit comma 1 lett h), ed anzi risultano espressamente stralciati dalle esclusioni ivi previste in favore di organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro. Inoltre essi, qualora di valore pari o superiore alla soglia comunitaria di 750.000,00 euro ( art. 35 comma 1 lett. d)), come nella specie, ricadono nell'ambito della direttiva Ue 24/2014, Titolo III dedicato ai particolari regimi di appalto, che all'art. 74, per i servizi e gli altri servizi specifici di cui all'allegato XIV (ivi inclusi i servizi di ambulanza), prescrive che essi siano aggiudicati in conformità alle disposizioni ivi previste, secondo cui gli appalti devono essere aggiudicati o mediante un bando di gara o mediante un avviso di preinformazione senza pubblicazione da inviare agli operatori economici interessati. Nell'ambito del d.lgs. 50 cit. i servizi di ambulanza identificati con il CPV predetto, rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140,142, 143 e 144 del codice, e dell'art. 77 della direttiva 2014/24/UE, possono formare oggetto di appalti pubblici c.d. riservati a determinate categorie di soggetti economici ossia alle organizzazioni no-profit basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo dell'ente, e alle cooperative.

3.2 A sua volta la giurisprudenza comunitaria della Corte di Giustizia con la decisione n. 50 del 28.02.2016 causa C-50/14, nel riconoscere la compatibilità con la normativa comunitaria, dell'affidamento diretto dei servizi di **trasporto sanitario** in questione in favore di organizzazioni non lucrative di utilità sociale subordinatamente al mero rimborso spese, ha ribadito, sulla base della normativa di cui alla precedente direttiva 18/2014 ora abrogata, che un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto o che tale contratto sia stipulato con un soggetto che non persegue fini di lucro (cfr punti 36 e 37 della decisione C.113/13).

3.3 Ha poi chiarito che, laddove sia pienamente applicabile la direttiva 2004/18, essa osta ad una normativa nazionale che consenta alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di **trasporto sanitario** mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, a organizzazioni di volontariato. Pertanto l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di un appalto a un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice di detto appalto costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Un sistema di convenzioni con affidamento diretto conduce ad un risultato contrario ai menzionati obiettivi. In effetti, prevedendo che le amministrazioni pubbliche competenti facciano ricorso, tramite affidamento diretto, in via prioritaria alle associazioni di volontariato convenzionate per far fronte alle necessità nel settore di cui trattasi, una normativa siffatta esclude i soggetti non finalizzati al volontariato da una parte essenziale del mercato interessato. Salvo che sia giustificata da circostanze obiettive, una tale disparità di trattamento costituirebbe una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, come tale vietata dagli artt. 49 e 56 del Trattato.



Nel riconoscere comunque la compatibilità con il trattato comunitario di un sistema di affidamento diretto sono stati quindi ravvisati dalla Corte pertanto una serie di limiti ben precisi a tutela delle prerogative della concorrenza e del mercato chiarendosi che se il ricorso al volontariato per l'organizzazione del servizio di **trasporto sanitario** può trovare motivazione nei principi di universalità e solidarietà, nonché in ragioni di efficienza economica ed adeguatezza (quali obiettivi presi comunque in considerazione dal diritto dell'Unione), tuttavia il sistema deve effettivamente contribuire alla finalità sociale ed al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. Al riguardo, ha precisato la Corte che un ostacolo alla libera prestazione dei servizi può trovare giustificazione qualora sussista un rischio di grave pregiudizio economico per l'equilibrio del sistema previdenziale, come anche laddove si intenda perseguire l'obiettivo di mantenere un servizio medio ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, oppure un elevato livello di tutela della salute pubblica nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza demandati alla competenza dei singoli Stati membri. Con riferimento alle organizzazioni di volontariato è necessario assicurarsi che le associazioni di volontariato non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, anche qualora si avvalgano di lavoratori nei limiti imposti dalla normativa nazionale e che il rimborso dei costi non copra nessuno scopo di lucro, onde evitare un abuso del diritto.

4. L'orientamento della giurisprudenza comunitaria è poi confluito, quale diritto vivente, nel c.d. codice del Terzo Settore approvato con d.lgs. 117 del 3.07.2017 che, per la prima volta, ha stabilito che 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. Trattasi di previsione che per la prima volta a livello di ordinamento statale assegna una priorità alle organizzazioni di volontariato nella assegnazione diretta in convenzione della gestione dei servizi in questione, ma trattandosi di norma in vigore dal 3 agosto 2017, essa, in virtù del principio di irretroattività della legge in generale, non può essere invocata nella fattispecie in esame relativa ad un bando pubblicato anteriormente nel mese di maggio del 2017 e quindi assoggettato alla legge in vigore al tempo della sua emanazione che, come si è anticipato, conferiva alle amministrazioni la facoltà, ma non in via prioritaria, di stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato. Con riferimento all'applicabilità ai bandi dell'*ius superveniens* la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che le procedure di gara devono essere espletate sulla base della normativa e delle regole vigenti alla data di pubblicazione della legge di gara, dato che il bando è atto normativo che obbliga l'amministrazione alla sua puntuale applicazione, e dovendosi altresì valorizzare anche il principio che tutela l'affidamento delle imprese partecipanti (cfr ex plurimis Cons. St. sez. V, 7.06.2016, n.2433).

5. Sulla base di tali premesse, esclusa l'opzione dell'affidamento "in via prioritaria" tramite convenzione dei servizi oggetto di gara in favore della ricorrente onlus, va riconosciuta in capo alla medesima una posizione di interesse legittimo qualificato, quale soggetto gestore dei servizi in argomento, a contestare la legittimità dei criteri con cui l'amministrazione intimata ha optato per il sistema della gara aperta, proprio tenendo conto dei principi di economicità, proporzionalità e ragionevolezza sollevati in ricorso. E ciò, indipendentemente dall'aver presentato o meno domanda di partecipazione, stante la pendenza dei termini fissati dal bando all'epoca di presentazione del ricorso, successivamente sospesi con ordinanza cautelare n. 99 del 14.07.2017 di accoglimento dell'istanza cautelare da parte di questo T.a.r., anteriormente

alla data del 19.07.2017 fissata quale termine ultimo per la presentazione delle domande di partecipazione. Ed infatti, la regola secondo la quale in materia di gara pubblica la legittimazione al ricorso è correlata ad una posizione differenziata conseguente alla partecipazione alla stessa subisce alcune deroghe, tra le quali l'ipotesi in cui parte ricorrente contrasti in radice la scelta della stazione appaltante di indire la gara ovvero, nell'ipotesi inversa a quella oggetto del presente giudizio, in cui l'operatore economico di settore contesti l'affidamento diretto dell'appalto (cfr Consiglio di Stato, sezione V, decisione del 27 agosto 2014 numero 4371). La legittimazione, in una simile ipotesi, va riconosciuta al ricorrente che sia titolare di una situazione sufficientemente differenziata e qualificata, derivantegli dalla titolarità di rapporti giuridici inclusi nell'oggetto della gara. Analogamente la Corte di Giustizia C.E. del 12 febbraio 2004, in causa C-7230/02, afferma che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe comunque il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche (ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione), in quanto sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisce di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche.

5.1 Nella specie l'interesse fatto valere dalla ricorrente, quale organizzazione non lucrativa di utilità sociale titolare di un interesse legittimo a veder rinnovata la convenzione dei servizi oggetto di gara in convenzione, si incentra sulla determinazione della stazione appaltante di indire nella

fattispecie, una gara pubblica aperta a tutti gli operatori del settore, che, per quanto rimessa ad una scelta ampiamente discrezionale dell'amministrazione, resta suscettibile di sindacato nell'ambito dei criteri della ragionevolezza, proporzionalità ed economicità sollecitati. La giurisprudenza ha chiarito che: "il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quando è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi.... Parallelamente, la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): l'amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali. In virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza ed adeguatezza. (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2015 n. 284, id 20.02.2017 n. 746).

Se è vero che la discrezionalità amministrativa costituisce una componente essenziale dell'attività della P.A., laddove non si sia in presenza di atti vincolati, come nella specie, occorre tener conto dei limiti entro cui l'ordinamento consenta una scelta ponderata che tenga conto di tutti gli interessi in gioco al fine di concretizzare l'interesse pubblico. In ogni caso la discrezionalità amministrativa non può tradursi in arbitrio e deve essere

sempre esercitata nel rispetto delle leggi e dei principi cardini che governano l'ordinamento. Nel caso in specie la stazione appaltante ha effettuato delle scelte nell'assoggettare i servizi in argomento ad una procedura di gara pubblica, riconducendo a parametri di onerosità un servizio che in precedenza era stato svolto da associazioni solidaristiche all'insegna della gratuità, attraverso il meccanismo del mero rimborso spese per la copertura dei costi.

5.1 Nella relazione del responsabile Uoc allegata sub A alla delibera n. 446 del 16.05.2017 con cui l'Ausl di Pescara ha indetto la gara, dandosi atto che l'attività di soccorso e **trasporto** degli infermi, in **emergenza** ed in via ordinaria, veniva svolta usufruendo dell'apporto di enti ed associazioni privatistiche, non emergono le ragioni per cui la stazione appaltante ha optato per l'apertura del settore al libero mercato, ponendo a base d'asta un importo nettamente superiore di circa il 120% rispetto alle spese fino ad allora sostenute per i medesimi servizi, nonché introducendo l'onerosità del servizio di **trasporto** infermi tramite ambulanze immatricolate in servizio di Noleggio con Conducente, che in precedenza veniva svolta in assenza di retribuzione dai lavoratori volontari dell'organizzazione onlus ricorrente.

Dalla motivazione addotta a sostegno della scelta operata, nel passaggio dal sistema assegnato a convenzioni e/o autorizzazioni, all'indizione di una gara pubblica, non si evincono, se non nel mero riferimento a parametri normativi, le ragioni che avrebbero indotto l'amministrazione a rivolgersi al libero mercato, nel senso di chiarire se e in quale misura il passaggio da un sistema di gratuità del servizio limitata al rimborso spese ad un sistema di onerosità, con la potenziale perdita della esperienza pregressa maturata nel settore dagli organismi solidaristici che fino ad allora vi avevano operato, potesse o meno risultare compensato o comunque giustificato da un miglioramento qualitativo delle prestazioni o dal raggiungimento di un obiettivo ottimale nella garanzia dei livelli essenziali di assistenza da assicurare a tutti gli utenti

indifferenziatamente per la tutela della salute pubblica costituente bene di rilievo primario.

Tale contraddizione e irragionevolezza è resa ancor più palese in ragione dell'incremento della base d'asta, intervenuto successivamente alla pubblicazione del bando di gara con determinazione Asl 31.05.2017, determinato dalla osservazione di un operatore del settore che aveva rilevato l'insufficienza delle basi d'asta in correlazione al costo del lavoro impiegato nei servizi. Sicchè la stazione appaltante, premesso che le basi d'asta erano state determinate sull'ipotesi di una possibile gratuità del costo del lavoro a motivo della presenza di associazioni di volontariato, si è indotta ad elevare la base d'asta dall'importo da € 9.736.470,00 ed € 11.002.749,60 con incremento dei lotti 1 e 2 per non precludere la partecipazione di operatori economici che non si avvalgono di personale volontario.

L'assenza di oggettive ragioni a sostegno della scelta di introdurre l'onerosità del servizio, con inevitabili ripercussioni sul bilancio dell'ente, e sull'importo della spesa sanitaria già rigidamente controllata e contenuta per effetto dell'imposizione dei tetti di spesa, e del piano di rientro **sanitario**, non può ritenersi superabile in considerazione della possibile riduzione dell'importo a base d'asta per effetto delle economie conseguibili tramite l'aggiudicazione della gara con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ed infatti l'importo a base d'asta anche in una prospettiva di riduzione percentuale da parte della impresa potenzialmente aggiudicataria si presenta comunque sproporzionato in quanto superiore del 120% rispetto alla spesa in precedenza sostenuta per l'erogazione del servizio, e comunque non adeguatamente compensato da ragioni di interesse pubblico militanti dichiaratamente, ad esempio, a favore di un servizio di standards qualitativamente superiori rispetto a quelli in precedenza erogati, nell'ottica del giusto temperamento tra le esigenze di realizzare economie di bilancio e di assicurare al contempo livelli ottimali di assistenza nella erogazione di servizi a tutela della persona.

Sulla base di tale rilievi il ricorso merita accoglimento nei termini sopra esposti, con esclusione dei motivi proposti solo in via subordinata, conseguendone l'annullamento degli atti impugnati, con onere dell'amministrazione intimata di rideterminarsi sulla scelta delle modalità di affidamento, sulla base di quanto sopra esposto.

Ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese giudizio, salvo il rimborso del contributo unificato che grava a carico dell'Asl intimata soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate salvo l'onere di rimborso del contributo unificato al passaggio in giudicato della decisione a carico dell'Asl intimata.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Tramaglini, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Ballorani, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Renata Emma Ianigro**

**IL PRESIDENTE**  
**Alberto Tramaglini**

IL SEGRETARIO

