

Pubblicato il 03/02/2021

N. 00388/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00656/2020 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 Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 656 del 2020, proposto da Associazione Thalassa Donatori di Sangue Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Palmigiano, Ornella Sarcuto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Assessorato regionale della salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliataria ex lege in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

nei confronti

Emos Associazione Nazionale Donatori di Sangue, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Gianluca Urso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- 1) della nota prot. n. DASOE/6/00662 del 9 gennaio 2020, a firma del dirigente generale del Dipartimento DASOE e del dirigente del Servizio 6 trasfusionale, con la quale è stato comunicato alla ricorrente “che è stata individuata altra Associazione che provvederà ad istituire il nuovo sito di raccolta mobile previsto dalla Circolare 13...”;
- 2) della nota prot. n. DASOE/6/00661 del 9 gennaio 2020, a firma del dirigente generale del Dipartimento DASOE e del dirigente del Servizio 6 trasfusionale, inviata alla controinteressata, con cui “si esprime parere favorevole in ordine alla disponibilità della predetta Associazione ad istituire un sito mobile di raccolta da convenzionare con il Servizio Trasfusionale di Agrigento”;
- 3) ove occorra della nota prot. DASOE/6/5514 del 14.02.2020 avente ad oggetto il “verbale di esercizio del diritto di accesso”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Sicilia - Assessorato della Salute e di Emos Associazione Nazionale Donatori di Sangue;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2021 il dott. Luca Girardi e trattenuta la causa in decisione secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto, l'associazione “Thalassa donatori di sangue Onlus” ha impugnato, tra gli altri, la nota n. DASOE/6/00662 del 9 gennaio 2020, a firma del dirigente generale del Dipartimento DASOE e del dirigente del Servizio 6 trasfusionale, con la quale è stato comunicato alla ricorrente “*che è stata individuata altra Associazione che provvederà ad istituire il nuovo sito di raccolta mobile previsto dalla Circolare 13...*”.

Esponde la ricorrente in fatto che l'assessorato alla salute - Dipartimento Attività Sanitarie e Osservatorio Epidemiologico (DASOE), con circolare assessoriale n. 13 del 13 novembre 2019, prot. n. 74010, ha avviato una procedura avente ad oggetto: "Manifestazione di interesse per l'istituzione di 1 Unità di raccolta mobile a titolarità autorizzativa presso l'ASP 1 di Agrigento". In particolare, si legge nell'avviso richiamato che *"la partecipazione alla presente manifestazione di interesse è riservata ai Legali rappresentanti delle Associazioni già iscritte all'Albo regionale del volontariato che non intrattengono, o abbiano già intrattenuto, rapporti di convenzione per l'attività di raccolta con l'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento e che siano in possesso di una Unità di Raccolta di tipo mobile. L'autorizzazione all'esercizio e l'accreditamento saranno concessi ai sensi della normativa di riferimento applicabile"*.

Con istanza del 29 novembre 2019, la ricorrente ha trasmesso la propria candidatura che, con nota n. DASOE/6/00662 del 9 gennaio 2020, veniva però rigettata con la motivazione *"che è stata individuata altra Associazione che provvederà ad istituire il nuovo sito di raccolta mobile previsto dalla Circolare 13, ravvisata l'opportunità di avvalersi, ad integrazione, del contributo di sigle associative di più recente costituzione"*.

Con istanza di accesso del 13 gennaio 2020, la ricorrente ha poi richiesto di prendere visione ed estrarre copia *"di tutti documenti relativi all'istruttoria con cui il sito di raccolta previsto dalla Circolare n. 13/2019 è stato affidato ad altra Associazione e conoscere quindi le motivazioni e i presupposti giuridici di tale affidamento, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale"*. In data 14 febbraio 2020, presso il Dipartimento ASOE, si svolgeva accesso informale agli atti. In particolare, nel relativo verbale si legge: *"Si è presa visione della documentazione in possesso del Dipartimento inerente la manifestazione di interesse per l'istituzione di un sito di raccolta mobile da convenzionare con l'ASP di Agrigento come di seguito elencata: 1) Istanza di disponibilità dell'Associazione Thalassa prot. 77028 del 2.12.2019. 2) Istanza di disponibilità dell'Associazione Emo datata 20 dicembre 2019. 3) Comunicazione del Dipartimento ASOE all'Associazione EMOS prot. 00661 del 9.01.2020. 4)*

Comunicazione del Dipartimento ASOE all'Associazione Thalassa prot. 00662 del 9.01.2020. Il dott. Mele dà atto dell'inesistenza di ulteriore documentazione in merito al procedimento dell'istanza sopra riportata rappresentando altresì che il Dipartimento provvederà all'atto della emanazione del DDG di autorizzazione e accreditamento del nuovo sito di raccolta ad esplicitare il criterio sul quale si è basata la scelta che ha portato all'individuazione dell'Associazione Emos in applicazione del comma 4 dell'articolo 7 della Legge 219/2005 e del D.A. 384 del 4 marzo 2011". Dall'esame degli atti rilasciati, la ricorrente ha appurato che, in data 20 dicembre 2019, anche l'Associazione EMOS, odierna controinteressata, ha presentato istanza relativamente alla suddetta manifestazione d'interesse e che, con nota n. DASOE/6/00661 del 9 gennaio 2020, le è stato comunicato quanto segue: "si esprime parere favorevole in ordine alla disponibilità della predetta Associazione ad istituire un sito mobile di raccolta da convenzionare con il Servizio Trasfusionale di Agrigento. In relazione a quanto sopra, si invita il Legale Rappresentante dell'associazione, operando d'intesa con il Servizio Trasfusionale di Agrigento, a conformare l'Unità di Raccolta mobile ai requisiti minimi autorizzativi prescritti dall'ASR 16 dicembre 2010 (Atti n. 242/CSR) e ad inoltrare successivamente al competente Dipartimento ASOE apposita istanza di verifica per la concessione dell'autorizzazione all'esercizio e dell'accreditamento".

Il ricorso è assistito da tre censure con le quali la ricorrente contesta, in primis, la motivazione addotta dall'amministrazione per preferire l'Associazione Emos nella selezione in parola. In particolare, la ricorrente lamenta che l'Assessorato avrebbe violato l'art. 12 della L. 241/90, nonché i principi di cui la stessa costituisce espressione, in quanto ha escluso la ricorrente sulla base di un criterio stabilito solo ex post, rispetto al momento di presentazione delle istanze, che non è contemplato né nella circolare n. 13 del 13.11.2019 né nella normativa di settore.

Per le stesse ragioni la Onlus ricorrente si duole di quanto riportato nel verbale di accesso, secondo cui "il Dipartimento provvederà all'atto della emanazione del DDG

di autorizzazione e accreditamento del nuovo sito di raccolta ad esplicitare il criterio sul quale si è basata la scelta che ha portato all'individuazione dell'Associazione Emos in applicazione del comma 4 dell'articolo 7 della Legge 219/2005 e del D.A. 384 del 4 marzo 2011”.

Con un secondo mezzo, l'istante deduce altresì l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per la palese contraddittorietà, nonché violazione, non solo rispetto alla circolare assessoriale n. 13 del 13 novembre 2019, ma anche rispetto alla coeva circolare n. 12 avente ad oggetto *“Manifestazione di interesse per l'istituzione di 1 Unità di Raccolta associativa fissa o mobile a titolarità autorizzativa nell'area metropolitana di Messina”*. In particolare, la ricorrente evidenzia come il testo della circolare n. 12 sarebbe identico a quello relativo all'ASP di Agrigento (n.13), con l'unica differenza presente nella parte finale in cui si legge: *“Laddove più istanze pervengano al Dipartimento ASOE, risulterà autorizzata ad istituire l'Unità di Raccolta in parola l'Associazione dei donatori che, in possesso dei requisiti previsti dalla presente Circolare, ha effettuato, nell'anno 2018, il numero maggiore di procedure di raccolta del sangue intero/emocomponenti, come risultanti sul Sistema Informativo dei Servizi Trasfusionali (SISTRA)”*, con evidente contraddittorietà tra le due circolari promananti da una stessa autorità ed avente ad oggetto un avviso per manifestazione d'interesse relativo ad uno stesso servizio, ma su due territori diversi.

In ultimo, l'ass. Thalassa contesta la decisione di affidare all'ass. Emos il servizio in quanto risulterebbe all'evidenza che la stessa controinteressata non avrebbe posseduto i requisiti previsti dall'ASR del 16 dicembre 2010 di partecipazione al momento della manifestazione di disponibilità.

Risultano costituite in giudizio sia l'amministrazione resistente, con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, sia l'Associazione Emos controinteressata, le quali hanno entrambe depositato memorie a difesa.

Con ordinanza cautelare n. 702/20, questo Tribunale ha accolto l'istanza di sospensione degli atti gravati in ragione della sussistenza del lamentato fumus.

All'udienza pubblica del 28 gennaio 2021, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Premessi i fatti come dedotti in narrativa, in continuità con quanto già deliberato in sede cautelare, il ricorso merita accoglimento per le ragioni che seguono.

2. Come già evidenziato nell'ordinanza 702/20, anche gli affidamenti di servizi ad enti del **terzo settore** devono necessariamente seguire i principi di derivazione europea e presenti nel codice dei contratti d.lgs. 50/16 ove non siano genuinamente gratuiti (Consiglio di Stato, parere della commissione speciale 20 agosto 2018, n. 2052). Il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare anche che, nell'ipotesi di mancata applicazione diretta dei principi concorrenziali in parola nel caso di affidamenti di servizi a titolo gratuito, i provvedimenti di aggiudicazione devono comunque essere sorretti da adeguata motivazione.

A ciò va aggiunto quanto dispone l'art. 55, comma 1, del d.lgs. 117/2017, il quale stabilisce che: “*le*

amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]”.

Pertanto, a prescindere dall'effettiva presenza di indizi che facciano dedurre la gratuità del servizio (che si ha anche nel caso di rimborsi a piè di lista di costi vivi, cioè senza remunerazione alcuna di altri costi), il processo decisionale che ispira gli affidamenti in parola deve sempre seguire i canoni di cui alla Legge 241/90. L'Amministrazione, quindi, è tenuta a conformarsi, anche nelle procedure comparative che riguardano attività ed enti del c.d. **Terzo settore**, ai principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento.

Venendo al caso di specie, è fuor di dubbio che il criterio discrezionale adoperato dall'Assessorato per selezionare l'associazione affidataria (quello della "più recente costituzione") è frutto di elaborazione postuma rispetto alla pubblicazione dell'avviso.

Così come appare violativo dei suddetti canoni anche la dichiarazione del Dirigente del Servizio 6 che, in sede di verbale di accesso agli atti, ha espressamente dichiarato che il *"Dipartimento provvederà all'atto della emanazione del DDG di autorizzazione e accreditamento del nuovo sito di raccolta ad esplicitare il criterio sul quale si è basata la scelta che ha portato all'individuazione dell'Associazione Emos in applicazione del comma 4 dell'articolo 7 della Legge 219/2005 e del D.A. 384 del 4 marzo 2011"*.

Ancora, irragionevole e comunque non adeguatamente motivata, risulta anche la differenza che si riscontra tra le due circolari nn. 12 e 13 del 13 novembre 2019 con le quali vengono disciplinati in maniera difforme due situazioni all'evidenza del tutto analoghe. Infatti, negli avvisi in parola non vengono in risalto le peculiarità dei due territori (Messina ed Agrigento) che sembrano invece entrambi connotati da una insufficiente raccolta di sangue. Appare quindi illogica la decisione di stabilire due diversi criteri selettivi in caso di presentazione di più istanze che, nell'un caso (Messina), è legato al favor riconosciuto a chi ha effettuato, nell'anno 2018, il numero maggiore di procedure di raccolta del sangue intero/emocomponenti mentre, nell'altro (Agrigento), non solo lo stesso non viene esplicitato nell'avviso ma è bensì individuato solo ex post su una contrapposta esigenza di favorire l'associazione con meno esperienza sul territorio (quella ultima costituita).

Per le ragioni suddette, il ricorso è fondato attese le evidenti violazioni dei principi di trasparenza e parità di trattamento richiamati in ricorso con contestuale annullamento degli atti gravati.

Si ritiene di porre le spese di lite, liquidate come da dispositivo, a carico del solo Assessorato regionale della salute, che ha adottato i provvedimenti impugnati e di compensarle con Emos Associazione Nazionale Donatori di Sangue, controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Assessorato regionale della salute al pagamento, nei confronti della ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 1.000 (mille/00) oltre oneri. Spese compensate con Emos Associazione Nazionale Donatori di Sangue.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente FF

Sebastiano Zafarana, Consigliere

Luca Girardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Girardi

IL PRESIDENTE

Aurora Lento

IL SEGRETARIO