

Pubblicato il 17/03/2021

N. 01797/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00961/2020 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 961 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Italy Emergenza Cooperativa Sociale e San Paolo della Croce Società Cooperativa Sociale ETS, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Stefano Betti e Barbara Del Duca, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Napoli, alla via Cesario Console n. 3, PEC: stefano.betti@ordineavvgenova.it e avv.barbaradelduca@pec.it:

contro

ASL Benevento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Barrasso, con domicilio digitale eletto: vincenzobarrasso@ordineavvocatiroma.org;

nei confronti

Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia ETS, in proprio ed in qualità di capogruppo dell'ATS costituenda con Croce Rossa Italiana - Comitato Provinciale di Benevento e Associazione Comitato Regionale ANPAS Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sanchini, Francesco Sanchini e Claudio Frattolillo, con domicilio digitale eletto: paolo.sanchini@firenze.pecavvocati.it;

Croce Rossa Italiana - Comitato di Benevento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte e Giovanna Fucci, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Napoli, alla via Melisurgo n. 4, indirizzo digitale PEC: andreaabbamonte@avvocatinapoli.legalmail.it;

Regione Campania, non costituita in giudizio;

quanto al ricorso introduttivo:

A) in via principale, per l'integrale annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

I) della deliberazione n. 20 del 29.01.2020 del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Benevento, esposta al solo Albo Pretorio informatico dell'Ente dal 29.01.2020, per 15 giorni, avente ad “OGGETTO: INDIZIONE BANDO DI SELEZIONE PUBBLICA, MEDIANTE PROCEDURA COMPARATIVA, PER L'AFFIDAMENTO TRIENNALE DEL SERVIZIO DI SOCCORSO E TRASPORTO INFERMI IN EMERGENZA URGENZA SERVIZIO 118 PER LE NECESSITA' DELLA ASL DI BENEVENTO RISERVATO ALLE ORGANIZZAZIONI DI CUI AGLI ART 56 E 57 DEL D.LGS.VO 117/2017 – CIG. N. 8180224664”;

II) del bando di selezione dell'Azienda Sanitaria Locale di Benevento, approvato con la predetta deliberazione n. 20 del 29.01.2020;

II a) dell'art. 13 del predetto bando, laddove sottostimerebbe i costi del personale, prevedendo n. 5,5 unità impiegate per postazione (al netto di ferie e

- congedi vari) anziché n. 6, come da art.16 c.6 L.R. Campania n. 4/1992;
- di ogni annesso allegato sub. nn.1-2-3, al predetto bando;
 - III) degli allegati n. 4 (dichiarazione di partecipazione), n. 5 (elenco personale ditta uscente), n. 6 (dichiarazione familiari conviventi);
 - IV) del patto di integrità;
 - V) degli inerenti atti presupposti, connessi e consequenziali;
 - VI) della proposta di deliberazione a firma del Dirigente della UOC Provveditorato/Economato della ASL Benevento;
 - VII) del provvedimento e/o di ogni atto istruttorio di estremi ignoti, ove esistente, con cui è stato effettuato il calcolo complessivo dell'importo stimato per l'appalto in questione al netto di IVA;
 - VIII) dello sconosciuto disciplinare di gara ed annessi eventuali allegati, ove esistente.
- B) in via subordinata, per il parziale annullamento:
- IX) della già citata deliberazione n. 20 del 29.01.2020 del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Benevento;
 - X) del già citato bando di selezione;
 - XI) in particolare delle disposizioni dell'art. 12 del detto bando, laddove riservano l'ammissione alla selezione alle sole associazioni di volontariato, escludendo e/o non ammettendo altre organizzazioni senza scopo di lucro ed in particolare le cooperative sociali;
 - XII) delle suindicate disposizioni del bando sub art.13 laddove prevedono n. 5,5 unità impiegate per postazione (al netto di ferie e congedi vari) anziché n. 6, come da L.R. Campania N. 4/92, art.16 c.6 e laddove sottostimano i costi per il personale ed il numero della unità da impiegarsi e non consentono il rimborso dei costi delle assicurazioni e delle spese di manutenzione ordinaria e straordinaria;
 - XIII) di ogni annesso allegato al bando sub. nn. 1-2-3;

- XIV) degli allegati n. 4 (dichiarazione di partecipazione), n. 5 (elenco personale ditta uscente), n. 6 (dichiarazione familiari conviventi);
- XV) del patto di integrità;
- XVI) degli inerenti atti presupposti, connessi e consequenziali;
- XVII) della proposta di deliberazione a firma del Dirigente della UOC Provveditorato/Economato dell'ASL Benevento;
- XVIII) del provvedimento e/o di ogni atto istruttorio di estremi ignoti, ove esistente, con cui è stato effettuato il calcolo complessivo dell'importo stimato per l'appalto in questione al netto di IVA;
- XIX) della deliberazione della Giunta Regionale della Campania n. 1570 del 06.08.2004 e dei relativi allegati, ivi compreso l'allegato A, punto 1, laddove prevede che il servizio di emergenza urgenza territoriale (118) *“viene effettuato dalle aziende sanitarie ed ospedaliere con mezzi e personale proprio, in carenza mediante l'affidamento a Enti, Associazioni di Volontariato regolarmente iscritte all'albo nazionale o regionale, convenzionate con le ASL. In tal caso le Aziende debbono assicurarsi che i mezzi resi disponibili rispondano alla normativa vigente e siano in possesso dei requisiti di cui alla delibera di Giunta Regionale n°2343 del 18.7.2003; tali requisiti debbono essere esplicitamente riportati negli atti convenzionali posti in essere”*;
- XX) della deliberazione della Giunta Regionale della Campania n. 2343/03;
- C) in ogni caso, per la declaratoria di inefficacia della convenzione che fosse nelle more eventualmente stipulata;
- previo occorrendo, in relazione alla richiesta principale sub A) e alla richiesta subordinata sub B), rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art.267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per l'esame delle questioni riportate nelle conclusioni;
- previa occorrendo, in via alternativa o congiunta o subordinata all'accoglimento del suddetto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, dichiarazione di non manifesta infondatezza e di rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 57 del D. Lgs. 117/2017*

ed occorrendo dell'art. 56 del D. Lgs. 117/2017 per violazione degli articoli 1, 3, 4, 35, 45, 97, 117 e 118 della Costituzione, anche in ossequio ai principi stabiliti dal considerando 28 e l'art. 10 lett b) della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;

quanto ai primi motivi aggiunti presentati il 26/6/2020:

A) in via principale, per l'integrale annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

I) della determinazione dirigenziale n. 86 del 18.05.2020 del Direttore Responsabile dell'Unità Operativa Complessa dell'Azienda Sanitaria Locale di Benevento, affissa in copia all'Albo Pretorio informatico dell'Ente il 18.05.2020, avente ad “OGGETTO: Prov. 18-2020 – BANDO DI SELEZIONE PUBBLICA, MEDIANTE PROCEDURA COMPARATIVA, PER L'AFFIDAMENTO TRIENNALE DEL SERVIZIO DI SOCCORSO E TRASPORTO INFERMI IN EMERGENZA URGENZA SERVIZIO 118 PER LE NECESSITA' DELLA ASL DI BENEVENTO RISERVATO ALLE ORGANIZZAZIONI DI CUI AGLI ART. 56 E 57 DEL D.LGS. 117/2017 - AVVISO PUBBLICO PER CONSULTAZIONE PRELIMINARE DI MERCATO (ex art. 66 commi 1 e 2 del Codice degli appalti)”;

Avvio attività endoprocedimentale per la definitiva ridefinizione e rettifica del bando approvato con delibera n. 20 del 2020 attraverso l'utilizzo del sistema SIAPS della Piattaforma di e-procurement della So.Re.Sa. – Approvazione esiti della consultazione preliminare di mercato – relazione finale ed elaborati rettificati del RUP prot. 52633 del 18.05.2020;

II) del bando di selezione dell'Azienda Sanitaria Locale di Benevento – prot. 52636 del 18-05-2020 – approvato con la predetta determinazione dirigenziale n. 86 del 18.05.2020;

III) comunque, dell'art. 17 del predetto bando laddove sottostima i costi del personale, prevedendo n. 5,5 unità impiegate per postazione (al netto di ferie e

congedi vari), anziché 6 per postazione come da L.R. Campania n. 2/94, art. 16, c. 6;

IV) e, occorrendo, dei seguenti annessi allegati al predetto bando:

Allegato n 1 “Requisiti Personale”;

Allegato n 2 “Domanda di partecipazione”;

Allegato n 3 “Elenco personale Ditte uscenti (Misericordie d'Italia e CRI)”;

Allegato n 4 “Dichiarazione familiari conviventi”;

Allegato n. 5 “Forniture a carico dell'aggiudicatario”;

Allegato n. 6 “Avvalimento”;

Schema di convenzione da sottoscrivere in caso di affidamento del servizio;

Patto di Integrità;

Modello dichiarazione n. 1 relativa al criterio C dell'offerta tecnica;

Modello dichiarazione n. 2 relativa all'aspetto economico resa dal concorrente;

Modello dichiarazione n. 3 relativa alla documentazione che verrà presentata in fase di esecuzione della convenzione;

Elaborato di stima dei costi a rimborso per l'espletamento del servizio;

Relazione di valutazione finale del RUP in merito alla consultazione preliminare di mercato ex art. 66 del codice degli appalti;

V) della Determina Dirigenziale n. 69 del 14.04.2020 del Direttore Responsabile dell'Unità Operativa Complessa di “Avvio consultazione preliminare di mercato”;

VI) della deliberazione n. 20 del 29.01.2020 già citata;

VII) degli inerenti atti presupposti, connessi e consequenziali;

VIII) della proposta di deliberazione a firma del Dirigente UOC Provveditorato/Economato;

IX) del provvedimento e\o di ogni atto istruttorio di estremi ignoti, ove esistente, con cui è stato effettuato il calcolo complessivo dell'importo stimato per l'appalto in questione al netto di IVA;

X) dello sconosciuto disciplinare di gara ed annessi eventuali allegati, ove esistente;

B) in via subordinata, per il parziale annullamento, previa sospensione:

XI) della determinazione dirigenziale n. 86 del 18.05.2020 e dei relativi allegati;

XII) del bando di selezione dell'Azienda Sanitaria Locale di Benevento – prot. 52636 del 18/05/2020 - approvato con la predetta determinazione dirigenziale n. 86 del 18/05/2020;

XIII) in particolare, delle disposizioni dell'art. 16 del detto bando, laddove riservano l'ammissione alla selezione alle sole associazioni di volontariato, escludendo e/o non ammettendo altre organizzazioni senza scopo di lucro ed in particolare le cooperative sociali;

XIV) degli annessi allegati al bando già sopra indicati;

XV) della determina dirigenziale n. 69 del 14.04.2020 del Direttore Responsabile dell'Unità Operativa Complessa;

XVI) della deliberazione n. 20 del 29.01.2020;

XVII) degli inerenti atti presupposti, connessi e consequenziali

XVIII) della proposta di deliberazione a firma del Dirigente della UOC Provveditorato/Economato

XIX) della deliberazione della Giunta Regionale della Campania n. 1570 del 06.08.2004 e dei relativi allegati ivi compreso l'allegato A, punto 1;;

XX) della deliberazione della Giunta Regionale della Campania n. 2343/03;

C) in ogni caso, per la declaratoria di inefficacia della convenzione che fosse nelle more eventualmente stipulata;

in relazione alla richiesta principale sub A) e alla richiesta subordinata sub B), rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art.267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per l'esame delle seguenti questioni:

se gli articoli 1 e art. 4 lett. d della DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014, in

caso di un appalto con un importo pari o superiore alla soglia ivi prevista di €.750.000,00, al netto dell'IVA, contemplando l'allegato XIV, ivi richiamato, tutti i servizi di ambulanza di cui al CPV 85143000-3, siano prevalenti rispetto alle disposizioni dell'art. 10 lett h) che escludono dalla applicazione della stessa direttiva 2014/24/UE i servizi di ambulanza, ad eccezione dei servizi di trasporto di pazienti in ambulanza e pertanto se si applicano a tutti i servizi di ambulanza di cui al CPV 85143000-3, inclusi quelli di emergenza e urgenza;

se gli articoli 1 e art. 4 lett. d della DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014, in caso di un appalto con un importo pari o superiore alla soglia ivi prevista di €.750.000,00 al netto dell'iva, ostino ad una normativa interna per cui sia possibile effettuare un convenzionamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza riservato alle Organizzazioni o alle associazioni di volontariato senza scopo di lucro,

se gli articoli 1 e art. 4 lett. d della DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014, in caso di un appalto con un importo pari o superiore alla soglia ivi prevista di €.750.000,00 al netto dell'iva ostino ad una normativa interna per cui sia possibile riservare alle Organizzazioni o alla associazioni di volontariato senza scopo di lucro gli affidamenti senza attivare la procedura stabilita ai sensi dell'art. 77 della DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014;

previa occorrendo, in via alternativa o congiunta o subordinata all'accoglimento del suddetto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, dichiarazione di non manifesta infondatezza e di rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 57 del D. Lgs. 117\2017 ed occorrendo dell'art. 56 del D. Lgs. 117\2017 per violazione degli articoli 1, 3, 4, 35, 45, 97, 117 e 118 della Costituzione, anche in ossequio ai principi stabiliti dal considerando 28 e

l'art. 10 lett b) della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;

- quanto ai secondi motivi aggiunti depositati il 30 luglio 2020, per l'annullamento:

del nuovo bando per l'affidamento triennale del servizio di soccorso e trasporto infermi in emergenza/urgenza – servizio 118, pubblicato sulla G.U.R.I. 5^a serie speciale n. 81 del 15/07/2020 e sulla G.U.C.E. n. S/134 del 14/07/2020;

- quanto ai terzi motivi aggiunti presentati il 10 novembre 2020, per l'annullamento:

della deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Benevento n. 262 del 7/10/2020 di aggiudicazione definitiva della procedura;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASL Benevento, della Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia e di Croce Rossa Italiana - Comitato di Benevento;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti l'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, l'art. 4 del D.L. 30 aprile 2020 n. 28 e l'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n 137;

Sentiti i difensori delle parti, come da verbale, all'udienza dell'11 gennaio 2021, celebrata con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams, ai sensi delle richiamate previsioni in materia di emergenza covid-19, relatore il cons. Pierluigi Russo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'atto introduttivo del giudizio, notificato il 28 febbraio 2020 e depositato l'11 marzo seguente, Italy Emergenza Cooperativa Sociale e San Paolo della Croce Società Cooperativa Sociale ETS hanno impugnato la delibera del

Direttore Generale dell'ASL Benevento n. 20 del 29 gennaio 2020, pubblicata in pari data, con cui è stata indetta una selezione pubblica per l'affidamento triennale del servizio di soccorso e trasporto infermi in emergenza/urgenza - servizio 118, in regime di convenzione, riservato alle organizzazioni di volontariato di cui agli artt. 56 e 57 del D. Lgs. n. 11/2017, recante il cd. **Codice del Terzo Settore**.

1.1. Con la domanda dedotta in via principale sub A), le due cooperative sociali individuate in epigrafe agiscono per l'integrale annullamento della delibera n. 20/2020 contestando, *in primis*, alla radice, la stessa indizione della selezione, sulla base dei seguenti motivi di diritto:

A.1) VIOLAZIONE DEI PRINCIPI UNIONALI IN MATERIA DI ECONOMICITA'/ CONVENIENZA - VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE EX ART. 56 E 57 D.LGS. 117/2017 - VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE EX ART. 3 L. 241/90 PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE - VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE EX ART. 16 L.R. CAMPANIA N. 2/1994 - ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA' MANIFESTA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, CONTRADDITTORIETA', TRAVISAMENTO DEI FATTI;

A.2) VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE EX ART. 35 C. 1 LETT. D) E 17 LETT. H) D.LGS 50/2016, EX DIRETTIVA 2014/24 UE ART. 4 LETT. D) E ART 10 LETT. H);

A.3) DIFETTO DI MOTIVAZIONE EX ART. 3 L. 241/1990 - ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA' MANIFESTA, CONTRADDITTORIETA', TRAVISAMENTO DEI FATTI.

1.2. Con la domanda sub B), le istanti chiedono, in via subordinata, il parziale annullamento degli atti impugnati laddove riservano l'ammissione alla selezione alle sole associazioni di volontariato, escludendo le altre organizzazioni senza

scopo di lucro, quali in particolare le cooperative sociali, sulla base delle seguenti argomentazioni:

B1) VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE EX CONSIDERANDO 28 ED ART. 10 LETT H) DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 26 FEBBRAIO 2014 - FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE EX ART. 56 E 57 D.LGS 117\17 - PREVALENZA DELLE DISPOSIZIONI UNIONALI;

B2) VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE EX ARTT. 56 E 57 D.LGS. 117/2017 - VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE EX ART. 3 L. 241\90 PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE - VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE EX ART. 16 L.R. CAMPANIA N. 2/1994 - ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA' MANIFESTA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, CONTRADDITTORIETA', TRAVISAMENTO DEI FATTI.

1.3. Con la domanda sub C) chiedono, altresì, la declaratoria di inefficacia della convenzione eventualmente stipulata.

1.4. In caso di dubbi in merito all'interpretazione del considerando 28 e dell'art. 10 lett h) della Direttiva 2014/24 UE, le interessate hanno richiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per l'esame delle questioni pregiudiziali qui di seguito riportate:

- se gli articoli 1 e art. 4 lett. d della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, in caso di un appalto con un importo pari o superiore alla soglia ivi prevista di €.750.000,00, al netto dell'IVA, contemplando l'allegato XIV, ivi richiamato, tutti i servizi di ambulanza di cui al CPV 85143000-3, siano prevalenti rispetto alle disposizioni dell'art. 10 lett h) che escludono dalla applicazione della stessa direttiva 2014/24/UE i servizi di ambulanza, ad eccezione dei servizi di trasporto di pazienti in ambulanza e

pertanto se si applicano a tutti i servizi di ambulanza di cui al CPV 85143000-3, inclusi quelli di emergenza e urgenza;

- se gli articoli 1 e art. 4 lett. d della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, in caso di un appalto con un importo pari o superiore alla soglia ivi prevista di € 750.000,00 al netto dell'IVA, ostino ad una normativa interna per cui sia possibile effettuare un convenzionamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza riservato alle organizzazioni o alle associazioni di volontariato senza scopo di lucro;

- se gli articoli 1 e art. 4 lett. d della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, in caso di un appalto con un importo pari o superiore alla soglia ivi prevista di €.750.000,00 al netto dell'IVA ostino ad una normativa interna per cui sia possibile riservare alle Organizzazioni o alla associazioni di volontariato senza scopo di lucro gli affidamenti senza attivare la procedura stabilita ai sensi dell'art. 77 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

1.5. In via alternativa o congiunta o subordinata all'accoglimento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, le ricorrenti hanno eccepito, altresì, l'incostituzionalità degli artt. 56 e 57 del D. lgs 117/2017 per violazione degli articoli 1, 3, 4, 35, 45, 97, 117 e 118 della Costituzione.

2. Si è costituita in giudizio la Confederazione nazionale delle Misericordie d'Italia ETS, concludendo con richiesta di reiezione delle domande attoree siccome infondate.

3. Si è costituita in resistenza anche l'intimata ASL Benevento, depositando memoria difensiva, con la quale ha eccepito l'improcedibilità del ricorso introduttivo, per sopravvenuto difetto di interesse, in relazione agli ulteriori provvedimenti adottati nelle more dall'Amministrazione.

4. Con una prima serie di motivi aggiunti, presentati il 26 giugno 2020, le instanti hanno esteso la domanda di annullamento agli ulteriori atti emessi dall'ASL, specificati in epigrafe, ossia la determinazione dirigenziale n. 86 del 18 maggio 2020, di approvazione degli esiti della consultazione preliminare di mercato e del nuovo bando, la relazione finale del RUP di pari data, la determinazione dirigenziale n. 69 del 14 aprile 2020 di indizione della suindicata consultazione nonché i relativi allegati.

Le ricorrenti hanno reiterato sostanzialmente le domande articolate col ricorso introduttivo, in via principale e subordinata, lamentando che anche la nuova *lex specialis*, pur avendo apportato alcune modifiche alla precedente (quali la stima dei costi massimi triennali per l'esecuzione del servizio, che è stata incrementata fino a € 17.005.212,00, suddivisa in € 5.668.404,00 per ciascun anno), sarebbe affetta dai medesimi vizi già denunciati, sotto il profilo dell'illegittimità derivata ed in via autonoma, continuando inoltre a non prevedere esplicitamente la possibilità per le cooperative sociali di partecipare alla selezione.

4. Con memoria depositata in data 26 giugno 2020 si è costituita in giudizio anche Croce Rossa Italiana - Comitato di Benevento, la quale ha eccepito l'inaammissibilità del gravame avversario nella parte in cui è contestato il costo massimo del servizio indicato nel bando, non avente portata escludente, per carenza originaria di interesse, ovvero l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza d'interesse, poiché nel corso del giudizio l'ASL Benevento ha emesso la deliberazione del D.G. n. 157 del 24 giugno 2020 con cui è stata disposta la revoca della delibera di D.G. n. 20 del 29 gennaio 2020 ed indetta una nuova procedura comparativa di selezione pubblica per l'affidamento triennale del servizio. Nel merito ha replicato alle argomentazioni attoree, chiedendone il rigetto per la loro infondatezza.

5. L'ASL Benevento ha eccepito l'inaammissibilità del primo ricorso per motivi aggiunti, sul rilievo secondo cui sarebbero stati impugnati atti aventi valore

endoprocedimentale, privi di immediata lesività.

6. Con secondi motivi aggiunti depositati il 30 luglio 2020, le due cooperative ricorrenti hanno impugnato la nuova delibera di indizione della procedura ed il nuovo bando per l'affidamento triennale del servizio di soccorso e trasporto infermi in emergenza/urgenza - servizio 118, pubblicato sulla G.U.R.I. 5^a serie speciale n. 81 del 15 luglio 2020 e sulla G.U.C.E. n. S/134 del 14 luglio 2020, articolando un ordine di censure sostanzialmente analogo ai precedenti.

7. Con decreti presidenziali n. 1507 del 31 luglio 2020 e n. 1512 del 3 agosto 2020 sono state rigettate le domande di misure cautelari monocratiche, ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm.

In esito all'udienza camerale del 9 settembre 2020, con ordinanza n. 1596/2020, è stata respinta l'istanza di misure cautelari collegiali ex art. 55 c.p.a.

8. In data 23 ottobre 2020 Croce Rossa Italiana - Comitato di Benevento ha depositato la deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Benevento n. 262 del 7 ottobre 2020 di aggiudicazione definitiva del servizio in favore dell'A.T.S. costituenda formata da Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia - Comitato provinciale di Benevento, Croce Rossa Italiana - Benevento, Associazione Comitato regionale Anpas Campania.

9. Infine, con terzi motivi aggiunti presentati il 10 novembre 2020, le instanti hanno ampliato l'oggetto del giudizio al summenzionato provvedimento di affidamento del servizio, oltre che per l'illegittimità derivata, in virtù delle censure già mosse, per i seguenti vizi propri:

1) DIFETTO DI MOTIVAZIONE PER VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE EX ART. 3 L. 241/1990 - DIFETTO DI MOTIVAZIONE - ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA' MANIFESTA - DIFETTO DI ISTRUTTORIA - TRAVISAMENTO DEI FATTI;

2) NULLITA' DELLA DELIBERAZIONE N. 262/2020 DELL'ASL BN EX ART. 2 L. 287/90 E/O EX ART.101 DEL TFUE.

10. Le parti hanno prodotto memorie difensive ed ulteriori documenti a sostegno delle rispettive richieste.

In particolare, quanto alle parti resistenti:

- Croce Rossa Italiana ha eccepito l'inammissibilità della censura proposta con gli ultimi motivi aggiunti, circa la pretesa nullità della delibera n. 262/2020 per violazione dell'art. 2 L. 287/1990, per carenza di interesse, non avendo la deducente partecipato alla procedura, e comunque il difetto di giurisdizione dell'adito T.A.R., atteso che la cognizione sulle domande di accertamento della nullità delle intese restrittive della libera concorrenza pertiene al Giudice ordinario - Tribunale Sezione Specializzata Imprese, ai sensi dell'art. 33 l. 287/1990;

- la Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia ha ribadito l'eccezione di inammissibilità del ricorso per assoluta carenza di legittimazione nonché di interesse;

- l'ASL Benevento ha anch'essa rilevato l'inammissibilità dell'azione per carenza di interesse ad agire insistendo per il resto nella richiesta di reiezione anche nel merito delle domande attoree.

11. All'udienza dell'11 gennaio 2021, celebrata con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams, ai sensi delle previsioni in materia di emergenza covid-19 contenute nell'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, nell'art. 4 del D.L. 30 aprile 2020 n. 28 e nell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n 137, uditi i difensori delle parti, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

12. Il ricorso introduttivo è improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse in quanto l'iniziale indizione da parte dell'ASL Benevento della procedura selettiva per l'affidamento triennale del servizio di soccorso e trasporto infermi

in emergenza/urgenza - servizio 118, in regime di convenzione con le associazioni di volontariato, con la pubblicazione dell'originario bando in data 29 gennaio 2020, è stata revocata e sostituita con delibera del Direttore Generale n. 157 del 24 giugno 2020, con la quale è stata contestualmente approvata una nuova *lex specialis* di gara modificativa della precedente.

13. I primi motivi aggiunti presentati il 26 giugno 2020, invece, vanno dichiarati inammissibili per carenza originaria d'interesse giacché con gli stessi sono stati gravati atti aventi valore endoprocedimentale, come tali non immediatamente lesivi (cfr., tra le tante, T.A.R. Campania, Napoli, Sezione Quinta, 4 giugno 2020, n. 2203), quali la determinazione dirigenziale n. 69 del 14 aprile 2020, di indizione di una consultazione preliminare di mercato, la relazione finale del RUP del 18 maggio 2020 e la determinazione dirigenziale n. 86 del 18 maggio 2020, con la quale sono stati approvati gli esiti della stessa e modificata la precedente versione degli atti di gara.

14. L'interesse delle ricorrenti si concentra, dunque, sui secondi motivi aggiunti, depositati il 30 luglio 2020, coi quali sono stati gravati il nuovo bando pubblicato sulla G.U.R.I in data 15 luglio 2020 e i sopra citati atti preparatori, peraltro secondo un ordine di domande e di censure sostanzialmente analoghe, *mutatis mutandis*, a quelle introdotte con le precedenti impugnazioni.

15. In via preliminare vanno esaminate le eccezioni di difetto di legittimazione attiva e di carenza di interesse a ricorrere sollevate dalle parti resistenti sul rilievo della mancata partecipazione delle ricorrenti alla procedura, non avendo le stesse presentato domanda di ammissione.

Ad avviso del Collegio vanno disattesi entrambi i rilievi di inammissibilità.

15.1. Invero, sotto il primo profilo, le due cooperative sociali instanti, quali operatori dello specifico settore del trasporto sanitario a mezzo ambulanze, come si evince dai relativi statuti, sono senza dubbio titolari di una posizione

giuridicamente differenziata e qualificata che le abilita in astratto ad aspirare all'assegnazione del servizio.

15.2. Sotto il secondo profilo, le stesse hanno anche interesse ad ottenere sia l'integrale annullamento in radice dell'indizione della selezione, attivata ai sensi dell'art. 57 del D. Lgs. n. 11/2017, chiesta in via principale con la domanda sub A), per difetto dei relativi presupposti, aspirando a concorrere all'affidamento mediante gara secondo le ordinarie regole dell'evidenza pubblica, sia il parziale annullamento della *lex specialis*, proposta in via subordinata con la domanda sub B), nella parte in cui riserva l'ammissione alle sole associazioni di volontariato, escludendo le altre organizzazioni senza scopo di lucro, quali in particolare le cooperative sociali.

Al riguardo vanno richiamati i principi accolti dal consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la proposizione della domanda di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica non è necessaria allorché l'operatore contesti in radice la stessa indizione della gara ovvero impugni specifiche clausole della *lex specialis* immediatamente lesive in quanto aventi carattere escludente (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1; 7 aprile 2011, n. 4; 25 febbraio 2014, n. 9; 26 aprile 2018, n. 4; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2339; Id. 27 novembre 2019 n. 8088).

15.3. Sempre in rito vanno respinte le obiezioni sollevate circa l'importo del contributo unificato inizialmente pagato, atteso che quanto segnalato non integra una causa di inammissibilità dell'azione, in disparte la constatazione che nel corso del giudizio le instanti hanno dimostrato di aver versato l'importo integrativo richiesto e che, in ogni caso, le determinazioni adottate dall'Ufficio giudiziario vanno eventualmente contestate dinanzi al giudice tributario, avendo il contributo unificato natura di tributo erariale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 ottobre 2019, n. 7142).

16. Passando al merito e prendendo le mosse dalla domanda sub A), affidata a tre motivi di diritto, dei quali si è riportata sopra la rubrica, le istanti assumono in primo luogo che anche la delibera da ultimo gravata sarebbe affetta da incompletezza dell'istruttoria e da difetto di motivazione circa il requisito di convenienza e di efficienza economica occorrente per l'indizione di una siffatta procedura derogatoria di convenzionamento diretto con le associazioni di volontariato. In particolare, secondo il costruito attoreo:

- i costi massimi annui stimati per l'esecuzione del servizio, pari a complessivi € 17.005.212,00 nel triennio (da suddividere in € 5.668.404,00 per ciascun anno), ex art. 17 del bando, sarebbero eccessivamente elevati e, comunque, superiori a quelli sostenibili nel caso in cui le prestazioni fossero rese dalle cooperative sociali (alla stregua delle tabelle ministeriali relative al CCNL Cooperative sociali, la cui applicazione, come da perizia allegata, porterebbe ad un costo triennale di € 13.092.614,90);

- i costi effettivi sarebbero stati anche sottovalutati in quanto il numero di addetti previsti nel bando in 5,5 unità sarebbe in contrasto con quanto stabilito dall'art. 16 L.R. Campania n. 2/1994, che imporrebbe 6 addetti per postazione;

- l'elevato costo per il personale discenderebbe anche dal fatto che la *lex specialis* avrebbe illogicamente previsto lo svolgimento del servizio mediante dipendenti dell'organizzazione, potendosi ricorrere ai volontari solo in modalità aggiuntiva, riconoscendo peraltro una maggiorazione del punteggio (ex art. 12 del bando) in caso di "*inquadramento con garanzia di stabilità occupazionale*".

Inoltre, la delibera sarebbe viziata da un'immotivata contraddittorietà con le precedenti manifestazioni di volontà della stessa ASL Benevento, che nel 2018 aveva affidato i medesimi servizi mediante le regole dell'evidenza pubblica, e da illogicità, essendo il gestore uscente un'organizzazione di volontariato.

Si sostiene, infine, che l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 UE varrebbe soltanto per l'affidamento di servizi di trasporto sanitario

in emergenza/urgenza di importo inferiore alla soglia di € 750.000,00, con la conseguenza che per la selezione oggetto della controversia, di valore di circa 17 milioni di euro, l'ASL avrebbe dovuto indire una gara ai sensi del D. Lgs. 50/2016.

17. Ad avviso del Collegio le doglianze sopra compendiate sono tutte infondate.

17.1. Giova rilevare che l'ASL Benevento ebbe ad indire in passato (con deliberazione 158/2018) una procedura aperta ai sensi del D. Lgs. 50/2016 per l'affidamento in appalto del servizio di soccorso e trasporto infermi in emergenza 118, la quale fu impugnata (dalla Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia, che contestò la determinazione dell'importo posto a base di gara di circa 11 milioni di euro nel triennio), con ricorso definito con sentenza di questo T.A.R. n. 5356/2018, confermata con pronuncia n. 2535/2019 del Consiglio di Stato, con la quale è stata sostanzialmente censurata la sottostima dei costi in relazione all'esigenza di garantire l'efficienza di un servizio di interesse primario, quale l'assistenza in emergenza.

A seguito di tale contenzioso, l'ASL ha proceduto ad una nuova analisi dei costi (apportando anche delle modifiche, tra le quali l'obbligo a carico dell'affidatario di sostituzione delle vetuste ambulanze di proprietà aziendale e l'impiego di personale con rapporto di lavoro *full-time*) ed ha operato una diversa scelta organizzativa del servizio, facendo applicazione dell'art. 57 del D. Lgs. 117/2017, che

così dispone: "1. I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in

condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

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

17.2. Tanto premesso, va rimarcato che l'ultima procedura selettiva si basa su di una stima dei costi effettuata solo in via presuntiva in quanto si prevede il rimborso delle sole spese “*effettivamente sostenute, rendicontate e documentate*”, entro il tetto massimo stabilito, a seguito di presentazione delle relative fatture (art. 17 del bando). Ad avviso del Collegio, la modalità organizzativa prescelta è quindi tale da realizzare di per sé un'economia di bilancio, considerata anche l'assenza di utili per l'affidatario, in relazione all'erogazione gratuita e volontaria dell'attività e all'istituzionale perseguimento degli obiettivi di solidarietà sociale di cui si è detto.

17.3. Quanto fin qui osservato, oltre a privare di fondatezza la censura di contraddittorietà nell'operato dell'Amministrazione, consente di superare anche i dubbi sulla presunta insufficienza dell'istruttoria relativa alla stima dei costi del servizio, sollevati in via introduttiva. Invero, proprio dalla consultazione di mercato svolta dall'ASL, i cui risultati sono stati compendati nella relazione del RUP approvata con D.D n. 86 del 18.5.2020 – in esito ad approfondita disamina delle osservazioni pervenute dagli operatori del settore e tenuto anche conto delle sopravvenute esigenze connesse alla gestione della pandemia da Covid-19 con le connesse maggiori spese – l'Amministrazione è pervenuta ad una rettifica del bando, tra l'altro, nella stima dei costi per il triennio, innalzata a € 17.005.212,00, come dettagliata nelle varie voci riportate nell'allegata tabella, rispetto all'originaria previsione di € 15.943.500,00.

17.4. Si palesa priva di pregio – oltre che inammissibile in quanto non avente portata escludente – anche il profilo di censura riferito alla previsione di 5,5 di unità di personale per ciascuna postazione atteso che la disposizione del bando

reca l'inciso secondo il quale la stessa va intesa “*al netto di ferie e congedi vari*”, con conseguente tendenziale rispetto del parametro di 6 unità stabilito dall'art.16 L.R. Campania n. 2/1994.

17.5. In tale prospettiva, le ulteriori critiche attoree dirette a dimostrare la pretesa diseconomicità del modulo organizzativo prescelto, in raffronto al costo più ridotto del personale delle cooperative sociali, trascurano di considerare, da un lato, che l'art. 57 D. Lgs. 117/2017 in alcun modo impone all'amministrazione di operare una valutazione meramente di natura economica, non richiamando peraltro, l'art. 56, comma 1, dello stesso codice. In questo senso, la Corte Costituzionale, con la recente sentenza n. 255 del 2020, ha sottolineato che, a differenza del precedente articolo, “*L'art. 57 cod. terzo settore, invece, prevede la facoltà per le amministrazioni di affidare il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, in via prioritaria e tramite convenzioni per l'affidamento diretto, alle sole organizzazioni di volontariato. Per tale tipologia di convenzioni sono previsti specifici e ulteriori requisiti rispetto al già ricordato art. 56. In primo luogo, non venendo richiamato il comma 1 di tale articolo, le stesse possono essere disposte anche in assenza della valutazione preliminare di maggior favore rispetto al mercato*”.

Inoltre, occorre comunque considerare che l'obiettivo del “*maggior favore rispetto al ricorso al mercato*” deve apprezzarsi in una più globale visione delle finalità solidaristiche perseguite attraverso l'affidamento delle attività in discussione in regime convenzionale alle organizzazioni di volontariato, così come esplicitate nella *lex specialis* (cfr. T.A.R. Veneto, 28 dicembre 2020, n. 1320).

In particolare, in materia di personale, oltre all'obbligo del rispetto della clausola sociale, ex articolo 20 del bando, con conseguente applicazione del CCNL di riferimento ed obbligo di presentazione di un “*Piano di assorbimento delle risorse umane del gestore uscente*”, all'art. 4 si precisa che, in aggiunta alle unità previste: “*L'aggiudicatario dell'appalto, per proprie esigenze organizzative o per promozione del volontariato, potrà inserire ulteriori unità di personale volontario in possesso delle caratteristiche*

previste dalla normativa suddetta. Detto personale volontario, formato o in fase di formazione, potrà essere inserito in aggiunta al personale richiesto, senza alcun costo a carico della ASL di Benevento e con tutti gli oneri assicurativi e di sicurezza sul lavoro a carico dell'affidatario. Si chiarisce che l'ASL BN – al fine di garantire continuità del servizio e massima professionalità del personale impegnato nel servizio stesso – ritiene che lo stesso debba essere dipendente retribuito dell'organizzazione di volontariato conformemente alle previsioni dell'art. 56 del codice del terzo settore. Pertanto l'eventuale inserimento di personale volontario, in aggiunta a quello dipendente, sarà positivamente valutato dalla Commissione di Gara in sede di valutazione dell'offerta tecnica [...] Tanto nell'ottica dello spirito solidaristico che è alla base della scelta fatta da questa PA nell'applicazione dell'art. 57 del codice del terzo settore e, quindi, nella pubblicazione del presente bando. In tal modo, infatti, sarà possibile realizzare una sinergia tesa al raggiungimento degli obiettivi comuni di realizzazione di un servizio efficiente ed efficace per la collettività assistita". L'art. 4.1. chiarisce ulteriormente che "L'ASL intende garantire un servizio efficiente ed efficace che assicuri la continuità operativa riducendo al minimo ritardi ed eventuali problematiche di natura gestionale. L'Azienda vuole, pertanto, garantire la stabilità occupazionale del personale in servizio per assicurarsi idonea fidelizzazione dei dipendenti e, contestualmente, ridurre al minimo criticità organizzative ed i costi indiretti connessi ad una elevata turnazione (quale è quella del part time). In sostanza l'ASL Bn intende investire nel capitale umano e, con tale obiettivo, ritiene indispensabile che l'Organizzazione affidataria della convenzione ricorra esclusivamente a contratti di lavoro full-time. Gli eventuali contratti part-time attualmente in essere che rientrano nella applicazione della "clausola sociale" andranno, pertanto, ad esaurimento (pensionamenti, dimissioni, etc.) ed i successivi subentri saranno posti in essere esclusivamente con contratti full-time per le motivazioni sopra dedotte".

17.6. Non merita accoglimento neanche la prospettata esclusione della procedura *de qua* dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 UE, che varrebbe soltanto per l'affidamento di servizi di trasporto sanitario in emergenza/urgenza di importo inferiore ad € 750.000,00.

Va osservato al riguardo che l'art. 17 D. Lgs. 18/04/2016, n. 50 esclude dall'applicazione del codice dei contratti pubblici, tra gli altri, alla lettera h), gli appalti *“concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110- 4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza”*.

La norma replica il contenuto dell'art. 10, comma 1, lett. h, della direttiva 2014/24/UE, secondo cui: *“La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi: ... h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110- 4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza”*. La disposizione è attuativa del considerando 28, secondo il quale *“la presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 ‘Servizi di trasporto terrestre’ del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici (‘regime alleggerito’). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza”*.

Quindi, sulla base della normativa – nazionale ed europea – sopra citata, non può dubitarsi che il servizio oggetto della presente procedura rientra nella suindicata nozione di “*trasporto in ambulanza qualificato*”, cosicché per esso vale la deroga stabilita dall’art. 10, lett. h), della citata Direttiva (cfr. sentenza 21 marzo 2019 della Corte di Giustizia resa in C-465/17, sulla quale si tornerà nel prosieguo della trattazione).

Alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza, pertanto, l’affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza (a differenza del solo trasporto sanitario), deve ritenersi escluso dal campo di applicazione del codice dei contratti pubblici, secondo quanto stabilito dall’art. 17, comma 1, lett. h), d.lgs. 50/2016, in conformità all’art. 10, lett. h), direttiva 2014/24/UE, a prescindere dal valore del servizio e, dunque, dal superamento o meno delle soglie di rilevanza europea (cfr., in questo senso, T.A.R. Calabria, sez. II, 17 giugno 2020, n. 1068; T.A.R. Veneto, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 1320).

17.7. Le residue censure formulate con la domanda sub) A, con le quali si lamenta la mancanza di adeguata motivazione in ordine alla scelta operata dall’Amministrazione di non ricorrere all’ordinaria procedura di evidenza pubblica, si palesano anch’esse infondate.

Oltre alle considerazioni fin qui svolte, alle quali può farsi rinvio onde evitare inutili ripetizioni, va soggiunto che il ripetuto art. 57 è assolutamente chiaro nel disporre che i servizi di trasporto sanitario in emergenza possano essere “*in via prioritaria*” oggetto di convenzionamento con organizzazioni di volontariato, con ciò espressamente conferendo alle Amministrazioni sanitarie il potere di esercitare una scelta di natura ampiamente discrezionale, contribuendo con essa al perseguimento degli obiettivi di solidarietà per finalità sociali, dei quali si è dato ampiamente conto negli atti impugnati.

18. Passando alla domanda sub B), proposta in via subordinata, con un primo motivo si assume che la mancata inclusione delle cooperative sociali tra i soggetti

ammessi a partecipare, ai sensi dell'art. 16 del bando, sarebbe illegittima poiché in contrasto con la direttiva UE 2014/24, che al considerando 28 ed all'art. 10 lett. h) consente il convenzionamento diretto dei servizi di emergenza se “*effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro*”, tra le quali rientrerebbero anche le cooperative. Col secondo mezzo, quale corollario della loro ammissione alla selezione, le stesse assumono di avere interesse a contestare le disposizioni del bando, già sopra richiamate, laddove sottostimano i costi per il personale ed il numero della unità da impiegarsi (prevedendo n. 5,5 unità per postazione, al netto di ferie e congedi vari, anziché n. 6) e pongono i costi di assicurazione nonché quelli di manutenzione ordinaria e straordinaria a totale carico dell'aggiudicatario.

In via ancora più subordinata parte ricorrente chiede il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea perché sia accertato se il considerando 28 e l'art. 10 lett. h) della Direttiva 2014/24/UE ostino ad una normativa nazionale che riserva il regime di convenzionamento alle sole associazioni di volontariato e non anche alla più ampia categoria delle organizzazioni sociali senza scopo di lucro, tra le quali rientrano le cooperative sociali.

Ad avviso del Collegio neanche le suesposte domande sono condivisibili.

18.1. Quanto alla prima prospettazione, l'art. 57 del D. Lgs. 117/2017 prevede testualmente che il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possa essere affidato in via prioritaria, mediante convenzione, alle organizzazioni di volontariato, con ciò escludendo da tale modalità di assegnazione le altre formazioni sociali non riconducibili alla stessa categoria, quali le cooperative.

Le previsioni del cd. **Codice del Terzo Settore** sono maturate a coronamento di una lunga evoluzione normativa e risultano ispirate ad un chiaro *favor* per le associazioni di volontariato, in ragione della spiccata funzione solidaristica svolta dalle stesse, che trova fondamento negli artt. 2 e 118 della Costituzione e, come si chiarirà di seguito, appaiono anche in linea col diritto comunitario.

Invero, come sancito dalla Corte costituzionale (sentenza n. 75 del 1992), il volontariato *“rappresenta l’espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell’uomo, derivante dall’originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l’individuo alla comunità degli uomini?”* e costituisce *“la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un’autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa”*.

Giova rammentare che un primo intervento del legislatore espressivo di apprezzamento per il ruolo svolto dalle associazioni di volontariato può cogliersi nella legge 23 dicembre 1978 n. 833, che ha previsto il possibile concorso delle stesse nelle finalità istituzionali del Servizio Sanitario Nazionale e, con l’art. 45, comma 7, ha attribuito significativa rilevanza allo strumento giuridico del convenzionamento, preordinato alla regolamentazione dei rapporti con le unità sanitarie locali, da attuarsi nell’ambito della programmazione regionale in materia.

Successivamente l’art. 7 della Legge Quadro sul Volontariato n. 266 del 1991 ha stabilito che tutte le amministrazioni potessero stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato che dimostrassero attitudine e capacità operativa, attraverso forme di verifica delle prestazioni e di controllo della relativa qualità, con previsione delle modalità di rimborso delle spese.

Successivamente la Legge Quadro sui Servizi Sociali n. 388 del 2000 ha predisposto un sistema integrato di erogazione dei servizi sociali incentrato sul ricorso a forme di aggiudicazione o negoziazione sempre con le associazioni di volontariato.

Sulla materia è intervenuto il **codice del terzo settore**, che ha abrogato la previgente normativa concernente le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale. Ai sensi dell’art. 56, le

convenzioni possono essere stipulate con le organizzazioni iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del terzo settore, quando siano più favorevoli rispetto al ricorso al mercato e abbiano ad oggetto lo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale e prevedano esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate. L'individuazione dei soggetti con cui stipulare la convenzione deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime.

L'art. 57 prevede poi, come si è già anticipato, la facoltà per le amministrazioni di affidare il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, in via prioritaria e tramite convenzioni per l'affidamento diretto, alle sole organizzazioni di volontariato. Per tale tipologia di convenzioni sono previsti specifici e ulteriori requisiti rispetto al già ricordato art. 56. In primo luogo, non venendo richiamato il comma 1 di tale articolo, le stesse possono essere disposte anche in assenza della valutazione preliminare di maggior favore rispetto al mercato. In secondo luogo, è necessario che l'affidamento diretto garantisca l'espletamento di un servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà. Da ultimo, si richiede l'adesione dei potenziali affidatari a una rete associativa, nonché l'accREDITAMENTO ai sensi della normativa regionale in materia.

18.2. Le cooperative sociali, pure individuate dal D. Lgs. 117/2017 quali enti del Terzo Settore, non sono assimilabili alle prime, restando pertanto escluse dall'applicabilità dell'art. 57, che si configura quale norma derogatoria e, pertanto, di stretta interpretazione.

In giurisprudenza è stata posta in evidenza la differenza sostanziale tra le organizzazioni di volontariato e le cooperative sociali, rilevandosi che le stesse si muovono su piani e in ambiti diversi atteso che solo le prime agiscono senza scopo di lucro e senza quindi un vantaggio economico neppure indiretto per gli

associati, i quali prestano il proprio apporto in modo pienamente spontaneo, gratuito e volontario.

Le seconde, invece, trovano il proprio fondamento nell'art. 45 Cost., secondo il quale *"La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità"*.

Ai sensi dell'art. 1, c. 1, L. 381/1991, *"Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini"*, tra l'altro, attraverso *"la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi"* (lettera a).

Come chiarito dalla giurisprudenza formatasi nel sistema normativo previgente al D. Lgs. 117/2017, le stesse si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune rivolta a provocare un'utilità ai soggetti operanti nel perimetro della cooperativa, tanto che gli statuti possono anche prevedere una limitata distribuzione degli utili, attribuendo così un vantaggio economico indiretto ai soci (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 10/08/2016, n. 3615; 22.11.2016 n. 4902; 26 giugno 2015, n. 3208).

Con riferimento alle cooperative sociali, l'art. 40 del **codice del terzo settore** prevede che restino disciplinate dalla L. n. 381 del 1991, aggiungendo (art. 3, comma 1) che le disposizioni dello stesso codice si applicano agli enti del terzo settore oggetto di una disciplina speciale solo in quanto compatibili e non derogate da quest'ultima.

Inoltre, le stesse rientrano nella categoria delle *"imprese sociali"*, le quali possono rimborsare il capitale e distribuire in modo limitato e parziale dividendi. In particolare, ai sensi dell'art. 3 del D. Lgs. 03/07/2017, n. 112:

"1. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 16, l'impresa sociale destina eventuali utili ed avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio."

2. *Ai fini di cui al comma 1, è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominati, a fondatori, soci o associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto. Nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile è ammesso il rimborso al socio del capitale effettivamente versato ed eventualmente rivalutato o aumentato nei limiti di cui al comma 3, lettera a) [...]*”.

2-bis. *Ai fini di cui ai commi 1 e 2, non si considera distribuzione, neanche indiretta, di utili ed avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'art. 2545-sexies del codice civile e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto, da imprese sociali costituite in forma di società cooperativa, a condizione che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica;*

3. *L'impresa sociale può destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti:*

a) *se costituita nelle forme di cui al libro V del codice civile, ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato dai soci, nei limiti delle variazioni dell'indice nazionale generale annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati, calcolate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) per il periodo corrispondente a quello dell'esercizio sociale in cui gli utili e gli avanzi di gestione sono stati prodotti, oppure alla distribuzione, anche mediante aumento gratuito del capitale sociale o l'emissione di strumenti finanziari, di dividendi ai soci, in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato[...]*”.

Per di più, l'art. 5 del D. Lgs. n. 117/2017 enfatizza, con riguardo alle “attività di interesse generale” elencate dalla stessa disposizione, la diversità delle cooperative sociali rispetto agli altri soggetti appartenenti al cd. Terzo settore, stabilendo che le suddette attività vengono esercitate in via esclusiva o principale, per il

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

18.3. La legittimità dell'esclusione è confermata, nel caso di specie, dagli statuti delle due cooperative ricorrenti, ove si conferma la possibilità di una distribuzione di dividendi, sia pure in misura non superiore ad un certo limite prefissato.

In particolare, l'art. 5 dello statuto della Italy Emergenza stabilisce quanto segue:

“A norma dell'articolo 2514 del c.c. si intendono perseguire i principi della mutualità prevalente e quindi troveranno applicazione nella cooperativa: 1. il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore

all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentati di due punti e mezzo rispetto al capitale

effettivamente versato; 2. il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci operatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi; 3. il divieto di distribuire le riserve fra i soci operatori; 4. l'obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, al fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione”.

Analogamente dispone l'art. 33 dello statuto della Società Cooperativa denominata San Paolo della Croce Società Cooperativa Sociale, secondo il quale:

“La cooperativa applicherà le disposizioni del D. Lgs. n. 112 del 3 luglio 2017, nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili (art. 1, comma 4), le norme del codice del Terzo Settore di cui all'art. 1, comma 2, lettera

b, della legge 6 giugno 2016 n. 106 e in mancanza e per gli aspetti non disciplinati le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione, in particolare, applicherà l'art. 2514 c.c. [...]” (cfr. verbale di assemblea del 20.10.2017).

18.4. La materia è stata oggetto di diverse decisioni della Corte di Giustizia.

Con una prima sentenza dell'11.12.2014 n.113 (cd. caso “*Spezzino*”), con riferimento alla normativa unionale precedente (direttiva n. 18 del 2004), la CGUE ha affermato un principio che appare valevole anche nel caso di specie ovvero che *“gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che [...] prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata”*.

In particolare, la CGUE ha sottolineato che *“uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone per stabilire il livello di tutela della sanità pubblica e organizzare il proprio sistema di sicurezza sociale, che il ricorso alle associazioni di volontariato corrisponda alla finalità sociale del servizio di trasporto sanitario d'urgenza e che sia idoneo a contribuire al controllo dei costi legati a tale servizio. Si deve nondimeno rilevare che un sistema di organizzazione del servizio di trasporto sanitario di urgenza come quello in discussione nel procedimento principale, consistente, per le amministrazioni competenti, nel ricorso in via prioritaria ad associazioni di volontariato, deve effettivamente contribuire alla finalità sociale così come al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato. A tale riguardo è necessario che, nel loro intervento in tale contesto, le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati al precedente punto della presente sentenza, che non traggano 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 membri. Peraltro, se è ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale. Quindi, l'attività delle associazioni di*

volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. Relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse”.

È quindi necessario che le associazioni di volontariato non traggano 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 membri, nemmeno indiretto.

Con la successiva sentenza del 28 gennaio 2016, C-50/14 (cd. caso “CASTA”), i principi sopra delineati in materia di servizio di trasporto sanitario emergenziale sono stati estesi al settore del trasporto sanitario globalmente considerato, venendo in considerazione i medesimi principi di solidarietà sociale e sussidiarietà. Ivi si è affermato che: *“Le autorità locali di uno Stato membro possono procedere ad attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di pubblicità, ad associazioni di volontariato, a condizione che le associazioni non abbiano fini di lucro, abbiano una finalità sociale e lo Stato persegua un obiettivo di solidarietà, come la tutela della salute della collettività e ragioni di efficienza di bilancio. Le autorità di uno Stato membro che intendano ricorrere direttamente alle associazioni di volontariato non sono tenute a effettuare una previa comparazione delle proposte delle varie associazioni. Queste ultime possono svolgere anche alcune limitate attività commerciali, ma solo a condizione che siano marginali e servano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato. [...] il ricorso a queste associazioni per l'organizzazione del servizio di trasporto sanitario può trovare motivazione nei principi di universalità e di solidarietà nonché in ragioni di efficienza economica e di adeguatezza, in quanto consente che tale servizio di interesse generale sia garantito in condizioni di equilibrio economico sul piano di bilancio, da organismi costituiti essenzialmente al fine di soddisfare interessi generali. Orbene, obiettivi di tal genere sono presi in considerazione dal diritto dell'Unione”.*

Pur rientrando entrambe le fattispecie oggetto delle due pronunce sotto l'egida della precedente direttiva 2004/18 CE, i principi ivi affermati sono stati ribaditi anche a seguito dell'entrata in vigore della direttiva 2014/24 UE (avente decorrenza dal 18 aprile 2016).

Infatti, con sentenza 21 marzo 2019, C-465/17 (Falck Rettungsdienste GmbH e a./Stadt Solingen), la Corte è nuovamente intervenuta sul tema, affermando che le norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici non si applicano ai servizi di trasporto di pazienti forniti, in caso di emergenza, da organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro. Il Giudice europeo, interpretando l'art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24, ha affermato che la "*prevenzione contro i pericoli*" riguarda sia i rischi collettivi che i rischi individuali per concludere, dunque, nel senso dell'applicabilità ai servizi sanitari di emergenza. Secondo la Corte Europea la formulazione stessa dell'art. 10 lett. h) richiama diversi codici CPV che si riferiscono a rischi che possono essere indifferentemente collettivi o individuali. Ciò vale, in particolare, per i codici CPV 75250000-3 (servizi dei vigili del fuoco e di salvataggio), 75251000-0 (servizi dei vigili del fuoco), 75251100-1 (servizi di lotta contro gli incendi), 75251110-4 (servizi di prevenzione degli incendi) e, più in particolare, dei codici 75252000-7 (servizi di soccorso/salvataggio) e 85143000-3 (servizi di ambulanza). Ciò che, dunque, secondo il Giudice Europeo, rende legittima la normativa dello Stato membro, che in regime di eccezione sottragga alle regole dell'evidenza pubblica l'affidamento del servizio di trasporto in emergenza, è l'assenza dello scopo di lucro dell'attività del soggetto affidatario, che deve operare nel rispetto dei principi di solidarietà sociale.

La sentenza "*Falck*" C-465/17 (che si riferisce ad un'organizzazione di pubblica utilità di diritto tedesco), al punto 61, riportato poi nelle conclusioni, sottolinea la centralità dell'assenza dello scopo di lucro, stabilendo che: "*L'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso, da un lato, che esso osta a che*

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

Più recentemente, la Corte di Giustizia UE, con sentenza 20 giugno 2019, C-424/18 (come rettificata con ordinanza del 18 settembre 2019), dopo aver ribadito i principi interpretativi affermati in precedenza, ha statuito in via integrativa che: *“tanto i servizi di ambulanza per i quali la normativa nazionale controversa nel procedimento principale stabilisce la necessaria presenza a bordo di un autista soccorritore e di almeno un soccorritore adeguatamente formati, quanto i servizi di trasporto previsti nei livelli essenziali di assistenza effettuati con mezzi di soccorso, non possono automaticamente rientrare nell'esclusione prevista dall'articolo 10, lettera b), della direttiva 2014/24. Infatti, la possibilità di beneficiare di tale esclusione presuppone, oltre alla presenza di personale adeguatamente addestrato alla prestazione di cure di primo soccorso, che il servizio di ambulanza venga fornito da organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro ai sensi della disposizione sopra citata e che sussista una situazione di emergenza”*.

18.5. Tanto premesso, ad avviso del Collegio, nella presente fattispecie sussiste piena coerenza tra le previsioni del bando impugnato con le suindicate statuizioni, atteso che la procedura selettiva attiene proprio all'affidamento triennale del servizio di soccorso e trasporto infermi in emergenza urgenza - servizio 118 e che le riscontrate differenze tra le associazioni di volontariato e le altre organizzazioni senza scopo di lucro giustificano il regime normativo contestato (cfr., in tal senso, T.A.R. Puglia, sez. II, 29 giugno 2020, n. 922; T.A.R. Veneto, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 1320).

Non si rinvengono pertanto i presupposti per un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE sulla questione di interpretazione della normativa in questione atteso che i precedenti richiamati sono idonei a risolvere il punto di diritto controverso.

Quindi, l'art. 57 D. Lgs. n. 117 del 2017 laddove indica, quali soggetti affidatari dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, le sole organizzazioni di volontariato, non può dirsi contrastare con la normativa comunitaria, avendo subordinato la possibilità dell'affidamento diretto in convenzione al fatto che lo stesso garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà sociale, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

18.6. Le precedenti riflessioni valgono anche a rigettare la richiesta di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale per la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 57 D. Lgs 117/2017.

Non vi è dubbio, infatti, che il legislatore abbia una potestà discrezionale di scelta in ordine alla definizione del regime giuridico di ciascun soggetto del terzo settore, da svolgersi senza oltrepassare i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, secondo il parametro dell'art. 3 della Costituzione, in relazione ai tratti peculiari, strutturali e funzionali, dei diversi tipi di enti, ed agli obiettivi di volta in volta concretamente perseguiti dalle norme.

Come si è fin qui osservato, infatti, le organizzazioni di volontariato operano per fini di solidarietà sociale senza alcuno scopo di lucro, non perseguendo, neppure in modo indiretto, un vantaggio economico per i loro associati.

Ad avviso del Collegio, il carattere solo facoltativo, nella normativa nazionale, dell'affidamento mediante convenzione e la rilevata differenza ontologica delle due tipologie di enti posti a confronto ne giustificano il diverso regime

normativo sotto il profilo in contestazione, che non può, quindi, considerarsi come discriminatorio.

La riserva dell'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario in emergenza alle sole organizzazioni di volontariato, pertanto, non può dirsi né irragionevole né lesivo della diversa posizione giuridica della cooperativa sociale e dei propri lavoratori.

Va ribadito, infatti, che le cooperative sociali sono enti che, sebbene senza scopo di lucro, si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune, rivolta a provocare un vantaggio economico a coloro che fanno parte della stessa (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 11/09/2020, n. 5313) e per loro natura perseguono una finalità imprenditoriale sia pure caratterizzata da scopo mutualistico, con ciò differenziandosi dalle organizzazioni di volontariato, il che giustifica la diversità di trattamento stabilita dall'art. 57 cit. rispetto alle associazioni di volontariato.

18.7. Non sembrano valorizzabili, a favore della tesi sostenuta dalle ricorrenti, i pronunciamenti intervenuti di recente, menzionati negli ultimi scritti difensivi.

Quanto all'ordinanza n. 6908 del 9 novembre 2020 – con cui la III Sezione del Consiglio di Stato ha rilevato la possibile incostituzionalità dell'art. 76 D. Lgs. n. 117/2017, anche sotto il profilo della disparità di trattamento – trattasi di fattispecie del tutto differente rispetto a quella che ci occupa, atteso che la norma contestata concerne l'erogazione di contributi ministeriali (di cui al precedente art. 73, comma 2, lettera c) per l'acquisto di autoambulanze, autoveicoli ed altri beni strumentali, a favore delle sole organizzazioni di volontariato senza comprendere le ONLUS e gli altri enti del Terzo settore che rivestono una diversa forma giuridica.

Non sembra introdurre rilevanti elementi esegetici in senso contrario rispetto a quanto ampiamente esposto sopra neanche la decisione della Consulta n. 255 del 26 novembre 2020, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di

legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 5, della L. R. Sardegna 16 settembre 2019, n. 16, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione e all'art. 3, primo comma, della L. Cost. 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna), per violazione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, laddove prevede che la Regione è autorizzata a finanziare annualmente l'AREUS (Azienda regionale emergenza urgenza Sardegna) per le attività rese dalle associazioni onlus e cooperative sociali convenzionate con il Servizio di emergenza-urgenza 118. Secondo la Presidenza del Consiglio dei Ministri ricorrente, la normativa regionale impugnata, facendo riferimento allo strumento della convenzione per soggetti quali le cooperative sociali e le associazioni onlus, sarebbe intervenuta su profili ascrivibili alla materia della tutela della concorrenza, con conseguente violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, ponendosi in contrasto, tra l'altro, con l'art. 57 del D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (laddove quest'ultima consentirebbe l'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, in via prioritaria, soltanto alle organizzazioni di volontariato). Nell'occasione, in linea con quanto fin qui osservato, la Consulta ha affermato, tra l'altro, che “[...] *ai sensi della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, resta in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di solidarietà, che può prevedere l'affidamento tramite modalità estranee al regime dei contratti pubblici o comunque attraverso un regime di evidenza pubblica alleggerito. Inoltre, il considerando n. 28 e l'art. 10, lettera b), della direttiva escludono dal campo di applicazione della stessa taluni specifici servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli, forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, tra cui è individuato proprio il trasporto sanitario di emergenza e urgenza. La normativa europea è stata recepita dal D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), che lascia*

impregiudicata la facoltà di affidare i medesimi servizi sociali individuati dalla direttiva 2014/24/UE attraverso modalità diverse dall'appalto di servizi, escludendoli dal campo di applicazione del medesimo codice (art. 17), e prevede per altri servizi sociali specifiche discipline; in relazione a queste, sono oggi espressamente fatte salve le diverse modalità previste dal codice del terzo settore (artt. 30, comma 8, 59, comma 1, e 140, comma 1, come modificati, rispettivamente, dall'art. 8, comma 5, lettere 0a, a-quater, e c-bis, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito, con modificazioni, nella L. 11 settembre 2020, n. 120). Tra gli strumenti alternativi per l'affidamento dei servizi sociali rientra senz'altro la convenzione".

18.8. Nel ribadire le considerazioni fin qui svolte, il Collegio condivide e richiama in chiusura le conclusioni cui è pervenuto il T.A.R. Veneto su fattispecie analoga in una recente sentenza (Sez. III, 28 dicembre 2020, n. 1320) con la quale ha reputato la legittimità dell'azione amministrativa relativa all'affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in convenzione diretta alle organizzazioni di volontariato, affermando che lo stesso ha autonomi presupposti, tra i quali non rientra la maggiore convenienza di tale affidamento rispetto al ricorso al mercato concorrenziale, prevista dal primo comma dell'art. 56, non richiamato dal successivo art. 57 (così, recentemente, anche T.A.R. Calabria, sez. II, 17 giugno 2020, n. 1068; Consiglio di Stato, Sez. III, ord., 11 settembre 2020, n. 5313). Dal punto di vista eurounitario la pronuncia è infatti chiara nell'affermare che *“il considerando 28 e l'art. 10, lett. b) della direttiva n. 2014/24/UE, e, conseguentemente, l'art. 17, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, pongono effettivamente sullo stesso piano le organizzazioni e le associazioni senza scopo di lucro, ma al solo fine della determinazione dell'ambito applicativo della disciplina sugli appalti pubblici, senza tuttavia sancire [...] un principio di piena equiparazione (ai fini dell'affidamento diretto de quo) tra le associazioni di volontariato e altre organizzazioni senza scopo di lucro, con la conseguenza che non è censurabile la scelta del legislatore (i.e. art. 57 del decreto legislativo n. 117/2017) di riservare la partecipazione al convenzionamento per*

l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza alle sole organizzazioni di volontariato (in tal senso, TAR Puglia, sez. II, 29 giugno 2020, n. 922). In tal senso, l'esclusione del servizio in oggetto dalla disciplina dettata dalla direttiva 2014/24/UE impedisce il delinearsi di profili di contrasto della legislazione nazionale con quella europea”.

Dal punto di vista costituzionale, egualmente, nel confermare quanto sopra esposto circa la portata della sentenza 255/2020 della Corte costituzionale, nella sentenza si afferma che *“le organizzazioni di volontariato hanno come scopo la promozione umana e l'integrazione sociale dei cittadini, senza scopo di lucro, mentre le cooperative sociali si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune rivolta a provocare un vantaggio economico a coloro che fanno parte della cooperativa stessa, sicché solo l'organizzazione di volontariato non persegue, neppure in modo indiretto, un vantaggio economico per i suoi associati (C. Stato, sez. III, 22.11.2016, n. 4902; C. Stato, sez. III, 10.8.2016, n. 3615; T.A.R. Ancona, sez. I, 15.4.2016, n. 244). La riserva dell'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario in emergenza alle sole organizzazioni di volontariato, pertanto, non può dirsi né irragionevole, né lesivo della posizione giuridica della cooperativa sociale e dei propri lavoratori. Le cooperative sociali, infatti, sono enti che, sebbene senza scopi di lucro, si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune, rivolta a provocare un vantaggio economico a coloro che fanno parte della cooperativa (C. Stato, sez. III, ord., 11/09/2020, n. 5313), e per loro natura perseguono una finalità imprenditoriale sia pure caratterizzata da scopo mutualistico, con ciò differenziandosi dalle organizzazioni di volontariato”.*

Va pertanto ribadito che il considerando 28 e l'art. 10, lett. h, della direttiva 24/2014/UE si limitano ad escludere dall'ambito di applicazione del diritto comunitario in materia di appalti gli affidamenti relativi allo specifico settore in esame effettuati in favore delle *“organizzazioni senza scopo di lucro”*.

Tuttavia, anche qualora si ritenesse di poter ricomprendere, in tale ultima nozione, le cooperative sociali, la direttiva comunitaria, proprio perché esclude la

fattispecie dal suo campo di applicazione, comunque non è in grado di incidere sul potere discrezionale in capo al legislatore nazionale di disciplinare autonomamente la fattispecie medesima, eventualmente limitando, come nel caso di specie, i destinatari dell'affidamento alle sole organizzazioni di volontariato con esclusione delle cooperative sociali.

19. Le considerazioni fin qui svolte consentono di rigettare anche la domanda sub C), diretta ad ottenere la declaratoria di inefficacia della convenzione nelle more eventualmente stipulata.

20. Può passarsi, da ultimo, alla terza serie di motivi aggiunti, presentati il 9 novembre 2020 avverso la deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Benevento n. 262 del 7 ottobre 2020, recante il provvedimento finale di affidamento del servizio all'odierna ATS controinteressata.

20.1. Considerato che, alla luce di quanto fin qui osservato, le ricorrenti non hanno titolo a partecipare alla procedura selettiva, l'impugnazione va dichiarata inammissibile per carenza d'interesse.

20.2. Essendo state respinte le domande già scrutinate, la prima censura di invalidità derivata è comunque anch'essa infondata.

20.3. La delibera dell'ASL di Benevento n. 262/2020 è altresì esente dai presunti vizi di difetto di motivazione in quanto non è ravvisabile alcun dovere in capo all'ASL, che si è difesa nell'odierna sede processuale, di controdedurre anche in sede amministrativa alle doglianze delle instanti.

20.4. Infine, va dichiarata l'inammissibilità della richiesta declaratoria di nullità per violazione dell'art. 2 della L. 287/1990 e/o dall'art. 101 del TFUE, ove si lamenta la sussistenza di un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza mercé la costituzione di un cartello monopolistico facente capo all'ATS aggiudicataria, formata dall'aggregazione delle tre principali OdV del settore.

Invero, fermo restando che la cognizione sulle domande di accertamento della nullità delle intese restrittive della libera concorrenza appartiene, ai sensi dell'art.

33, comma 2, L. 287/1990, al Tribunale Ordinario - Sezione Specializzata Imprese, pur volendo reputare sussistente, in via residuale, la giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2299) in ordine al potere autoritativo esercitato con l'aggiudicazione della procedura *de qua*, reputa il Collegio che il motivo non può trovare ingresso in giudizio in quanto prospettato in via generica ed ipotetica, senza alcun supporto probatorio.

21. In definitiva, ribadite le considerazioni fin qui esposte, il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, deve essere respinto.

22. In considerazione della novità, peculiarità e complessità della controversia sussistono giusti motivi per compensare equamente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, lo respinge.

Spese compensate.

Il contributo unificato resta definitivamente a carico della parte soccombente.

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

Così deciso in Napoli, con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams, ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n. 18/2020 e dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020, nella camera di consiglio dell'11 gennaio 2021, con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Fabio Maffei, Referendario

L'ESTENSORE
Pierluigi Russo

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO