

Pubblicato il 13/06/2023

N. 05784/2023REG.PROV.COLL.
N. 00901/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 901 del 2023, proposto dalla First Aid One Italia Cooperativa Sociale, con sede legale in Bollate (MI) Via Stelvio 38B, in persona dell'amministratore giudiziario, dott. Stefano Gorgoni, nominato con decreto di sequestro preventivo del 7 ottobre 2021 del giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Pavia ed in forza di autorizzazione a stare in giudizio del medesimo giudice del 5 marzo 2022, nonché, anche disgiuntamente, in persona del Presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante, dott. Pietro Griffini, con domicilio in Varzi (PV), località Crocetta 5, cap 27057, rappresentata e difesa dall'Avv. Stefano Betti del Foro di Genova, con studio in Genova piazza del Portello 1/2 Sc. B, giusta procura in calce al ricorso principale di primo grado del 14 marzo 2022, con domicilio fisico eletto presso l'Avv. Paolo Panariti del Foro di Roma, con studio in Via Celimontana 38, 00184 Roma, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Via Guerra 21 – Perugia, cap 06127, rappresentata e difesa dall'Avv. Lorenzo Anelli e dall'Avv. Luca Benci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

- della Regione Umbria, in persona del Presidente della Giunta Regionale, legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;
- dell'A.N.P.A.S. - Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Via Pio Fedi 46/48, 50142, Firenze, rappresentata e difesa dall'Avv. Valerio Migliorini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- dell'A.N.P.A.S. – Comitato Regionale Umbria OdV, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Via Campo Senago 2, 06034, Foligno (PG), rappresentata e difesa dall'Avv. Valerio Migliorini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- dell'Associazione della Croce Rossa Italiana – Organizzazione di Volontariato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Via Bernardino Ramazzini 31 Roma, 00151, non costituita;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria di Perugia, Sezione Prima, n. 775/2022, RG n. 130/2022, pubblicata in data 27 ottobre 2022, non notificata,

e per l'annullamento, previa sospensione,

degli atti impugnati in primo grado, con la declaratoria di inefficacia delle convenzioni nelle more stipulate.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1, e dell'A.N.P.A.S. - Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze;

Vista l'ordinanza n. 786 del 24 febbraio 2023 con la quale la Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensione cautelare dell'efficacia della sentenza appellata;

Vista l'ulteriore istanza cautelare formulata dall'appellante in prossimità dell'udienza di discussione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2023, il Cons. Paolo Carpentieri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in appello in esame, notificato il 26 gennaio 2023, la cooperativa sociale First Aid One Italia, che espleta servizi di trasporto in ambulanza ed è l'attuale affidataria dei servizi per cui è causa, ha chiesto la riforma della sentenza n. 775/2022 del 27 ottobre 2022 con la quale il Tar dell'Umbria, sez. I, ha respinto il ricorso proposto avverso la delibera n. 1451 del 21 dicembre 2021 e il conseguente avviso esplorativo del 27 dicembre 2021, con i quali l'AUSL Umbria 1 ha avviato una procedura per l'affidamento in convenzione diretta dei servizi di trasporto sanitario in emergenza/urgenza, riservata, *ex artt.* 57 d.lgs. n. 117 del 2017 e 104, comma 5, della legge regionale dell'Umbria n. 11 del 2015, alle organizzazioni/associazioni di volontariato (OdV/AdV).

2. La cooperativa ricorrente ha lamentato l'esclusione e/o mancata equiparazione delle cooperative sociali alle organizzazioni o associazioni di volontariato (OdV/AdV). Questo l'oggetto del contendere secondo il "Riassunto preliminare" anteposto alla formulazione dei motivi di appello nelle pagg. 9 ss. dell'atto introduttivo: «1. Con ricorso al TAR Umbria, First Aid, cooperativa sociale che espleta servizi di trasporto in ambulanza, ha chiesto l'annullamento della delibera DG 1451/21 e dell'avviso esplorativo, laddove l'USL Umbria 1 ha avviato una procedura per l'affidamento in convenzione diretta dei servizi di trasporto sanitario in

emergenza urgenza in ambulanza, riservata, ex artt. 57 D.Lgs. 117/17 e 104, c. 5, L.R. Umbria 11/15, alle associazioni di volontariato (OdV/AdV). 2. Nel ricorso: In primis si eccepiva, anche a fini della ricevibilità, che la delibera n. 1451/21 e l'avviso esplorativo sono stati pubblicati solo nella sezione "Albo Pretorio" e "Bandi di gara per servizi" della USL, ma non anche sub "Amministrazione trasparente", violandosi gli artt. 56, c 3 bis Dlgs 117/17, 9 Dlgs 33/13 e 29 DLgs 50/16, impedendo alla ricorrente di averne tempestiva conoscenza. Quindi si eccepiva l'illegittimità della procedura per illegittimità derivata dall'illegittimità dell'art. 57 DLgs 117/17 e dell'art. 104, c 5, L.R. Umbria 11/15, che riservano in via prioritaria l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario in emergenza alle OdV/AdV, e non anche alle cooperative sociali, sostenendo: - la prevalenza sulle dette norme interne della normativa unionale (ex cons. 28 e art. 10, lett. h dir 2014/24 UE), che prevede l'equiparazione tra organizzazioni ed associazioni senza scopo di lucro per il convenzionamento diretto per i trasporti sanitari di emergenza, ritenendosi le cooperative sociali organizzazioni senza scopo di lucro; - l'incostituzionalità delle medesime norme per la discriminazione tra cooperative sociali e AdV sull'affidamento dei detti servizi riservati ex lege solo alle AdV. 3. A seguito dell'ostensione della delib. 1451/22, con motivi aggiunti si eccepiva la violazione della lex specialis della procedura per cui la stessa delibera avrebbe dovuto essere pubblicata sub "Amministrazione trasparente". 4. Il TAR PG con sent 775/22 rigettava il ricorso e motivi aggiunti richiamando la sentenza 7.7.22 della CGUE per cui: "l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività"».

3. Il Tar dell'Umbria, con la sentenza qui appellata, ha dunque respinto il ricorso giudicando infondato "alla luce della recente pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 7 luglio 2022 in C-213/21 e C-214/21" il primo gruppo di censure (illegittimità derivata dalla denunciata illegittimità delle citate disposizioni statali e regionali - art. 57 del d.lgs. n. 117 del 2017 e art. 104,

comma 5, della legge regionale dell'Umbria n. 11 del 2015 - in quanto contrastanti con la normativa unionale, e in particolare con la direttiva UE 2014/24, considerando 28 e art. 10, lett. b), nella parte in cui non contemplano le cooperative sociali alle OdV/AdV); ha conseguentemente giudicato manifestamente infondato il dubbio di illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto di censura per contrasto con gli art. 10 e 117, primo comma, Cost., non sussistendo contrasto con le disposizioni di principio previste dalla disciplina eurounitaria, ed ha giudicato parimenti infondato il dubbio di costituzionalità della medesima normativa rispetto al parametro costituito dall'art. 3 Cost., non ravvisando *“nella scelta del legislatore di riservare la selezione di cui all'art. 57 d.lgs. n. 117 del 2017 alle sole organizzazioni di volontariato, le lamentate violazioni del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in quanto il differente trattamento delle cooperative sociali rispetto alle organizzazioni di volontariato risulta ragionevolmente fondato sulla scorta della diversità funzionale e organizzativa tra le due tipologie di enti”*, atteso 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.d.S., sez. III, 22 novembre 2016, n. 4902; C.d.S., sez. III, 10 agosto 2016, n. 3615; C.d.S., sez. III, ord., 11 settembre 2020, n. 5313; T.A.R. Ancona, sez. I, 15 aprile 2016, n. 244)”*, come emergerebbe anche dalla sentenza della Corte costituzionale nella recente pronuncia n. 72 del 15 marzo 2022.

3.1. Il Tar ha infine ritenuto inammissibile per carenza d'interesse l'eccezione proposta in sede di motivi aggiunti (in relazione alla omessa pubblicazione della delibera n. 1451 del 2021 dell'USL Umbria 1 nella sezione *“Amministrazione trasparente”* del profilo della medesima azienda sanitaria, violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* della procedura), non

avendo First Aid né partecipato alla procedura né comunque potuto parteciparvi.

4. Avverso la sentenza appellata la cooperativa ricorrente ha riproposto, per la tempestività del ricorso principale, l'eccezione sulla violazione delle norme in materia di pubblicità in Amministrazione trasparente ed ha altresì insistito sull'ammissibilità del motivo aggiunto 0 bis) *“poiché First Aid ha comunque impugnato una clausola escludente ed avrebbe partecipato alla procedura in quanto ente senza scopo di lucro, se fosse avvenuta la sua pubblicazione in Amministrazione trasparente”*; ha dunque criticato la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea 7 luglio 2022 in C-213/21 e C-214/21, *“nella parte in cui ha ritenuto la sussistenza dello scopo di lucro delle cooperative, potendo effettuare ristorni, equiparandoli erroneamente alla distribuzione di utili e non considerando che i ristorni attuano lo scopo mutualistico che non si configura come scopo di lucro”*, non considerando il regolamento 1435/03/CE del Consiglio relativo allo statuto della società cooperativa europea, dove l'istituto dei ristorni *ex art. 66* sarebbe previsto in modo analogo al medesimo istituto giuridico italiano; inoltre, la pregressa giurisprudenza unionale e nazionale richiamata dal Tar sarebbe inconferente al caso di specie e il Tar non avrebbe motivato sulle predette eccezioni già sollevate nelle memorie di merito del 2 e dell'8 settembre 2022.

4.1. La cooperativa appellante ha dunque chiesto *“un nuovo rinvio pregiudiziale alla CGUE per fornire chiarimenti sulla sentenza del 7.7.22, come da quesito riformulato ex art. 66 Reg. 1435/03/CE sub X) dell'epigrafe”*, nonché, stante il principio dei controlimiti e stante la doppia pregiudiziale tra diritto interno ed unionale, la proposizione della già dedotta questione di costituzionalità dell'art. 57 del d.lgs. n. 117 del 2017 e dell'art. 104 della legge regionale umbra n. 11 del 2015.

4.2. Nel riproporre, in particolare, il motivo di impugnazione *sub. par. A* del ricorso in primo grado, ribadito *sub. par. A* dei motivi aggiunti, concernente l'asserita illegittimità degli atti e provvedimenti impugnati in quanto riservano la partecipazione alla procedura di convenzionamento del trasporto urgente

in ambulanza alle organizzazioni/associazioni di volontariato (OdV/AdV) e non anche alle cooperative sociali, la cooperativa appellante ha insistito, pur all'esito della sentenza CGUE del 7 luglio 2022, *“il cui giudizio a quo era analogo al presente”*, nell'istanza di rinvio pregiudiziale a motivo della ritenuta *“incoerenza della sentenza stessa con il Reg. n. 1435/2003/CE ex art. 66 sui ristorni, non esaminato dalla sentenza CGUE”*, lamentando l'omessa pronuncia del Tar su tale profilo, pure ivi dedotto con memoria del 2 e dell'8 settembre 2022, essendosi il primo Giudice limitato *“ad una mera e laconica condivisione delle motivazioni della sentenza della CGUE del 07.07.2022”*.

4.3. A giudizio della cooperativa ricorrente la pronuncia della Corte europea (secondo la quale le società cooperative avrebbero scopo di lucro potendo effettuare ristorni, essendo tali ristorni *“uno strumento per attribuire un vantaggio ai soci di una cooperativa”* e dunque una *“possibilità di distribuzione di «utili»*) non sarebbe convincente e dovrebbe *“essere chiarita”* siccome sorretta da *“una sorta di motivazione de relato (punto 39 sentenza 07.07.22) o comunque apparente, in quanto la Corte si limita a sostenere tale assunto poiché così risulterebbe dalle osservazioni rese dalle controparti”*. Inoltre la Corte dell'Unione avrebbe deciso la questione *“senza ritenere di fissare l'udienza di discussione in cui poter confutare le osservazioni depositate dalle controparti sull'errato concetto dei ristorni, in merito alla distinzione tra questi e la distribuzione di dividendi e che il vantaggio per i soci delle cooperative non corrisponde al concetto di scopo di lucro, ma anzi realizza lo scopo mutualistico delle cooperative stesse; concetto ben diverso dallo scopo di lucro”*.

4.4. Più nel dettaglio, la Corte europea non avrebbe compreso che i ristorni e la distribuzione di dividendi sarebbero due concetti ben distinti, essendo i primi disciplinati dall'art. 2545-*sexies* del codice civile italiano (*“L'atto costitutivo determina i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici”*), poiché si conseguono in base alla quantità del lavoro prestato per realizzare lo scopo mutualistico della cooperativa, che non è lo scopo di lucro, mentre i secondi remunerano il capitale in relazione al possesso dell'azionariato dei soci. I ristorni costituirebbero un rimborso ai

soci di parte del prezzo pagato per i beni o servizi acquistati dalla cooperativa (cooperative di consumo), ovvero un'integrazione della retribuzione corrisposta dalla cooperativa per le prestazioni del socio (cooperative di produzione e di lavoro), avendo, quale unica caratteristica in comune con gli utili, l'aleatorietà, in quanto la società potrà distribuire ristorni soltanto se la gestione mutualistica dell'impresa si è chiusa con un'eccedenza dei ricavi rispetto ai costi. I ristorni pertanto non sono dividendi.

4.5. Tale distinzione sarebbe inoltre esplicitata nell'art. 3 (*Assenza di scopo di lucro*), comma 2-bis, del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 (recante *Revisione della disciplina in materia di impresa sociale*), in base al quale “*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*”, e lo statuto dell'appellante sarebbe coerente (all. 5, art. 34 ed ora all. V, art. 24) con la riferita previsione normativa. Inoltre, gli artt. 3 e 4 del codice del Terzo settore, di cui al d.lgs. n. 117 del 2017, contemplano espressamente le cooperative sociali, tra gli enti del terzo settore e tra i soggetti senza scopo di lucro, al pari delle associazioni di volontariato.

4.6. La pronuncia della Corte di giustizia del 7 luglio 2022, inoltre, non avrebbe considerato il regolamento n. 1435/2003/CE del Consiglio del 22 luglio 2003 relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE) che riprende, nell'art. 66, analogamente al diritto italiano, il concetto di “ristorno” così disponendo: “*Lo statuto può prevedere il versamento di un ristorno a favore dei soci proporzionale alle operazioni da questi compiute con la SCE o al lavoro da questi ad essa prestato*”. Anche il citato regolamento europea non confonderebbe il concetto di vantaggio e\o bisogno meritevole di tutela giuridica dello scopo

mutualistico con lo scopo di lucro. Inoltre l'art. 45 della Costituzione tutela costituzionalmente i ristorni, quali attuazione dello scopo mutualistico, che non costituisce scopo di lucro. Parte ricorrente ha infine sottolineato l'importanza della Raccomandazione ILO n. 193, in quanto fonte di diritto complementare del diritto dell'UE e pertanto principio fondamentale per il diritto italiano.

4.7. La parte appellante ha dunque riproposto la questione di legittimità costituzionale delle norme nazionali e regionali sopra richiamate, per violazione degli articoli 1, 3, 4, 10, 35, 45, 97, 117 e 118 della Costituzione, censurando la sentenza appellata per *“Erroneità e difetto di motivazione . . . laddove ha respinto il seguente motivo del ricorso principale ribadito nei motivi aggiunti: “y) eccezione di incostituzionalità”*: secondo la teoria dei controlimiti (caso Taricco, sentenza della CGUE C-105/14, C-42/17 e Corte cost. ordinanza n. 24 del 2017), *“qualora non si ritenga di rinviare ulteriormente alla CGUE la questione, si ritiene che il Giudice nazionale non debba abdicare ai principi garantiti dalla Costituzione, nel caso per le cooperative l'art. 45”* (*“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”*). Se per la CGUE il diritto unionale non sarebbe ostativo ad una norma interna che, non equiparando le cooperative sociali alle associazioni di volontariato (AdV o OdV), riserva alle seconde l'affidamento tramite convenzionamento dei trasporti di emergenza urgenza in ambulanza, ciò non toglie che tale discriminazione non sia incostituzionale all'interno del nostro ordinamento giuridico. Deporrebbe nel senso della chiesta equiparazione anche il regime fiscale (i ristorni per le cooperative di consumo sono somme ammesse in deduzione dal reddito *ex art. 12 del d.P.R. n. 601 del 1973*; per i soci delle cooperative di lavoro costituiscono componenti integrativi della retribuzione *ex art. 3, comma 2, della legge n. 142 del 2001*, come chiarito nella circolare dell'Agenzia delle entrate n. 35/E del 9 aprile 2008).

5. Si sono costituite in giudizio per resistere al proposto appello l'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1 e l'A.N.P.A.S. - Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze.
6. Con l'ordinanza n. 786 del 24 febbraio 2023 la Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensione cautelare dell'efficacia della sentenza appellata sul rilievo dell'insussistenza del presupposto danno grave e irreparabile poiché l'appellante, attuale gestore del servizio del trasporto sanitario emergenza-urgenza per l'area nord dell'Azienda U.S.L. Umbria 1, era stato destinatario di una proroga fino al 30 giugno 2023.
7. Le parti hanno depositato memorie e documenti.
8. La parte appellante, nella memoria per l'udienza di merito, ha chiesto nuovamente la sospensione della sentenza appellata "*qualora il giudizio in sede di merito sarà sospeso, per rinvio alla CGUE o alla Corte Costituzionale*".
9. Alla pubblica udienza del 25 maggio 2023 la causa è stata discussa e assegnata in decisione.

DIRITTO

1. L'appello non è fondato e non può pertanto ricevere accoglimento.
2. Deve preliminarmente respingersi in rito l'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado, non esaminata dal Tar e ritualmente riproposta dall'Amministrazione *ex* articolo 101, comma 2, c.p.a. Ritiene il Collegio che la mancata, integrale osservanza delle pubblicazioni prescritte dall'articolo 56, comma 3-*bis*, del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (a cagione della mancata pubblicazione nella sezione "*Amministrazione trasparente*" del sito istituzionale dell'ente), impedisce l'operare della presunzione legale di conoscenza e fa "riespandere" la regola generale per cui incombe a chi eccepisce la tardività dell'impugnazione l'onere di provare che il ricorrente avesse piena conoscenza degli atti impugnati in data anteriore al sessantesimo giorno antecedente la notifica del ricorso. Onere probatorio che non risulta esser stato nella fattispecie soddisfatto, non potendo a tal fine essere sufficiente la mera notazione "congetturale" della A.U.S.L., incentrata unicamente sul rilievo che

la ricorrente avrebbe avuto “*l'onere*” di andare a verificare anche le altre sezioni del sito informatico dell'ente.

3. Seguendo l'ordine dei motivi d'appello, occorre quindi esaminare i motivi aggiunti di primo grado, che il Tar ha dichiarato inammissibili per carenza di interesse, non avendo la società ricorrente partecipato alla procedura selettiva per cui è causa. Sul punto, è fondato il motivo articolato avverso la predetta statuizione in rito, essendo effettivamente la vicenda processuale in esame assimilabile a quella delle clausole “escludenti” (con conseguente legittimazione all'impugnazione anche da parte di chi non abbia partecipato alla procedura), atteso che appare illogico pretendere che l'odierna appellante dovesse presentare una domanda di partecipazione alla procedura pur non rientrando tra i soggetti ammessi a parteciparvi, e ciò in virtù di previsioni di legge prima ancora che del bando impugnato.

3.1. Sono però infondate nel merito le censure articolate con i predetti motivi aggiunti, non essendo predicabile una totale illegittimità della procedura *de qua* per non esserne stato pubblicato l'atto di indizione nella sezione “*Amministrazione trasparente*” del sito dell'ente, atteso che tale omissione rileva esclusivamente ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, ma non inficia la legittimità dell'atto; né può rilevare la circostanza, su cui insiste l'appellante, che tale pubblicazione fosse disposta nell'ambito della stessa delibera indittiva, in quanto tale previsione non può qualificarsi alla stregua di un “autovincolo” la cui violazione determinerebbe l'illegittimità dell'atto, trattandosi di disposizione meramente riproduttiva di un obbligo direttamente discendente da una previsione di legge.

4. Nel merito, come anticipato, l'appello è infondato, risultando inammissibili le questioni pregiudiziali sollevate, poiché con esse, per un verso, si domanda in definitiva una sorta di “riesame” al giudice dell'Unione (su una sentenza di quel giudice che risulta chiara, anche se, dal punto di vista della parte appellante, non condivisibile nel merito), mentre per l'altro verso (dal lato delle dedotte questioni di legittimità costituzionale) si propone una

ricostruzione eccessivamente ampliativa dell'ambito di operatività della teoria dei così detti "controlimiti" e si prospettano questioni che il Collegio giudica, al pari del primo giudice, manifestamente infondate.

5. Sotto il primo profilo, il Collegio osserva che le prospettazioni di parte appellante riguardo alla sentenza della Corte europea del 7 luglio 2022 in C-213/21 e C-214/21 si sostanziano in realtà in una contestazione nel merito delle conclusioni e statuizioni ivi contenute. Nel caso in esame la posizione della Corte è chiara e inequivoca e la cooperativa appellante la critica sul piano formale (per carenza motivazionale, poiché la Corte si sarebbe limitata a sostenere l'assunto come risulterebbe dalle osservazioni rese dalle controparti), sul piano procedurale (poiché la Corte dell'Unione avrebbe deciso la questione "*senza ritenere di fissare l'udienza di discussione in cui poter confutare le osservazioni depositate dalle controparti sull'errato concetto dei ristorni?*") e sul piano sostanziale (la Corte avrebbe errato non considerando il regolamento n. 1435/2003/CE del Consiglio del 22 luglio 2003 e confondendo ristorni e dividendi). Ma si tratta, appunto, di non condivisione nel merito, non di rilevata incompletezza o scarsa chiarezza della sentenza. Da questo punto di vista la richiesta di nuovo rinvio al giudice europeo si appalesa inammissibile.

6. In particolare, deve respingersi il secondo motivo di appello, con il quale l'appellante critica direttamente la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 7 luglio 2022, in C-213/21 e C-214/21, sostenendo che la Corte non avrebbe ben compreso i termini della questione che le era stata sottoposta (e perciò sollecitando un nuovo rinvio pregiudiziale in ordine alla compatibilità eurounitaria dell'articolo 57 del d.lgs. n. 117 del 2017 e dell'articolo 104, comma 5, della legge regionale umbra 9 aprile 2015, n. 11).

6.1. Al riguardo ritiene il Collegio che sussistano tutte le condizioni perché questo giudice, ancorché di ultima istanza, possa ritenersi esonerato dal rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE, secondo i criteri all'uopo definiti di recente dalla Corte (proprio su rinvio del Consiglio di Stato italiano) con la sentenza della Grande sezione del 6 ottobre 2021, in C-561/19, laddove, oltre

alla nota giurisprudenza sull'*acte clair* e sull'esistenza di una già consolidata interpretazione della Corte delle norme di riferimento, tale da non lasciar residuare margini di dubbio o incertezza, si è affermato – per quanto più rileva in questa sede – che *“l'autorità dell'interpretazione data dalla Corte in forza dell'articolo 267 TFUE può far cadere la causa dell'obbligo previsto dall'articolo 267, terzo comma, TFUE, e renderlo senza contenuto, segnatamente, qualora la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale o, a maggior ragione, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, o qualora una giurisprudenza consolidata della Corte risolva il punto di diritto di cui trattasi, quale che sia la natura dei procedimenti che hanno dato luogo a tale giurisprudenza, anche in mancanza di una stretta identità delle questioni controverse (v., in tal senso, sentenze del 27 marzo 1963, D.C. e a., da 28/62 a 30/62, EU:C:1963:6, pag. 73; del 6 ottobre 1982, C. e a., 283/81, EU:C:1982:335, punti 13 e 14; del 4 novembre 1997, P.C.D., C-337/95, EU:C:1997:517, punto 29, e del 2 aprile 2009, P.I.S., C-260/07, EU:C:2009:215, punto 36)”*.

6.2. Nel caso di specie, come condivisibilmente rilevato da ESTAR, l'appellante richiede di sollevare non già una nuova questione pregiudiziale, ma esattamente la stessa già decisa con la sentenza 7 luglio 2022, in C-213/21 e C-214/21. Le dedotte contestazioni sull'insufficienza motivazionale e sulla mancata fissazione dell'udienza di discussione in cui poter confutare le osservazioni depositate dalle controparti sull'errato concetto dei ristorni costituiscono, infatti, *errores in iudicando* e *in procedendo* suscettibili di deduzione in appello, ma non possono giustificare un nuovo rinvio pregiudiziale. Parimenti il richiamo del regolamento 1435/2003/CE – che peraltro nulla aggiunge di nuovo e di sostanziale rispetto ai noti riferimenti normativi di diritto nazionale sulla nozione di “ristorni” - non configura un nuovo parametro di valutazione della compatibilità del diritto interno, ma unicamente un argomento in diritto che dovrebbe servire a dimostrare la “erroneità” delle conclusioni raggiunte dalla Corte.

7. Naturalmente non può essere escluso – e la stessa Corte, nella sentenza della Grande sezione del 6 ottobre 2021, in C-561/19, dianzi richiamata, lo ha ricordato richiamando pertinente giurisprudenza – che una stessa questione possa essere nuovamente sottoposta alla Corte, qualora vi siano dubbi sull'interpretazione di quanto affermato nelle precedenti sentenze: tuttavia, a giudizio del Collegio, nella specie può ben affermarsi che non vi sia più alcun dubbio sulla questione di compatibilità eurounitaria *de qua*.

8. La posizione assunta dal giudice dell'Unione sulla questione se l'articolo 10, lettera *b*), della direttiva 2014/24 osti a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti, mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto ad organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristori correlati alle loro attività, risulta chiara e inequivoca, in particolare, per le seguenti ragioni.

8.1. La Corte muove dal rilievo che la direttiva non definisce la nozione di organizzazioni o di associazioni «*senza scopo di lucro*» e della conseguente necessità di fornire un'interpretazione autonoma e uniforme di tale nozione; a tal fine rileva che «*la nozione di organizzazioni o di associazioni «senza scopo di lucro» è definita in opposizione ad un raggruppamento a scopo di lucro che è costituito al fine di realizzare un profitto*» e che tale nozione «*sembra sufficientemente ampia da ricomprendere organizzazioni basate sull'azionariato dei lavoratori o sulla loro partecipazione attiva al governo societario, quali le cooperative sociali, purché esse non perseguano scopi di lucro*» (§ 29-31).

8.2. Tuttavia, con specifico riferimento al *considerando* 28 della direttiva 2014/24/UE, la Corte prende atto della necessità di adottare, ai fini dell'applicazione dell'articolo 10, lettera *b*), una lettura restrittiva della nozione *de qua* (§ 32: «*tale eccezione non deve essere estesa oltre lo stretto necessario*»), restringendola alle sole «*associazioni che presentano un carattere particolare, vale a dire a quelle che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri*» (§ 33).

8.3. La Corte ha quindi richiamato (§ 34) la propria precedente giurisprudenza (sentenza del 21 marzo 2019, Falck Rettungsdienste e Falck, C-465/17, EU:C:2019:234, punto 59) che ha dichiarato che rientrano nella nozione di organizzazioni o di associazioni «*senza scopo di lucro*» ai sensi dell'articolo 10, lettera *h*), della direttiva 2014/24, le organizzazioni o le associazioni che hanno la peculiarità di reinvestire “*eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo della stessa organizzazione o associazione*”. La Corte, infatti, (§ 35), ha evidenziato che “*esigendo che gli eventuali utili siano reinvestiti al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione o dell'associazione interessata, la Corte, da un lato, ha considerato che tali utili dovevano essere destinati alla realizzazione delle funzioni sociali perseguite da tale organizzazione o da tale associazione e, dall'altro, ha chiaramente escluso che detti utili potessero essere distribuiti agli azionisti o ai membri di detta organizzazione o di detta associazione. Ne consegue che le organizzazioni o le associazioni che hanno la possibilità di distribuire utili ai loro membri non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24*”.

8.4. Tale conclusione viene successivamente confermata attraverso il confronto tra la nozione restrittiva di cui al citato articolo 10, lettera *h*), e quella delle “*organizzazioni*” cui possono essere affidati i servizi di cui al successivo articolo 77, che è invece la nozione più ampia di cui al precedente paragrafo 29 (§ 35-37).

8.5. In definitiva, i ristorni distribuiti ai membri delle cooperative sociali sono chiaramente considerati dalla Corte assimilabili alla nozione onnicomprensiva di “*utili*” che vale a escludere tali soggetti dalla nozione ristretta di cui all'articolo 10, lettera *h*), ancorché ricadenti nella nozione più ampia sopra indicata di “*organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro*” (insomma, si tratta di cerchi concentrici di dimensioni diverse).

8.6. Concludendo sul punto, risulta chiaro, ad avviso del Collegio, che la Corte di giustizia dell'Unione ha ritenuto – con una tesi che può non essere condivisa nel merito, ma che non abbisogna di ulteriori chiarimenti - che i ristorni, in quanto remunerazione aggiuntiva per i soci della cooperativa legata

all'utile di gestione, possano, ai soli effetti della concorrenza nel settore specifico delle procedure selettive *de quibus*, assumere e svolgere un ruolo equiparabile agli utili degli enti lucrativi, ciò che (non illogicamente) giustifica la loro esclusione dagli affidamenti diretti di servizi di emergenza “*se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro*”, riservati dalla normativa nazionale contestata alle organizzazioni/associazioni di volontariato.

9. Il richiamo alla nozione di “ristorno” di cui all'articolo 66 del regolamento 1435/2003/CE è, come già sopra anticipato, per un verso inconferente, in quanto detto regolamento è applicabile unicamente alle società cooperative europee (SCE), ossia a quelle costituite fra persone fisiche residenti in almeno due Stati membri dell'Unione europea (articolo 2), ciò che non risulta essere nel caso dell'odierna appellante, e per altro verso non risolutivo, in quanto la definizione di ristorno contenuta nel detto articolo, se conferma che si tratta di una remunerazione corrisposta ai soci in proporzione alle operazioni compiute o al lavoro svolto, non vale a modificare le conclusioni della Corte sopra indicate con riguardo alla nozione ampia di “*utili*” da assumere ai fini della necessaria applicazione restrittiva dell'articolo 10, lettera *h*), della direttiva 2014/24/UE, tale da ricomprendere qualsiasi tipo di vantaggio economico che affianchi la necessaria gratuità dell'attività sociale (e, quindi, anche i ristorni in discorso).

10. Del pari infondato è l'ulteriore motivo di appello con il quale si critica il giudizio di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale pure sollevata nel ricorso di primo grado, espresso dal primo giudice con la motivazione della prevalenza del diritto europeo – quale riveniente dall'interpretazione datane dalla Corte di giustizia – su quello interno, alla stregua di quanto stabilito dallo stesso articolo 117 Cost.

10.1. In primo luogo, non può condividersi il richiamo, operato dall'appellante, alla teoria dei “controlimiti”, tali da neutralizzare la *primauté* del diritto europeo, fra i quali dovrebbe rientrare la tutela dello scopo mutualistico delle società cooperative *ex* articolo 45 Cost. Ed invero, sulla

base della giurisprudenza della Corte costituzionale che ha sviluppato la teoria dei “controlimiti” (cfr. Corte cost., ord. 24 gennaio 2017, n. 24), questi ultimi vanno identificati in quei principi supremi e in quei diritti fondamentali che, connaturati all’ordinamento costituzionale dello Stato, segnano il confine oltre il quale non è ammesso alcun sacrificio del patrimonio costituzionale.

10.1.1. E il Collegio esclude senz’altro che la questione in esame possa incidere su tale nucleo fondativo del patrimonio costituzionale, poiché la regola di diritto europeo, di cui si discute nel presente contenzioso, che impone una interpretazione restrittiva della nozione di “*organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro*” ai limitati fini dell’applicazione dell’esclusione dell’applicazione della normativa eurounitaria in materia di contratti pubblici di alcune categorie di soggetti che, *lato sensu* e ad altri fini, potrebbero rientrare in tale nozione, non sembra in alcun modo poter incidere negativamente sui principi supremi dell’ordinamento costituzionale.

10.2. Gli ulteriori profili di asserita incostituzionalità dedotti dalla parte ricorrente, riproposti in appello, sono stati condivisibilmente giudicati parimenti infondati dal giudice di prime cure.

10.3. La Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 72 del 15 marzo 2022, correttamente richiamata dal Tar Umbria, pronunciandosi nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 76 del codice del Terzo settore del 2017 promosso da questa Sezione con ordinanza del 9 novembre 2020 (in riferimento agli artt. 2, 3, 4, 9, 18, 76 e 118, quarto comma, della Costituzione, nella parte in cui riserva alle organizzazioni di volontariato i contributi per l’acquisto di autoambulanze, di autoveicoli per attività sanitarie e di beni strumentali, escludendo gli altri enti del Terzo settore svolgenti le medesime attività di interesse generale), ha respinto il dubbio espresso dalla Sezione riguardo alla possibile natura discriminatoria della norma censurata precisando che se è vero che il codice del terzo settore ha introdotto una definizione unitaria di ETS, tale da escludere la possibilità di differenziare il trattamento di tali enti sulla base dello *status* giuridico di dette organizzazioni

(sentenza della medesima Corte n. 277 del 2019), svolgendo in tal modo una funzione unificante, diretta a ordinare e a riportare a coerenza la disciplina degli ETS, superando le precedenti frammentazioni e sovrapposizioni, è altrettanto vero tuttavia che *“ciò non si è risolto in una indistinta omologazione di tutti gli ETS”*, poiché *“All’interno del perimetro legale di questa definizione . . . sono rimaste in vita specifiche e diverse caratterizzazioni dei modelli organizzativi”* e *“Permangono, inoltre, anche differenziazioni nei regimi di sostegno pubblico che si giustificano in ragione di diversi fattori, tra cui anche quello della specifica dimensione che assume, strutturalmente, l’apporto della componente volontaria all’interno dei suddetti enti”*.

10.3.1. La Consulta, pur riconoscendo (nel punto 5 della motivazione in diritto) nell’assenza dello scopo di lucro il tratto comune ed essenziale di tutti gli ETS, tuttavia aggiunge che *“L’esigenza di una disciplina unitaria diviene invece recessiva nella disciplina del Capo IV (Delle risorse finanziarie) del Titolo VIII (Della promozione e del sostegno degli Enti del Terzo Settore), che, anche razionalizzando forme di finanziamento preesistenti, identifica un ambito dove è prevalente l’elemento attinente alla tipologia organizzativa, al punto che la normativa in oggetto non riferisce alle imprese sociali alcuna forma di contributo statale diretto, riservandola esclusivamente ad altri ETS”*. Di conseguenza la Corte, nel paragrafo 7 della motivazione in diritto sottolinea il ruolo prevalente, nelle OdV, dell’attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati: *“Tale prevalenza dell’attività di volontariato assume un rilievo centrale, perché incide anche sul sistema di finanziamento, come del resto conferma l’art. 33, comma 3, cod. terzo settore, che vincola espressamente le ODV a ricevere, per l’attività di interesse generale prestata, «soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate». Si tratta, in realtà, di un vincolo in qualche modo collegato al principio generale secondo cui «[l]’attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Al volontario possono essere rimborsate dall’ente del Terzo settore tramite il quale svolge l’attività soltanto le spese effettivamente sostenute e documentate per l’attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall’ente medesimo. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfetario» (art. 17, comma 3, cod. terzo settore). In altri termini, la necessaria prevalenza*

della componente volontaristica nella struttura costitutiva delle ODV si associa al fatto che la disciplina dell'attività di interesse generale di tali enti è permeata da un vincolo particolarmente stringente anche in relazione al modo di svolgimento della stessa, preordinato a esaltare quella caratteristica di gratuità che connota l'attività del volontario”.

10.3.2. Il giudice delle leggi conclude, dunque, osservando che *“Sussiste quindi una definita linea di demarcazione all'interno della pur unitaria categoria degli ETS: è ben vero che quelli che scelgono di svolgere attività economica – accettando i correlati vincoli, primo dei quali la rinuncia alla massimizzazione del profitto – possono essere considerati operatori di un “mercato qualificato”, quello della welfare society, distinto da quello che invece risponde al fine di lucro. Tuttavia, rimane fermo che tali soggetti hanno la possibilità di ricevere un corrispettivo per il servizio reso e quindi, anche in tal modo, procurarsi le risorse, cui fa riferimento la norma censurata, necessarie all'acquisto degli automezzi e dei beni strumentali al sostegno delle attività di interesse generale. Possibilità che invece è preclusa, come si è visto, alle ODV”* (profilo, questo, che risulta ulteriormente sviluppato nei punti 8 e 9 della motivazione in diritto).

10.4. È dunque lo stesso giudice costituzionale che ha di recente avuto modo di chiarire che talune differenziazioni, all'interno della più ampia categoria degli ETS, sono possibili e sono costituzionalmente legittime, e ciò proprio in relazione al fatto che tale enti ricevano *“soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate”* oppure abbiano *“la possibilità di ricevere un corrispettivo per il servizio reso”*, e quindi proprio in relazione al profilo della minore o maggiore possibilità di ricevere corrispettivi e di attribuirli ai partecipanti, ancorché in forma di ristorni (e non di utili).

10.5. Il parametro di asserita incostituzionalità invocato dalla parte appellante, costituito dall'art. 45, primo comma, della Costituzione (*“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”*) non sembra offrire, a giudizio del Collegio, nuovi o maggiori appigli (testuali e sostanziali) per ipotizzare un dubbio di incostituzionalità non manifestamente infondato della

norma di legge che prevede che i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato. Come si è rilevato sopra, la differenziazione di regime per cui è causa riguarda solo ed esclusivamente un particolare e ristretto segmento speciale di attività e di commesse pubbliche, sicché si ritiene che sia senz'altro da escludere che tale, particolare regime differenziato possa intaccare il riconoscimento della funzione sociale della cooperazione e la funzione di promozione e favore per la cooperazione che la Costituzione richiede alla Repubblica e al legislatore.

11. L'appello, in conclusione, per tutti gli esposti motivi, deve giudicarsi infondato e deve di conseguenza essere respinto, con conferma – salva l'integrazione motivazionale di cui ai paragrafi 2 e 3 della presente motivazione in diritto - della sentenza di primo grado qui appellata.

12. Considerata la natura e la complessità delle questioni trattate, il Collegio ritiene equo e conforme a giustizia disporre, analogamente a quanto già disposto in primo grado, l'integrale compensazione tra le parti anche delle spese del presente giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Paolo Carpentieri, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO