

Publicato il 03/03/2021

N. 01797/2021 REG.PROV.COLL.
N. 06534/2020 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 6534 del 2020, proposto da Italy Emergenza Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Crescenzo Santuori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, via Santa Maria di Mezzogiorno, n. 17;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti

Croce Rossa Italiana, Comitato Provinciale di Cosenza, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

ANPAS - Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze Odv, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Valerio Migliorini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, Sezione Seconda, n. 1068/2020, resa tra le parti, concernente l'annullamento dell'“avviso di selezione per l'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato ed alla Croce Rossa Italiana del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in forma continuativa” (pubblicato in data 26.2.2020), mediante il quale l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza ha indetto la procedura comparativa prevista dagli artt. 56 e 57 del D.lgs. n° 117/2017, nonché degli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2021, svoltasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n.137, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e presenti, ai sensi di legge, mediante deposito di note di udienza, gli Avvocati delle parti;

1.- L'odierna appellante Italy Emergenza (nel prosieguo, soltanto “Italy” o Cooperativa) espone di essere Cooperativa priva di finalità lucrative, appartenente alla rete associativa di Confcooperative, avente ad oggetto il perseguimento dell'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale, altamente specializzata tra l'altro nei servizi di trasporto sanitario e iscritta nella Sezione Speciale delle Imprese Sociali del Registro Imprese.

2.- Con bando pubblicato il 26.2.2020, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza ha indetto una procedura selettiva per “per l'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato ed alla Croce Rossa Italiana del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in forma continuativa”.

3.- Con ricorso al TAR per la Calabria, Italy ha impugnato gli atti della procedura selettiva di cui sopra e dedotto, in via principale, l'illegittimità della scelta dell'ASP di Cosenza di sottrarre l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza/urgenza alla gara pubblica disciplinata dal D.lgs. n. 50/2016, preferendo indire ex art. 57 del D.lgs. n. 117/2017 una procedura di affidamento diretto, in regime di convenzione, del servizio in questione in favore solo di organizzazioni di volontariato e della Croce Rossa Italiana; in via subordinata, ha

dedotto l'illegittimità delle clausole immediatamente escludenti disseminate all'interno dell'avviso di indizione della procedura in questione.

La Cooperativa ha lamentato anche il contrasto degli artt. 56 e 57 del D.lgs. n. 117/2017 con la normativa comunitaria e con la Costituzione.

4.- Nel ricorso è stata dedotta, in particolare, l'illegittimità della scelta dell'ASP di Cosenza di affidare direttamente il servizio senza prima verificare se il regime di convenzionamento diretto sia maggiormente favorevole in termini economici, così derogando all'obbligo di gara pubblica e violando i principi espressi dagli artt. 56 e 57 del D.lgs. n. 117/2017.

Inoltre, in via subordinata, Italy ha rilevato l'illegittimità delle clausole escludenti dell'avviso che hanno impedito la partecipazione della ricorrente alla selezione, pur possedendone la stessa tutti i requisiti.

In tal senso, la Cooperativa ha lamentato il contrasto della disciplina applicata dall'ASP di Cosenza, dettata dall'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 (nonché dal precedente art. 56) con il "considerando" 28 e poi, ancora, con l'art. 10, lett. h) della direttiva n. 2014/24/UE (di seguito anche solo "Direttiva"), in base ai quali, ai fini del convenzionamento diretto dei servizi di emergenza-urgenza, vi sarebbe una piena equiparazione delle cooperative sociali alle associazioni di volontariato.

La ricorrente ha quindi formulato domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, della questione della compatibilità comunitaria della riferita normativa interna, che esclude le altre organizzazioni senza scopo di lucro, quali le cooperative sociali di diritto italiano, dalla possibilità dell'affidamento tramite convenzionamento dei servizi in discorso.

5.- La ricorrente ha anche lamentato che la citata normativa interna, nella parte in cui non equipara le cooperative sociali alle organizzazioni di volontariato, sarebbe illegittima per contrasto con gli artt. 1, 3, 4, 35, 45, 97, 117 e 118 della Costituzione, formulando altresì domanda di rimessione alla Corte costituzionale della suesposta questione di legittimità costituzionale dell'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 (nonché, occorrendo, dell'art. 56).

6.- Con la sentenza appellata, il TAR ha respinto il ricorso ritenendo infondati i motivi articolati, escludendo, altresì, i dubbi di violazione della direttiva 2014/24/UE, nonché di compatibilità della normativa interna alla Costituzione.

7.- Il primo giudice ha affermato che *“l’affidamento in convenzione diretta di servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza alle organizzazioni di volontariato è previsto dall’art. 57 D.lgs. 117/2017 (codice del terzo settore), che ne indica gli autonomi presupposti, tra cui non rientra la maggiore convenienza di tale affidamento rispetto al ricorso al mercato concorrenziale, poiché prevista dal primo comma dell’art. 56, non richiamato dal successivo art. 57”*.

In merito alla censura di illegittimità proposta in via subordinata, il TAR ha precisato che *“l’esclusione del servizio in oggetto dalla disciplina dettata dalla direttiva 2014/24/UE impedisce in nuce che si creino profili di contrasto della legislazione nazionale con quella europea”*; in altri termini, data l’esclusione del servizio di trasporto sanitario emergenza-urgenza dalla disciplina delle gare pubbliche, non potrebbe ravvisarsi il contrasto tra l’ordinamento interno e quello euro-unitario.

Infine, il TAR ha evidenziato che i dubbi di compatibilità costituzionale degli artt. 56 e 57 del D.lgs. n. 117/2017 avanzati sono manifestamente infondati.

Ad avviso del TAR, non sussisterebbe alcuna forma di “eccesso di delega nella scelta governativa di riservare la selezione di cui all’art. 57 d.lgs. 117/2017 alle sole organizzazioni di volontariato”; neppure sussisterebbe la violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 35, 45, 97 e 118 della Costituzione, giustificandosi il differente trattamento delle cooperative sociali rispetto alle organizzazioni di volontariato con la *“diversità funzionale e organizzativa tra le due tipologie di enti”*, essendo la precipua finalità delle Cooperative quella di perseguire un vantaggio economico per i propri associati.

8.- Con l’appello in esame, Italy chiede a questo Consiglio di Stato, previa riforma della sentenza impugnata, di voler disporre anzitutto l’annullamento della illegittima procedura in questione per fare in modo che l’affidamento del servizio di trasporto sanitario emergenza/urgenza avvenga tramite gara pubblica.

In via subordinata, l’appellante chiede che sia dichiarata l’illegittimità delle clausole immediatamente escludenti contenute nella procedura ideata dall’Amministrazione resistente, al fine di ottenere la riedizione della procedura esente dai vizi che impediscono la sua partecipazione alla selezione quale ente senza fini di lucro.

Tanto, previa valutazione dell’opportunità di effettuare:

a) - in merito all’illegittimità diretta, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea ai sensi dell’art. 267 del TFUE al fine di valutare se il combinato disposto di cui al considerando n. 28 e all’art. 10, lett. h) della direttiva

2014/24/UE osti a una normativa nazionale che restringe l'ambito di applicazione del regime di convenzionamento diretto alle sole "organizzazioni di volontariato" ex art. 57 del D.lgs. n. 117/2017, così escludendo Enti del Terzo Settore quali le Cooperative sociali, sebbene anch'esse - in conformità a quanto richiesto dall'ordinamento eurounitario - siano prive di scopo lucrativo;

b) - in merito al vizio di illegittimità derivata, rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale degli artt. 56 e 57 del D.lgs. n. 117/2017, sospendendo il presente giudizio, attesa l'impossibilità di definire lo stesso indipendentemente dalla risoluzione delle su indicate questioni di legittimità costituzionale rilevanti e manifestamente fondate.

In ragione della gravità delle illegittimità riconducibili all'operato dell'Amministrazione intimata, l'appellante chiede di dichiarare comunque l'inefficacia delle convenzioni eventualmente nelle more stipulate.

9.- Con ordinanza n. 5313 del 10 settembre 2020, questo Consiglio ha rigettato l'istanza di misure cautelari.

10.- E' intervenuta in giudizio ad opponendum l'ANPAS – Associazione nazionale pubbliche assistenze O.D.V. - che opera come rete associativa nazionale del Terzo Settore, di cui all'art. 41 D.lgs. n. 117/2017, con riguardo alle organizzazioni di volontariato e fonda la propria legittimazione sulle finalità statutarie perseguite, la "*promozione, organizzazione, coordinamento e gestione del trasporto sociosanitario, di soccorso, di emergenza e di urgenza*" nonché la "*tutela, rappresentanza, promozione o supporto delle associate e delle loro attività di interesse generale*".

L'ANPAS sostiene la correttezza della sentenza appellata.

La scelta dell'Azienda Sanitaria troverebbe pieno fondamento normativo, innanzitutto, nell'art. 17, comma 1, lett h), del D.lgs. n. 50/2016, conforme all'art. 10 lett. h) e al considerando n. 28 della Direttiva 2014/24/UE, e, in secondo luogo, nell'art. 57 del Codice del Terzo Settore (e non anche nell'art. 56, comma 1), il quale prevede l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, in via prioritaria, alle organizzazioni di volontariato.

Inoltre, quanto alla legittimità sotto il profilo eurounitario dell'art. 57 citato, l'ANPAS sostiene che le cooperative sociali non rientrano nell'esclusione di cui all'art. 10 lett. h) della Direttiva 2014/24/UE e che, in ogni caso, seppure

rientrassero in detta esclusione, spetterebbe al legislatore nazionale la scelta circa le tipologie di Enti con cui rendere possibili le convenzioni dirette.

Difatti, le cooperative sociali per poter essere considerate “senza scopo di lucro” devono reinvestire gli eventuali utili (sentenza Corte di Giustizia UE 21 marzo 2019 in C-465/17, Falck).

Relativamente alla questione di costituzionalità, come affermato dal primo Giudice, il trattamento differenziato di organizzazioni di volontariato e cooperative sociali sarebbe giustificato dalle differenze tra le due tipologie di Ente, tra le quali particolare rilievo assume la distribuibilità degli avanzi di gestione delle cooperative ai loro soci.

Le ragioni morali ed umanitarie che caratterizzano le organizzazioni di volontariato, peraltro, rappresentano una ulteriore motivazione del particolare legame con le attività di soccorso, che il legislatore del Codice del Terzo Settore, nello scrivere l'art. 57 cit., ha riconosciuto.

Con memorie depositate il 2 e 5 febbraio 2021, l'ANPAS rileva ulteriormente che l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE n. 536 del 18 gennaio 2021 pronunciata da questa Sezione, concernente la compatibilità dell'art. 57 del Codice del Terzo Settore con l'ordinamento comunitario sotto i medesimi profili implicati nella presente controversia, andrebbe integrata con un ulteriore quesito, e cioè andrebbe prospettato alla Corte, ai fini della richiesta interpretazione, che le cooperative sociali, secondo l'ordinamento interno, possono senza limiti prestabiliti dalla legge ripartire ristorni (se la gestione mutualistica dell'impresa si è chiusa con un'eccedenza dei ricavi rispetto ai costi, ex art. 3 c. 2-bis D.lgs. n. 112/2017); pertanto le stesse si pongono palesemente al di fuori del perimetro dell'assenza di scopo di lucro, nozione unionale, ai fini di cui alla Direttiva 2014/24/UE.

11.- Con memoria depositata il 2 febbraio 2021, l'appellante ha chiesto la sospensione impropria del presente giudizio ex art. 79 cpa, in attesa della definizione del giudizio pregiudiziale pendente dinanzi alla Corte di giustizia UE a seguito del rinvio effettuato da questa Sezione con la citata ordinanza n. 536/2021, considerata la totale sovrapposibilità della questione di incompatibilità tra il diritto interno (art. 57 del D.lgs. n. 117/2017) e ordinamento euro-unitario (considerando

n° 28 e art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24/UE) prospettata in questo giudizio e quella oggetto della citata ordinanza n° 536/2021.

L'appellante ha eccepito, altresì, l'inammissibilità per carenza di interesse e l'infondatezza dell'atto di intervento dell'ANPAS.

12.- Alla pubblica udienza del 18 febbraio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

13.- Il Collegio rileva che questa Sezione, con l'ordinanza n° 536 del 18.1.2021, in altro giudizio avente oggetto analogo (impugnazione degli atti di una procedura per affidamento in convenzione diretta del servizio di trasporto emergenza-urgenza alle sole associazioni di volontariato e non anche alle altre organizzazioni senza scopo di lucro, tra cui le cooperative sociali), proposto dalla stessa odierna appellante Italy, ha disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione interpretativa sollevata anche in questo giudizio (supra, punto 8).

L'ordinanza n. 536/2021 ha formulato alla Corte il seguente quesito: “se l'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE - e con esso il “considerando” 28 di tale direttiva - osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato [...] senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative”.

La risoluzione del quesito interpretativo rimesso alla CGUE assume rilievo determinante anche ai fini della decisione della presente vicenda contenziosa, risultando indispensabile vagliare la compatibilità tra l'ambito soggettivo “ristretto” contenuto all'art. 57 del D.Lgs. n° 117/2017 e quello invece più “esteso” previsto dalla direttiva 2014/24/UE (cfr. considerando n° 28 e art. 10, lett. h).

14.- Il Collegio ritiene di attribuire preferenza al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea rispetto alla questione di legittimità costituzionale della medesima norma interna di cui all'art. 57 cit. con riferimento a parametri costituzionali interni prospettata dall'appellante, poiché nei casi di cd. doppia pregiudizialità, ossia in cui si presentino contemporaneamente in uno stesso

procedimento questioni di legittimità costituzionale e di conformità con il diritto dell'Unione delle medesime norme, spetta al giudice del rinvio valutare l'ordine delle questioni, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale più recente (cfr. sentenze n. 20 del 21 febbraio 2019 e n. 63 del 21 marzo 2019 e ordinanza n. 117 del 6 maggio 2019).

Nel caso di specie, così come nel caso esaminato dalla precedente ordinanza n. 536/2021, questo Giudice ritiene appunto di dare priorità alla questione di compatibilità della norma interna con il diritto dell'Unione perché la questione dei limiti entro i quali è ammesso l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in deroga all'evidenza pubblica è suscettibile di incidere su tutto il relativo settore economico, e non soltanto su quello nazionale (cfr. C.d.S., Sez. IV, ord. 18 novembre 2020, n. 7161/2020).

15.- Il Collegio ritiene opportuno, pertanto, richiamare di seguito i punti salienti della motivazione dell'ordinanza n. 536/2021.

16.- "B. NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA

1. *Ciò posto, si riporta la normativa europea rilevante ad avviso di questo Giudice, individuata nella direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 ("Direttiva").*

2. *Il "considerando" 28 della Direttiva così recita:*

"(28) 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”.

3. L’art. 10 della Direttiva, rubricato “Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi”, stabilisce dal canto suo che:

“La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi:

(.....)

b) 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; (.....)”.

4. Come rammentato dal T.A.R., la Corte di Giustizia dell’UE, nella sentenza del 21 marzo 2019 resa in C-465/17 (“Falck Rettungsdienste GmbH e a./Stadt Solingen”) ha affermato che le norme in tema di 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. La Corte ha poi precisato che tanto l’assistenza ai pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario di cui al codice CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio), quanto il trasporto in ambulanza qualificato – comprendente, oltre al servizio di trasporto, l’assistenza prestata a pazienti in un’ambulanza da parte di un soccorritore sanitario coadiuvato da un aiuto soccorritore, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza) – rientrano nella nozione di “prevenzione contro i pericoli” ai sensi dell’art. 10, lett. b), della Direttiva e, pertanto, in base a tale disposizione, sono esclusi dall’ambito applicativo della Direttiva stessa. La sentenza ha specificato che il trasporto in ambulanza “qualificato” rientra nell’ora vista deroga all’applicazione delle norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici a condizione che “sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto”. (omissis)

6. Si pone sin da ora l’accento sull’ulteriore massima della sentenza della Corte resa in C-465/17, in base alla quale “l’articolo 10, lettera b), 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 commerciali, 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”.

C. NORMATIVA INTERNA

1. Come noto, la direttiva n. 2014/24/UE ha ricevuto attuazione in Italia attraverso il “Codice dei contratti pubblici” (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e successive modifiche). Per quanto qui interessa, l'art. 10, lett. b), della Direttiva è stato trasfuso nell'ordinamento interno dall'art. 17, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, il quale così dispone:

*“1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi:
(....)*

*b) 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;
(.....)”.*

2. Ai fini della presente controversia rilevano, inoltre, gli artt. 4, comma 1, 56 e 57 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (cd. Codice del Terzo settore).

3. L'art. 4 (“Enti del Terzo settore”) al comma 1 stabilisce che:

“1. Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”.

4. L'art. 56, rubricato “Convenzioni”, così recita:

“1. Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore,

convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

2. Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate.

3. L'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime. Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari.

3-bis. Le amministrazioni procedenti pubblicano sui propri siti informatici gli atti di indizione dei procedimenti di cui al presente articolo e i relativi provvedimenti finali. I medesimi atti devono altresì formare oggetto di pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

4. Le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge. Devono inoltre prevedere la durata del rapporto convenzionale, il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici, le coperture assicurative di cui all'articolo 18, i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa, le modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di

maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione.”.

5. Il successivo art. 57, intitolato “Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza”, dispone a sua volta che:

“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.”.

6. La normativa interna detta dunque all'art. 56 cit. una disciplina generale, cui si affianca, per il solo settore del trasporto sanitario di emergenza e urgenza, quella speciale stabilita dal successivo art. 57. Dalla specialità del suddetto art. 57 discende che nel settore in esame non può trovare applicazione la disciplina generale di cui al precedente art. 56, se non espressamente richiamata dalla medesima disciplina speciale: e si è appena visto che l'art. 57 cit. richiama, al comma 2, i commi 2, 3, 3-bis e 4 dell'art. 56, ma non anche il comma 1, che contempla, quale criterio giustificativo della stipula delle convenzioni con i soggetti del cd. Terzo settore, il riferimento alla maggiore convenienza rispetto al ricorso al mercato.

7. In altre parole, come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa più recente e dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 255/2020, l'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario di emergenza-urgenza alle organizzazioni di volontariato è basato sui presupposti autonomi indicati dall'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, specifici ed ulteriori rispetto a quelli dell'art. 56. In primo luogo, il mancato richiamo del comma 1 dell'art. 56 significa che l'affidamento diretto non necessita della valutazione preliminare della sua maggiore convenienza rispetto al mercato concorrenziale. È', invece, necessario che tale affidamento garantisca l'espletamento di un servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà. Da ultimo,

vengono richiesti l'adesione dei potenziali affidatari ad una rete associativa, nonché l'accreditamento ai sensi della normativa regionale in materia.

8. Per quanto riguarda, invece, il regime delle cooperative, occorre anzitutto riportare l'art. 2514 c.c., trattandosi di disposizione che, come meglio si vedrà infra, è richiamata dall'art. 5 dello statuto della Cooperativa. Il predetto art. 2514 c.c., rubricato "Requisiti delle cooperative a mutualità prevalente", nel testo introdotto, a decorrere dal 1° gennaio 2004, dall'art. 8 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, così recita:

"Le cooperative a mutualità prevalente devono prevedere nei propri statuti:

- a) il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato;*
- b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi;*
- c) il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori;*
- d) l'obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.*

Le cooperative deliberano l'introduzione e la soppressione delle clausole di cui al comma precedente con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria."

9. Venendo specificamente alle cooperative sociali – che, come visto, l'art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 ricomprende tra gli enti del Terzo settore – la disciplina di esse si ritrova nella l. 8 novembre 1991, n. 381 ("Disciplina delle cooperative sociali"), la quale è stata fatta salva dal Codice del Terzo settore. Questo, infatti, ha previsto che le cooperative sociali restino disciplinate dalla l. n. 381/1991 (art. 40), aggiungendo che le disposizioni del medesimo Codice si applicano agli enti del Terzo settore oggetto di una disciplina speciale solo in quanto compatibili e non derogate da tale disciplina (art. 3, comma 1).

10. In questa sede occorre richiamare, anzitutto, l'art. 1 della l. n. 381/1991, che così recita:

"1. Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso:

- a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, incluse le attività di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b), c), d), l), e p), del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 (contenente la revisione della disciplina in materia di impresa sociale);*

b) lo svolgimento di attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

2. Si applicano alle cooperative sociali, in quanto compatibili con la presente legge, le norme relative al settore in cui le cooperative stesse operano.

(.....)”.

10. L’art. 2 della l. n. 381/1991 (“Soci volontari”) stabilisce poi che:

“1. Oltre ai soci previsti dalla normativa vigente, gli statuti delle cooperative sociali possono prevedere la presenza di soci volontari che prestino la loro attività gratuitamente.

2. I soci volontari sono iscritti in un’apposita sezione del libro dei soci. Il loro numero non può superare la metà del numero complessivo dei soci.

3. Ai soci volontari non si applicano i contratti collettivi e le norme di legge in materia di lavoro subordinato ed autonomo, ad eccezione delle norme in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, con proprio decreto, determina l’importo della retribuzione da assumere a base del calcolo dei premi e delle prestazioni relative.

4. Ai soci volontari può essere corrisposto soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, sulla base di parametri stabiliti dalla cooperativa sociale per la totalità dei soci.

5. Nella gestione dei servizi di cui all’articolo 1, comma 1, lettera a), da effettuarsi in applicazione dei contratti stipulati con amministrazioni pubbliche, le prestazioni dei soci volontari possono essere utilizzate in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti. Le prestazioni dei soci volontari non concorrono alla determinazione dei costi di servizio, fatta eccezione per gli oneri connessi all’applicazione dei commi 3 e 4.”.

12. Infine, l’art. 9 della legge (rubricato “Normativa regionale”) stabilisce che:

“1. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni emanano le norme di attuazione. A tal fine istituiscono l’albo regionale delle cooperative sociali e determinano le modalità di raccordo con l’attività dei servizi socio-sanitari, nonché con le attività di formazione professionale e di sviluppo della occupazione.

2. Le regioni adottano convenzioni-tipo per i rapporti tra le cooperative sociali e le amministrazioni pubbliche che operano nell’ambito della regione, prevedendo, in particolare, i requisiti di professionalità degli operatori e l’applicazione delle norme contrattuali vigenti.

3. *Le regioni emanano altresì norme volte alla promozione, al sostegno e allo sviluppo della cooperazione sociale. Gli oneri derivanti dalle misure di sostegno disposte dalle regioni sono posti a carico delle ordinarie disponibilità delle regioni medesime.*”

D. ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

1. *Vi sono dubbi sulla compatibilità della succitata normativa nazionale – in particolare: dell’art. 57 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – con il diritto dell’Unione, nei termini prospettati dalla Cooperativa appellante. Si ritiene, al riguardo, che la questione di compatibilità comunitaria debba essere limitata al predetto art. 57 e non anche estesa al precedente art. 56, come richiesto dall’appellante, atteso che, come già visto, il primo reca per il trasporto sanitario di emergenza-urgenza una disciplina speciale, che prevale su quella dell’art. 56 e ne esclude l’applicabilità alla fattispecie, se non nei limiti in cui la disciplina dello stesso art. 56 sia esplicitamente richiamata.*

2. *Nel ricorso innanzi al T.A.R. la Italy Emergenza ha dedotto che ai sensi dell’art. 57 cit. i servizi di trasporto in emergenza-urgenza possono essere affidati in convenzionamento diretto alle associazioni di volontariato, mentre non risultano contemplate tra gli affidatari le cooperative sociali. Tuttavia, in base al “considerando” 28 e poi, ancora, all’art. 10, lett. b) della direttiva n. 2014/24/UE, ai fini del convenzionamento diretto dei servizi di emergenza ed urgenza, sussisterebbe una piena equiparazione delle cooperative sociali alle associazioni di volontariato. Di qui – per la ricorrente – il contrasto degli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 57/2017 con le succitate previsioni della Direttiva: dell’art. 56, lì dove non contempla e non equipara alle organizzazioni di volontariato le cooperative sociali senza scopo di lucro per le convenzioni ivi previste (finalizzate allo svolgimento a favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, ove più favorevoli rispetto al ricorso al mercato); dell’art. 57, lì dove riserva alle sole organizzazioni di volontariato la possibilità di convenzionamento diretto dei servizi di emergenza-urgenza, senza contemplare le cooperative sociali.*

3. *Il primo giudice ha disatteso la censura con un’articolata motivazione che ha preso le mosse dalla qualificazione del servizio oggetto di causa come “trasporto sanitario in ambulanza qualificato”, che rientra dunque nell’eccezione – rispetto all’applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici – prevista dall’art. 10, lett. b), della Direttiva (trasfuso nell’art. 17, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016). Ha poi osservato che, in base alla sentenza della Corte di Giustizia dell’UE dell’11 febbraio 2014, resa nella causa C-113/13, è legittimo l’affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario d’urgenza ed emergenza ad associazioni di volontariato convenzionate, sempreché l’ambito normativo e convenzionale in cui si*

svolge l'attività di tali associazioni contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui la predetta disciplina si basa; ai fini della legittimità dell'affidamento, le associazioni di volontariato non devono trarre profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli, e non devono procurare alcun profitto ai loro membri.

(omissis)

4. Tanto premesso, il T.A.R. ha ritenuto che l'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 dia corretta applicazione al principio di diritto affermato dalla citata sentenza della Corte di Giustizia dell'11 febbraio 2014. Esso, infatti, ha subordinato la possibilità dell'affidamento diretto in convenzione alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza al fatto che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio "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".

5. Come già si è visto, il primo giudice ha considerato legittima l'esclusione delle cooperative sociali dalla possibilità dell'affidamento in convenzione, perseguendo esse una finalità imprenditoriale, pur se caratterizzata dallo scopo mutualistico, che giustifica la diversità di trattamento stabilita dall'art. 57 cit. rispetto alle associazioni di volontariato. La legittimità dell'esclusione è confermata, nel caso di specie, dall'art. 5 dello statuto della Cooperativa, ove si prevede la possibilità di una distribuzione di dividendi, sia pure in misura non superiore ad un certo limite ivi fissato.

6. La sentenza appellata ha quindi evidenziato la legittimità della clausole della lex specialis di gara, che hanno correttamente richiamato l'art. 57 cit. ed hanno stabilito che le associazioni partecipanti alla procedura non potessero trarre alcun profitto dallo svolgimento del servizio, essendo rimborsate solo le spese sostenute e documentate. Da un lato, secondo la giurisprudenza europea e nazionale, sia l'assistenza di pazienti in situazioni di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico-soccorritore sanitario, sia il trasporto qualificato rientrano nella "prevenzione contro i pericoli" di cui parla l'art. 10, lett. h), della Direttiva, con la conseguenza che, con riguardo a detti servizi, è legittimo l'affidamento diretto a soggetti privi di scopo di lucro. Dall'altro – sottolinea ancora la sentenza – il "considerando" 28 della direttiva n. 2014/24/UE, l'art. 10, lett. h), di questa e l'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 50/2016 pongono sullo stesso piano le organizzazioni e le associazioni senza scopo di lucro

all'esclusivo fine della determinazione dell'ambito applicativo della disciplina sugli appalti pubblici, senza, però, sancire un principio di piena equiparazione, ai fini dell'affidamento diretto in esame, tra le associazioni di volontariato e le altre organizzazioni senza scopo di lucro: ne segue che non è censurabile la scelta dell'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 – a cui si è attenuta la legge di gara – di riservare alle organizzazioni di volontariato la partecipazione al convenzionamento per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

7. Nell'atto di appello la Cooperativa muove approfondite critiche al percorso argomentativo della sentenza impugnata, la quale non avrebbe considerato che, nel diritto interno, le cooperative sociali, ricomprese tra le "imprese sociali", perseguono un fine non lucrativo e devono reinvestire gli utili nel raggiungimento di tale obiettivo. La divergenza tra la Direttiva e la normativa interna (in specie: l'art. 57 del d.lgs. n. 57/2017) sarebbe palese, avendo quest'ultima ristretto la possibilità dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza alle sole associazioni di volontariato, mentre la Direttiva avrebbe enunciato la piena equiparazione delle predette associazioni con le altre organizzazioni senza scopo di lucro in relazione non solo – come ritiene il primo giudice – all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici, ma anche all'ambito soggettivo di affidamento dei servizi di emergenza per cui è causa.

8. Nella discussione orale l'appellante ha ritenuto di trarre argomentazioni a sostegno delle proprie tesi dalla recente pronuncia della Corte costituzionale n. 255 del 26 novembre 2020. In tale sentenza la Corte si è occupata della questione dell'illegittimità costituzionale della legge della Regione Sardegna 16 settembre 2019, n. 16, per avere questa ammesso – all'art. 1, comma 5 – lo strumento convenzionale per lo svolgimento del servizio di emergenza-urgenza nei confronti di due tipologie di enti del Terzo settore specificamente individuati, ovvero le associazioni O.N.L.U.S. e le cooperative sociali, in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. (che rimette alla potestà esclusiva dello Stato la materia della "tutela della concorrenza") e con i limiti alla potestà legislativa regionale dettati dallo Statuto della Regione Sardegna. Il contrasto sarebbe reso esplicito dalla disciplina dettata a livello nazionale dall'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, che consente l'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, in via prioritaria, soltanto alle organizzazioni di volontariato, escludendo le cooperative sociali.

9. Orbene, la pronuncia, nel respingere la questione in quanto infondata nel merito – poiché l'art. 1, comma 5, della l.r. n. 16/2019 non contiene, in realtà, alcuna disciplina delle modalità di

affidamento del servizio di emergenza e urgenza – ha indicato alcuni elementi che ad avviso del Collegio rilevano anche ai fini della presente controversia.

10. Più in particolare, la Corte (v. parag. 5.1) ha osservato che, ai sensi della direttiva n. 2014/24/UE, “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”. Ha richiamato, poi, la normativa interna di recepimento della Direttiva (il 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)”, chiarendo come tra gli strumenti alternativi all’evidenza pubblica per l’affidamento dei servizi sociali rientri senz’altro la convenzione (v. parag. 5.2). Dopo avere ricordato l’art. 56 del d.lgs. n. 117/2017 ed avere evidenziato – come si è già visto – il carattere speciale della disciplina dettata dal successivo art. 57 per l’affidamento mediante convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, la Corte ha insinuato il dubbio che l’art. 57 cit. non abbia realmente voluto limitare l’istituto convenzionale, per il servizio di emergenza e urgenza, soltanto alle organizzazioni di volontariato, “restringendo così il campo degli affidatari rispetto alla ricordata normativa europea e al codice degli appalti, che includono tale servizio tra quelli per cui è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica”: ciò, atteso che la disposizione nazionale in esame “è esplicita nell’indicare la facoltà di affidare con convenzione il servizio alle associazioni di volontariato «in via prioritaria»”, ponendo in tal modo un problema interpretativo che i giudici costituzionali reputano “di soluzione non univoca”: così come, del resto, un problema interpretativo è quello dell’applicabilità dell’art. 57 alle cooperative sociali, in ragione del rapporto tra il Codice del Terzo settore e la legge n. 381/1991, che – sottolineano i giudici – lo stesso Codice sembra qualificare come disciplina speciale. (omissis)

11. La prospettazione dell’illegittimità comunitaria dell’art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 da parte della Cooperativa appellante è contestata dall’Azienda Sanitaria appellata con molteplici argomentazioni, che però – come si vedrà al parag. E – non valgono a fugare i dubbi.

12. L'A.S.L. B.A.T. premette che l'art. 57 cit. detta una disciplina speciale per i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, a cui si sono conformati gli atti di gara, riservando alle associazioni di volontariato la partecipazione alla procedura per l'affidamento in convenzione del servizio. Detta disciplina non si porrebbe in contrasto con il diritto eurounitario, atteso che le previsioni richiamate dall'appellante – l'art. 10, lett. b) della direttiva n. 2014/24/UE e ancor prima il suo “considerando” 28 – si limiterebbero a definire l'ambito “oggettivo” di esclusione di taluni appalti di servizi (inclusi quelli relativi ai servizi di prevenzione contro i pericoli “forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro”) dall'assoggettamento alla disciplina europea in materia di appalti dettata dalla stessa direttiva: ma ciò non comporterebbe un'equiparazione tra associazioni di volontariato e cooperative sociali per quanto riguarda l'affidamento previsto dagli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017. Queste disposizioni, infatti, definirebbero l'ambito “soggettivo” di affidamento dei servizi da esse elencati e con specifico riguardo ai servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza l'art. 57 definirebbe il relativo ambito “soggettivo”, prevedendo che essi siano, in via prioritaria, affidati in convenzione alle (sole) organizzazioni di volontariato. Ne deriverebbe, in conclusione, che va esclusa l'esistenza, negli ordinamenti eurounitario e nazionale, di qualsiasi equiparazione delle imprese sociali – e quindi delle cooperative sociali, che ai sensi dell'art. 4 del Codice del Terzo settore rientrano in detta categoria – alle organizzazioni di volontariato, ai fini della partecipazione alle procedure per l'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto di emergenza e urgenza.

13. Nei successivi scritti difensivi l'Azienda Sanitaria richiama a proprio supporto talune precedenti pronunce della Corte di Giustizia dell'UE che avrebbero riconosciuto la compatibilità con il diritto eurounitario della normativa italiana, nella parte in cui riconosce alle associazioni di volontariato la priorità nell'affidamento in convenzione del servizio di cui si discute. Sono richiamate al riguardo le pronunce della Sezione V dell'11 dicembre 2014, in C-113/13 e del 28 gennaio 2016 in C-50/14, in cui è affermata la compatibilità con gli artt. 49 e 56 TFUE di una normativa nazionale la quale preveda l'attribuzione in via prioritaria e con affidamento diretto, in assenza di ogni pubblicità, dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza 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”. Per contribuire a tale finalità sociale ed al perseguimento dei citati obiettivi, è necessario che le associazioni di volontariato non ricavino alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e

durevoli nel tempo necessari per fornirle, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. Se può ammettersi 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”, nondimeno l’attività delle associazioni deve rispettare i requisiti imposti dalla legislazione nazionale, il che sta a dire che la loro attività “può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al suo regolare funzionamento” (così il parag. 65 della sentenza del 28 gennaio 2016). E la giurisprudenza di questa Sezione avrebbe preso atto, in un recente arresto (14 maggio 2019, n. 3131) dei principi dettati dalle ora viste decisioni della Corte di Giustizia.

14. La A.S.L. replica inoltre alla questione di legittimità costituzionale degli artt. 56 e 57 cit. sollevata dall’appellante, adducendo talune argomentazioni che recano elementi utili ai fini (altresì) del vaglio della questione di compatibilità comunitaria della normativa in discorso.

15. Nello specifico, l’art. 56 del d.lgs. n. 117/2017 non imporrebbe alla P.A. di affidare mediante convenzione lo svolgimento di attività o servizi sociali di interesse generale solo alle organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale, limitandosi a consentire siffatta possibilità e in ogni caso subordinandola alla condizione che le convenzioni siano “più favorevoli rispetto al ricorso al mercato”. Allo stesso modo, per quanto riguarda lo specifico servizio di trasporto di emergenza e urgenza, l’art. 57 del decreto legislativo si limita a consentirne l’affidamento tramite convenzione “in via prioritaria”, e dunque non in via esclusiva, alle organizzazioni di volontariato: ciò a condizione che tale affidamento sia funzionale a conseguire “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”. Si tratterebbe, perciò, di scelte politiche frutto di valutazioni discrezionali del Legislatore, che esprimono un favor per le associazioni di promozione sociale e, più in particolare, per le organizzazioni di volontariato, che si spiega con la loro peculiare natura: esse, infatti, non svolgono attività di impresa, ma un’attività che si basa sul carattere volontario, spontaneo e gratuito dell’operato dei volontari, priva di connotati di lucro anche indiretto, e che realizza il principio di solidarietà.

16. Il diverso trattamento delle cooperative sociali rispetto alle organizzazioni di volontariato – rileva l’appellata – sarebbe quindi ragionevolmente fondato sulla differenza funzionale ed organizzativa tra le due tipologie di enti: 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 volta ad apportare un vantaggio economico a quanti fanno parte della cooperativa, sicché solo l'organizzazione di volontariato non perseguirebbe, nemmeno in modo indiretto, un vantaggio economico per i suoi associati. Se ne desumerebbe che la riserva dell'affidamento diretto in convenzione del servizio di trasporto sanitario in emergenza alle organizzazioni di volontariato non sarebbe né irragionevole, né illegittimamente lesiva degli interessi giuridici della cooperativa sociale e dei propri lavoratori, come del resto accertato dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

17. Dalle considerazioni suesposte la difesa della A.S.L. ha tratto le seguenti conclusioni:

a) la scelta del Legislatore italiano di riservare in via prioritaria alle sole associazioni di volontariato l'affidamento del servizio di trasporto di emergenza e urgenza non presenta profili di incompatibilità con la normativa eurounitaria;

b) alla luce della normativa sovranazionale, non sussiste alcuna equiparazione tra le associazioni di volontariato e le "imprese sociali" (tra le quali rientrano le cooperative sociali, quale è l'appellante), poiché solo le prime, e non anche le altre, soddisfano i requisiti previsti dalla normativa eurounitaria, come scolpiti dalle succitate sentenze della Corte di Giustizia, in quanto non traggono alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le stesse, e non procurano alcun profitto ai loro membri.

E. PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE DEL RINVIO

1. Questo Giudice dubita che l'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, lì dove non contempla le cooperative sociali e più in generale le "imprese sociali" tra i possibili affidatari tramite convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, sia compatibile con la normativa eurounitaria – art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE – la quale esclude che tali servizi, se svolti da "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro", siano sottoposti alla disciplina sugli appalti pubblici dettata dalla direttiva stessa.

2. Preliminarmente va sgombrato il campo dall'equivoco, nel quale incorre l'A.S.L. B.A.T., secondo cui la questione sarebbe già stata affrontata e risolta dalla Corte di Giustizia nelle pronunce dell'11 dicembre 2014, in C-113/13 e del 28 gennaio 2016 in C-50/14 (ambedue riguardanti la compatibilità comunitaria di norme dell'ordinamento italiano). Al riguardo va, infatti, osservato che nessuna di tali pronunce si occupa della specifica questione della mancata indicazione delle cooperative sociali tra i soggetti che possono essere affidatari diretti, tramite convenzione, del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Per vero, entrambe le

sentenze sono anteriori all'entrata in vigore del Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017) e, perciò, si riferiscono a norme interne diverse dall'art. 57 del suddetto Codice, che è, invece, la disposizione applicabile alla presente controversia, in quanto è sulla base di essa che sono stati emanati gli atti di gara oggetto di impugnativa. Analogamente, la normativa comunitaria da esse applicata (la direttiva n. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004) non è quella di cui si lamenta la violazione nel caso di specie.

3. Per la medesima ragione, non si ritiene di poter trarre elementi decisivi neppure dalle pronunce di questa Sezione che hanno escluso il carattere discriminatorio della preclusione alle cooperative sociali della partecipazione alle procedure per l'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario ordinario e di emergenza/urgenza (C.d.S., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 4902; 28 luglio 2016, n. 3615; 26 giugno 2015, n. 3208), appunto perché riferite al previgente contesto normativo eurounitario ed interno.

4. Neppure supporta le tesi dell'Azienda appellata la recente sentenza di questa Sezione n. 3131/2019 del 14 maggio 2019. Questa, infatti, si è occupata della distinta questione del rapporto, nella Regione Veneto, tra la legislazione regionale (l'art. 5, comma 1, della l.r. n. 26/2012), la quale ha imposto alle Aziende Sanitarie l'obbligo di affidare con convenzione alle associazioni di volontariato la gestione del servizio del trasporto sanitario di urgenza, e la normativa statale (l'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017), che invece prevede la possibilità di un tale affidamento, reso così facoltativo.

5. Al contrario, vi sono vari argomenti desumibili dalla giurisprudenza europea ed interna più recenti che possono indurre a valutare la contrarietà alla direttiva n. 2014/24/UE dell'art. 57 cit. e, dunque, della legge di gara, che ad esso si è conformata, nella parte in cui preclude alla Cooperativa appellante la partecipazione alla procedura.

6. In primo luogo si rammenta come, secondo la già citata sentenza della Corte di Giustizia dell'UE "Falck Rettungsdienste GmbH e a./Stadt Solingen" del 21 marzo 2019, costituiscono "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" ai sensi dell'art. 10, lett. h), della Direttiva le organizzazioni e le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, prive di finalità commerciali, e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere il loro obiettivo. La Corte sottolinea che l'elemento dirimente, nella predetta disposizione, è il perseguimento di uno scopo non lucrativo e la mancanza di finalità lucrative connota la Cooperativa appellante: ciò è enunciato espressamente dall'art. 6 dello statuto della Italy Emergenza, in base al quale "La cooperativa sociale opera senza finalità lucrative e persegue l'interesse generale della comunità alla

promozione umana ed all'integrazione sociale attraverso: la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi (art. 1 legge 381/91, lettera a) (.....)". Il riferimento in senso contrario fatto dalla A.S.L. B.A.T. all'art. 5 del medesimo statuto, che stabilisce al punto 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", non può dirsi probante, trattandosi di previsione riproduttiva della disciplina in materia di mutualità prevalente dettata dall'art. 2514 c.c. (v. supra, parag. C, punto 8).

7. Si potrebbe nondimeno obiettare che le cooperative sociali non possono essere equiparate, ai fini che qui rilevano, alle associazioni di volontariato perché le prime, pur se finalizzate al perseguimento degli obiettivi dell'integrazione e promozione sociale senza scopo di lucro, producono comunque un vantaggio economico per i soggetti che ne fanno parte, mentre le seconde non attribuiscono neanche un'utilità economica indiretta agli associati (i quali prestano l'attività in modo volontario, spontaneo e necessariamente gratuito). In quest'ottica, la Sezione ha sottolineato che le cooperative sociali 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 quanti fanno parte della cooperativa (C.d.S., Sez. III, ord. n. 5313 dell'11 settembre 2020); esse perseguono una finalità imprenditoriale, ancorché caratterizzata da scopo mutualistico, e ciò le differenzia dalle organizzazioni di volontariato. 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".

8. A queste obiezioni, però, può replicarsi che pare dubbia l'esclusione delle cooperative sociali dal novero dei soggetti legittimati a svolgere i servizi di cui all'art. 10, lett. h), della Direttiva, che la Direttiva stessa esonera dall'assoggettamento alla disciplina da essa dettata in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Ciò, sia per ragioni di ordine letterale, in quanto la menzionata lett. h) – al pari del "considerando" 28 della Direttiva – parla di "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" e, quindi, utilizza una nozione con un'estensione che non pare limitata alle sole associazioni di volontariato; sia per ragioni di ordine logico e sistematico, alla luce del consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'assenza del fine di lucro non osta di per sé alla partecipazione agli appalti pubblici, atteso che la nozione comunitaria di imprenditore

non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116): indirizzo che pone sullo stesso piano, ai fini della predetta partecipazione, le cooperative sociali e le associazioni di volontariato, cosicché è logico che le stesse – per identità di ratio – siano collocate sullo stesso piano anche quando si tratti di prevedere per esse, in relazione a taluni servizi, un regime di favor, con esonero dall'assoggettamento alle regole sull'evidenza pubblica.

9. È utile qui rammentare che lo stesso Giudice pugliese, in un precedente arresto, ha avuto modo di affermare, richiamando taluni precedenti di questo Consiglio di Stato, che “il c.d. “principio dell'utile necessario” trova condivisibile fondamento nella ragion d'essere delle società con scopo di lucro e, più in generale, dei soggetti economici che operano sul mercato in una logica strettamente economica di conseguimento di un profitto” e che “nelle gare pubbliche, diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, l'offerta con un utile risibile o, ancora, senza utile, presentata da un soggetto che tale utile non persegue (onlus, cooperative sociali) non è, solo per questo, anomala o inaffidabile in quanto non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio stricto sensu economico” (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 aprile 2018, n. 554).

10. Ma se così è e se dunque le cooperative sociali rientrano nelle previsioni del “considerando” 28 e dell'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24//UE, è dubbia la conformità a dette previsioni della disciplina dettata dall'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, nella parte in cui riserva alle associazioni di volontariato la possibilità “in via prioritaria” dell'affidamento tramite convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, senza contemplare le imprese sociali. La distinzione che fa sul punto il T.A.R. e su cui insiste l'appellata, tra ambito oggettivo di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici – cui avrebbero riguardo l'art. 10, lett. h), della Direttiva e l'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 50/2016 che ne costituisce la trasfusione nel diritto interno – ed ambito soggettivo di affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza – cui si riferirebbe, invece, l'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 – lascia perplessi. Infatti le due disposizioni si mostrano tra loro strettamente connesse, sol che si consideri che l'esclusione delle cooperative sociali dall'affidamento tramite convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, fa sì che per le citate cooperative l'affidamento di detto servizio non possa che avvenire attraverso l'evidenza pubblica: ciò in contrasto con l'eccezione prevista dall'art. 10, lett. h), della Direttiva (e dall'art. 17, comma 1, lett. h) del Codice degli appalti).

11. *In altre parole, al di fuori degli stretti ambiti in cui è ammesso lo strumento convenzionale, resta obbligatoria la modalità pubblicistica dell'appalto di servizi e ciò sia sul piano oggettivo, per servizi di trasporto sanitario che non possano qualificarsi come "d'emergenza" (C.d.S., Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139), sia sul piano soggettivo, visto che la deroga al regime dell'evidenza pubblica fissata dall'art. 10, lett. b), della direttiva n. 2014/24/UE si limita alle sole "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro". Lo stesso art. 57 del d.lgs. n. 117 cit. prevede la possibilità "in via prioritaria" – cioè prima dell'esperimento di una procedura di evidenza pubblica – dell'affidamento del servizio per cui è causa mediante convenzione, il che sta a dire che ove la "via prioritaria" risulti per qualsiasi motivo non praticabile, l'affidamento avverrà comunque tramite gara pubblica (cfr. C.d.S., Sez. III, n. 3131/2019, cit.). Ma, allora, riservare alle sole associazioni di volontariato l'affidamento mediante convenzione del servizio di trasporto sanitario d'emergenza – come fa l'art. 57 cit. – significherebbe che tutte le altre organizzazioni non lucrative, sebbene per esse il ricorso all'evidenza pubblica sia escluso dalla normativa comunitaria, possono divenire affidatarie del servizio in discorso, in base alla predetta normativa interna, solo attraverso il ricorso all'evidenza pubblica: con il che, però, l'art. 57 del Codice del Terzo settore parrebbe in contrasto con il "considerando" 28 e con l'art. 10, comma 1, lett. b), della Direttiva, limitando, per il servizio in esame, la deroga al regime dell'evidenza pubblica ad una sola delle tipologie di "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" previste dalla Direttiva stessa, cioè alle sole associazioni di volontariato.*

12. *Sotto distinto e concorrente profilo, non persuade nemmeno l'accento posto dal primo giudice e dall'Azienda Sanitaria sulla diversità tra associazioni di volontariato e cooperative sociali per il fine mutualistico che queste ultime perseguono, che giustificherebbe la riserva del convenzionamento alle prime. Ancora di recente, infatti, la Corte di Giustizia dell'UE, con sentenza della Sezione IV del 10 settembre 2020 resa in C-367/2019 (che al parag. 26 richiama taluni precedenti del 2012, del 2013 e del 2018), ha evidenziato come nella nozione di appalto pubblico, quale contratto a titolo oneroso, rientri anche il contratto in cui sia previsto quale corrispettivo il solo rimborso delle spese sostenute. Di tal che anche la caratteristica enfatizzata dal T.A.R. e dall'A.S.L. B.A.T. – cioè che soltanto nelle associazioni di volontariato manca qualunque vantaggio economico degli appartenenti all'ente, per i quali vige soltanto il rimborso delle spese – perde di valore ai fini di giustificare sul piano del diritto comunitario il più favorevole trattamento rispetto alle cooperative sociali: ciò, a prescindere dalla sua idoneità a giustificare tale diverso trattamento sul piano del diritto interno.*

13. Mette conto rimarcare un ulteriore elemento idoneo a sfumare le differenze tra le due tipologie di organizzazione non lucrativa per quanto qui interessa, e cioè che, come le associazioni di volontariato possono avvalersi di lavoratori, così le cooperative sociali possono avere soci volontari, a cui viene corrisposto solo il rimborso delle spese (v. art. 2 della l. n. 381/1991).

14. Da quanto fin qui detto discende, dunque, il persistere di dubbi circa la compatibilità con il diritto eurounitario della riserva di cui all'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017: dubbi che, come si è sopra visto, la stessa sentenza della Corte costituzionale n. 255/2020 alimenta, mettendo a confronto la restrizione del campo degli affidatari effettuata dal Legislatore italiano rispetto alla normativa europea, recepita dal Codice dei contratti pubblici, che include il servizio in questione tra quelli per i quali è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica. Né le perplessità possono essere superate in ragione del carattere solo facoltativo, nella normativa nazionale, dell'affidamento mediante convenzione (l'art. 57 parla di "possibilità"), poiché la mancata inclusione delle cooperative sociali tra i soggetti che beneficiano di tale possibilità giustifica ex se i dubbi di compatibilità comunitaria. """

17.- INTEGRAZIONE DEL QUESITO DI CUI ALL'ORDINANZA n. 536 del 2021

Tanto premesso, ritiene il Collegio che le argomentazioni poste a fondamento del quesito sottoposto alla Corte con l'ordinanza n. 536 del 2021 vadano integrate al fine di chiarire ulteriormente se nella deroga al regime dell'evidenza pubblica fissata dall'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE che concerne le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" vanno ricomprese anche le cooperative, quali la ricorrente, che distribuiscono utili sotto forma di ristorni.

In altri termini, va tenuto conto ai fini della individuazione del carattere "non lucrativo" della Cooperativa della disposizione di cui all'art. 3 c. 2-bis D.Lgs. n. 112/2017, introdotto dall'art. 3, comma 1, del D.lgs. n. 95 del 20 luglio 2018, che così dispone: "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."

L'art. 2545-sexies del codice civile così dispone: *“L'atto costitutivo determina i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici.*

Le cooperative devono riportare separatamente nel bilancio i dati relativi all'attività svolta con i soci, distinguendo eventualmente le diverse gestioni mutualistiche.

L'assemblea può deliberare la ripartizione dei ristorni a ciascun socio anche mediante aumento proporzionale delle rispettive quote o con l'emissione di nuove azioni, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2525, ovvero mediante l'emissione di strumenti finanziari.”

La Relazione illustrativa del decreto legislativo n. 6/2006, recante: "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366", ha messo in evidenza come il ristorno non sia stato configurato come una pretesa assoluta o un diritto soggettivo dei cooperatori, ma rimesso alla previsione degli statuti in quanto un ipotetico diritto a condizioni di favore (risparmio di spesa o aumento di retribuzione) potrebbe porsi in contrasto con la protezione dell'interesse sociale e potrebbe indurre i soci a porsi in posizione di alterità o di antagonismo rispetto alla cooperativa. Per una corretta attuazione della politica del ristorno è stato previsto un minimo di distinzione contabile tra dati relativi alla attività con i soci e dati afferenti alla attività con i terzi. Infine, è stata consentita la corresponsione di ristorni mediante aumento di capitale o attribuzione di strumenti finanziari.

I ristorni, come evidenziato dalla Corte di Cassazione, *“costituiscono uno degli strumenti tecnici per attribuire ai soci il vantaggio mutualistico”* ed *“hanno 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”* (Cass. civ., sez. I, 8 settembre 1999, n. 9513; Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2015, n.10641).

L'unica differenza rispetto ai dividendi è il criterio di riparto, ma le somme attribuite ai soci a titolo di ristorni sarebbero utili d'esercizio.

Per quanto qui rileva, lo statuto di Italy, all'art. 34 “Ristorni” prevede che *“L'assemblea, su proposta dell'organo amministrativo, potrà deliberare l'erogazione di ristorni, in misura non superiore al 30% dei trattamenti economici complessivi spettanti ai soci lavoratori.*

I ristorni dovranno essere ripartiti in proporzione alla quantità e/o qualità delle prestazioni lavorative erogate dai soci sulla base di quanto disposto dai regolamenti interni.

L'erogazione potrà avvenire, in base alle decisioni dell'assemblea, mediante:

-integrazioni dei compensi

-aumento gratuito del capitale sociale.

Le somme ristornate ai soci possono essere utilizzate anche per l'attivazione del prestito sociale.

Comunque l'attribuzione del ristorno deve rendere possibile l'accantonamento e il pagamento di cui ai punti a) e b) dell'articolo 35 del presente statuto”.

L'art. 35, “Destinazione utile”, nella parte richiamata, prevede che in presenza di utile di esercizio si dovranno prevedere le disposizioni di legge: a) a riserva legale indivisibile nella misura non inferiore al trenta per cento; b) al Fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione di cui all'art. 11 della legge 31.01.92 n.59, nella misura prevista dalla legge medesima.”(lett. a. e b.).

Dunque, sorge il dubbio se la possibilità per le cooperative, seppur parziale, disciplinata dallo statuto, di non reinvestire parte degli utili, ma di distribuirli ai soci, sotto forma di ristorni, determini l'esclusione delle cooperative stesse dal novero delle associazioni senza scopo di lucro e, dunque, dal novero delle associazioni che andrebbero ricomprese tra gli affidatari dei servizi in convenzione di cui all'art. 57 D. lgs. n. 117/2017 (ove la Corte ritenesse che l'art. 57 debba prevedere una platea di soggetti affidatari più ampia dell'attuale) dovendosi considerare, alla luce del precedente della Corte sopra richiamato (sentenza “Falck” del 21 marzo 2019 in C-465/17) il reinvestimento degli eventuali utili uno degli imprescindibili requisiti di esclusione di cui all'art. 10 lett. h) della Direttiva 2014/24/UE.

18. -Quanto alla possibilità delle cooperative sociali, invece, di distribuire almeno in parte ai soci dividendi, addirittura con uno spread fino al 2,5% sui tassi dei buoni postali (art. 3 c. 3 D.lgs. n. 112/2017) si rinvia alle considerazioni già svolte dall'ordinanza di questa Sezione n. 536/2021, al punto 6, sopra riportato testualmente.

19.- In conclusione, per le ragioni esposte, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale solleva questione di pregiudizialità invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., a pronunciarsi sul seguente quesito:

“se l’art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24 UE – e con esso il “considerando” 28 di tale direttiva – osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato – sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l’espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad 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 – senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative, ivi comprese le cooperative sociali che gestiscono la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale, ai sensi dell’art. 3, comma 2, bis D.lgs 112 del 2017 ”.

20.- Ai sensi delle “Raccomandazioni all’attenzione dei Giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” 2012/C 338/01 pubblicate nella G.U.C.E. del 6 novembre 2012, vanno trasmessi in copia alla cancelleria della Corte, mediante plico raccomandato, i seguenti atti:

- 1) i provvedimenti impugnati con il ricorso di primo grado;
- 2) il ricorso di primo grado;
- 3) la sentenza del T.A.R. per la Calabria appellata;
- 4) l’atto di appello e le memorie difensive dell’appellante, l’atto di intervento, nonché i documenti versati in atti dalle parti, (con riguardo allo statuto di Italy si rinvia alla produzione allegata all’ordinanza n. 536/2021);
- 5) la presente ordinanza;
- 6) la copia delle norme nazionali citate nel corpo dell’ordinanza e in particolare nei paragrafi C, D ed E, nonché al n.17.

3. Il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione dell’incidente eurounitario, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto (ricorso n. 6534/2020), così provvede:

- 1) dispone a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con copia degli atti ivi indicati;
- 2) dispone la sospensione del presente giudizio;
- 3) riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE
Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO