

ANPAS nota tecnica in ordine alla compatibilità dell'art.57 Decreto legislativo su Codice Terzo settore con le norme della Unione Europea.

A cura dei consulenti Avvocato Tamburini, Avvocato Damonte, Professoressa Albanese

(22 maggio 2017)

1-Si discute sulla possibilità che l'art. 57 del codice del terzo settore , nella versione provvisoria che conosciamo , sia compatibile con i principi enunciati nelle sentenze “Spezzino” e “Casta” che , come noto, hanno riconosciuto la compatibilità dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario, d'urgenza e *secondario*, con il diritto dell'Unione europea. *L'obiezione si fonderebbe sulla tesi secondo cui le due sentenze sarebbero state emanate nella vigenza della direttiva CE 18/2004, abrogata dalla direttiva 24/2014, talché i loro enunciati, si assume, non potrebbero trovare applicazione nel nuovo contesto normativo;*

2.-L'affidamento diretto non ha trovato, come noto, espressione normativa nel decreto legislativo 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), benché ANAC, già con la deliberazione 32 del 20 gennaio 2016 (pag. 15), avesse dato indicazioni interpretative - in conformità alla sentenza Spezzino - sulla ammissibilità dell'affidamento diretto alle ODV in possesso dei requisiti della L.266/91 (la sentenza “Casta” sul trasporto sanitario secondario veniva pubblicata il successivo 28 gennaio 2016);

3.- Tale omissione tuttavia non incide sulla efficacia delle sentenze predette, i principi delle quali, invece, mantengono la loro piena validità anche nel mutato quadro normativo di riferimento costituito dalla direttiva 24/2014 di cui il dlgs 50/2016 costituisce attuazione;

4.- La lettura delle sentenze rende infatti evidente che l'esplicito e, in parte, nuovo orientamento espresso dalla Corte di giustizia sull'affidamento diretto alle ODV, è stato anticipato proprio dai contenuti della direttiva 24/2014, menzionata infatti in entrambe le sentenze .

5.-In particolare la sentenza C-50/2014 “ Casta” (p.to 26) richiama le considerazioni del giudice del rinvio per il quale il legislatore comunitario, in sede di adozione della direttiva 2014/24, aveva precisato che “ *la preservazione della particolare natura degli organismi senza scopo di lucro è difficilmente compatibile con la partecipazione a una selezione nell'ambito di una gara d'appalto e che, per il fatto stesso del ricorso a manodopera volontaria, un'offerta proveniente da un'organizzazione di volontariato sarebbe difficilmente comparabile a quella di un operatore economico tradizionale*”.

6.- Il giudice del rinvio alludeva ai lavori preparatori della direttiva che già fornivano indicazioni univoche in ordine alla deroga dell'evidenza pubbliche per gli affidamenti di cui si discute :

“La valutazione dell'impatto e dell'efficacia della normativa UE in materia di appalti pubblici ha evidenziato che i servizi sociali, sanitari e scolastici presentano caratteristiche specifiche che rendono inappropriata l'applicazione delle norme sugli appalti pubblici di servizi a questi settori. Si tratta di servizi generalmente forniti in un particolare contesto, che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro, a causa delle diverse tradizioni amministrative, organizzative e culturali”

(pag. 11) .

7- Orientamenti che poi si sono riversati puntualmente nel testo definitivo della direttiva 2014/24. Che ha infatti ricordato, nei suoi *consideranda* gli ampi spazi di autonomia che il diritto dell'Unione, riconosce agli Stati membri, nella regolazione dei servizi di interesse economico generale (considerando 6 e 7) e, per i servizi alla persona, precisando *che gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato*” chiedendo loro *“solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza di parità di trattamento..”*, in un quadro che assicuri la qualità dei servizi sociali. Considerazioni che, per espresso rinvio, poggiano sull'articolo 14 del TFUE, il quale annette ai servizi in parola il ruolo della *“promozione della coesione sociale territoriale”* e preserva l'equilibrio tra l'apertura dei servizi di interesse generale alla concorrenza e la salvaguardia di esigenze di natura sociale imponendo sia all'Unione che agli Stati membri, in base alle competenze, di provvedere *“affinché tali servizi funzionino in base ai principi condizioni, in particolare economiche finanziarie che consentano loro di assolvere i propri compiti”*.

8.- E del tutto evidente che, anche alla luce di questi presupposti, entrambe le sentenze sono perfettamente compatibili anche con la direttiva 24/2014 la quale, in modo ancor più esplicito che nel precedente con testo normativo, consente alle ODV la deroga all'affidamento mediante appalto.

9.- La sostanziale coincidenza dei principi affermati dalla due sentenze a fronte di due fattispecie diverse quali sono il trasporto sanitario di urgenza e secondario, consente di affermare la piena compatibilità dell'art. 57 con l'ordinamento dell'Unione ed anche per questo non si ravvisano motivi per un diverso trattamento delle due tipologie ;

10.- Vi sono peraltro motivi sostanziali che giustificano un trattamento unitario delle diverse categorie di servizi di trasporto sanitario, facendo esse parte di un sistema che va considerato in forma integrata .

Infatti, il sistema territoriale di soccorso sanitario non deve essere confuso e limitato al solo sistema territoriale all'emergenza ed urgenza ma comprende diverse tipologie di soccorso tutte meritevoli dello stesso trattamento tra cui per esempio:

A) tutti i servizi di trasporto previsti nei livelli essenziali di assistenza (LEA), effettuati tramite ambulanza o mezzi equiparati;

B) tutti i servizi di trasporto nei quali le condizioni cliniche del paziente richiedono esclusivamente l'utilizzo di un'ambulanza e/o mezzo adeguatamente attrezzato in relazione alle esigenze di assistenza al paziente, la necessità dell'assistenza "in itinere" con personale sanitario o altro personale adeguatamente formato, nonché la garanzia della continuità delle cure al fine di non interrompere il percorso assistenziale già intrapreso;

C) tutti i servizi di trasporto di organi e di sangue

Sul punto la giurisprudenza nazionale, tenuto conto anche di quanto espresso dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea (Cfr. CGE, sez III, 29/A/2010 n. C-190/08), ha stabilito che “i servizi pubblici di soccorso comprendono, oltre ai servizi di trasporto medico d’urgenza, i servizi di trasporto sanitario qualificato” (C.d.S., sezione III, 7/2/2013, N.2477).

A conferma di quanto sopra, anche la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire più volte che i servizi pubblici di soccorso comprendono non solo il trasporto medico d’urgenza ma anche i servizi di trasporto qualificato consistenti nel trasferimento mediante veicoli di persone malate, infortunate o comunque bisognose di assistenza, la cui situazione non riveste carattere di emergenza (Cfr. Corte di Giustizia CE, Sez. III, n. 160, 29 aprile 2010).

Nel medesimo senso, il Consiglio di Stato con riferimento all’applicazione dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia con la sentenza C-113/13 ha stabilito che “Se è vero, infatti, che la predetta pronuncia si è limitata ad affermare la compatibilità con il diritto europeo dell’affidamento diretto e prioritario alle associazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza (in coerenza, peraltro, con i contenuti del quesito formulato con il rinvio pregiudiziale), è pur vero che anche il trasporto sanitario ordinario obbedisce alle medesime esigenze di tutela equilibrata e proporzionata della salute della collettività, della solidarietà sociale e dell’efficienza di bilancio che giustificano la modalità organizzativa in questione (Cons. St., sez. III, n.3615/2016 cit.). A ben vedere, infatti, per un verso, anche il trasporto ordinario resta connotato da un’inscindibile strumentalità a una gestione efficiente e pienamente soddisfattiva dei servizi sanitari e, per un altro, la giustificazione

della deroga in questione (rispetto al regime ordinario di affidamento degli appalti pubblici) dev'essere individuata, non tanto nell'immediatezza e nell'indefettibilità della prestazione (come sostiene la cooperativa appellante), quanto nella finalizzazione del modulo organizzativo in esame al perseguimento, in via contestuale ed equilibrata, degli obiettivi di solidarietà sociale e di disciplina di bilancio (che resta, ovviamente, ravvisabile anche con riguardo ai servizi di trasporto ordinario)" (C.d.S., Sez. III, 10 novembre 2016 n. 4902).

11.- Non è di impedimento all'affidamento diretto neppure l'attuale sistema positivo.

Come noto l'articolo 17 del Codice, nell'indicare i casi di esclusione per gli appalti e le concessioni di servizi, vi prevede alla lettera H), come eccezione all'esclusione; i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza che si stabilisce vengano aggiudicati, secondo le modalità indicate dall'articolo 142 del codice, in regime di gara "alleggerito". "Se il valore di servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza".

12.- Ne segue la duplice possibilità che l'aggiudicazione di tali servizi, secondo queste modalità, possa avvenire o in forma aperta a tutti soggetti interessati (*profit e non profit*) oppure, a discrezione della stazione appaltante, mediante procedura *riservata* ai soggetti indicati dall'art. 143 (e assimilabili, per condizioni soggettive, alle organizzazioni del terzo settore).

13.- Queste modalità di affidamento lasciano, tuttavia, impregiudicate le facoltà offerte agli Stati membri dalla direttiva 24/2014 la quale, al *considerando* 114, consente loro, da una parte, di perseguire obiettivi di semplificazione, fino ad ammettere "il ricorso a norme applicabili agli appalti di servizi non assoggettati al regime specifico" e, dall'altro, riconosce agli Stati membri e autorità pubbliche la libertà di affidare i servizi in assenza di procedure competitive. *Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio attraverso il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e non discriminazione*

14.- Queste facoltà, anche se non hanno trovato esplicita espressione normativa nel codice dei contratti, tuttavia appaiono confermare, in pieno, la compatibilità con il diritto dell'Unione delle norme di diritto interno sugli affidamenti in convenzione dei servizi alla persona: quelle cioè

disciplinate dalla L.266/1991 (art.7) e dalla L. 328/2000 (art. 5), in quanto si affermi che esse possano essere sottratte al regime competitivo del Codice. E ciò ben prima che tale riconoscimento fosse stato sancito, in via definitiva, dalle sentenze “Spezzino “e “Casta”.

15.- Si è dunque in presenza di un quadro normativo (europeo e nazionale) che non sembra lasciare dubbi sulla legittimità dell’affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario in ambulanza, ancorché questa modalità non trovi esplicita menzione nel codice dei contratti; omissione da rilevare atteso che la prassi amministrativa tende ad affidare tali servizi, in prevalenza, alle organizzazioni di volontariato (Anpas, Misericordie, Croce Rossa Italiana), mediante affidamento diretto.

16.- E’ innegabile inoltre che l’affidamento tramite gara, pure ammesso, sia, per molti aspetti, *dissonante* rispetto alla natura delle associazioni, alla loro posizione nel sistema come espressione diretta di valori costituzionali, ed al ruolo che esse svolgono nei territori.

Tale situazione, ove non trovi adeguate indicazioni, almeno interpretative può seriamente compromettere un patrimonio di valori e di competenze che è alla base dell’attività delle OdV nel settore delicato del trasporto sanitario, e che costituisce, per la loro presenza capillare, un importante fattore di coesione sociale la cui valorizzazione, come si è visto, è preciso impegno normativo delle Istituzioni.

17.- L’esame delle norme del Codice (D.Lgs.50/2016) conferma queste preoccupazioni, anche con riguardo all’ipotesi, di più probabile applicazione, dell’affidamento dei servizi socio-sanitari e di trasporto sanitario, mediante gara riservata (art. 143). Basti in proposito rilevare che, tra i requisiti di partecipazione alle gare riservate, vi è quello per cui l’organizzazione partecipante non sia stata aggiudicataria di un appalto negli ultimi tre anni; requisito che, con ogni evidenza, prefigura, nell’ipotesi di affidamento, una periodica “amputazione” nei rapporti collaborativi delle OdV con la Pubblica Amministrazione, con prevedibile effetto negativo sulla coesione interna delle singole organizzazioni e sul loro rapporto con il territorio.

18.- A fronte di questa prospettiva gli affidamenti diretti, in linea generale, meritano invece di essere preservati in tendenziale continuità proprio in ragione del *fine solidaristico*, inerente allo scopo delle ODV (art. 2 Cost. art.2/1 L.266/91), e del loro ruolo nella *promozione della coesione sociale e territoriale* (art. 14, TFUE e art. 118 della Costituzione).

19.- Questo non costituisce, ovviamente, la inammissibile rivendicazione di una rendita di posizione, bensì il contenuto effettivo della scelta tra la gara di più operatori economici e l'affidamento diretto, che l'amministrazione affidataria deve esprimere in base a *motivate* ragioni. Stanti i valori in questione (solidarietà/ concorrenza) la scelta della PA non può, infatti, essere assunta in modo arbitrario, ma deve trovare fondamento su una attenta ponderazione dei presupposti e dei fatti che la legittimano.

20.- Ciò perché pare innegabile che il riconoscimento istituzionale dei valori di cui le OdV sono portatrici implichi che la Pubblica Amministrazione possa procedere agli affidamenti a mezzo gara solo nei limiti in cui ritenga, all'esito dell'istruttoria del caso, che l'interesse pubblico dell'affidamento tramite gara (riservata o non riservata che essa sia) prevalga sull'affidamento diretto. Tale adempimento appare dettato, oltre che dall'esigenza di dare conto del rispetto della gerarchia dei valori costituzionali menzionati, anche *dell'interesse erariale ad una corretta allocazione di denaro pubblico*, atteso che i costi del servizio delle OdV, stante il corrispettivo a rimborso delle sole spese, sono di regola minori di quelli proposti dagli altri operatori economici (ancorché possano appartenere agli enti del terzo settore). Il tema non è peraltro di mero contenuto economico (sebbene l'obiettivo del pareggio di bilancio sia uno dei motivi che la CGUE pone a condizione della deroga all'evidenza pubblica e trovi copertura costituzionale con l'art.81) poiché esso incide, proprio per il risparmio indotto, sulla effettività del diritto alla *universalità* del servizio; aspetto che, a sua volta, impinge negli art. 2, 3, 32 della Costituzione.

21- È peraltro da escludere che l'affidamento diretto previsto dall'articolo 57 costituisca un eccesso di delega. La previsione dell'affidamento diretto alle ODV si fonda infatti sull'art. 4 lettera o) della legge 106/2016, che prevede la possibilità del Governo di disciplinare criteri e modalità per l'affidamento dei servizi: *“lettera o) valorizzare il ruolo degli enti nella fase di programmazione, a livello territoriale, relativa anche al sistema integrato di interventi e servizi socio-assistenziali nonché di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale e individuare criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi d'interesse generale, improntati al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione e nel rispetto della disciplina europea e nazionale in materia di affidamento dei servizi di interesse generale, nonché criteri e modalità per la verifica dei risultati in termini di qualità e di efficacia delle prestazioni;* inoltre la lettera p) dello stesso art. 4 recita: *“riconoscere e valorizzare le reti associative di secondo livello, intese quali organizzazioni che associano enti del terzo settore, anche allo scopo di accrescere la loro rappresentatività presso i soggetti istituzionali”*