

Publicato il 30/10/2017

N. 00312/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00233/2017 REG.RIC.

 logo

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 233 del 2017, proposto da:

Fraternita di Misericordia di Pescara, in persona del Governatore
Presidente legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli
avvocati Luigi Peluso e Claudio Tamburini, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Luigi Peluso in Pescara, viale Marconi
n.375;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale di Pescara, in persona del Direttore
p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giulio Cerceo, presso il cui
studio domicilia in Pescara, viale G. D'Annunzio n. 142;

Regione Abruzzo, Commissario Acta Regione Abruzzo, Anac, in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge
dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliata in L'Aquila, presso
Complesso Monumentale di San Domenico;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale n. 1, Avezzano Sulmona L'Aquila;

Azienda Sanitaria Locale n. 2, Lanciano Vasto Chieti;

Azienda Sanitaria Locale n. 4 Teramo non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

1.- del bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana 5[^] serie speciale, contratti pubblici, numero 61 del 29 maggio 2017 avente ad oggetto “gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs n. 50/ 2016 per l'affidamento dei servizi di ambulanza”

- degli atti di procedura di gara ed in particolare:

2- della delibera direttoriale 16 maggio 2017 numero 446, azienda U.s.l. Pescara, avente ad oggetto l'indizione di una gara di appalto mediante procedura aperta ai sensi dell'articolo 60 del dlgs .50 del 2016, finalizzata alla conclusione, ai sensi dell'art. 54 del dlgs. 50-2016, di numero 4 accordi quadro finalizzati all'appalto dei servizi di soccorso in emergenza con ambulanza con soccorritori, di trasporto ordinario (ospedalieri ed extra ospedalieri) con ambulanza con soccorritori, di posto medico avanzato (PMA), ad aggiudicazione distinta e separata; comprensivo dell'allegato A) alla predetta delibera con la quale il dirigente responsabile Uoc approvvigionamento beni e servizi, con atto senza data, propone di indire la gara d'appalto di cui al punto che precede;

3.-del Disciplinare di gara mediante procedura aperta indetta ai sensi degli artt. 60 e 54 del dlgs. 59/2016 e smi, finalizzata all'acquisizione mediante sottoscrizione di numero 4 accordi quadro di servizi di ambulanza (cpv: 85143000-3); CIG lotto 1. 7086460 BC7; CIG lotto 2 70865050ED; lotto 3 7086582078; lotto 4 708662866C;

4.- dello schema dell'offerta economica relativi ai quattro lotti messi a gara;

5.- del capitolato speciale per la disciplina dei servizi di soccorso in emergenza con ambulanza con soccorritori, trasporto ordinario (ospedalieri ed extra ospedalieri) con ambulanza con soccorritori, e di “posto medico avanzato”;

6.-delle autodichiarazioni allegate e nello specifico :

-della dichiarazione di messa a disposizione del requisito dell'impresa ausiliaria;

-dell'autocertificazione in ordine al possesso dei requisiti previsti dall'allegato XVII al decreto legislativo 81/2008;

-del modello di formulario per il documento di gara unico europeo (DGUE);

-del documento di partecipazione rilasciato anche ai sensi degli articoli 46 e 47 del d.p.r. 445 2000 l'ammissione alla gara procedura aperta ai sensi del decreto legislativo 50/ 2016 e smi dell'affidamento dei servizi di trasporto con ambulanza con soccorritori;

-dei documenti tutti anche come rettificati dagli atti di seguito richiamati:

7.- della determinazione dirigenziale numero 472 /ABS del 31 maggio 2017 avente ad oggetto “rettifica delle basi d'asta relativamente lotti 1 e 2 della gara d'appalto indetta con deliberazione 446 del 16 maggio 2017” con la quale dispone di rettificare le basi d'asta relativamente lotti 1 e 2 della gara d'appalto indetta con deliberazione 446 del 16 maggio 2017, e dell'avviso di rettifica pubblicato sulla GURI n. 65 del 9/06/2017 nonché del chiarimento del 31/05/2017 ad ore 14:48:51;

nonché dei conseguenti atti rettificati ed in particolare

8.-del disciplinare di gara, rettificato, mediante procedura aperta, indetta ai sensi dell'articolo 60 e 54 del decreto legislativo 50 2016 finalizzata all'acquisizione mediante sottoscrizione di numero quattro accordi quadro di servizi di ambulanza,, modificato nei termini di scadenza per offerte, chiarimenti, e il loro pubblicazione, che indica come data di pubblicazione la Gazzetta Ufficiale numero 61 del 29 maggio 2017;

- degli schemi dell'offerta economica per i lotti messi a gara

9.-del capitolato speciale per la disciplina dei servizi di soccorso in emergenza con ambulanza con soccorritori, trasporto ordinario (ospedalieri ed extra ospedalieri) con ambulanza con soccorritori, e di “posto medico avanzato”

10.-nonché, delle autodichiarazioni allegate e nello specifico:

-della dichiarazione di messa a disposizione del requisito dell'impresa ausiliaria;

-dell'autocertificazione in ordine al possesso dei requisiti previsti dall'allegato XVII al decreto legislativo 81/2008;

-del modello di formulario per il documento di gara unico europeo (DGUE);

-11. del documento di partecipazione rilasciato anche ai sensi degli articoli 46 e 47 del d.p.r. 445 2000 l'ammissione alla gara procedura aperta ai sensi del decreto legislativo 50/ 2016 e smi dell'affidamento dei servizi di trasporto con ambulanza con soccorritori; 11.- della nota pubblicata sul sito della USL recante “Avvisi :In tema di requisiti di idoneità professionale, si precisa che è richiesta l'immatricolazione dell'ambulanza in servizio di noleggio con conducente (NCC), ai sensi dell'art. 85, comma 3 del CdS e del del DM n. 137/2009, ovvero l'impegno al suo conseguimento

successivamente alla sottoscrizione del contratto, entro la data di concreto avvio del servizio (max 60 gg) viene, conseguentemente, eliminato ogni riferimento (contenuto nel Disciplinare e negli altri documenti in fosse riportato) alla "licenza di esercizio NCC rilasciata dal Comune

12.- del disciplinare di gara ulteriormente modificato il 22/06/2017 ore 14:01:39 alla pagina 3, Oggetto e durata dell'accordo quadro che sostituisce "ambulanze sulla base della licenza Comunale di esercizio" con "specificamente immatricolate" nonché cancella "la Licenza di esercizio viene rilasciata dal Comune, come prevista all'art. 83 c. 3 del C.d.S., senza alcuna limitazione anche a Società, oltre che a persone fisiche" nonché alla pagina 10, punto 1.3 Soggetti ammessi sostituisce la precedente dizione di cui al punto 3 con la seguente: " (per i lotti / sublotti 1, 2, e 3) : immatricolazione delle ambulanze in servizio di noleggio con conducente (NCC), ovvero, in alternativa dichiarazione di impegno al conseguimento dell'immatricolazione, entro la data di concreto avvio del servizio (max 60 giorni)".

13.- della nota pubblicata il 26.6.2017 ore 11:21:14 di 2° chiarimento sull'avviso in data 22 giugno 2017 a mezzo del quale si comunica l'eliminazione "di ogni riferimento (contenuto nel disciplinare e negli altri documenti in cui fosse riportato) alla "licenza di esercizio ncc rilasciata dal comune" dove in risposta alla richiesta di specificare se con lo stesso la Stazione Appaltante abbia inteso estendere la possibilità di partecipazione alla gara anche alle associazioni di volontariato etc, conferma la esclusione delle Organizzazioni di volontariato in quanto ha ritenuto non sussistenti nel bando di gara le condizioni per l'immatricolazione ad uso proprio.

14.- di tutti gli atti del procedimento, di ogni ulteriore atto presupposto, coordinato ,connesso e consequenziale ancorché incognito

nonché

15.-della deliberazione numero 176 del 18 febbraio 2015 con la quale l'amministrazione precedente ha indetto un dialogo tecnico finalizzato alla raccolta di manifestazioni di interesse da parte di operatori economici interessati all'acquisizione di servizi di trasporto sanitario, di soccorso ed emergenza, con i quali ha avviato una procedura di dialogo tecnico, ai sensi dell'VIII considerando della direttiva 2004-18-CE , quale confronto interlocutorio finalizzato a suscitare, da parte dei soggetti interessati, osservazioni e suggerimenti per una più compiuta conoscenza del mercato(...); alla raccolta di informazioni di ordine tecnico relativamente alle caratteristiche tecniche dei servizi e a far esplicitare eventuali riserve in merito , garantire la partecipazione;

nonché del documento descrittivo predisposto dall'amministrazione, incognito alla ricorrente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Pescara, della Regione Abruzzo, del Commissario Acta Regione Abruzzo e dell'Anac;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2017 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi l'avv. Claudio Tamburini per la parte ricorrente, l'avv. distrettuale dello Stato Massimo Lucci per le

Amministrazioni resistenti e l'avv. Giulio Cerceo per la ASL di Pescara;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n.233/2017 la ricorrente Fraternita di Misericordia di Pescara, quale organizzazione di volontariato riconosciuta ai sensi della legge regionale n. 266/1991, e titolare di convenzioni stipulate con l'Ausl di Pescara per il soccorso territoriale di emergenza e per il trasporto infermi, attualmente in regime di proroga, impugnava, chiedendone l'annullamento, gli atti di cui in epigrafe con cui l'Ausl di Pescara indiceva una gara pubblica per l'affidamento, tramite procedura aperta, dei servizi di soccorso in emergenza con ambulanza con soccorritori, di trasporto ordinario ospedalieri ed extraospedalieri con soccorritori, e di posto medico avanzato, nonché gli atti ad essi connessi e/o presupposti, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione di legge: violazione per falsa e/o erronea applicazione direttiva UE 24/2014 e d.lgs. 50/2016, violazione di legge: omessa applicazione articoli 2 e 118 Cost, omessa applicazione l.n. 833/78 art. 1 e art. 45, omessa e/o falsa applicazione della legge n. 266/1991, artt. 1,45,1,2,3,7, e l.r.n.37 del 12.08.1993, artt. 1 e 11, violazione dei principi enunciati nelle sentenze C-113/2013 (cd "Spezzino") sull'affidamento diretto del trasporto sanitario d'urgenza, e C-50/2014 (c.d.Casta") sull'affidamento del trasporto sanitario secondario.

Gli affidamenti diretti in convenzione alle Organizzazioni di volontariato hanno pieno fondamento in base alla legislazione

ordinaria ed ai principi costituzionali, dato che la causa giuridica del rapporto tra amministrazioni pubbliche ed organizzazioni di volontariato non è costituita da uno scambio economico, ma da una finalità di cooperazione per il perseguimento degli stessi fini di interesse generale, preordinati all'attuazione del principio di solidarietà sociale ai sensi dell'art. 2 Cost., mediante attività che attuano in concreto il principio di sussidiarietà orizzontale.

La giurisprudenza comunitaria riconosce pertanto la piena ammissibilità dell'affidamento diretto e senza pubblicità dei servizi di trasporto sanitario d'urgenza e di trasporto ordinario alle organizzazioni di volontariato che rispondano ai requisiti di cui alla legge n. 266/1991 e legge regionale n. 37/1993.

I principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria non trovano smentita né limitazione nel d.lgs. 50/2016 attuativo della direttiva UE 24/2014.

Il fatto che l'affidamento diretto non sia stato previsto nei due strumenti normativi conferma indirettamente l'estraneità di tale tipologia al circuito dell'attività commerciali in ambito competitivo, e trova giustificazione e fondamento nel riconoscimento operato dalla direttiva, nei considerando 6, 7 e 114, dell'autonomia degli Stati membri nella regolazione dei servizi economici di interesse generale e per i servizi alla persona.

In sostanza gli affidamenti diretti, in linea con l'esigenza di preservare e valorizzare la funzione del volontariato, richiedono di essere preservati in tendenziale continuità nonché con l'obiettivo di attuare la promozione della coesione sociale e territoriale.

Pertanto la scelta discrezionale della pubblica amministrazione deve trovare fondamento su un'appropriata ponderazione dei presupposti

che la legittimano, e la stazione appaltante può procedere agli affidamenti tramite gara solo nei limiti in cui l'interesse pubblico all'affidamento con procedure di evidenza pubblica prevalga su quello posto a base di un affidamento diretto.

Nella specie, dalla motivazione del provvedimento, non emergono in alcun modo elementi sufficienti per ritenere che sia stata fatta una scelta ponderata tra l'affidamento del servizio mediante gara e l'affidamento diretto all'associazione ricorrente, nonché alle altre organizzazioni di volontariato ed alla Croce Rossa che opera nel territorio della Asl.

2) Violazione di legge: ancora carenza di motivazione, art. 3 della legge n. 241/1990, violazione degli artt. 81, 97, 117 e 119 come modificati dalla legge costituzionale n. 1/2012, l.n. 243/2012, violazione di legge, violazione del principio di economicità, art. 1 della legge n. 241/1990, violazione di legge, art. 3 della legge n. 241/1990, carenza di motivazione, art. 97 della Cost.;

L'obbligo di motivazione nella specie è dettato anche dall'interesse erariale ad una corretta allocazione di ingenti risorse pubbliche, atteso che i costi del servizio delle organizzazioni di volontariato, stante l'utilizzazione prevalente di personale volontario, e di corrispettivi a rimborso spese ex artt. 7 della legge n. 266/1991, e 11 della legge regionale n.32/1993, sono strutturalmente inferiori a quelli di mercato i cui operatori mirano fisiologicamente alla realizzazione di un profitto. Il tema dell'efficienza economica e dell'equilibrio di bilancio sono tra le ragioni della deroga riconosciuta dalla Corte di Giustizia nella giurisprudenza citata, e trova previsione costituzionale nei principi di buon andamento, sostenibilità del debito pubblico sanciti dall'art. 97 Cost., e nella legge attuativa n.

243/2012, nonché collegati alla universalità del servizio che la Repubblica riconosce ai sensi degli artt. 2,3, e 32 Cost. Ciò specie tenendo conto che il trasporto sanitario rientra tra i livelli essenziali di assistenza previsti dal d.p.c.m. 12.01.2017, che l'affidamento tramite gara del servizio di trasporto di emergenza rispetto a quello in convenzione ha un differenziale di costo molto elevato, e che il settore della Sanità pubblica è in deficit strutturale, ed ancor più la Regione Abruzzo è sottoposta ad un piano di rientro dal disavanzo sanitario secondo un accordo stipulato tra la Giunta Regionale, il Ministro della Salute e il Ministro dell'Economia e delle Finanze, e, come tutte le amministrazioni pubbliche, è obbligata ad assicurare l'equilibrio di bilancio ai sensi della legge costituzionale n. 1/2012.

3) Violazione di legge: violazione per falsa e/o erronea applicazione dell'art. 85 del codice della Strada, articolo 244 regolamento codice della strada, violazione decreto ministeriale 137 del 2009, violazione circolare Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti prot. n. 443325 del 9.05.2007 e circolare 109636 del 21.12.2009, violazione della legge n.266/1991, e legge regionale n. 32/1993, violazione di legge, violazione per omessa applicazione del d.lgs. 50/2016 e direttiva UE 24/2014-art.106 TFUE;

L'azienda si è determinata illegittimamente a porre come condizione di partecipazione alla gara che i servizi di trasporto infermi oggetto dei lotti n.n. 1,2,e 3 siano da ascrivere alla tipologia di servizio di noleggio con conducente svolto con ambulanze sulla base della licenza comunale di esercizio ai sensi dell'art. 85 Codice della Strada e 244 del regolamento.

Tale discriminante preclude alle associazioni di volontariato ed alle altre categorie associative che operano a rimborso spese di

partecipare alla gara, poiché le autoambulanze in dotazione alle organizzazioni di volontariato, ai sensi della circolare 21.12.2009 del Ministero, sono immatricolate in uso proprio essendo utilizzate in assenza di corrispettivo, a differenza di quelle immatricolate per servizio di noleggio con conducente che riguardano le prestazioni di trasporto con corrispettivo. L'associazione ricorrente, come le altre organizzazioni di volontariato, ha pieno titolo, quale operatore economico, di partecipare alla gara come riconosciuto dalla giurisprudenza, stante l'indifferenza della natura giuridica dei soggetti che svolgono attività economiche, dato che anche gli organismi che agiscono senza fine di lucro possono essere qualificati imprese (cfr C.G.C.E. 17.02.1993, C-159/91 e C160/91; la nozione consolidata si trova ribadita sia nella direttiva 24/2014, considerando 14, che nel d.lgs. 50/2016, art. 3 comma 1, lettera p). Pertanto la clausola è patentemente illegittima violando l'art. 30 del Codice dei Contratti in tema di principi di libera concorrenza e non discriminazione. L'esclusione dalla gara per la mancanza della licenza NCC porterebbe alla conseguenza paradossale di escludere dalla competizione soggetti in condizione di fornire un servizio alla comunità locale in condizioni più vantaggiose rispetto agli altri operatori presenti sul mercato, e ad un costo che copre solo le spese sostenute.

4) Eccesso di potere: perplessità, contraddittorietà, illogicità;

E' contraddittoria e perplessa l'indicazione della durata dell'affidamento poiché la delibera direttoriale indica in tre anni la durata degli accordi quadro ed il capitolato speciale la determina in sette anni.

5) Violazione di legge: violazione dell'art. 68 del d.lgs. n.50/2016, violazione dell'art. 106 del TFUE;

Il capitolato speciale nella descrizione del vano sanitario ambulanza indica marchi di attrezzature come n.1 barella autocaricante con interfaccia Ferno e gancio 10 G Ferno preferibilmente Ferno 26) e n.1 Defibrillatore Physio Control LP 15 o LP 12, Ferno e Physio Control, ossia due marche completamente fungibili con altri modelli esistenti sul mercato con le medesime funzionalità.

L'indicazione costituisce impedimento alla partecipazione della ricorrente alla gara perché essa sulle proprie ambulanze ha in dotazione prodotti differenti ma con caratteristiche funzionali e qualitative superiori. L'indicazione delle marche e non delle caratteristiche del prodotto viola l'art. 68 comma IV secondo cui le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli operatori economici e non devono comportare ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

Sulla base dei motivi di cui sopra concludeva per l'annullamento degli atti impugnati con vittoria di spese.

Costituitasi l'Ausl di Pescara si opponeva al ricorso chiedendone il rigetto sul rilievo che:

- ai sensi della circolare n.5279 del 7.03.2002 della Direzione Regionale Sanità l'esercizio dell'attività di trasporto infermi non costituisce prerogativa esclusiva delle associazioni di volontariato;
- solo i servizi di emergenza/urgenza territoriale e trasporto infermi sono stati ritenuti suscettibili di essere riservati e assoggettati a convenzioni, come mero rimborso spese, con le associazioni di volontariato e Croce Rossa ai sensi del Decreto Commissario ad Acta della Regione Abruzzo n.42 del 2011 c.d. Decreto Baraldi;

- solo la Croce Rossa italiana ha usufruito della prerogativa di “esclusiva” concessa dal c.d. decreto Baraldi esercitando sulla base di una convenzione, mentre le altre organizzazioni sanitarie operano in virtù di autorizzazioni sanitarie;
- nel 2016 è stato sostenuto un costo di circa 1.000.000,00 di euro per i servizi di emergenza effettuati in regime di convenzionamento dalla Cri com. Penne, da altre articolazioni territoriali della medesima C.r.i., e da altre associazioni di volontariato, ed altre associazioni, ed € 1.200.000,00 per il settore dei trasporti non in emergenza e non in urgenza;
- ai sensi dell’art. 17 d.l.g.s. n. 50/2016 le disposizioni ivi previste non si applicano agli appalti ed alle concessioni di servizi ivi elencati forniti da organizzazioni ed associazioni senza scopo di lucro ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza che, pertanto, restano assoggettate alle disposizioni del Codice;
- con nota interpretativa prot. n.RA/114506 del 20.05.2016 il Dipartimento per la Salute ed il Welfare della Regione Abruzzo ribadisce che, in via di principio, i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza possono essere assegnati sulla base di una gara pubblica come stabilito dalla Direttiva UE 2004/18, oppure riservando il diritto di partecipare alle procedure per l’aggiudicazione di tali appalti alle organizzazioni di cui al comma II dell’art. 143 del nuovo Codice;
- l’Asl di Pescara non avrebbe potuto seguire la strada dell’appalto “riservato” ai sensi dell’art. 143 del d.l.gs. 50/2016 attesa l’assenza di indicazioni certe sul possesso preciso da parte della ricorrente dei requisiti ivi indicati alle lettere a), b) e c), e non potendo assegnare alla medesima organizzazione un appalto di servizi già assegnatole nell’ultimo triennio come previsto dalla lett d);

-il sistema delle convenzioni stipulate (in esclusiva) dalla pubblica amministrazione con le associazioni di volontariato accreditate è stato criticamente esaminato dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (segnalazioni AS385 del 29.11.2007 e AS487 del 18.11.2007) laddove non prevede alcuna forma di procedura competitiva e quindi non è compatibile con i principi di libera concorrenza, imparzialità, trasparenza e proporzionalità;

- il convenzionamento invocato dal Comitato ricorrente si risolverebbe in un affidamento di servizi senza gara pubblica, con rimborso di costi fissi e durevoli propri di un'attività imprenditoriale, con soglia superiore a quella della direttiva Ce 2004/18 che non possono essere affidati senza gara pubblica;

-l'azienda esistente ha agito nel rispetto del principio di parificazione delle condizioni di accesso alle gare per tutti gli operatori economici;

- la clausola sul possesso della licenza di esercizio di noleggio con conducente e/o l'immatricolazione dell'ambulanza in servizio di noleggio con conducente non è palesemente irragionevole poiché costituisce un requisito professionale conforme al contenuto della circolare Ministero dei Trasporti prot. n. 0109646 del 21.12.2009 con la previsione di un corrispettivo in favore dell'impresa aggiudicataria, perfettamente compatibile con la forma sociale della ricorrente che, compatibilmente con lo scopo sociale, è ammessa ad esercitare attività di impresa per il perseguimento del c.d. lucro oggettivo, potendo procurarsi il requisito in parola anche in un momento successivo, ossia, in caso di aggiudicazione della gara, come previsto dal bando, prima della data di avvio del servizio e dopo la stipula del contratto, entro un termine massimo di sessanta giorni;

- la scelta dei requisiti tecnici non può essere considerata irragionevole ma al più finalizzata a migliorare il servizio.

Sulla base di tali motivi concludeva per il rigetto del ricorso con ogni statuizione sulle spese.

Con ordinanza cautelare n.100/2017 veniva accolta la domanda di sospensione cautelare ai fini di una sollecita fissazione del giudizio nel merito.

Alla pubblica udienza di discussione del 20.10.2017 il ricorso veniva discusso ed introitato per la decisione.

2. Nel presente giudizio si controverte in ordine alla legittimità del bando di gara indetto dall'Asl di Pescara e pubblicato sulla G.u.r.i. n. 61 del 29.05.2017 per l'affidamento, tramite procedura aperta, dei servizi di soccorso in emergenza con ambulanza con soccorritori, di trasporto ordinario ospedalieri ed extraospedalieri con soccorritori, e di posto medico avanzato, per un valore totale stimato, di € 9.736.470,00, suddiviso in quattro lotti (di cui €5.228.062,80 per il Lotto 1 Servizio di Emergenza territoriale, €2.048.407,00 per il lotto 2 Servizio Trasporti secondari ospedalieri, € 2.280.000,00 per il Servizio Trasporti Secondari Extraospedalieri per il lotto 3, ed € 180.000,00 per il Servizio Posto Medico Avanzato Lotto 4). L'importo a base di gara con avviso di rettifica pubblicato sulla G.u.r.i. n. 65 del 9.06.2017 è stato poi elevato ad € 11.002.749,60 per effetto della rettifica dei lavori del Lotto 1 portato ad € 6.027.840,00 e del Lotto 2 a 2.414.909,60.

Parte ricorrente, quale organizzazione di volontariato associazione non lucrativa di utilità sociale, avendo in gestione in regime di proroga i servizi di cui alla gara oggetto di impugnazione, in via principale, censura la legittimità degli atti di indizione della gara in

oggetto sul presupposto che l'amministrazione intimata avrebbe dovuto procedere ad assegnare i servizi in argomento mediante affidamento diretto in convenzione.

2. Il ricorso è fondato e merita accoglimento nei limiti di seguito esposti.

Va innanzitutto precisato che le disposizioni richiamate dall'associazione ricorrente in ordine alla facoltà delle amministrazioni di stipulare convenzioni, devono essere interpretate sistematicamente nel contesto ordinamentale e tenuto conto della varietà dei compiti e funzioni demandate dalle legge e dai rispettivi Statuti alle associazioni c.d del terzo settore.

Infatti il settore socio sanitario nell'ambito del quale le amministrazioni possono avvalersi dello strumento della convenzione, come previsto, comprende una molteplicità eterogenea di compiti e funzioni proprie delle organizzazioni di volontariato, sì da non consentire la riconduzione ad unità del sistema, o ritenere lo strumento della convenzione utilizzabile per ogni tipo di servizio rientrante nelle funzioni dell'amministrazione sanitaria, indipendentemente dalle sue caratteristiche peculiari e dal modo in cui è inquadrato nella disciplina giuridica dell'ordinamento. Ciò, specie tenendo conto della natura e del rilievo dei beni interessi tutelati dalla normativa in esame, della necessità senza dubbio prioritaria di garantire livelli essenziali di assistenza per la tutela della salute umana, ed al contempo di contemperare tali esigenze primarie con i limiti imposti in materia di contenimento della spesa sanitaria. Il perseguimento di tali interessi nella materia della esternalizzazioni dei servizi sanitari a tutela della persona richiede altresì un doveroso bilanciamento che consenta di pervenire al miglior risultato in

termini di costi benefici, ed al contempo di bilanciare le aspettative di cui sono portatori gli operatori economici, che, a vario titolo, operano nel settore.

Occorre, inoltre, tener conto del rilievo primario che assume nella materia la normativa di derivazione comunitaria in tema di affidamento dei servizi sanitari e delle disposizioni, che di essa costituiscono recepimento, contenute nel codice dei contratti pubblici. Ed infatti il diritto comunitario si interessa dei servizi pubblici in quanto suscettibili di incidere sulla costruzione di un mercato unico europeo libero e concorrenziale, e, laddove ritenuti di interesse transfrontaliero, ne prevede la sottoposizione alle regole di concorrenza proprio poiché agiscono sul mercato e possono distorcerlo ove la legislazione interna consenta il permanere di situazioni di monopolio.

2.1 Il bando in oggetto, pubblicato sulla G.u.r.i. n. 61 del 29.05.2017, ricade nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016 e per esso della direttiva comunitaria n.2014/24/UE che disciplina la materia degli appalti pubblici, abrogando la direttiva 2004/18/CE. Nell'ambito del d.lgs. 50/2016 i "servizi di ambulanza" identificabili con il codice "CPV 85143000-3" rientrano, ai sensi dell'art. 17, comma 1 lett.h, tra i servizi che restano esclusi dalle disposizioni del codice, ma dalla detta esclusione sono esplicitamente eccettuati "i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza".

L'esclusione dei servizi in oggetto, e la sottoposizione pertanto al codice dei contratti pubblici, risale al contenuto della direttiva n.2014/24/UE, che, al 28mo considerando, stabilisce espressamente che si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che non dovrebbero essere esclusi i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, ossia,

quelli identificati con il codice CPV 85143000-3, i quali dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime c.d. alleggerito»). Di qui consegue, innanzitutto, che i servizi di trasporto di persone in ambulanza non rientrano nell'ambito di quelli esclusi dalle disposizioni del Codice degli Appalti ai sensi dell'art. 17 cit comma 1 lett h), ed anzi risultano espressamente stralciati dalle esclusioni ivi previste in favore di organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro. Inoltre essi, qualora di valore pari o superiore alla soglia comunitaria di 750.000,00 euro (art. 35 comma 1 lett. d)), come nella specie, ricadono nell'ambito della direttiva Ue 24/2014, Titolo III dedicato ai particolari regimi di appalto, che all'art. 74, per i servizi e gli altri servizi specifici di cui all'allegato XIV (ivi inclusi i servizi di ambulanza), prescrive che essi siano aggiudicati in conformità alle disposizioni ivi previste, secondo cui gli appalti devono essere aggiudicati o mediante un bando di gara o mediante un avviso di preinformazione senza pubblicazione da inviare agli operatori economici interessati. Nell'ambito del d.lgs. 50 cit. i servizi di ambulanza identificati con il CPV predetto, rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140,142, 143 e 144 del codice, e dell'art. 77 della direttiva 2014/24/UE, possono formare oggetto di appalti pubblici c.d. riservati a determinate categorie di soggetti economici ossia alle organizzazioni no-profit basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo dell'ente, e alle cooperative.

3. A sua volta la giurisprudenza comunitaria della Corte di Giustizia con la decisione n. 50 del 28.02.2016 causa C-50/14, nel riconoscere la compatibilità con la normativa comunitaria, dell'affidamento

diretto dei servizi di trasporto sanitario in questione in favore di organizzazioni non lucrative di utilità sociale subordinatamente al mero rimborso spese, ha ribadito, sulla base della normativa di cui alla precedente direttiva 18/2014 ora abrogata, che un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto o che tale contratto sia stipulato con un soggetto che non persegue fini di lucro (cfr punti 36 e 37 della decisione C.113/13).

Ha poi chiarito che, laddove sia pienamente applicabile la direttiva 2004/18, essa osta ad una normativa nazionale che consenta alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, a organizzazioni di volontariato.

Pertanto l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di un appalto a un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice di detto appalto costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto.

Un sistema di convenzioni con affidamento diretto conduce ad un risultato contrario ai menzionati obiettivi. In effetti, prevedendo che le amministrazioni pubbliche competenti facciano ricorso, tramite affidamento diretto, in via prioritaria alle associazioni di volontariato convenzionate per far fronte alle necessità nel settore di cui trattasi, una normativa siffatta esclude i soggetti non finalizzati al volontariato da una parte essenziale del mercato interessato. Salvo che sia giustificata da circostanze obiettive, una tale disparità di

trattamento costituirebbe una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, come tale vietata dagli artt. 49 e 56 del Trattato.

Nel riconoscere comunque la compatibilità con il trattato comunitario di un sistema di affidamento diretto sono stati quindi ravvisati dalla Corte pertanto una serie di limiti ben precisi a tutela delle prerogative della concorrenza e del mercato chiarendosi che se il ricorso al volontariato per l'organizzazione del servizio di trasporto sanitario può trovare motivazione nei principi di universalità e solidarietà, nonché in ragioni di efficienza economica ed adeguatezza (quali obiettivi presi comunque in considerazione dal diritto dell'Unione), tuttavia il sistema deve effettivamente contribuire alla finalità sociale ed al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. Al riguardo, ha precisato la Corte che un ostacolo alla libera prestazione dei servizi può trovare giustificazione qualora sussista un rischio di grave pregiudizio economico per l'equilibrio del sistema previdenziale, come anche laddove si intenda perseguire l'obiettivo di mantenere un servizio medio ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, oppure un elevato livello di tutela della salute pubblica nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza demandati alla competenza dei singoli Stati membri. Con riferimento alle organizzazioni di volontariato è necessario assicurarsi che le associazioni di volontariato non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, anche qualora si avvalgano di lavoratori nei limiti imposti dalla normativa nazionale e che il rimborso dei costi non copra nessuno scopo di lucro, onde evitare un abuso del diritto.

4. L'orientamento della giurisprudenza comunitaria è poi confluito, quale diritto vivente, nel c.d. codice del Terzo Settore approvato con d.lgs. 117 del 3.07.2017 che, per la prima volta, ha stabilito che 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. Trattasi di previsione che per la prima volta a livello di ordinamento statale assegna una priorità alle organizzazioni di volontariato nella assegnazione diretta in convenzione della gestione dei servizi in questione, ma trattandosi di norma in vigore dal 3 agosto 2017, essa, in virtù del principio di irretroattività della legge in generale, non può essere invocata nella fattispecie in esame relativa ad un bando pubblicato anteriormente nel mese di maggio del 2017 e quindi assoggettato alla legge in vigore al tempo della sua emanazione che, come si è anticipato, conferiva alle amministrazioni la facoltà, ma non in via prioritaria, di stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato. Con riferimento all'applicabilità ai bandi dell'*ius superveniens* la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che le procedure di gara devono essere espletate sulla base della normativa e delle regole vigenti alla data di pubblicazione della legge di gara, dato che il bando è atto normativo che obbliga l'amministrazione alla sua puntuale applicazione, e dovendosi altresì

valorizzare anche il principio che tutela l'affidamento delle imprese partecipanti (cfr ex plurimis Cons. St. sez. V, 7.06.2016, n.2433).

5. Sulla base di tali premesse, va riconosciuta in capo alla ricorrente associazione una posizione di interesse legittimo qualificato, quale soggetto gestore dei servizi in argomento, a contestare la legittimità dei criteri con cui l'amministrazione intimata ha optato per il sistema della gara aperta, proprio tenendo conto dei principi di economicità, proporzionalità e ragionevolezza sollevati in ricorso. E ciò, indipendentemente dall'aver presentato o meno domanda di partecipazione, stante la pendenza dei termini fissati dal bando all'epoca di presentazione del ricorso, successivamente sospesi con ordinanza cautelare n. 100 del 14.07.2017 di accoglimento dell'istanza cautelare da parte di questo T.a.r., anteriormente alla data del 19.07.2017 fissata quale termine ultimo per la presentazione delle domande di partecipazione. Ed infatti, la regola secondo la quale in materia di gara pubblica la legittimazione al ricorso è correlata ad una posizione differenziata conseguente alla partecipazione alla stessa subisce alcune deroghe, tra le quali l'ipotesi in cui parte ricorrente contrasti in radice la scelta della stazione appaltante di indire la gara ovvero, nell'ipotesi inversa a quella oggetto del presente giudizio, in cui l'operatore economico di settore contesti l'affidamento diretto dell'appalto (cfr Consiglio di Stato, sezione V, decisione del 27 agosto 2014 numero 4371). La legittimazione, in una simile ipotesi, va riconosciuta al ricorrente che sia titolare di una situazione sufficientemente differenziata e qualificata, derivantegli dalla titolarità di rapporti giuridici inclusi nell'oggetto della gara. Analogamente la Corte di Giustizia C.E. del 12 febbraio 2004, in causa C-7230/02, afferma che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato

un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe comunque il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche (cioè prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione), in quanto sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisce di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche.

5.1 Nella specie l'interesse fatto valere dalla ricorrente, quale organizzazione non lucrativa di utilità sociale titolare di un interesse legittimo a veder rinnovata la convenzione dei servizi oggetto di gara in convenzione, si incentra sulla determinazione della stazione appaltante di indire nella fattispecie, una gara pubblica aperta a tutti gli operatori del settore, che, per quanto rimessa ad una scelta ampiamente discrezionale dell'amministrazione, resta suscettibile di sindacato nell'ambito dei criteri della ragionevolezza, proporzionalità ed economicità sollecitati. La giurisprudenza ha chiarito che: "il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quando è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione

delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi.... Parallelamente, la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): l'amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali. In virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza ed adeguatezza. (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2015 n. 284, id 20.02.2017 n. 746).

Se è vero che la discrezionalità amministrativa costituisce una componente essenziale dell'attività della P.A., laddove non si sia in presenza di atti vincolati, come nella specie, occorre tener conto dei limiti entro cui l'ordinamento consenta una scelta ponderata che tenga conto di tutti gli interessi in gioco al fine di concretizzare l'interesse pubblico. In ogni caso la discrezionalità amministrativa non può tradursi in arbitrio e deve essere sempre esercitata nel rispetto delle leggi e dei principi cardini che governano l'ordinamento.

Nel caso in specie la stazione appaltante ha effettuato delle scelte nell'assoggettare i servizi in argomento ad una procedura di gara

pubblica, riconducendo a parametri di onerosità un servizio che in precedenza era stato svolto da associazioni solidaristiche all'insegna della gratuità, attraverso il meccanismo del mero rimborso spese per la copertura dei costi.

5.2 Nella relazione del responsabile Uoc allegata sub A alla delibera n. 446 del 16.05.2017 con cui l'Ausl di Pescara ha indetto la gara, dandosi atto che l'attività di soccorso e trasporto degli infermi, in emergenza ed in via ordinaria, veniva svolta usufruendo dell'apporto di enti ed associazioni privatistiche, non emergono le ragioni per cui la stazione appaltante ha optato per l'apertura del settore al libero mercato, ponendo a base d'asta un importo nettamente superiore di circa il 120% rispetto alle spese fino ad allora sostenute per i medesimi servizi, nonché introducendo l'onerosità del servizio di trasporto infermi tramite ambulanze immatricolate in servizio di Noleggio con Conducente, che in precedenza veniva svolta in assenza di retribuzione dai lavoratori volontari dell'organizzazione onlus ricorrente.

Dalla motivazione addotta a sostegno della scelta operata, nel passaggio dal sistema assegnato a convenzioni e/o autorizzazioni, all'indizione di una gara pubblica, non si evincono, se non nel mero riferimento a parametri normativi, le ragioni che avrebbero indotto l'amministrazione a rivolgersi al libero mercato, nel senso di chiarire se e in quale misura il passaggio da un sistema di gratuità del servizio limitata al rimborso spese ad un sistema di onerosità, con la potenziale perdita della esperienza pregressa maturata nel settore dagli organismi solidaristici che fino ad allora vi avevano operato, potesse o meno risultare compensato o comunque giustificato da un miglioramento qualitativo delle prestazioni o dal raggiungimento di

un obiettivo ottimale nella garanzia dei livelli essenziali di assistenza da assicurare a tutti gli utenti indifferenziatamente per la tutela della salute pubblica costituente bene di rilievo primario.

Tale contraddizione e irragionevolezza è resa ancor più palese in ragione dell'incremento della base d'asta, intervenuto successivamente alla pubblicazione del bando di gara con determinazione Asl 31.05.2017, determinato dalla osservazione di un operatore del settore che aveva rilevato l'insufficienza delle basi d'asta in correlazione al costo del lavoro impiegato nei servizi. Sicchè la stazione appaltante, premesso che le basi d'asta erano state determinate sull'ipotesi di una possibile gratuità del costo del lavoro a motivo della presenza di associazioni di volontariato, si è indotta ad elevare la base d'asta dall'importo da € 9.736.470,00 ed € 11.002.749,60 con incremento dei lotti 1 e 2 per non precludere la partecipazione di operatori economici che non si avvalgano di personale volontario. L'assenza di oggettive ragioni a sostegno della scelta di introdurre l'onerosità del servizio, con inevitabili ripercussioni sul bilancio dell'ente, e sull'importo della spesa sanitaria già rigidamente controllata e contenuta per effetto dell'imposizione dei tetti di spesa, e del piano di rientro sanitario, non può ritenersi superabile in considerazione della possibile riduzione dell'importo a base d'asta per effetto delle economie conseguibili tramite l'aggiudicazione della gara con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ed infatti l'importo a base d'asta anche in una prospettiva di riduzione percentuale da parte della impresa potenzialmente aggiudicataria si presenta comunque sproporzionato in quanto superiore del 120% rispetto alla spesa in precedenza sostenuta per l'erogazione del servizio, e comunque non

adeguamente compensato da ragioni di interesse pubblico militanti dichiaratamente, ad esempio, a favore di un servizio di standards qualitativamente superiori rispetto a quelli in precedenza erogati, nell'ottica del giusto temperamento tra le esigenze di realizzare economie di bilancio e di assicurare al contempo livelli ottimali di assistenza nella erogazione di servizi a tutela della persona.

Sulla base di tale rilievo il ricorso merita accoglimento nei termini sopra esposti, con assorbimento degli ulteriori motivi proposti, conseguendone l'annullamento degli atti impugnati, con onere dell'amministrazione intimata di rideterminarsi sulla scelta delle modalità di affidamento, sulla base di quanto sopra esposto.

Ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese giudizio, salvo il rimborso del contributo unificato che grava a carico dell'Asl intimata soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate salvo l'onere di rimborso del contributo unificato al passaggio in giudicato della decisione a carico dell'Asl intimata.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Tramaglini, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Balloriani, Consigliere

L'ESTENSORE
Renata Emma Ianigro

IL PRESIDENTE
Alberto Tramaglino

IL SEGRETARIO