

Il regime non concorrenziale del servizio di trasporto sanitario nel codice del terzo settore.

di Paolo Rossi

4 settembre 2017

SOMMARIO: 1. La genesi del favor per l'affidamento diretto agli organismi del volontariato del servizio di trasporto in sanità; 2. Affidamento diretto "riservato" al volontariato del trasporto sanitario d'urgenza nel bilanciamento pretorio, tra sussidiarietà e concorrenza; 3. L'estensione del modello derogatorio "riservato" al trasporto sanitario c.d. "ordinario": la sua dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione e con la riforma del terzo settore nel D.Lgs.n.117/17; 4. La novellata *reductio ad unum* dei soggetti non profit alla categoria degli enti del terzo settore (ETS); 5. Critica alla perdurante "riserva" al volontariato dell'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario.

1.La genesi del favor per l'affidamento diretto agli organismi del volontariato del servizio di trasporto in sanità.

Com'è noto, la questione dell'affidamento del servizio di trasporto nel settore sanitario a soggetti *non profit* è tematica, oltre che di rilevante attualità, piuttosto complessa¹, su cui il legislatore ed il giudice sono stati chiamati da tempo ad individuare soluzioni bilanciate tra opposti valori ed interessi in gioco, in una difficile ricerca di equilibrio tra solidarietà sociale, sussidiarietà e tutela della concorrenza.²

In effetti, il risalente *favor* riconosciuto dal legislatore italiano al volontariato nei servizi socio-sanitari sembra radicarsi nel combinato disposto dei principi di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost.³ e di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost.⁴; principi che hanno poi costituito il *leit motiv* di

¹ - Per un inquadramento generale della tematica dell'affidamento del servizio di trasporto sanitario a soggetti del terzo settore si vedano, tra gli altri, i contributi di MICHIARA, *L'affidamento di servizi al Terzo settore*, in *Non profit*, XX, 3/2014, pp. 199 ss.; BOTTARI (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013; RUSSO, *Concorrenza e servizi sociali nel sistema italiano*, in FEDERICO-RUSSO-TESTI (a cura di), *Impresa sociale, concorrenza e valore aggiunto. Un approccio europeo*, Torino, 2012, p. 133 ss.

² - Sui rapporti tra principio di sussidiarietà e tutela della concorrenza, cfr. *amplius* DONATI-PACI, *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, Bologna, 2010.

³ - Sul principio fondamentale di solidarietà sociale si veda, *ex multis*, LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 1994, 371 ss.; PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in *Il dovere di solidarietà*, PEZZINI-SACCHETTO (a cura di), Milano, 2003, p. 102 ss.; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova, 2003, 56 ss.; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 68 ss.; E. ROSSI, Art. 2, in *Commentario alla Costituzione*, I, BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, 56 ss.; GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 1ss; SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007.

⁴ - Sul principio di sussidiarietà si vedano, tra gli altri, G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p.23 ss.; MERUSI, *Il diritto sussidiario dei domini collettivi*, in *RTDP*, 2003, p. 88 ss; STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in www.federalismi.it, n.5/2006; SICLARI, *Tutela dell'ordine pubblico del mercato affidata ai privati e sussidiarietà orizzontale ex lege*, in *Dir. soc.*, 2005, p. 253 ss.; ID., *Modelli di sussidiarietà orizzontale. La centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento*, Padova, 2006; ANTONINI-

una serie di interventi legislativi, caratterizzati da un particolare *favor* per i soggetti del volontariato operanti in ambito socio-sanitario.

Ciò a partire dalla l.n. 833/78 di istituzione del servizio sanitario nazionale⁵, laddove, come si ricorderà, è statuito, all'art. 45, che i rapporti fra le unità sanitarie locali e le associazioni del volontariato, ai fini del loro concorso alle attività sanitarie pubbliche, sono regolati da apposite convenzioni nell'ambito della programmazione e della legislazione sanitaria regionale.

Si pensi ancora alla l. n. 266/91 – c.d. legge quadro sul volontariato⁶ -, laddove, all'art. 7, è stato stabilito che tutte le PP.AA. possono stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato che dimostrino attitudine e capacità operativa, fermo restando che il rapporto convenzionale deve prevedere forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, nonché le modalità di rimborso delle spese.

Per non dire poi della l.n. 328/2000, c.d. legge quadro sui servizi sociali⁷, in cui il legislatore, nel ribadire il ruolo con-primario, svolto dal volontariato insieme alla P.A., nella programmazione degli

LOMBARDI, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali di libertà di scelta*, in *Dir. soc.*, 2003, p. 155 ss.; ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 51 ss.; ALBANESE – MARZUOLI, (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003; BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, pp. 171 ss.; BILANCIA, *Sussidiarietà (il principio di)*, in AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, p. 455 ss.; CAPUTI JAMBRENGHI, *Volontariato, sussidiarietà, mercato*, Bari, 2008; CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, voce *Enc. giur.*, Agg.XII, 2004; CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 505 ss.; CLARICH, *Principio di sussidiarietà e sistema amministrativo nel nuovo quadro costituzionale*, in BERTI -DE CESARE (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della costituzione*, Roma, 2002; D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; DONATI -COLOZZI, *La sussidiarietà. Cosa è e come funziona*, Roma, 2005; DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Bari, 2006; MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 1/2005, pp.5 ss.; MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; POGGI, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; VIOLINI (a cura di), *L'attuazione della sussidiarietà orizzontale in Lombardia*, Milano, 2004.

⁵ - Per una ricostruzione critica dei tratti caratterizzanti la riforma del ssn del '78 cfr. *ex multis*, RACCO-ARBITRIO, *1978-1989. Dieci anni di legislazione sanitaria*, Roma, 1989; BARONI, *Profili di diritto sanitario*, Napoli, 1990; ID., *Lineamenti di organizzazione sanitaria*, Milano, 1991; PAPALDO-JADAROLA, *Codice delle leggi sanitarie*, Milano, 1992; VITALE, *Legislazione sanitaria*, Roma, 1993.

⁶ - Per una disamina critica della legge quadro del volontariato si vedano, *ex multis*, BRUSCUGLIA, E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, cit.; FERRARI, *Sussidiarietà e ruolo delle associazioni di volontariato*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche amministrazioni*, Rimini, 1997, p. 267 ss.; PROPERSI -G. ROSSI, *Gli enti non profit*, Milano, 2015, pp. 267 ss.; con riguardo ai rapporti tra volontariato e servizi sociali cfr. ROSELLI, *Il volontariato (e l'insieme del Terzo settore) nella gestione dei servizi sociali*, in BRUSCUGLIA, E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002, p. 305 ss.; per un inquadramento delle problematiche giuridiche nelle diverse fasi di sviluppo del fenomeno del volontariato per tutti MENGHINI, *Nuovi valori costituzionali e volontariato*, Milano, 1989; RISTUCCIA, *Volontariato e fondazioni*, Rimini, 1996, p. 51 ss.

⁷ - Per un inquadramento sistematico della legge sui servizi sociali si vedano *ex multis* E. BALBONI-BARONI-MATTIONI-PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, II ed., Milano, 2007; P. FERRARIO, *Dalla legge n. 328/00 ad oggi*, in *Prospettive Sociali e sanitarie*, Milano, 3/2002; GERMANO, *La legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in *Ass. soc.*, 2-3/2000, 189 ss; MAGGIAN, *Il sistema integrato dell'assistenza sociale. Guida alla legge n. 328/2000*, Roma, 2001; sulla materia dei servizi sociali cfr. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007; VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008; BERGO, *Il diritto sociale frammentato. Principio di sussidiarietà e assistenza sociale*, Padova, 2013 e DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013.

interventi di settore, aveva al contempo confermato la via “maestra” dello strumento del convenzionamento per la regolazione dei rapporti tra i due attori di un sistema integrato di erogazione di servizi sociali incentrato sul ricorso a forme di negoziazione che permettesse ai soggetti operanti nel volontariato la piena espressione delle loro peculiarità.

Con siffatta opzione, volta a legittimare una sorta di corsia preferenziale a beneficio degli organismi di volontariato nell'erogazione dei servizi socio-sanitari, il legislatore nazionale, sembra aver inteso valorizzare, per un verso, il fatto che l'attività volontaristica posta in essere in assenza di uno scopo di lucro, ma nel perseguimento di finalità solidaristiche, sia la veste giuridica più idonea per l'erogazione delle prestazioni in ambito socio-sanitario; per l'altro verso, la vocazione operativa del volontariato estranea ad una logica *for profit*. Anche il legislatore regionale⁸, sulla scorta delle richiamate opzioni assunte a livello centrale, ha adottato una serie di interventi normativi parimenti ispirati allo stesso *favor* verso il volontariato nel settore socio-sanitario, facoltizzando gli enti territoriali a ricorrere, in via prioritaria, all'affidamento diretto di tali servizi ai suddetti organismi *non profit* tramite convenzionamento.

Tuttavia, nella richiamata legislazione domestica – nazionale e regionale - appare del tutto pretermesso un pur minimo riferimento alla normativa comunitaria pro-concorrenziale su appalti e concessioni di servizi, neppure avuto riguardo agli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza o che, in ogni caso, possano presentare un interesse transfrontaliero.

Il che ha via via imposto al Giudice comunitario di ripetutamente pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla compatibilità con i principi del diritto dell'Unione di siffatte scelte legislative – soprattutto di livello regionale -, che hanno finito per “riservare” al volontariato, tramite convenzione senza previa gara, quote non marginali del settore, a rilevanza economica, dei servizi socio-sanitari.

2. Affidamento diretto “riservato” al volontariato del trasporto sanitario d'urgenza nel bilanciamento pretorio, tra sussidiarietà e concorrenza.

In una prima fase, la Corte di Giustizia UE, chiamata a vagliare la compatibilità con le Direttive nn. 92/50/CE e 2004/18/CE in materia di appalti pubblici⁹, di norme interne che autorizzavano gli enti locali a procedere ad affidamenti diretti di servizi socio-sanitari, tramite convenzione, al volontariato, aveva assunto un approccio piuttosto restrittivo. Si intende far riferimento al caso degli accordi-quadro per l'erogazione del servizio di trasporto sanitario – stipulati in deroga alla disciplina appaltizia, tra Regione Toscana, Asl locali, la CRI ed alcune associazioni di volontariato (Confederazione delle Misericordie d'Italia, l'Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze e la Croce Rossa Italiana)-, in cui il Giudice comunitario era stato sollecitato dalla Commissione UE a verificare se tali convenzioni fossero riconducibili alla nozione di appalto pubblico di servizi, ai sensi della citata disciplina comunitaria. Da parte sua, la Commissione UE assumeva che, in presenza di un contratto a titolo oneroso tra un prestatore ed un'amministrazione aggiudicatrice avente per oggetto l'esecuzione di un servizio, occorresse applicare le norme sull'affidamento del relativo contratto; ciò tanto più che i servizi sanitari - pur inclusi nell'Allegato IIB della citata Direttiva - erano comunque sottoposti, a livello nazionale, agli artt. 20 e 27 del codice appalti

⁸ - Sulla legislazione regionale in materia di volontariato si veda, *amplius*, CELOTTO, *Legislazione regionale sul volontariato*, in BRUSCUGLIA, E. ROSSI, *Il volontariato*, cit., p. 93 ss.

⁹ -Per una disamina ricostruttiva della Direttiva n. 2004/18/CE si veda per tutti AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n.62/2005*, in GAROFOLI-M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2005.

(D.lgs. n. 163/06), che rinviavano ai principi comunitari di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. Il Giudice comunitario¹⁰, nel disattendere la tesi dello Stato italiano - volta a sostenere che l'accordo non potesse essere considerato come appalto, in quanto le associazioni in nessun caso avrebbero potuto essere assimilate ad operatori economici, collocandosi l'attività da esse svolta al di fuori di logiche di mercato, nè le somme erogate mai avrebbero potuto assumere la qualifica di corrispettivi bensì di meri rimborsi spese non remunerativi,¹¹ - aveva statuito, in primo luogo, che il servizio di trasporto dovesse definirsi come attività economica e, dunque, gli organismi di volontariato coinvolti dovessero essere qualificati come imprese; in secondo luogo, che negli accordi-quadro *de quibus* non mancasse l'elemento dell'onerosità, tipico del contratto d'appalto, giacchè, tramite il rimborso *a forfait*, non era possibile stabilire con esattezza l'eventuale superamento o meno dei costi realmente sostenuti dalle associazioni di volontariato per l'erogazione del servizio, con conseguente sua assimilazione ad un vero e proprio corrispettivo; muovendo da tali presupposti, la Corte UE aveva stabilito, in via restrittiva, che sarebbe stato possibile non qualificare accordi siffatti come appalti e, dunque, non applicare la relativa disciplina comunitaria pro-concorrenziale solo ove fosse stato previsto l'esclusivo rimborso delle spese effettivamente sostenute.

Il che, tuttavia, non aveva frenato, a livello domestico, il ricorso da parte delle PP.AA. all'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario agli organismi di volontariato, ma soltanto indotto ad una diversa attenzione nel definire più puntualmente le spese sostenute dalle associazioni affidatarie, onde impedire la colorazione *for profit* alle relative convenzioni e, per tal via, imporre la necessità di indire la gara pubblica. Ciò malgrado anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici¹² avesse ribadito la posizione restrittiva assunta dalla Corte comunitaria, stigmatizzando il sistema delle convenzioni nel sottolineare che l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario in via prioritaria mediante convenzionamento con le associazioni di volontariato accreditate dovesse soggiacere al regime procedurale previsto dagli artt. 20 e 27 del Codice appalti: "*tale forma di affidamento mediante convenzionamento, nella misura in cui non prevede alcuna forma di procedura competitiva nemmeno per l'accreditamento delle associazioni, si atteggia quale affidamento diretto che, come tale, non è compatibile con i principi generali di libera concorrenza, imparzialità di trattamento, trasparenza e proporzionalità sopra richiamati*"; conclusione che avrebbe potuto venir meno, secondo l'Avcp, solo laddove – in linea con il citato orientamento del giudice comunitario - fosse stata acclarata "*la natura non onerosa delle convenzioni sottoscritte con le organizzazioni di volontariato ai fini della erogazione dei servizi di trasporto sanitario*".¹³

Più di recente, la Corte UE è stata di nuovo chiamata a pronunciarsi *in subiecta materia*, ancora in via pregiudiziale, a seguito di rinvio da parte del giudice *a quo* nazionale in relazione al caso

¹⁰ - Cfr. Corte Giustizia UE, Commissione/Italia-Regione Toscana, sentenza 29 novembre 2007 (causa C-119/06), in www.curia.eu; sulla pronuncia si vedano le riflessioni di CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, cit., p.293 ss.; DE PASQUALE, in *Guida al diritto*, 49/2007, p.115 ss.; DI MATTEO, *Sull'affidamento diretto di servizi di trasporto sanitario ed associazioni di volontariato*, in *Rass. avv. Stato*, 2/2008, p. 162 ss.; MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, pp. 1984 ss.

¹¹ - Infatti, al riguardo la Corte di Giustizia ha concluso che "*nella fattispecie, se è vero che il lavoro delle persone che effettuano i trasporti sanitari in parola non è retribuito, risulta nondimeno dagli elementi sottoposti alla Corte che i pagamenti previsti dalle pubbliche autorità interessate superano il semplice rimborso delle spese sostenute per fornire i servizi di trasporto sanitario controversi*". Sicchè, nella pronuncia richiamata la possibile riconducibilità dell'affidamento all'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti si fondava sulla circostanza che il corrispettivo versato alle associazioni di volontariato potesse non limitarsi ad un mero rimborso delle spese sostenute.

¹² - Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione n. 35 del 9 marzo 2011, in www.avcp.it

¹³ - IDEM.

dell'Asl "Spezzino", segnatamente avuto riguardo all'art. 75 ter della l.r. Liguria n. 41/2006¹⁴, secondo cui il servizio di trasporto sanitario doveva essere affidato senza gara ed in via prioritaria ad associazioni di volontariato sulla base di rimborsi non forfettari e determinati alla stregua delle sole spese in concreto sostenute. Il Consiglio di Stato¹⁵ - aderendo alla tesi del Tar Liguria¹⁶ - ha chiesto alla Corte Ue di sindacare la compatibilità con la normativa europea di siffatta disciplina regionale, chiedendo altresì di indicare a quali condizioni una prestazione possa realmente definirsi gratuita; peraltro, nel frattempo erano pervenute alla Corte comunitaria anche due ordinanze di rinvio pregiudiziale dal Tar Piemonte¹⁷ su una previsione regionale di analogo tenore.¹⁸

La Corte UE, pur muovendo dall'iter argomentativo-ricostruttivo che aveva fondato il proprio pregresso indirizzo restrittivo, è pervenuta a conclusioni ben diverse, esprimendo inequivocabilmente un giudizio di compatibilità con il diritto dell'Unione di normative interne che ammettono l'affidamento diretto e prioritario al volontariato dei servizi di trasporto sanitario di urgenza¹⁹. In effetti, la Corte comunitaria, pur avendo di nuovo sostenuto, in primo luogo, che le convenzioni di affidamento diretto del trasporto sanitario debbano definirsi come veri e propri appalti, non rappresentando un ostacolo rispetto a simile qualificazione giuridica la previsione del rimborso delle spese in concreto sostenute dai prestatori del servizio; pur avendo ribadito che il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici esprima un deciso *favor* per la libera circolazione dei servizi e per un'effettiva concorrenza sì che lo strumento del convenzionamento a

¹⁴ - L'allora vigente art. 75-ter della l.r. ligure n. 21/06, sulla gestione del trasporto sanitario prevedeva al comma 1 che "[i]l trasporto sanitario costituisce attività di interesse generale improntata al rispetto dei principi di universalità, solidarietà, economicità ed appropriatezza". Al comma 2, poi, specificava: "[i]l trasporto sanitario, di cui al comma 1, è assicurato dalle singole Aziende sanitarie e dagli altri soggetti erogatori pubblici o equiparati avvalendosi di mezzi e personale propri. Ove ciò non sia possibile il trasporto sanitario è affidato a soggetti in possesso dei requisiti di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266 (Legge quadro sul volontariato) e alle leggi regionali [...], sulla base dei seguenti principi: a) in via prioritaria, è assicurato l'affidamento dei servizi del trasporto sanitario a carico del Servizio Sanitario Regionale alle associazioni di volontariato, alla Croce Rossa Italiana ed alle altre istituzioni o enti pubblici autorizzati, al fine di garantire l'espletamento del servizio di interesse generale in condizioni di equilibrio economico per il bilancio. I rapporti con la Croce Rossa Italiana e le associazioni di volontariato sono regolati da convenzioni ai sensi dell'articolo 45 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale); quelli con altre istituzioni o enti pubblici autorizzati, sulla base di protocolli di collaborazione e di reciproche intese; b) l'affidamento del trasporto sanitario a soggetti diversi da quelli indicati alla lettera a) è effettuato nel rispetto della normativa vigente in materia di contratti pubblici di servizi e forniture". Al comma 3, peraltro, aggiungeva che "[l]e convenzioni e i protocolli di collaborazione e reciproche intese di cui alla lettera a) del comma 2 prevedono per le associazioni di volontariato, la Croce Rossa Italiana e per le altre istituzioni o enti pubblici autorizzati l'esclusiva erogazione di rimborsi delle spese effettivamente sostenute, secondo i criteri stabiliti dalla Giunta regionale sulla base dei principi di economicità, efficienza e non sovra compensazione dei costi sostenuti".

¹⁵ - Cfr. Cons. Stato, III, ord. 27 febbraio 2013, n. 1195, in www.giustiziamministrativa.it; per un commento su si veda REGGIO D'ACI, *Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità va valutata in termini comunitari*, in *Urb. App.*, 2013, 6, p. 682 ss.

¹⁶ - Cfr. T.A.R. Liguria, II, 26 aprile 2012, n.565, in www.giustiziamministrativa.it

¹⁷ - Cfr. T.A.R. Piemonte, I, 28 gennaio 2014, ord. n. 161 e Sez. II, ord. 11 settembre 2014, n. 1459, in www.giustiziamministrativa.it. Sull'ordinanza n.161/14 si veda il commento di ALBANESE, *Tar Piemonte, sez. I, ord. 28 gennaio 2014, n. 161, Trasporto sanitario e volontariato*, in *labsus.org*, 2014.

¹⁸ - Cfr. art. 9 della l.r. Piemonte n. 38 del 1994, in base al quale "[l]a Regione, gli Enti locali e gli altri Enti pubblici possono stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato".

¹⁹ - Cfr. ALBANESE, *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, in *Foro italiano*, parte IV, 2015, p. 151 ss., nonché PROIETTI, C. *Giust.*, 11 dicembre 2014, C-113/13, *Trasporto sanitario e volontariato*, in *labsus.org*, 2015

organismi di volontariato appare incompatibile escludendo dal segmento di mercato coinvolto tutte le imprese operanti; pur avendo rimarcato che l'affidamento diretto di un servizio senza le regole della trasparenza determinerebbe un'inevitabile disparità di trattamento in danno delle imprese di altri Stati membri in contrasto con gli artt. 49 e 56 T.F.U.E.

Nondimeno, la Corte comunitaria ha ritenuto che la norma regionale *sub iudice* sia giustificata dai principi di universalità, solidarietà, efficienza economica ed adeguatezza, la cui realizzazione rientra tra gli obiettivi presi in considerazione dal diritto dell'Unione²⁰; ciò anche avuto riguardo alla possibilità per gli Stati membri di auto-organizzare i propri sistemi di sanità pubblica²¹. Da qui, il rilievo per il quale il ricorso in via prioritaria alle associazioni di volontariato convenzionate è orientato a far sì che il servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, quale servizio di interesse generale, sia assicurato in modo da garantire un equilibrio di bilancio del sistema assistenziale, che di per sé solo rappresenta una ragione imperativa di pubblico interesse tale da giustificare limitazioni alla libera prestazione di servizi; come dire che *"il ricorso alle associazioni di volontariato corrisponda alla finalità sociale del servizio di trasporto sanitario d'urgenza e che sia idoneo a contribuire al controllo dei costi legati a tale servizio"*²².

In definitiva, con tale statuizione il Giudice Ue, in discontinuità con il proprio indirizzo pregresso, per la prima volta giustifica la deroga facendo prevalere, nel bilanciamento tra opposti, i principi di solidarietà ed universalità - che evocano proprio quei valori costituzionali di solidarietà sociale e sussidiarietà costituenti il parametro delle scelte legislative sindacate - sui principi comunitari pro-concorrenziali.²³

Da parte sua, il giudice nazionale *a quo*, si è trovato a dover recepire il nuovo orientamento della Corte comunitaria, inaugurando un diverso indirizzo; in particolare, il Consiglio di Stato²⁴ ha operato il proprio sindacato avuto riguardo un agli indici di legittimità dell'affidamento diretto al volontariato del servizio di trasporto d'urgenza individuati dal Giudice comunitario, *id est* il perseguimento da parte delle associazioni di volontariato degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio, la mancanza di finalità lucrative, nonché il rispetto dei requisiti imposti dalla

²⁰ - Cfr. Corte giustizia UE, 11 dicembre 2014, C-113/13, punto 53, in www.curia.eu.

²¹ - La Corte di giustizia ha fatto, sul punto, una peculiare applicazione, nello specifico campo del trasporto sanitario, dei principi espressi dalla sentenza Sodemare al fine di dare fondamento al principio in base al quale uno Stato membro, nell'ambito della propria competenza organizzativa in materia sanitaria, possa subordinare l'ammissione di privati nell'erogazione della prestazione, alla mancanza dello scopo di lucro

²² - Così Corte giustizia UE, 11 dicembre 2014, C-113/13, cit., punto 59. Degna di nota sono altresì le affermazioni di cui ai punti 60 e 61, in base alle quali: "[s]i deve nondimeno rilevare che un sistema di organizzazione del servizio di trasporto sanitario di urgenza come quello in discussione nel procedimento principale, consistente, per le amministrazioni competenti, nel ricorso in via prioritaria ad associazioni di volontariato, deve effettivamente contribuire alla finalità sociale così come al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato", sottolineandosi altresì la necessità che "le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati [...], che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso dei costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri".

²³ - Cfr. ALBANESE, *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, cit., p. 154, che sottolinea altresì a commento della pronuncia in esame come "[sia] dunque importante prendere atto della rivendicazione, da parte della Corte di giustizia, dell'esistenza anche nel diritto dell'Ue di uno spazio per gli obiettivi sociali e per la solidarietà, in grado di temperare la pressione esercitata dalle origini economiche e mercatorie dell'ordinamento europeo. Si deve tuttavia notare, non senza qualche perplessità, come il giudice europeo dia fondamento a tale statuizione ricorrendo esclusivamente al diritto interno - e in specie costituzionale - del nostro Stato".

²⁴ - Cfr. Cons. Stato, sentenza n. 3208/2015, in www.giustiziamministrativa.it; cfr. DE ANGELIS, *Affidamento diretto del servizio di trasporto malati, in federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario*, novembre 2015.

legislazione nazionale. In tal senso, il giudice nazionale ha sottolineato come il carattere volontario, spontaneo e gratuito - ossia privo di qualsivoglia connotato lucrativo, anche indiretto delle prestazioni poste in essere dagli operatori del volontariato -, determini la piena realizzazione del principio di solidarietà, veicolando le risorse tecniche ed umane che tali soggetti sono disposti a mettere a disposizione della collettività per il conseguimento dei fini istituzionali del servizio sanitario, consistenti nella protezione dei beni fondamentali della vita e della salute; al contempo, il giudice a quo ha rilevato come la presenza generalizzata sul territorio delle associazioni di volontariato e della C.R.I., permettendo un utilizzo razionale delle risorse umane e tecniche ed una limitazione delle distanze da percorrere, consenta un'efficiente gestione del servizio di trasporto sanitario, con conseguente riduzione dei costi. Di qui la decisione di aderire all'indirizzo della Corte UE, legittimando il modello derogatorio dell'affidamento diretto del trasporto sanitario d'urgenza "riservato" in via prioritaria alle associazioni di volontariato come modalità organizzativa in grado di garantire gli obiettivi sia di solidarietà, sia di efficienza economica, in quanto coinvolge organismi sociali che, senza la remunerazione del personale operante, possono assicurare notevoli risparmi nell'erogazione di un servizio alla persona.

3. L'estensione del modello derogatorio "riservato" al trasporto sanitario c.d. "ordinario": la sua dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione e con la riforma del terzo settore nel D.Lgs. n.117/17.

Tale apertura, ancorchè circoscritta al servizio di trasporto sanitario d'urgenza, della giurisprudenza comunitaria al modello derogatorio di affidamento diretto e prioritario alle organizzazioni del volontariato è stata legificata nella Direttiva 2014/24/UE²⁵, come si evince agevolmente dal tenore del Considerando 28, in forza del quale è previsto l'esonero dall'applicazione della novella comunitaria in materia di appalti pubblici, anche nella parte in cui prevede un sistema c.d. "alleggerito", limitatamente al solo servizio di trasporto sanitario di urgenza allorquando venga prestato da organismi *non profit*.

Ragion per cui, il contemperamento tra i principi in gioco non parrebbe potersi estendere oltre i limiti indicati nel testè richiamato indirizzo del giudice comunitario e nazionale, avuto proprio riguardo al perimetro indicato dalla suddetta Direttiva, che ha inteso graduare l'intensità del bilanciamento attraverso un regime speciale per i servizi sociali (come indicato nel Considerando 114), onde poi evitare l'applicazione delle regole pro-concorrenziali solo per i servizi di emergenza erogati da organismi *non profit*.

Senonchè, malgrado la scelta inequivoca operata dal legislatore comunitario di perimetrare (*rectius*) circoscrivere il modello derogatorio al solo affidamento diretto agli organismi di volontariato del servizio di trasporto sanitario d'urgenza, in sede pretoria la Corte comunitaria ha ritenuto, invece, di estendere l'ambito della suddetta deroga anche al trasporto sanitario c.d. "ordinario": ciò in occasione del pronunciamento a seguito del citato rinvio pregiudiziale del Tar Piemonte²⁶ su vari profili di compatibilità della disciplina regionale con il diritto dell'Unione in relazione

²⁵ - Cfr. Direttiva n.2014/24/UE, in www.curia.eu; per un inquadramento della nuova disciplina comunitaria sugli appalti pubblici cfr. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in federalismi.it, 2015; PROIETTI, *L'adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, in www.giustamm.it, 2/2016; AA.VV., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giorn.dir.amm.* 12/2014, pp.1136 ss.; COMPORTI, *La nuova sfida delle direttive in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 3/2015.

²⁶ - Cfr. Tar Piemonte, ordinanza n. 161/2014, in www.giustiziamministrativa.it

all'affidamento diretto ad associazioni di volontariato del servizio di trasporto di soggetti dializzati, *ergo* un'ipotesi di trasporto sanitario c.d. ordinario, non d'urgenza.²⁷ In tal caso, la Corte Ue ha affrontato per la prima volta la problematica del trasporto sanitario nella sua generalità, giungendo alle medesime conclusioni cui è pervenuta limitatamente all'ipotesi di trasporto sanitario d'urgenza. Per la verità, la Corte UE, pur ribadendo l'*iter* argomentativo posto a sostegno della sentenza sul caso Spezzino, è andata oltre, avuto riguardo alle ulteriori due questioni poste dal giudice *a quo*: sulla prima, ovvero se un'Amministrazione che intenda stipulare convenzioni sia tenuta ad effettuare una preventiva comparazione delle proposte di più organizzazioni di volontariato, la Corte ha valorizzato il dato per cui l'affidamento diretto del servizio di trasporto al volontariato avviene in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, derivando da ciò che le pubbliche autorità non sono tenute ad esperire alcuna preventiva forma di comparazione tra più organismi di volontariato; ciò malgrado, il Giudice comunitario ha puntualizzato ancora una volta che il ricorso ad associazioni di volontariato debba contribuire in modo effettivo alla realizzazione dello scopo di efficienza di bilancio specie avuto riguardo alle modalità con cui questo stesso ricorso viene attuato con convenzioni e accordi quadro.

Quanto poi alla seconda questione posta dal giudice *a quo* in ordine alla necessità per lo Stato membro che autorizzi le associazioni di volontariato allo svolgimento di determinate attività commerciali, di fissare precisi limiti percentuali in ordine alle loro attività o risorse, la Corte comunitaria ha ribadito che spetta allo Stato membro la determinazione di un limite numerico o di una diversa modalità regolatoria di una simile attività; ciò senza mettere in discussione la natura delle associazioni di volontariato, nel senso che qualsiasi attività commerciale eventualmente svolta sul mercato non potrebbe che avere un ruolo marginale e di sostegno rispetto all'insieme delle attività *non profit*.

Per tal via, dunque, il Giudice UE, per un verso ha esteso al settore del trasporto sanitario non d'urgenza il modello derogatorio di affidamento diretto agli organismi di volontariato ritenuto sino a quel momento ammissibile e legittimo solo per il servizio di trasporto sanitario d'urgenza; per l'altro verso, ne ha ulteriormente definito i contorni.

Nondimeno, non può sottacersi come tale approdo del giudice comunitario susciti alcune perplessità, ove si consideri, appunto, la scelta "restrittiva" del legislatore comunitario della Direttiva 2014/24/UE di limitare la portata della deroga al solo servizio di trasporto sanitario d'urgenza.

Peraltro, in ambito nazionale, sembra assistersi ad una dinamica dialettica giudice-legislatore del tutto analoga: laddove, da un lato, il giudice, aderendo all'orientamento estensivo della Corte UE, ha ritenuto ammissibile il citato modello derogatorio anche in relazione al servizio di trasporto sanitario c.d. ordinario, mentre, dall'altro lato, il legislatore, in sede di riforma del terzo settore, nel recepire l'indirizzo contenuto nella citata Direttiva 2014/24/UE, si è invece limitato, in via restrittiva, a legittimare il modello derogatorio per il solo servizio di trasporto sanitario d'urgenza.

In effetti, il giudice nazionale è stato, da ultimo, chiamato, per la prima volta, a pronunciarsi proprio sulla questione dell'estensione del modello derogatorio al servizio di trasporto sanitario ordinario²⁸.

La vicenda muove dal ricorso in appello di una cooperativa sociale, la quale chiedeva la riforma della sentenza del TAR delle Marche n. 934/2015²⁹, con cui era stata respinta la domanda di annullamento della sua esclusione dalla procedura di interpello indetta dall'Azienda Ospedaliera Marche Nord per la stipula di convenzione con associazioni di volontariato per la gestione del servizio trasporto sanitario sia d'urgenza sia ordinario (trasporti programmati a chiamata, trasporti

²⁷ - Cfr. Corte giustizia UE, sez. V, 28 gennaio 2016, n. C-50/2014, in www.curia.eu

²⁸ - Cfr. Cons. Stato, III, sentenza 10.8.2016, n. 3615, in www.giustiziamministrativa.it

²⁹ - Cfr. Tar Marche, sentenza n.934/2015, in www.giustiziamministrativa.it

a supporto delle fasi collegate agli eventi di espianto organi, ecc.). In particolare, l'appellante aveva, tra l'altro, impugnato la sentenza di primo grado per l'errata interpretazione della citata sentenza della Corte di Giustizia UE 11.12.2014 (causa C 113/13), avendo il giudice di prime cure consentito l'illegittima estensione della possibilità di affidare in via prioritaria alle associazioni di volontariato non solo il trasporto sanitario d'emergenza o comunque d'urgenza, ma anche quello ordinario.

Il Consiglio di Stato, nel respingere l'appello, muove dal rilievo che, in effetti, la Corte di Giustizia UE, nella citata sentenza, ha espressamente consentito di derogare al generale principio della pubblica gara estesa a tutti gli operatori economici, in favore delle associazioni *non profit*, solo per i servizi di ambulanza e di trasporto sanitario d'urgenza; tuttavia, proseguono i Giudici di Palazzo Spada, la Corte UE non ha espressamente escluso dalla deroga i servizi di trasporto sanitario in genere, che restano comunque connessi alle ragioni di necessità ed urgenza tipiche del settore, dovendo essere i servizi di trasporto, ordinari e non, fungibili ove necessario a far fronte alle emergenze, e dovendo rispondere anche i servizi ordinari ai criteri di urgenza necessari per la tutela della salute umana, così come è ben evidenziato dalla avvenuta espressa inclusione, fra i servizi non di emergenza-urgenza, del trasporto di organi espianati per trapianti, pur essendo anche tale trasporto caratterizzato da intuibili profili di imprevedibilità e di somma urgenza nell'esecuzione. Ragion per cui, secondo il Consiglio di Stato, in adesione all'indirizzo ermeneutico da ultimo espresso dal giudice comunitario nella sentenza, sopra richiamata, n.50/16, *"la contestata estensione della previsione in deroga non appare quindi irragionevole o non proporzionata, alla stregua delle indicazioni della Corte di Giustizia ... secondo cui per il trasporto sanitario "le autorità locali di uno Stato membro possono procedere ad attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di pubblicità, ad associazioni di volontariato a condizione che le associazioni non abbiano fini di lucro, abbiano una finalità sociale e lo Stato persegua un obiettivo di solidarietà, come la tutela della salute della collettività e ragioni di efficienza di bilancio"*.³⁰

Invece, in sede legislativa, nell'ambito della riforma organica del c.d. terzo settore, adottata con il D.lgs. n. 117/2017 recante *"Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016 n. 106"*³¹ (attuativo della legge delega n. 106/2016 recante delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale), si è optato per una scelta diversa: infatti, all'art. 57 (rubricato *"Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza"*), comma 1, si è sancito 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 ... 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."*

In buona sostanza, il novellato regime nazionale del terzo settore ha circoscritto il ricorso da parte delle PP.AA. al modello derogatorio dell'affidamento diretto e prioritario, tramite convenzione, alle associazioni di volontariato del solo servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

Dal tenore letterale della suddetta previsione non v'è dubbio che, per tal via, il legislatore abbia assunto una posizione più restrittiva rispetto alla giurisprudenza: ciò ove si consideri come, all'esito del discrezionale bilanciamento tra i diversi interessi e valori in gioco - ritenendo evidentemente che

³⁰ - Cfr. Cons. Stato, III, sentenza 10.8.2016, n. 3615, cit.

³¹ - Cfr. D.lgs. 3 luglio 2017 n. 117, in www.governo.it.

il difficile temperamento, sovente individuato in via ermeneutica proprio dal giudice, tra solidarietà sociale, sussidiarietà e tutela della concorrenza debba essere compito del legislatore – siano stati perimetrati *ex lege* i confini del suddetto modello derogatorio, limitandone l'applicazione al solo trasporto sanitario d'urgenza.

4. La novellata *reductio ad unum* dei soggetti non profit alla categoria degli enti del terzo settore (ETS).

Per la verità, la novellata disciplina degli enti *non profit*, nel ridisegnare i contorni del terzo settore, rileva nella tematica oggetto delle presenti riflessioni anche avuto riguardo ad un ulteriore profilo, meritevole di attenzione.

Come accennato, il codice del terzo settore (CTS) – che, nell'opera di razionalizzazione della pregressa normativa, ha tra l'altro abrogato espressamente sia la disciplina sul volontariato di cui alla L. 266/91, sia quella sulle associazioni di promozione sociale di cui alla L. n. 383/2000, ed ha modificato in modo rilevante quella sulle *onlus* di cui al D.Lgs 460/97 - ha, in primo luogo, proceduto, all'art.4, al riassetto delle categorie soggettive ascrivibili al c.d. *non profit*, attraverso una sorta di *reductio ad unum* alla qualifica di ente del terzo settore (ETS), nella quale sono *ex lege* ricondotte non solo le organizzazioni di volontariato, ma anche 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 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.

La qualifica di ETS è subordinata, ex art. 11, all'iscrizione nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS), anche se sino all'attivazione del suddetto Registro, continuano ad applicarsi le norme previgenti ai fini e per gli effetti derivanti dall'iscrizione degli enti nei registri *onlus*, organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale e imprese sociali che si adeguano alle disposizioni del presente decreto entro diciotto mesi dalla data della sua entrata in vigore, ed entro il medesimo termine, tali soggetti possono adeguare i propri statuti alla novellata disciplina; la quale impone agli enti del terzo settore di esercitare in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale espressamente elencate (art. 5, comma 1) per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale; tra le suddette attività di interesse generale sono indicate dall'art. 5 quelle tipiche del settore del *non profit*, tra cui, naturalmente, interventi e servizi sociali, sanità, prestazioni socio sanitarie. Gli ETS potranno svolgere, ex art. 6, attività diverse dalle attività di interesse generale purché strumentali a queste ultime e secondo criteri e limiti definiti con decreto del Ministro del lavoro e politiche sociali di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze. Infine, gli ETS potranno realizzare attività di raccolta fondi organizzata e continuativa nel rispetto di principi di verità, trasparenza e correttezza nei rapporti con i sostenitori e il pubblico in conformità alle linee guida adottate da parte del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (art.7).

Secondo la novella, gli Enti del Terzo Settore sono tenuti al rispetto di vari obblighi riguardanti la democrazia interna (art.23), la trasparenza nei bilanci (art. 14), i rapporti di lavoro e i relativi stipendi (art. 16), l'assicurazione dei volontari (art.18), la destinazione degli eventuali utili (artt.8-9).

Il Codice disciplina, infine, i rapporti tra le PP.AA. e gli enti del terzo settore (art.55), confermando

il loro coinvolgimento nella programmazione e nella gestione di servizi sociali e nella realizzazione di servizi nei settori di attività di interesse generale; viene al contempo confermata dall'art. 56 la possibilità per le PP.AA. di stipulare convenzioni per lo svolgimento di servizi purché a condizioni più favorevoli rispetto al ricorso al mercato; tuttavia, tale possibilità è limitata non a tutti gli ETS, ma soltanto con le associazioni di volontariato e di promozione sociale.

5. Critica alla perdurante "riserva" al volontariato dell'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario.

La scelta del Codice, in continuità con il previgente regime, di "riservare" l'affidamento diretto, tramite convenzione, dei servizi di interesse generale alle sole associazioni di volontariato e di promozione sociale suscita alcune perplessità, in quanto mentre, da un lato, la riforma ha ricondotto ad una categoria unitaria tutti i vari soggetti *non profit*, dall'altro lato ha irragionevolmente mantenuto, come in passato, un regime differenziato in relazione alle modalità di operatività di alcuni organismi rispetto ad altri, nel senso, appunto, che solo le associazioni di volontariato e quelle di promozione sociale sono state ammesse al modello derogatorio dell'affidamento diretto con le PP.AA., tramite convenzionamento, per lo svolgimento dei suddetti servizi di interesse generale, con il solo limite delle condizioni più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

Il che, peraltro, appare ancor meno comprensibile ove si consideri che una sostanziale equiparazione tra cooperative sociali e associazioni di volontariato appare desumibile dalla citata Direttiva n. 2014/24/UE, ove, al considerando 28 si prevede che tale disciplina non si debba applicare "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": come dire che, anche a livello comunitario, sembra delinearsi una nozione sostanzialmente unitaria di organismo *non profit*, ove, di là dal diverso *nomen iuris* (organizzazioni e associazioni) ciò che rileva - ed appare dirimente ai fini dell'ammissione al regime derogatorio - è l'assenza in tali organismi della finalità lucrativa.

Per la verità, la questione della irragionevole disparità di trattamento tra associazioni di volontariato e imprese sociali, quali, ad esempio, le cooperative sociali, era già stata sollevata dinanzi al giudice nazionale avuto riguardo alla previgente normativa di settore. In effetti, nell'ambito del citato contenzioso dinanzi al Consiglio di Stato³², una cooperativa sociale, esclusa dall'azienda sanitaria marchigiana dall'affidamento riservato alle sole associazioni di volontariato per la gestione in convenzione del trasporto sanitario d'urgenza e ordinario, aveva sostenuto come dalla stessa normativa previgente emergesse la sostanziale equiparazione tra le associazioni di volontariato e le cooperative sociali. Ciò muovendo dal fatto che la Corte di Giustizia UE, nella nota sentenza dell'11-11-2014, resa nella causa C-113713 (Asl Spezzino), ha, tra l'altro, stabilito che una normativa nazionale, secondo la quale la fornitura dei servizi di trasporto sanitario venga attribuita in via prioritaria alle associazioni di volontariato a fronte di un rimborso delle spese, non confligge con la disciplina comunitaria in tema di appalti pubblici, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle suddette associazioni contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza del bilancio su cui detta normativa nazionale è basata (cfr. punto 60 nonché dispositivo). La Corte UE, come si ricorderà, aveva altresì precisato che in tanto non vi è conflitto con il prevalente diritto dell'Unione in quanto

³² - Cfr. Cons. Stato, III, sentenza 10.8.2016, n. 3615, cit.

le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli sopra indicati e cioè non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni e non procurino alcun profitto ai loro membri (cfr. punto 61).

In buona sostanza, secondo il giudice comunitario l'affidamento in via prioritaria alle associazioni di volontariato in deroga alla disciplina in tema di appalti pubblici è legittimo solo se dette associazioni non perseguono alcun scopo di lucro, nemmeno in modo indiretto (cfr. punto 62).

Di qui, aveva sostenuto l'appellante, l'illegittima esclusione della cooperativa sociale dalla procedura selettiva in deroga benché quest'ultima operasse, per oggetto sociale e statuto, senza finalità lucrative e perseguisse l'interesse generale della comunità alla promozione umana ed all'integrazione sociale attraverso la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi (art. 1 della legge 8 novembre 1991, n.381, lettera A) ed avesse quale oggetto la fornitura di servizi socio assistenziali sanitari ed educativi a favore di enti ed amministrazioni pubbliche e private.

In definitiva, la cooperativa sociale, al pari delle associazioni di volontariato, non trae alcun profitto dalle sue prestazioni, neanche in via indiretta, e così contribuisce effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza del bilancio, che – secondo l'insegnamento del giudice comunitario – consentono in sede di affidamento del trasporto sanitario di procedere in deroga alla disciplina in tema di appalti pubblici, assegnando detti servizi in via prioritaria a enti privi di scopo di lucro.

Viceversa, secondo il Tar Marche - nel silenzio del giudice comunitario in ordine alla legittimità di una normativa nazionale che limiti la partecipazione a certi enti senza scopo di lucro escludendone altri di diversa tipologia - cooperative sociali e associazioni di volontariato non potrebbero essere ascritte ad un unico *genus*, e per tal via, essere equiparate ai fini dell'affidamento del servizio di trasporto *de quo*; ciò in quanto la normativa nazionale non consentirebbe di equiparare le cooperative sociali alle associazioni di volontariato, essendo l'unica assimilazione rinvenibile tra i due organismi circoscritta ad aspetti di carattere tributario³³; permarrebbero, invece - alla luce delle distinte leggi istitutive (la n. 266/91 e la n. 381/91) - irriducibili differenze per così dire "genetiche", sussumibili, essenzialmente, nel fatto che per le associazioni di volontariato "*sarebbe valorizzato il carattere volontario, spontaneo e gratuito dell'attività, senza alcun connotato di lucro anche indiretto e favore dei propri appartenenti che non potrebbero essere in alcun modo retribuiti*", mentre per le cooperative sociali "*il fine ultimo o prevalente sarebbe quello di soddisfare i bisogni dei propri soci e alla loro base vi sarebbe la comune volontà dei membri di tutelare i loro interessi di consumatori, operatori culturali, ai fini di un possibile inserimento nel mercato del lavoro dei soci in quanto persone svantaggiate*".³⁴ Tali tratti distintivi giustificherebbero, ad avviso del giudice di prime cure, una diversità di trattamento dei due suddetti organismi in relazione all'affidamento dei servizi di trasporto oggetto dell'interpello gravato.

Sul punto, invece, la cooperativa sociale appellante aveva rilevato come proprio dalla disamina comparativa delle due leggi istitutive (l.n. 266/91 e l.n. 381/91) delle associazioni di volontariato e delle cooperative sociali emergerebbero numerose e significative similitudini dal punto di vista sia finalistico, sia organizzativo-funzionale, che, nel loro complesso, avrebbero dovuto indurre ad affermare una sostanziale *reductio ad unum* delle due figure organizzative. Ciò in quanto: 1) in base all'art. 3 della l.n. 266/91, le associazioni volontaristiche hanno facoltà di assumere lavoratori dipendenti nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta; come dire, in altre parole, che per garantire il loro regolare

³³ - Cfr Tar Marche n. 934/2015, cit., che richiama, al riguardo, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5035/2013, ribadito, ad avviso del Tar, nella sentenza Cons. Stato n. 3208/15.

³⁴ - IDEM.

funzionamento ovvero per qualificare o specializzare le loro prestazioni, le associazioni ben possono assumere e retribuire i propri volontari; il che smentiva in radice il preteso carattere esclusivamente volontario spontaneo e gratuito dell'attività svolta dagli appartenenti alle associazioni di volontariato; specularmente, in base all'art. 2 della L.n. 381/91 le cooperative sociali possono annoverare in seno alla loro organizzazione soci volontari, le cui prestazioni, nella gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi per le amministrazioni pubbliche, possono essere utilizzate in misura complementare a quella degli altri soci; 2) in base all'art. 1 della L.n. 381/91, 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; b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. In altre parole, anche le cooperative sociali hanno come finalità *ope legis* di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana, *id est* una finalità solidaristico-sociale del tutto omogenea ed assimilabile a quella prevista dall'art. 1 della L.n. 266/91 per le associazioni di volontariato. La finalità stabilita dal legislatore nella L.n. 381/91 poteva essere concretata dalle cooperative sociali in due forme: a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi (cooperative di tipo A); b) lo svolgimento di attività diverse finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (cooperative di tipo B); 3) in base all'art. 5 della L.n. 266/91, le associazioni volontaristiche potevano trarre le risorse per il funzionamento e per lo svolgimento della loro attività anche da entrate derivanti da attività commerciali e produttive: veniva così smentito l'assunto per cui solo le cooperative sociali, potendo svolgere anche attività commerciali, avrebbero tra i propri scopi quelli economici, asseritamente inconciliabili con la finalità solidaristica propria delle associazioni di volontariato; il che aveva peraltro condotto al riconoscimento pretorio alle associazioni di volontariato della capacità di impresa³⁵; 4) in base all'art. 5 della L.n. 381/91, anche per le cooperative sociali era prevista la forma della convenzione per l'affidamento dei servizi socio-sanitari ed educativi da parte delle PP.AA. in deroga alla normativa sugli appalti pubblici; ciò del tutto analogamente a quanto previsto dall'art. 7 della L.n. 266/91 per le associazioni di volontariato.

In definitiva, la disamina comparativa delle previgenti leggi istitutive delle associazioni di volontariato e delle cooperative sociali finivano per disvelare una sostanziale equiparazione teleologico-organizzativa dei due organismi, ben riconducibili, non solo limitatamente ai profili fiscali (giusta il D.Lgs. n.460/97), alla categoria unitaria dell'organismo non lucrativo di utilità sociale.

Peraltro, l'assimilazione sostanziale tra associazioni di volontariato e cooperative sociali non circoscritta ai soli profili fiscali appariva ulteriormente desumibile da quanto statuito dal legislatore nella citata l. n. 328/2000 che, all'art. 22, nel disciplinare la gestione e l'offerta dei servizi *de quibus* equiparava, quali soggetti attivi nella progettazione e realizzazione concertata degli interventi, organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione – *id est* le cooperative sociali - e organizzazioni di volontariato; tant'è che nel relativo atto di indirizzo e coordinamento, adottato con DPCM 30 marzo 2001, all'art. 2 si precisava che “*ai fini del presente atto si considerano soggetti del terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali...*”. Ulteriore riprova era peraltro costituita dal disposto di cui all'art. 4, comma 6, del d.l. 95/12 convertito nella l.n. 135/12: il quale, nel prevedere che gli enti di diritto privato di cui agli artt. da 13 a 42 del codice civile, i quali forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non possano ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche, esonerava da tale divieto, accomunandoli, gli

³⁵ - Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 387/2013, in www.giustiziamministrativa.it

enti di volontariato di cui alla l.n. 266/91 e le cooperative sociali di cui alla l.n. 381/91.

L'insieme di tali elementi avrebbero dovuto indurre a ritenere le associazioni di volontariato e le cooperative sociali sostanzialmente riconducibili ad un unico *genus*: equiparazione che trova il proprio *ubi consistam* nello svolgimento di attività finalisticamente orientata all'utilità sociale in assenza di qualsiasi finalità lucrativa. Come dire che, in definitiva, la comune matrice solidaristica, unitamente all'assenza di qualsivoglia scopo di lucro, caratterizza in egual misura sia le associazioni di volontariato ex L. 266/1991 che le cooperative sociali di cui alla L.n. 381/91.

Ragion per cui, se in virtù di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella causa C-113/13, è consentito l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario in deroga alla disciplina in tema di appalti pubblici alle associazioni di volontariato proprio perché esse operano senza fini di lucro, avrebbe dovuto parimenti essere consentito, con le stesse procedure, l'affidamento in via prioritaria alle cooperative sociali, in quanto anch'esse operano senza scopi di lucro, neanche indiretti.

Da parte sua, il Consiglio di Stato³⁶, nel rigettare l'appello, sul punto cruciale della invocata equiparazione tra cooperative sociali e associazioni di volontariato ha invece ritenuto che le due leggi istitutive si muoverebbero su piani ed in ambiti diversi, e che i punti di contatto sopra richiamati non sarebbero decisivi, in quanto, *“anche se le cooperative sociali hanno come scopo la promozione umana e l'integrazione sociale dei cittadini senza scopo di lucro, tuttavia la legge sulle cooperative sociali si basa sulla cooperazione, e quindi su una forma lavorativa comune rivolta a provocare un vantaggio economico a coloro che fanno parte della cooperativa stessa, mentre l'organizzazione di volontariato non persegue, neppure in modo indiretto, un vantaggio economico per i suoi associati.”* Ciò, secondo i Giudici di Palazzo Spada, sarebbe in linea con il disegno costituzionale, in quanto l'art. 45 Cost. sulla imporrebbe una considerazione di vantaggio per finalità sociali, alla stregua degli articoli 41 e 42 Cost., per le attività economiche svolte in forme cooperativistiche, mentre le associazioni di volontariato sembrano piuttosto trovare fondamento negli articoli 2 e 118, u.c. Cost., secondo i quali al fine di garantire i diritti inviolabili dell'uomo e di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. Ragion per cui, conclude il Consiglio di Stato, *“l'individuazione del punto di confine fra le due discipline sarebbe rimessa al ragionevole ambito di discrezionalità del legislatore, che ben potrebbe integrare le due previsioni in relazione alle nuove esigenze della società”*.³⁷

In tal senso, la scelta del legislatore della riforma di limitarsi ad equiparare solo sul piano formale-definitorio i vari soggetti *non profit* appare, *a fortiori*, ancor più incompiuta e non lungimirante: un'occasione persa per dare un'effettiva sostanziale regolazione uniforme al perdurante coacervo del settore *non profit*.

³⁶ - Cfr. Cons. Stato, III, sentenza n. 3615/2016, cit.

³⁷ - IDEM.