

Publicato il 22/02/2018

N. 01139/2018REG.PROV.COLL.
N. 06486/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6486 del 2017, proposto da:

Italy Emergenza Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Panariti e Stefano Betti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Celimontata 38;

contro

A.N.P.A.S. Associazione Nazionale Pubblica Assistenza Comitato Regionale Liguria, P.A. Croce Verde Arcola, P.A. Croce Verde Borghetto Vara, P.A. Croce Gialla, P.A. Croce Rosso Bianca Lerici, P.A. Croce Verde Levante, P.A. Croce Verde Pignone, P.A. Croce Bianca Riomaggiore, P.A. Humanitas Romito Magra, P.A. Santo Stefano Magra, P.A. La Misericordia e Olmo Onlus, P.A. Vezzano Ligure, P.A. Croce Azzurra Brugnato, P.A. Croce Bianca Portovenere, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Roberto Damonte e Silvia Villani, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, via Asiago 8;

Pubblica Assistenza Luni Onlus, Pubblica Assistenza Croce D'Oro Deivese,

Pubblica Assistenza Framurese, Pubblica Assistenza Pitelli, Pubblica Assistenza Croce Bianca Le Grazie - non costituite in giudizio;

nei confronti di

Regione Liguria, Azienda Sanitaria Locale N. 5 "Spezzino" - non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 00512/2017, resa tra le parti, concernente gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pazienti nell'ambito dei presidi e stabilimenti aziendali e trasporto materiali sanitari vari intra ed extra territorio aziendale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle associazioni di volontariato indicate in epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2018 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Stefano Betti e Roberto Damonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le odierne parti appellate, in qualità di associazioni di volontariato esercenti servizi di pubblica assistenza e trasporto sanitario, agendo in primo grado innanzi al Tar Liguria, hanno impugnato il bando e tutti gli atti della gara indetta dalla Azienda Sanitaria Locale n. 5 "Spezzino", avente ad oggetto l'affidamento dei *"servizi di trasporto pazienti nell'ambito dei presidi e stabilimenti aziendali e trasporto materiali sanitari vari intra ed extra territorio aziendale"*.

2. A tal fine, le ricorrenti hanno dedotto che:

- l'appalto *de quo*, in quanto afferente al trasporto sanitario in emergenza ed urgenza, avrebbe dovuto essere affidato prioritariamente e in via diretta alle associazioni di pubblica assistenza (ai sensi degli artt. 42 bis e 42 ter della L.R.

n. 41/2006) e solo in un secondo momento, accertata la indisponibilità di queste ultime, mediante procedure di evidenza pubblica;

- in ogni caso, anche a voler ritenere legittima la gara, le dimensioni della stessa impedirebbero alle associazioni di volontariato di prendervi parte, stante il carattere di marginalità imposto alla loro partecipazione agli appalti pubblici, non compatibile con le dimensioni e l'ampiezza della gara *de qua*;

- alla partecipazione delle ricorrenti alla procedura osterebbero anche ulteriori previsioni contenute nel disciplinare, riferite: alla richiesta disponibilità di mezzi adibiti al servizio, in possesso della licenza per noleggio con conducente; alla necessaria dotazione di personale, addetto al servizio, munito della patente di categoria KB; alla clausola sociale e all'obbligo di fatturazione elettronica.

3. Nel giudizio si è costituita l'ASL n. 5 ed è intervenuta *ad opponendum* la cooperativa Italy Emergenza Cooperativa Sociale, gestore uscente del servizio e partecipante alla nuova gara.

4. Con sentenza n. 512/2017, il Tar Liguria ha accolto il ricorso, annullando la procedura sulla base della favorevole delibazione del primo motivo.

5. Nel suo ordito motivazionale, il Tribunale ha osservato che:

- il complesso normativo di cui alla L.R. n. 41/2006 ha configurato i soggetti di cui all'art. 42 bis, 2° comma, della medesima legge (Aziende sanitarie, Comitati della Croce Rossa Italiana e associazioni di volontariato iscritte nell'elenco di cui all'articolo 42-sexies) come incaricati di pubblico servizio e componenti del sistema di emergenza territoriale;

- la norma di cui all'art. 42 – ter L.R. n. 41/2006 ha poi preso atto di tale strutturazione del servizio e ha quindi previsto che l'attività di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, ricompresa nel sistema territoriale di soccorso, sia svolta in via prioritaria dai soggetti che ne fanno parte;

- secondo tale impostazione normativa, il ricorso mediante gara aperta a soggetti esterni è ammesso solo in caso di comprovata impossibilità per il sistema di fare fronte autonomamente alle esigenze del servizio;

- nell'ampia accezione di trasporto sanitario di emergenza-urgenza, così come tracciata dall'art. 42 ter L.R. n. 41/2006, rientra anche il trasporto intraaziendale dei pazienti messo a gara dalla ASL Spezzino;
- dunque, la ASL avrebbe dovuto innanzitutto vagliare la soluzione dell'affidamento diretto e solo in subordine quella dell'affidamento mediante procedura di gara aperta;
- nel concetto di trasporto sanitario di emergenza-urgenza certamente non rientra, invece, il servizio di trasporto materiali sanitari vari intra ed extra territorio aziendale, per il quale è dunque doveroso, in linea astratta, il conferimento tramite evidenza pubblica;
- nondimeno, l'unitarietà del bando impugnato, la stretta connessione ivi imposta tra i diversi servizi e le ricadute disfunzionali che un annullamento parziale della gara determinerebbe sulla gestione della stessa da parte dell'ASL, giustificano, in applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*, l'annullamento integrale della procedura.

6. La sentenza viene impugnata nella presente sede dalla Italy Emergenza Cooperativa Sociale, la quale a tal fine osserva che:

- a) i servizi messi a gara non rientrano tra quelli oggetto della invocata normativa regionale, in quanto ad essi è estraneo il concetto di "soccorso", cui è connesso il sistema delineato dalla L.R. n. 41/2006; in quanto afferenti al trasporto ordinario di pazienti in ambulanza, rientrano invece tra quelli che tanto la normativa europea (dir. 2014/24/UE, considerando 28 ed art. 10 lettera h), quanto quella statale (d.lgs. 50/16, art. 17 lett. h), artt. 142 e 143) "escludono dai servizi esclusi", assoggettandoli quindi alla disciplina degli appalti di cui al Titolo III, capo I della Direttiva 2014/24/UE e al Titolo VI, Capo II del D. Lgs. 50/16 (c.d. "regime alleggerito");
- b) in ogni caso, a volerla ritenere estesa anche al servizio di trasporto ordinario di pazienti in ambulanza, la normativa regionale avrebbe dovuto essere disapplicata, in quanto del tutto incompatibile con le sopra richiamate e prevalenti norme di diritto europeo;

c) in via residuale, il TAR avrebbe dovuto fornire un'interpretazione della L. R. Liguria 41/2006 costituzionalmente coerente con l'art. 117 Cost. (e quindi con le disposizioni nazionali del codice appalti), posto che l'art. 117 demanda alla competenza legislativa regionale la mera "organizzazione" dei servizi in questione, mentre assegna la competenza a definirne le modalità di affidamento alla legislazione esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza.

7. A giustificazione della persistenza del suo interesse alla decisione, l'appellante ha inoltre evidenziato che, nella pendenza del termine di impugnazione della sentenza n. 512/2017 del TAR Liguria, la ASL 5 Spezzino, dapprima, con delibera n. 731 del 11.8.2017, ha revocato il bando di gara in questione nonché la deliberazione di indizione del procedimento, n. 94 dell'8.2.2017; e successivamente, con delibera n. 882 del 4.10.2017 ha revocato la precedente n.731/2017: dal che consegue che la *res* controversa mantiene la sua attualità e giustifica l'interesse alla definizione del presente giudizio.

8. Si sono costituite in giudizio le associazioni già ricorrenti in primo grado, formulando controdeduzioni difensive ai rilievi avversari ed eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità dell'impugnativa per carenza di legittimazione attiva alla proposizione dell'appello da parte della Cooperativa ricorrente, avendo questa preso parte al giudizio di primo grado in qualità di mero interventore *ad opponendum*, senza essere portatrice di una posizione giuridica sostanziale autonoma e qualificata.

9. A sua volta l'appellante ha eccepito la decadenza della parte appellata dalla riproposizione delle domande proposte in primo grado e non esaminate dal Tar in quanto assorbite, osservando a tal fine che le stesse sono state riproposte tardivamente, con memoria datata 26.9.2017, laddove la costituzione in giudizio era avvenuta con la prima memoria difensiva del 25.9.2017.

10. A seguito dell'accoglimento parziale dell'istanza cautelare, espletato lo scambio di memorie ai sensi dell'art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 1° febbraio 2018.

DIRITTO

1. L'eccezione preliminare di inammissibilità dell'appello, sollevata in limine litis dalle parti resistenti, trae spunto dal dettato dell'art. 102 c.p.a., secondo il quale è legittimato all'appello il solo intervenore titolare di una "*posizione giuridica autonoma*". L'eccezione è ulteriormente argomentata nel senso che tale posizione va apprezzata in relazione agli atti impugnati (Cons. Stato, sez. III, n. 2451/2016) e si configura, nel caso dell'intervento *ad opponendum*, esclusivamente in capo al controinteressato in senso tecnico nel giudizio di primo grado (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 867/2014 e n. 4121/2013; Id., sez. IV, n. 5616/2017). Nondimeno, nel caso di specie la cooperativa Italy Emergenza, in qualità di mero partecipante alla gara annullata e gestore uscente del servizio, non vanterebbe una posizione qualificata di interesse legittimo alla conservazione degli atti impugnati in primo grado, il che spiega il fatto che la stessa non sia stata notiziata della notifica del ricorso di primo grado; donde la sua carenza di legittimazione ad agire in grado di appello.

1.2. L'eccezione è infondata e va respinta.

La vicenda in esame richiede di essere tralucata attraverso il parametro del "rapporto giuridico" in alternativa a quello dell' "atto impugnato": da tale diversa impostazione emerge chiaramente che la posizione di interesse fatta valere dall'interventore *ad opponendum* attiene alla salvaguardia della gara in quanto tale - quale metodo di selezione del contraente della parte pubblica, alternativo a quello dell'affidamento diretto mediante convenzione.

La contesa in esame si svolge, dunque, in relazione a due opposti interessi: l'interesse all'affidamento diretto del servizio (proprio delle Associazioni di volontariato) e l'interesse alla sua contendibilità mediante procedura aperta (proprio di Italy Emergenza). In questa prospettiva, i caratteri di "autonomia" e "qualificazione" della posizione vantata dall'interventore *ad opponendum*,

vanno calibrati in relazione non già ai possibili esiti della procedura di gara (rispetto ai quali il mero partecipante è pacificamente soggetto non qualificato); ma rispetto alla conservazione del metodo della evidenza pubblica, in alternativa a quello dell'affidamento del servizio senza gara.

1.3. D'altra parte, l'attuale appellante, in qualità di operatore del settore, sarebbe certamente legittimato ad impugnare un eventuale affidamento diretto del servizio (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 5182/2015): se ne trae conferma, pertanto, che rispetto a questa specifica area di interessi, egli è soggetto portatore di una posizione sostanziale qualificata, certamente pregiudicata dalla pronuncia di primo grado e tale, quindi, da legittimarlo alla impugnativa qui in esame.

2. È infondata anche l'ulteriore eccezione di decadenza dalla riproposizione delle domande assorbite, argomentata sul fatto che queste ultime sono state riproposte con memoria datata 26.9.2017 a fronte della costituzione in giudizio avvenuta con la precedente memoria difensiva del 25.9.2017.

Ai sensi dell'art. 101, comma 2, del codice del processo amministrativo “*Si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio*”.

La norma è chiara nello stabilire la decadenza dalla riproposizione dei motivi di censura assorbiti, alla scadenza del termine per la costituzione in giudizio, senza imporre che tale riproposizione debba essere fatta necessariamente in sede di memoria di costituzione in giudizio; e anche la giurisprudenza è dell'avviso che la decadenza vada rapportata al solo termine ultimo di costituzione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 4659/2017: “*nel processo amministrativo ai sensi dell'art. 101, co. 2, D.Lgs. n. 104/2010 (CPA) si intendono rinunciati i motivi di censura formulati in primo grado e non esaminati, o dichiarati assorbiti, in quanto non espressamente ripresentati dalla parte appellata entro il termine di costituzione in giudizio*”).

Nel caso di specie, il suddetto termine per la costituzione in giudizio (cfr. art. 46 c.p.a.), dimidiato a 30 giorni, risulta pienamente rispettato, posto che il ricorso è stato notificato in data 8 settembre 2017 e la memoria risulta depositata in data 26 settembre 2017.

3. Nel merito, è controversa la legittimità della procedura aperta bandita ai sensi del d.lgs. 50/2016 dalla ASL 5 Spezzino per l'affidamento “*dei servizi di trasporto pazienti nell'ambito dei presidi e stabilimenti aziendali e trasporto materiali sanitari vari intra ed extra territorio aziendale*”.

La cooperativa appellante critica il giudizio di illegittimità pronunciato dal TAR, insistendo nel sostenere il contrasto dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario in questione con la disciplina europea in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

3.1. L'appello è fondato, alla stregua delle considerazioni che seguono.

3.2 Il bando in oggetto, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 11.2.2017, ricade nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016 e per esso della direttiva comunitaria n. 2014/24/UE.

3.3. Ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. 50/2016, i “servizi di ambulanza”, identificabili con il codice “*CPV 85143000-3*”, rientrano tra i servizi che sono esclusi dalle disposizioni del codice. Da tale esclusione sono esplicitamente eccettuati “*i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza*”, i quali dunque restano assoggettati al sistema dell'evidenza pubblica.

3.4. La matrice di tali previsioni normative è nel disposto della direttiva n. 2014/24/UE, la quale, al 28° considerando, stabilisce espressamente che la direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni “*servizi di emergenza*”, se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro. Non dovrebbero sottrarsi alla direttiva, invece, 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», Titolo III, capo I della Direttiva 2014/24/UE e Parte II, Titolo VI, Capo II del D. Lgs. 50/2016).

Il considerando specifica che *“anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza”*.

3.5. In senso conforme dispone l'art. 10 della Direttiva, del quale l'art. 17, comma 1 lett. h) d.lgs. n. 50/2016 è una fedele trasposizione.

3.6. Da ultimo, la possibilità di affidare in convenzione diretta alle organizzazioni di volontariato i soli servizi di trasporto sanitario di “emergenza e urgenza” è stata prevista espressamente, a livello nazionale, dal Codice del Terzo Settore (art. 57 d.lgs. 117/2017).

3.7. Dunque, i servizi di trasporto di persone in ambulanza, 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 e del relativo Titolo III, dedicato ai particolari regimi di appalto: in specifico, gli artt. 74 e ss., indicano le disposizioni in tema di affidamento dei servizi di cui all'allegato XIV (ivi inclusi i servizi di ambulanza). Nell'ambito del d.lgs. 50/2016 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, possono formare oggetto di appalti pubblici secondo il cd. “regime alleggerito” di cui all'art. 142 o secondo il sistema della gara “riservata” a determinate categorie di operatori no-profit, ai sensi dell'art. 143.

3.8. Dalle tracciate coordinate normative si ricava che le nuove disposizioni comunitarie e nazionali (art. 17 lettera h) del d.lgs. 50/2016) restringono l'area dell'affidamento diretto ai soli servizi di trasporto in ambulanza che possano definirsi di “emergenza”.

4. Occorre quindi appurare se l'oggetto specifico dell'appalto *de quo* si situi nello spazio concesso dal legislatore (nazionale ed europeo) ai fini della praticabilità dell'affidamento diretto del servizio.

4.1. L'art. 1 del Capitolato Tecnico descrive l'oggetto dell'appalto nei seguenti termini:

- *“Trasporti sanitari di pazienti:*
 - *tra Unità Operative, compreso il P.S., dell’Ospedale S. Andrea e Radioterapia;*
 - *dalle varie Unità Operative, compreso il P.S., dell’Ospedale di Sarzana all’Ospedale della Spezia, e viceversa;*
 - *trasporto ordinario dagli Stabilimenti Ospedalieri Aziendali alle strutture territoriali di residenzialità (R.S.A. del territorio dell’asl);*
- *Trasporto di materiali vari, biologici, cartacei e farmaci con possibilità di movimentazione dei dipendenti per motivi di servizio:*
 - *tra le varie Unità Operative dei diversi Stabilimenti Ospedalieri afferenti al P.O. del Levante Ligure (S. Andrea, Radioterapia, Sarzana, Levanto);*
 - *tra gli stabilimenti ospedalieri e le strutture territoriali (R.S.A. Aziendali, Casa Circondariale, Case della Salute, Distretti, ambulatori territoriali etc...);*
 - *tra il Presidio Ospedaliero del Levante Ligure e le strutture accreditate liguri (prevalentemente sull’area metropolitana di Genova) ed extra regione non urgenti”.*

4.2. È pacifico – e riconosciuto anche dal Tar – che nel concetto di trasporto d’emergenza non rientra il trasporto di materiali sanitari.

4.3. Una serie di indici interpretativi depongono nel senso che anche i “trasporti sanitari di pazienti”, come descritti nel capitolato, non rientrino (se non in misura marginale o minoritaria) nel trasporto d’emergenza.

4.4. Si consideri in tal senso che:

- l’oggetto dell’affidamento non attiene a trasporti di “*soccorso*”, ma a spostamenti di “*pazienti*”, quindi non di soggetti genericamente malati o infortunati ma di persone già ospedalizzate. La qualità soggettiva dei destinatari del servizio sembra far riferimento, pertanto, ad un ambito operativo diverso da quello del soccorso d’emergenza;
- l’art. 2, lett. a) del capitolato tecnico prevede, inoltre, una programmazione giornaliera della gestione delle attività di trasporto. Correttamente la parte appellante osserva, sul punto, che una medesima attività non può, contemporaneamente, essere soggetta a programmazione ed assolvere a

finalità di emergenza-urgenza. Anche sotto questo profilo emerge, dunque, un tratto di estraneità all'area del servizio d'emergenza;

- un terzo indizio in tal senso è fornito dalla classificazione dei trasporti oggetto dell'affidamento nelle due categorie delineate dall'art. 2, lett. a) del capitolato tecnico, entrambe apparentemente estranee all'area dell'emergenza: i *“trasporti programmati”* e i *“trasporti di rientro del paziente in reparto dopo esecuzione dell'accertamento/consulenza”*;

- l'inquadramento di tali attività nell'ambito del *“trasporto sanitario in condizione ordinaria programmabile”* trova ulteriore conferma nella distinzione posta tra questa tipologia di trasporto e quella del *“trasporto sanitario in condizione di urgenza”*, presente nelle premesse della raccomandazione del Ministero della Salute n. 11 del 2010 (avente ad oggetto il malfunzionamento sistema di trasporto intraospedaliero ed extraospedaliero);

- in senso analogo, nella d.G. Regione Liguria del 26.4.2007, n. 441 (Direttiva vincolante. Modalità di erogazione dei servizi di trasporto sanitario a carico del Servizio Sanitario Regionale) si includono tra gli interventi in *“emergenza/urgenza”* il *“soccorso sanitario”*, il *“trasferimento assistito”* e il *“trasporto sanitario in emergenza”*, ovvero tutte fattispecie caratterizzate: a) da condizioni del trasportato tali da richiedere l'assistenza di personale sanitario in grado di effettuare anche il primo soccorso; b) dalla necessità di provvedere al trasporto con urgenza; c) dalla gestione e autorizzazione di tali trasporti da parte della Centrale Operativa del 118. Al contrario, i trasporti ordinari costituiscono attività *“programmate”* e gestite da un centro per il coordinamento che si integra (ma non coincide) con le Centrali Operative del Servizio 118;

- tornando al caso oggetto di causa, nel capitolato in esame si prevede che la gestione e la programmazione delle attività di trasporto venga gestita da una Centrale Operativa, dotata di sistema radio *“che dovrà consentire collegamenti diretti con l'U.O. Centrale Operativa 118”* (art. 9 Capitolato), il che ulteriormente

conferma, proprio nel confronto con i modelli innanzi citati, il carattere ordinario e programmato del trasporto messo a gara;

- vero è che nel capitolato tecnico è prevista, ai sensi dell'art. 2 lett. b) punto 2, la presenza a bordo dei mezzi di un soccorritore con la formazione specifica di cui al successivo art. 9 dello stesso capitolato. Il soccorritore, tuttavia, per il profilo che ne viene tracciato nel capitolato in oggetto, non rientra nella categoria del personale sanitario o infermieristico, ma è un mero accompagnatore munito di *“fondamentali nozioni di primo soccorso e delle norme di organizzazione del presidio ospedaliero”* (cfr. art. 9 del capitolato tecnico), ed il cui intervento operativo è contemplato in termini eventuali. Dunque, anche se esaminato sotto questo riguardo, il trasporto di cui si discute non pare far emergere contenuti di rilevanza *“medico - specialistico o sanitaria”* tali da apparentarlo, per questo specifico profilo, alla tipologia del servizio d'emergenza;

- in ogni caso, una ipotetica ed eventuale attività sanitaria sulle ambulanze, per quanto si ricava dal capitolato di gara, non verrebbe a configurarsi né sotto il profilo economico, né sotto il profilo funzionale, come la componente prevalente dell'affidamento *de quo*, tale da giustificarne l'assoggettamento al regime «alleggerito». In proposito, il considerando 28 della Direttiva 2014/24/UE è chiaro nel precisare che *“nel caso infine di contratti misti per la prestazione di servizi di ambulanza che riguardano sia servizi di trasporto che sanitari, si applica il regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza è superiore al valore di altri servizi di ambulanza”*.

4.5. Per concludere sul punto, i molteplici elementi argomentativi sin qui illustrati inducono a ritenere che i trasporti sanitari di pazienti, oggetto della gara per cui è lite, non rientrino nel concetto di trasporto d'emergenza.

5. La sentenza qui appellata, lungi dall'assumere una esplicita posizione in ordine alla natura emergenziale del servizio oggetto dell'appalto – che per quanto esposto va esclusa - si limita a vagliarne la sua conformità al concetto

di “*Trasporto sanitario di emergenza urgenza territoriale*”, come definito all’art. 42 ter della L.R. 41/2006.

5.1. A tal fine prende in considerazione la lettera c) dell’art. 42 ter (“*servizi di trasporto nei quali le condizioni cliniche del paziente richiedono esclusivamente l'utilizzo di un'ambulanza e/o mezzo adeguatamente attrezzato in relazione alle esigenze di assistenza al paziente, la necessità dell'assistenza "in itinere" con personale sanitario o altro personale adeguatamente formato, nonché la garanzia della continuità delle cure al fine di non interrompere il percorso assistenziale già intrapreso*”), e conclude che “*tale genere di trasporto comprende in sé anche il trasporto di pazienti intraziendale oggetto di gara*”, e ciò proprio in virtù di quelle “*esigenze di assistenza da parte di personale qualificato durante la fase di trasporto*” che ad esso si associano ed in difetto delle quali si opterebbe “*per altre soluzioni, quali il day hospital ovvero il day surgery*”.

5.2. Il Tar prosegue poi il suo ragionamento rilevando che ai sensi dell’art. 42 bis L.R. 41/2006, “*il sistema territoriale di soccorso è composto dalle Aziende sanitarie, dai comitati della Croce Rossa Italiana e dalle associazioni di volontariato iscritte nell'elenco di cui all'articolo 42-sexies*”; e che ai sensi dell’art. 42 ter, “*qualora l'attività di trasporto sanitario di emergenza urgenza territoriale non possa essere assicurata dai soggetti di cui all'articolo 42-bis le Aziende sanitarie locali, dopo aver esperito ogni utile tentativo, possono affidare tale attività a soggetti terzi, a seguito di procedure di evidenza pubblica garantendo, in ogni caso, gli attuali livelli di qualità del servizio*”.

5.4. Da tali disposizioni, i giudici di prime cure ricavano la conclusione che la Regione Liguria abbia legittimamente strutturato il servizio territoriale di soccorso (nell’esercizio della propria potestà legislativa concorrente nella materia della tutela della salute di cui all’art. 117, comma 3, Costituzione, oltre che in forza delle competenze riconosciute dall’art. 2 d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502) “*individuando una platea di soggetti ai quali tale servizio fa capo e attraendo quelli non aventi natura pubblica nell’ambito pubblicistico mediante l’istituzione di un apposito elenco e la previsione di requisiti e controlli al fine di garantire uno standard di servizio uniforme e adeguato*”.

5.5. Ai sensi dell'art. 42 sexies l. r. 41/06, *“La Giunta regionale, al fine di garantire uno standard tecnico organizzativo qualitativamente adeguato e uniforme su tutto il territorio regionale: a) istituisce un apposito elenco dei soggetti che svolgono l'attività di trasporto sanitario in emergenza urgenza di cui all'articolo 42-ter sul territorio regionale, da aggiornarsi con periodicità triennale; b) stabilisce i requisiti necessari all'inserimento in detto elenco. In particolare, individua i requisiti specifici in ordine alla regolarità contributiva dei dipendenti, nonché quelli di cui devono essere in possesso le ambulanze e i veicoli, le sedi e le sezioni delle associazioni di volontariato, della Croce Rossa Italiana e delle altre istituzioni o enti pubblici autorizzati che esercitano il trasporto in emergenza urgenza di cui all'articolo 42-ter e le relative procedure e criteri per la vigilanza in ordine alla verifica del mantenimento dei requisiti”*.

5.6. In conclusione, secondo l'impostazione del Tar, *“trattandosi di affidamento di servizi all'interno del sistema a soggetti intranei allo stesso e incaricati di pubblico servizio difetta quel carattere di terzietà dell'appaltatore all'organizzazione pubblica che caratterizza l'appalto”*; *“non si è, pertanto, in presenza di un'ipotesi di deroga all'applicazione del codice degli appalti che richieda, stante l'inclusione della materia delle pubbliche gare nell'ambito della potestà legislativa esclusiva statale, un'apposita norma di legge statale per legittimarla”*.

6. La tesi del Tar non può essere condivisa.

6.1. È criticabile, in particolare, l'affermata internalizzazione del servizio che la Regione avrebbe attuato includendo le associazioni di volontariato nel “sistema pubblicistico” del trasporto sanitario.

Di “autoproduzione” in senso proprio può discorrersi nel momento in cui il soggetto pubblico provveda con propri mezzi e proprie strutture alla realizzazione del bene o del servizio oggetto di interesse.

I confini che devono contrassegnare l'area del settore pubblico entro la quale si realizza il fenomeno dell'autoproduzione (cd. *in house providing*), alternativo a quello della esternalizzazione (cd. *outsourcing o contracting out*), sono stati ampiamente indagati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in relazione alla casistica degli affidamenti *in house*. In quel contesto si è chiarito che il

primo fenomeno va inteso in termini di rapporto interorganico o di attività organizzativa interna all'amministrazione; e il secondo quale relazione intersoggettiva o contrattuale tra autonome e distinte "parti negoziali".

Nondimeno, perché si abbia autoproduzione occorre che il soggetto investito della realizzazione del bene o del servizio operi senza alcun margine di autonomia e quale mero *instrumentum* od organo della parte aggiudicataria.

6.2. Di un controllo "analogo" - e degli stringenti requisiti di carattere strutturale e funzionali che devono avvincere l'aggiudicatario all'amministrazione, per poter essere assimilato ad uno dei suoi organi - nel caso di specie non vi è traccia: le associazioni di volontariato rimangono soggetti privati, non vedono limitata in alcun modo la loro attività in concomitanza con gli affidamenti ad esse assegnati dalla Regione Liguria; né presentano alcuna relazione strutturale o funzionale con l'ente regionale che possa renderli assimilabili ad articolazioni funzionali dell'ente pubblico emanante.

La legge regionale, dunque, opera una mera ridenominazione formale del servizio, qualificandolo come "sistema territoriale di soccorso" ed aggregando ad esso le associazioni private, con forme e modi che, tuttavia, non consentono di riscontrare in esse alcuna linea di continuità con la natura pubblicistica dell'ente aggregante.

Nondimeno, in assenza di elemento alcuno che consenta di qualificare queste ultime come soggetti "sostanzialmente" pubblicistici, sia pure sotto la parvenza di soggetti di tipo privato, deve escludersi la sussistenza dei caratteri propri dell'autoproduzione.

Il che pone un problema di elusione delle regole dell'affidamento mediante gara e di compatibilità con il codice appalti e con la normativa europea.

6.3. La legge regionale, in definitiva, pone in essere un sistema di affidamento a privati, disciplinato in modo sistematico e realizzato mediante l'inserimento in appositi elenchi triennali delle associazioni di volontariato e la loro successiva individuazione quali affidatarie del servizio.

La qualificazione meramente “nominalistica” di tale sistema in termini “pubblicistici”, non vale certamente a modificarne la sostanza.

In questi termini, la norma regionale, ove intesa come inclusiva anche del servizio di trasporto ordinario in ambulanza (non quindi emergenziale e di soccorso) si pone in contrasto con la regola opposta e prevalente (fissata dal codice appalti e dalla direttiva europea) dell'affidamento mediante gara del trasporto in ambulanza a carattere non emergenziale. Le considerazioni già svolte, si ribadisce, consentono di escludere che il sistema tracciato dalla L.R. 41/2006 possa integrare un'autentica internalizzazione del servizio.

6.4. Il segnato punto di contrasto va risolto con la disapplicazione della norma nazionale (legge regionale) confliggente con le superiori disposizioni comunitarie.

6.5. Va inoltre fugato il dubbio che da un tale esito decisorio possa conseguire una compressione della competenza legislativa concorrente delle Regione in materia di “tutela della salute”: è chiaro, infatti, che la disciplina delle modalità dell'affidamento dei servizi socio-sanitari attiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di “tutela della concorrenza” e non a caso è oggetto delle disposizioni comunitarie e nazionali innanzi richiamate (cfr. Titolo III, capo I della Direttiva 2014/24/UE e nella Parte II, Titolo VI, Capo II del D. Lgs. 50/2016).

7. Per quanto esposto, l'appello deve ritenersi fondato e accoglibile.

8. Restano da esaminare le censure proposte in primo grado dalle Associazioni di volontariato, dichiarate assorbite dal Tar e riferite alle clausole del capitolato sotto diversi profili ritenute ostative alla partecipazione delle parti appellate alla procedura di gara.

8.1. La prima contestazione verte sull'elevato importo dell'appalto, asseritamente incompatibile con il rilievo marginale che deve caratterizzare le entrate derivanti dalle attività commerciali dalle quali le organizzazioni di volontariato possono trarre le risorse economiche per il loro funzionamento.

La censura non può essere accolta. La fissazione nel bando del criterio della offerta più vantaggiosa non comporta di per sé stessa che l'associazione di volontariato tragga dei profitti dal servizio, essendo sufficiente che nell'offerta il prezzo sia ancorato al puntuale computo degli oneri derivanti dalla prestazione, individuando, quindi, il livello del profitto zero (Cons. Stato, sez. III, n. 116/2016).

Se a ciò si aggiunge che la parte appellata non ha contestato la legge di gara nella parte relativa alla organizzazione dimensionale del servizio e alla definizione dell'importo a base d'asta, non può che concludersi nel senso della infondatezza del motivo di doglianza.

8.2. Ulteriore contestazione attiene alla previsione del bando che richiede ai partecipanti la disponibilità di veicoli con licenza di noleggio con conducente. Sul punto le parti appellate osservano come il D.M. 137/2009 preveda l'immatricolazione dei mezzi in uso terzi per servizio di noleggio con conducente per prestazioni di trasporto dietro corrispettivo; il che presuppone uno svolgimento del servizio dietro corrispettivo che, tuttavia, è precluso per i soggetti senza scopo di lucro.

In dissenso da tale argomentazione il Collegio osserva che la nozione di "corrispettivo" non coincide con quella di "lucro" (ed infatti il comma 1 dell'art. 2 del DM distingue i due concetti); e che, dunque, il requisito previsto dal D.M. non è in sé preclusivo alla partecipazione alla gara delle associazioni di volontariato, riproponendosi, tutt'al più, il problema della necessaria marginalità del corrispettivo, già trattato in relazione al primo dei motivi assorbiti e risolvibile nei termini innanzi illustrati.

8.3. E' contestata anche la clausola del capitolato (art. 8) che prevede la disponibilità, da parte dei concorrenti, di autisti con patente KB, laddove sarebbe sufficiente la patente B. La censura non chiarisce, tuttavia, in che termini o sotto quale profilo la menzionata clausola risulterebbe escludente nei confronti delle associazioni di volontariato e quale ragione osterebbe alla acquisizione da parte di queste ultime del tipo di patente in questione.

8.4. Viene in rilievo, infine, la clausola di salvaguardia dell'occupazione (contenuta all'art. 11 del capitolato), che le associazioni di volontariato non sarebbero strutturalmente in grado di osservare, operando solo con soci volontari.

Nondimeno, la valenza preclusiva di tale clausola è smentita dal suo stesso tenore letterale, stando al quale essa è "*armonizzabile con l'organizzazione di impresa della ditta aggiudicataria*". In ogni caso non si tratta di requisito previsto a pena di esclusione.

8.5. Analoghe considerazioni devono svolgersi con riguardo alla dedotta impossibilità per le associazioni di volontariato ad emettere fatture elettroniche, in contrasto con quanto richiesto dall'art. 19 del capitolato: anche qui, non viene in rilievo un requisito imposto ai partecipanti a pena di esclusione, ma un aspetto esecutivo del contratto, apprezzabile in relazione alle caratteristiche strutturali e funzionali del singolo operatore.

8.6. In conclusione, le censure assorbite in primo grado e riproposte in questa sede non meritano accoglimento.

9. Viceversa, la fondatezza dell'appello determina, in riforma della sentenza impugnata, la statuizione di rigetto dell'azione intentata in primo grado dalle associazioni di volontariato.

10. Quanto alla regolamentazione delle spese di lite, la novità e la complessità delle questioni trattate ne giustificano la compensazione per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2018 con
l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO