

Il Consiglio di Stato, sez. III, sottopone alla Corte di giustizia UE una questione pregiudiziale relativa alle modalità di affidamento del servizio di trasporto dei pazienti in ambulanza (c.d. trasporto ordinario, effettuato cioè non in regime di “urgenza”), denunciando la possibile illegittimità comunitaria di una norma di legge regionale (l’art. 5 della legge della Regione Veneto n. 26 del 2012) che, anziché prevedere la gara ad evidenza pubblica, prescrive come obbligatorio il convenzionamento diretto tra diverse amministrazioni, secondo il modello del partenariato c.d. pubblico-pubblico.

**Consiglio Stato, sezione III, ordinanza 5 novembre 2018, n. 6264 – Pres. Frattini, Est. Ungari**

**Contratti pubblici – Servizio di trasporto in ambulanza c.d. ordinario – Affidamento senza gara mediante partenariato pubblico-pubblico – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

*Vanno rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:*

- a) se, nel caso in cui le parti sono entrambi enti pubblici, il 28° considerando, l’art. 10 e l’art. 12, par. 4, della direttiva 2014/24/UE ostino alla applicabilità di una norma nazionale (quale l’art. 5, in combinato disposto con gli artt. 1, 2, 3 e 4, della legge della Regione Veneto n. 26 del 2012) che, per l’affidamento del servizio di trasporto ordinario dei pazienti in ambulanza, impone – anziché meramente facultizzare – il convenzionamento tra diversi enti pubblici, secondo lo schema del partenariato c.d. pubblico-pubblico (di cui al predetto art. 12, par. 4, ed agli artt. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 15 della legge n. 241 del 1990), in luogo dello svolgimento di una gara ad evidenza pubblica;*
- b) se, nel caso in cui le parti sono entrambi enti pubblici, il 28° considerando, l’art. 10 e l’art. 12, par. 4, della direttiva 2014/24/UE ostino alla applicabilità delle richiamate disposizioni della legge della Regione Veneto n. 26 del 2012, sulla base del partenariato pubblico-pubblico di cui al predetto art. 12, par. 4, ed agli artt. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016 e 15 della legge 241/1990, nel limitato senso di obbligare la stazione appaltante ad esternare la motivazioni della scelta di affidare il servizio di trasporto sanitario ordinario mediante gara, anziché mediante convenzionamento diretto (1).*

(1) I. – Con l’ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato chiede alla Corte di giustizia UE di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto euro-unitario di una norma di legge regionale (si tratta dell’art. 5 della legge della Regione Veneto 27 luglio 2012, n. 26, recante “Disciplina del sistema regionale di trasporto sanitario di soccorso ed emergenza”) che, con riguardo all’affidamento del servizio di trasporto c.d. “ordinario” dei pazienti in ambulanza, impone all’amministrazione sanitaria di percorrere, prioritariamente, la via dell’accordo con altri

enti pubblici di assistenza (Croce Rossa Italiana o IPAB– Istituti Pubblici di Assistenza e Beneficienza), secondo lo schema del c.d. partenariato pubblico-pubblico, ammettendo, solo in via residuale, la possibilità di indire una gara ad evidenza pubblica.

Nel caso di specie, una ASL veneta aveva indetto una gara per l'affidamento del servizio (da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) ma una IPAB locale (*“la quale partecipa da oltre un secolo all'assistenza sanitaria rivolta ai cittadini del territorio padovano, principalmente attraverso il trasporto di feriti e malati senza scopo di lucro”*) ha impugnato tutti gli atti di indizione della gara sostenendo che, in base alla legge regionale, l'amministrazione avrebbe dovuto affidare il servizio non già con gara, bensì in via diretta, mediante utilizzazione del modulo convenzionale.

Il T.a.r. per il Veneto, sezione III, con sentenza 9 marzo 2018, n. 275 (resa in forma semplificata, all'esito della discussione sulla domanda cautelare), ha accolto il ricorso. Pur ritenendo che la legge regionale dovesse essere disapplicata per contrasto con il diritto euro-unitario (qualora essa sia da interpretare nel senso di imporre il modello dell'affidamento diretto pure per il trasporto ordinario in ambulanza, modello che invece la direttiva n. 2014/24/UE limita al solo caso del trasporto c.d. emergenziale), il giudice di primo grado ha ritenuto fondate – sotto altro e diverso profilo – le doglianze dell'istituto ricorrente, laddove questo aveva contestato la legittimazione stessa dell'Azienda sanitaria ad indire la gara (in quanto non avente i requisiti della centrale di committenza, trattandosi di servizio da svolgere in favore anche di altre aziende ospedaliere).

In secondo grado il Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva 18 ottobre 2018, n. 5968, ha respinto l'appello dell'Azienda sanitaria rilevando che, sulla questione del possesso dei requisiti di centrale di committenza, il T.a.r. aveva fatto corretta applicazione del principio di non contestazione, trattandosi di elementi di fatto allegati dal ricorrente e non smentiti specificamente, nel giudizio di primo grado, dall'amministrazione resistente.

Residuando, allora, la questione della possibile disapplicazione della norma di legge regionale che impone il modello del convenzionamento diretto (anziché consentire l'indizione di gara pubblica), il Consiglio di Stato, con la separata ordinanza qui in epigrafe, ha sollevato la questione pregiudiziale, evidenziando i seguenti punti:

- a) in base al codice dei contratti (art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. 50/2016) ed alla direttiva europea (28° considerando e art. 10), i servizi di trasporto c.d. ordinario in ambulanza richiedono l'applicazione del regime dell'evidenza pubblica, in particolare quello c.d. “alleggerito” di cui all'art. 142 d.lgs. n. 50 del 2016; invero, il regime dell'evidenza pubblica è derogato, secondo il nostro codice e secondo la direttiva, per i soli trasporti in ambulanza di emergenza i quali, in Italia, possono difatti essere affidati, in convenzione diretta, alle organizzazioni di volontariato (come prevede l'art. 57 del d.lgs. n. 117 del 2017, c.d. codice del terzo settore);

- b) tuttavia – e qui sta la frizione con gli appena menzionati principi – la legge regionale veneta accomuna i servizi di trasporto in ambulanza “di soccorso ed emergenza” ricomprendendovi, all’art. 2, anche i “servizi di trasporto nei quali le condizioni cliniche del paziente richiedono esclusivamente l’utilizzo di un mezzo di soccorso e durante il percorso la necessità di assistenza di personale sanitario o di altro personale adeguatamente formato, nonché l’esigenza di garantire la continuità delle cure”, vale a dire, precisa il Consiglio di Stato, attività “che sembrano esulare dall’ambito del trasporto di emergenza, per rientrare in quello del trasporto ordinario”: e tutti tali servizi, per come indicati dall’art. 2, vengono sottoposti al medesimo regime in punto di affidamento, ossia quello prioritario ed obbligatorio del convenzionamento diretto tra pubbliche amministrazioni, senza quindi distinzione tra il servizio di trasporto in condizioni d’urgenza e il servizio di trasporto c.d. ordinario;
- c) includere, però, anche il trasporto c.d. ordinario nella cornice di obbligarietà del convenzionamento diretto, pur se in base ad accordi tra diverse pubbliche amministrazioni, appare in contrasto con i menzionati parametri di cui alla direttiva del 2014 la quale consente bensì di derogare alle regole dell’evidenza pubblica, ma solo – come visto – per l’affidamento del servizio di trasporto in urgenza;
- d) il paventato contrasto con la normativa euro-unitaria, precisa la Sezione rimettente, sussiste anche nell’ipotesi in cui l’affidamento diretto costituisca attuazione dei principi in tema di c.d. partenariato pubblico-pubblico a carattere orizzontale, quali delineati, in generale, dall’art. 15 della legge n. 241 del 1990 e dalla giurisprudenza comunitaria, la cui elaborazione è iniziata con la sentenza della Corte di giustizia UE 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Rep. Fed. di Germania* (in *Urbanistica e appalti*, 2009, 1176, con nota di C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*) ed è da ultimo proseguita con la sentenza della grande sezione del 19 dicembre 2012, C-159/11, *ASL Lecce* (in *Sanità pubbl. e priv.*, 2013, 72, con nota di DE ANGELIS; in *Rass. avv. Stato*, 2012, 4, 25, con nota di FIENGO; in *Urbanistica e appalti*, 2013, 388, con nota di R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*; in *Giur. it.*, 2013, 1415, con nota di M. MAZZAMUTO, *L’apparente neutralità comunitaria sull’autoproduzione pubblica: dall’in house al Partenariato “Pubblico-Pubblico”*; in *Dir. com. scambi internaz.*, 2013, 429, con nota di SONCINI; in *Dir. e giust.*, 2012, 21 dicembre, con nota di A. GIACALONE, *Dalla Corte di Giustizia arrivano le “deroghe” all’evidenza pubblica*); in proposito, la giurisprudenza del Consiglio di Stato attribuisce a detti accordi natura giuridica di diritto pubblico, qualificandoli come “contratti ad oggetto pubblico” (cfr. Cons. Stato, sez. I,

sentenza 26 giugno 2018, n. 1645, in *Foro amm.*, 2018, 997, solo massima), trattandosi di *“strumento utile per soddisfare il pubblico interesse, il coordinamento, in un quadro unitario, di interessi pubblici di cui ciascuna amministrazione è portatrice”* (così Cons. Stato, sez. III, sentenza 22 febbraio 2018, n. 1132); qui viene anche ricordato che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, deve ritenersi legittimo l’affidamento del servizio di trasporti ospedalieri da parte di un’azienda ospedaliera alla Croce Rossa Italiana, ente di diritto pubblico avente, tra i propri compiti, quello di effettuare, con propria organizzazione, il servizio di pronto soccorso e trasporto di infermi, concorrendo all’adempimento delle finalità del Servizio sanitario nazionale attraverso apposite convenzioni (cfr. Cons. Stato, sez. V, dec. 12 aprile 2007, n. 1707, in *Giur. it.*, 2008, 993; Id., dec. 16 settembre 2011, n. 5207, in *Giurisdiz. amm.*, 2011, I, 1487);

- e) simili cooperazioni tra enti pubblici non possono interferire *“con l’obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l’apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l’attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d’interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 16 dicembre 2013, n. 6014, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 3363; Corte di giustizia CE, sentenza 9 giugno 2009, C-480/06, cit., spec. par. nn. 50 e 51); di conseguenza, risulta giustificata la sottrazione degli accordi tra autorità pubbliche alla disciplina sull’evidenza pubblica, di cui all’art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, riprodotto dell’art. 12 della direttiva 2014/24/UE e del suo considerando n. 33 (si richiama qui Cons. Stato, sezione III, sentenza 4 ottobre 2017, n. 4631, in *Dir. e giust.*, 2017, 11 ottobre, con nota di M. BOMBI, *Sanità fai da te in Veneto: nessuna gara ma affido diretto ad una struttura privata ospedaliera della fornitura di un radiofarmaco*);
- f) le norme appena citate prevedono bensì gli accordi tra pubbliche amministrazioni come modulo procedimentale di generale applicazione per lo svolgimento di attività di interesse comune, considerandolo come una modalità alternativa all’affidamento delle attività stesse a operatori individuati sul mercato, ma – precisa la Sezione rimettente – *“non lo impongono come modalità prioritaria. L’accordo tra amministrazioni aggiudicatrici è un’opzione che implica la formazione di un’intesa (bilaterale) tra le parti, ma soprattutto – e preliminarmente – la volontà o impulso (unilaterale) di adottare tale schema, il quale, lungi dal ricondursi*

*ad una norma impositiva di un obbligo cogente, esprime una facoltà di cui l'amministrazione non ha inteso avvalersi nel caso oggetto del presente giudizio, avendo deciso di utilizzare il modello procedimentale dell'evidenza pubblica quale principio di ordine generale";*

- g) inoltre, secondo la Sezione rimettente, dalle disposizioni della legge regionale n. 26 del 2012 non potrebbe *"nemmeno farsi discendere il limitato effetto di obbligare la stazione appaltante ad esternare una motivazione in ordine alla scelta di affidare il servizio mediante gara"*: un obbligo di motivazione, infatti, potrebbe sussistere nell'ipotesi in cui la stazione appaltante intenda seguire la strada dell'affidamento diretto, ma non anche laddove essa preferisca ricorrere al modello della procedura ad evidenza pubblica la quale già *"garantisce di per sé il rispetto dei principi comunitari di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, attraverso la comparazione di più offerte tramite il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*.

II. – Per completezza, si segnala quanto segue:

- h) con la sentenza della sezione V dell'11 dicembre 2014, C-113/13, *ASL n. 5 Spezzino* (in *Foro it.*, 2015, IV, 145, con nota di A. 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)*, ed in *Urb. app.*, 2015, 508, con nota di R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*), la Corte di giustizia UE ha affermato che *"Gli art. 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata"*: a questa conclusione, in particolare, la Corte è qui giunta valorizzando i principi affermati nella nostra Costituzione e nella normativa italiana che promuove e sostiene il volontariato e le sue finalità, nel quadro dei principi di solidarietà e di sussidiarietà, obiettivi questi ultimi – ha precisato la Corte – che sono parimenti presi in considerazione dal diritto dell'Unione e che possono, quindi, condurre – come ha notato la dottrina – ad un certo ridimensionamento della portata delle garanzie accordate dal diritto UE alla libertà di prestazione dei servizi, sulla base della convinzione che la competizione sul mercato difficilmente consente di assicurare tutela adeguata a

- beni di importanza primaria, quali la salute (così, a commento della decisione, A. ALBANESE, *La Corte di giustizia rimedita*, cit.);
- i) con successiva sentenza della stessa sezione V del 28 gennaio 2016, C-50/14, *Casta* (in *Foro it.*, 2016, IV, 142, nonché in *Guida al dir.*, 2016, 9, 104, con nota di CASTELLANETA), la Corte di giustizia UE, ponendosi nel solco della precedente decisione del 2014, ha ulteriormente precisato che *“Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un’autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell’Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni”* e che, qualora dette associazioni siano altresì autorizzate, dalla normativa interna, ad esercitare anche determinate attività commerciali, spetta allo Stato membro di *“fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte; detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all’insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell’attività di volontariato di queste ultime”*;
- j) in dottrina, sull’argomento, si segnala M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell’affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2008, 1984; A. ALBANESE, *L’affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 1453; nonché, a seguito della sentenza *“ASL n. 5 Spezzino”* del 2014 della Corte di giustizia, anche G. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, 822, e C. COLELLI, *Corte di giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. app.*, 2015, 377;
- k) da ultimo si rammenta che, con ordinanza n. 643, del 18 giugno 2018 (oggetto della News US in data 2 luglio 2018, cui si rimanda per ogni opportuno approfondimento), la sezione III del T.a.r. per il Veneto ha rimesso alla Corte di giustizia UE alcune questioni interpretative sulla nozione di servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, chiedendo in particolare di chiarire se i servizi di ambulanza ed i servizi di trasporto previsti nei livelli essenziali di assistenza (LEA), effettuati con mezzi di soccorso, rientrano, o meno, nell’esclusione prevista dall’art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE (ossia, nell’eccezione circa l’applicazione della normativa sull’evidenza pubblica) o, invece, ricadano tra i servizi di cui agli artt. da 74 a 77 della richiamata direttiva (ossia, nel c.d. regime *“alleggerito”*, ripreso dall’art. 142 del d.lgs. n. 50 del 2016); inoltre, con un secondo quesito, il T.a.r. per il Veneto ha chiesto altresì alla Corte di

Lussemburgo di pronunciarsi sulla compatibilità comunitaria di una norma interna che preveda, sia pure in assenza di un'emergenza attuale, l'assegnazione in via prioritaria, e mediante convenzionamento diretto, dei servizi di trasporto previsti nei livelli essenziali di assistenza (LEA), effettuati con mezzi di soccorso, in favore di associazioni di volontariato;

- l) sul partenariato pubblico-privato si veda altresì:
  - l1) Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7, in *Foro it.*, 2014, III, 429 con nota di Sigismondi;
  - l2) Corte di giustizia UE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13, in *Foro it.*, 2015, IV, 40 con nota di CASORIA, ivi i richiami di dottrina e giurisprudenza ai contratti di cooperazione fra enti pubblici;
  - l3) R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 228 ss., 299 ss.;
  - l4) la News US del 6 novembre 2018 relativa a Corte di giustizia UE, sez. VIII, 18 ottobre 2018, C- 606/17 – IBA Molecular Italy Srl che analizza i rapporti di cooperazione fra amministrazioni ai fini della applicabilità della disciplina sulla evidenza pubblica.