

Enti senza scopo di lucro ed esclusione dall'affidamento prioritario con convenzione del trasporto sanitario di urgenza: ulteriore rinvio pregiudiziale.

Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 3 marzo 2021, n. 1797 – Pres. Frattini, Est. Puliatti

Contratti pubblici – Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza – Affidamento diretto in convenzione limitato alle organizzazioni di volontariato – Esclusione delle cooperative sociali comprese quelle che distribuiscono utili ai soci sotto forma di ristorni – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

Se l'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24 UE – e con esso il «considerando» 28 di tale direttiva – osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato – sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad 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 – senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative, ivi comprese le cooperative sociali che gestiscono la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale, ai sensi dell'art. 3, comma 2-bis d.lgs n. 112 del 2017 (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, la terza sezione del Consiglio di Stato sottopone alla Corte di giustizia UE la questione circa la compatibilità, con il diritto europolitano, dell'art. 57 del d.lgs. n. 117 del 2017 (c.d. Codice del terzo settore), nella parte in cui prevede che il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possa essere affidato in via prioritaria, mediante convenzione, alle sole organizzazioni di volontariato (aventi determinate caratteristiche), con esclusione, quindi, di altre organizzazioni non aventi scopo di lucro e, in particolare, delle cooperative sociali non aventi finalità lucrative.

Analoga questione era stata sollevata dalla terza sezione con ordinanza 18 gennaio 2021, n. 536, oggetto della News US in data 15 febbraio 2021 (alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento): rispetto al predetto rinvio pregiudiziale, l'ordinanza di cui trattasi pone, in particolare, l'ulteriore interrogativo circa la compatibilità con il diritto UE della norma nazionale che esclude le cooperative sociali non aventi finalità lucrative dall'affidamento, in via prioritaria con convenzione, dei servizi di trasporto sanitario di

emergenza e urgenza e, segnatamente, di quelle che procedono alla distribuzione di utili ai soci sotto forma di ristorni.

II. – Il rinnovato *iter* argomentativo del giudice d'appello si articola secondo le seguenti considerazioni:

- a) ai fini della individuazione del carattere *“non lucrativo”* delle cooperative sociali va tenuto conto della disposizione di cui all'art. 3 c. 2-*bis* d.lgs. n. 117 del 2017, introdotto dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 95 del 20 luglio 2018, che così dispone: *“Ai fini di cui ai commi 1 e 2, non si considera distribuzione, neanche indiretta, di utili ed avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'art. 2545-sexies del codice civile e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto, da imprese sociali costituite in forma di società cooperativa, a condizione che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica”*;
- b) l'art. 2545-*sexies* del codice civile dispone che:
 - b1) *“l'atto costitutivo determina i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici”*;
 - b2) *“le cooperative devono riportare separatamente nel bilancio i dati relativi all'attività svolta con i soci, distinguendo eventualmente le diverse gestioni mutualistiche”*;
 - b3) *“l'assemblea può deliberare la ripartizione dei ristorni a ciascun socio anche mediante aumento proporzionale delle rispettive quote o con l'emissione di nuove azioni, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2525, ovvero mediante l'emissione di strumenti finanziari”*;
- c) la Relazione illustrativa del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (*“Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366”*), ha messo in evidenza che:
 - c1) il ristorno non è stato configurato come una pretesa assoluta o un diritto soggettivo dei cooperatori, ma rimesso alla previsione degli statuti in quanto un ipotetico diritto a condizioni di favore (risparmio di spesa o aumento di retribuzione) potrebbe porsi in contrasto con la protezione dell'interesse sociale e potrebbe indurre i soci a porsi in posizione di alterità o di antagonismo rispetto alla cooperativa;
 - c2) per una corretta attuazione della politica del ristorno è stato previsto un minimo di distinzione contabile tra dati relativi alla attività con i soci e dati relativi alla attività con i terzi;
 - c3) infine, è stata consentita la corresponsione di ristorni mediante aumento di capitale o attribuzione di strumenti finanziari;

- d) i ristorni “costituiscono uno degli strumenti tecnici per attribuire ai soci il vantaggio mutualistico” ed “hanno in comune con gli utili [...] l’aleatorietà, in quanto la società potrà distribuire ristorni soltanto se la gestione mutualistica dell’impresa si è chiusa con un’eccedenza dei ricavi rispetto ai costi” (Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2015, n.10641; 8 settembre 1999, n. 9513 in *Foro it.*, 2000, I, 3280, con nota di GALLO; *Società*, 2000, 43, con nota di PAOLUCCI; *Giust. civ.*, 2000, I, 365, con nota di VIDIRI; *Giur. comm.*, 2000, II, 317, con nota di FAUCEGLIA);
- e) l’unica differenza rispetto ai dividendi è il criterio di riparto, ma le somme attribuite ai soci a titolo di ristorni sarebbero utili d’esercizio;
- f) conseguentemente sorge il dubbio se una possibilità per le cooperative, seppur parziale, disciplinata dallo statuto, di non reinvestire parte degli utili, ma di distribuirli ai soci, sotto forma di ristorni, determini l’esclusione delle cooperative stesse dal novero delle associazioni senza scopo di lucro e, dunque, dal novero delle associazioni che andrebbero ricomprese tra gli affidatari dei servizi in convenzione di cui all’art. 57 d. lgs. n. 117 del 2017 (ove la Corte ritenesse che l’art. 57 debba prevedere una platea di soggetti affidatari più ampia dell’attuale) dovendosi considerare, alla luce della sentenza Corte di giustizia UE, sez. III, 21 marzo 2019, C-465/17, *Falck* (in *Foro amm.*, 2019, 432), il reinvestimento degli eventuali utili uno degli imprescindibili requisiti di esclusione di cui all’art. 10 lett. h) della direttiva n. 2014/24/UE.

III. – Per completezza si segnala:

- g) sulla conformità all’ordinamento euro unitario della disciplina interna che subordina l’indizione della gara per l’aggiudicazione del servizio di trasporto sanitario alla condizione che il previsto partenariato tra enti “*del settore pubblico*” (nel cui novero rientrano le IPAB) non consenta di garantire il predetto trasporto sanitario ordinario, fermo restando il rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza: Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, C-11/19, Azienda ULSS n. 6 Euganea, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2020, 701 e oggetto della News US in data 13 luglio 2020 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento;
- h) sull’affidamento di servizi a enti senza scopo di lucro:
 - h1) in generale, Corte di giustizia UE, sez. X, 11 giugno 2020, C-219/19, Parsec (oggetto della News US n. 70 del 1 luglio 2020 cui si rinvia per ogni approfondimento);
 - h2) sull’affidamento di servizi alle cooperative sociali: T.a.r. per la Campania, sez. II, 1° marzo 2019, n. 1153;

- h3) con riferimento all'art. 34 del d.lgs. n. 163 del 2006, Corte di giustizia CE, sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Cons. naz. interuniversitario scienze mare c. Reg. Marche* (in *Urbanistica e appalti*, 2010, 551, con nota di DE PAULI; *Appalti & Contratti*, 2010, 1, 96, con nota di DE NARDI; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, 861, con nota di DORACI; *Dir. e pratica amm.*, 2010, 5, 48, con nota di PETULLÀ);
- i) sulla nozione di appalto rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina europea, si veda: Corte di giustizia UE, se. III, 21 dicembre 2016, C-51/15, Remondis GmbH (in *Foro it.*, 2017, IV, 67, oggetto della News US, in data 3 gennaio 2017, cui si rinvia per approfondimenti giurisprudenziali;
- j) in relazione al particolare ambito dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza si vedano:
- j1) Corte di giustizia UE, sez. III, 21 marzo 2019, C-465/17, *Falck Rettungsdienste GmbH*, citata nell'ordinanza in rassegna;
- j2) Corte di giustizia UE, sezione V, 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);
- j3) Corte di giustizia UE, 11 dicembre 2014, C-113/13, *Asl 5, Spezzino c. Soc. coop. sociale S. Lorenzo* (in *Giurisdiz. amm.*, 2014, 489; *Foro it.*, 2015, IV, 145, con nota di ALBANESE; *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2015, 554; *Urbanistica e appalti*, 2015, 508, con nota di CARANTA; *Ragiusan*, 2015, 369, 74; *Rass. dir. farmaceutico*, 2015, 198; *Dir. comm. internaz.*, 2015, 809, con nota di GRECO);
- k) sulla connotazione di "operatore economico" delle aziende sanitarie: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 1 febbraio 2018, n. 53 (in *Foro amm.*, 2018, 243);
- l) sulla nozione di "impresa" del terzo settore e sull'abilitazione a partecipare alle gare in capo a figure appartenenti a tale ambito, si vedano:
- 11) Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2019, n. 5243 (in *Gazzetta forense*, 2019, 655);
- 12) Cons. Stato, comm. spec., parere 14 giugno 2017, n. 1405 (in *Foro amm.*, 2017, 1284);
- m) sull'affidamento di servizi ad associazioni di volontariato, tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208 (in *Giornale dir. amm.*, 2016, 2, 249 con nota di DE ANGELIS);
- n) sull'accreditamento nei servizi socio-sanitari, tra le diverse:
- n1) Corte cost., 12 marzo 2021, n. 36 (sullo specifico tema della differenza tra autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie);
- n2) Cons. Stato, sez. III, 31 luglio 2018, n. 4726;
- n3) Cons. Stato, sez. III, ordinanza 23 febbraio 2021, n. 1574, oggetto della News US in data 22 marzo 2021 (alla quale si rinvia per ogni ulteriore riflessione),

con particolare riferimento ad una disciplina regionale che impone agli operatori accreditati di instaurare un rapporto di lavoro subordinato con i propri dipendenti;

- n4) Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207 (in *Giornale dir. amm.*, 2016, 673, con nota di SPANICCIATI);
- o) sulla questione (speculare all'obbligo di giustificare il ricorso alla gara) della motivazione del mancato ricorso al mercato: Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, (oggetto della News US in data 17 giugno 2020, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, nonché in *Foro it.*, 2020, I, 3002, con nota di D'AURIA; *Guida al dir.*, 2020, fasc. 34-35, 90, con nota di GIZZI; *Riv. corte conti*, 2020, fasc. 3, 178, con nota di PAOLELLI);
- p) sulla natura del partenariato pubblico-privato:
 - p1) Cons. Stato, sez. I, parere 28 aprile 2020, n. 823 (oggetto della News US in data 16 maggio 2020);
 - p2) Cons. Stato, Comm. spec., parere 29 marzo 2017, n. 755 (reso sullo schema di linee guida recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato");
 - p3) Cons. Stato, comm. spec., parere, 1 aprile 2016, n. 855 (oggetto della News US, in data 4 aprile 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti);
- q) sulla distinzione del rapporto tra la p.a. ed enti appartenenti e non al terzo settore: Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131 (in *Foro it.*, 2021, I, 365);
- r) sulla rilevanza, ai fini della tutela della concorrenza, della disciplina del servizio di emergenza e urgenza, ove introduca previsioni di favore per gli enti del terzo settore, nonché sul rapporto tra Codice di contratti pubblici e Codice del terzo settore: Corte cost., 26 novembre 2020, n. 255 (in *Foro it.*, 2021, I, 13);
- s) sulla delimitazione della platea dei destinatari di finanziamenti regionali ad associazioni con certificata esperienza che operano nel campo del disagio sociale iscritte nel registro regionale del volontariato e/o della promozione sociale: Corte cost., 20 febbraio 2020, n. 27 (in *Foro it.*, 2020, I, 1103);
- t) sulla limitazione dell'esercizio di attività riconducibili alla tutela degli animali e alla prevenzione del randagismo alle sole associazioni di volontariato: Corte cost., 20 dicembre 2019, n. 277 (in *Foro it.*, 2020, I, 1460);
- u) in dottrina:
 - u1) sugli appalti relativi ai servizi sociali e, con riferimento a quelli riservati al terzo settore, in particolare quelli di ambulanza e di trasporto di pazienti in ambulanza, R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1608 ss.;

- u2) sul fenomeno delle “esternalizzazioni”: L. DE RENTIIS, *I controlli in tema di società a partecipazione pubblica*, in V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti*, Napoli, 2020, 646 ss.;
- u3) sul PPP e sulla sua ripartizione (contrattuale – istituzionale) v., in dottrina, R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, cit., 1876 ss.;
- u4) sul ruolo del privato nello svolgimento di attività di interesse generale: G. PAGLIARI, *Libertà, autonomia privata e utilità sociale. Una riflessione problematica in Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, 2018, 141 ss.;
- u5) sulla connotazione di operatore economico delle università, delle aziende sanitarie, degli enti privati senza fine di lucro, delle imprese sociali e delle società pubbliche, v. R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, cit., 618 ss.;
- u6) sul cumulo di qualificazioni delle cooperative sociali quali soggetti a mutualità prevalente, imprese sociali ed enti del terzo settore: E. CUSA, *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 4, 948;
- u7) sul meccanismo dei ristorni quale forma di ripartizione dei risultati: G. MARASA', *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 3, 671.