

Pubblicato il 09/06/2023

N. 00189/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00047/2023 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 47 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da: la Croce Azzurra Molisana O.D.V. E.T.S., la Croce Bianca Molise, la P.A.A.V Croce di Padre Pio, la O.D.V. Croce San Gerardo, la Croce Verde Molisana O.D.V., la C.V.A.S.S., la Isernia Soccorso, la P.A A.V.S. Molise Emergenza O.D.V., la E.T.S. O.D.V. Vitattiva, in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'ASREM-Azienda Sanitaria Regionale del Molise, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. ti Alfredo Iadanza e Maria Lucia Gallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della deliberazione ASREM n. 85 del 23 gennaio 2023, avente ad oggetto la *“revoca del regolamento aziendale e dell'avviso di selezione per l'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato ed alla Croce Rossa Italiana del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in forma continuativa, adottati dal Direttore Generale ASREM con provvedimento n. 535 del 04.05.2022, nonché della correlata procedura di selezione. approvazione nuovo regolamento e nuovo avviso di selezione”*;
- del correlativo nuovo *“avviso di selezione per l'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato ed alla Croce Rossa Italiana del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in forma continuativa”*;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale e comunque lesivo; nonché per l'annullamento, per la declaratoria di inefficacia, di nullità e/o la disapplicazione: i) del *“Regolamento aziendale per la disciplina dei rapporti in convenzione con le organizzazioni di volontariato e la croce rossa italiana per il trasporto sanitario di emergenza/urgenza”*; ii) delle convenzioni, eventualmente stipulate nelle more, per l'affidamento alle organizzazioni di volontariato e alla Croce Rossa Italiana del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in forma continuativa; per quanto riguarda i motivi aggiunti:
 - della deliberazione ASREM n. 401 del 16 marzo 2023, avente ad oggetto la *“riapertura termini relativi alla selezione per l'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato ed alla Croce Rossa Italiana del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in forma continuativa, di cui all'avviso di selezione adottato con DDG ASREM n. 85 del 23.1.2023”*;
 - dell'*“avviso di riapertura termini relativo alla selezione per l'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato ed alla Croce Rossa Italiana del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in forma continuativa”*.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti, le memorie e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e le memorie dell'Azienda Sanitaria Regionale del Molise;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2023 il dott. Massimiliano Scalise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Le ricorrenti sono tutte organizzazioni di volontariato svolgenti già da anni in convenzione, e attualmente in regime di proroga, il servizio di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza nel bacino regionale, e hanno inteso formare un'associazione temporanea di scopo per partecipare alla selezione indetta ora dall'ASREM per l'assegnazione di tutte le postazioni del 118 per la Regione Molise, suddivise per aree geografiche in n. 16 lotti.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio, le ricorrenti hanno impugnato gli atti dell'ASREM relativi a tale selezione per l'affidamento in convenzione del servizio, unitamente al relativo regolamento aziendale disciplinante i rapporti in convenzione con le organizzazioni di volontariato e la Croce Rossa Italiana per il trasporto sanitario di emergenza e di urgenza (di seguito anche “regolamento” o “regolamento ASREM”).

2 - Le ricorrenti con il proprio gravame hanno esposto, in particolare: i) che, anche a seguito di una precedente impugnativa da loro proposta, l'ASREM era stata costretta a revocare una prima versione del regolamento e dell'avviso di selezione in considerazione dello scarso numero di candidature espresse dagli operatori del settore, nonché della necessità di un supplemento istruttorio sulla rimborsabilità di alcune voci di costo; ii) malgrado gli approfondimenti e le verifiche compiute dall'Azienda, anche le nuove versioni del regolamento e dell'avviso di selezione

continuavano però a risultare, secondo le ricorrenti, viziate, essendo stata esclusa o ridotta la rimborsabilità di rilevanti voci di costo sostenute dalle associazioni di volontariato.

Da qui l'impugnativa dei suddetti nuovi atti dell'ASREM.

3 – Il ricorso è stato affidato alle seguenti doglianze: violazione e/o falsa applicazione degli artt.1, 2, 4, 5, 17, 22, 33, 55, 56, 57, 79 del d.lgs n. 117/2017; dei principi di cui agli artt. 4, 17, 30, 59, 140-143 e del d.lgs. 50/2016, della Direttiva 2014/24/UE; violazione e falsa applicazione del decreto n. 72/2021 Ministero del Lavoro, recante *“le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli articoli 55 -57 del decreto legislativo n. 117 del 2017”*; violazione e falsa applicazione della Circolare del Ministero del Lavoro del 2 febbraio 2009, n. 2; violazione e falsa applicazione artt. 1, 3 e 7 della l.n. n. 241/1990, nonché dei principi dell'azione amministrativa di cui agli artt. 2, 3, 4, 9, 18 e 118 della Cost.; violazione e/o falsa applicazione del d.P.R. 27 marzo 1992; violazione e falsa applicazione dell'art.2, comma 4, e dall'art.5, comma 2, della l.r. Molise 1° aprile 2005 n.9, come modificati dalla successiva l.r. Molise n.34 del 26 novembre 2008; violazione e falsa applicazione dei DCA n. 47/2017, n. 62/2017, n. 2/2019, 15/2019 e 39/2019; violazione e falsa applicazione della deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 marzo 2022 come richiamata dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri del 5 agosto 2022; del Piano Operativo 2019-2021 (DCA 94/2021); violazione e falsa applicazione delle Delibere ASREM n. 1151/2021; n. 535/2022 e n. 648/2022; violazione e/o falsa applicazione dei principi parità di trattamento, parità di condizioni, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa, buon andamento, di economicità, di efficacia, proporzionalità, ragionevolezza; difetto di istruttoria; difetto di motivazione; travisamento dei fatti; falsità dei presupposti; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza; sviamento.

4 - In sintesi, le ricorrenti, dopo aver illustrato le regole applicabili alla selezione in discorso, hanno censurato le previsioni del regolamento aziendale e dell'avviso di selezione disciplinanti il regime del rimborso delle varie voci di costo inerenti alla prestazione del servizio da affidare (costi diretti, indiretti, costi del personale, condizioni del trasporto speciale, convenzioni estemporanee, mancata previsione dell'adeguamento periodico dei costi), le quali integrerebbero, in tesi, delle clausole immediatamente escludenti, e determinerebbero, nel merito, l'impossibilità per gli operatori del settore di candidarsi per l'esecuzione del servizio, a causa degli insostenibili, incomprensibili e sproporzionati oneri economici loro imposti.

5 – Questo T.A.R. con ordinanza n. 22 del 28 marzo 2023 ha rigettato l'istanza cautelare corredata il ricorso per difetto del relativo *periculum in mora*.

6 – Con deliberazione n. 401 del 16 marzo 2023 l'ASREM, tenuto anche conto del numero esiguo di candidature alla procedura pervenute, tale da non consentire la copertura delle 16 postazioni messe a bando, ma soltanto per 8 di esse, ha disposto quindi la riapertura dei termini per la partecipazione alla selezione.

7 – Avverso tale delibera le ricorrenti sono allora nuovamente insorte con un atto di motivi aggiunti, con cui sono state estese a carico di questa le censure già formulate col ricorso originario.

8 - In vista dell'udienza pubblica di discussione le parti hanno articolato e ribadito le rispettive tesi.

9 – All'udienza del 24 maggio 2023 i legali dell'Azienda hanno rappresentato che con delibera n. 624 del 27 aprile 2023 era stata disposta una ulteriore riapertura dei termini per la partecipazione alla selezione, dando però anche conto di un aumento delle richieste di convenzionamento pervenute, che avevano ormai riguardato 11 dei 16 lotti posti a base della procedura. Il legale delle ricorrenti, sottolineato che il riferito nuovo provvedimento del 27 aprile 2023 era stato solo enunciato, ma non

anche depositato in giudizio, si è riservato di proporre eventuali motivi aggiunti, ove ritenuto necessario.

La causa è indi stata assunta in decisione.

10 - Il ricorso è ammissibile e in parte fondato, nei limiti che verranno di seguito illustrati.

Per apprezzare la consistenza dell'interesse ad agire delle ricorrenti è opportuno delineare un introduttivo, sintetico disegno del quadro giuridico in cui si collocano gli atti impugnati.

10.1 - La procedura di selezione in contestazione rientra fra i contratti pubblici c.d. esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione dell'omonimo Codice. L'art. 30, comma 8 del d.lgs n. 50/2016, infatti, prevede che *“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”*.

L'art. 4 del medesimo d.lgs n. 50/2016, poi, dispone che *“l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”*.

Conseguentemente, alle suddette procedure trovano applicazione le disposizioni contenute nella l.n. 241/1990, i principi sanciti dagli artt. 4 e 30 del d.lgs n. 50/2016, e, soprattutto, le regole speciali previste dagli artt. 55, 56 e 57 del d.lgs 117/2017 (c. d. Codice del Terzo Settore) e dagli artt. 2, 3, 4, 9, 18 e 118 della Costituzione.

La più rilevante fonte di disciplina di tali contratti si rinviene nel titolo VII del d.lgs n. 117/2017, e segnatamente nei relativi artt. 55, 56 e 57.

Particolarmente significative risultano le seguenti disposizioni:

- l'art. 55, comma 1, secondo il quale le Amministrazioni, nell'esercizio delle proprie funzioni organizzatorie, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore *“in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione”*;

- l'art. 56, che dal canto suo: i) al comma 2, dispone che *“le convenzioni...possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate”*; ii) al comma 3, specifica che *“l'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime”*; iii) al comma 4, puntualizza univocamente che *“le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge.. Devono inoltre prevedere...i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa....nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione”*.

- l'art. 57, specificamente dedicato al servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, a mente del quale: i) detto servizio *“può essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato....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"; ii) alle convenzioni stipulate trovano applicazione *"le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 3-bis e 4 dell'articolo 56"*, che sono state già rassegnate nel precedente alinea.

Come correttamente osservato dal decreto del Ministero del Lavoro 31 marzo 2021 n. 72, recante le Linee Guida sul rapporto tra Pubbliche Amministrazioni ed enti del terzo settore, le predette disposizioni, quindi, *"introducono, di fatto, per via legislativa, una serie di condizioni che sono state definite per via giurisprudenziale nel corso del tempo (soprattutto, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea: CGUE 11 dicembre 2017, C-113/13, c.d. Spezzino e 28 gennaio 2016, C-50/2014 c.d. Casta). L'attenzione del Giudice europeo è posta sul tema della gratuità e del principio del rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate....L'ammissibilità del sistema convenzionale si fonda, inoltre, sulla circostanza che esso concorre al raggiungimento di una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. Al contempo, rileva la circostanza che le organizzazioni coinvolte - nel rispetto della legislazione nazionale in materia - non traggono alcun profitto dalle loro prestazioni, fatto salvo il rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo, necessari per fornire le medesime, e non procurano alcun profitto ai loro membri, né direttamente né indirettamente"*.

10.1.1 - Sulla base delle coordinate esposte può allora complessivamente affermarsi quanto segue:

- l'ammissibilità stessa del sistema convenzionale con gli enti del terzo settore si fonda sulla circostanza che il medesimo concorre al raggiungimento di una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio, circostanza questa concretizzabile solo ove le organizzazioni coinvolte non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, fatto però sempre salvo il rimborso a

tale enti dei costi necessari per l'esecuzione del servizio (cfr. *ex multis* T.A.R. Piemonte, I, n. 1226/2021);

- *“la deroga al principio di concorrenza, conseguente al favor attribuito alle associazioni di volontariato riservatarie degli affidamenti del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in convenzione, non consegue affatto all'esclusione di qualsivoglia corrispettivo, ma piuttosto all'assenza di “utili” e di “profitto” e alla sostanziale natura di “rimborsi” dei previsti corrispettivi”* (cfr. *ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, V, n.2227/2021);

- se nelle procedure rette dal Codice del Terzo Settore *“deve escludersi in favore delle organizzazioni qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), va tuttavia ammesso il rimborso delle spese (“le documentate spese vive, correnti incontrate dall'ente”)* (cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., par. n. 2052/2018): ciò in quanto il rimborso *“a piè di lista” non costituisce una “overcompensation” della prestazione offerta e non muta la sostanza dell'affidamento e dell'assenza di utili, tenuto conto che tutti i costi, variabili, fissi e durevoli nel tempo sono perfettamente ammissibili e che proprio il rimborso “a piè di lista” consente di garantire “l'effettività” delle spese ammesse”* (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, IV, n. 123/2023);

- la maggiore convenienza connessa alla stipula delle convenzioni rispetto al ricorso al mercato *“non fa affatto riferimento alla mera convenienza economica, ma dipende dai maggiori benefici conseguibili per la collettività in termini di maggiore attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, accessibilità, efficienza, economicità e adeguatezza, già presi in considerazione a monte nella normativa derogatoria di favore”* (cfr. ancora T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, n.2227/2021).

10.1.2 - In definitiva, pertanto, se è vero che a valle delle procedure di selezione disciplinate dal Codice del Terzo Settore, in quanto finalizzate alla realizzazione di forme di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, non possono essere accordate alle organizzazioni di volontariato delle forme di riconoscimento del profitto,

rimane tuttavia ineliminabile il principio del ristoro, almeno tendenziale, dei costi inerenti al servizio da tali enti sostenuti.

In proposito, il rimborso delle spese più volte menzionato negli artt. 55, 56 e 57 del d.lgs n. 117/2017 può non essere previsto come tassativamente integrale, ossia può non coprire in modo assoluto e completo la totalità delle singole voci di spese inerenti e affrontate. E' però innegabile che il sistema di rimborso debba consentire una copertura sostanziale ed efficace del complesso dei costi affrontati per la prestazione del servizio: diversamente, infatti, le relative convenzioni verrebbero meno alla necessità, imposta invece dal già citato art. 56, comma 4, di *“garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione”*.

Il quadro normativo testé richiamato va invero interpretato nel senso che le amministrazioni possano ben servirsi di associazioni di volontariato per l'esecuzione di servizi di trasporto sanitario d'urgenza, disciplinando però l'affidamento in convenzione in modo da preservare la sostenibilità economica del servizio, canone che presuppone una leale disciplina di reale copertura delle spese affrontate (non a caso, l'art. 56 comma 4 si preoccupa di assicurare una copertura di principio anche, per quanto di ragione, delle spese indirette).

In questo senso milita un'interpretazione sistematica e funzionale delle già citate disposizioni, alla luce delle esigenze che: i) il servizio in convenzione possa essere svolto in effettive condizioni di sostenibilità, di efficienza economica e di adeguatezza, *in primis* nell'interesse dell'utenza a fruire di un servizio qualitativamente idoneo e decoroso (cfr. artt. 55 e 57 cit.); ii) venga garantita dalla disciplina convenzionale la permanente esistenza delle condizioni perché il servizio possa essere espletato in modo regolare e continuativo nel rispetto dei diritti e della dignità degli utenti (cfr. art. 56, comma 4, richiamato dall'art. 57, comma 2); iii) le

associazioni di volontariato possano essere poste nelle condizioni di perseguire la loro finalità sociale, senza essere costrette ad accettare condizioni suscettibili di mettere a repentaglio la loro stessa sopravvivenza.

Né può tacersi il fatto che un regime di rimborsi dei costi restrittivo al punto di determinare una innaturale riduzione della platea dei potenziali interessati, quale quella registrata nella presente vicenda, oltre a pregiudicare l'obiettivo della massima partecipazione, richiamato dall'art. 56, comma 3 del d.lgs n. 117/2017, finisce per andare a detrimento anche delle finalità promozionali della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale che pur dovrebbero connotare, ai sensi dell'art. 57, comma 1 del d.lgs n. 117/2017, le procedure in discorso.

10.1.3 - Alla stregua delle osservazioni che precedono, non risultano convincenti gli assunti difensivi dell'ASREM per cui: i) la sottrazione delle procedure di cui si tratta alla logica della competizione concorrenziale porterebbe a ritenere irrilevante e neutra la questione sollevata con la presente impugnativa; ii) il motivo ispiratore delle scelte dell'ASREM a base degli atti impugnati è quello del contenimento delle (proprie) spese.

In proposito, va osservato che: i) lo stesso tenore delle norme del Codice del Terzo settore è univoco nell'enunciare una serie di obiettivi equiordinati delle procedure in materia, primi fra tutti quelli della più ampia promozione della sussidiarietà orizzontale e dello svolgimento del servizio in condizioni di adeguatezza e sostenibilità; ii) in vista del raggiungimento di tali obiettivi, e in aderenza alla logica ispiratrice delle surrichiamate norme, il regime del rimborso delle spese sostenute dagli operatori per lo svolgimento del servizio riveste una rilevanza primaria e decisiva; iii) il fatto che la procedura di affidamento non sia ispirata, in questo settore, da logiche concorrenziali, non toglie che i succitati obiettivi normativi vadano dall'Amministrazione comunque rispettati e perseguiti; iv) il canone del contenimento degli oneri per l'Amministrazione costituisce un

obiettivo che, lungi dal poter essere assolutizzato e imposto a qualsiasi condizione, richiede pur sempre di essere coordinato con gli obiettivi enunciati dagli artt. 55, 56 e 57 del d.lgs n. 117/2017, primi fra tutti quelli dell'irrinunciabile adeguatezza e sostenibilità economica delle condizioni del servizio.

11 – Tutto ciò premesso, il Collegio può passare ora a valutare l'interesse al ricorso in relazione al dedotto carattere immediatamente lesivo delle previsioni dell'avviso di selezione formanti oggetto di contestazione.

Con il ricorso è stata dedotta l'immediata lesività delle dette previsioni dell'avviso, in quanto esse costringerebbero le organizzazioni di volontariato a farsi carico di costi insostenibili, incomprensibili e sproporzionati connessi all'esecuzione del servizio.

Più ampiamente, le clausole della selezione lederebbero il diritto delle ricorrenti a prendervi parte e finirebbero, per questa via, per precludere loro il godimento del diritto costituzionalmente sancito di agire a beneficio della collettività e assolvere alla propria funzione sociale, impedendo il pieno esplicarsi della sussidiarietà orizzontale.

11.1 – Il Collegio, nell'accostarsi al tema dell'ascrivibilità o meno, all'avviso di selezione in epigrafe, di una lesività immediata, non può che avviare il proprio esame dal consolidato orientamento giurisprudenziale, riferito però alle ordinarie procedure di appalto, da ultimo ribadito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018 (cfr. parr. da 16.1 a 16.5), secondo il quale:

- gli atti recanti la *lex specialis* delle procedure a evidenza pubblica vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che, in coerenza con la loro connotazione di atti generali, solo la loro applicazione pratica è in grado di concretizzare una lesione attuale e diretta della situazione giuridica dell'interessato;

- a fronte di tale regola generale, è ammessa in via eccezionale l'immediata impugnazione della *lex specialis* soltanto in determinate ipotesi tassativamente individuate dalla giurisprudenza, fra le quali quella delle clausole immediatamente escludenti (e quindi per tale ragione lesive).

Secondo tale condivisibile orientamento, l'immediata impugnabilità della *lex specialis* va quindi circoscritta alle sole tipologie di clausole tali da precludere la partecipazione, o comunque impedire la stessa formulazione dell'offerta.

A tal proposito, il par. 16.5 della citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018 reca un catalogo delle tipologie delle clausole reputabili, ai fini indicati, immediatamente escludenti, menzionando all'uopo, in particolare:

- le clausole impositive volte ad incidere sulla partecipazione rendendola incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile;
- le clausole concernenti la elaborazione dell'offerta che impongono ai concorrenti oneri irragionevoli e sproporzionati o *contra jus*;
- e, soprattutto, quelle riflettenti condizioni negoziali tali da rendere il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente.

11.2 – Per poter fare applicazione nella fattispecie in scrutinio di tali coordinate occorre peraltro adeguarle alla sua peculiarità, tenendo quindi conto che: i) l'affidamento in convenzione del trasporto sanitario d'urgenza è sottratto alle logiche competitive delle normali procedure di appalto, essendo riservato a soggetti che operano per fini di pubblica utilità e non lucrativi; ii) nella procedura in discorso manca in radice la riconoscibilità di qualsiasi forma di utile ritraibile dall'esecuzione del servizio, che deve essere eseguito dalle organizzazioni di volontariato in modo gratuito, a fronte della sola copertura dei costi.

A tale stregua, le nozioni di eccessiva onerosità e sproporzione degli oneri che caratterizzano le clausole immediatamente escludenti in materia di appalti possono essere ravvisate, in fattispecie quali quella all'esame, non già nei casi in cui sia in

concreto da escludere la realizzabilità di qualsiasi profitto, qui già in radice escluso, ma, piuttosto, in quelli in cui si faccia questione di una violazione sostanziale del canone della rimborsabilità dei costi sostenuti dalle organizzazioni per lo svolgimento del servizio.

Come si è visto, infatti, le organizzazioni di volontariato, che perseguono esclusivamente finalità di pubblica utilità, non possono prescindere dall'esistenza di una disciplina convenzionale che garantisca loro un ristoro tendenzialmente pieno per le spese inerenti sostenute, regime di loro spettanza in forza delle regole desumibili dagli artt. 55, 56 e 57 del d.lgs n. 117/2017, che richiedono che lo svolgimento del servizio in convenzione avvenga assicurandone la sostenibilità e l'equilibrio finanziario.

11.3 – Orbene, alla stregua di quanto precede, le previsioni della *lex specialis* censurate in questa sede sono annoverabili, ad avviso del Collegio, fra le clausole immediatamente lesive, in quanto, come verrà confermato dalla successiva disamina di merito, contraddicendo esse frontalmente la regola della copertura dei costi, precludono la sostenibilità economica del servizio, e per questa via si sostanziano in condizioni negoziali tali da rendere il futuro rapporto eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, chiamando le organizzazioni di volontariato a farsi irreversibilmente carico di ingenti costi che, sebbene necessari all'esecuzione del servizio, vengono deliberatamente esclusi a priori da ogni forma di rimborso.

Il gravame risulta quindi ammissibile, dovendosi ravvisare la sussistenza di un interesse immediato e diretto delle ricorrenti alla contestazione delle clausole dell'avviso della selezione disciplinanti il regime di rimborso dei costi sostenuti dai partecipanti per l'esecuzione del servizio, clausole immediatamente lesive e pertanto direttamente impugnabili.

11.4 – Né ha pregio l'obiezione dell'ASREM che, poiché la selezione ha comunque registrato la presentazione di un certo numero di candidature, tale circostanza già di per sé comproverebbe il carattere non escludente delle previsioni invise a parte ricorrente, denotandone invece la sostenibilità.

La stessa ASREM, invero, dopo aver proceduto a revocare la prima selezione a seguito dell'esiguità delle candidature pervenute, ha dovuto prorogare per ben due volte la scadenza dei termini per la partecipazione alla nuova selezione, proprio sul presupposto della mancata presentazione di candidature per tutti i lotti oggetto della procedura; e tuttora esistono svariati lotti, comprensivi di rilevanti circoscrizioni geografiche della Regione, per cui non sono state presentate candidature di sorta.

La risposta ricevuta sul mercato dall'avviso di selezione non presenta, pertanto, l'univocità che occorrerebbe per poter reputare smentita la prospettazione delle ricorrenti.

Da qui la necessità di scrutinare nel merito le loro ammissibili censure.

12 – Nel merito il ricorso va accolto, in quanto fondato, nei sensi e limiti di seguito illustrati.

12.1 – Innanzitutto, colgono nel segno nel segno le censure appuntate sulle notevoli limitazioni previste dalla *lex specialis* della procedura, in aderenza alle disposizioni del regolamento aziendale, circa il rimborso delle spese per l'acquisto dei mezzi di soccorso.

Tali limitazioni, infatti, risultano eccessive, non congrue e in alcun modo motivate, tenuto conto che i detti mezzi rappresentano uno strumento basilare per l'esecuzione del servizio di trasporto sanitario d'urgenza (oltretutto, non altrimenti utilizzabile), e che tanto l'avviso di selezione quanto il regolamento ASREM impongono alle associazioni di volontariato di dedicare in via esclusiva e per

cinque anni i mezzi richiesti per ciascuna postazione, ivi inclusi i mezzi sostitutivi a detto servizio (cfr. artt. 1, 4, 5 dell'avviso; art. 2 regolamento ASREM).

In particolare, risulta affetto da illegittimità l'art. 16 del regolamento, così come le relative norme della *lex specialis* che lo richiamano, lì dove si prevede:

- con riferimento ai mezzi principali di soccorso: i) una sottostima del valore massimo d'acquisto sulla cui base parametrare l'importo rimborsabile, fissato in euro 80.000, somma inferiore a quella necessaria all'acquisto di mezzi: a) aventi la configurazione necessaria a rispondere alle caratteristiche tecniche imposte dal DCA n. 62/2017 in materia di soccorso e di trasporto sanitario; b) conformi alle caratteristiche tecniche necessarie al loro proficuo impiego in relazione alle caratteristiche orografiche e climatiche dell'ambito territoriale da coprire: sul punto, la difesa dell'ASREM non ha difatti dimostrato che il preventivo posto dall'Amministrazione a base della stima censurata riguardasse un veicolo avente tutte tali caratteristiche (provvisto, ad esempio, delle ruote motrici occorrenti all'impiego anche in presenza di fenomeni nevosi in zone montane); ii) una rimborsabilità del (solo) 75% del già sottostimato valore massimo d'acquisto, nonostante il fatto che i mezzi: i) potranno essere destinati esclusivamente a soddisfare il servizio sanitario in discorso per la durata di cinque anni; ii) al termine della convenzione, quando diverranno di piena disponibilità delle organizzazioni, avranno un valore quasi nullo, tenuto conto della peculiare natura dei veicoli e del livello di usura connesso all'utilizzo massivo in un periodo temporale non certo breve;

- con riferimento ai prescritti mezzi di trasporto sostitutivo: i) la notevole riduzione dell'importo ammesso al rimborso, ammontante qui a soli euro 15.000, anche in questo caso senza plausibile ragione giustificativa, a fronte di un veicolo avente le medesime caratteristiche e lo stesso valore del mezzo di soccorso

principale, che dovrà comunque essere messo a disposizione dell'Amministrazione per l'intera durata del servizio (senza essere quindi altrimenti utilizzabile).

Conclusioni non diverse valgono poi per le limitazioni al rimborso previste dal medesimo regolamento per i mezzi di soccorso di tipo B e per l'automedica.

A tale stregua, il Collegio ritiene quindi che le risultanze disponibili siano sufficienti a denotare che le previsioni impugnate disattendano il principio del rimborso dei costi sopportati dalle organizzazioni di volontariato per l'esecuzione del servizio, atteso che tali previsioni di fatto riversano su queste ultime una consistente parte dei costi di acquisto dei mezzi di soccorso, senza nemmeno adeguata istruttoria né motivazione a supporto delle determinazioni impugnate.

Tutto ciò in violazione degli artt. 56, commi 2 e 4, e 57, già citati, nonché in contrasto con quanto previsto dalla Circolare n. 2/2008, richiamata dal decreto n. 72/2021 del Ministero del Lavoro, che ammette il rimborso dei costi diretti effettivamente sostenuti dalle organizzazioni di volontariato, identificandoli in quelli “*direttamente connessi all'operazione, ovvero ...imputati direttamente ed in maniera adeguatamente documentata alle attività progettuali*”, definizione in cui le voci di costo appena indicate inequivocabilmente rientrano.

12.2 – Le stesse conclusioni di illegittimità valgono però anche per altri costi direttamente inerenti all'esecuzione del servizio, previsti come necessari dal regolamento ASREM e dai pertinenti decreti commissariali, che la disciplina dettata dalla *lex specialis* tuttavia disconosce o riconosce in maniera eccessivamente ridotta (cfr. artt. 14, 15 e 16 del regolamento ASREM), fra i quali:

- i costi per la manutenzione ordinaria e straordinaria, e la sanificazione di tutti i mezzi di soccorso;
- i costi relativi all'equipaggiamento e alla dotazione dei mezzi di soccorso richiesta dal DCA N. 62/2017, fra cui il materiale di protezione, i materiali di assistenza respiratoria, di assistenza cardiocircolatoria e di immobilizzazione, i materiali per la

medicazione, lo zaino per soccorso, le spese per il consumo e il noleggio delle bombole di ossigeno;

- i costi di manutenzione delle apparecchiature elettromedicali, degli impianti elettrici, antincendio e di distribuzione dell'ossigeno;

- i costi per l'equipaggiamento medico del personale impiegato sui mezzi di soccorso.

12.3 – Analoghe considerazioni possono poi svolgersi con riferimento ai costi indiretti, lasciati anch'essi completamente a carico delle organizzazioni di volontariato nonostante l'art. 56, comma 4, del d.lgs n. 117/2017 ne preveda la rimborsabilità, sia pure, naturalmente, nei limiti della “*quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione*”, con ciò dettando una ben precisa regola che all'Amministrazione non è consentito ignorare.

Si tratta di costi per i quali indubbiamente non è possibile determinare con precisione l'ammontare attribuibile ad un'operazione specifica, essendo essi riconducibili alle attività generali dell'organizzazione di volontariato (cfr. Circolare n. 2/2008, richiamata dal decreto del Ministero del Lavoro n. 72/2021).

Tuttavia, per tali costi nessun rimborso è previsto dalla *lex specialis*, pur a fronte dello specifico obbligo per gli enti convenzionati, nel corso dell'espletamento del servizio, di istituire e mantenere per tutta la durata del rapporto convenzionale un'adeguata sede operativa, attrezzata per il ricovero e lavaggio dei mezzi di soccorso, nell'ambito della postazione di assegnazione, e dotata dei servizi, e di infrastrutture e tecnologie, anche informatiche ovvero di telecomunicazioni (con conseguenti costi, quindi, per canone locazione, utenze, manutenzione, spese condominiali e pulizie, postali, cancelleria, personale amministrativo, collegamenti informatici, assicurazioni e fidejussioni) (cfr. sul punto le previsioni del DCA n.62/2017 e il regolamento ASREM artt. 2 e 9, punto 3).

Ne consegue che le previsioni che escludono la rimborsabilità di tali costi, per la parte inerente e imputabile all'esecuzione del servizio di trasporto sanitario e di urgenza, sono anch'esse afflitte da illegittimità.

Sul punto non convincono, infatti, le tesi dell'ASREM per cui il riconoscimento di un rimborso per i costi indiretti implicherebbe per ciò stesso l'onerosità del servizio di cui si tratta.

Una volta che la *lex specialis*, o la fonte regolatoria del rapporto convenzionale, abbiano definito in modo obiettivo – in coerenza con quanto previsto dall'art. 56, comma 4 del d.lgs n. 117/2017 - la percentuale e i presupposti di inerenza al servizio dei costi indiretti ai fini del loro rimborso, tale posta configurerebbe non già un corrispettivo o profitto riconosciuto alle organizzazioni di volontariato, ma una forma di reintegrazione parziale di alcune spese dalle medesime sostenute per l'espletamento del servizio in convenzione.

D'altra parte, le affermazioni giurisprudenziali enfatizzate dall'ASREM sono state formulate con riferimento a ben particolari fattispecie concrete, diverse da quella all'esame, in cui erano state contemplate delle modalità di rimborso dei costi indiretti sganciate dal concetto di inerenza, e pertanto tali da celare una forma di compenso indirettamente attribuito alle organizzazioni convenzionate.

12.4 – Per quanto invece attiene a tutte le altre voci di costo individuate dalle ricorrenti le loro censure non colgono nel segno, dal momento che alcune di tali voci attengono a componenti non essenziali allo svolgimento del servizio, altre concernono spese di entità non rilevante, e altre ancora assumono un'incidenza eventuale e sporadica.

Le medesime considerazioni valgono per la mancata previsione di meccanismi di adeguamento legati all'andamento periodico dei costi, e per le doglianze con cui le ricorrenti hanno lamentato solo una eccessiva incertezza di alcune previsioni della *lex specialis*, critiche argomentate oltre tutto in modo assai generico.

13 – Neppure condivisibili risultano le censure con cui è stata lamentata l'illegittimità dei limiti al rimborso dei costi relativi al personale da adibire all'esecuzione del servizio.

13.1 – Sul tema assume rilievo centrale il tenore dell'art. 33 del d.lgs n. 117/2017, che, con riferimento al personale da adibire al servizio in convenzione, dispone che *“le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente nei limiti necessari al loro funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare e specializzare l'attività svolta. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari?”*.

Il dettato di tale norma - specie se letta alla luce della *ratio* delle disposizioni del Codice del Terzo Settore volte a prevedere un regime speciale e di favore per le organizzazioni di volontariato (e, nello specifico, la possibilità di svolgere il servizio di trasporto sanitario d'urgenza in regime di convenzione al di fuori dell'applicazione della disciplina appaltistica) - è chiaro, quindi, nel prevedere che:

- le prestazioni di tali enti, per poter essere riconducibili alle logiche solidaristiche e di pubblica utilità del terzo settore, devono essere svolte in modo determinante attraverso l'attività gratuita dei volontari ad essi aderenti (la cui quota di incidenza deve essere almeno pari al 50 %);
- l'utilizzo di lavoratori dipendenti è consentito negli stretti limiti di legge, esclusivamente al fine assicurare il regolare funzionamento delle attività svolte dalle organizzazioni (cfr. CGUE, sent. n. 113/2013);
- la regola per cui *“il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari?”* stabilisce, quindi, solo una soglia massima di personale dipendente impiegabile, come correttamente evidenziato dall'ASREM: soglia, pertanto, non valicabile al rialzo, ma pur sempre discrezionalmente superabile riducendo l'impiego di personale dipendente.

La norma risulta direttamente rilevante nella fattispecie all'esame, atteso che il limite imposto all'impiego di personale dipendente utilizzabile dalle organizzazioni di volontariato incide direttamente sul regime di rimborso delle relative spese. I costi rimborsabili, difatti, non possono che corrispondere all'aliquota del personale utilizzabile nel servizio, cioè un'aliquota "*non superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari*".

Tutto ciò posto, la chiara formulazione dell'art. 33 del d.lgs n. 117/2017, corroborata dalla sua interpretazione funzionale, non solo non vale a fondare la pretesa delle associazioni di vedersi garantita comunque una rimborsabilità dei costi per il personale in misura pari al 50% (e men che meno superiore), ma risulta tale da lasciare all'Amministrazione la possibilità di modulare discrezionalmente il tetto delle spese rimborsabili per il personale dipendente al di sotto di tale soglia.

13.2 - A ciò si aggiunga che il concreto operato dell'ASREM, sullo specifico piano ora in esame, si presenta caratterizzato da una piena coerenza rispetto al predetto dettato normativo.

La lettera dell'art. 33 del d.lgs n. 117/2017, come si è visto, riferisce la percentuale "*non superiore al 50%*" al rapporto fra dipendenti e volontari: e l'ASREM ha determinato il numero complessivo di unità di personale i cui costi sono ammessi al rimborso applicando rigorosamente tale norma, e assumendo a riferimento le informazioni recate dall'allegato istruttorio utilizzato ai fini dell'adozione della delibera del Direttore Generale n. 85/2023.

Quest'ultimo ha indicato le 16 postazioni oggetto dei lotti da assegnare, il tipo di ambulanze previste per ciascuna di esse (MSA, MSB, Automedica), e il relativo personale necessario per garantire complessivamente il servizio per 24 ore su 24.

Sono stati quindi considerati dei turni della durata di 12 ore l'uno, intendendosi assicurare per ciascun turno presso le 16 postazioni la seguente dotazione di

personale: 2 unità per il mezzo di soccorso A (MSA), n. 1 unità per l'ambulanza B (MSB) e per l'automedica, ove prevista.

Il calcolo matematico condotto sulla base di tali dati ha rivelato che il personale necessario per garantire i turni sul complesso delle 16 postazioni è risultato pari a 215 unità, ed è stato stabilito che 145 unità, delle dette 215, erano da coprire attraverso volontari.

In applicazione, pertanto, della regola di cui all'art. 33 d.lgs n. 117/2017, l'ASREM ha stabilito che il numero dei dipendenti per i quali è ammesso il rimborso è pari a 70, corrispondente ad un'aliquota di personale dipendente molto prossima, appunto al 50% delle unità di volontari (ossia al 50% di 145 unità), vale a dire la soglia massima di personale per cui era possibile prevedere il rimborso.

Così operando, dunque, l'Amministrazione non ha disatteso né eluso il principio del rimborso dei costi necessari all'esecuzione del servizio in convenzione, avendo riconosciuto la rimborsabilità delle spese relative al personale in misura prossima al limite massimo ammissibile a' termini dell'art. 33 d.lgs n. 117/2017.

A fronte di questa lineare ricostruzione della difesa dell'ASREM, nessuna efficace controdeduzione è stata formulata da parte delle ricorrenti, che si sono limitate a dolersi della mancata considerazione, da parte dell'Azienda, del tasso di assenza del personale impiegato nel servizio dovuto a malattia, ferie e formazione del personale, calcolando però tale dato sulla base di assunti non adeguatamente supportati, oltre che non perspicui.

L'obiezione delle ricorrenti che la gran parte del servizio si troverebbe allora ad essere svolta da personale volontario non risulta poi conferente, atteso che: i) nelle convenzioni con le organizzazioni di volontariato le prestazioni gratuite dei volontari devono avere un apporto determinante e prevalente nell'espletamento delle prestazioni connesse all'affidamento; ii) l'operato dell'ASREM, rigorosamente coerente con l'art. 33 del d.lgs n. 117/2017, trova inoltre una giustificazione del

tutto ragionevole nell'esigenza di favorire la partecipazione alla selezione delle organizzazioni con una base di volontari più ampia e adeguata all'esecuzione ottimale del servizio, con piena realizzazione delle finalità di solidarietà, pubblica utilità e gratuità del servizio sottese al Codice del Terzo Settore.

Né l'impostazione della *lex specialis* sul punto, privilegiante le organizzazioni con un numero di volontari adeguato a soddisfare le esigenze del servizio, potrebbe essere ritenuta un fattore foriero di discriminazione.

Detta opzione, al contrario, attribuisce rilievo ad una componente qualitativa, afferente all'adeguatezza della capacità organizzativa e all'affidabilità delle organizzazioni, senz'altro valutabile in vista del convenzionamento; e ciò in quanto è di immediata evidenza che un'organizzazione con una robusta compagine di volontari sia più idonea a garantire un più efficace ed efficiente svolgimento dello stesso.

14 – Non hanno pregio neppure le censure ricorsuali che hanno avversato la legittimità della richiesta di disponibilità dei ricorrenti, ai sensi dell'art. 17 del regolamento ASREM, ad effettuare trasferimenti secondari non d'urgenza, adducendo il rilievo che tali servizi dovrebbero essere aggiudicati con gara pubblica (c.d. convenzioni estemporanee).

Sul punto, risulta decisivo il rilievo per cui l'art. 17 del regolamento ASREM richiede la disponibilità delle organizzazioni a titolo di mera possibilità eventuale, peraltro concretizzabile soltanto in presenza di circostanze eccezionali e straordinarie (cfr. ad esempio il contesto pandemico), e rimessa, comunque, alla libera adesione delle associazioni.

Tali elementi dimostrano quindi che tale previsione è priva di lesività diretta e attuale della sfera giuridica delle ricorrenti, anche rispetto al loro diritto alla partecipazione alla selezione. Né tale lesività emerge dal contenuto della censura formulata sul punto, la quale risulta tutta imperniata su considerazioni inerenti

all'astratta legittimità della clausola, sul mero assunto che per le convenzioni estemporanee l'ASREM avrebbe dovuto ricorrere alla gara pubblica.

15 – In definitiva, il ricorso va accolto in parte, essendo risultato fondato solo nei sensi e nei limiti di quanto in precedenza illustrato.

Per l'effetto, in forza di tale accoglimento vanno annullati: i) gli artt. 14, 15, e 16 del regolamento ASREM per la disciplina dei rapporti in convenzione con le organizzazioni di volontariato e la Croce Rossa Italiana per il trasporto sanitario di emergenza/urgenza; ii) le corrispondenti previsioni dell'avviso di selezione che richiamano le predette disposizioni: il tutto limitatamente agli aspetti in precedenza illustrati nei parr. 12.1, 12.2 e 12.3.

16 - L'accoglimento del ricorso originario comporta anche quello dei motivi aggiunti, con i quali le medesime censure del ricorso sono state trasposte avverso gli atti con cui l'ASREM ha disposto una riapertura dei termini per la partecipazione alla selezione. Di riflesso, anche gli atti gravati con i motivi aggiunti vanno annullati, per quanto di ragione, per invalidità derivata.

17 - Le spese legali seguono la soccombenza sostanziale e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti, li accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione.

Per l'effetto, annulla gli atti originariamente impugnati, limitatamente alle previsioni e agli aspetti specificati al par. 15, nonché, negli stessi limiti, gli atti gravati con motivi aggiunti per invalidità derivata.

Condanna l'ASREM al pagamento, in favore delle ricorrenti, delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 2.500 oltre ad accessori come per legge.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2023
con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Massimiliano Scalise, Referendario, Estensore

Francesco Avino, Referendario

L'ESTENSORE
Massimiliano Scalise

IL PRESIDENTE
Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO