

Pubblicato il 31/05/2023

N. 03327/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00761/2023 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 761 del 2023, proposto da Bourelly Health Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl 104 - Caserta 1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Melisurgo, 4;

nei confronti

Europea Volontaria di Protezione Civile e Pronto Soccorso San Leonardo Odv, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Donato Lettieri, Massimiliano Porcelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vivamente O.D.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Gruner, Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

San Paolo della Croce Società Cooperativa Sociale Ets, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carla Marchione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Centro Italia Soccorsi soc. Coop. Sociale Ets, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Marandola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

ad

opponendum:

Misericordia Casoria O.D.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Caliendo, Alessandra Riccardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Vivamente O.D.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Gruner, Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- a - della delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. Caserta n. 904 del 30 dicembre 2022, con la quale si è disposto di procedere alla indizione di affidamento in convenzione, ai sensi dell'art. 57 del D.Lgs. n. 117/2017, del servizio di trasporto sanitario in emergenza urgenza 118, ivi incluse le postazioni di automedica, per un periodo di anni 2;
- b - di tutti gli atti della procedura selettivo-comparativa, allegati alla delibera *sub a)*, tra cui l'avviso pubblico, il disciplinare ed il capitolato;
- c - di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Europea Volontaria di Protezione Civile, Pronto Soccorso San Leonardo Odv, Vivamente O.D.V. e dell'Asl 104 - Caserta 1;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2023 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso all'esame la società Bourelly Health Service impugna, chiedendone l'annullamento, la epigrafata delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. Caserta, con la quale si è disposto di procedere alla indizione di affidamento in convenzione, ai sensi dell'art. 57 del D.Lgs. n. 117/2017, del servizio di trasporto infermi in emergenza 118 per un periodo di anni 2 (importo massimo rimborsabile pari ad € 21.659.254,33), con possibilità di rinnovo di ulteriori 12 mesi, e si è contestualmente approvato l'Avviso Pubblico, in uno al Capitolato Tecnico e allo Schema di convenzione.

La ricorrente - già aggiudicataria della precedente gara ordinaria, indetta dalla medesima Asl, per l'affidamento del medesimo servizio di trasporto, oramai giunto a scadenza - è insorta avverso la scelta della resistente azienda di indire una procedura riservata alle sole O.D.V.

Si duole, in particolare, della preclusione che naturalmente conseguirebbe all'affidamento del servizio in convenzione, sulla base del regime derogatorio stabilito dal Codice del Terzo Settore, per tutti gli operatori economici del settore,

ivi inclusa essa ricorrente, in ragione dell'illegittimo impedimento del confronto concorrenziale che, in tesi, ne conseguirebbe.

A sostegno delle proprie ragioni ha dedotto articolate censure di violazione di legge e di eccesso di potere per più profili, con cui, in estrema sintesi, lamenta:

- l'illegittima applicazione dell'art. 57 del D.lgs. 117/2027 (Codice Terzo Settore), atteso che l'oggetto dell'affidamento in questione contempla non solo il trasporto in ambulanza 118, ma anche mediante il trasporto con automediche, ovvero un servizio che sarebbe escluso dalla deroga prevista dall'art. 17, comma 1, lett. h), del Codice Appalti;

- la contraddittorietà ed illogicità della scelta operata dalla S.A. di discostarsi dalla precedente determinazione, assunta appena un anno prima, di affidare il servizio mediante gara pubblica, aperta alla concorrenza di tutti gli operatori economici, in ragione della evidenziata necessità di assicurare una maggiore trasparenza e contrastare i tentativi, registrati in un recente passato, di turbativa d'asta (a carico della stessa organizzazione di volontariato affidataria del servizio e di alcuni funzionari dell'azienda);

- la mancanza di congrua motivazione in ordine alla ratio della scelta di procedere all'affidamento del servizio in convenzione, piuttosto che di ricorrere al mercato, nel rispetto delle disposizioni del Codice Appalti;

- il difetto di istruttoria e la contraddittorietà della indizione della procedura riservata, che imporrebbe il ricorso quasi esclusivo al personale c.d. volontario, per non aver compiuto la S.A. alcuna coerente valutazione in ordine alla necessità di salvaguardia occupazionale del personale assunto in forza del precedente affidamento, cui si è addivenuti attraverso l'ordinario ricorso al mercato con gara pubblica;

- l'elusione della normativa sui contratti pubblici, atteso che la previsione della *lex specialis* di un tetto massimo di rimborso, disvelerebbe la vera natura del servizio,

ossia un appalto di servizi a corrispettivo e non un affidamento ad organizzazioni di volontario.

2. Si è costituita in resistenza l'ASL Caserta, che ha difeso la legittimità degli atti impugnati, instando conclusivamente per la reiezione del gravame.

Hanno inoltre spiegato intervento *ad opponendum* Misericordia Casoria e Vivamente o.d.v., contestando la ricostruzione esegetica fornita dalla ricorrente circa la normativa applicabile in materia di affidamenti di servizi emergenziali di trasporto, chiedendo il rigetto della proposta domanda di annullamento della procedura, stante l'infondatezza dell'avverso gravame.

Si sono altresì costituiti *ad adiuvandum* la soc. coop. sociale Ets Centro Italia Soccorsi e San Paolo, che, con le articolate argomentazioni, hanno sostanzialmente difeso le tesi censorie svolte dalla ricorrente, riproducendo le doglianze dalla stessa già proposte in via principale.

3. All'udienza del 18 aprile 2023, sulle conclusioni delle parti rappresentate negli scritti difensivi e nel corso della discussione orale, il Collegio si è riservato per la decisione.

4. Il ricorso è infondato, nei termini e con le precisazioni che seguono.

5. È controversa la determinazione dell'A.S.L. Caserta di procedere con procedura riservata, ai sensi dell'art. 57 del D.Lgs. 117/2017, in via esclusiva alle ODV, per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario in emergenza-urgenza 118, comprensivo delle postazioni di automedica, con esclusione dall'applicazione del codice dei contratti pubblici, *ex art. 17, comma 1, lett. h), d.lgs. 50/2016.*

6. La prima delle prospettate censure impone, in limine, di perimetrare l'ambito operativo dell'art. 57, comma 1, D.lgs. n. 117/2017, Codice del Terzo Settore, nella parte in cui dispone che solamente i “*servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza*” possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato.

A tale proposito, afferma la ricorrente che, poiché la norma contenuta nella richiamata disposizione avrebbe natura eccezionale, in quanto derogatoria rispetto al principio della gara pubblica, la stessa costituirebbe norma di stretta interpretazione e, dunque, non sarebbe passibile di applicazione analogica o estensiva al di fuori del limitato ambito degli affidamenti del servizio di trasporto infermi in emergenza (118). In particolare, il suo campo di applicazione sarebbe da intendersi restrittivamente, come riferito esclusivamente al “*servizio di trasporto sanitario di infermi in caso di emergenza-urgenza*”, non comprendendo anche il servizio di trasporto sanitario svolto impiegando le automediche.

6.1 La proposta censura richiede al Collegio di chiarire preliminarmente, e in termini generali, a quali presupposti e condizioni alcuni servizi sanitari di trasporto siano esclusi dall'applicazione delle regole ordinarie della gara pubblica, in base al Codice del Terzo settore nonché in forza delle previsioni del Codice dei contratti pubblici.

A tal fine, gioverà richiamare l'art. 57 del Codice del Terzo Settore che, nel recepire le coordinate in materia sancite dal diritto euro-unitario, nella interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, stabilisce che *“1. I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisce 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”*.

6.2 Come noto, l'approvazione del Codice del Terzo settore ha rappresentato un importante punto di svolta nel nostro ordinamento poiché, attraverso tale decreto, il legislatore ha realizzato una sistemazione organica della materia di che trattasi,

attendendo alla necessità (imposta dal diritto europeo) di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative, anche alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, della Costituzione, e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato.

A meglio definire i rapporti tra tale disciplina normativa con il Codice dei contratti pubblici *ratione temporis* vigente, è poi intervenuta la legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione del c.d. decreto semplificazioni (n. 76/2020), con cui, in particolare, è stata introdotta, all'interno del d.lgs. n. 50 del 2016, una clausola di salvezza in favore del Codice del Terzo Settore, prevedendosi espressamente che: "*Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144, salvo quanto disposto nel presente articolo e fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*" (cfr. art. 140 del d.lgs. n. 50/2016).

6.3 La richiamata normativa interna ricalca la costante interpretazione fornita *in subiecta materia* dalla Corte di Giustizia, la quale ha chiarito, per quanto ne importa, che l'esclusione dall'applicazione della direttiva appalti per taluni servizi di trasporto in emergenza incontra un duplice filtro selettivo, di natura oggettiva e oggettiva, e va, dunque, consentita, nei limiti in cui tale esclusione non sconfini oltre lo stretto necessario (cfr. considerando 28, che esclude, ad esempio, il trasporto non qualificato di pazienti in ambulanza).

6.3.a Principiando brevemente dal profilo soggettivo, va ricordato come sia oramai pacifico che, ai sensi della direttiva 2014/24, i servizi di emergenza esclusi sono solo quelli svolti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non hanno finalità commerciali e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo della stessa organizzazione o associazione (cfr. Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 21 marzo 2019, Falck Rettungsdienste e Falck, C-465/17, punto 59), con

esclusione finanche delle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario, quali le cooperative (*cf.* Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Ottava Sezione, Sentenza 7 luglio 2022, C213/21 e C214/21).

In particolare, in relazione a tale aspetto, l'ammissibilità del sistema convenzionale, che consente, a differenza delle procedure di appalto disciplinate dalla direttiva, di preservare il carattere particolare di tali organizzazioni, si fonda 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 (*cf.* Corte di Giustizia dell'Unione europea, 11 dicembre 2017, C-113/13, causa Spezzino e 28 gennaio 2016, C-50/2014, causa Casta). "Presidio" avverso l'ipotesi di riqualificare le convenzioni come contratti di appalto, secondo il Giudice europeo, è da rinvenirsi nella gratuità e nel principio del rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, senza possibilità di rimborsi forfettari.

6.3.b Sotto il profilo oggettivo, l'inapplicabilità delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici a cui si riferisce l'articolo 10, lettera h) della Direttiva appalti 2014/24 (recepito nell'ordinamento interno con l'art. 17, comma 1, lett. h) del d.lgs. 50/2016) - concernente, tra l'altro, i più generali servizi "*di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro*" - è inscindibilmente legata, come anche chiarito dalla Corte di Giustizia (*cf.* sentenza Corte di Giustizia, Terza Sezione, 21 marzo 2019, causa C-465/2017 - "Falck", par. 44), all'esistenza di "un servizio di emergenza", e, dunque, va ancorato alla necessità di assicurare servizi sanitari nei quali l'intervento deve verificarsi con rapidità immediata a causa di un

imminente pericolo di vita (emergenza) e, per altro verso, la cui assenza determinerebbe un peggioramento della situazione del paziente (urgenza).

In particolare la Corte, nel definire la nozione di "urgenza-emergenza", in riferimento precipuo al "servizio di ambulanza", ha ritenuto sussistere la possibile esclusione dell'applicazione della direttiva appalti alla "assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, nonché" al trasporto in ambulanza qualificato, "a condizione che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto" (*cfr.* sentenza Corte Giustizia, Terza Sezione, 21 marzo 2019, causa C-465/2017 - "Falck", punto 1 del dispositivo). Analoghe argomentazioni ha speso la Corte con la successiva ordinanza del 20 giugno 2019, in causa C-424/2018, ancora sull'interpretazione dell'art. 10 lett. h) della direttiva, in una fattispecie nella quale era in discussione l'affidamento diretto ad una Organizzazione di volontariato del servizio di trasporto sanitario qualificato, sottolineando che l'applicazione del regime di esclusione di cui all'articolo 10 lett. h) della direttiva richiede la sussistenza di un'emergenza, quantomeno potenziale, per il trasporto di un paziente per il quale sussista un rischio di peggioramento dello stato di salute durante il trasporto, rischio che dovrebbe in linea di principio poter essere valutato oggettivamente (punto 22 ordinanza che rinvia ai punti 46 e 49 della sentenza "Falck"). Tale condizione, peraltro, non può desumersi dalla contestuale presenza/assenza di un medico soccorritore, dovendosene dare viceversa una nozione oggettiva.

Appare dunque evidente che - affinché un intervento "di trasporto sanitario di emergenza e urgenza" rientri nella più ampia nozione di "servizio di prevenzione contro i pericoli" di cui al precitato articolo 10, lettera h) della direttiva, alla stregua di una interpretazione euro-unitariamente orientata dell'art. 57 Codice del Terzo

Settore - occorre, in aggiunta agli evidenziati presupposti soggettivi, che il servizio sia oggettivamente indirizzato ad affrontare un'emergenza, attraverso un rapido intervento del personale deputato a prestare soccorso, non altrimenti procrastinabile, direttamente sul luogo dell'occorso, volto a consentire l'immediata attuazione delle misure salvavita che si richiedono per i pazienti in condizioni di emergenza, nella disponibilità di tutte le attrezzature mediche necessarie, in modo da rendere l'infermo trasportabile e di trasportarlo, evitando ulteriori danni, in un nosocomio idoneo per l'ulteriore assistenza. Dunque, ciò che rileva è la presenza sul posto di personale adeguatamente formato - a seconda dell'emergenza, operatore esperto, infermiere e/o o medico specializzato – che consenta di fronteggiare la situazione di pericolo, scongiurando, per quanto possibile, il rischio di infausti epiloghi, di talché è del tutto irrilevante, ai fini che ne occupano, la circostanza che detto personale, insieme allo strumentario medico necessario, sia giunto a bordo di ambulanza e/o con automediche.

6.4 Ciò posto, venendo più propriamente alla controversia per cui è causa, ritiene il Collegio che, del tutto coerentemente all'illustrato quadro normativo, la resistente azienda abbia inserito, tra tali servizi, il trasporto effettuato attraverso automediche, posto che, da un lato, il più volte citato art. 57 non circoscrive il trasporto ai soli infermi, e, dall'altro, per quanto premesso, le automediche sono prettamente funzionali ad espletare il servizio di trasporto sanitario in situazioni di emergenza e urgenza.

6.4.a Ciò in quanto, all'evidenza, si tratta di mezzi di soccorso sanitario, anche di supporto al servizio effettuato tramite ambulanze, in grado di far pervenire prontamente e direttamente, sul luogo dell'evento, l'équipe sanitaria necessaria, con le necessarie specifiche competenze rispetto all'emergenza da fronteggiare, con la relativa attrezzatura medica. A ciò si aggiunga che per le dimensioni ridotte dell'automedica, la stessa è anche dotata di maggiore agilità che consente una più

elevata rapidità di intervento e, per quando possibile in relazione alle peculiarità della situazione concreta, di rendere gli spostamenti dell'equipaggio indipendenti da quelli del paziente, che avvengono invece tramite ambulanza.

6.4.b Del resto, in conformità alle superiori coordinate ermeneutiche, a livello statale, l'Allegato 1 al decreto del Ministro della salute 2 aprile 2015, n. 70, recante *«definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera»*, nel disciplinare, ai punti 9 e ss., la *«Rete dell'emergenza urgenza»*, prevede che *«Le centrali operative gestiscono, con procure condivise, le postazioni di elisoccorso, le ambulanze medicalizzate con medico ed infermiere a bordo, le automediche (i mezzi avanzati di base con infermiere e medico, le ambulanze di base con personale soccorritore certificato), in forma continuativa o estemporanea e tutti gli eventuali altri mezzi medicalizzati e non, che in forma continuativa o estemporanea intervengono nel soccorso sanitario [...]»*.

Analogamente, a livello regionale, l'Allegato A alla delibera della Giunta della Regione Campania n. 1570/2004, recante la *«Definizione dell'organizzazione regionale dei presidi di emergenza ed urgenza territoriali (118) di cui alla D.G.R. n. 2343/03 - Disposizioni procedurali ed indirizzi operativi»*, individua i mezzi di soccorso ordinari del servizio 118 nei seguenti presidi: centri mobili di rianimazione, ambulanze medicalizzate di soccorso avanzato, idroambulanze, ambulanze di soccorso di base, auto mediche; moto mediche.

6.4.c Conclusivamente, in conformità con la richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia, ritiene il Collegio che l'applicazione del regime derogatorio è consentita per le automediche, allorquando, nell'organizzazione complessiva del servizio di trasporto, il loro utilizzo sia connesso a condizioni di emergenza/urgenza e il soccorso sia anche strettamente finalizzato a garantire, attraverso l'utilizzo del personale medico e dello strumentario medicale necessario, immediate cure in una situazione estrema, tale da richiedere un primo intervento, all'occorrenza diversamente modulabile, direttamente sul posto ove si trova l'infermo nonché,

eventualmente, durante il successivo trasporto presso il luogo di cura, senza che ciò costituisca indebita estensione delle condizioni prioritarie di affidamento e dunque violazione della normativa generale a tutela della concorrenza.

Il primo motivo è dunque infondato.

6.5 Solo *ad abundantiam* va chiarito che, in disparte le superiori considerazioni, in ogni caso l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario, al di fuori dell'emergenza-urgenza, resta assoggettato al regime speciale "alleggerito" previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici; con la precisazione che, in caso di appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale, 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 (*cf.* considerando 28 e 118 Direttiva 2014/24).

Nel caso di specie, per quanto emerge in atti, così come anche rimarcato dalla difesa aslina, l'impiego delle automediche, il cui costo rappresenta solo il 17,067% del costo complessivo del servizio (*cf.* nota del RUP del 17 febbraio 2023), è solo residuale e si giustifica in una visione di più ampio respiro che connota la soluzione progettuale del servizio che la S.A. Difatti, appare del tutto evidente che l'approntamento del servizio per cui è causa è stato nel suo complesso consegnato dalla resistente azienda in maniera tale da poter far fronte ad ogni possibile forma di emergenza, sia attraverso l'urgente intervento di mezzi di trasporto sul posto che attraverso la disponibilità di personale sanitario e dello strumentario medico necessario, a fronte di ogni più disparata evenienza emergenziale.

7. Le ulteriori questioni sottese ai motivi sub due e tre, afferiscono, in varia misura e sotto connessi aspetti, allo spessore dello sforzo motivatorio richiesto alle S.A. per giustificare il ricorso alle procedure riservate al Terzo Settore, escludendo gli operatori profit dalla competizione concorrenziale, e, dunque, alla necessità di dar conto della preventiva verifica che, sempre a mente della precitata disposizione, "*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".

7.1 Sotto un primo aspetto, con il secondo motivo, la ricorrente si duole del mancato assolvimento all'obbligo di motivare la scelta di derogare rispetto al regime ordinario della gara pubblica. In tesi di parte, tale obbligo di motivazione avrebbe assunto nella specie una connotazione particolarmente significativa, in ragione del fatto che la medesima Azienda, appena un anno prima, aveva fatto ricorso alla procedura aperta proprio per l'affidamento di analogo servizio di trasporto in emergenza. Ciò, peraltro, la S.A. aveva fatto motivando ampiamente la scelta con riferimento alle vicende di una precedente gara riservata, indetta *ex art.* 57 D.Lgs. 117/2017, e poi annullata, in via di autotutela di ufficio, essendo emersi, nell'ambito di un'indagine penale in corso per turbativa d'asta, plurimi elementi che lasciavano intendere un coinvolgimento tra l'associazione di volontariato aggiudicataria e diversi funzionari della stazione appaltante.

Il ritorno all'affidamento in convenzione, senza fornire alcuna plausibile motivazione a fondamento del discostamento dalle precedenti valutazioni, dunque, sarebbe viziato da illegittimità, per difetto di motivazione e illogicità, oltre che perché si porrebbe in evidente antitesi con l'opposta scelta effettuata appena un anno prima. Il motivo è infondato.

Le ragioni che hanno indotto l'Asl ad attivare una procedura aperta alla concorrenza, da parte di tutti gli operatori, nell'imminenza delle riferite vicende, non imponeva, come invece lamentato in ricorso, una motivazione uguale e contraria circa l'assenza delle criticità riscontrate nel pregresso affidamento, viepiù a fronte del trascorrere di un adeguato lasso temporale. Invero, il ritorno all'affidamento in convenzione, stigmatizzato dalla ricorrente, appare del tutto coerente con la natura discrezionale della scelta effettuata, alla stregua di una diversa situazione di fatto, determinata dalla

distanza di tempo dalla pregressa vicenda e dall'evidente superamento, attraverso l'esercizio del potere di autotutela, della contingenza patologica, a cui si era anche cercato di fare fronte, nell'immediato, con l'indizione della gara pubblica.

7.2 Con il terzo motivo si contesta ancora una volta la mancanza di motivazione in ordine alla scelta dell'affidamento in convenzione alle ODV, in quanto, nella prospettazione di parte, l'art. 57 del Codice del Terzo Settore declinerebbe tale evenienza in termini di mera possibilità e non di obbligo, condizionandola alla preliminare verifica della efficienza economica e adeguatezza che tale soluzione sia effettivamente in grado di garantire nel caso concreto, e di cui occorrerebbe dar conto con motivazione rafforzata, sulla base di approfondita istruttoria e di pregnanti argomentazioni.

In contrasto con la richiamata previsione normativa, nella specie, la S.A. non affatto avrebbe giustificato, come suo onere, la finalità sociale, la efficienza economica e la adeguatezza di una siffatta riserva; in particolare, non si darebbe conto della non possibilità di riassorbire i 100 dipendenti assunti con la precedente gara, né del risparmio di spesa, solo affermato ma non provato in alcun modo e, comunque, contestato dalla ricorrente.

Il motivo è infondato.

Sul punto il Collegio intende richiamare un precedente in termini della sezione (*cf.* T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 1 aprile 2021, n. 2227), con cui si è precisato che l'affidamento diretto in via prioritaria del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in convenzione con le organizzazioni di volontariato non richiede affatto la comparazione preventiva di maggior favore rispetto al mercato. Difatti, la disposizione di cui all'art. 57 Codice Terzo Settore dà espresso riconoscimento normativo al principio solidaristico sotteso all'affidamento *ex art.* 56, affermato dalle sentenze della Corte di Giustizia UE, sez. V, causa C-113/13 e sez. V, causa C-50/14, per cui all'Amministrazione viene richiesto solo di verificare,

anche mediante atti e provvedimenti di carattere generale, ma senza necessità di approfondita motivazione sul punto, la sussistenza delle condizioni indicate dalla norma affinché il servizio possa essere legittimamente affidato in via diretta e prioritaria ed effettuato a condizione del rimborso delle spese documentate, mediante procedure riservate, con la pubblicazione dei provvedimenti e con i contenuti convenzionali ivi indicati. In ogni caso, la "maggiore convenienza rispetto 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, attraverso il ricorso ad una convenzione, in luogo dell'applicazione della disciplina di diritto comune per l'affidamento dei servizi sociali. Il tenore testuale della norma, nel consentire l'affidamento del servizio mediante convenzione con le ODV, richiama esclusivamente le Amministrazioni ad atteggare la propria scelta al doveroso perseguimento di obiettivi di solidarietà e finalità sociale, nel preliminare rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione (art. 3 e 97 Cost. e 3 e ss. L. 241/90), che vengono in rilievo in tutte le procedure di affidamento dei servizi pubblici di interesse generale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 24 aprile 2022, n. 2166).

Di tali esigenze, nella specie, la parte motivazionale della delibera gravata dà pienamente conto, richiamando la finalità sociale del servizio, nonché la necessità di perseguire obiettivi di solidarietà e di efficienza del bilancio, valutati come sussistenti nella specie.

8. Con una separata censura, la ricorrente lamenta il difetto di istruttoria e la contraddittorietà della indicazione della procedura riservata, che imporrebbe il ricorso al personale c.d. volontario, con l'effetto di dissolvere i rapporti di lavoro di oltre 100 dipendenti, assunti alle dipendenze degli attuali gestori, in ragione

dell'incompatibilità con il diverso regime delle ODV, la cui prospettiva alla stabilità occupazionale non sarebbe garantita dalla clausola di salvaguardia inserita all'interno del Disciplinare (cfr. art. 9), essendo incompatibile con la natura ed i vincoli delle ODV pena la elusione della disciplina di settore.

La doglianza non coglie nel segno.

L'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 117 del 2017, 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 regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o 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». Inoltre, l'art. 9 dell'Avviso pubblico stabilisce, per quanto ne importa, che «In analogia all'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016 e nel rispetto di quanto previsto dagli Accordi Nazionali di Categoria e dagli accordi comunitari, in caso di cambio di gestione, si stabilisce l'obbligo per l'ODV di assorbire ed utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio, qualora disponibili, i lavoratori che già vi erano adibiti quali soci lavoratori o dipendenti/volontari del precedente aggiudicatario, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione del soggetto subentrante (cfr. - Parere Aut. Vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 13/ 3/ 2013 n. AG19/ 13 e 20/ 13)».

Ritiene il Collegio che la «condizione» prevista dall'art. 9 dell'Avviso pubblico rispetti ampiamente le condizioni poste dal legislatore nazionale, che consentono alle O.D.V. di assumere personale dipendente, senza in alcun modo “stravolgere” la natura giuridica di queste organizzazioni, né – tanto meno – obbligarle ad assumere la totalità del personale attualmente impiegato dalla ricorrente per l'espletamento del servizio.

Il motivo va, dunque, respinto.

9. Con l'ultimo motivo la ricorrente lamenta che, in pretesa evidente elusione della inderogabile disciplina sugli affidamenti in convenzione, caratterizzati dalla gratuità della prestazione lavorativa e dalla ammissione al rimborso solo delle spese rendicontate ed effettivamente sostenute, sarebbe stato previsto un tetto massimo di rimborso che disvelerebbe la vera natura del servizio, ossia un appalto di servizi a corrispettivo e non un affidamento ad organizzazioni di volontario (che, invece, possono vedersi corrispondere unicamente il rimborso di spese effettivamente sostenute e rendicontate).

Il motivo è infondato.

La deroga al principio di concorrenza, conseguente al *favor* attribuito alle associazioni di volontariato riservatarie degli affidamenti *de quibus*, non consegue affatto all'esclusione di qualsivoglia corrispettivo (dal che, secondo la ricostruzione di parte ricorrente, solo sarebbe giustificata la nozione di "gratuità") ma, come chiaramente enunciato nelle sentenze "Spezzino" e "Casta", piuttosto dall'assenza di "utili" e dalla sostanziale natura di "rimborsi" dei previsti corrispettivi.

Ciò posto, nella specie, l'avviso chiarisce l'ammissibilità di un rimborso, entro limiti massimi stabiliti, funzionali a garantire condizioni di efficienza economica e adeguatezza, in piena conformità al contenuto dell'art. 57, co. 1, CTS. A tal fine, in particolare, l'art. 3, terzo capoverso, dell'Avviso precitato dispone che: «... il limite mensile riportato negli atti della presente procedura rappresenta il limite massimo rimborsabile e che questa ASL procederà, prima della liquidazione del rimborso, alla verifica puntuale della documentazione giustificativa di spesa presentata e allegata al rendiconto come da modello allegato, senza la quale non si procederà al rimborso delle spese».

Ritiene il Collegio che la prevista modalità di rimborso garantisce, in conformità alla richiamata normativa contenuta nel CTS, "l'effettività" delle spese ammesse, non significando, ovviamente, che tutte le spese richieste siano per ciò solo riconoscibili,

dovendo comunque superare, in maniera congiunta, il vaglio astratto di ammissibilità e il vaglio concreto di effettività.

10. In conclusione il ricorso è respinto.

11. Le spese di lite in favore della Asl Caserta e della controinteressata, liquidate come da dispositivo, cedono a carico della ricorrente, mentre possono essere compensate nei confronti degli interventori.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite nei confronti dell'amministrazione resistente e della controinteressata che liquida in complessivi €. 3.000,00 (€. 1.500,00 per ciascuna parte), oltre accessori come per legge; spese compensate tra le restanti parti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere, Estensore

Fabio Maffei, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Grazia D'Alterio

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO