

Diritto europeo ed affidamenti di servizi in convenzione ad associazioni di volontariato

di Cinzia Papi

Sommario: 1. Premessa; 2. Quadro normativo di riferimento e primo monito della Corte di Giustizia (sentenza 29 novembre 2007, causa C-119/06); 3. Sulla partecipazione alle gare delle associazioni di volontariato: l'orientamento restrittivo; 4. Segue: il revirement della giurisprudenza; 5. Il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato e le recenti conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-113/13; 6. Considerazioni conclusive: spunti per un possibile contemperamento degli interessi, nell'ordinanza n. 161/14 del Tar Piemonte di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

1. Premessa

Dal 13 maggio il Governo ha posto in pubblica consultazione un documento avente ad oggetto *"Linee Guida per una riforma del terzo settore"*¹, in vista della stesura di un disegno di legge delega, del quale è già prevista l'approvazione dal Consiglio dei Ministri, il giorno 27 giugno 2014.

Tra gli obiettivi dichiarati vi sono anche quelli di *"ricostruire le fondamenta giuridiche, definire i confini e separare il grano dal loglio"* e *"sgomberare il campo da una visione idilliaca del mondo del privato sociale, non ignorando che anche in questo ambito agiscono soggetti non sempre trasparenti che talvolta usufruiscono di benefici o attuano forme di concorrenza utilizzando spregiudicatamente la forma associativa per aggirare obblighi di legge"*. A tal fine, si prevede un articolato sistema di interventi, nel quale è compreso anche l'aggiornamento della legge n. 266/91, mediante l'introduzione di criteri più trasparenti nel sistema di affidamento in convenzione dei servizi al volontariato.

Pertanto, torna di interesse il tema della compatibilità con il diritto europeo degli affidamenti di servizi in convenzione alle associazioni di volontariato ed, in vista dell'imminente riforma, sembra utile fare il punto delle tesi da ultimo sostenute, sia

¹ Il documento è reperibile dal link <http://www.governo.it/Notizie/Palazzo%20Chigi/dettaglio.asp?d=75603>.

dalla giurisprudenza amministrativa che dalla Corte di Giustizia, dando conto dell'ampio e risalente dibattito che si è sviluppato intorno alla questione.

E' di tutta evidenza che si tratta di una tematica tanto delicata quanto complessa, come dimostra la circostanza che, al riguardo, si siano più volte pronunciati, oltre alla Corte di Giustizia ed alla giurisprudenza nazionale – che non ha mancato di far registrare repentini cambiamenti di orientamento - anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

2. Quadro normativo di riferimento e primo monito della Corte di Giustizia (sentenza 29 novembre 2007 causa C-119/06)

Il *favor* riconosciuto dal legislatore italiano agli enti di volontariato operanti in particolare nel settore sanitario trova fondamento nel dovere inderogabile di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione e nel riconoscimento operato dall'art. 118 del principio di sussidiarietà.

Infatti, già con la l. n. 833/1978 istitutiva del sistema sanitario nazionale si è previsto che *"I rapporti fra le unità sanitarie locali e le associazioni del volontariato ai fini del loro concorso alle attività sanitarie pubbliche sono regolati da apposite convenzioni nell'ambito della programmazione e della legislazione sanitaria regionale"* (cfr. art. 45).

Con la legge quadro sul volontariato n. 266/91, il legislatore ha definito all'art. 2 l'attività di volontariato *"quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà"*; la stessa legge ha poi incluso nella definizione di organizzazione di volontariato, ogni organismo costituito per svolgere la predetta attività *"che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti"*. Le associazioni di volontariato pur essendo libere nella scelta della forma organizzativa hanno l'obbligo di prevedere nell'atto costitutivo o nello statuto *"l'assenza di fini di lucro, la democraticità della struttura, l'elettività e la gratuità delle cariche associative nonché la gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti, i criteri di ammissione e di esclusione di questi ultimi, i loro obblighi e diritti...."*.

L'art. 5 della legge quadro in esame dispone, altresì, che le organizzazioni di volontariato traggono le risorse economiche da *"rimborsi derivanti da convenzioni"* e da

“entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali”. Infine, l’art. 7 disciplina le convenzioni prevedendo che: *“Lo Stato, le Regioni, le province autonome, gli enti locali e gli altri enti pubblici possono stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariatoche dimostrino attitudine e capacità operativa. Le convenzioni devono inoltre prevedere forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese.”*

In seguito, con la l. n. 328/2000 *“Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali”* è stato confermato che, proprio attraverso il convenzionamento ed esercitando le attività previste nel proprio statuto, le associazioni di volontariato svolgono un ruolo attivo e di primaria importanza anche nella programmazione degli interventi insieme a enti locali, Regioni e Stato.

Diversamente da quanto previsto per le convenzioni di cui all’art. 5 della l. n. 381/1991, che possono essere stipulate con le cooperative sociali cc.dd. di tipo b)², la legislazione nazionale in tema di volontariato non contiene, però, alcuna disposizione di coordinamento con la disciplina europea in materia di appalti e di concessioni di servizi, neanche per le ipotesi in cui si tratti di affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea o che, comunque, possono presentare un interesse transfrontaliero.

Nel tempo, le Regioni si sono dotate di proprie legislazioni attuative, confermando il riconoscimento del rilievo del terzo settore ed autorizzando gli enti locali a stipulare, in via prioritaria, con le organizzazioni di volontariato convenzioni per l’erogazione di prestazioni nel settore sanitario o di altri servizi pubblici. Tuttavia, anche nelle legislazioni regionali non si prevede alcuna forma di limitazione o di temperamento con le disposizioni europee; pertanto, in diverse occasioni le Corti di Giustizia è già stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità con le norme ed i principi del Trattato, delle normative regionali, in base alle quali - per lo più nell’ambito del settore sanitario o dei servizi alla persona - si è proceduto all’affidamento diretto di servizi in convenzione, senza il previo esperimento di alcuna forma di confronto competitivo. In particolare, la Corte di

² L’art. 5 della legge n. 381/1991 prevede che *“Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all’articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell’IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all’articolo 4, comma 1”*. Al riguardo, si vedano la deliberazione dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 34/2011 e la determinazione n. 3/2012.

Giustizia è stata chiamata a valutare la conformità di detti affidamenti, rispetto alla direttiva 2004/18/CE, secondo la quale quando si è in presenza di un contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta tra un imprenditore (nel significato fornito dalla stessa direttiva) ed un'amministrazione aggiudicatrice avente per oggetto l'esecuzione di un servizio, deve trovare applicazione la disciplina dettata per l'affidamento del relativo contratto.

In base alla direttiva 2004/18/CE ed al codice dei contratti, poi, i servizi sanitari pur essendo inclusi nell'Allegato IIB sono comunque soggetti alla disciplina recata per il relativo affidamento dagli artt. 20 e 27 del codice, disposizione quest'ultima che richiama il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Così, nella nota sentenza 29 novembre 2007 (causa C-119/06)³, la Corte di Giustizia aveva esaminato l'accordo quadro concluso – in deroga alle disposizioni che regolano l'affidamento degli appalti - dalla Regione Toscana e dalle Asl locali con la Confederazione delle Misericordie d'Italia, l'Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze e la Croce Rossa Italiana⁴, per lo svolgimento di attività di trasporto sanitario; il giudice nazionale ha sollecitato la Corte a verificare se l'accordo quadro *de quo*, presentasse o meno le caratteristiche di un appalto pubblico, ai sensi della normativa comunitaria sui servizi, e cioè se esso fosse – appunto - un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta, tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice.

³ Al riguardo, si veda A. Albanese, "L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani", in Riv. It. Dir. Pubbl. Comm., 2008, 6, 1453

⁴ Sulla base di disposizioni attualmente in vigore - d.p.r. 31 Luglio 1980, n. 613 e d.p.c.m. 6 maggio 2005, n. 97 - la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto alla Croce Rossa Italiana natura giuridica differente da quella delle altre associazioni di diritto privato che operano nel settore sanitario, trattandosi di ente pubblico. Peraltro, in forza di espressa previsione del proprio statuto, la CRI non può stipulare contratti di appalto, né partecipare a gare pubbliche indette per l'aggiudicazione di servizi a titolo oneroso, bensì può svolgerli in base a convenzioni. Proprio in ragione della natura pubblica di questo ente, la giurisprudenza ha ricondotto le convenzioni sottoscritte dalla CRI, nell'alveo di quelle stipulate ai sensi dell'art. 15, l. n. 241 del 1990, ritenendole una forma consentita – anche in base ai principi comunitari - di cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici (sul punto, Consiglio di Stato Sez. II sentenza 9 agosto 2011, n. 4720 T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 1 ottobre 2010, n. 32649, Consiglio di Stato sez. V, 30 settembre 2009, n. 5891 TAR Lazio sentenze 27 novembre 2012 nn. 9843, 9844, 9845, 9846 e 9847).

Con il d.lgs. 28 settembre 2012, n. 178 recante "Riorganizzazione dell'Associazione italiana della Croce Rossa (C.R.I.), a norma dell'articolo 2 della legge 4 novembre 2010, n. 183" – la cui entrata in vigore è stata da ultimo posticipata dalla l. 30 ottobre 2013 n. 125 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101 - si è previsto che dal 1° gennaio 2015, le funzioni esercitate dall'Associazione italiana Croce Rossa (l'attuale CRI) passano alla costituenda Associazione della Croce Rossa Italiana che diverrà a tutti gli effetti un soggetto di diritto privato (seppure di interesse pubblico), riconducibile - secondo quanto chiarito nella relazione illustrativa del provvedimento - nel novero delle associazioni di promozione sociale (l. n. 383 del 7 dicembre 2000). Tuttavia, secondo l'art. 1 comma 6 del già richiamato d.lgs. "L'Associazione, anche per lo svolgimento di attività sanitarie e socio sanitarie per il Servizio sanitario nazionale (SSN), può sottoscrivere convenzioni con pubbliche amministrazioni, partecipare a gare indette da pubbliche amministrazioni e sottoscrivere i relativi contratti. Per lo svolgimento delle attività di cui al presente articolo, le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 sono autorizzate a stipulare convenzioni prioritariamente con l'Associazione".

Pur avendo respinto il ricorso, in questo precedente la Corte ha disatteso l'argomento sviluppato dalla difesa della Repubblica Italiana al fine di sottrarre gli accordi in questione alla regola dell'evidenza pubblica, ossia quello afferente la natura non onerosa di tutti gli accordi, implicanti soltanto un rimborso delle spese sostenute. Infatti, al riguardo la Corte di Giustizia ha concluso che *"nella fattispecie, se è vero che il lavoro delle persone che effettuano i trasporti sanitari in parola non è retribuito, risulta nondimeno dagli elementi sottoposti alla Corte che i pagamenti previsti dalle pubbliche autorità interessate superano il semplice rimborso delle spese sostenute per fornire i servizi di trasporto sanitario controversi"*.

Sicchè, nella pronuncia richiamata la possibile riconducibilità dell'affidamento all'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti si fondava sulla circostanza che il corrispettivo versato alle associazioni di volontariato potesse non limitarsi ad un mero rimborso delle spese sostenute; non è stato affrontato il tema delle convenzioni che prevedono esclusivamente la restituzione di quanto effettivamente speso per l'erogazione del servizio.

Successivamente, il sistema delle convenzioni è stato esaminato anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella deliberazione n. 35 del 9 marzo 2011, ove è stato evidenziato che *"l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario in via prioritaria mediante convenzionamento con le associazioni di volontariato accreditate (così come delineato nella normativa regionale esaminata), non ha le caratteristiche della procedura negoziata senza bando, ovvero di un affidamento preceduto da un invito ad almeno cinque concorrenti; pertanto, non risulta conforme al regime procedurale al quale deve soggiacere ai sensi degli artt. 20 e 27 del Codice dei Contratti. Tale forma di affidamento mediante convenzionamento, nella misura in cui non prevede alcuna forma di procedura competitiva nemmeno per l'accreditamento delle associazioni, si atteggia quale affidamento diretto che, come tale, non è compatibile con i principi generali di libera concorrenza, imparzialità di trattamento, trasparenza e proporzionalità sopra richiamati"*. Ad ogni modo, tenuto conto di quanto sostenuto nella sentenza della Corte di Giustizia appena richiamata si è anche rilevato che *"Tale conclusione potrebbe venir meno laddove venisse appurata la natura non onerosa delle convenzioni sottoscritte con le organizzazioni di volontariato ai fini della erogazione dei servizi di trasporto sanitario"*.

Sul tema del convenzionamento diretto nel settore del trasporto sanitario in emergenza, si è registrata anche la posizione critica dell'Autorità Garante della

concorrenza e del mercato sostenuta in alcuni provvedimenti, nei quali è stato richiamato il già citato precedente del giudice comunitario⁵.

3. Sulla partecipazione alle gare delle associazioni di volontariato: il primo orientamento restrittivo

Oltre al motivo concernente l'oggetto della convenzione e la sua natura non onerosa, la difesa erariale italiana aveva prospettato innanzi alla Corte di Giustizia un ulteriore argomento a sostegno della legittimità della convenzione stipulata dalla Regione Toscana; infatti, anche la natura non commerciale dei soggetti affidatari – le associazioni di volontariato – non permetteva di concludere che, nel caso esaminato, si fosse al cospetto di un affidamento soggetto alle cautele procedurali proprie degli appalti, secondo la disciplina europea.

In sostanza, è stato sostenuto che le associazioni di volontariato non rientrano nel novero degli operatori commerciali, in quanto non svolgono attività di impresa con finalità di lucro.

Di talché, se da un lato si concludeva per la legittimità del ricorso al convenzionamento diretto in ragione della peculiare natura soggettiva delle associazioni di volontariato, dall'altro sulla base alle medesime considerazioni, si escludeva che quest'ultime potessero partecipare alle gare d'appalto. Questa tesi è stata sostenuta anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, che si è conformata ad un costante orientamento giurisprudenziale che ha ritenuto illegittima la partecipazione alle gare di appalti pubblici di servizi delle associazioni di volontariato, di cui alla legge n. 266/1991, in quanto *“l'espletamento di una procedura di selezione del contraente fondata sulla comparazione delle offerte con criteri concorrenziali di convenienza tecnica-economica è apparsa inconciliabile con il riconoscimento alle associazioni di volontariato, ex art. 5 della legge n. 266/1991, della possibilità di usufruire di proventi costituiti esclusivamente da “rimborsi derivanti da convenzioni”, che prescindono dalle regole di concorrenza, nonché da “attività commerciali e produttive marginali” svolte, come precisato dal DM 25 maggio 1995, “senza l'impiego di mezzi organizzati professionalmente per fini di concorrenzialità sul mercato TAR Piemonte, Sez. II, 31 marzo 2006, n. 1604; TAR*

⁵ Segnalazione n. AS385 del 29 novembre 2007, in merito all'istituzione della Azienda Regionale ARES 118 nella Regione Lazio; l'argomento è stato poi ripreso nella segnalazione n. AS487 del 18 novembre 2008 ove si conclude che *“nella prospettiva antitrust, è sempre preferibile, anche in presenza di organizzazioni di ispirazione solidaristica ma che svolgono comunque attività economica, scegliere il fornitore di servizi pubblici mediante procedure selettive”*.

Campania, Napoli, Sez. I, 21 marzo 2006, n. 3109; TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 14 giugno 2005, n. 822)" (cfr. parere n. 29/2008)⁶.

4. Segue: il revirement della giurisprudenza

Anche in relazione all'argomento relativo alla natura soggettiva delle associazioni di volontariato, la Corte di Giustizia aveva già svolto delle osservazioni critiche sempre nel richiamato precedente relativo agli accordi quadro sottoscritti dalla Regione Toscana, sostenendo al riguardo che *"l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza"* (cfr. punto 37 della sentenza 29 novembre 2007, causa C-119/06).

Il rilievo si poneva nel solco già tracciato dalla Corte, attraverso quell'orientamento, secondo cui la definizione comunitaria di impresa non si fonda su presupposti soggettivi quali la natura pubblica o privata dell'operatore ovvero la finalità di lucro propria dell'organizzazione, ma su elementi oggettivi quali l'offerta di beni e servizi sul mercato, anche quando questa non sia l'attività principale dell'organizzazione⁷. Questa linea interpretativa si è via via affermata nelle pronunce della Corte di Giustizia insieme al corollario della irrilevanza della forma giuridica, ai fini della partecipazione alle gare d'appalto⁸. Infatti, l'estensione delle categorie dei soggetti ammessi alle gare d'appalto si è ottenuta proprio attraverso un'interpretazione sostanziale della nozione di impresa, nel cui alveo sono stati ricondotti altri soggetti che svolgono attività economica sul mercato, indipendentemente dalla struttura organizzativa, dalla finalità di lucro o dalla natura pubblica.

Di riflesso, anche la giurisprudenza amministrativa nazionale è andata nella stessa direzione riconoscendo la natura non tassativa dell'elenco dei soggetti ammessi alle

⁶ In senso conforme, anche i pareri di precontenzioso dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nn. 266/2008 e 26/2009.

⁷ Si veda, ad esempio, con riferimento alle fondazioni bancarie, la sentenza della Corte di Giustizia 10 gennaio 2006, causa C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze.

⁸ Nella sentenza 18 dicembre 2007, causa C-357/06, Frigerio Luigi & C. Snc, la Corte di Giustizia ha, infatti, concluso che la normativa comunitaria non consente di precludere la partecipazione a una procedura di aggiudicazione ai candidati od offerenti che non hanno la forma giuridica corrispondente a una determinata categoria di persone giuridiche (nel caso trattato quella delle società di capitali).

gare d'appalto, di cui all'art. 34 del codice dei contratti pubblici, ed ammettendo la partecipazione alle gare di fondazioni⁹ e di enti pubblici non economici.

Da ultimo, anche con riferimento alle associazioni di volontariato, il Consiglio di Stato ha concluso che *“non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell'elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa”*¹⁰.

Nella stessa pronuncia si fa riferimento, fra l'altro, anche ai già citati pareri contrari espressi dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, precedenti che, secondo la ricostruzione del Consiglio di Stato, sono da ritenersi superati dal successivo orientamento espresso dalla stessa Autorità riguardo al carattere non tassativo dell'art. 34 del codice dei contratti, sebbene con particolare riferimento alla partecipazione alle gare d'appalto da parte delle Università. Infatti, nella determinazione n. 7/2010 recante *“Questioni interpretative concernenti la disciplina dell'articolo 34 del d.lgs. n. 163/2006 relativa ai soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici”*, l'Autorità ha affermato che operatore economico può essere anche un soggetto senza fine di lucro che operi occasionalmente sul mercato o goda di finanziamenti pubblici; infatti, l'essere beneficiari di contribuzioni pubbliche o il non perseguire un preminente scopo di lucro, non sono di per sé cause ostative alla partecipazione a gare.

Pertanto, sulla base degli ultimi orientamenti della giurisprudenza e dell'Autorità - che fanno propria la definizione comunitaria di impresa, non suscettibile di tipizzazione nell'elencazione di cui all'art. 34 del codice dei contratti - la legittimazione alla partecipazione alle gare d'appalto delle associazioni di volontariato, di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266 e di quelle di promozione sociale, di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, non pare possa più mettersi in discussione.

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 3897 del 16 giugno 2009; per un commento sia consentito rinviare a *“Gare d'appalto: via libera alle fondazioni”* in *Diritto e Pratica Amministrativa*, settembre 2009, n. 9 pag. 40 e ss..

¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato Sez. VI, sentenza n. 387 del 23 gennaio 2013; in senso conforme, si veda anche Cons. Stato Sez. V, 26 agosto 2010, n. 5956 ed il commento di P. Cerbo *“Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti disomogenei”*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 3, pag. 335 e ss.

Nonostante l'evoluzione giurisprudenziale della quale si è dato conto, il quadro normativo nazionale - già in precedenza esaminato - non ha subito modifiche¹¹; pertanto, le associazioni di volontariato, possono avere accesso alle gare d'appalto ed al contempo, in ragione delle finalità solidaristiche per le quali sono costituite, avvalersi - oltre che di finanziamenti pubblici e delle prestazioni gratuite dei volontari - anche di un diverso canale di "collaborazione" con le pubbliche amministrazioni, quale è quello della convenzione.

Il solo limite chiaramente indicato dalla Corte di Giustizia, resta ancora quello del 2007 relativo al corrispettivo percepito, che deve corrispondere al mero rimborso delle spese sostenute, affinché in ragione dell'assenza di onerosità del rapporto, possa ritenersi esclusa la sussistenza di un contratto d'appalto e, dunque, legittima l'applicazione di un regime derogatorio agli affidamenti di servizi.

5. Il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato e le recenti conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-113/13

Con riferimento ai presupposti che consentono di ritenere sussistente il carattere oneroso di una prestazione di servizi, occorre però considerare che la Corte di Giustizia - seppur trattando di altra questione - ha avuto modo di concludere che *"come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione «a titolo oneroso», un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il*

¹¹ Di recente, l'art. 4 comma 6 del d. l. 6 Luglio 2012 n. 95 "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario" (c.d. decreto spending review), aveva previsto che "A decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria. Gli enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile, che forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche". L'intento era quello di disciplinare proprio i rapporti di collaborazione tra Amministrazioni pubbliche ed enti di diritto privato (associazioni, anche non riconosciute, fondazioni e comitati) sottoponendo le acquisizioni di servizi a titolo oneroso, mediante convenzioni alle procedure previste dal codice dei contratti pubblici. In seguito alle istanze delle associazioni coinvolte, la legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135 ha aggiunto al predetto comma 6 che "Sono escluse le fondazioni istituite con lo scopo di promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica e gli enti e le associazioni operanti nel campo dei servizi socio-assistenziali e dei beni ed attività culturali, dell'istruzione e della formazione, le associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, gli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, le organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49, le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, le associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, nonché le associazioni rappresentative, di coordinamento o di supporto degli enti territoriali e locali". Deve ritenersi che l'esclusione *de qua*, consenta ai soggetti elencati di percepire contributi a carico delle finanze pubbliche anche ove forniscano servizi alla PA. Inoltre, al comma 7 dello stesso articolo, al secondo capoverso si legge che "È ammessa l'acquisizione in via diretta di beni e servizi tramite convenzioni realizzate ai sensi dell'articolo 30 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, dell'articolo 7 della legge 11 agosto 1991, n. 266, dell'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e dell'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381. Sono altresì ammesse le convenzioni siglate con le organizzazioni non governative per le acquisizioni di beni e servizi realizzate negli ambiti di attività previsti dalla legge 26 febbraio 1987, n. 49, e relativi regolamenti di attuazione".

*servizio convenuto*¹². Pertanto, in ragione delle indicazioni, da ultimo, fornite dalla giurisprudenza europea, anche nelle ipotesi in cui il corrispettivo pattuito per l'affidamento di servizi sanitari in convenzione dovesse corrispondere ad un mero rimborso spese, non potrebbe escludersi il requisito dell'onerosità e, conseguentemente, neanche la sussistenza di un contratto d'appalto.

Tenuto conto, dunque, che entrambi gli argomenti – sia quello di carattere soggettivo, riferito alla natura non imprenditoriale delle associazioni di volontariato, che quello oggettivo, concernente la non onerosità della prestazione – sono stati fortemente messi in discussione, si comprende perché, di recente, il Consiglio di Stato non ha mancato di riproporre una domanda di pronuncia pregiudiziale sulla questione¹³.

Nell'ordinanza di rinvio, è stato prospettato chiaramente che un sistema previsto da una legge regionale, in base alla quale il trasporto sanitario è affidato prioritariamente e senza gara alle associazioni di volontariato ed alla Croce Rossa, non è conforme ai principi del Trattato, anche nel caso in cui il rapporto di servizio sia regolato da una convenzione che stabilisca *“l'esclusiva erogazione dei rimborsi delle spese effettivamente sostenute”*, in quanto comunque discriminatorio; pertanto, sul punto si chiede alla Corte di Giustizia di pronunciarsi con riferimento agli articoli 49, 56, 105 e 106 del TFUE.

¹² Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19/12/2012, pronunciata nella causa C-159/11. Il rinvio pregiudiziale ha avuto ad oggetto la verifica della compatibilità con il diritto comunitario di un accordo stipulato tra l'ASL di Lecce e l'Università del Salento per lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce, avverso il quale è insorto l'ordine degli Ingegneri locale.

¹³ Consiglio di Stato, Sez. III ordinanza n. 1195 del 27/02/2013, sollevata nell'ambito del contenzioso avente ad oggetto l'accordo quadro approvato dalla regione Liguria con delibera n. 283 del 09/02/2010, per la regolamentazione dei rapporti tra aziende sanitarie ed ospedaliere, associazioni di volontariato e Croce Rossa e la relativa convenzione attuativa sottoscritta dalla ASL n. 5 "Spezzino" per i trasporti sanitari di urgenza ed emergenza con associazioni di volontariato aderenti all'ANPAS e con la Croce Rossa. Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sui ricorsi in appello proposti avverso la decisione n. 565/2012 del TAR Liguria da cooperative operanti nel settore, ha ritenuto che la questione principale del contendere sia da individuare nella compatibilità con i principi del Trattato dell'art. 75-ter della L.R. n. 41/2006, novellata dalla L. R. n. 57/2009; l'articolo 75 ter della Legge Regionale n. 41 del 7 dicembre 2006 della Regione Liguria, come modificata stabilisce: "1. Il trasporto sanitario costituisce attività di interesse generale improntata al rispetto dei principi di universalità, solidarietà, economicità ed appropriatezza. 2. Il trasporto sanitario, di cui al comma 1, è assicurato dalle singole Aziende sanitarie (...) avvalendosi di mezzi e personale propri. Ove ciò non sia possibile il trasporto sanitario è affidato a soggetti (...) sulla base dei seguenti principi: a) in via prioritaria, è assicurato l'affidamento dei servizi del trasporto sanitario a carico del Servizio Sanitario Regionale alle associazioni di volontariato, alla Croce Rossa Italiana ed alle altre istituzioni o enti pubblici autorizzati, al fine di garantire l'espletamento del servizio di interesse generale in condizioni di equilibrio economico per il bilancio. I rapporti con la Croce Rossa Italiana e le associazioni di volontariato sono regolati da convenzioni (...); b) l'affidamento del trasporto sanitario a soggetti diversi da quelli indicati alla lettera a) è effettuato nel rispetto della normativa vigente in materia di contratti pubblici di servizi e forniture. 3. Le convenzioni (...) di cui alla lettera a) del comma 2 prevedono per le associazioni di volontariato [e] la Croce Rossa Italiana (...) l'esclusiva erogazione di rimborsi delle spese effettivamente sostenute, secondo i criteri stabiliti dalla Giunta regionale sulla base dei principi di economicità, efficienza e non sovraccopertura dei costi sostenuti".

Per un commento su questa ordinanza di rinvio pregiudiziale si veda A. Reggio D'Acì *“Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità va valutata in termini comunitari”*, in *“Urbanistica e appalti”*, 2013, 6, pag. 682 e ss..

In secondo luogo, il Consiglio di Stato ha evidenziato che, nel caso esaminato, tra i costi che devono essere rimborsati sono ricompresi, non solo quelli diretti legati all'esecuzione del singolo accordo, ma anche quelli indiretti e generali derivanti dall'attività stabilmente svolta dalle associazioni affidatarie (utenze, canoni, assicurazioni, spese condominiali, spese generali e di funzionamento); inoltre, i costi diretti sono riferiti anche a spese fisse e durevoli nel tempo, quali le retribuzioni del personale. La descritta modalità di rimborso potrebbe, pertanto, essere tale da configurare una vera e propria contropartita dei servizi espletati, con conseguente necessità di procedere al relativo affidamento con gara; pertanto, con un ulteriore quesito, il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di chiarire se non debba *"qualificarsi come oneroso un accordo quadro, quale quello qui in contestazione, che preveda il rimborso anche di costi fissi e durevoli nel tempo"*.

Il 30 aprile scorso, sono state presentate le conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl sul caso e le perplessità manifestate dal Consiglio di Stato hanno trovato in questa autorevole ricostruzione più che una semplice conferma.

Infatti, nell'atto – che tuttavia non vincola la Corte di Giustizia - si richiama innanzitutto la già citata pronuncia della Corte di Giustizia del 2012, per riaffermare che anche un compenso sotto forma di mera copertura dei costi soddisfa, comunque, *"il criterio di titolo oneroso"*, ai fini dell'applicazione della direttiva appalti. Di talché, da un lato si ritiene *"irrilevante"* la distinzione effettuata dal Consiglio di Stato tra l'ipotesi in cui *"i costi da rimborsare da parte delle pubbliche amministrazioni ricomprendano solo ciò a cui le parti si riferiscono come «costi diretti"*, e quella in cui *"si estendano anche ai «costi indiretti"*. Dall'altro, si chiarisce che – in parte diversamente da quanto prospettato nell'ordinanza di rinvio - le norme ed i principi del Trattato che potenzialmente si pongono in contrasto con una normativa regionale come quella esaminata sono *"da un lato, gli articoli 49 e 56 TFUE e, dall'altro, le disposizioni della direttiva 2004/18"*.

Avendo ricondotto nel novero degli appalti anche gli affidamenti di servizi per i quali è prevista la corresponsione di un mero rimborso dei costi (anche solo di quelli direttamente derivanti dalla esecuzione dell'affidamento) e pur tenendo conto che l'assistenza sanitaria e medica sono incluse nell'allegato IIB della direttiva 2004/18, l'Avvocato Generale conclude che i servizi di trasporto sanitario possono essere aggiudicati in via prioritaria ad associazioni di volontariato, senza rispettare le norme dell'Unione sugli appalti pubblici *"solo quando il valore dei suddetti servizi non*

*eccede la soglia di cui alla direttiva 2004/18 e l'aggiudicazione non comporta alcun interesse transfrontaliero"*¹⁴.

Agli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria che presentino un interesse transfrontaliero, resta comunque applicabile il diritto primario dell'Unione; sicché *"le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare le libertà fondamentali sancite nel TFUE (e, segnatamente, gli articoli 49 e 56 TFUE) nonché il principio di non discriminazione in base alla nazionalità"*. D'altro canto - secondo quanto prospettato nelle conclusioni - non può escludersi che imprese con sede in un altro Stato membro siano in grado di garantire un'adeguata fornitura di servizi di trasporto sanitario, né che l'assenza di una qualunque forma di gara d'appalto pubblico o di pubblicità, possa operare a danno delle finanze pubbliche.

6. Considerazioni conclusive: spunti per un possibile contemperamento degli interessi, nell'ordinanza n. 161/14 del Tar Piemonte di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

Gli ultimi approdi della giurisprudenza nazionale e comunitaria rendono non rinviabile un intervento del legislatore italiano che è chiamato a realizzare il definitivo contemperamento tra i principi che regolano gli affidamenti pubblici, la tutela della concorrenza e l'esigenza di tener conto dell'importanza del contributo fornito del volontariato, soprattutto nell'ambito socio-sanitario. Occorre sempre avere presente, infatti, che l'incertezza del quadro regolatorio e l'assenza di un univoco indirizzo interpretativo possono determinare, in questo settore, la continua messa in discussione di provvedimenti di grande impatto sulla tutela della salute dei cittadini.

Peraltro, anche la direttiva 2014/24 relativa agli appalti pubblici non pare consentire ulteriori rinvii; infatti, sebbene le nuove disposizioni estendano ulteriormente la discrezionalità degli Stati membri - in quanto la soglia di rilevanza per i servizi di assistenza sanitaria è stata aumentata ad € 750.000 - sono previste alcune norme specifiche per i servizi forniti da associazioni senza scopo di lucro, dalle quali si

¹⁴ Sembra interessante rilevare che nelle proprie conclusioni, l'Avvocato Generale ritiene che quelli assegnati in conformità della normativa regionale sul trasporto sanitario in emergenza, possano essere affidamenti di interesse transfrontaliero, perché la Regione Liguria confina con la Francia.

desume che gli affidamenti in questione continuano ad essere solo in parte esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina sugli appalti.¹⁵

Un apprezzabile tentativo di indicare al legislatore gli aggiustamenti necessari per risolvere la questione, si trova nell'ordinanza del Tar Piemonte n. 161/14 del 28 gennaio 2014, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia¹⁶. Nel richiamato provvedimento il giudice amministrativo prospetta ancora la tesi per cui, quando il meccanismo del convenzionamento risponda – come riscontrato nel caso esaminato - al rigoroso rispetto del rimborso spese, *“l'associazione stia operando al di fuori dell'ambito commerciale”*; ne discenderebbe, pertanto, la legittimità delle deroghe all'evidenza pubblica.

Inoltre, quanto al profilo soggettivo, il giudice ha rilevato che se le associazioni di volontariato sono astrattamente ascrivibili nella categoria dell'operatore economico, proprio la struttura volontaristica le colloca su un piano di difficile comparabilità, con gli ordinari operatori del mercato; infatti, poiché la maggioranza degli addetti di una associazione di volontariato non è retribuita, essa beneficerà di costi della manodopera inferiori rispetto a quelli di operatori economici a vocazione commerciale.

In ragione di questa considerazione, il Tar conclude evidenziando che residua *“un margine di compatibilità con l'ordinamento comunitario di un convenzionamento con associazioni di volontariato (che ne rispettino rigorosamente i requisiti) nell'ambito del servizio sanitario nazionale, ed a fronte di un mero rimborso spese”*; tuttavia, oltre all'onere

¹⁵ Infatti, il considerando 28 testualmente recita *“La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 «Servizi di trasporto terrestre» del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime alleggerito»). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza”*.

¹⁶ La controversia ha ad oggetto il provvedimento, con il quale la ASL To 4 ha disposto l'affidamento diretto in convenzione del servizio di trasporto dializzati, a favore delle associazioni di volontariato; anche in questo caso, il quadro normativo di riferimento è completato dalla legge regionale, la n. 38/94 che all'art. 1 prevede: *“La Regione Piemonte riconosce il valore sociale ed il ruolo dell'attività di volontariato volta alla realizzazione di finalità di natura sociale, civile e culturale, salvaguardandone l'autonomia e l'apporto originale. Promuove le condizioni atte ad agevolare lo sviluppo delle organizzazioni di volontariato, quali espressioni di solidarietà e pluralismo, di partecipazione ed impegno civile.”* Prevede poi l'art. 9: *“La Regione, gli Enti locali e gli altri Enti pubblici possono stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato Nelle convenzioni si devono individuare la tipologia dell'utenza, le prestazioni da erogare, le modalità di erogazione. 2. Le convenzioni, oltre a quanto disposto dall'articolo 7 della legge n. 266 del 1991, devono tra l'altro prevedere: ...f) le modalità di rimborso degli oneri relativi alla copertura assicurativa e delle spese documentate sostenute dall'organizzazione per lo svolgimento dell'attività convenzionata; g) le modalità di verifica dell'attuazione della convenzione anche attraverso incontri periodici tra i responsabili dei servizi pubblici e i responsabili operativi dell'organizzazione; ..”*

di verificare la genuinità di detto rimborso, si dovrebbe aggiungere quello per l'amministrazione di svolgere un previo confronto competitivo tra le offerte di più associazioni di volontariato *"onde evitare che, con lo schermo del rimborso spese, vengano comunque accollati all'amministrazione aggiudicatrice costi gestionali in verità inefficienti o non effettivamente tali"*. Detta comparazione potrebbe riguardare solo concorrenti tra loro strutturalmente omogenei includendo - ove si tratti di affidamento di interesse transfrontaliero - anche gli operatori comunitari che presentino le stesse caratteristiche previste per le associazioni nazionali di volontariato dalla normativa nazionale. Infine, per impedire quegli effetti distorsivi della concorrenza sul mercato - che potrebbero essere determinati dalla descritta disomogeneità organizzativa delle organizzazioni di volontariato, rispetto agli altri operatori economici - occorrerebbe definire più chiaramente il limite, entro il quale questi soggetti possono svolgere attività commerciali; infatti, come già rappresentato, attualmente, la normativa italiana prescrive genericamente che per questo tipo di enti le attività commerciali e produttive siano *"marginali"*.

Secondo la ricostruzione seguita nell'ordinanza, i limiti entro i quali le associazioni di volontariato possono avere accesso al mercato, potrebbero essere definiti in ristrette percentuali della attività complessivamente svolta, analogicamente rispetto a quanto prescritto dall'art. 12 nuova direttiva appalti 2004/24 per i beneficiari di legittimi affidamenti diretti (affidamenti c.d. *"in house"* o accordi tra pubbliche amministrazioni)¹⁷.

Le soluzioni proposte dal Tar Piemonte, in qualche modo, trovano fondamento nelle stesse (condivisibili) considerazioni per le quali la giurisprudenza e l'Autorità per la vigilanza sui contratti avevano ritenuto, in un primo momento, di escludere per le associazioni di volontariato la legittimazione alla partecipazione alle gare d'appalto;

¹⁷ Ai sensi del par. 1 dell'art. 24 citato affinché un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientri nell'ambito di applicazione della direttiva è necessario anche che *"b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi"*. Secondo il par. 4, poi, un contratto concluso tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando *"c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione"*.

Il par. 5 precisa anche che *"Per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b), al paragrafo 3, primo comma, lettera b), e al paragrafo 4, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile"*.

si tratta, infatti, di salvaguardare il libero gioco della concorrenza, ma anche di valorizzare il ruolo del tutto peculiare che il legislatore ha riservato alle sole associazioni di volontariato, quali principali interlocutori/collaboratori delle amministrazioni nello svolgimento delle funzioni di carattere sanitario e sociale.

In sintesi, il sistema descritto dal Tar - oltre ad una più chiara limitazione dell'accesso al libero mercato da parte delle associazioni di volontariato - prevede l'obbligatorietà di un previo confronto competitivo riservato alle associazioni di volontariato, ma comunque aperto ai soggetti omologhi di altri stati membri, sia se si tratti di affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria che quando, pur non eccedendo tale soglia, l'aggiudicazione del servizio comporti un interesse transfrontaliero.

Ove intesa in questi termini, l'ordinanza del Tar Piemonte, sebbene precedente al deposito delle conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl, sembra conforme anche alle stringenti indicazioni fornite in quest'ultimo atto, nel quale - come già ricordato - si afferma che i servizi (di trasporto sanitario) possono essere aggiudicati senza rispettare le norme dell'Unione sugli appalti pubblici *“solo quando il valore dei suddetti servizi non eccede la soglia di cui alla direttiva 2004/18 e l'aggiudicazione non comporta alcun interesse transfrontaliero”*.

Infine, si rileva che la possibilità di mantenere in questo ambito un sistema di affidamenti in qualche modo differenziato discende dall'attuale inclusione dei servizi sanitari e sociali nell'allegato IIB della direttiva 2004/18/CE, che trova continuità nel regime speciale c.d. *“alleggerito”*, previsto per i servizi sociali e gli altri servizi specifici dagli artt. 74 e ss. della nuova direttiva 24/2014.

Tutto sommato, quindi, non pare eccessivo affermare che, anche nell'attesa di un più chiaro contributo interpretativo della Corte di Giustizia, le linee direttrici di una possibile riforma devono già ritenersi tracciate.