

N. 02477/2013REG.PROV.COLL.
N. 09060/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9060 del 2012, proposto da:

Heart Life Croce Amica s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Angeletti, Stefano Cresta e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia n. 88;

contro

Azienda Sanitaria Locale Torino 1-Asl To1 in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Umberto Giardini e Alessandro Mazza, con domicilio eletto presso Carlo Marzano in Roma, via Sabotino n.45;

Croce Rossa Italiana in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

Pubblica Assistenza Croce Italia Piemonte, Croce Rossa Italiana Comitato Centrale, Croce Rossa Italiana Comitato Regionale Piemonte;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO SEZIONE I n. 01185/2012

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Torino 1-Asl To1 e di Croce Rossa Italiana;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Chirulli su delega di Vinti, Marzano su delega di Giardini e di Mazza e l'Avvocato dello Stato Ferrante Wally;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso al Tar Piemonte e successivi motivi aggiunti, la società Heart Life Croce Amica s.r.l. aveva impugnato gli atti con cui l'ASL TO1 aveva indetto una procedura di "richiesta di disponibilità al convenzionamento" per l'espletamento del servizio di trasporto pazienti dell'ASL.

La ricorrente criticava la scelta dell'Azienda Sanitaria di non bandire una pubblica gara per l'affidamento del servizio in questione e di ricorrere allo strumento della "convenzione" riservandolo alle sole associazioni di volontariato e alle associazioni della Croce Rossa Italiana operanti nella provincia di Torino, escludendo quindi le società commerciali.

La ricorrente rilevava che si trattava di un appalto di servizi per il quale vige l'obbligo, per l'amministrazione, di bandire pubbliche gare ove di valore superiore alla soglia comunitaria e che tale obbligo sussiste, sia che l'appalto venga ricompreso nell'allegato II A del codice dei contratti pubblici, quale servizio di "trasporto terrestre, sia che all'appalto venga attribuita natura

“mista” sul presupposto che esso cumuli in sé elementi del “trasporto terrestre” (di cui all’allegato II A) ed elementi dei “servizi socio sanitari” (di cui all’allegato II B, servizi esclusi dall’applicazione del codice dei contratti). In tale ipotesi si doveva attribuire rilievo, ai fini della individuazione della disciplina applicabile, al criterio della prevalenza quantitativa, criterio che sanciva la prevalenza del servizio di trasporto rispetto a quello socio-sanitario posto che il servizio non aveva ad oggetto il trasporto di emergenza con medici specializzati, ma solamente il trasporto in ambulanza di pazienti dializzati e di pazienti con la sola presenza di un autista soccorritore e di un soccorritore.

Rilevava inoltre la ricorrente che l’ammissione alla procedura di gara di Croce Rossa Italiana era illegittima dal momento che detto ente non poteva stipulare contratti “a titolo oneroso” in quanto la onerosità del contratto postula la natura imprenditoriale dell’ente, di cui, tuttavia, Croce Rossa era priva non avendo scopo di lucro e ignorando il rischio d’impresa.

Ancora la ricorrente lamentava che le operazioni di gara si erano svolte in violazione dei principi di imparzialità e di correttezza nonché dell’art. 84 d. lgs. 163/2006 e dell’art. 97 della Costituzione, dal momento che l’apertura delle buste contenenti le offerte era stata effettuata davanti a tre dipendenti dell’ASL prima della nomina della commissione di gara; tali operazioni avrebbero dovuto essere svolte dalla commissione tecnica dal momento che l’art. 84 del codice dei contratti affida ad essa lo svolgimento della totalità delle operazioni di gara con l’effetto che andava annullata l’intera procedura di gara e quindi anche l’aggiudicazione definitiva.

Si costituiva l’ASL TO1 eccependo l’inammissibilità del ricorso introduttivo, in quanto la ricorrente aveva già manifestato il proprio disinteresse all’aggiudicazione dei lotti in questione che, peraltro, la ricorrente continuava a gestire in regime di “proroga” dal 2008; in subordine, nel merito, la difesa dell’Azienda contestava la fondatezza del

ricorso con articolate deduzioni chiedendone il rigetto.

Si costituiva la Croce Rossa Italiana con il patrocinio dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino, resistendo al gravame.

Non si costituiva l'associazione di Pubblica Assistenza Croce Italia Piemonte, aggiudicataria della procedura, benché ritualmente intimata con il secondo atto di motivi aggiunti.

2. Il Tar respingeva il primo motivo con cui la ricorrente lamentava che la procedura di gara era stata limitata alle associazioni pubbliche di volontariato e alla Croce Rossa, con asserita violazione delle norme nazionali e comunitarie di settore le quali avrebbero imposto lo svolgimento di una pubblica gara aperta a tutti gli interessati.

Il Tar riteneva la censura infondata in primo luogo perché l'Amministrazione, in considerazione della particolare natura del servizio affidato, escluso dall'applicazione del codice dei contratti, non era tenuta a bandire una pubblica gara per procedere al suo affidamento, in secondo luogo perché l'Amministrazione, in ogni caso, aveva bandito quattro di gare prima di giungere all'individuazione dell'affidatario del servizio.

Osservava il Tar che l'Azienda Sanitaria non era tenuta a bandire una pubblica gara per l'affidamento del servizio, in quanto l'oggetto principale del convenzionamento era costituito dalla prestazione di servizi di natura socio-sanitaria, come si evinceva dalla circostanza che il servizio era effettuato mediante automezzi forniti di specifica dotazione sanitaria e con l'ausilio di personale appositamente addestrato al soccorso sanitario.

A ciò doveva aggiungersi il fatto che l'ASL TO 1 aveva bandite altre gare prima di giungere all'affidamento dell'appalto, andate deserte e precisamente:

- una prima procedura aperta nel 2009 (bandita con delibera n. 1110 / B04 / 09 del 29.10.2998), andata deserta;
- una seconda procedura aperta nel 2010 (bandita con delibera D.G. 1066 /

B04 / 2010 del 25.11.2001), andata anch'essa deserta;

- una procedura negoziata nel 2011 (bandita con delibera commissariale n. 172 / B04/2011 del 16.03.2011), a cui aveva partecipato anche Croce Amica s.r.l., dante causa dell'odierna ricorrente, che tuttavia aveva presentato la propria offerta solo per i lotti 1 e 2, mentre non aveva presentato alcuna offerta per i lotti 3 e 4, andati deserti (da notare che i lotti 3 e 4 erano all'epoca gestiti proprio da Croce Amica s.r.l., in regime di proroga dal 2008, e che attualmente sono gestiti, sempre in regime di proroga, dall'odierna ricorrente, avente causa da Croce Amica s.r.l.);
- infine, la procedura in esame di "richiesta di disponibilità al convenzionamento" del 2012, riservata alle sole associazioni pubbliche di volontariato e alle associazioni della Croce Rossa Italiana operanti nella provincia di Torino.

Quanto esposto evidenziava per il Tar la infondatezza della censura dal momento che l'ultima procedura menzionata, alla quale la ricorrente lamentava di non essere stata ammessa a partecipare, costituiva soltanto l'ultimo segmento di una sequenza procedimentale lunga e complessa che aveva visto, nelle sue fasi immediatamente precedenti, l'indizione di due procedure aperte e di una procedura negoziata, con il coinvolgimento diretto, in quest'ultima, della stessa ricorrente (nella sua precedente configurazione aziendale), senza che mai la stessa avesse manifestato interesse per gli specifici lotti del servizio da ultimo affidati dall'amministrazione con la procedura qui in esame.

Per il Tar quindi le doglianze della ricorrente erano pretestuose perché presumibilmente ispirate solo dall'intento di conservare il più a lungo possibile l'attuale gestione in proroga dei predetti lotti, a condizioni ritenute evidentemente più remunerative di quelle che sarebbero derivate dal nuovo affidamento.

Anche il secondo motivo con il quale la ricorrente lamentava la mancata

esclusione dalla gara di Croce Rossa Italiana per il Tar non poteva essere esaminato favorevolmente in quanto la censura non era sorretta da alcun interesse della ricorrente, sia perché Croce Rossa Italiana non si era aggiudicata la gara, sia perché l'ipotetica esclusione di Croce Rossa portava effetti solo nei confronti di detta concorrente ma non avrebbe determinato l'annullamento dell'intera procedura, come richiesto dalla ricorrente.

Il terzo motivo con il quale la ricorrente aveva sostenuto che le operazioni di gara si sarebbero svolte in violazione dei principi di imparzialità e di correttezza, nonché dell'art. 84 d. lgs. 163/2006 e dell'art. 97 della Costituzione, dal momento che l'apertura delle buste contenenti le offerte era stata effettuata da tre dipendenti dell'ASL prima della nomina della commissione di gara e non dalla commissione tecnica alla quale l'art. 84 del codice dei contratti affida lo svolgimento della totalità delle operazioni di gara doveva considerarsi inammissibile e comunque infondato.

Inammissibile perché la ricorrente, non avendo partecipato alla gara, non era legittimata, né aveva interesse a dedurre la violazione di regole poste a presidio dei principi di imparzialità e di trasparenza della gara, i quali sono diretti a tutelare solo i partecipanti alla gara, e non chi alla gara sia rimasto estraneo.

Infondato in quanto l'art. 84 Codice dei Contratti demanda alla commissione di gara la sola "valutazione" tecnica delle offerte, sicché nessuna violazione di legge era ravvisabile nel caso di specie in cui il seggio di gara aveva svolto compiti meramente amministrativi quale la valutazione di regolarità delle domande presentate, e cioè un'attività che non implicava attività discrezionale, restando quest'ultima riservata alla commissione di esperti.

In conclusione il Tar respingeva il ricorso ponendo a carico della ricorrente, a favore della sola ASL TO1, le spese di lite.

3. Nell'atto di appello la società deduce l'errore della sentenza reiterando

censure già dedotte in primo grado insistendo sul fatto che la società, pur essendo autorizzata, ai sensi della legge regionale n.42/92, a svolgere l'attività di trasporto infermi a mezzo di autoambulanza, era stata estromessa dalla gara per lo svolgimento di tale servizio in quanto la Azienda aveva adottato un sistema di convenzionamento per il suo svolgimento aperto alle sole associazioni di volontariato e alla Croce Rossa Italiana escludendo *ab origine* le imprese commerciali di settore.

La Azienda avrebbe mascherato dietro lo schermo formale del convenzionamento con associazioni di volontariato, un appalto di servizi da cui venivano illegittimamente escluse imprese operanti nello stesso campo economico, falsando illegittimamente il gioco della concorrenza e creando una ingiustificata disparità di trattamento tra imprese, con indebita restrizione della concorrenza in contrasto con l'art. 2 della Direttiva 2004/18/CE e con l'art. 34 del d.lgs. n.163/2006.

Sarebbe inoltre erronea la interpretazione della sentenza relativamente alla procedura *de qua* ritenuta fondata sulla prevalenza della componente socio sanitaria del servizio su quella del trasporto e la conclusione nel senso che l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B sarebbe esclusa dalla applicazione della disciplina del codice degli appalti.

Infatti, poiché il servizio in convenzionamento riguardava esclusivamente il trasporto senza alcun richiamo al servizio di soccorso e di emergenza primaria, servizio da effettuare senza equipaggiamento specifico e senza medici, ma solo con trasporto in ambulanza di pazienti dializzati e di pazienti seguiti dalle strutture sanitarie, cure domiciliari e cure palliative, con la sola presenza di un autista soccorritore e di un soccorritore, l'affidamento di tale servizio non poteva rientrare nel n.25 dell'elenco di cui all'allegato II B del codice dei contratti riguardante i servizi sanitari e sociali, ma rientrava nella disciplina dell'art. 20 co.II del d.lgs. 163/2006 a

mente del quale “gli appalti di servizi elencati nell’allegato II A, sono soggetti alle disposizioni del presente codice”.

Solo una particolare dotazione strumentale e la presenza di personale munito di specifiche competenze mediche avrebbe determinato la applicabilità dell’allegato II B n.25 riguardante i servizi sanitari e sociali.

L’appellante sottolinea che la scelta della Croce Amica di non partecipare alle precedenti procedure indette dalla Azienda Sanitaria era stata dettata dalla oggettiva impossibilità di potersi aggiudicare tale procedura per la incongruità degli importi di gara, in ogni caso diverse erano le condizioni poste nella procedura in esame rispetto a quelle previste nelle precedenti gare.

Infine la appellante insiste sulla illegittimità della ammissione alla gara della Croce Rossa e sulla erroneità delle considerazioni sul punto del Tar.

Si è costituita la Azienda Sanitaria contestando con dovizia di argomentazioni le tesi difensive sostenute nell’appello.

Si è costituita Croce Rossa Italiana con il patrocinio dell’Avvocatura Generale dello Stato insistendo per il rigetto del ricorso in appello.

Sono state depositate numerose memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 19 aprile 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

4. L’appello non merita accoglimento.

I vari motivi di appello, compreso quello iniziale, relativo all’interesse al ricorso e alla legittimazione alla proposizione del gravame, richiedono una disamina unitaria che deve prendere le mosse dall’analisi del terzo motivo nel quale la società ha speso ampie argomentazioni al fine di dimostrare che l’oggetto principale della procedura di convenzionamento di cui trattasi era rappresentato dal mero servizio di trasporto di pazienti disabili e non da servizi socio sanitari di cui all’allegato II B del d.lgs. 163/2006, con la conseguente necessità di indizione di una procedura di gara aperta a tutti gli

operatori economici del settore, a meno di non violare i principi comunitari di libera concorrenza e di *par condicio* tra imprese.

Ritiene tuttavia la Sezione che, contrariamente a quanto sostenuto nell'appello, il disciplinare tecnico posto a base della procedura di convenzionamento evidenzia la prevalente natura socio sanitaria del servizio di trasporto di pazienti dializzati rivolto a persone non deambulanti là dove, nel dettare le modalità di espletamento del servizio, impone al personale addetto al trasporto di seguire specifici corsi di formazione e aggiornamento e quindi impone il possesso di specifiche competenze in campo sanitario per potere affrontare, anche con l'ausilio di specifiche attrezzature presenti nella autoambulanza, tutte le emergenze connaturate al trasporto di persone inferme.

La nozione di servizio socio sanitario deve infatti ritenersi comprensiva di qualsiasi attività diretta a promuovere la salute psico-fisica e il benessere dei cittadini e quindi anche la assistenza ed il trasporto degli infermi; pertanto, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, non si esaurisce nel solo servizio di assistenza medica di emergenza (118), ma comprende nel suo ambito altre attività dirette a garantire in vario modo l'effettività dei principi, di rango costituzionale, solidaristici e di tutela della salute dei cittadini.

Anche la Corte di Giustizia CE ha sottolineato che i servizi pubblici di soccorso comprendono solitamente, non solo servizi di trasporto medico d'urgenza, ma anche servizi di trasporto qualificato consistenti nel trasferimento mediante veicolo sanitario, con adeguata assistenza specialistica, di persone malate, infortunate o comunque bisognose di assistenza ma la cui situazione non riveste carattere di emergenza (Corte Giustizia CE, Sez. III, 29.4.2010 n.160).

E' poi da aggiungere che la natura eminentemente socio sanitaria del servizio di trasporto di pazienti dializzati, contrariamente a quanto

sostenuto nell'atto di appello, non può mutare a seconda della consistenza numerica dei pazienti che beneficiano del servizio stesso, ma è collegata all'oggetto sostanziale del servizio da svolgere.

Correttamente quindi il Tar ha ritenuto che il carattere socio sanitario della prestazione prevalesse sul mero trasporto dovendosi dare applicazione, nel caso, al c.d. principio qualitativo di matrice comunitaria previsto dall'art. 14 co.2 del d.lgs. 163/2006, basato sulla individuazione dell'oggetto principale del contratto.

Posta quindi la prevalenza della componente socio sanitaria su quella di mero trasporto, all'appalto andava applicata la disciplina di cui all'art. 20 co. 1 del Codice contratti, il quale dispone che l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B, è in linea principio esclusa dall'applicazione della disciplina del codice dei contratti, fatta eccezione per talune norme specificamente individuate e non conferenti al caso in esame.

Può essere utile aggiungere ancora che la Corte di Giustizia CE (sentenza 17.6.1997 C-70/95) ha riconosciuto la compatibilità con il Trattato, di una legge regionale italiana che consente la istituzione in particolari settori, tra cui quello socio assistenziale, di un regime di riserva a favore di organismi *no-profit* da gestire attraverso lo strumento delle convenzioni che danno diritto al solo rimborso dei costi. Pertanto la scelta del legislatore di ricorrere alle associazioni di volontariato connotate dalla assenza di finalità di lucro è stata ritenuta, dalla giustizia comunitaria, coerente con le finalità esclusivamente sociali del servizio pubblico erogato nel particolare settore.

Conclusivamente l'amministrazione, in considerazione della non obbligatorietà della indizione di una procedura concorsuale ad evidenza pubblica, ha adottato una procedura specificatamente regolata da norme di legge regionali (art. 12 della l.r. del Piemonte 29.10.1992 n.42) che le ha consentito di ricorrere, per l'affidamento del servizio di che trattasi, allo

strumento del convenzionamento.

Si aggiunga ancora che la amministrazione ha fatto ricorso alla procedura di convenzionamento dopo altre gare andate deserte di talché emerge nei fatti, da un lato il rispetto dei principi comunitari di concorrenza, imparzialità e *par condicio*, dall'altro il disinteresse dimostrato dagli operatori del settore, tra cui la appellante, alla aggiudicazione dei servizi di che trattasi e la necessità da parte della medesima amministrazione, trattandosi di servizi socio sanitari, del ricorso ad uno strumento giuridico diverso da quello usuale della gara e cioè al convenzionamento, strumento comunque previsto dalla normativa nazionale ed anche comunitaria.

Nemmeno può trovare accoglimento il primo motivo di gravame con il quale si assume che la procedura attivata non integrerebbe un convenzionamento bensì un appalto di servizi mascherato sul rilievo che esisterebbero alcuni indici rilevatori da cui presumere la riconducibilità ad appalto di servizi della procedura (sarebbero state richieste le dichiarazioni ex art. 38 codice appalti, il DURC nonostante le associazioni dovessero impiegare solo personale volontario, il Codice Identificavo Gara, il pagamento di oneri fiscali e iva).

Ritiene la Sezione che tali c.d. indici rivelatori, lungi dal potere essere considerati elementi sintomatici per dimostrare la illegittimità della procedura in quanto elusiva di norme in materia di concorrenza, rappresentano alcuni, meri refusi derivati dalla impropria utilizzazione della documentazione già predisposta per la indizione di precedenti procedure di gara andate deserte, altri, elementi non significativi per la qualificazione della procedura. Così anche il DURC può essere richiesto alle associazioni di volontariato le quali possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure occorrenti a qualificare o specializzare l'attività da esse svolta (art. 3 co.4 l.266/1991).

La mera richiesta del Codice Identificativo Gara non consente di qualificare il rapporto convenzionale come appalto di servizi, del pari la previsione di pagamenti di oneri fiscali e dell'iva ben potrebbe essere ipotizzabile se tali oneri fossero effettivamente dovuti (cfr. art. 19 dello schema di lettera di convenzionamento).

Infondato è anche il quinto motivo con il quale la appellante lamenta la mancata esclusione dal convenzionamento della Croce Rossa.

La appellante reitera la censura dichiarata inammissibile dal Tar affermando che la mancata esclusione della Croce Rossa sarebbe idonea a riverberarsi sull'andamento dell'intera procedura sotto il profilo della violazione dei principi di parità di trattamento e di libertà di concorrenza.

Tali considerazioni non appaiono persuasive in quanto anche ad ammettere la illegittima partecipazione alla procedura da parte della Croce Rossa, la ipotetica esclusione della medesima non avrebbe comunque nessun riflesso sugli altri soggetti partecipanti dotati dei prescritti requisiti, che viceversa, nell'ipotesi di annullamento dell'intera procedura, in violazione dei principi di efficienza e economicità, imparzialità ex art. 97 Cost., vedrebbero vanificate le iniziative intraprese per partecipare alla procedura e frustata la possibilità di ottenere l'affidamento del contratto oggetto di gara.

5. In conclusione l'appello non merita accoglimento, la sentenza appellata deve essere confermata.

6. Spese ed onorari, in relazione alla peculiarità delle questioni trattate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2013 con
l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)