

Publicato il 02/02/2018

N. 01277/2018 REG.PROV.COLL.
N. 09437/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9437 del 2017, proposto da Associazione di Pubblica Assistenza di Sant'Angelo a Cupolo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Fernando Rizzo, Andrea Vadala', Irene Crisafulli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Tagliatela in Roma, via Gaspara Stampa n. 99;

contro

Azienda Regionale Emergenza Sanitaria Ares 118, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenza Di Martino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pompeo Magno n. 7;

nei confronti di

Croce Rossa Italiana - Orte, Croce Rossa Italiana - Comitato Locale Civita Castellana non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

dell'“Avviso pubblico di indizione di procedura selettiva” nonché gli atti e gli schemi di invito allegati, pubblicati sul sito Internet dell'ARES <http://www.ares.118.it/bandi-di-e-contratti.html> del 24/07/2017, avente ad oggetto “la procedura selettiva tra gli enti, le associazioni e le istituzioni di volontariato a carattere associativo, aventi la finalità di concorrere al conseguimento dei fini istituzionali del SSN di cui all'ultimo elenco approvato ad integrazione della delibera n. 343 del direttore generale del 27 novembre 2014 e successive integrazioni e modifiche” con termine di partecipazione sino al 4/09/ 2017 di durata annuale rinnovabile di un ulteriore anno per n. 44 sedi di stazionamento ed il complessivo costo massimo rimborsabile pari ad € 15.472.173,36;

nonché le precedenti delibere richiamate nell'Avviso, la n. 451 del 10.07.2017 e la n. 472 del 21.07.2017 e di ogni ulteriore atto antecedente, successivo, presupposto, consequenziale ed esecutivo rispetto agli atti impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Regionale Emergenza Sanitaria Ares 118;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2017 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato ai soggetti in epigrafe indicati in data 25 settembre 2017 e depositato il successivo 5 ottobre, parte ricorrente espone di avere partecipato ad una procedura selettiva per l'affidamento del servizio di soccorso in area extra ospedaliera, organizzato con la ripartizione dell'affidamento del servizio in complessive 44 sedi di stazionamento tutte

individuare all'interno dell'art. 2 del disciplinare di gara, per le province della Città Metropolitana di Roma, Latina, Viterbo, Rieti per 365 giorni l'anno, salvo che per due sedi, quelle di Lavinio in cui le giornate di stazionamento sarebbero state rispettivamente di 260 e di 128 giorni. Il tetto complessivo annuo di spesa/rimborso prevista è pari ad €15.472.173,36.

Ed espone ancora che l'ARES riteneva di procedere all'affidamento sulla base della deliberazione n. 52 del 24 gennaio 2014, antecedente alla riforma del codice degli appalti e sulla base di un elenco di fornitori per le attività di soccorso, formato a seguito di un bando permanente di individuazione delle associazioni e degli enti commerciali.

2. Poiché la ricorrente non è inserita in questo elenco ha pertanto ritenuto il bando immediatamente lesivo in quanto escludente e lo impugna ritenendolo in contrasto con le norme di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 deducendo le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 142 e 143 del D.Lgs. n. 50/2016 e del regolamento CE del n. 213 del 2008. Eccesso di potere per contraddizione a precetti di logica ed imparzialità. Indeterminatezza dell'oggetto contrattuale.

Con la prima censura sostiene che l'affidamento rimane indeterminato e non può in alcun modo essere fatto rientrare tra gli appalti riservati per determinati servizi in quanto non è specificata la tipologia di procedura di aggiudicazione, ai sensi dell'allegato XIV, e neppure il codice CPV di riferimento.

2) Violazione di legge per mancata integrale applicazione delle norme del d.lgs. 50 del 2016. Violazione degli articoli 35 (in combinato disposto con l'allegato IX), 142 e 143. Violazione della Direttiva 2014/24/UE. Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento dell'interesse pubblico.

Con la seconda censura fa valere che l'intera procedura, seguita dalla stazione appaltante, non appare minimamente conforme alle regole stabilite per gli appalti pubblici dal decreto legislativo n. 50/16 e in violazione delle

procedure sopra soglia comunitaria di cui all'art. 35 ed in particolare viola le disposizioni sui servizi di cui all'art. 143, laddove all'Allegato IX sono appunto previsti i servizi indicati dalla ridetta norma per i quali non può essere ristretto il mercato.

3) Violazione degli artt. 2 c. 6 del Decreto 2 dicembre 2016 , 72, 130, 140 c.4 e 142 sulla modalità di pubblicazione degli avvisi in combinato disposto con l'allegato V sulle caratteristiche relative alla pubblicazione degli avvisi.

Con il terzo mezzo contesta che la procedura è affetta da vizio assoluto di pubblicità, perché l'Avviso è stato disposto in modo non conforme a quanto espressamente previsto dall'articolo 2 c. 6 del Decreto 2 dicembre 2016, n. 72, nonché dall'allegato V relativo alle caratteristiche della pubblicazione degli avvisi. In particolare l'avviso non è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, nonostante quanto previsto dalla ridetta norma.

4) Violazione dell'articolo 3 Cost. in ordine alla illegittimità della limitazioni territoriali delle procedure di aggiudicazione. Illiceità degli elenchi formati su base regionale dall'ARES118. Eccesso di potere per errata applicazione della legge della Regione Lazio del 3 agosto 2004 n. 9 articolo 4 comma 3 lett. C, e agli artt. 1 c. 18 e 2 c. 2 septies nella parte in cui limita la partecipazione alle associazioni ad enti che siano abilitate a svolgere l'attività di soccorso in emergenza sul territorio della regione Lazio. Violazione di legge e disparità di trattamento e limitazione della concorrenza contenute nell'articolo 5 del disciplinare della procedura selettiva.

Con la quarta censura la ricorrente si duole del mancato invito a partecipare a questa procedura selettiva, anche per la preclusione contenuta nell'articolo 5 del disciplinare che richiama l'articolo 4 c.3 lett. C della legge regionale Lazio dell'agosto 2004 n. 9, sulla quale si giustificano gli elenchi regionali limitativi della concorrenza. In realtà l'art. 2 comma 18 del d.lgs. 502/92 richiamato dalla legge regionale è stato soppresso dal d.lgs. n. 229 del 1999. La nuova normativa agli artt. 1 e 2 del d.lgs. 502/92 non indica affatto al c.2 septies di istituire elenchi territoriali di associazioni di volontariato limitativi della

partecipazione alle procedure di gara anche ad altre organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 460/97.

Tale limitazione di concorrenza contenuta nel disciplinare è palesemente illegittima in quanto viola i principi di concorrenza nel settore dei servizi sociali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale e di uguaglianza dei partecipanti in una gara di interesse economico transfrontaliero.

A sostegno cita la delibera ANAC n. 32 del 2016.

5) Violazione di legge ed eccesso di potere della stazione appaltante sotto altro profilo: mancata applicazione dell'art. 95 c.3 lett. a) ovvero l'art. 142 c. 5 septies.

Col quinto mezzo l'interessata fa valere la violazione dell'art. 95, comma 3, lett. a), stante il quale "Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: ... i contratti relativi a servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, comma 1" (ossia i contratti nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto).

Conclude con istanza cautelare e per l'accoglimento del ricorso.

3. L'ARES si è costituita in giudizio con compiuta memoria.

4. Alla Camera di Consiglio del 17 ottobre 2017 il Collegio ha posto in evidenza una questione di giurisdizione e la trattazione del ricorso è stata rinviata.

5. Pervenuto il gravame alla Camera di Consiglio del successivo 6 novembre è stato nuovamente rinviato ed infine è stato trattenuto in decisione alla camera di consiglio del 1° dicembre 2017.

DIRITTO

1. Si prescinde dalle eccezioni di inammissibilità opposte dall'ARES 118 in quanto il ricorso è nel merito infondato e va pertanto respinto.

In ordine alla contestata eccezione di difetto di giurisdizione va pure rilevato che non possono essere condivise le argomentazioni offerte a sostegno della stessa da parte dell'Azienda, su impulso del giudicante, siccome rivolte a porre in evidenza la inconfigurabilità della giurisdizione del giudice amministrativo in quanto la fattispecie concreta non rientrerebbe nell'ambito applicativo della norma attributiva di giurisdizione di cui all'art. 113, comma 1 lett. e) c.p.a. che assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie insorte nella fase dell'affidamento dell'appalto con estensione della giurisdizione alla dichiarazione di inefficacia del contratto ed alle controversie risarcitorie.

Deve infatti essere osservato che la domanda posta alla base del gravame è quella di annullamento dell' "avviso pubblico di indizione di procedura selettiva", avente ad oggetto "la procedura selettiva tra gli enti, le associazioni e le istituzioni di volontariato a carattere associativo, aventi la finalità di concorrere al conseguimento dei fini istituzionali del SSN di cui all'ultimo elenco approvato ad integrazione della delibera n. 343 del direttore generale del 27 novembre 2014 e successive integrazioni e modifiche" che viene, dunque, impugnato nella misura in cui detto avviso pubblico non consente la partecipazione alle Associazioni, come la ricorrente, che non fanno parte dell'apposito Elenco regionale delle organizzazioni di volontariato della Regione Lazio.

Nella misura in cui l'avviso si configura come un atto amministrativo rivolto ad una pluralità definita di soggetti ammessi a partecipare alla procedura esso è suscettibile in ogni caso di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, non potendosi mai pretermettere che alla giurisdizione del giudice ordinario non è consentito altro che la disapplicazione degli atti amministrativi, anche regolamentari, illegittimi, a mente degli articoli 4 e 5 della L.A.C., tuttora vigenti.

2. Ciò premesso vanno in particolare contestate la prima e seconda censura, con cui parte ricorrente fa valere che l'intera procedura non appare conforme

al d.lgs n. 50 del 2016 recante il Codice degli Appalti e la quarta censura con cui l'Associazione interessata lamenta la violazione della normativa nazionale da parte della Legge della Regione Lazio n. 9 del 2004.

2.1 In realtà proprio il quadro normativo nazionale e regionale non consente di ritenere fondate le due dirimenti censure.

Anzitutto è bene precisare che sulla materia è intervenuto il legislatore nazionale con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 recante il Codice del terzo settore che all'articolo 102 ha proprio abrogato dal 3 agosto 2017 le disposizioni in base alle quali la procedura è stata effettuata dall'Azienda ed esattamente l'art. 7 della legge n. 266/1991 che ha stabilito (unitamente all'art. 30 della legge n. 383/2000) lo strumento delle convenzioni con gli organismi di volontariato (la seconda norma lo stabilisce anche per le associazioni di promozione sociale), ai fini dell'impiego nei servizi sociali, laddove per lo specifico settore sanitario ciò è consentito dall'art. 1, comma 18 del d.lgs. n. 502/1992 che reca anche la definizione di istituzioni ed organismi a scopo non lucrativo con le quali il SSN può stipulare accordi nei limiti dell'art. 8 quinquies/d.lgs. n. 502.

Quindi fermo restando che la selezione, essendo l'avviso collegato con le delibere del 451 del 10 luglio 2017 di indizione della procedura selettiva tra gli Enti e le Istituzioni di volontariato e la n. 472 del 21 luglio 2017 di rettifica della precedente, si deve svolgere ancora secondo quanto stabilito dalle disposizioni citate, laddove il d.lgs. n. 117/2017 fa riferimento alle convenzioni con gli organismi senza scopo di lucro all'art. 56, ma solo successivamente al 3 agosto 2017, se sono le disposizioni sopra riportate che quindi presiedono alla stipula delle relative convenzioni, come è quella cui si accinge l'ARES 118, per quanto concerne l'opposta applicabilità alla fattispecie del Codice degli Appalti di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, può condividersi, invece, quanto sostenuto dall'Azienda nella sua memoria di costituzione.

Va escluso cioè che al servizio in questione possa applicarsi la disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 Codice degli appalti.

La disciplina di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 50/2016 al comma 1 lett. h) esclude dall'applicazione del Codice i servizi di ambulanza forniti da organizzazioni senza scopo di lucro nell'ambito del settore difesa e protezione civile, ma non quelli di solo trasporto con ambulanza.

Nel caso in esame tuttavia la procedura non ha per oggetto l'affidamento del solo trasporto con ambulanza, per cui troverebbero applicazione, come sostenuto da parte ricorrente gli articoli 142 e 143 del Codice degli appalti, ma il servizio di soccorso sanitario in emergenza in area extraospedaliera, come emerge dal frontespizio dell'avviso pubblico.

Va infatti ripresa la distinzione di cui al considerando n. 28 della direttiva 2014/24/UE in esito alla quale è stato riscritto il Codice degli appalti con il d.lgs. n. 50 del 2016 e stante il quale: "la presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva;

-al fine di evitare che la loro esclusione vada "oltre lo stretto necessario, si dovrebbe stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto di pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi;".

E tale distinzione riporta alla distinzione sopra accennata tra servizio di soccorso mediante trasporto in ambulanza e servizio di soccorso sanitario in emergenza in area extraospedaliera da attuarsi mediante ambulanza.

Mentre il primo consiste nel servizio di trasporto ordinario di pazienti c.d. interospedaliero da una struttura ospedaliera all'altra per ragioni non connesse ad una situazione emergenziale, il servizio extraospedaliero consiste nelle attività di soccorso al di fuori dei plessi ospedalieri e consiste nel trasporto e nelle attività di prima cura del paziente che versa in una situazione emergenziale.

A questa seconda attività è rivolta la selezione bandita dall'ARES 118 e che, dunque, non pare affidabile secondo le procedure ad evidenza pubblica

secondo quanto stabilito dall'art. 17 del d.lgs. n. 50/2016, ma con convenzione, in base anche all'art. 56 e 57 del Codice del terzo settore che – ancorchè non applicabile alla fattispecie perché entrato in vigore successivamente – tuttavia ha scolpito il principio secondo cui l'individuazione delle organizzazioni di volontariato cui affidare attività o servizi sociali di interesse generale possa avvenire mediante procedure comparative destinate a concludersi con apposite convenzioni da stipularsi coi soggetti individuati e con conseguente reiezione della censura al riguardo proposta.

In sostanza la procedura è stata bandita in data antecedente alla adozione del Codice del Terzo Settore di cui al d.lgs. n. 117/2017, quindi non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, fa riferimento alla disciplina del servizio di trasporto con ambulanza in emergenza ancora vigente (l'art. 7 della legge n. 266/1991 e l'art. 30 della legge n. 383/2000) perché non abrogata dal citato d.lgs. n. 117/2017, laddove il Codice degli appalti di cui al d.lgs. n. 50/2016 ed esattamente all'art. 17 sopra citato costituisce la delimitazione relativa alla disciplina selettiva applicabile in ragione del tipo di servizio da svolgere che non è però quello del semplice trasporto in ambulanza.

2.2 Quanto sopra non consente di condividere neppure l'altra doglianza, con la quale parte ricorrente fa sostanzialmente valere di non avere potuto partecipare alla selezione, perché non risulta iscritta nell'Elenco della Regione delle organizzazioni di volontariato, laddove tale requisito costituisce una illegittima limitazione alla partecipazione alle selezioni al servizio di trasporto emergenziale ed extraospedaliero per violazione dell'art. 2, comma 2 septies del d.lgs. n. 502 del 1992, che come sostenuto dall'interessata non prevedrebbe di istituire elenchi territoriali di associazioni di volontariato limitativi della partecipazione alle procedure di gara anche delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 460/97.

La prospettazione risulta smentita dal tenore letterale del menzionato art. 2, comma 2 septies del d.lgs. n. 502 del 1992, nel testo vigente al momento in cui la selezione è stata bandita, atteso che esso prescrive espressamente che “Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 le regioni istituiscono l’elenco delle istituzioni e degli organismi a scopo non lucrativo di cui all’art. 1, comma 18”.

Quindi l’elenco in realtà era previsto dalla legislazione nazionale e la Regione Lazio peraltro ne era dotata avendo istituito un apposito “Registro regionale delle organizzazioni di volontariato” all’art. 3 della legge regionale n. 29 del 28 giugno 1993 prevedendo all’art. 11 della medesima legge regionale che “la Regione, gli enti locali e gli altri enti pubblici sub regionali, ivi comprese le aziende sanitarie locali, possono stipulare convenzioni con organizzazioni di volontariato purchè queste siano iscritte da almeno sei mesi nel registro di cui all’art. 3” articolo che riporta precisamente alla legge n. 266 del 1991, norma ratione temporis applicabile alla fattispecie, come visto sopra ed il cui articolo 6 stabilisce i requisiti dei soggetti che devono essere iscritti nell’elenco regionale di che trattasi, tra cui appunto l’assenza di fini di lucro e a prescindere dal nomen iuris che esse rivestano.

In particolare il detto articolo 3 al comma 2 della L.R. n. 29/1993 stabilisce testualmente che l’iscrizione al registro è “condizione necessaria...per stipulare le convenzioni di cui all’art. 11...”, con la conseguenza che appare vieppiù evidente che nessun criterio escludente l’ARES ha introdotto nell’avviso di selezione essendo onerata dalla applicazione della norma disciplinatrice della fattispecie al momento in cui essa è stata bandita, per come risulta, peraltro, dalla ricostruzione normativa operata nelle premesse della delibera n. 52 del 24 gennaio 2014 che stabiliva le procedure per la selezione degli organismi di volontariato disposti a collaborare con l’ente per le attività di soccorso sanitario in emergenza ed espressamente riportata nelle premesse della deliberazione n. 451 del 10 luglio 2017 di attivazione della selezione di cui è questione.

Al riguardo peraltro, come opposto dall'Azienda, la censura presenta pure un palese profilo di inammissibilità, dal momento che essendo l'Elenco permanente e suscettibile di integrazione, poiché non recava alcuna limitazione al tipo di associazione di volontariato da iscriversi, come sopra evidenziato, nulla avrebbe impedito all'interessata di partecipare ad una delle procedure di aggiornamento che si sono susseguite con delibera n. 343 del 27 novembre 2014, con delibera n. 254 del 20 aprile 2017 e da ultimo con delibera n. 400 del 28 giugno 2017.

3. La inapplicabilità del d.lgs. n. 50/2016 atteso il particolare servizio da aggiudicare agli organismi iscritti nell'apposito Elenco regionale e la disciplina normativa *ratione temporis* applicabile alla fattispecie non consentono di condividere neppure la quinta censura con cui parte ricorrente fa intendere una sorta di violazione dei principi in tema di selezione che devono presiedere alla individuazione dei soggetti con cui stipulare contratti pubblici, come è il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Anche in questo caso basta la lettura dell'art. 5 della deliberazione n. 451 del 10 luglio 2017 di indizione della procedura selettiva, articolo rubricato testualmente "Disciplinare della procedura selettiva", per non potersi considerare validamente introdotta neppure questa doglianza.

Pur avendo l'avviso pubblico per oggetto la stipula di una convenzione sottratta alla disciplina specifica recata dal d.lgs. n. 50/2016 per il servizio di trasporto con ambulanza, perché si tratta di servizio di soccorso sanitario in emergenza in area extraospedaliera, il Disciplinare recato dall'art. 5 sopra richiamato dettava una stringente disciplina sui criteri di valutazione, richiamando la nomina di una Commissione "per l'apprezzamento dell'attitudine e la capacità professionale" e fissando criteri e subcriteri con i relativi fattori ponderali di attribuzione, autolimitando quindi l'ARES il proprio potere discrezionale secondo le citate modalità, con conseguente rigetto anche della proposta quinta censura.

4. Posto che la reiezione delle quattro doglianze esaminate comporta i rivenienti effetti sull'unica non esaminata destinata peraltro ad essere travolta dalle superiori considerazioni, il ricorso va in toto respinto.

5. Le spese seguono la soccombenza e vanno assegnate come in dispositivo a favore all'ARES e compensate nei confronti degli altri soggetti evocati in giudizio, ma non costituiti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'Associazione di pubblica assistenza di Sant'Angelo a Cupolo al pagamento di euro 5.000,00 per spese di giudizio a favore di ARES 118 e per il resto le compensa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierina Biancofiore

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO