

## **Il trasporto sanitario d'urgenza tra Codice del Terzo Settore e disciplina europea. Note a margine dell'ordinanza del Consiglio di Stato, III sez., 18 gennaio 2021, n. 536**

Chiara Castaldo<sup>1</sup>

*(Abstract)*

*Il Consiglio di Stato, III sezione, con l'ordinanza n. 536 del 2021 ha sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di valutare la compatibilità con la direttiva 2014/24/UE dell'art. 57, d. lgs. 117 del 2017, relativo all'affidamento diretto in via prioritaria da parte delle amministrazioni alle organizzazioni di volontariato del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. L'ordinanza costituisce un'occasione per ripercorrere le tappe salienti di un percorso normativo e giurisprudenziale che ha portato all'inquadramento di tale servizio tra i settori esclusi dall'ambito di applicazione della normativa europea in tema di appalti pubblici nonché per rimarcare le condizioni di legittimità dell'affidamento diretto. Non si tralascia di svolgere alcune considerazioni generali sul rapporto tra gli enti del terzo settore e le amministrazioni pubbliche, alla luce delle problematiche derivanti dall'emanazione del nuovo Codice del Terzo Settore.*

**Sommario: 1. Il rapporto tra gli enti del terzo settore e l'amministrazione nel diritto europeo. - 2. Il trasporto sanitario di emergenza e urgenza alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. - 3. I problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea sollevati dal Consiglio di Stato, III sezione, con l'ordinanza n. 536 del 2021. - 4. La nozione euro-unitaria di "organizzazione senza scopo di lucro". Alcune note critiche all'ordinanza n. 536 del 2021. - 5. Concorrenza e solidarietà: un difficile coordinamento.**

### **1. Il rapporto tra gli enti del terzo settore e l'amministrazione nel diritto europeo.**

Il difficile rapporto tra gli enti del terzo settore e l'amministrazione è frutto della sintesi di logiche e interessi contrapposti che informano a diverso titolo una disciplina normativa complessa, frammentaria e multilivello, spesso di difficile composizione e coordinamento<sup>2</sup>. La presente analisi si pone l'obiettivo di ripercorrere le tappe salienti dell'evoluzione

normativa e giurisprudenziale in materia di affidamento diretto agli enti del terzo settore, con particolare riferimento ai servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, alla luce di un recente rinvio pregiudiziale sollevato in materia dal Consiglio di Stato<sup>3</sup>.

La direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), disciplina al proprio interno anche le procedure di affidamento di appalti di servizi socio-assistenziali e sanitari, con evidente discontinuità rispetto alla previgente disciplina<sup>4</sup>.

Il diritto dell'Unione Europea viene dunque ad incidere su una materia che tradizionalmente in molti Stati membri è stata affidata al convenzionamento tra amministrazione ed enti senza scopo di lucro in un'ottica di valorizzazione delle finalità sociali normalmente perseguite nell'affidamento di tali servizi.

La crescente attenzione a livello europeo verso le modalità di affidamento dei servizi socio-assistenziali e sanitari<sup>5</sup> è stata giustificata dalla finalità di evitare che ampi settori del mercato potessero essere sottratti all'applicazione della disciplina del mercato unico e ai principi di concorrenza, libera prestazione dei servizi e libero stabilimento di cui l'Unione stessa si fa promotrice.

L'attrazione delle convenzioni tra amministrazione ed enti del terzo settore nell'ambito degli appalti pubblici è stata frutto di un processo avviato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e volto all'ampliamento della definizione di operatore economico<sup>6</sup>.

Infatti, la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto agli enti del terzo settore, evitando così lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, trova una risposta negativa ove, nonostante le peculiarità che caratterizzano tali organizzazioni - tra cui *in primis* l'assenza di uno scopo di lucro e la possibilità di beneficiare di consistenti sgravi fiscali da parte dell'ordinamento statale - si ritenga che anch'essi possano essere considerati operatori economici ai sensi della normativa europea.

Se da un lato sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006, cit.) parte della giurisprudenza aveva interpretato restrittivamente la nozione di operatore economico, negando la possibilità che le associazioni di volontariato partecipassero alle gare pubbliche<sup>7</sup>, dall'altro la Corte di Giustizia, contrariamente a tali orientamenti, ha ampliato la nozione di operatore economico riconducendovi qualsiasi persona fisica od organizzazione che esercita un'attività sul mercato, prescindendo dalla sua natura giuridica pubblica o privata, dal modello organizzativo adottato e dalla presenza o meno di uno scopo di lucro<sup>8</sup>.

Conseguentemente, l'ordinamento europeo individua una nozione funzionale più che normativa di impresa, la quale, prescindendo dalla veste giuridica e dai caratteri strutturali del soggetto, si concentra sullo svolgimento in concreto di un'attività di carattere economico, ovvero di qualsiasi iniziativa relativa alla realizzazione di beni, all'esecuzione di lavori o alla prestazione di servizi che sono astrattamente contendibili sul mercato e realizzabili da più operatori.

Nonostante la predetta inclusione dei servizi offerti dagli enti senza scopo di lucro nell'ambito di applicazione della disciplina europea sugli appalti pubblici, la direttiva 2014/24/UE individua un regime c.d. alleggerito per i servizi sociali, assistenziali e sanitari,

riconoscendo che tali categorie di servizi, *per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente trans-frontaliera e sono prestati all'interno di un particolare contesto che varianoevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali*<sup>9</sup>.

Si è dunque inteso valorizzare il connotato più strettamente economico di tali servizi, seppur temperandolo in modo da adeguare le specifiche esigenze di tutela della concorrenza agli interessi alla cura dei quali sono preposti<sup>10</sup>. Conseguentemente, in tali settori viene individuata una soglia di rilevanza comunitaria sensibilmente più elevata rispetto agli appalti dei settori ordinari<sup>11</sup> e viene riconosciuta agli Stati membri un'ampia discrezionalità nell'organizzazione della scelta dei fornitori di servizi pur nel rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e parità di trattamento. L'ampia libertà attribuita agli Stati membri comporta la possibilità di prevedere forme di affidamento diretto o altre modalità che non comportano la conclusione di contratti pubblici. È previsto inoltre che alcuni dei servizi rientranti nell'ambito di applicazione del regime alleggerito e individuati dall'art. 77 della direttiva 2014/24/UE (art. 143, d. lgs. 50 del 2016) possano essere riservati a specifiche organizzazioni aventi i requisiti individuati dalla norma, anche al fine di garantire la continuità dei servizi pubblici<sup>12</sup>.

La rilevanza a livello europeo del rilievo intrinsecamente economico dell'attività svolta dal soggetto chiamato a rapportarsi con la pubblica amministrazione incontra specifiche esclusioni per determinati servizi (art. 10 della direttiva 2014/24/UE, recepito negli stessi termini dell'art. 17, d. lgs. 50 del 2016), tra i quali rientrano anche i servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro. Le esclusioni individuate dalla direttiva necessitano di un'interpretazione tassativa, senza che sia data la possibilità di applicazione analogica<sup>13</sup>. Come riporta il considerando n. 28 della stessa direttiva, questa *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*.

L'espressa esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva europea dei servizi concernenti la difesa civile, la protezione civile e la prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, non opera per il servizio di trasporto dei pazienti in ambulanza, il quale non può dunque considerarsi settore escluso e conseguentemente verrà affidato dalle amministrazioni pubbliche secondo il regime alleggerito sopra citato<sup>14</sup>.

La disciplina europea necessita oggi di essere coordinata con la nuova disciplina degli enti del terzo settore contenuta principalmente nel d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore)<sup>15</sup>. In particolare vengono in rilievo alcune norme disciplinanti i rapporti tra gli enti senza scopo di lucro e le amministrazioni.

In primo luogo, si ponga l'attenzione alla disciplina di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento per il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore nello svolgimento di attività di interesse generale da parte delle amministrazioni (art. 55, d. lgs. 117 del 2017),

nonchè alla possibilità per le amministrazioni di sottoscrivere, esclusivamente con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato (art. 56, d. lgs. 117 del 2017).

In secondo luogo, viene in rilievo la disciplina dell'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza da parte delle amministrazioni mediante convenzione in modo diretto e in via prioritaria alle organizzazioni di volontariato (art. 57, d. lgs. 117 del 2017)<sup>16</sup>.

In via generale, si può affermare che il Codice del Terzo Settore contenga una disciplina normativa degli accordi e delle convenzioni tra gli enti senza scopo di lucro e le amministrazioni che sembra alternativa alle procedure ad evidenza pubblica, discostandosi così dalla relativa disciplina europea<sup>17</sup>. La compatibilità di tali norme con il sistema europeo come sopra delineato è stata infatti oggetto del parere n. 2502 del 26 luglio 2018 emanato dal Consiglio di Stato su richiesta dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione.

Ciò che viene in rilievo in questa sede, ai fini della nostra analisi, è l'affermazione in tale parere della piena compatibilità con la disciplina europea dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza alle organizzazioni di volontariato (art. 57, d. lgs. 117 del 2017), in quanto rientrante nell'ambito dei servizi esclusi dall'applicazione della direttiva sugli appalti pubblici (art. 10 lett. h), direttiva 2014/24/UE). Sebbene infatti secondo espressa previsione normativa il trasporto sanitario debba essere sottoposto all'applicazione della normativa europea, seppur nel regime alleggerito, l'affidamento diretto ad organizzazioni senza scopo di lucro del trasporto sanitario d'emergenza e urgenza è stato oggetto di numerose pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale ne ha valutato positivamente la compatibilità con l'ordinamento europeo.

Al contrario, in conclusione di questo paragrafo, non possiamo tralasciare di considerare che il Consiglio di Stato, nel citato parere, nutre forti dubbi di compatibilità delle restanti norme del Codice del Terzo Settore (art. 55 e 56, d. lgs. 117/2017) con la disciplina europea, affermando sostanzialmente che tali norme, pur potendo rappresentare l'esercizio della significativa libertà lasciata agli Stati dalle direttive europee nella determinazione delle norme procedurali applicabili agli appalti di servizi sociali (art. 76, dir. 24/2014/UE), soccomberanno in ogni caso ove difformi rispetto alla disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici in ossequio del principio di primazia del diritto euro-unitario<sup>18</sup>.

## **2. Il trasporto sanitario di emergenza e urgenza alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.**

L'affidamento diretto in convenzione alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza è considerato compatibile con la disciplina europea stante l'espressa esclusione normativa (art. 10 lett. h) direttiva 2014/24/UE, recepito negli stessi termini all'art. 17 lett. h) d. lgs. 50 del 2016)<sup>19</sup>.

Tale affermazione costituisce l'approdo di un lungo percorso giurisprudenziale, avviatosi prima dell'emanazione dell'attuale direttiva, attraverso il quale la Corte di Giustizia

dell'Unione Europea ha affermato la legittimità a livello euro-unitario dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza a organizzazioni senza scopo di lucro, individuandone limiti e confini in relazione all'attività oggetto di affidamento e alle finalità in concreto perseguite.

Carattere comune a tali pronunce è la disapplicazione delle regole concorrenziali in quanto ostative dell'adempimento della specifica missione attribuita agli operatori incaricati di gestire servizi di interesse generale, pur in continuità con l'orientamento precedentemente riportato secondo il quale anche l'attività prestata da enti senza scopo di lucro possa essere considerata attività economica e di conseguenza astrattamente assoggettabile alla normativa europea in materia di evidenza pubblica<sup>20</sup>. Tale affermazione di principio, tuttavia, necessita di alcune precisazioni non potendosi considerare in totale assolutezza.

La Corte di Giustizia<sup>21</sup>, infatti, ha riconosciuto che le convenzioni per l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario possano considerarsi escluse dall'applicazione della normativa europea in materia di appalti pubblici soltanto ove i pagamenti previsti da parte dell'amministrazione non superino il mero rimborso delle spese sostenute in concreto dall'affidatario. Infatti, la presenza di un sistema di rimborso spese di tipo forfettario, che renda impossibile stabilire con certezza l'eventuale superamento dei costi realmente sostenuti dall'ente senza scopo di lucro per l'erogazione del servizio, determina l'assimilazione del pagamento effettuato dall'amministrazione ad un corrispettivo e la conseguente qualificazione del contratto stipulato con l'amministrazione in termini di contratto oneroso cui deve seguire l'applicazione della relativa disciplina in materia di appalti<sup>22</sup>.

Rilevante è anche il caso *Spezzino*<sup>23</sup>, sottoposto alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato al fine di comprendere se l'affidamento diretto e in via prioritaria dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza ad associazioni di volontariato convenzionate dietro il mero rimborso delle spese effettivamente sostenute potesse ritenersi compatibile con la disciplina europea.

La Corte di Giustizia nella relativa sentenza non si è limitata a richiamare i suoi precedenti orientamenti secondo cui gli Stati membri sono titolari di un potere discrezionale per stabilire il livello di tutela della sanità pubblica e organizzare il proprio sistema di sicurezza, potere che permette dunque di considerare l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza come settore escluso dall'applicazione della normativa europea sugli appalti pubblici.

Al contrario si è premurata di sottolineare come il ricorso all'affidamento diretto e in via prioritaria ad associazioni di volontariato debba *effettivamente contribuire alla finalità sociale così come al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato. A tale riguardo è necessario che, nel loro intervento in tale contesto, le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati [...], che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri*<sup>24</sup>. Le ragioni giustificative della deroga alla disciplina a tutela della concorrenza, dunque, sono strettamente connesse con la valorizzazione dei principi costituzionali nonché dei principi di cui è espressione la normativa a tutela delle organizzazioni senza scopo di lucro.

I principi enunciati nel caso Spezzino sono stati in seguito ripresi da altre sentenze della Corte di Giustizia.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso *Casta* ove, partendo dall'assunto della legittimità dell'affidamento diretto del trasporto sanitario ad associazioni di volontariato dietro il mero rimborso delle spese, ci si è interrogati sulla necessità anche in tal caso di procedere ad una comparazione tra offerte provenienti da più operatori titolati all'affidamento diretto<sup>25</sup>. La Corte si esprime chiaramente sul punto affermando la compatibilità con il diritto europeo di un affidamento diretto di tali servizi ad associazioni di volontariato, anche in totale assenza di qualsiasi forma di pubblicità o comparazione delle offerte. Puntualizza inoltre, richiamando espressamente la sentenza emanata nel caso Spezzino, che il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola debba contribuire effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio.

Merita infine qualche considerazione un caso più recente sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania). Tale caso ha il pregio di aver specificato l'ambito di applicazione della deroga contenuta nell'art. 10, lett. h), direttiva 2014/24/UE che legittima l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, individuandone i presupposti sia soggettivi che oggettivi.

Quanto a questi ultimi, il tribunale tedesco ha sollevato il dubbio circa la possibilità che l'affidamento di tali servizi possa rientrare nell'esclusione operata dall'art. 10 lett. h) della direttiva ("servizi di ambulanza") e non nella contro-eccezione contenuta nella stessa norma stante la quale il "trasporto dei pazienti in ambulanza" debba considerarsi incluso nell'ambito di applicazione della direttiva.

La Corte<sup>26</sup> si è pronunciata sull'argomento statuendo che rientra nella deroga dell'art. 10 lett. h) direttiva 2014/24/UE *l'assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio), nonché il trasporto in ambulanza qualificato, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione, con riferimento al trasporto in ambulanza qualificato, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto.*

La deroga in commento, infatti, fa generico riferimento ai servizi di "prevenzione contro i pericoli", ovvero a situazioni connotate da emergenza, dovendosi intendere tale locuzione non necessariamente riferita ai soli pericoli aventi una dimensione collettiva ma al contrario includendo anche situazioni di pericolo per il singolo. Conseguentemente, i servizi di trasporto in ambulanza ben potranno essere ricondotti alla deroga in esame ove ricorrano situazioni di emergenza o rischi di peggioramento dello stato di salute del paziente<sup>27</sup>.

Quanto ai presupposti soggettivi, la Corte ricorda che la deroga dell'art. 10, lett. h), direttiva 2014/24/UE opera soltanto ove l'affidamento diretto venga effettuato in favore di un'organizzazione senza scopo di lucro. Come già visto in precedenza, infatti, la deroga risponde alla *ratio* di preservare il carattere particolare di tali organizzazioni, che potrebbe risultare lesa dall'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

La Corte definisce organizzazione senza scopo di lucro ai sensi di detta disposizione le organizzazioni e le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, prive di finalità commerciale, e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione o dell'associazione. A tal fine sottolinea inoltre che le organizzazioni senza scopo di lucro considerate all'art. 10, lett. h), direttiva 2014/24/UE non devono soddisfare anche le condizioni richieste per la partecipazione agli appalti riservati di servizi sanitari, sociali e culturali<sup>28</sup>.

### **3. I problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea sollevati dal Consiglio di Stato, III sezione, con l'ordinanza n. 536 del 2021.**

Il Consiglio di Stato nel parere n. 2502 del 2018 ha affermato la conciliabilità dell'art. 57, d. lgs. 117 del 2017<sup>29</sup> con la disciplina europea sulle procedure ad evidenza pubblica.

Tale norma, infatti, legittimamente prevede la possibilità di affidare direttamente e in via prioritaria i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, in quanto opera nell'ambito di discrezionalità lasciato agli Stati membri con la deroga prevista al già citato art. 10, lett. h). L'art. 57 in commento rispetterebbe inoltre le prescrizioni derivanti dall'ordinamento europeo, consentendo infatti tale affidamento diretto soltanto alle associazioni di volontariato - le quali sono istituzionalmente prive di scopo di lucro ai sensi dell'art. 4, d. lgs. 117 del 2017 - e soltanto ove garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà.

Sebbene quindi in un primo momento il Consiglio di Stato abbia ritenuto pacifica la lettura dell'art. 57, non potendosene disconoscere la legittimità quanto meno con riferimento al suo ambito di applicazione oggettiva e al suo rapporto con la disciplina europea in tema di appalti pubblici, la norma pone tuttavia un problema interpretativo con riferimento all'individuazione dei soggetti in concreto legittimati all'affidamento diretto ivi disciplinato.

L'art. 57, d. lgs. 117 del 2017, infatti, sembra limitare la possibilità di affidamento diretto del trasporto sanitario di emergenza e urgenza alle sole associazioni di volontariato. Il dubbio circa la possibilità di procedere all'affidamento anche ad altre organizzazioni prive di scopo di lucro è stato in primo luogo sollevato dalla Corte Costituzionale, che ha ritenuto *tale problema interpretativo di soluzione non univoca*<sup>30</sup>.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla presunta violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza da parte dell'art. 1 co. 5 della legge della Regione autonoma Sardegna 28 dicembre 2018, n. 48 recante forme di finanziamento per le attività rese dalle associazioni *onlus* e cooperative sociali convenzionate con il Servizio di emergenza-urgenza 118, ha affermato in via del tutto incidentale che *non è di palmare evidenza che il citato art. 57 abbia voluto limitare l'istituto convenzionale, per il servizio di emergenza e urgenza, soltanto alle organizzazioni di volontariato, come dedotto dalla parte ricorrente, restringendo così il campo degli affidatari rispetto alla ricordata normativa europea e al codice degli appalti, che includono tale servizio tra quelli per cui è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica*. Non è chiaro dunque cosa volesse intendere il legislatore prevedendo la facoltà per le pubbliche amministrazioni di affidare il servizio di

emergenza e urgenza *in via prioritaria* alle associazioni di volontariato.

Sullo stesso tema è tornato successivamente e di recente il Consiglio di Stato<sup>31</sup>, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una procedura comparativa per la stipula di una convenzione per la gestione di postazioni di ambulanze con le associazioni di volontariato in possesso dei requisiti indicati dall'art. 57, d. lgs. 117 del 2017, nella parte in cui non prevede la possibilità di partecipare a tale procedura comparativa anche in capo ad altre organizzazioni senza scopo di lucro, ed in specie alle cooperative sociali quale la ricorrente.

In questa sede il Consiglio di Stato apre nuovamente il dibattito sui presupposti necessari affinché un'organizzazione possa essere definita ente senza scopo di lucro ai sensi della normativa europea in materia di evidenza pubblica e più precisamente ai sensi dell'art. 10, lett. h), e considerando 28 della direttiva 2014/24/UE, argomentando la propria posizione proprio con riferimento alle pronunce della Corte di Giustizia intervenute sull'argomento.

Da un lato la cooperativa ricorrente lamenta il contrasto dell'art. 57, d. lgs. 117 del 2017, con la direttiva europea, in base alla quale ai fini del convenzionamento diretto dei servizi di emergenza e urgenza vi sarebbe una piena equiparazione delle cooperative sociali alle associazioni di volontariato<sup>32</sup>. Pertanto la predetta cooperativa propone appello contro la sentenza del TAR Puglia<sup>33</sup>, la quale ha rigettato il ricorso sull'assunto della presunta legittimità dell'esclusione delle cooperative sociali dall'affidamento in convenzione in considerazione del fatto che le stesse perseguono una finalità imprenditoriale ancorché caratterizzata da scopo mutualistico<sup>34</sup>.

In particolare, il Tribunale non condivide l'argomentazione proposta dalla ricorrente concernente la presunta equiparazione delle cooperative sociali alle associazioni di volontariato da parte dell'art. 10, lett. h), della direttiva. L'ordinamento europeo, infatti, secondo la ricostruzione effettuata dal giudice di prime cure anche alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia intervenute sull'argomento, pone l'accento esclusivamente sulla necessità di una effettiva valorizzazione delle finalità sociali perseguite dalle organizzazioni senza scopo di lucro, senza necessariamente porre sullo stesso piano organizzazioni aventi struttura e finalità differenti.

Anche l'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani, appellata, costituitasi in giudizio davanti al Consiglio di Stato, ha sostenuto la necessità di rigettare il ricorso dell'appellante sulla considerazione per cui la normativa europea si limiterebbe a definire l'ambito oggettivo di esclusione di taluni affidamenti di servizi dalla disciplina europea in materia di appalti, senza comportare in alcun modo una equiparazione tra associazioni di volontariato e cooperative sociali.

La limitazione soggettiva operata dall'art. 57, d. lgs. 117 del 2017, analogamente alla limitazione soggettiva contenuta nel precedente art. 56, consiste in una scelta politica frutto di valutazioni discrezionali del legislatore che esprimono un *favor* per determinate forme di organizzazioni senza scopo di lucro sulla base della loro natura. In particolare, le associazioni di volontariato non svolgono attività di impresa ma attività basata sul carattere volontario, spontaneo e gratuito dell'operato degli associati, priva di ogni connotato di lucro anche indiretto e che realizza il principio di solidarietà<sup>35</sup>.

Dinnanzi a simili tesi contrapposte, il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover sollevare rinvio



pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nei seguenti termini: *se l'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24 UE - e con esso il "considerando" 28 di tale direttiva - osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato [...] senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative.*

Nell'individuare le ragioni del rinvio pregiudiziale, il giudice *a quo* si sofferma sulla possibilità di qualificare le cooperative sociali quali enti senza scopo di lucro nonché sulla questione interpretativa già sollevata dalla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 255 del 2020 in relazione all'affidamento "in via prioritaria" alle sole associazioni di volontariato.

In particolare, il Consiglio di Stato non tralascia di prendere in considerazione le pronunce della Corte di Giustizia intervenute sull'argomento. Da un lato ritiene non dirimenti le pronunce della Corte nei casi *Spezzino* e *Casta*<sup>36</sup> in quanto riferite ad una normativa precedente l'attuale direttiva e l'emanazione del Codice del Terzo Settore. Dall'altro, richiama brevemente la sentenza *Falck Rettungsdienste GmbH*<sup>37</sup>, riprendendo la definizione di "organizzazione senza scopo di lucro" ivi individuata e affermando che a tale nozione potesse essere ricondotta anche la cooperativa sociale ricorrente, in quanto organizzazione che ha l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, è priva di finalità commerciali, e reinveste eventuali utili al fine di raggiungere il proprio obiettivo.

Il Consiglio di Stato evidenzia inoltre un assottigliamento delle differenze organizzative e statutarie tra le associazioni di volontariato e le cooperative sociali. Infatti, queste ultime, benchè disciplinate da una normativa speciale non abrogata dal Codice del Terzo Settore (l. 8 novembre 1991, n. 318, *Disciplina delle cooperative sociali*), sono qualificate ai sensi dell'art. 4, d. lgs. 117 del 2017, quali enti del terzo settore costituiti per il perseguimento di finalità civili, solidaristiche e di utilità sociale.

Infine, così come è ammesso che le associazioni di volontariato assumano lavoratori dipendenti o si avvalgano di prestazioni di lavoro autonomo nei limiti necessari al loro regolare funzionamento e comunque in misura non superiore al 50% del numero dei volontari (art. 33, d. lgs. 117 del 2017), anche le cooperative sociali possono avvalersi di volontari entro lo stesso limite numerico (art. 2, l. 381 del 1991).

Il Consiglio di Stato, oltre alle ragioni sopra richiamate che possono consentire un'equiparazione delle cooperative alle associazioni di volontariato al fine di legittimarne la partecipazione all'affidamento diretto per i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, richiama ragioni di ordine logico e sistematico. In particolare, *il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'assenza del fine di lucro non osta di per sé alla partecipazione agli appalti pubblici, atteso che la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116)* sembra altresì porre sullo stesso piano, ai fini della predetta partecipazione, *le cooperative sociali e le associazioni di volontariato, cosicché è logico che le stesse - per identità di ratio - siano collocate sullo stesso piano anche quando si tratti di prevedere per esse, in relazione a taluni servizi, un regime di favor, con esonero dall'assoggettamento alle regole sull'evidenza pubblica.*

Il Consiglio di Stato procede nella sua argomentazione affermando l'impossibilità di aderire alla tesi sostenuta dal Tribunale pugliese, il quale distinguendo nettamente tra ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della norma europea in commento non ha ritenuto che fosse volta ad equiparare tra loro organizzazioni quali le associazioni di volontariato e le cooperative quanto piuttosto ad individuare la legittimazione dell'esclusione nell'effettivo perseguimento di finalità sociali.

Infatti, argomenta il giudice *a quo*, lo strumento convenzionale è ammesso nelle strette maglie dell'art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24/UE, che lo limita sia dal punto di vista oggettivo, ai soli servizi di trasporto sanitario che possono qualificarsi d'emergenza, sia dal punto di vista soggettivo, alle sole organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro.

Il Consiglio di Stato giunge a simile conclusione riprendendo il problema interpretativo sollevato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 225 del 2020 e sostenendo che *lo stesso art. 57 del d.lgs. n. 117 cit. prevede la possibilità "in via prioritaria" - cioè prima dell'esperimento di una procedura di evidenza pubblica - dell'affidamento del servizio per cui è causa mediante convenzione, il che sta a dire che ove la "via prioritaria" risulti per qualsiasi motivo non praticabile, l'affidamento avverrà comunque tramite gara pubblica (cfr. C.d.S., Sez. III, n. 3131/2019, cit.). Ma, allora, riservare alle sole associazioni di volontariato l'affidamento mediante convenzione del servizio di trasporto sanitario d'emergenza - come fa l'art. 57 cit. - significherebbe che tutte le altre organizzazioni non lucrative, sebbene per esse il ricorso all'evidenza pubblica sia escluso dalla normativa comunitaria, possono divenire affidatarie del servizio in discorso, in base alla predetta normativa interna, solo attraverso il ricorso all'evidenza pubblica: con il che, però, l'art. 57 del Codice del Terzo settore parrebbe in contrasto con il "considerando" 28 e con l'art. 10, comma 1, lett. h), della Direttiva, limitando, per il servizio in esame, la deroga al regime dell'evidenza pubblica ad una sola delle tipologie di "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" previste dalla Direttiva stessa, cioè alle sole associazioni di volontariato<sup>38</sup>.*

#### **4. La nozione euro-unitaria di "organizzazione senza scopo di lucro". Alcune note critiche all'ordinanza n. 536 del 2021.**

Da una breve esposizione delle motivazioni del rinvio pregiudiziale sollevato con l'ordinanza n. 536 del 2021 in commento emergono alcuni dubbi in relazione ad una norma, l'art. 57 del d. lgs. 117 del 2017, che è già stata oggetto di numerose pronunce<sup>39</sup> le quali si sono soffermate sul suo rapporto con il diritto euro-unitario richiamando il consolidato orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, riportato poco sopra, secondo il quale è legittimo l'affidamento diretto a organizzazioni di volontariato di servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza ove questo realizzi effettivamente obiettivi di solidarietà sociale.

Non è in discussione - né in questa sede né nella predetta ordinanza del Consiglio di Stato n. 536 del 2021 - la possibilità di ricondurre l'art. 57, d. lgs. 117 del 2017, alla deroga contenuta nell'art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24/UE né si dubita della legittimità di forme di affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza nei limiti individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il Consiglio di Stato si interroga, invece, sullo stretto legame sussistente tra l'ambito di applicazione oggettiva di tale deroga e la relativa legittimazione soggettiva alla stipula di convenzioni con l'amministrazione in via diretta e in assenza di procedura ad evidenza pubblica.

*Infatti, al di fuori degli stretti ambiti in cui è ammesso lo strumento convenzionale, resta obbligatoria la modalità pubblicistica dell'appalto di servizi e ciò sia sul piano oggettivo, per servizi di trasporto sanitario che non possano qualificarsi come "d'emergenza" (C.d.S., Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139), sia sul piano soggettivo, visto che la deroga al regime dell'evidenza pubblica fissata dall'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE si limita alle sole "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro"<sup>40</sup>.*

Le argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato meritano di essere lette alla luce delle indicazioni che la Corte di Giustizia ha già avuto modo di fornire in altre pronunce e in particolare nel caso *Falck Rettungsdienste*<sup>41</sup>.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, infatti, legittima l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza soltanto in presenza di una effettiva contribuzione alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio, senza che possano rinvenirsi altri fini nell'organizzazione affidataria tra cui lo stesso scopo di lucro<sup>42</sup>. Ciò che in concreto rileva alla luce del diritto europeo è dunque l'assenza di un qualsiasi profitto diverso dal perseguimento degli obiettivi di solidarietà sociale.

La Corte di Giustizia ha inoltre espressamente fornito una definizione di organizzazione senza scopo di lucro ai fini dell'art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24/UE nel caso *Falck Rettungsdienste*<sup>43</sup>, individuando quali caratteri essenziali l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, di essere prive di finalità commerciali e di reinvestire eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione o dell'associazione.

Precisazioni maggiori su tale definizione possono ottenersi dalla lettura delle considerazioni presentate nella detta causa dall'Avvocato Generale<sup>44</sup>.

La nozione di organizzazione o associazione senza scopo di lucro, afferma, è sufficientemente precisa per non lasciare alcun margine di discrezionalità, così che la stessa debba essere interpretata in maniera letterale. Gli Stati membri infatti sono titolari di un certo margine di discrezionalità nello stabilire il livello di tutela della sanità pubblica e organizzare il proprio sistema di sicurezza sociale. Conseguentemente sono deputati a valutare se il ricorso a determinate forme di organizzazione, tra cui ad esempio le associazioni di volontariato, corrisponde alla finalità sociale che si intende perseguire nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario, mentre non dispongono di alcuna discrezionalità nel delimitare la definizione di "organizzazione senza scopo di lucro" ai fini della direttiva.

Ciò che rileva, dunque, non è l'astratta denominazione o struttura dell'organizzazione quanto l'assenza in concreto di un scopo di lucro, da intendersi quale intento di procurare all'organizzazione stessa o ai propri associati un profitto di qualsiasi tipo. L'attività dovrà quindi essere esercitata a mero beneficio della collettività e per l'assolvimento di compiti di interesse pubblico, in assenza di vantaggi economici di altro genere.

Prosegue l'Avvocato Generale affermando *che l'elemento distintivo di un'organizzazione o associazione senza scopo di lucro consist(e), per l'appunto, nel fatto che essa non persegue un profitto e, qualora lo ottenga in circostanze particolari - vale a dire senza averlo cercato intenzionalmente -, lo destina all'assolvimento della sua funzione sociale, nel caso di specie la prestazione di servizi sanitari di emergenza*. Non sarebbe quindi nemmeno richiesto il rispetto dei requisiti indicati all'art. 77 della direttiva 2014/24/UE che, al contrario, in alcuni casi presuppongono la distribuzione dei profitti<sup>45</sup>.

In particolare, conclude l'Avvocato Generale, la valutazione in concreto circa il perseguimento o meno di uno scopo di lucro nell'accezione appena riportata spetterà al giudice nazionale.

Sembra dunque emergere a livello europeo l'irrelevanza del *nomen iuris* o della forma organizzativa adottata dall'operatore economico al fine di individuare i soggetti legittimati a partecipare sia alle procedure ad evidenza pubblica che agli affidamenti diretti<sup>46</sup>.

La stessa Corte Costituzionale, infatti, nella già citata sentenza n. 255 del 2020, pur non potendosi pronunciare direttamente sul punto, ha affermato che non è di immediata evidenza la limitazione dell'istituto convenzionale disciplinato all'art. 57 del d. lgs. 117 del 2017 alle sole associazioni di volontariato, restringendo il campo degli affidatari come individuato dalla direttiva europea.

Salvo dunque ritenere che la Corte di Giustizia, pronunciandosi sul rinvio operato dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 536 del 2021 in commento, riconosca in capo agli Stati membri la discrezionalità di limitare l'affidamento diretto a quelle sole organizzazioni, tra gli enti *non profit*, che maggiormente garantiscono il perseguimento delle finalità sociali e solidaristiche che giustificano l'esclusione dall'applicazione della direttiva europea, è plausibile che si pronunci nel senso di un'illegittimità dell'art. 57, d. lgs. 117 del 2017, nella parte in cui limita la legittimazione al convenzionamento diretto con l'amministrazione alle sole associazioni di volontariato.

Degna di ulteriore approfondimento è poi la possibilità di qualificare le cooperative sociali quali organizzazioni senza scopo di lucro alla luce della definizione già presente a livello euro-unitario (C.G.U.E., C-465/17, cit.). Il Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 536 del 2021 si sofferma infatti lapidariamente su tale questione, mentre, al contrario, la classificazione delle cooperative sociali quali enti *non profit* non è pacifica<sup>47</sup>.

La questione è ulteriormente complicata dalla difficoltà di orientarsi in un quadro normativo estremamente frammentato. Il Codice del Terzo Settore, infatti, non rappresenta l'unica fonte normativa di riferimento per gli enti del terzo settore<sup>48</sup> e racchiude in sé realtà disomogenee che vanno da soggetti connotati da finalità solidaristiche a realtà più complesse che operano secondo metodi imprenditoriali<sup>49</sup>.

Pur aspirando ad una risistemazione della normativa sugli enti del terzo settore e ad una semplificazione del relativo regime giuridico, il Codice mantiene e in certi casi accentua gli elementi distintivi delle diverse figure che lo compongono. I soggetti destinatari della riforma non sono disciplinati da regole uniformi e viene mantenuto un assetto differenziato per le diverse organizzazioni che lo compongono<sup>50</sup>. Il legislatore non intende infatti incidere sull'uniformazione della configurazione soggettiva organizzativa del terzo settore ma sulla

specificità dell'attività svolta, come si deduce dall'art. 5 del d. lgs. 117 del 2017.

Il Codice del Terzo Settore enfatizza una certa diversità delle cooperative sociali rispetto agli altri enti del terzo settore, stabilendo che le attività di interesse generale indicate nella norma vengano esercitate in via esclusiva o principale, per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, *dagli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali* (art. 5, d. lgs. 117 del 2017).

Lo stesso Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 536 del 2021 riconosce che *si potrebbe nondimeno obiettare che le cooperative sociali non possono essere equiparate, ai fini che qui rilevano, alle associazioni di volontariato perché le prime, pur se finalizzate al perseguimento degli obiettivi dell'integrazione e promozione sociale senza scopo di lucro, producono comunque un vantaggio economico per i soggetti che ne fanno parte, mentre le seconde non attribuiscono neanche un'utilità economica indiretta agli associati (i quali prestano l'attività in modo volontario, spontaneo e necessariamente gratuito)*<sup>51</sup>.

Sulla nozione di *vantaggio economico* si gioca la possibilità di inquadrare le cooperative sociali nell'ambito della deroga contenuta all'art. 10, lett. h), direttiva 2014/24/UE.

La demarcazione tra scopo di lucro e mutualità risulta estremamente scivolosa, soprattutto ove si tenga conto che nel diritto delle imprese vengono spesso sacrificati il rigore e la chiarezza tipici delle classificazioni giuridiche, stante la poliedricità dei termini utilizzati e l'influenza su di essi delle scienze economiche e contabili. La mutualità può essere distinta dallo scopo di lucro ove si ritenga quest'ultimo una forma di remunerazione capitalistica dell'investimento effettuato; la demarcazione è di minore evidenza ove invece si ritenga lo scopo di lucro una qualsiasi utilità patrimoniale, comprensiva dei risparmi di costi e delle sovraremunerazioni di prestazioni lavorative o di prodotti che si ottengono di norma attraverso lo svolgimento di attività mutualistiche<sup>52</sup>.

La mutualità, infatti, determina un vantaggio, seppur indiretto, in capo al socio di cooperativa. Sebbene nelle cooperative sociali e a mutualità prevalente la ripartizione degli utili sia sottoposta a limiti così stringenti (art. 2514, cod. civ.) da non poter probabilmente consentire una piena individuazione di uno scopo lucrativo nelle stesse, altrettanti limiti non si rinvengono in relazione alla possibilità di attribuzione di ristorni. La giurisprudenza, infatti, è chiara nel sottolineare la distinzione ricorrente tra gli utili e i ristorni, i quali non costituiscono una forma di remunerazione del capitale bensì lo strumento per l'attribuzione ai soci del vantaggio mutualistico derivante dai rapporti di scambio intrattenuti dagli stessi con la cooperativa, e a cui conseguentemente non sono applicabili i limiti previsti per la distribuzione degli utili<sup>53</sup>.

Sebbene il Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 536 del 2021 non si sia diffusamente soffermato su tale argomento, non ha ommesso di integrare la questione oggetto di rinvio pregiudiziale in occasione di un nuovo appello proposto dalla medesima ricorrente su una questione del tutto analoga<sup>54</sup>. Conseguentemente, suggerendo nuovamente che la possibilità di affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza non debba essere limitata alle sole associazioni di volontariato dovendosi ampliare la relativa legittimazione alla luce del considerando 28, direttiva 2014/24/UE, afferma nondimeno che *sorge il dubbio se la possibilità per le cooperative, seppur parziale, disciplinata dallo statuto, di non reinvestire parte degli utili, ma di distribuirli ai soci, sotto forma di ristorni,*

*determini l'esclusione delle cooperative stesse dal novero delle associazioni senza scopo di lucro e, dunque, dal novero delle associazioni che andrebbero ricomprese tra gli affidatari dei servizi in convenzione di cui all'art. 57 D. lgs. n. 117/2017 (ove la Corte ritenesse che l'art. 57 debba prevedere una platea di soggetti affidatari più ampia dell'attuale) dovendosi considerare, alla luce del precedente della Corte sopra richiamato (sentenza "Falck" del 21 marzo 2019 in C-465/17) il reinvestimento degli eventuali utili uno degli imprescindibili requisiti di esclusione di cui all'art. 10 lett. h) della Direttiva 2014/24/UE.*

Nonostante la Corte di Giustizia dell'Unione Europea non si sia direttamente espressa sulla qualificazione delle cooperative sociali, sembra nondimeno definire chiaramente lo scopo di lucro quale intento di procurare all'organizzazione stessa o ai propri associati un profitto di qualsiasi tipo (C.G.U.E., C-465/17, cit.) e conseguentemente, ove non modifichi e integri l'orientamento già espresso, è plausibile che giunga ad escludere dall'applicabilità della deroga contenuta all'art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24/UE le cooperative sociali, ove ripartiscano ai soci ristorni correlati ad attività di interesse generale.

## **5. Concorrenza e solidarietà: un difficile coordinamento.**

L'ordinanza del Consiglio di Stato n. 536 del 2021 ha costituito in questa sede un'occasione per ripercorrere le tappe fondamentali dell'evoluzione della normativa e della giurisprudenza europea in tema di affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

In conclusione di questo breve scritto, tuttavia, è bene svolgere alcune considerazioni di più ampio respiro, al fine di sollecitare nel lettore la curiosità verso problemi ancora aperti e spesso di non agevole soluzione.

Risultano infatti evidenti le difficoltà di coordinamento tra la normativa interna riguardante gli enti del Terzo settore e la normativa di derivazione euro-unitaria sugli appalti di servizi. Tali difficoltà di coordinamento discendono da una serie di questioni che l'operatore di diritto dovrà sempre tenere a mente nella lettura e applicazione delle norme in commento.

Da un lato, infatti, l'inclusione dei servizi sociali e sanitari nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE si è posta in controtendenza rispetto al modello diffuso in molte esperienze europee volto a valorizzare le finalità sociali che connotano tali servizi<sup>55</sup>. Tale inclusione determina criticità non trascurabili ove si tenga in considerazione che nell'ambito dei servizi sociali e sanitari hanno tradizionalmente operato soggetti *non profit* che, stante le loro peculiarità, difficilmente riescono ad adattarsi alla concorrenza del mercato.

Alla tesi basata sul principio di primazia del diritto comunitario e sostenuta dal Consiglio di Stato, secondo cui *le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare, accreditamento, co-progettazione e partenariato) sono estranee al Codice dei contratti pubblici ove prive di carattere selettivo, ovvero non tese all'affidamento del servizio, ovvero ancora ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma integralmente gratuita, intesa nel rigido senso specificato supra*<sup>56</sup>, si contrappone il bilanciamento operato da parte della dottrina tra il principio di solidarietà che tradizionalmente sorregge le modalità di organizzazione dei servizi sociali e sanitari e i

principi europei di libero mercato e tutela della concorrenza.

La deroga all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica risulterebbe giustificata in presenza di un'attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza economica ed adeguatezza<sup>57</sup> e il principio di solidarietà potrebbe anche essere invocato a controllare l'espansione dell'ambito di applicazione delle procedure ad evidenza pubblica<sup>58</sup>.

Dall'altro lato, il d. lgs. 117 del 2017 non rappresenta l'unica fonte normativa di riferimento per gli enti del terzo settore e racchiude in sé realtà disomogenee che vanno da soggetti connotati esclusivamente da finalità solidaristiche a realtà più complesse che operano secondo metodi imprenditoriali<sup>59</sup>.

Una simile disomogeneità sembra non essere rilevante a livello europeo, ove al contrario si delinea una nozione unitaria di organizzazione *non profit*. Una previsione restrittiva quale quella contenuta nell'art. 57 del d. lgs. 117 del 2017 può apparire lecita soltanto ove si ritenga che l'accento posto dalla giurisprudenza europea sulle finalità sociali e solidaristiche, che tali organizzazioni perseguono e che legittimano l'esclusione dall'applicazione della disciplina in tema di appalti pubblici, possa determinare una libertà di scelta in capo agli Stati membri circa l'individuazione delle organizzazioni che maggiormente garantiscano il raggiungimento di tali finalità, al fine di affidare a tali enti *in via prioritaria* lo svolgimento di determinati servizi.

Pur potendo ritenere legittimo il dubbio sollevato dal Consiglio di Stato, è plausibile che la diversa configurazione soggettiva degli enti del terzo settore non giustifichi necessariamente l'adozione di diverse modalità di rapportarsi con la pubblica amministrazione. Appare inoltre ridondante domandarsi se le cooperative sociali possano essere considerate enti senza scopo di lucro alla luce della giurisprudenza europea già intervenuta in merito, la quale non solo ha espressamente individuato quale elemento essenziale l'assenza di un qualsivoglia profitto in capo all'organizzazione e ai suoi membri, ma ha anche posto in capo al giudice nazionale il compito di verificare in concreto la sussistenza o meno di uno scopo di lucro così definito<sup>60</sup>.

Entro queste coordinate dovranno muoversi gli operatori economici e le amministrazioni pubbliche al fine di garantire la piena valorizzazione di tutti i principi sottesi all'affidamento dei servizi socio-sanitari e di favorire il consolidamento di un'interpretazione e applicazione dell'assetto normativo in grado di garantire la certezza del diritto e l'efficienza necessarie in un settore delicato quale quello in questione.

<sup>1</sup> Dottoressa in Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Torino.

<sup>2</sup> Pellizzari S., Magliari A. (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e*

potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento*, 2019, 42.

[3](#) Cons. St., sez. III, del 18 gennaio 2021, n. 536 e Cons. St., sez. III, del 03 marzo 2021, n. 1797.

[4](#) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, recepita nel nostro ordinamento con d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Per un commento sulle innovazioni introdotte dalla nuova direttiva si rimanda a Martines F., *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 3 giugno 2015; Scarafiocca G., *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni. Innovazioni, recepimento nel diritto interno e nuovi assetti regolatori*, Relazione Seminario "Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni ed il loro recepimento - Opportunità e tutela per le PMI", Pisa, 7 luglio 2015, in *Giust.Amm.it*, IX, 2015. Sul nuovo Codice dei contratti pubblici: Chieppa R., Giovagnoli R., *Manuale di diritto amministrativo*, quinta edizione, 2020, Giuffrè; Clarich M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, seconda edizione, 2019, Giappichelli; Pajno A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, V, 2015, 1127; Giannelli A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: cronaca di una rivoluzione (solo) annunciata*, in *Nuove Autonomie*, III, 2016, 391; De Nictolis R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, V, 2016, 503.

[5](#) In generale sui servizi sociali si rimanda a: Moliterni A., *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2015, 89; Mazzeo L., *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urbanistica e Appalti*, VIII-IX, 2016, 1001; Gualdani A., *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *federalismi.it*, 6 giugno 2018; Albanese A., *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, I, 2019, 139; Caldirola D., *Servizi sociali, riforma del Terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, III-IV, 2016, 733; Cavaliere S., *Servizi sociali e principio concorrenziale*, in *dirittifondamentali.it*, II, 2020; Caranta R., *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urbanistica e appalti*, III, 2008, 293.

[6](#) Mattalia M., *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra*



*concorrenza e solidarietà*, in *Dir. Amm.*, 2016, III, 465; Sanchini F., *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, 4 maggio 2016; Ferroni M. V., *L'affidamento agli enti del terzo settore e il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, II, 2018, 1123; Mulazzani G., *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Munus*, II, 2015, 385; Doraci E., *Appalti pubblici e nozione ampia di operatore economico: la Corte di giustizia persevera*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2010, 861.

[7](#) In proposito si vedano a titolo esemplificativo Tar Campania, sez. V, 31 marzo 2008, n. 1666; Tar Veneto, sez. I, 25 giugno 2007, n. 2034; Tar Lombardia, sez. III, 18 marzo 2005, n. 612.

[8](#) C.G.C.E, sez. V, 18 giugno 1998, C-35/96; C.G.C.E., sez. VI, 23 aprile 1991, C-41/90; C.G.C.E, sez., 12 settembre 2000, C-180/98 e C-184/98; C.G.U.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08.

[9](#) Direttiva 2014/24/UE, considerando 114.

[10](#) Sanchini F., *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia*, cit.

[11](#) Il considerando 114, direttiva 2014/24/UE, giustifica l'innalzamento della soglia comunitaria sulla base dell'assunto secondo cui *i servizi alla persona con valori al di sotto di tale soglia non saranno, in genere, di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri, a meno che non vi siano indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell'Unione per i progetti transfrontalieri*.

[12](#) Direttiva 2014/24/UE, considerando 118.

[13](#) Cons. St., commissione speciale, 26 luglio 2018, n. 2052.

[14](#) Tar Veneto, sez. III, 15 ottobre 2018, n. 951; Cons. St., sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139.

[15](#) In generale per un commento sul Codice del Terzo settore si rimanda a: Caldirola D., *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *federalismi.it*, III, 2018; Ceolin M., *Il c.d. codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, I, 2018, 1; Gori L., Rossi R., *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *osservatoriosullefonti.it*, II, 2016; Bozzi L., *Il codice attuativo della riforma del Terzo settore. Profili ricostruttivi e spunti problematici*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, I, 2019, 19; Lops F. P., *Il codice del Terzo Settore. Un nuovo patto civile tra istituzioni e cittadini*, in *Vita notarile*, III, 2018, 1347.

[16](#) Sanchini F., *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia*, cit.; Vipiana P. M., *L'affidamento dei servizi socio-sanitari, con particolare riguardo ai servizi di trasporto dei malati*, in *Corti supreme e salute*, II, 2018, 357; Botteon F., *Ancora sul trasporto sanitario di emergenza e ancora perplessità: il tema del rapporto tra fonti normative*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, III, 2019, 73; Santuari A., *Il trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra principio di concorrenza e affidamento prioritario alle organizzazioni di volontariato nel diritto eurounitario e nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Sanità pubblica e privata*, III, 2019, 11; Rossi P., *Il regime non concorrenziale del servizio di trasporto sanitario nel codice del terzo settore*, in *Amministrazione in cammino*, 4 settembre 2017.

[17](#) Gori L., *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Impresa Sociale*, III, 2020, 89.

[18](#) Sul coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici e gli artt. 55 e 56 del d. lgs. 117 del 2017, nonché sulla possibilità di individuare settori estranei all'applicazione della direttiva 2014/24/UE, si vedano: Cons. St., commissione speciale, 26 luglio 2018, n. 2052; delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*, in *www.anticorruzione.it*; Pellizzari S., Magliari A. (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di*

*collaborazione e sostegno pubblico*, cit.; Ferroni M. V., *L'affidamento agli enti del terzo settore e il codice dei contratti pubblici*, cit.; Gori L., *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit.; Gili L., *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la PA*, in *Urbanistica e Appalti*, I, 2018, 15; Gualdani A., *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, cit.; Pizzolato F., *Il volontariato davanti alla Corte costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, III, 2020, 1; Formica C., *L'affidamento dei servizi sociali e l'istituto della co-progettazione: il difficile coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore nell'attesa delle nuove Linee Guida dell'ANAC*, in *Amministr@tivamente*, II, 2020, 195.

[19](#) Cons. St., commissione speciale, 26 luglio 2018, n. 2052; Cons. St., sez. III, 03 agosto 2020, n. 4905; Cons. St., sez. III, 10 luglio 2019, n. 4859; Cons. St., sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139; Cons. St., sez. III, 22 novembre 2016, n. 4902.

[20](#) Oltre alle sentenze che verranno richiamate nel prosieguo del testo, si ricordino anche: C.G.C.E., sentenza del 17 giugno 1997, C-70/95; C.G.C.E., sez. V, sentenza 25 ottobre 2001, n. 577, C-475/99, con nota di A. Argentati, *Diritti speciali ed esclusivi e regole di concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, IV, 2002, 391; C.G.U.E., sez. III, 29 aprile 2010, n. 230, C-160/08. In tale sentenza, la difesa della Repubblica Federale di Germania aveva prospettato una soluzione parzialmente diversa da quella poi adottata dalla Corte, riconducendo le convenzioni stipulate con organizzazioni senza scopo di lucro per l'attività di trasporto sanitario all'esercizio di poteri pubblici riguardanti la prevenzione e tutela della salute, con conseguente applicazione degli artt. 51 e 62 T.F.U.E. che dispensano dall'applicazione della disciplina sui servizi. Per un commento si veda Sanchini F., *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario*, cit.

[21](#) C.G.U.E., sez. III, 29 novembre 2007, n. 729, C-119/06. Per un commento si vedano: Caranta R., *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, cit.; Mattalia M., *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 1984.

[22](#) Sulla nozione di contratto oneroso C.G.U.E., sez. IV, 10 settembre 2020, C-367/2019; Cons. St., sez. V, 26 agosto 2010, n. 5659; Tar Lombardia, sez. I, 3 novembre 2011, n. 2614.

[23](#) C.G.U.E., sez. V, 11 dicembre 2014, n. 2440, C-113/13. Per un commento si vedano: Albanese A., *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma non sembra avere paura del proprio coraggio)*, in *Foro Italiano*, 2015, 152; Russo D., *Nuove tendenze nell'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ad organizzazioni del terzo settore: nota a sentenza della Corte di giustizia 11 dicembre 2014, C-113/13*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, III, 2015, 681; Colelli C., *Corte di Giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urbanistica e appalti*, IV, 2015, 377.

[24](#) C.G.U.E., sez. V, 11 dicembre 2014, n. 2440, C-113/13, punti 60 e 61.

[25](#) C.G.U.E., sez. V, 28 gennaio 2016, n. 56, C-50/14. Sebbene di scarsa rilevanza per l'analisi qui svolta, si evidenzia per completezza che il quesito sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso citato ha riguardato inoltre la necessità o meno per lo Stato membro che autorizzi le associazioni di volontariato allo svolgimento di determinate attività commerciali di fissare precisi limiti percentuali in ordine alle loro attività o risorse. La Corte, specificando che la disciplina riguardante l'esercizio di un'attività sul mercato da parte di un organismo non lucrativo rientra nella competenza legislativa nazionale, ha affermato che in ogni caso non può essere messa in tal modo in discussione la natura stessa delle associazioni di volontariato così che qualsiasi attività commerciale da queste svolta sul mercato debba considerarsi marginale rispetto all'insieme dell'attività svolta da tali associazioni. Si vedano in proposito gli artt. 5 e 6, d. lgs. 117 del 2017, cit.

[26](#) C.G.U.E., sez. III, 21 marzo 2019, n. 234, C-465/17 (*Falck Rettungsdienste GmbH and Falck A/S v Stadt Solingen*).

[27](#) Per un'applicazione delle affermazioni contenute nella pronuncia in commento si vedano: Tar Calabria, sez. I, 20 giugno 2020, n. 425; Cons. St., sez. III, 03 agosto 2020, n. 4905; Tar Veneto, sez. III, 15 ottobre 2018, n. 951.

[28](#) Art. 77, par. 2, direttiva 2014/24/UE. Più diffusamente, sulla nozione di organizzazione di lucro, si vedano le conclusioni dell'avvocato generale M. Campos Sanchez-Bordona, presentante il 14 novembre 2018 (ECLI:EU:C:2018:907), su cui ci si soffermerà in prosieguo.

[29](#) I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione (art. 57, co. 1, d. lgs. 117 del 2017).

[30](#) Corte Cost. 26 novembre 2020, n. 255, punto 5.5 del considerato in diritto.

[31](#) Cons. St., sez. III, ordinanza del 18 gennaio 2021, n. 536.

[32](#) L'art. 10, lett. h), direttiva 2014/24/UE, infatti, prevede genericamente l'esclusione dei servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli ove forniti da organizzazioni senza scopo di lucro.

[33](#) Tar Puglia, Bari, sez. II, 29 giugno 2020, n. 922.

[34](#) Il Tribunale ha escluso che la cooperativa potesse essere considerata ente senza scopo di lucro, in quanto lo scopo mutualistico perseguito comporta un vantaggio economico per gli associati, benchè indiretto. Il Tribunale argomenta inoltre *a contrario* da una previsione dello Statuto della ricorrente riproduttivo del contenuto dell'art. 2514 cod. civ. (*Requisiti delle cooperative a mutualità prevalente*), il quale disciplina l'obbligo di prevedere un divieto statutario di distribuire dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato.

[35](#) In termini simili si esprime anche altra giurisprudenza (Tar Lazio, sez. III-bis, 8 novembre 2018, n. 10809) nonchè parte della dottrina. Albanese A., *I servizi sociali nel*

*Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, I, 2019, p. 139, afferma in particolare che la limitazione soggettiva prevista all'art. 56, d. lgs. 117 del 2017, si giustifica in ragione della peculiarità che i soggetti indicati presentano rispetto agli altri enti del terzo settore, in quanto si avvalgono prevalentemente dell'attività dei propri associati e volontari ed esprimono quindi una *connotazione di tipo solidaristico più marcata rispetto agli altri enti del Terzo settore*. Sul tema si veda anche Gori L., *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit.

[36](#) Rispettivamente C.G.U.E., sez. V, 11 dicembre 2014, n. 2440, C-113/13 e C.G.U.E., sez. V, 28 gennaio 2016, n. 56, C-50/14.

[37](#) C.G.U.E., sez. III, 21 marzo 2019, n. 234, C-465/17 (*Falck Rettungsdienste GmbH and Falck A/S v Stadt Solingen*).

[38](#) Cons. St., sez. III, ordinanza del 18 gennaio 2021, n. 536, lettera E, punto 11.

[39](#) Cons. St., sez. III, 22 novembre 2016, n. 4902; Cons. St., sez. III, 28 luglio 2016, n. 3615; Cons. St. sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208; Cons. St., sez. III, 14 maggio 2019, n. 3131. Alcune di queste vengono espressamente richiamate dal Consiglio di Stato nella stessa ordinanza n. 536 del 2021.

[40](#) Cons. St., sez. III, ordinanza del 18 gennaio 2021, n. 536, lettera E, punto 11.

[41](#) C.G.U.E., sez. III, 21 marzo 2019, n. 234, C-465/17 (*Falck Rettungsdienste GmbH and Falck A/S v Stadt Solingen*).

[42](#) In particolare sul punto le già richiamate C.G.U.E., sez. V, 11 dicembre 2014, n. 2440, C-113/13 e C.G.U.E., sez. V, 28 gennaio 2016, n. 56, C-50/14. Le considerazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea prendono corpo nello stesso considerando 28 della direttiva

[43](#) C.G.U.E., sez. III, 21 marzo 2019, n. 234, C-465/17 (*Falck Rettungsdienste GmbH and Falck A/S v Stadt Solingen*).

[44](#) Conclusioni dell'avvocato generale M. Campos Sanchez-Bordona, presentante il 14 novembre 2018 (ECLI:EU:C:2018:907).

[45](#) La norma, recepita nel nostro ordinamento con l'art. 143, d. lgs. 50 del 2016, prevede la possibilità in capo agli Stati membri di attribuire alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di riservare l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per determinati servizi sanitari, sociali e culturali a organizzazioni aventi i seguenti requisiti: *a) l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1; b) i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative; c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni.*

[46](#) Sottolinea in particolare Rossi P., *Il regime non concorrenziale del servizio di trasporto sanitario nel codice del terzo settore*, cit., che la direttiva 2014/24/UE, considerando 28, delinea una nozione sostanzialmente unitaria di organismo *non profit*, individuando quale elemento dirimente l'esclusiva assenza di finalità lucrativa.

[47](#) Sulle cooperative in generale si rimanda a: Genghini L., Simonetti P., *Le società di capitali e le cooperative (Tomo II), seconda edizione*, 2015, Cedam; Campobasso G. F., *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, 2009, Utet; Cass. 8 settembre 1999, n. 9513; Cass. 4 gennaio 1995, n. 118; Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2007, n. 7646. Con specifico riferimento alle cooperative sociali, si rimanda a: Consiglio Nazionale del Notariato, *Le cooperative sociali come imprese sociali di diritto*, studio n. 205-2018/I; Santuari A., *Le cooperative sociali e lo svolgimento di attività di interesse generale tra riforma del Terzo settore e normativa regionale: il ruolo della regolazione pubblica*, in *Istituzioni del*

*federalismo*, I, 2019, 181; Arrigoni M., *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. Alcune implicazioni sistematiche*, in *Rivista delle società*, I, 2019, 79.

[48](#) In materia di cooperative sociali, infatti, vengono in rilievo, oltre al Codice del Terzo Settore, le norme contenute nel codice civile, il d. lgs. 3 luglio 2017, n. 112, (*Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106*) e la l. 8 novembre 1991, n. 381 (*Disciplina delle cooperative sociali*).

[49](#) Gori L., *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit. , il quale a sua volta richiama Albanese A., *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, cit.; Ferroni M. V., *L'affidamento agli enti del terzo settore e il codice dei contratti pubblici*, cit.

[50](#) Ferroni M. V., *L'affidamento agli enti del terzo settore e il codice dei contratti pubblici*, cit.; Caldirola D., *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, cit.

[51](#) Cons. St., sez. III, ord. 18 gennaio 2021, n. 536, lett. E, punto 7. A esemplificazione dell'obiezione riportata il Consiglio di Stato richiama Cons. St., sez. III, ord. 11 settembre 2020, n. 5313.

[52](#) Marasà G., *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese. (Riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppò)*, in *Giur. comm.*, II, 2012, 197.

[53](#) In merito tra gli altri: Cass. Civ., sent. sez. I, 8 settembre 1999, n. 9513; Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2015, n.10641; Cavallo F., *L'articolazione statutaria delle clausole sui ristorni*, in *Riv. not.*, II, 2018.

[54](#) Cons. St., sez. III, ordinanza del 03 marzo 2021, n. 1797. Tale ordinanza integra la



questione oggetto di rinvio pregiudiziale, che assume dunque il seguente tenore: *se l'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24 UE - e con esso il "considerando" 28 di tale direttiva - osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato - sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione - senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative, ivi comprese le cooperative sociali che gestiscono la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale, ai sensi dell'art. 3, comma 2, bis D.lgs 112 del 2017.*

[55](#) Sanchini F., *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia*, cit.

[56](#) Cons. St., commissione speciale, 26 luglio 2018, n. 2052.

[57](#) Mattalia M., *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, cit.; Carmina R., *L'abuso del diritto negli enti no profit*, in *Riv. not.*, III, 2015, 523.

[58](#) Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131; Gori L., *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit.; Pizzolato F., *Il volontariato davanti alla Corte costituzionale*, cit.

[59](#) Gori L., *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit., il quale a sua volta richiama Albanese A., *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, cit.; Ferroni M. V., *L'affidamento agli enti del terzo settore e il codice dei contratti pubblici*, cit.

[60](#) C.G.U.E., sez. III, 21 marzo 2019, n. 234, C-465/17 (*Falck Rettungsdienste GmbH and Falck A/S v Stadt Solingen*).