

L'affidamento dei servizi di trasporto sanitario

-
1. L'affidamento dei servizi di trasporto e il confronto con il diritto europeo
 2. Il quadro giuridico che emerge dalle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.
 3. Le tendenze più recenti del diritto europeo: una prospettiva più confortante?
 4. Le tendenze più recenti a livello nazionale: la tecnica dello struzzo?
 5. Alcune considerazioni conclusive.
-

di Alessandra Albanese, professore associato di Diritto Amministrativo,
Università degli Studi di Firenze, consulente Anpas

1. L'affidamento dei servizi di trasporto sanitario e il confronto con il diritto europeo.

Già da tempo il diritto europeo incide profondamente sulle modalità di affidamento dei servizi di trasporto sanitario ed in particolare pone in modo molto rilevante questioni che toccano i rapporti fra le amministrazioni pubbliche e le organizzazioni di volontariato in tale settore.

Dopo la sentenza del novembre 2007 della Corte di Giustizia dell'UE (CGCE 29 novembre 2007 Commissione/Italia – Regione Toscana C-119/06), che aveva considerato non conformi al diritto europeo agli accordi quadro toscani per l'affidamento diretto (senza pubblicità né gara) dei servizi di trasporto sanitario, il sistema dell'affidamento diretto dei servizi alle organizzazioni di volontariato tramite convenzione è entrato decisamente nello spettro di osservazione delle Istituzioni Europee, in specie della Commissione nella sua attività di vigilanza sul rispetto del diritto europeo.

È bene sottolineare come gli organi dell'Unione Europea non si siano attivati per caso: sia la vicenda toscana che quelle successive, marchigiana e ligure, di cui si dirà in seguito, sono state avviate da esposti inviati alla Commissione o da azioni giudiziarie, intentate da imprese interessate all'affidamento dei servizi.

Negli ultimi anni infatti l'interesse alla erogazione di servizi di trasporto sanitario da parte di soggetti esterni al mondo del volontariato, o del tutto esterni al mondo del non profit, si è decisamente accentuata, anche perché la crisi economica ha indotto molte imprese a ricercare nuovi spazi di mercato.

Nuove controversie giudiziarie hanno prospettato il problema della compatibilità con il diritto europeo di leggi regionali che prevedono come modalità prioritaria l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato, a fronte del solo rimborso.

Come si è anticipato, alla procedura di infrazione relativa agli accordi quadro della Regione Toscana hanno fatto seguito negli ultimi anni ulteriori "vertenze", che hanno messo a confronto leggi di Regioni italiane con il diritto dell'Unione Europea. Esse hanno riguardato in particolare le leggi regionali delle Marche, della Liguria e del Piemonte.

La vicenda marchigiana, fortunatamente, si è positivamente risolta senza giungere ad un processo dinanzi alla Corte di Giustizia del Lussemburgo; quella ligure invece è attualmente nella fase conclusiva del processo dinanzi alla Corte di Giustizia, a cui è stata inviata dal Consiglio di Stato con una richiesta pregiudiziale di interpretazione circa la sua conformità al diritto europeo (Consiglio di Stato. Sez. III, ordinanza n. 1195/2013).

Ultima in ordine di tempo ad essere inviata al Giudice europeo è stata la legge piemontese, con due recenti rinvii da parte del Tar Piemonte (Tar Piemonte, sez. I. ordinanza n. 161/2014 e Tar Piemonte sez. II ordinanza n. 1459/2014).

Il momento attuale è dunque denso di incertezze, legate all'attesa delle decisioni che la Corte di Giustizia riterrà di assumere e al modo in cui essa valuterà ed interpreterà la normativa regionale italiana che consente di affidare i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza alle organizzazioni di volontariato, senza una previa procedura selettiva fra i soggetti disponibili ed interessati ad erogare i servizi.

Va osservato inoltre che, pur nella omogeneità dei temi trattati e dei problemi posti, l'approccio da parte dei due giudici che hanno rinviato la questione alla Corte di Giustizia (il Consiglio di Stato e il Tar Piemonte) è molto diverso, poiché il

Consiglio di Stato appare più decisamente orientato verso un'applicazione piena delle regole europee poste a tutela della concorrenza e del mercato, laddove il Tar Piemonte nelle sue ordinanze ha cercato di evidenziare le peculiarità del modello sociale solidaristico italiano e di prospettare soluzioni che possano temperare la tutela della concorrenza con i valori dello Stato sociale, contenuti nella nostra Costituzione.

Occorre anche ricordare che le questioni proposte alla Corte di Giustizia hanno indotto significativi mutamenti nella legislazione regionale in materia di trasporto sanitario. La legge regionale marchigiana, infatti, è stata modificata proprio per evitare la procedura di infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia UE; quella toscana è stata modificata dopo la sentenza della Corte che ha riguardato i propri accordi quadro e quella ligure è stata cambiata molto recentemente, nelle more della pronuncia della Corte stessa.

La legge toscana e quella ligure hanno adottato modelli molto simili fra loro, per regolare il rapporto fra gli enti pubblici e le organizzazioni di volontariato attive nell'ambito del trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, cui affidare l'erogazione dei servizi. La valutazione di tali ultime due leggi regionali non è univoca e presenta luci ed ombre. Le due leggi regionali infatti inseriscono pienamente e stabilmente le organizzazioni del volontariato nel sistema pubblico di gestione dell'urgenza ed emergenza, alla cui definizione e gestione concorrono insieme ai soggetti pubblici competenti. Se da un lato ciò consente di rendere chiari il ruolo e l'importanza delle organizzazioni di volontariato nell'ambito dei servizi del trasporto sanitario di emergenza, dall'altro tuttavia finisce con inglobarli totalmente nel contesto organizzativo pubblico, con conseguenze ancora non del tutto chiare

dal punto di vista giuridico. Altrettanto incerto appare inoltre l'impatto che tale scelta legislativa può determinare sulla libertà organizzativa e sulla autonomia progettuale delle organizzazioni di volontariato, quindi in definitiva quanto essa sia effettivamente rispettosa della loro identità di soggetti privati, caratterizzati da una impostazione solidaristica.

È bene peraltro aver presente che il problema del contenzioso sulla compatibilità col diritto europeo dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato non è solo italiano. In situazioni molto simili a quelle delle nostre Regioni si sono trovati infatti, ad esempio, anche molti *Länder* tedeschi, rispetto ai quali nel 2010 la Corte di Giustizia ha pronunciato una sentenza di condanna per l'affidamento senza gara di servizi di trasporto sanitario ad organizzazioni senza scopo di lucro. È opportuno sottolineare tale comunanza, perché rende evidente come le decisioni che la Corte di Giustizia andrà ad assumere nelle controversie italiane saranno rilevanti anche ai fini delle scelte normative di altri paesi europei.

In altri termini, il problema del rapporto fra settore pubblico e organizzazioni di volontariato, almeno in relazione agli ambiti di intervento di cui qui ci stiamo occupando, impone pertanto una riflessione approfondita sul temperamento fra concorrenza e solidarietà in Europa; fra tutela dei diritti economici e tutela dei diritti sociali.

A questo riguardo non si deve peraltro trascurare il fatto che i Trattati dell'Unione Europea contengono numerose disposizioni che indicano in modo molto netto fra gli obiettivi dell'Unione stessa la coesione sociale.

2. Il quadro giuridico che emerge dalle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

I documenti conclusivi della Conferenza di organizzazione Anpas del marzo 2011 e del Congresso Anpas del dicembre dello stesso anno indicavano, con riferimento all'affidamento dei servizi di trasporto sanitario, i punti fermi ricavabili dal quadro giuridico di quel momento. Alcuni di essi sono stati messi ora in discussione.

Il quadro attuale – tanto quello del diritto nazionale quanto quello europeo – è molto più incerto e in movimento, con tutta la negatività dell'incertezza, ma anche con tutte le opportunità offerte dalle situazioni di mutamento. Tuttavia alcuni aspetti possono essere considerati come dati acquisiti, mentre altri sono ancora in via di definizione.

Può essere utile ricordare brevemente quali sono i profili giuridici più significativi e costanti su cui si sono fondate, fin dalla sentenza del 2007 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea relativa agli accordi quadro stipulati dalla Regione Toscana, le tensioni fra diritto interno e diritto europeo sull'affidamento dei servizi di trasporto sanitario, per indicare poi quali sono gli aspetti di cambiamento intervenuti negli ultimi anni e quali le questioni ancora aperte, dal punto di vista giuridico, rispetto alla situazione esaminata tre anni fa.

Si può partire dai dati acquisiti e consolidati:

a) per la Corte di Giustizia della Unione Europea “*costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato*” (principio affermato dalla Corte nella sentenza Pavlov/2000 e in varie sentenze successive);

b) viene inoltre qualificato come “*impresa*” qualunque soggetto che svolga una attività che può essere definita economica alla stregua della definizione precedentemente data (“*la nozione di impresa*

abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento”).

c) pertanto, secondo la giurisprudenza della Corte Europea (ormai costante sul punto dalla fine degli anni '90) anche le organizzazioni di volontariato possono essere qualificate come imprese ai fini dell'applicazione delle norme contenute nelle direttive europee relative alle procedure di affidamento di servizi (direttiva appalti n. 18/2004). A questo fine non è rilevante la loro natura non profit, che non è un impedimento quindi neppure per la possibilità della loro partecipazione a gare di appalto;

d) la conseguenza dei principi precedentemente elencati è che le organizzazioni di volontariato possono partecipare alle gare se svolgono attività considerate economiche alla stregua della definizione europea.

Ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nelle sue sentenze si sono ormai pienamente adeguati anche i giudici amministrativi nazionali (i Tar e il Consiglio di Stato), che precedentemente invece escludevano che le organizzazioni di volontariato “per la loro natura” potessero partecipare alle gare di appalto. Oggi la legge sul volontariato 266/1991 non è più considerata di impedimento al fatto che le organizzazioni partecipino a gare di selezione per l'affidamento di servizi; anzi, viene considerato discriminatorio rispetto al diritto europeo impedirglielo.

Del resto si deve considerare che la nozione di impresa precedentemente descritta (alla lettera b) viene ormai applicata dalla Corte di Giustizia anche agli enti pubblici (ad esempio alle università o ai consorzi pubblici), anch'essi abilitati a partecipare a gare di appalto bandite da altri enti pubblici o privati. Ciò che rileva è quindi esclusivamente l'attività (econo-

mica) svolta e non il tipo di soggetto giuridico che la svolge.

Alla luce della definizione di attività economica vista prima (alla lettera a), secondo le sentenze della Corte di Giustizia, l'attività di trasporto sanitario è considerata come rilevante dal punto di vista economico.

Sono necessarie tuttavia alcune specificazioni. Infatti nella erogazione dei servizi di trasporto sanitario vi è la compresenza di attività riferibili al servizio di “trasporto terrestre” in senso stretto, considerato attività pienamente economica, insieme ad attività riferibili ai servizi di tipo sanitario, connotati invece anche da valenze sociali. Diventa essenziale, anche se in alcuni casi problematico, valutare qual è l'attività prevalente nei vari tipi di servizio di trasporto sanitario.

La Corte di Giustizia ha distinto a tale riguardo il trasporto sanitario “ordinario” (che non necessita cioè di prestazioni assistenziali qualificate anche quando è svolto in ambulanza e che non viene svolto in situazioni di urgenza), che è considerato attività pienamente economica, per cui i relativi servizi sottostanno integralmente all'applicazione della direttiva europea sugli appalti (recepita in Italia dal codice dei contratti pubblici, D.Leg. vo 163/2006), dal trasporto prevalentemente sanitario (in primo luogo di urgenza ed emergenza e comunque svolto con la presenza di personale sanitario qualificato), considerato un servizio a carattere prevalentemente sociale, a cui non si applicano quindi tutte le regole europee relative alle gare di appalto (ma solo alcuni principi, posti a garanzia della pubblicità e trasparenza degli affidamenti dei servizi).

La differenza appena descritta (che, come si è detto, non sempre è del tutto agevole da tracciare) è diventata ancor più rilevante nella prospettiva della nuova regolamentazione degli appalti, emanata proprio quest'anno dall'Unione Europea, ma che deve ancora essere recepita a livello nazionale. L'Unione Euro-

pea (Commissione e Parlamento) hanno infatti approvato ad aprile scorso una nuova direttiva sugli appalti di servizi, nella quale si tiene conto della peculiarità e dell'importanza dei servizi a carattere sociale. Vedremo in seguito quali ne sono gli aspetti più innovativi.

Occorre infine tenere in considerazione il fatto che agli appalti di servizi di importo inferiore alla “soglia comunitaria” (cioè di valore inferiore, oggi, a 211.000 euro al netto di IVA) non si devono applicare tutte le regole relative alle procedure di gara previste dalla direttiva appalti, bensì solo le regole di pubblicità, trasparenza e non discriminazione fra operatori.

Anche questo aspetto è divenuto oggi più importante, perché la nuova direttiva appalti da poco emanata alza in modo significativo la soglia sotto la quale gli appalti di “servizi sociali” saranno esclusi dalle procedure selettive disciplinate dalla direttiva stessa.

Vediamo ora cosa sono secondo il diritto europeo gli “appalti di servizi”, nel cui ambito vengono fatti rientrare gli affidamenti dei servizi di trasporto sanitario, e quando deve essere applicata la normativa europea sulle procedure di gara per il loro affidamento: secondo la normativa europea (direttive 92/50 e 18/2004) l'appalto, “è un contratto **a titolo oneroso**, stipulato in forma scritta tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice”.

Perché ci sia appalto, quindi, è necessario che il prestatore di servizi venga retribuito attraverso un corrispettivo. Un problema non del tutto risolto e chiarito, tuttavia, è cosa costituisca “corrispettivo” e, conseguentemente, quando si possa dire che il contratto è a titolo oneroso e non gratuito.

Tale questione è certamente oggi la più problematica e importante ai fini della individuazione del regime giuridico da applicare agli affidamenti dei servizi di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato, che agiscono in base a rimborsi delle spese sostenute.

La sentenza del 2007 della Corte di Giustizia sugli accordi quadro della Toscana aveva infatti affermato che il mero rimborso delle spese sostenute determinava la non onerosità del contratto, che a quel punto non doveva essere considerato come appalto e pertanto non doveva essere soggetto all'applicazione delle regole della direttiva sulle procedure di gara per l'affidamento dei servizi. I servizi di trasporto sanitario erogati a fronte del **solo rimborso** delle spese sostenute potevano quindi essere affidati in convenzione diretta, secondo le regole della nostra legge 266/1991.

Tuttavia in quella occasione il giudice europeo aveva analizzato la nozione di rimborso e ne aveva specificato le caratteristiche, al fine di poter escludere che l'affidamento di servizi costituisse un contratto di appalto. I rimborsi degli accordi quadro toscani erano "preventivi e forfetari" e questo faceva ipotizzare che, non essendo documentate le spese effettivamente sostenute, potessero portare ad una sovra-compensazione dei costi rimborsati e quindi ad una remunerazione vera e propria del servizio. Per tale ragione la Corte di Giustizia UE li ha dichiarati non conformi al diritto europeo, affermando che sarebbe stata necessaria la gara per affidare i servizi di trasporto sanitario attribuiti illegittimamente in via diretta.

Dopo la sentenza del 2007 un dato sembrava tuttavia acquisito: le prestazioni di servizio fornite dalle associazioni a fronte di un rimborso successivo e documentato, non forfetario neppure in parte, potevano essere affidate in modo diretto tramite convenzione, cioè senza gara, perché i relativi accordi non dovevano essere considerati appalti. A fronte di rimborsi effettivi e successivi non si dovevano dunque applicare le procedure di selezione previste dalla direttiva europea sugli appalti.

Proprio tale certezza è stata oggi decisamente messa in discussione. La nozione di "rimborso" è stata ulteriormente ristretta (o se si preferisce quella di corrispettivo allargata) proprio dai nostri giudici amministrativi (Tar Liguria e Consiglio di Stato) nel corso della vertenza sulla legge ligure, nella quale sono state attentamente esaminate le singole voci di spesa di cui le organizzazioni di volontariato, in applicazione della legge della Liguria, ottenevano il rimborso dalla Asl in base alle convenzioni stipulate. Il Tar ha quindi affermato che anche quando le spese sono puntualmente documentate ci può essere una sovra-compensazione (e quindi una remunerazione "nascosta" del servizio) qualora possano essere rimborsati anche costi di gestione o spese continuative sostenute dalle organizzazioni di volontariato, spese cioè non direttamente riferibili alle prestazioni erogate, bensì al funzionamento dell'organizzazione stessa (i costi indiretti).

In appello il Consiglio di Stato ha ritenuto di rimettere il giudizio in via preliminare alla Corte di Giustizia, che si dovrà pronunciare tra breve su tale questione. L'attesa decisione sulla legge regionale della Liguria è divenuta tanto più importante in quanto, negli ultimi anni, la nozione di contratto "a titolo oneroso" nella giurisprudenza europea si è ancora evoluta: in alcune recenti sentenze, che non riguardano però il trasporto sanitario né le organizzazioni di volontariato, la Corte di Giustizia ha affermato infatti che devono essere considerati come appalti, in quanto contratti a titolo oneroso e non gratuito, anche quelli che prevedono l'erogazione di prestazioni a fronte della corresponsione **di meri rimborsi, limitati alle sole spese effettivamente sostenute**, con la conseguenza che, anche in quel caso, per l'affidamento dei servizi e per la scelta del contraente è necessaria la procedura di gara.

Tale nozione allargata di "contratto a titolo oneroso" sembra suscettibile di applicazione anche al settore che ci interessa, dato che l'Avvocato generale dell'UE, intervenuto nell'aprile 2014 nel processo relativo al trasporto sanitario ligure, nelle sue conclusioni preliminari alla decisione della Corte di Giustizia si è decisamente allineato a quest'ultimo orientamento.

Anche nel nostro ordinamento giuridico nazionale, peraltro, non sono mancate ulteriori prese di posizioni che tendono a considerare scorretto l'affidamento diretto di servizi alle organizzazioni di volontariato, anche a fronte di meri rimborsi spese. L'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato si è espressa già da tempo (AGCoM, segnalazione AS487 del 28 novembre 2008) nel senso che "è sempre preferibile", anche quando si tratti cioè di rimborsi in senso stretto, "anche in presenza di organizzazioni di ispirazione solidaristica, ma che svolgono comunque attività economica" (intendendo quest'ultima nel senso del diritto europeo, prima specificato), "scegliere il fornitore di servizi pubblici mediante procedure selettive".

In senso analogo si è espressa in seguito anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP, parere n.26 del 26/02/2009). Si sta facendo strada, quindi, una nozione di "onerosità" degli appalti pubblici molto diversa da quella esposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 2007 relativa al trasporto sanitario in Toscana: una nozione molto più ampia, che considera come "compenso" qualsiasi controprestazione fornita dall'amministrazione pubblica che possa arrecare un vantaggio o una utilità anche solo indiretta o mediata agli erogatori dei servizi. In definitiva, sembra quasi emergere l'idea che la stessa individuazione e definizione dei costi collegati alle prestazioni, di cui può essere chiesto il rimborso, debba essere messa in regime di concorrenza fra più soggetti.

3. le tendenze più recenti del diritto europeo: una prospettiva più confortante?

Sul fronte del diritto europeo, tuttavia, ci sono anche segnali di tipo diverso rispetto a quelli appena descritti.

In particolare, costituiscono un'importante novità le norme dedicate all'affidamento dei servizi sociali (intesi in senso ampio, comprendenti quindi anche quelli sanitari) dalla nuova direttiva sugli appalti, emanata dalla Commissione e dal Parlamento ed entrata in vigore il 16 aprile scorso. Le nuove norme infatti esprimono una maggiore consapevolezza del ruolo svolto dalle organizzazioni che operano per fini solidaristici, nonché dell'importanza dei servizi che hanno quale obiettivo quello di fornire risposte ai bisogni sociali e di salute delle persone.

Certamente non si può negare che la previsione di una parte specificamente dedicata all'affidamento dei servizi sociali nella direttiva sugli appalti significa, evidentemente, in primo luogo che essi sono "di regola" sottoposti alla normativa europea dettata a tutela della concorrenza, perché costituiscono attività economica. La direttiva, tuttavia, affronta in modo specifico anche la materia dei servizi di trasporto sanitario e prospetta, pur se in modo molto cauto (visto che ne parla nel preambolo e non nel testo degli articoli che disciplinano i servizi sociali) una distinzione fra trasporto di emergenza, che dovrebbe essere escluso dall'applicazione della direttiva se effettuato da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, e trasporto non di emergenza, anche se effettuato in ambulanza, che invece dovrebbe rientrarvi pienamente.

Il punto n. 28 del preambolo della direttiva (che costituisce la parte introduttiva della direttiva stessa, in cui vengo-

no esposti gli obiettivi e le ragioni che sono alla base dell'intervento normativo dell'UE) afferma infatti testualmente: *"La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario"*.

Ne consegue evidentemente la necessità di tenere distinti i modi di affidamento dei servizi relativi ai trasporti di emergenza da quelli relativi al trasporto sanitario "ordinario". A quest'ultimo infatti deve essere applicata in toto la normativa sugli appalti contenuta nella direttiva, che impone di affidare i servizi attraverso procedure di gara.

Del resto sia la vicenda toscana, che quella marchigiana e quella piemontese riguardavano accordi relativi all'affidamento di entrambe le tipologie di servizi di trasporto sanitario. Né è casuale, inoltre, che i legislatori delle Regioni interessate dalle controversie sorte a livello europeo abbiano successivamente modificato le proprie leggi (quello toscano e marchigiano dapprima e più recentemente anche quello ligure), differenziando la disciplina giuridica del trasporto in "emergenza/urgenza" da quella del trasporto ordinario.

Tuttavia deve essere positivamente notato anche come la nuova direttiva europea abbia previsto un regime speciale per tutti i servizi sociali (quindi anche per il trasporto sanitario ordinario), diverso da quello generale previsto per gli appalti relativi agli altri servizi a rilevanza economica; si tratta di un regime di affidamento più "leggero" di

quello generale, ma che prevede anch'esso comunque alcune forme di pubblicità e di selezione dei prestatori del servizio.

La disciplina "speciale" prevista per i servizi sociali contiene infatti alcune importanti deroghe alle regole generali sull'affidamento degli altri servizi.

La prima deroga consiste nella previsione di una "soglia" più alta di quella indicata per gli altri settori. Sono "sotto soglia" gli appalti di servizi sociali inferiori a 500.000 euro. Si tratta di una cifra più che doppia rispetto a quella di 200.000 euro prevista per le altre tipologie di servizi. Gli appalti "sotto soglia", come si è già detto precedentemente, non sono soggetti alla applicazione di tutte le disposizioni poste a tutela della concorrenza previste per gli appalti di servizi, ma solo a regole di pubblicità e non discriminazione.

Inoltre per gli appalti di servizi sociali "sopra soglia", la direttiva afferma che gli Stati, nella definizione delle procedure di affidamento degli appalti di servizi sociali, devono consentire alle amministrazioni aggiudicatrici *"di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione"* (art. 76), nonché *"le necessità di garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l'innovazione"*. Deve in ogni caso essere assicurato tuttavia il rispetto dei principi generali di pubblicità e non discriminazione.

Infine la direttiva afferma che *"gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi non avvenga unicamente sulla base del prezzo per la fornitura del servizio"*.

La norma citata fornisce certamente agli enti pubblici la possibilità di valorizzare gli elementi di tipo solidaristico e le caratteristiche specifiche che rendono l'attività dei soggetti non profit in grado di fornire un valore aggiunto sociale all'erogazione delle prestazioni.

Induce a tale valutazione anche la lettura della relazione di accompagnamento alla direttiva, che enuncia in modo esplicito la logica sottesa alle disposizioni precedentemente richiamate. Dalla relazione infatti è facile cogliere come la direttiva intenda tenere conto dell'obiettivo dell'inclusione sociale, cui concorrono anche le prestazioni che per qualità e modalità di erogazione siano in grado di rispondere ai bisogni delle persone; d'altra parte emerge anche in modo chiaro come gli organi europei riconoscano francamente che *"è apparso altresì evidente che il normale regime degli appalti non è adeguato ai servizi sociali che necessitano di un insieme di norme specifiche"* e che *"si tratta di servizi generalmente forniti in un particolare contesto, che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro, a causa delle diverse tradizioni amministrative, organizzative e culturali"* (pag. 9 della relazione).

La conclusione che la stessa relazione trae è che *"occorre dunque che gli Stati membri abbiano ampia discrezionalità nell'organizzare la scelta dei fornitori di servizi"*.

Si può quindi fondatamente ritenere che a livello europeo si stia facendo strada la consapevolezza delle peculiarità dei servizi sociali che, in quanto servizi alla persona, sono fortemente caratterizzati dalla relazionalità delle prestazioni. Si tratta tuttavia di una consapevolezza affiancata dalla altrettanto chiara considerazione del valore economico di tale tipologia di prestazioni, nonché dell'attenzione che il mercato ormai riserva loro.

La normativa dettata dalla direttiva approvata nell'aprile 2014 deve essere recepita entro due anni (entro aprile 2016) da ognuno degli Stati membri, con proprie norme nazionali. Sarà molto importante il modo in cui il nostro diritto interno darà attuazione alle disposizioni europee.

4. Le tendenze più recenti a livello nazionale: la tecnica dello struzzo?

Prima di svolgere qualche considerazione conclusiva, può essere utile esaminare anche gli aspetti di novità che emergono dal nostro diritto interno, anch'esso in evoluzione.

Dell'allineamento ormai pieno della giurisprudenza amministrativa nazionale a quella europea si è già detto. Può valere ancora la pena di sottolineare come tale nuovo orientamento dei giudici amministrativi abbia evidentemente comportato anche una rilettura della legge sul volontariato, rispetto alle interpretazioni che ne venivano date in precedenza. Ormai, né la gratuità dell'attività dei volontari, né il limite dei rimborsi delle spese effettivamente sostenute, né la marginalità delle attività commerciali svolte dalle organizzazioni costituiscono più un impedimento alla partecipazione delle associazioni di volontariato alle gare, come invece i giudici amministrativi italiani avevano per molto tempo ritenuto.

Un dato importante e nuovo su cui riflettere sono invece le proposte di riforma della legislazione relativa al Terzo Settore, delineate dapprima nelle Linee Guida presentate a maggio di quest'anno dal Governo, e successivamente tradotte,

alla fine di agosto, in un disegno di legge delega governativo, presentato al Parlamento, dopo una consultazione pubblica durata un mese.

Sul disegno di legge delega è utile in questa sede svolgere solo qualche osservazione in relazione agli aspetti che hanno rilevanza per il tema specifico di cui si sta trattando, senza entrare nel merito dell'operazione complessiva, decisamente positiva, né in quello delle disposizioni che riguardano sotto altri profili i soggetti non profit e il volontariato in particolare.

Una prima notazione riguarda l'assenza totale, nel testo normativo predisposto dal Governo, del confronto col diritto europeo. Fatta eccezione per un richiamo del tutto formale e generico al rispetto del diritto dell'Unione Europea, il disegno di legge non fa riferimento a nessuno dei problemi (assai "caldi", come si è potuto vedere) che ho precedentemente esaminato, né sembra considerare la significativa incidenza della normativa europea sulla materia che il testo di legge va a riformare.

Si può osservare, inoltre, che dal disegno di legge delega non viene affrontato il tema dell'affidamento dei servizi alle organizzazioni non profit, se non molto superficialmente. Il problema peraltro non riguarda soltanto i servizi di trasporto sanitario, ma anche molte altre tipologie di servizi sociali o socio-sanitari.

Nel disegno di legge delega vi è un unico riferimento a tale questione, che riguarda in termini indifferenziati tutti i soggetti che compongono il Terzo Settore, fra i quali invece ci sono attualmente significative differenze. La lettera o) dell'art. 2, del disegno di legge delega prevede infatti che i decreti legislativi delegati che verranno emanati dal Governo in base

alla delega dovranno "individuare criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi d'interesse generale improntati al rispetto di requisiti minimi di qualità ed impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione". Si tratta di indicazioni molto generiche e vaghe, per alcuni aspetti addirittura ovvie, prive di qualunque specificazione che consenta di delineare in modo puntuale e costruttivo i rapporti fra Terzo Settore e pubblica amministrazione in un ambito estremamente delicato e controverso.

Non si può non domandarsi se la mancanza di attenzione al confronto col diritto europeo nel disegno di legge delega per la riforma del Terzo Settore sia frutto di una precisa scelta o di una negligente omissione. La medesima domanda si potrebbe porre anche in relazione all'assenza di indicazioni specifiche sull'affidamento dei servizi pubblici alle organizzazioni di volontariato e più in generale all'assenza quasi totale di disposizioni che regolino i principi del rapporto fra pubbliche amministrazioni e Terzo Settore.

Si tratta in ogni caso di omissioni gravi. Infatti, il sostegno, la valorizzazione del Terzo Settore, il potenziamento della sua funzione per l'innalzamento dei livelli di protezione sociale – obiettivi indicati come fondamentali della legge delega – non possono essere in alcun modo realizzati se non viene fatta chiarezza anche sulle modalità del rapporto fra pubbliche amministrazioni e soggetti non profit.

Peraltro, poiché le competenze legislative nelle materie della tutela della salute e dei servizi sociali coinvolgono, pur se in modi diversi, le Regioni (non va infatti dimenticato che leggi impugnate davanti alla Corte di Giustizia sul trasporto sanitario sono tutte leggi regionali, in quanto alle regioni spetta la parte più incisiva della disciplina), è assolutamente neces-

sario che queste ultime vengano coinvolte nella definizione delle regole relative ai rapporti fra le amministrazioni pubbliche e le organizzazioni non profit, in special modo dei criteri per l'affidamen-

to dei servizi stessi.

Su tali aspetti occorrerà che il Parlamento, in sede di discussione e approvazione della riforma, integri e corregga le carenze del disegno di legge.

5. Alcune considerazioni conclusive

Non è facile prevedere quale sarà la scelta interpretativa adottata dalla Corte di Giustizia e quali le conseguenze delle sentenze con cui deciderà sulla legittimità europea delle leggi regionali della Liguria e del Piemonte sul trasporto sanitario d'emergenza. L'indicazione dell'esclusione del trasporto di emergenza dall'ambito di applicazione della normativa sugli appalti, fornita dal preambolo della nuova direttiva europea, potrà forse avere un peso "psicologico" sulla decisione del giudice europeo, anche se da un punto di vista strettamente giuridico è certo che la direttiva emanata nello scorso mese di aprile non è applicabile. Infatti le controversie relative alle leggi regionali italiane sono precedenti alla emanazione della nuova normativa europea ed inoltre quest'ultima non è ancora stata recepita a livello nazionale.

Per contro, è ormai sempre più chiaro, e la nuova direttiva ne fornisce ulteriore conferma, che gli affidamenti dei servizi di trasporto ordinario dovranno passare attraverso procedure selettive. A questo riguardo tuttavia è bene precisare che né il diritto europeo né quello interno impongono lo svolgimento di gare che tengano conto esclusivamente del valore economico del servizio. Anzi, l'art. 2 del nostro codice degli appalti (D.Lgs. 163/2006), che costituisce la traduzione nel diritto interno della direttiva dell'UE attualmente in vigore (n. 18/2004), già espressamente prevede che: "Il principio di economicità può es-

sere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile".

A questo fine, ad esempio, l'utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (piuttosto che quello del massimo ribasso) già consente di affiancare al prezzo del servizio anche altri parametri (sia di tipo organizzativo che qualitativo) che possono assumere una significativa rilevanza.

L'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si ricollega più "naturalmente" alla scelta di effettuare la selezione attraverso una procedura ristretta (in base all'art. 55 codice dei contratti), che implica comunque la valutazione di una pluralità di offerte, ma consente di calibrare più puntualmente i requisiti che sono richiesti ai concorrenti, purché chiaramente e ragionevolmente correlati alle esigenze specifiche del servizio.

La nuova direttiva europea, come si è visto precedentemente, va ancora oltre nella stessa direzione, poiché afferma, in relazione alla scelta dei prestatori di servizi sociali che questa possa avvenire "sulla base dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali" (art. 76 comma

2). Qualità e sostenibilità non devono essere intese solo in senso economico, ma vanno declinate e specificate anche in termini di valore sociale aggiunto fornito dalle organizzazioni di volontariato, per le ragioni legate alla loro impostazione solidaristica, all'attività di advocacy che svolgono, per il radicamento nel contesto culturale del territorio che connota lo svolgimento della loro attività.

Ferma restando, ovviamente, l'assoluta necessità di prevedere procedure in grado di assicurare la massima trasparenza e chiarezza circa le modalità e i contenuti dei rimborsi, nonché circa la rendicontazione delle prestazioni rese. Quest'ultimo è infatti un aspetto essenziale, su cui si giocano la credibilità e la considerazione sociale del volontariato e del suo ruolo, contribuiscono grandemente a fare crescere il sostegno collettivo al suo operato. Assai più di altre misure di tipo organizzativo, è ciò che consente di "separare il grano dal loglio", per usare le parole delle Linee Guida emanate a maggio dal Governo.

Infine, è utile evidenziare che il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea prevede che, laddove lo richiede la "missione di interesse pubblico" da raggiungere, possono essere previste dalle norme degli Stati membri deroghe alle regole dei Trattati Europei relative alla libertà di concorrenza. Tuttavia la missione di interesse pubblico deve essere resa esplicita dalle norme nazionali, che devono indicare chiaramente la ragione per cui l'applicazione delle regole concorrenziali ne impedisce il raggiungimento. Inoltre, le deroghe previste devono essere **proporzionate** al risultato da raggiungere. L'esclusione della libertà della concorrenza nell'affidamento dei servizi, pertanto, può essere un'eccezione, ma non la regola.

Entrambi i profili ricordati – le modalità di definizione dei requisiti per la selezione dei contraenti (che si riflette nella elaborazione dei bandi di gara per l'affidamento dei servizi socio-sanitari) e la previsione di eventuali deroghe alle regole europee della concorrenza attraverso atti normativi (leggi statali e regionali) o amministrativi, allo scopo di garantire la missione di interesse pubblico del servizio - implicano quindi una forte consapevolezza dei propri compiti e della propria funzione da parte degli enti pubblici.

In altri termini, è necessario che gli enti pubblici e gli apparati amministrativi svolgano fino in fondo il proprio ruolo nella definizione degli obiettivi di interesse pubblico, rendendo chiaro se e perché la scelta delle organizzazioni di volontariato è più idonea a raggiungerli.

Le procedure di scelta dei soggetti a cui gli enti pubblici debbono affidare l'erogazione delle prestazioni dei servizi hanno infatti due diverse funzioni, entrambe estremamente importanti, ma che non devono essere sovrapposte. La prima è quella di garantire la trasparenza, l'imparzialità e l'efficienza delle amministrazioni, garanzie che riguardano tanto la legittimità dell'azione amministrativa e l'effettiva congruità delle scelte compiute dagli apparati amministrativi rispetto all'interesse pubblico da raggiungere, quanto la verifica dei costi, per una efficace gestione del danaro pubblico. La seconda funzione, cui sono più attente le istituzioni europee, è quella di assicurare tutela alla concorrenza.

I due profili sono evidentemente collegati fra loro, innanzitutto perché la competizione fra più concorrenti dovrebbe garantire anche una maggiore efficienza ed inoltre perché la gestione dei costi va ad incidere sul rispetto complessivo dei vincoli di bilancio, cui sono tenute tutte

le amministrazioni pubbliche ai fini del rispetto dei parametri europei.

Ma tali collegamenti non devono far perdere di vista la distinzione fra le due diverse esigenze cui rispondono le procedure di selezione, né tantomeno deve far dimenticare l'obiettivo di fondo: le amministrazioni pubbliche devono curare l'interesse pubblico. La libertà di concorrenza deve essere garantita, ma contemporandola con la necessità di perseguire gli obiettivi di interesse pubblico. L'obiettivo di interesse pubblico, nell'ambito di cui ci stiamo occupando, è innanzitutto la possibilità di fornire risposte ai bisogni individuali di salute e assistenza, in un'ottica di garanzia sociale. A questo sono preordinati i servizi sanitari e sociali, di cui non deve essere snaturata la funzione.

È bene ricordare infine che proprio nella logica appena descritta si è posta anche l'ordinanza del Tar Piemonte, precedentemente citata, che ha rinviato alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità con il diritto europeo della legge piemontese che prevede l'affidamento diretto dei servizi di trasporto

sanitario alle organizzazioni di volontariato da parte delle Asl. La questione è stata sollevata a partire da una controversia sorta in relazione al trasporto di dializzati, una materia che – in quanto trasporto non d'urgenza – è considerata dal diritto europeo pienamente rilevante economicamente e quindi soggetta alle regole a tutela della concorrenza. Essa, tuttavia, come ricorda il giudice amministrativo piemontese, è fortemente connotata da valenze sociali. Il giudice, proprio nella logica del contemperamento fra concorrenza e Stato sociale, ha assunto nell'ordinanza di rinvio un atteggiamento fortemente propositivo, prospettando alla Corte di Giustizia un'interpretazione della normativa europea che possa consentire lo svolgimento di gare riservate a "soggetti omogenei", a soggetti cioè tutti dotati delle stesse caratteristiche di tipo solidaristico.

Non resta che attendere la decisione del Giudice Europeo anche su tale ultima ipotesi, augurandoci che le esigenze di rispetto del nostro modello sociale nazionale siano tenute nella dovuta considerazione.



ASSOCIAZIONE NAZIONALE
PUBBLICHE ASSISTENZE
via Pio Fedi 46/48
50142 Firenze, Italia
+39 055.30.38.21
fax +39 055.3750.02
www.anpas.org



www.anpas.org