

Pubblicato il 08/01/2024

N. 00249/2024REG.PROV.COLL.

N. 08130/2023 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8130 del 2023, proposto dalla società Bourelly Health Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9573472703, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- l'Azienda Sanitaria Locale di Caserta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;
- Vivamente O.D.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- l'Associazione Europea di Protezione Civile e Pronto Soccorso San Leonardo O.D.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Donato Lettieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- C.I.S. Centro Italia Soccorsi Società Cooperativa Sociale E.T.S., Misericordia Casoria O.D.V., Soccorso San Gennaro O.D.V., San Paolo della Croce Società Cooperativa Sociale E.T.S., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 3327/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Caserta, di Vivamente O.D.V. e dell'Associazione Europea di Protezione Civile e Pronto Soccorso San Leonardo O.D.V.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2023, il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. E' controversa la procedura indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Caserta per l'affidamento in via esclusiva alle Organizzazioni di Volontariato (ODV) dei servizi di Trasporto Sanitario di emergenza ed urgenza 118 e di assistenza con postazioni di automedica, ai sensi dell'art. 57 del decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 (Codice del Terzo settore – CTS).

2. L'azienda Sanitaria -- dopo aver annullato in autotutela, con deliberazione n. 377 del 10 marzo 2021, il precedente affidamento del servizio, assegnato sempre ai sensi dell'art. 57 CTS all'Associazione di Volontariato Misericordia di Caivano, e dopo aver aggiudicato con delibera n. 1949 del 27 dicembre 2021 la procedura aperta "ponte" per la durata di sei mesi alla Bourelly Health Service -- con deliberazione del D.G. n. 904 del 30 dicembre 2022, attesa la scadenza del precedente contratto alla data del 31 dicembre 2022, ha indetto una nuova procedura selettiva ai sensi dell'art. 57 D.lgs n. 117/2017, ripartita in quattro lotti, per la durata di due anni, con un importo massimo rimborsabile pari ad € 21.659.254,33, oltre oneri per la sicurezza da interferenza pari ad € 24.500, con eventuale opzione per il rinnovo di ulteriori 12 mesi, approvando contestualmente l'Avviso Pubblico, il Capitolato Tecnico e lo Schema di convenzione.

3. La citata Deliberazione della ASL di Caserta n. 904 del 30 dicembre 2022 è stata oggetto di ricorso proposto dalla Bourelly Health Service dinanzi il T.A.R. della Campania – Napoli, respinto con sentenza n. 3327 del 31 maggio 2023.

4. Con cinque motivi di doglianza, la ricorrente si è lamentata:

*i)* della violazione dell'art. 57 del CTS, in quanto il servizio di postazione automedica, avendo ad oggetto il trasporto di personale medico e non di infermi, non rientrerebbe tra le esclusive prestazioni di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza alle quali la legge circoscrive la deroga alle procedure di affidamento ordinarie (*primo motivo*);

*ii)* del difetto di motivazione e della manifesta contraddittorietà degli atti impugnati, per non avere la stazione appaltante adeguatamente giustificato le presunte ragioni di convenienza economica o di finalità sociale poste a fondamento della procedura riservata, e quindi la preferibilità della stessa rispetto all'opzione della procedura ordinaria di cui alla precedente delibera n. 1949 del 27 dicembre 2021 (*secondo e terzo motivo*);

iii) del rischio occupazionale al quale sarebbero esposti i 100 lavoratori impiegati nell'attuale gestione del servizio, potenzialmente destinati ad essere rimpiazzati dal personale delle Associazioni di Volontariato (*quarto motivo*);

iv) della previsione di un tetto di rimborso minimo delle spese per le ODV aggiudicatrici, che rivelerebbe l'esistenza di "*un appalto di servizi a corrispettivo*" in luogo del dichiarato ed apparente "*affidamento ad organizzazioni di volontario*" (*quinto motivo*).

5. La parte ricorrente ha successivamente proceduto a gravare la decisione reiettiva del ricorso di primo grado, n. 3327 del 31 maggio 2023, chiedendone in via cautelare la sospensione.

6. All'esito della camera di consiglio del 9 novembre 2023 la discussione della domanda cautelare è stata abbinata a quella del merito, con udienza pubblica fissata al 19 dicembre 2023.

7. Per resistere alle istanze dell'appellante, si sono costituite in giudizio la ASL Caserta, VivaMente O.D.V. e l'Associazione - Europea Volontaria di Protezione Civile e Pronto Soccorso "San Leonardo O.D.V."

8. Il primo motivo di appello ripropone i temi del corrispondente motivo del ricorso di primo grado e, in particolare, la tesi centrale secondo la quale l'affidamento qui controverso presenterebbe un oggetto plurimo, esteso oltre che al servizio di trasporto infermi anche al distinto servizio di postazione automedica, autonomo dal primo e non rientrante tra quelli affidabili mediante procedura riservata alle ODV, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento dei contratti pubblici, essendo la deroga riferibile alla sola fattispecie tipica e tassativa del servizio di trasporto infermi, svolto unicamente in regime di emergenza ed urgenza: laddove le automediche hanno il diverso fine di trasportare i soccorritori (personale medico o infermieristico) e le relative attrezzature nel luogo in cui la situazione di urgenza/emergenza si è verificata, così fuoriuscendo dai limiti del "trasporto infermi" in senso stretto come innanzi connotato.

8.1. Il T.A.R. Campania ha respinto la censura osservando:

-- che l'art. 57 del D.Lgs. n. 117/2017 ha effettivamente introdotto una norma di deroga al regime ordinario degli affidamenti, circoscrivendo l'eccezione ai soli affidamenti di servizi di trasporto sanitario, di urgenza ed emergenza, in favore di organizzazioni di volontariato;

-- che tale regime di deroga, in quanto eccezionale (per l'esclusione che implica degli operatori commerciali), è di stretta interpretazione e non ammette applicazioni analogico – estensive dei rigidi presupposti tassativamente prescritti dalla disciplina primaria;

-- che possono formare oggetto di affidamento esclusivo alle ODV, pertanto, i soli servizi di emergenza nei quali l'intervento si verifichi "*...con rapidità immediata a causa di un imminente pericolo di vita (emergenza) e, per altro verso, la cui assenza determinerebbe un peggioramento della situazione del paziente*";

-- che il servizio di automedica rientra nei servizi funzionali alle situazioni di emergenza ed urgenza, secondo l'All. 1 del D.M. n. 70/2015 e l'All. A della delibera di G.R.C. n. 1570/2004, ed è quindi compatibile con la procedura *ex art. 57* del D.Lgs. n. 117/2017;

-- a supporto di tale conclusione soccorre la giurisprudenza della Corte UE la quale, nel definire la nozione di "*urgenza-emergenza*" in riferimento precipuo al "*servizio di ambulanza*", ha ritenuto sussistere la possibile esclusione dell'applicazione della direttiva appalti sia nel caso di "*assistenza*

*prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario”, sia nel caso di trasporto in ambulanza qualificato, “a condizione 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” (cfr. sentenza Corte Giustizia, Terza Sezione, 21 marzo 2019, causa C-465/2017 – “Falck”);*

*-- “dunque, ciò che rileva è la presenza sul posto di personale adeguatamente formato - a seconda dell'emergenza, operatore esperto, infermiere e/o o medico specializzato - che consenta di fronteggiare la situazione di pericolo, scongiurando, per quanto possibile, il rischio di infausti epiloghi, di talché è del tutto irrilevante, ai fini che ne occupano, la circostanza che detto personale, insieme allo strumentario medico necessario, sia giunto a bordo di ambulanza e/o con automediche”;*

*-- “le automediche sono prettamente funzionali ad espletare il servizio di trasporto sanitario in situazioni di emergenza e urgenza. Ciò in quanto, all'evidenza, si tratta di mezzi di soccorso sanitario, anche di supporto al servizio effettuato tramite ambulanze, in grado di far pervenire prontamente e direttamente, sul luogo dell'evento, l'équipe sanitaria necessaria, con le necessarie specifiche competenze rispetto all'emergenza da fronteggiare, con la relativa attrezzatura medica. A ciò si aggiunga che per le dimensioni ridotte dell'automedica, la stessa è anche dotata di maggiore agilità che consente una più elevata rapidità di intervento e, per quando possibile in relazione alle peculiarità della situazione concreta, di rendere gli spostamenti dell'equipaggio indipendenti da quelli del paziente, che avvengono invece tramite ambulanza”;*

*-- “del resto, in conformità alle superiori coordinate ermeneutiche, a livello statale, l'Allegato 1 al decreto del Ministro della salute 2 aprile 2015, n. 70, recante «definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera», nel disciplinare, ai punti 9 e ss., la «Rete dell'emergenza urgenza», prevede che «Le centrali operative gestiscono, con procure condivise, le postazioni di elisoccorso, le ambulanze medicalizzate con medico ed infermiere a bordo, le automediche (i mezzi avanzati di base con infermiere e medico, le ambulanze di base con personale soccorritore certificato), in forma continuativa o estemporanea e tutti gli eventuali altri mezzi medicalizzati e non, che in forma continuativa o estemporanea intervengono nel soccorso sanitario [...]». Analogamente, a livello regionale, l'Allegato A alla delibera della Giunta della Regione Campania n. 1570/2004, recante la «Definizione dell'organizzazione regionale dei presidi di emergenza ed urgenza territoriali (118) di cui alla D.G.R. n. 2343/03 - Disposizioni procedurali ed indirizzi operativi», individua i mezzi di soccorso ordinari del servizio 118 nei seguenti presidi: centri mobili di rianimazione, ambulanze medicalizzate di soccorso avanzato, idroambulanze, ambulanze di soccorso di base, auto mediche; moto mediche”.*

8.2. La ricorrente contesta come “*semplificistica*” e “*disinvolta*” la trama argomentativa della riportata decisione di primo grado, ribadendo la tesi per cui nelle procedure riservate rientrano solo le prestazioni di trasporto infermi in regime di emergenza ed urgenza in senso stretto, non anche le prestazioni erogabili in condizioni non di urgenza o emergenza: dunque, per le automediche il regime derogatorio non potrebbe operare in quanto si tratterebbe di servizio non destinato, in via esclusiva, al trasporto in regime di emergenza ed urgenza, ma erogabile anche in continuità territoriale; e non sarebbe neppure utile invocarne il carattere “accessorio” al servizio “principale” di trasporto infermi, posto che la natura derogatoria ed eccezionale delle procedure riservate, ai sensi dell'art. 57 del D.Lgs. n. 117/2017, non è estensibile in via analogica ai servizi di carattere accessorio e, comunque, detta connotazione “accessoria” nel caso di specie sarebbe ostacolata dal

valore delle prestazioni rese dalle automediche (superiore al 10% dell'appalto e alla soglia comunitaria di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016).

8.3. Il Collegio ritiene che il motivo di appello non incida efficacemente sulla tenuta razionale della decisione impugnata nella parte in cui questa, mettendo a fuoco il carattere funzionale e la stretta connessione del trasporto con automedica rispetto al servizio di soccorso in emergenze e urgenza, esclude che il servizio previsto dall'art. 57 CTS debba necessariamente limitarsi ai soli infermi e per il resto ascrive l'automedica al più ampio *genus* degli svariati mezzi attrezzati di ausilio al soccorso emergenziale (*"il più volte citato art. 57 non circoscrive il trasporto ai soli infermi, e, dall'altro, per quanto premesso, le automediche sono prettamente funzionali ad espletare il servizio di trasporto sanitario in situazioni di emergenza e urgenza"*).

Questa evidente connessione funzionale alle attività di soccorso spiega perché, contrariamente a quanto affermato nel ricorso, il soggetto trasportato a mezzo dell'automedica non debba essere necessariamente un infermo, ben potendo porsi la necessità che ad essere trasportato, in situazioni di emergenza e urgenza, per operare sul luogo di intervento, sia il personale sanitario (medico e infermiere) munito degli adeguati mezzi di soccorso: proprio per tali evenienze, ma non solo per esse, sovengono, per l'appunto, le automediche le quali, peraltro, per le dotazioni di ausilio che le caratterizzano (v. art. 4.1., lett c), del Capitolato) ben possono assolvere anche al trasporto di infermi e comunque meritano di essere qualificate come *"mezzi di soccorso sanitario"* a tutti gli effetti, con funzioni *"anche di supporto al servizio effettuato tramite ambulanze"* in quanto *"in grado di far pervenire prontamente e direttamente, sul luogo dell'evento, l'équipe sanitaria necessaria, con le necessarie specifiche competenze rispetto all'emergenza da fronteggiare, con la relativa attrezzatura medica"*.

Nel caso di specie il servizio, ha aggiunto il T.A.R., *"...è stato nel suo complesso consegnato dalla resistente azienda in maniera tale da poter far fronte ad ogni possibile forma di emergenza, sia attraverso l'urgente intervento di mezzi di trasporto sul posto che attraverso la disponibilità di personale sanitario e dello strumentario medico necessario, a fronte di ogni più disparata evenienza emergenziale"*.

8.4. Questa premessa logica e la parte della motivazione di primo grado che di essa si giova risultano coerenti con le pronunce della CGUE n. 234 del 21 marzo 2019 (Falk) causa C-465/2017 e n. 424 del 20 giugno 2019 (Italy Emergency) in causa C-424/2018, intervenute a chiarire che il trasporto di emergenza e urgenza può avvenire sia a mezzo ambulanza che con altro mezzo di soccorso, in quanto ai fini della deroga non rileva il mezzo con cui è prestato il soccorso ma l'espletamento dello stesso in condizioni di emergenza a causa di un imminente pericolo di vita.

8.5. Si può aggiungere, ad ulteriore chiosa dei principi affermati nelle richiamate pronunce, che, diversamente opinando, il servizio sarebbe privato di mezzi di ultima generazione e di nuove tecnologie capaci di evitare il peggioramento delle condizioni del paziente posto che, come correttamente evidenziato dal primo giudice, l'automedica *"per le dimensioni ridotte (...) è anche dotata di maggiore agilità che consente una più elevata rapidità di intervento e, per quanto possibile in relazione alle peculiarità della situazione concreta, di rendere gli spostamenti dell'equipaggio indipendenti da quelli del paziente, che avvengono invece tramite ambulanza"*.

8.6. Condivisibili risultano anche le ulteriori e già richiamate considerazioni del T.A.R. svolte con riguardo:

i) all'inquadramento delle automediche nel novero dei mezzi di soccorso di emergenza ed urgenza territoriale (118) come individuati nella Delibera della Giunta Regionale della Campania n.

1570/2004 e nelle “Nuove Linee Guida per la organizzazione dei presidi di assistenza urgenza territoriale” allegate alla D.G.R.C. n. 2343/2003;

ii) all’Allegato 1 al decreto del Ministro della salute, adottato di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, 2 aprile 2015, n. 70, il quale prevede che «*Le centrali operative gestiscono, con procure condivise, le postazioni di elisoccorso, le ambulanze medicalizzate con medico ed infermiere a bordo, le automediche (i mezzi avanzati di base con infermiere e medico, le ambulanze di base con personale soccorritore certificato), in forma continuativa o estemporanea e tutti gli eventuali altri mezzi medicalizzati e non, che in forma continuativa o estemporanea intervengono nel soccorso sanitario [...]*»;

iii) alla dotazione strumentale delle automediche, come riportata all’art. 4.1., lett c), del Capitolato, in quanto collimante con la descritta funzione di ausilio al soccorso in situazione di urgenza ed emergenza;

iv) alle modalità di erogazione del servizio richieste nel bando di gara in quanto, per il loro carattere di esclusività ed estensione temporale (H/24), del tutto incompatibili con quel servizio di mera assistenza sanitaria cui, secondo parte appellante sarebbero, invece, almeno in parte destinate le automediche (v. art. 6, n. 2, sesto capoverso dell’Avviso Pubblico).

8.7. Alle argomentazioni contenute nella sentenza impugnata occorre infine aggiungere che:

a) che tra i servizi oggetto della deroga rientrano anche quelli identificati col CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio e soccorso) i quali non postulano necessariamente il trasporto del paziente ma si connotano per la loro finalizzazione – appunto – al salvataggio delle persone bisognose di assistenza;

b) che gli stessi servizi di trasporto di pazienti in ambulanza (inclusi nel CPV 85143000-3) sono espressamente oggetto di una contro-eccezione già nel *considerando* 28 e nell’articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24/UE, la quale, come più volte chiarito dalla Corte di giustizia, lascia assoggettabili al regime derogatorio i soli servizi di trasporto di infermi in ambulanza connotati da “*emergenza*” e “*urgenza*” (secondo le coordinate interpretative correttamente richiamate nella sentenza appellata);

c) che, dunque, dal combinato disposto delle richiamate regola ed eccezione si desume che, in definitiva, ciò che giustifica l’applicazione della deroga in entrambi i casi è che il servizio venga svolto in condizioni di emergenza e urgenza: nel caso di specie, leggendo la disciplina della gara per cui è causa e in particolare il Capitolato speciale, risulta evidente che nella definizione dell’affidamento il servizio di “*automediche*” è strettamente funzionalizzato alle operazioni di soccorso e quindi obbedisce alle stesse condizioni di emergenza e urgenza cui risponde – incontestatamente – il servizio di trasporto pazienti in ambulanza.

8.8. Tanto basta per escludere che nel caso di specie la procedura di cui all’articolo 57, d.lgs. n. 117/2017 sia stata usata in modo surrettizio in relazione a un servizio da questa esclusa, con aggiramento delle regole di evidenza pubblica.

9. Con il secondo e il terzo motivo di gravame Bourelly ribadisce la tesi (già svolta nei motivi secondo e terzo del ricorso di primo grado) secondo la quale l’ASL avrebbe proceduto in maniera illogica e contraddittoria nel riservare alle ODV il medesimo servizio appena un anno prima assegnato con procedura ordinaria, senza al contempo rendere conto delle ragioni sopravvenute che (in astratto) avrebbero potuto motivare questo cambiamento di indirizzo, posto che già in passato

l'ASL aveva sperimentato senza successo la soluzione della procedura riservata, poi annullata in autotutela sulla scia di gravi contestazioni di turbativa d'asta che avevano coinvolto l'Associazione aggiudicataria e alcuni funzionari della stessa stazione appaltante.

9.1. Sempre sotto il profilo motivazionale, la ricorrente contesta la decisione di primo grado nella parte in cui vi si afferma:

- che gli artt. 56 e 57 del D.Lgs. n. 117/2017 non esigono una preventiva comparazione di maggiore efficienza economica dell'affidamento riservato rispetto al mercato;
- che la "opzione" della riserva non richiede alcun obbligo di istruttoria o motivazione rinforzata, risultando sufficiente un generico richiamo agli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio contenuti nella delibera impugnata.

9.2. Secondo la ricorrente, al contrario, poiché il legislatore ha inteso declinare l'affidamento in favore di Associazioni di Volontariato in termini di mera facoltà e non di vero e proprio obbligo, la deroga al regime della concorrenza ordinaria imporrebbe il preventivo accertamento dei profili di finalità sociale, adeguatezza ed efficienza economica che potrebbero giustificare l'attivazione.

Nel caso di specie l'ASL Caserta non avrebbe assolto minimamente a quest'onere motivazionale ed istruttorio rinforzato, essendosi limitata, con affermazione meramente assertiva, a postulare: *i*) che il servizio trasporto sanitario di emergenza è servizio di utilità sociale, con finalità solidaristiche; *ii*) che l'affidamento ai sensi dell'art. 57 D.Lgs. n. 117/2017 garantisce un risparmio di bilancio, mediante rimborso delle spese effettivamente sostenute, a condizioni asseritamente più favorevoli rispetto al mercato, senza tuttavia dare conto né del risparmio effettivo di spesa conseguibile, né della sorte degli attuali dipendenti impiegati nel servizio.

9.3. Il Collegio ritiene che a conferma dell'infondatezza di entrambi i motivi di appello (secondo e terzo) sia dirimente il richiamo del testuale dato normativo secondo il quale il modulo derogatorio dell'affidamento alle ODV può essere scelto dalle stazioni appaltanti "*in via prioritaria*": il che, se indubbiamente non comporta un obbligo indefettibile di optare per tale modalità di affidamento, potendo anche in alternativa optarsi per il ricorso al mercato (come chiarito dalla giurisprudenza richiamata da parte appellante), tuttavia non può non riverberare i propri effetti sull'onere motivazionale incombente all'Amministrazione, che sussiste bensì quando questa decida di ricorrere alle ordinarie procedure di affidamento (ancorché in tale ipotesi non sussista alcun obbligo di "*motivazione rafforzata*", come chiarito nella sentenza di questa Sezione n. 2166/2022 afferente alla medesima vicenda di che trattasi), ma non anche laddove la stessa ritenga di dover seguire la via indicata dal legislatore come "*prioritaria*".

9.4. Ciò premesso, può dunque osservarsi:

*a*) quanto al secondo motivo di appello, che, come documentato dall'Amministrazione, nel caso che occupa era stato il precedente affidamento mediante gara ordinaria a costituire una "parentesi" e un'eccezione rispetto all'usuale affidamento dei servizi *de quibus* in convenzione alle OPV (non casualmente di breve durata e specificamente motivato con la vicenda penale in cui era incorsa l'originaria affidataria e con la necessità di non interrompere comunque la continuità del servizio);

*b*) dunque alcun supplemento motivazionale si imponeva nel caso di specie alla luce dei pregressi affidamenti poiché, come evidenziato dal primo giudice con argomentazioni non confutate da parte appellante, il ritorno all'affidamento in convenzione, oltre ad apparire "*del tutto coerente con la natura discrezionale della scelta effettuata*", si giustificava "*alla stregua di una diversa situazione*

*di fatto, determinata dalla distanza di tempo dalla pregressa vicenda e dall'evidente superamento, attraverso l'esercizio del potere di autotutela, della contingenza patologica, a cui si era anche cercato di fare fronte, nell'immediato, con l'indizione della gara pubblica";*

c) è quindi improprio ascrivere alla scelta della procedura ordinaria il carattere di precedente a carattere tendenzialmente "vincolante", dal quale l'Amministrazione avrebbe potuto prendere le distanze solo sulla base di ragioni di discontinuità particolarmente pregnanti e adeguatamente motivate;

d) quanto al terzo motivo d'appello, è condivisibile la lettura della norma (e del relativo *background* eurounitario) nel senso della sufficienza delle ragioni di solidarietà sociale per giustificare la scelta del ricorso al modulo derogatorio di cui al citato articolo 57, in modo da prevalere su ogni considerazione di convenienza economica e – conseguentemente – escludere qualsivoglia obbligo di una previa comparazione con i costi presumibili dell'opzione alternativa di ricorso al mercato;

e) peraltro, nel caso di specie queste ragioni di complessiva convenienza - in termini di maggiore attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, accessibilità, efficienza, economicità e adeguatezza - tenevano conto in senso accrescitivo del fatto che il Capitolato approvato con la Delibera n. 904/2022 aveva previsto, da un lato, un ampliamento del servizio a favore dei cittadini con due postazioni aggiuntive di ambulanze e otto postazioni di automediche; e, dall'altro, il solo rimborso delle spese sostenute secondo il "*Regolamento sulle procedure di rendicontazione delle spese da rimborsare agli Enti del terzo Settore ...*" approvato con Delibera D.G. n. 694 del 6 dicembre 2022.

10. Quanto esposto rende ragione anche della reiezione del quinto motivo di appello, a mezzo del quale la ricorrente ribadisce la tesi per cui gli affidamenti diretti mediante ODV si caratterizzano per la gratuità della prestazione lavorativa e l'ammissione al rimborso delle sole spese rendicontate ed effettivamente sostenute. Sulla base di questa premessa si sostiene che la presente procedura, in evidente elusione di tale inderogabile disciplina, avendo prescritto un tetto massimo di rimborso, avrebbe tradito questa regola di mero equilibrio economico e meriterebbe di essere più correttamente qualificata come appalto di servizi a corrispettivo.

10.1. L'assunto non persuade in quanto, come efficacemente chiarito dal T.A.R. – con motivazione esaustiva e affatto incisa delle deduzioni di parte appellante – "*la prevista modalità di rimborso garantisce, in conformità alla richiamata normativa contenuta nel CTS, "l'effettività" delle spese ammesse, non significando, ovviamente, che tutte le spese richieste siano per ciò solo riconoscibili, dovendo comunque superare, in maniera congiunta, il vaglio astratto di ammissibilità ed il vaglio concreto di effettività*".

10.2. A ciò aggiungasi che:

-- il calcolo economico del presumibile costo complessivo del servizio da affidarsi alle ODV si è reso necessario al fine di indicare negli atti di gara un valore al quale le Associazioni partecipanti avrebbero potuto riportare la propria proposta economica;

-- dunque, l'ipotesi che i tetti massimi celino, in realtà, il corrispettivo di un contratto di appalto di servizi rappresenta una pura illazione della parte appellante, come reso evidente dal fatto che la disciplina di gara prevede chiaramente che le spese saranno rimborsate esclusivamente "*a pie' di lista*" e previo vaglio della documentazione prodotta dall'affidatario, laddove il tetto è stabilito unicamente per porre un limite massimo alle risorse erogabili dalla stazione appaltante per tali rimborsi;

-- d'altra parte - può ancora aggiungersi a quanto osservato dal T.A.R. -, nell'indire la procedura l'Amministrazione doveva pur sempre programmare e stanziare le risorse economiche da impiegare per il servizio in questione, e la previsione del tetto è servita appunto a questo scopo.

11. Il quarto motivo di gravame ripropone il tema della stabilità occupazionale dei 100 lavoratori attualmente impiegati dal gestore uscente e per la cui tutela reale è stato inserito l'art. 9 del Disciplinare, rubricato, "*Misure di salvaguardia*", il quale impone un vincolo "relativo" di assorbimento del detto personale da parte delle ODV.

11.1. A detta di Bourelly si tratterebbe, tuttavia, di un obbligo incompatibile con la natura degli operatori (ODV) cui la procedura è riservata, posto che gli stessi, per la loro peculiare natura, si avvalgono in larga parte (se non via esclusiva) di personale volontario e, dunque, non sono in grado di riassorbire in tutto o in parte il personale dipendente, pena la compromissione del loro regime tipico *ex art. 57 del D.Lgs. n. 117/2017*.

11.2. Il T.A.R. ha osservato, in senso contrario, che l'art. 33, comma 1, del D.Lgs. n. 117/2017 consente alle ODV di assumere entro certi limiti personale dipendente, rendendo per tale via compatibili l'applicazione della clausola sociale e l'affidamento riservato in favore delle ODV (questo il testo dell'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 117 del 2017: *«Le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari»*).

11.3. L'argomento è condivisibile, in quanto l'art. 33 del CTS prevede la facoltà per le ODV di assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo, ma in numero non superiore al 50% dei volontari; a sua volta, la clausola sociale prevista negli atti della procedura per garantire i livelli occupazionali prevede che "*l'obbligo per l'ODV di assorbire ed utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio, qualora disponibili, i lavoratori che già vi erano adibiti quali soci lavoratori o dipendenti/volontari del precedente aggiudicatario*" vale "*a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione del soggetto subentrante (cfr. - Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 13/ 3/ 2013 n. AG19/ 13 e 20/ 13)*" (art. 9 del Disciplinare).

11.4. Alla luce di quanto esposto, ovvero dei limiti di flessibilità e compatibilità fissati dalle citate disposizioni, risulta niente più che assertiva la deduzione di parte appellante secondo cui "*l'obbligo di riassorbimento di personale dipendente (...) è incompatibile e smentisce le asserite finalità sociali e solidaristiche (di tutela del volontariato) che la A.S.L. Caserta, prima, ed il Tar, poi, hanno postulato, nella presente vicenda, per giustificare il ricorso alla procedura di affidamento riservata*".

11.5. Al contrario, come correttamente ritenuto dal T.A.R., "*la «condizione» prevista dall'art. 9 dell'Avviso pubblico rispetta ampiamente le condizioni poste dal legislatore nazionale, che consentono alle O.D.V. di assumere personale dipendente, senza in alcun modo "stravolgere" la natura giuridica di queste organizzazioni, né – tanto meno – obbligarle ad assumere la totalità del personale attualmente impiegato dalla ricorrente per l'espletamento del servizio*".

11.6. Dunque, da un lato il condivisibile richiamo del primo giudice alla possibilità, contemplata dall'articolo 33 del C.T.S., di assumere entro certi limiti quantitativi anche personale dipendente (a fianco a quello volontario) vale *ex se* a escludere che il mero inserimento nella disciplina di gara di una clausola sociale disveli il carattere "fraudolento" del ricorso all'affidamento in convenzione *ex*

articolo 57 del medesimo decreto, e che questo in realtà mascheri un appalto di servizi in violazione della relativa disciplina; dall'altro, l'assunto dell'appellante in ordine all'impossibilità di un riassorbimento dei dipendenti costituisce una mera previsione relativa a ciò che avverrà in fase esecutiva della convenzione, laddove peraltro non è predicabile un obbligo di assumere necessariamente tutti i dipendenti del gestore uscente, dovendo tenersi conto – come condivisibilmente evidenziato dalle parti appellate – del carattere “flessibile” della clausola sociale (dove il suo rispetto o meno andrà verificato in concreto sulla base di quanti dipendenti saranno riassorbiti e delle ragioni della mancata assunzione degli altri).

12. Per tutte le ragioni esposte, l'appello è integralmente respinto.

13. La peculiarità e la parziale novità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

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

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere

L'ESTENSORE  
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE  
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO