



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 2090 del 2018, proposto da Azienda U.L.S.S. n. 6 Euganea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Chiara Cacciavillani, Franco Gaetano Scoca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello, 55;

contro

Pia Opera Croce Verde Padova, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Colagrande, Alessandro Veronese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Roberto Colagrande in Roma, viale Liegi, 35/B – anche appellante incidentale;

nei confronti

Azienda Ospedaliera di Padova, Regione Veneto, Croce Verde Servizi, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Veneto, sezione III, n. 275/2018, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di trasporto sanitario di pazienti in ambulanza ed emodializzati dall'Azienda U.L.S.S. n. 6 Euganea e dall'Azienda ospedaliera di Padova;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Pia Opera Croce Verde Padova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2018 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Chiara Cacciavillani, Roberto Colagrande e Alessandro Veronese;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sulla gara indetta dall'Azienda ULSS n. 6 Euganea per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario di pazienti in ambulanza - per cinque anni, con opzione di un ulteriore anno nelle more della conclusione del nuovo contratto - da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'appalto (articolato in quattro lotti corrispondenti, rispettivamente, alle aree di competenza dell'Azienda Ospedaliera di Padova, dell'Area Padovana, delle Alta e Bassa Padovana) ha un valore annuale di euro 5.043.560,00 e, dunque, di euro 25.217.800,00 per il quinquennio.

2. La deliberazione di indizione n. 979/2017, nonché il bando, il capitolato tecnico, il disciplinare e il capitolato d'oneri (questi ultimi, pubblicati sul sito istituzionale in data 30 gennaio 2018), unitamente ai chiarimenti forniti in corso di gara circa la possibilità di partecipare per singoli lotti in luogo della necessaria partecipazione a tutti i lotti (il cui avviso è stato pubblicato soltanto sulla G.U.U.E. del 20 febbraio 2018), sono stati impugnati dinanzi al TAR del Veneto dalla Pia Opera Croce Verde Padova, la quale partecipa da oltre un secolo all'assistenza sanitaria rivolta ai cittadini del territorio padovano, principalmente attraverso il trasporto di feriti e malati senza scopo di lucro (ed ha natura di IPAB – Istituzione Pubblica di Assistenza e Beneficienza – di classe 1.B, ai sensi della l.r. Veneto 30/2016, e quindi è un soggetto pubblico).

3. La ricorrente (d'ora in poi, Croce Verde), divenuta affidataria del servizio di urgenza ed emergenza medica (SUEM 118) della medesima AULSS n. 6 mediante una convenzione stipulata in data 22 dicembre 2017, in applicazione della l.r. Veneto 26/2012, ha contestato la scelta di affidare mediante gara il servizio di trasporto ordinario.

4. A dire di Croce Verde, anche il servizio di trasporto ordinario (in precedenza aggiudicato ad essa in esito a gara nel 2010, due volte prorogato ed in scadenza il 31 marzo 2018) avrebbe ormai dovuto essere affidato non già con gara, bensì in via diretta, mediante utilizzazione del modulo convenzionale (con corrispettivo commisurato ai costi sostenuti), in applicazione dell'art. 5 della l.r. Veneto 26/2012, e comunque degli artt. 15 della legge 241/1990 e 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016.

In via subordinata, ha chiesto l'annullamento della procedura concorsuale in quanto illegittima sotto altri profili.

5. Il TAR del Veneto, con la sentenza appellata (III, n. 275/2018 – pronunciata in applicazione dell'art. 60 cod. proc. amm.), ha accolto il ricorso limitatamente alla censura di carenza di legittimazione della AULSS n. 6 ad indire la gara.

6. Il TAR ha anzitutto disatteso le eccezioni di difetto di interesse sollevate dalla Azienda resistente, sottolineando che la possibilità di partecipare alla gara non impedisce di coltivare l'interesse al convenzionamento diretto, così come la circostanza di non avere mai svolto il servizio di trasporto ordinario in forza di convenzionamento diretto, posto che tale modulo convenzionale sarebbe stato previsto da norma sopravvenuta alla gara di cui la ricorrente era originariamente risultata aggiudicataria.

7. Nel merito, ha poi esaminato la pretesa di Croce Verde volta all'applicazione dell'art. 5 della l.r. 26/2012, secondo il quale il trasporto sanitario di soccorso ed emergenza (come definito dal precedente art. 2) deve essere affidato ai soggetti autorizzati ed accreditati (ai sensi dell'art. 3) ed inseriti nell'elenco regionale (di cui all'art. 4, tra i quali rientra la ricorrente), che lo svolgono in regime di convenzionamento diretto con l'Azienda sanitaria ed a costi standard, e solo nell'ipotesi in cui tale servizio non possa essere assicurato dai predetti soggetti è consentito metterlo a gara per l'affidamento a titolo oneroso.

Per giungere alla conclusione che il combinato disposto dagli artt. 5, comma 2, 3, comma 1 e 2 della l.r. Veneto 26/2012, ove inteso come comprensivo, ai fini del convenzionamento diretto, anche del servizio di trasporto ordinario in ambulanza (non quindi solo emergenziale e di soccorso), si porrebbe in radicale contrasto con la regola opposta (e certamente prevalente) stabilita dalla disciplina europea e nazionale (artt. 10 e 74 della direttiva 2014/24/UE e 17, comma 1, lettera h), del d.lgs. 50/2016), che, appunto, prevedono che il trasporto in ambulanza a carattere non emergenziale sia affidato mediante gara, con la conseguenza che la normativa regionale dovrebbe essere disapplicata (cfr. Cons. Stato, III, n. 1139/2018).

8. Il TAR ha quindi rilevato che, essendo necessaria la gara pubblica, è infondata l'ulteriore censura incentrata sul difetto di motivazione della decisione. Nonché quella incentrata sulla contraddittorietà dell'azione amministrativa, sottolineando che l'aver richiesto, quale requisito di partecipazione, l'accreditamento regionale previsto dalla l.r. 26/2012 (secondo la quale possono partecipare alla procedura concorsuale i soggetti autorizzati ed accreditati iscritti nell'elenco regionale - tra i quali vi sono, ricorrendo i presupposti ivi indicati, anche la CRI e le IPAB: cfr. art. 4, comma 2) è compatibile con la procedura concorsuale.

9. Nella prospettiva della affermata doverosità della procedura concorsuale, il TAR ha poi esaminato le censure proposte in via subordinata, respingendo quelle concernenti la *lex specialis* e le modalità di svolgimento della gara stessa, mediante argomentazioni così sintetizzabili:

(a) - quanto alla precisazione secondo cui "le offerte vanno presentate per uno o più lotti" (contenuta nell'avviso di rettifica), non può configurarsi come "modifica sostanziale" del bando, ma come mero chiarimento di un inciso equivoco (come, del resto, precisato dalla stazione appaltante in calce alle risposte ai quesiti delle imprese interessate), e quindi non c'era necessità di conformarsi alla regola del *contrarius actus* e, a seguito del tempestivo chiarimento, non c'era bisogno di prorogare il termine per la presentazione delle offerte;

(b) - quanto alla fissazione di un valore a base d'asta asseritamente incongruo e inferiore ai costi diretti del lavoro previsti dai c.c.n.l. di settore, in violazione dell'art. 30, commi 3 e 4, del d.lgs. 50/2016, si tratta di doglianza inammissibile perché di contenuto meramente prognostico e basata su conteggi effettuati dalla stessa ricorrente che sono parziali, in quanto riferiti ai lotti (nn. 3 e 4) di cui essa è attualmente affidataria uscente; tanto più che la conseguenza nel caso di un bando con prezzo incongruamente determinato consisterebbe in una gara deserta o in offerte non seriamente sostenibili (con esclusione delle stesse in sede di valutazione dell'anomalia);

(c) – quanto alla omessa precisazione degli “elementi essenziali del servizio”, che avrebbe reso impossibile formulare un’offerta consapevole, il capitolato tecnico fornisce, per ciascun lotto, tutti gli elementi utili e rilevanti per l’organizzazione del servizio e per la predisposizione dell’offerta, desunti dai dati storici, e nessun altro elemento avrebbe potuto somministrare la stazione appaltante, tenuto conto della connotazione peculiare del servizio di trasporto ordinario, intrinsecamente non programmabile in ragione della domanda oltremodo elastica (senza contare che la ricorrente gestisce da diverso tempo i lotti nn. 3 e 4, sicchè non appare attendibile che essa sia priva degli elementi necessari per poter formulare un progetto adeguato);

(d) – quanto alle penali, di cui la ricorrente ha lamentato possibili applicazioni sproporzionate, esse non possono che applicarsi in un contesto di “normalità” dello svolgimento del servizio, non certo in situazioni di eccezionalità dovute a fattori contingenti;

(e) – quanto, infine, all’art. 6 del capitolato d’oneri, che prevede il diritto potestativo della stazione appaltante di emettere ordinativi di acquisto in aumento o in diminuzione fino alla concorrenza del 50% dell’importo contrattuale stabilito per ciascun lotto, e violerebbe l’art. 106, comma 12, del d.lgs. 50/2016 (relativo al c.d. quinto d’obbligo), la previsione in realtà si spiega con il fatto che, stante la programmabilità del servizio unicamente sulla base dei dati riferiti al passato, l’art. 2 del capitolato tecnico ha espressamente previsto la variabilità del fabbisogno in applicazione dell’art. 106, comma 1 (e non si fa dunque applicazione dell’istituto del quinto d’obbligo di cui al successivo comma 12).

10. Il TAR ha invece ritenuto fondata la censura concernente la carenza di legittimazione dell’AULSS n. 6 Euganea a indire la procedura in questione.

Non riguardo al profilo, pure dedotto da Croce Verde, secondo il quale la gara avrebbe dovuto essere bandita dall’Azienda Zero, posto che il regolamento regionale 5/2017, che attribuisce la gestione degli acquisti centralizzati all’Azienda Zero (in attuazione degli artt. 37 del d.lgs. 50/2016 e 2, comma, 1, lettera g), della l.r. Veneto 19/2016) è entrato in vigore il 1° gennaio 2018, mentre la delibera di indizione della gara in esame è del 22 dicembre 2017.

Ma poiché l’AULSS n. 6 Euganea sarebbe priva della qualificazione di “stazione appaltante”.

Infatti, nell’attesa dell’attuazione regolamentare dell’elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui all’art. 38, comma 1, del d.lgs. 50/2016, trova applicazione, ai sensi del comma 8, la norma transitoria di cui all’art. 216, comma 10, che fino all’entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione ritiene requisito sufficiente l’iscrizione all’Anagrafe Unica delle stazioni appaltanti di cui all’art. 33-ter del d.l. 179/2012. Ma la AULSS n. 6, secondo il TAR, non risulta iscritta nella predetta Anagrafe – né l’Amministrazione ha dimostrato il contrario – sicché non poteva indire la gara (tale potere spettando, fino al 31 dicembre 2017, alla Regione Veneto, e dopo all’Azienda Zero).

Per lo stesso motivo, l’AULSS n. 6 non poteva spendere all'esterno la propria capacità di autoorganizzazione indicando gare, in quanto priva della relativa capacità di agire, e la delibera di indizione della gara è pertanto nulla ai sensi dell’art. 21-septies, della legge 241/1990.

11. Per tali ragioni, il TAR ha accolto parzialmente il ricorso ed ha annullato la gara.

12. La sentenza è stata appellata dalla AULSS n. 6, deducendo l'erronea applicazione dell'art. 60 cod. proc. amm. ed il difetto di istruttoria, e sostenendo che:

- il TAR ha rilevato una causa di nullità dell'indizione della gara sulla base di un fatto contrastante con le risultanze di un pubblico registro e in ordine al quale non è stato compiuto alcun accertamento, mentre invece avrebbe dovuto essere oggetto di istruttoria, trattandosi di causa di nullità rilevata dal giudice e non introdotta in lite dalla ricorrente;
- l'art. 60 cod. proc. amm., infatti, consente al giudice di decidere con sentenza in forma semplificata solo dopo aver accertato la completezza dell'istruttoria;
- contrariamente a quanto affermato dal TAR, l'Azienda è regolarmente iscritta nell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti presso ANAC (la circostanza, essendo l'anagrafe un registro pubblico a libera consultazione, è fatto certo).

13. Croce Verde si è costituita in giudizio, controdeducendo e riproponendo mediante appello incidentale le censure disattese dal TAR Veneto.

14. Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

15. Il Collegio esamina l'appello principale della AULSS n. 6, unitamente ai profili di censura dell'appello incidentale di Croce Verde ad esso collegati.

15.1. Va sottolineato che, nei ricorsi (ricorso introduttivo e per "motivi nuovi") di primo grado, Croce Verde aveva dedotto, con riferimento agli artt. 37 del d.lgs. 50/2016 e 2, comma 1, lettera g), della l.r. Veneto 19/2016, che sarebbe stata competente la centrale unica di committenza regionale Azienda Zero (in particolare, punto 1.1. dei motivi nuovi) e che la AULSS n. 6 era incompetente (carente di legittimazione procedimentale) in quanto non in possesso della qualificazione di cui all'art. 38 del d.lgs. 50/2016 e non compresa nell'elenco dei soggetti aggregatori di cui alla delibera ANAC 17 gennaio 2018 (punto 1.2.).

La AULSS si era difesa eccependo che il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti non risultava ancora attuato mediante adozione del d.P.C.M. previsto dall'art. 38 del d.lgs. 50/2016 e che la gara non risultava nel programma di attività di Azienda Zero.

Specifiche argomentazioni nel senso che, in assenza del predetto d.P.C.M., la legittimazione della AULSS n. 6 non poteva discendere dalla disciplina transitoria di cui all'art. 216 del d.lgs. 50/2016, a causa della mancanza dell'iscrizione nell'Anagrafe degli esecutori ivi richiamata, e che, comunque, la AULSS non avrebbe potuto agire alla stregua di un soggetto aggregatore (mentre la gara valeva anche per i servizi da rendere a favore dell'A.O. di Padova), risultano formulate da Croce Verde nella memoria in data 5 marzo 2017.

La AULSS aveva invece ulteriormente eccepito che la delibera di indizione della gara dava conto che il servizio "non è reperibile all'interno delle convenzioni quadro attive definite da Consip, né attraverso la Centrale di committenza regionale (C.r.a.v.)" ed era antecedente all'entrata in vigore del regolamento 5/2017 concernente Azienda Zero.

15.2. Con l'appello incidentale, Croce Verde ribadisce che la competenza spettava ad Azienda Zero, in quanto ciò che rileva ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile è la pubblicazione del bando.

Il Collegio ritiene invece che debba rilevare il momento di formale adozione del bando, nel quale la volontà dell'ente si è tradotta nell'individuazione delle modalità di affidamento e dei contenuti della legge di gara (allegata alla delibera ed approvata come parte integrante di essa), anche se, si suppone per esigenze tecnico-operative, la pubblicazione non sia potuta avvenire immediatamente, ma solo dopo che, con la decorrenza del termine previsto dalla disciplina regionale, era ormai divenuta competente Azienda Zero.

L'orientamento di questo Consiglio, secondo il quale le procedure di gara devono essere espletate sulla base della normativa e delle regole vigenti alla data di pubblicazione della legge di gara, dato che il bando è atto normativo che obbliga l'amministrazione alla sua puntuale applicazione, e dovendosi altresì valorizzare anche il principio che tutela l'affidamento delle imprese partecipanti (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, n. 2433/2016; III, n. 4449/2014; VI, n. 5170/2014) non conduce a diversa conclusione. Infatti, l'esigenza di tutela dell'affidamento, insieme a quella della certezza e del buon andamento dell'azione amministrativa, si è posta in presenza di uno *ius superveniens* che aveva modificato l'oggetto della prestazione o le condizioni del suo svolgimento, così condizionando la formulazione dell'offerta nel corso di procedimento di gara. Viceversa, nel caso in esame, il trasferimento della competenza appare neutro rispetto alla posizione degli operatori potenzialmente interessati al servizio.

15.3. Croce Verde ribadisce anche la censura di carenza di legittimazione secondo la quale, se non l'Azienda Zero, sarebbe stata comunque la Regione Veneto a dover bandire la gara in esame, non potendo la AULSS n. 6 agire come ente aggregatore (ciò che sarebbe invece avvenuto, posto che la gara riguarda anche i servizi di trasporto da rendere all'A.O. di Padova).

Il Collegio osserva che la circostanza della imputabilità dei servizi anche alla A.O. di Padova risulta dagli atti di gara e non viene contestata (la stessa delibera n. 979/2017 precisa che l'AULSS n. 6 agisce "in nome e per conto" dell'A.O. di Padova). E che, parimenti, non è contestato il fatto che la AULSS n. 6 non sia compresa nell'elenco dei soggetti aggregatori di cui alla delibera ANAC del 23 luglio 2015 (nel quale compare la CRAV – Centrale Regionale Acquisti per la Regione Veneto), né in quello di cui alla delibera ANAC 18 gennaio 2018 (nel quale compare la UOC-CRAV di Azienda Zero).

Il profilo di censura non è stato espressamente considerato dal TAR, ancorché fosse compreso nella doglianza di cui al punto 1.2. dei motivi nuovi (volto, appunto, a contestare la legittimazione come soggetto aggregatore) e poi argomentato in forma più rotonda nella successiva memoria.

Il Collegio lo ritiene fondato, osservando che, se era dubbia nel giudizio di primo grado la legittimazione della AULSS n. 6 quale stazione appaltante, non contestabile (e, nei fatti, non specificamente contestata in appello) doveva ritenersi la sua mancanza di legittimazione come ente aggregatore.

Il TAR ha tuttavia ommesso di considerare tale profilo di censura.

In accoglimento dell'appello incidentale, il ricorso di primo grado merita dunque di essere comunque accolto sotto il profilo esaminato.

15.4. Tornando all'esame dell'appello principale, riguardo alla legittimazione quale (mera) stazione appaltante, secondo Croce Verde, la censura accolta dal TAR sarebbe quella contenuta al punto 1.2. dei motivi nuovi (e non quella contenuta al punto 1.1.). Come esposto, la lettura degli atti di primo grado induce il Collegio a ritenere che la mancata iscrizione all'anagrafe unica e quindi la mancanza del requisito previsto in via transitoria dall'art. 216, comma 10, del d.lgs. 50/2016, elemento sul quale il TAR ha basato l'accoglimento del ricorso, sia stato argomentato con memoria.

Ciò non toglie che, trattandosi di controeccezione all'eccezione basata sulla inapplicabilità della disciplina del sistema di qualificazione e quindi dell'inesigibilità della relativa iscrizione, la questione risulti introdotta nel giudizio di primo grado dalla ricorrente e sottoposta al contraddittorio, con ciò non richiedendosi alcun ulteriore specifico avviso ex art. 73 cod. proc. amm.

A confortare tale conclusione vi è la circostanza che, secondo quanto afferma Croce Verde (nel controricorso in appello), all'udienza cautelare del 7 marzo 2018, di fronte alla richiesta del presidente del collegio "se essa fosse compresa negli elenchi anzidetti", l'AULSS n. 6 nulla ha precisato, peraltro non opponendosi alla definizione del giudizio direttamente con sentenza. Detta circostanza non risulta dal verbale d'udienza, ma non è smentita dalla AULSS.

Occorre tuttavia stabilire se, riguardo all'esistenza o meno dell'iscrizione nell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, potesse farsi senz'altro applicazione del principio di non contestazione di cui all'art. 64, comma 2, cod. proc. amm.

L'art. 60 cod. proc. amm. consente di definire il giudizio mediante sentenza in forma semplificata, allorché sia stata "accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria".

Si è detto che la AULSS n. 6, pur in presenza di un'eccezione espressa di controparte sul punto, non ha nemmeno accennato all'iscrizione nell'anagrafe unica.

Quanto al secondo presupposto individuato dall'art. 60, l'applicazione del principio di non contestazione, costituendo un modo di ritenere provati i fatti a fondamento delle pretese dedotte in giudizio, consente di ritenere completa l'istruttoria (diversamente dal caso in cui, in ordine ad un presupposto di fatto dirimente, vi siano prospettazioni contrapposte, sfordite di prova), ed è doverosa, ai sensi dell'art. 64, comma 2, cod. proc. amm.

Non osta a tale conclusione il rilievo della agevole verificabilità del presupposto in esame, stante l'accessibilità dell'elenco (almeno, da parte dei soggetti in possesso delle necessarie credenziali).

Né osta l'orientamento di questo Consiglio, secondo il quale il principio di non contestazione cui agli artt. 115 e 116 c.p.c. trova nel processo amministrativo di legittimità un'applicazione temperata dalla particolare struttura di quest'ultimo, che di regola fa seguito ad un procedimento amministrativo, le cui risultanze, tradotte nei relativi atti, vanno tenute per ferme, quanto meno

sino a prova contraria (cfr., tra le altre, Cons. Stato, VI, n. 1160/2018; III, n. 799/2016). Infatti, se ne può far discendere che la “non contestazione” non è ravvisabile in linea di principio, anche se l'Amministrazione nelle sue difese non ribadisce espressamente la sussistenza dei fatti posti a base del provvedimento impugnato, oggetto di contestazione del ricorrente (cfr. Cons. Stato, VI, n. 677/2018; n. 5651/2017). Ma non anche l'insensibilità al principio di non contestazione di presupposti che il provvedimento impugnato non ha minimamente esplicitato (come avviene nel caso in esame, dato che le premesse della deliberazione n. 979/2017 si limitano a sottolineare che il servizio non era reperibile all'interno delle convenzioni Consip, né attraverso la centrale di committenza regionale CRAV).

Tanto più, rispetto ad un fatto che non richiedeva apprezzamenti, in quanto suscettibile di essere ritenuto esistente o inesistente, ed in un giudizio caratterizzato da speditezza, e di regola definito ai sensi dell'art. 60, com'è quello sugli affidamenti di pubblici lavori, servizi e forniture.

15.5. Risulta per quanto esposto ininfluenza la circostanza che il TAR, dopo aver affermato la fondatezza del difetto di qualificazione dedotto dalla ricorrente, abbia affermato anche che la deliberazione n. 979/2017 era da ritenersi nulla per difetto di attribuzione, in applicazione dell'art. 21-septies, della legge 241/1990.

Se anche non vi è prova che tale effetto, rilevato d'ufficio, sia stato sottoposto al contraddittorio in primo grado, sta di fatto che nel dispositivo la sentenza ha annullato il provvedimento e non ne ha invece dichiarato la nullità. Così che - in mancanza, peraltro, di una espressa censura di violazione dell'art. 73 cod. proc. amm. nell'appello principale - dal rilievo effettuato d'ufficio alla fine della sentenza appellata (*ad abundantiam*: “È appena il caso di osservare che ...”) - non può comunque farsi discendere un vizio della sentenza stessa.

15.6. Pertanto, le conclusioni della sentenza appellata riguardanti l'accoglimento del ricorso di primo grado si sottraggono alle censure dedotte dall'appellante principale.

16. Occorre ora esaminare le altre censure riproposte da Croce Verde mediante l'appello incidentale.

L'esame di quelle incentrate sull'applicazione della l.r. Veneto 26/2012 e comunque sull'affidamento diretto in convenzione, può essere posposto.

Le conclusioni raggiunte dal TAR riguardo alle altre censure, concernenti le modalità di gara, meritano di essere confermate, in base alle considerazioni che seguono.

16.1. Croce Verde lamenta che il TAR abbia rigettato anche la censura di contraddittorietà e perplessità nell'azione amministrativa, riferita alla previsione dell'art. 8, lett. b, del Disciplinare, “Requisiti di idoneità professionale”, che richiede a pena d'esclusione il possesso del requisito dell'accREDITAMENTO regionale, di cui all'art. 4 della l.r. Veneto 26/2012.

Non si comprende, sostiene Croce Verde, come siffatto requisito possa risultare compatibile con una procedura di gara, che rispetto al convenzionamento diretto è antitetica. Tanto più che era agli atti del giudizio di primo grado la convenzione diretta per il servizio SUEM 118 da poco sottoscritta, il cui art. 7, penultimo comma, disponeva l'obbligo in capo a Croce Verde di mettere

a disposizione in casi di emergenza straordinaria, in aggiunta alle ambulanze (con i relativi equipaggi) espressamente dedicate al 118, anche quelle dedicate al trasporto ordinario: non si vede come possa essere rispettato detto obbligo nel caso in cui Croce Verde non fosse aggiudicataria del servizio di trasporto ordinario.

16.2. Il Collegio osserva che il requisito in questione, ossia l'inserimento nell'elenco regionale previsto dall'art. 4 della l.r. 26/2012, presupponendo il possesso (nel caso della CRI e delle IPAB, sulla base di dichiarazione sostitutiva, che comunque non è esente da verifiche e controlli) dei requisiti per l'autorizzazione e l'accreditamento delle strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali previsti dalla l.r. 22/2002 o stabiliti in attuazione di essa, garantisce sull'idoneità organizzativa e tecnico operativa ad effettuare il servizio in questione, quale che siano le modalità per definirne l'affidamento.

Pertanto, l'individuazione come requisito non può ritenersi logicamente incompatibile con la gara, ma, al massimo, superflua alla luce degli ulteriori specifici requisiti previsti dalla *lex specialis*.

In ogni caso, come esposto, tra i i soggetti autorizzati ed accreditati iscritti nell'elenco regionale vi sono, ricorrendo i presupposti ivi indicati, anche la CRI e le IPAB - cfr. l'art. 4, comma 2, della l.r. 26/2012 - e dunque Croce Verde, che è inserita nell'elenco, non riceve dalla previsione del possesso del requisito alcun pregiudizio.

L'esistenza, poi, dell'obbligo di Croce Verde, nell'ambito della convenzione SUEM 118, di mettere a disposizione anche le risorse dedicate al trasporto ordinario, dà luogo ad una clausola che presuppone una situazione eventuale, e che quindi può avere o meno efficacia concreta a seconda che detta situazione (affidamento anche del servizio ordinario al medesimo soggetto) si verifichi o no, e si spiega alla luce della pregressa esperienza di affidamento ad essa (peraltro, in esito a gara) anche del trasporto ordinario.

Tale aleatorietà potrebbe forse incidere sull'assetto delle obbligazioni previste dalla convenzione SUEM 118, estranea al presente giudizio, ma non può certo inficiare la gara oggetto di impugnazione.

16.3. Croce Verde ribadisce poi che vi era antinomia tra il bando di gara – che, alla sezione II, punto II.1.6, prevedeva che “Le offerte vanno presentate per tutti i lotti”- ed il disciplinare di gara, che consentiva la partecipazione anche per il singolo lotto.

L' “avviso di rettifica” pubblicato dalla stazione appaltante nella GUUE ha comportato incontrovertibilmente una modifica sostanziale del bando di gara in violazione della *par condicio*, e non può ritenersi essersi trattato di mera precisazione in ordine a previsione equivoca, posto che l'unica lettura possibile della legge di gara era nel senso di ritenere prevalente il bando, come per costante interpretazione giurisprudenziale.

16.4. Il Collegio osserva che la giurisprudenza accorda prevalenza alle previsioni del bando rispetto a quelle del disciplinare e del capitolato, in quei casi in cui sia ravvisabile un'effettiva ed irriducibile antinomia, stante il tenore compiuto ed univoco delle previsioni difformi. Nel caso in

esame, nel bando vi è l'utilizzo di una forma verbale ("vanno presentate") che esprime intrinsecamente doverosità e quindi semplicemente lascia intendere un significato (il TAR l'ha definita "criptica e imprecisa"), ma, di contro, vi sono diverse previsioni degli altri atti componenti la *lex specialis*, aventi una formulazione ben più chiara e rotonda, che disciplinano tale profilo in senso opposto; infatti, l'art. 6 punto 1 del disciplinare dispone che "è ammessa la presentazione di offerte per tutti i lotti funzionali indicati al precedente paragrafo 1"; analogamente, l'art. 3, IV capoverso del capitolato tecnico, prevede che "l'Operatore Economico aggiudicatario dovrà predisporre...il piano di lavoro, riferito al lotto di interesse"; ancora, l'art.4, comma 2, del capitolato d'oneri afferma che "la stipula dei contratti conseguenti avverrà con l'Operatore Economico aggiudicatario di ciascun lotto".

Il Collegio osserva inoltre che la previsione del bando se intesa nel senso voluto da Croce Verde, risulterebbe in aperta contraddizione con la predisposizione di una gara per lotti funzionali, la cui *ratio*, come ha sottolineato il TAR, è proprio quella di consentire di presentare offerte e permettere il confronto tra di esse in relazione a ciascun lotto.

Sembra dunque corretto che si sia trattato di una precisazione in ordine al significato che si poteva trarre dal complesso della *lex specialis*, e non di una "modifica significativa ai documenti di gara", e dunque non fosse necessario conformarsi alla regola del *contrarius actus*.

Anche considerando l'oggetto della rettifica quale "informazione supplementare significativa", parimenti rilevante ai sensi dell'art. 79, commi 3 e 4, del d.lgs. 50/2016, non può ritenersi che ne discendesse la necessità di una proroga del termine. Infatti, nessun (potenziale) concorrente ha ritenuto di dover chiedere chiarimenti, e la stazione appaltante ha comunque evidenziato, in calce alle risposte ai quesiti formulati dalle ditte interessate a partecipare alla gara, che la locuzione "le offerte vanno presentate per tutti i lotti" andava intesa nel senso che "le offerte vanno presentate per uno o più lotti" (cfr. doc. 14 della ricorrente in primo grado). Inoltre, l'avviso di rettifica è stato pubblicato in data 20 febbraio 2018, e quindi tempestivamente rispetto al termine di presentazione delle offerte (fissato 7 marzo 2018), alla luce del parametro di sei giorni previsto dalla lettera a), del comma 3 del succitato art. 79, e quindi risultava idoneo a consentire ai partecipanti alla gara di tenerne debitamente conto

E comunque, Croce Verde non ha argomentato se e in che misura, la rettifica — abbia potuto ledere la propria situazione soggettiva.

La conclusione raggiunta dal TAR si sottrae dunque alle censure dedotte.

16.5. Croce Verde deduce poi l'omessa pronuncia del TAR sulla mancanza di alcuna indicazione in ordine ai criteri utilizzati per determinare il valore della base d'asta.

Ribadisce che tale carenza non avrebbe permesso di verificare l'iter logico seguito nella determinazione del valore attribuito ai singoli lotti e, quindi, impedito agli operatori economici di formulare una consapevole offerta tecnica ed economica.

Inoltre, sostiene Croce Verde, detta carenza non è che la conseguenza dell'assenza di qualsivoglia programmazione del servizio da parte dell'AULSS n. 6, che trova conferma nella mancata

indicazione nella legge di gara del numero di mezzi e di risorse, che dovranno essere impiegati nel servizio, ovvero nell'individuazione di un numero massimo di servizi richiesti.

Il TAR si è invece pronunciato sul profilo di censura concernente l'inadeguatezza della base d'asta a coprire i costi del servizio, ritenendolo inammissibile perché di contenuto meramente prognostico e basato su conteggi parziali.

Tuttavia, mentre Croce Verde ha dimostrato che, sulla base della propria esperienza concreta nella gestione dei lotti 3 e 4, la base d'asta non è in grado di garantire un costo del personale rispettoso dei minimi imposti dalla contrattazione collettiva, nessuna diversa e contraria prova è stata fornita dalla AULSS n. 6, che si è limitata alla generica affermazione che il costo del lavoro è stato determinato sulla base delle tabelle ministeriali (che peraltro, hanno valore meramente indicativo).

Anche l'affermazione del TAR secondo la quale la mancata remuneratività del costo del personale può essere compensata dal complessivo beneficio ricavabile dallo svolgimento dell'intero appalto, non persuade; tale argomentazione potrebbe trovare ragione esclusivamente nel caso in cui la legge di gara non avesse indicato alcun costo del personale.

Così come l'affermazione secondo la quale sarebbe privo di rilievo l'art. 30 del d.lgs. 50/2016. In realtà, detta disposizione non rileva esclusivamente sulla congruità dell'offerta - non essendone neppure direttamente riferibile - contenendo invece "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni". Il disposto normativo individua un principio di diritto applicabile in ogni fase della procedura e dell'esecuzione dell'affidamento, consistente nell'obbligo di applicare al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture il contratto collettivo nazionale di settore.

Infine, contraria alla giurisprudenza risulta la considerazione del TAR secondo la quale una base d'asta incongrua potrebbe, al più, far andare deserta la gara o condurre alla presentazione di offerte non sostenibili, ma non causare l'illegittimità della gara.

16.6. Per quanto riguarda la omessa indicazione dei criteri utilizzati per determinare il valore a base di gara, il Collegio ritiene che tale profilo di censura sia attinente agli altri incentrati sull'indeterminatezza dell'oggetto di gara, fatti valere con distinto motivo che viene esaminato nei punti successivi.

Quanto all'inadeguatezza della base d'asta, la tesi di Croce Verde non è suffragata da sufficienti elementi.

Il Collegio concorda con l'appellante incidentale che l'art. 30 del d.lgs. 50/2016 fornisca anche un parametro rilevante anche ai fini della costruzione della legge di gara, e che un'eventuale difetto di tale costruzione possa risultare viziante, qualora idoneo a fuorviare i concorrenti e indurre alla presentazione di offerte basate su falsi presupposti e in realtà economicamente non sostenibili.

Tuttavia, al di là delle affermazioni di principio sull'irrilevanza dell'art. 30 e sugli effetti di una base di gara insufficiente, aggiunte dal TAR - comunque precisando che un importo stimato a base d'asta, se non remunerativo in relazione alla (quantità e) qualità delle prestazioni richieste al prestatore di servizi, comporta l'alterazione dell'equilibrio economico delle prestazioni stesse -

solo dopo aver rilevato l'inammissibilità delle censure, in quanto basate su dati meramente prognostici e parziali, la valutazione del TAR sulla sostanza della censura in esame appare corretta.

Infatti, la prospettazione di un'incidenza del costo del lavoro pari al 77,7% (con riferimento al c.c.n.l. dei dipendenti degli enti locali) o al 73,4% (con riferimento al c.c.n.l. dei dipendenti delle cooperative), anziché pari al 70%, come risultante dall'importo indicato all'art. 1 del disciplinare, significa soltanto che, sulla base della pregressa esperienza di svolgimento del servizio, limitatamente ai lotti 3 e 4, i costi del personale dell'appellante incidentale sono maggiori. Tuttavia, che detti costi siano quelli "necessari e sufficienti per garantire all'Amministrazione aggiudicatrice il servizio richiesto", è conclusione che risulta condizionata da dette premesse, ben potendo una diversa organizzazione del servizio, consentire costi inferiori.

In questo senso, il riferimento alle tabelle ministeriali del costo del lavoro, utilizzato dalla stazione appaltante per quantificarne l'importo e l'incidenza sulla base d'asta, sembra corretto, posto che le tabelle indicano costi medi sulla base della contrattazione collettiva, comprensivi dei costi delle sostituzioni, ed è poi demandata alla capacità dei concorrenti la formulazione di offerte che sottendano un ribasso su detti costi. E' la stessa Croce Verde, del resto, a sottolineare come nella gara non siano vincolati il numero di mezzi e di risorse che dovranno essere impiegati nel servizio, né un numero massimo di servizi richiesti, e ciò si traduce per gli operatori nella possibilità di costruire un'offerta diversa.

Il riferimento alle tabelle assicura una presunzione di congruità alla stima fatta dalla stazione appaltante, che potrebbe essere inficiata soltanto da una valutazione basata su costi oggettivi, tali da dover essere sopportati da qualsiasi prestatore del servizio.

Ma la doglianza in esame non ha un simile contenuto; e dunque correttamente è stata definita dal TAR parziale e meramente prognostica.

D'altro canto, non sono stati forniti elementi per ritenere che il costo del personale indicato dal disciplinare comporti la disapplicazione dei contratti collettivi. Tale costo, peraltro, non costituisce un parametro vincolante per la disciplina dei rapporti contrattuali che verranno instaurati con il personale per lo svolgimento del servizio, ma soltanto un elemento orientativo della formulazione dell'offerta.

Inoltre, è vero, in linea di principio, che la verifica di congruità della base di gara, ai fini della formulazione di offerte serie e sostenibili, va effettuata nel suo complesso, e quindi non può escludersi che l'eventuale sottostima di una voce di costo, per quanto rilevante sul totale, possa essere compensata con il margine consentito dall'eventuale sovrastima delle altre voci.

Anche il motivo di appello in esame si dimostra perciò infondato.

16.7. Con altra censura, Croce Verde torna a lamentare che la stazione appaltante non avrebbe precisato "gli elementi essenziali del servizio, rendendo di fatto impossibile per l'operatore economico formulare un'offerta consapevole".

Secondo Croce Verde, in considerazione dei tratti connaturati alle prestazioni dedotte ed anzi caratterizzanti la tipologia di servizio posto in gara, sarebbe evidente come le indicazioni presenti risultino del tutto insufficienti in chiave di formulazione di un'offerta realmente consapevole.

Sottolinea a tal fine che oggetto del contratto sono una miriade di singoli trasporti, richiesti giornalmente da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice: l'omessa indicazione di un qualsivoglia dato numerico (in termini di servizi massimi espletabili o di numero massimo di ambulanze con i relativi equipaggi) non può che comportare una effettiva totale indeterminatezza del servizio posto in gara. A poco serve infatti l'indicazione annuale (sulla base del dato storico) del numero complessivo di servizi, il problema essendo i picchi giornalieri.

16.8. Il Collegio osserva al riguardo che il capitolato tecnico fornisce, per ciascun lotto, gli elementi utili e rilevanti per l'organizzazione del servizio e per la predisposizione dell'offerta, desunti dai dati storici (numero di posti letto per ciascun presidio ospedaliero, numero di day hospital e di day surgery, popolazione residente, Comuni serviti, consistenza dell'attuale impiego di mezzi, numero di dimissioni/anno, numero di trasporti per trasferimenti, esami e visite, numero di km/anno, numero di servizi, etc.).

D'altra parte, la stessa Croce Verde sottolinea di conoscere i numeri dei posti letto, i numeri delle dimissioni annue, il numero di trasporti per trasferimenti esami e visite, e che quel che non conosce e non può conoscere è il picco dei servizi, ossia la concentrazione in un ridotto spazio temporale dei servizi richiesti.

Il TAR ha rigettato la censura, sottolineando che la stessa ricorrente aveva riconosciuto che la domanda nel settore in questione è fisiologicamente elastica, essendo i servizi giornalieri siano ad elevatissima variabilità: da una media di 160/180 servizi/die a picchi di 300 servizi/die. Quindi, oltre a tutti gli elementi suindicati, anche i picchi risultano (orientativamente, e per quanto possibile) noti. A ben vedere, ciò che rivendica la censura, non è tanto una lacuna conoscitiva – che, dunque, di per sé non appare tale da impedire la formulazione di un'offerta consapevole (e ciò può essere riferito anche ai criteri di determinazione del valore base di gara) – quanto piuttosto la mancanza di un limite all'obbligo contrattuale che l'appaltatore dovrà assumere.

In questo senso, la censura è male indirizzata.

Non può rilevare, per evidenziare un vizio della procedura in esame, il diverso grado di definizione dell'oggetto raggiunto nella convenzione in data 22 dicembre 2017 per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario d'emergenza, che precisa il dislocamento, ma anche il numero dei mezzi da impiegare nello svolgimento del servizio. La diversità dei servizi impedisce di utilizzare quel dato come parametro vincolante, e comunque il maggior grado di rischio connesso ad un espletamento del trasporto di emergenza urgenza non adeguato alle esigenze, ben può aver suggerito alla AULSS la fissazione di limiti alle risorse da impiegare.

In ogni caso, come sottolineato dal TAR, sono plausibili le considerazioni svolte dalla AULSS, nel senso dell'inesigibilità di ulteriori elementi, posto che la domanda è *ex se* "oltremodo elastica: si tratta di servizio intrinsecamente non programmabile con precisione perché il fabbisogno di

trasporto di pazienti non è preventivabile se non guardando ai dati del passato e immaginando che, con qualche scostamento, essi possano mantenersi simili per il futuro. È compito dei concorrenti formulare un'offerta che, sulla base dei dati forniti, illustri le modalità esecutive e organizzative del servizio e che individui il numero di mezzi e la dotazione di personale da impiegarsi a tal fine...". Inoltre, tenuto conto che l'appellante incidentale gestisce da diverso tempo i lotti nn. 3 e 4, non appare attendibile (pur considerando che l'oggetto del servizio è più ampio e le distanze da percorrere maggiori rispetto al passato) che essa sia priva degli elementi necessari per poter formulare un progetto adeguato.

Se poi, come sostiene l'appellante incidentale, " ... i picchi non sono mai conoscibili a priori e sono stati sino ad ora affrontati solo dando priorità ai servizi più urgenti, ritardando quelli meno urgenti. Con la differenza che il precedente contratto non prevedeva penali per i ritardi, ben sapendo la committente che i servizi non erano programmabili; ora invece sono previste le penali", la mancata predeterminazione del numero dei servizi da prestare giornalmente potrebbe semmai assumere rilevanza in relazione alla distinta censura concernente la logicità delle previsioni sulle penali contrattuali (appresso esaminata).

16.9. Ribadisce infatti Croce verde che le penali previste nella *lex specialis* risultano estremamente dettagliate e severe, individuando ipotesi di inadempimento da ritardo con un livello di puntualità che è assolutamente inesigibile a fronte dell'indeterminatezza dell'oggetto del servizio messo a gara, secondo quanto argomentato nel precedente motivo di appello, nonché alla luce del diritto potestativo di variare in aumento l'oggetto oltre quanto legittimamente consentito dal codice dei contratti pubblici (al quale è rivolto il motivo successivo).

16.10. Il Collegio osserva che, evidentemente, la precisione delle previsioni riguardanti le penali non può essere un elemento negativo; starà ai concorrenti formulare un'offerta, e apprestare un'organizzazione del servizio che tenga conto delle prestazioni richieste nella consistenza massima che potrebbero eventualmente assumere, e sia quindi tale da evitare o ridurre al minimo il rischio di incorrere in inadempimenti, e nella conseguente applicazione delle penali.

Con questa premessa logica (rimasta forse implicita nella sentenza di primo grado), correttamente il TAR, per escludere che il carattere dettagliato delle penali infici la *lex specialis*, ha semplicemente sottolineato come esse non possono che applicarsi in un contesto di "normalità" dello svolgimento del servizio, non certo in situazioni di eccezionalità dovute a fattori contingenti, nelle quali non sia possibile esigere una prestazione più rapida.

16.11. L'ultimo motivo di censura attinente alle modalità di gara riproposto da Croce verde concerne le varianti in corso di esecuzione.

Ad avviso dell'appellante incidentale, oltre alla previsione dell'art. 6 del Capitolato – che prevede espressamente le modifiche o varianti in corso d'esecuzione di cui all'art. 106, comma 1, lett. b), c), d), e comma 2, del d.lgs. 50/2016, e sul quale non vengono sollevate obiezioni - l'art. 3 prevede un diritto potestativo di emettere ulteriori ordinativi in aumento o in diminuzione, diverso dalle facoltà di cui all'art. 6 (che si rendono necessarie a fronte di eventi futuri ed imprevedibili, e

sono normativamente previste), che non è assistito dall'art. 106, comma 1, lett. a), cit., e che comprende una facoltà di variazione che esorbita il 20% di cui al c.d. quinto d'obbligo consentito dal comma 12 della predetta disposizione, come tale illegittima.

16.12. Il Collegio osserva che il TAR ha sottolineato come il servizio posto a gara sia programmabile unicamente sulla base dei dati riferiti al passato, e perciò l'art. 2 del capitolato tecnico abbia espressamente previsto (cfr. il secondo alinea) che “la quantità del fabbisogno oggetto della procedura è stimata sulla base di dati storici potendo variare in relazione alle necessità, in applicazione del regime definito dall'art. 106 comma 1 lettera a) del D.lgs. 50/2016”, norma, quest'ultima, che consente la modificazione del contratto senza una nuova procedura di affidamento “se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili...”.

In effetti, dunque, l'art. 3 del capitolato prevede un elemento di flessibilità che appare riconducibile alla previsione del comma 1, lettera a), citata, e non a quella del comma 12.

Né Croce Verde ha adeguatamente argomentato perché, a suo dire, ciò non potrebbe avvenire.

Anche detta censura risulta pertanto infondata.

17. Restano da esaminare le censure dell'appello incidentale basate sull'applicazione dell'art. 5 della l.r. Veneto 26/2012.

Secondo detta disposizione: *“L'attività di trasporto sanitario di soccorso ed emergenza è svolta dalle aziende ULSS, nonché dai soggetti iscritti nell'elenco regionale di cui all'articolo 4”* (comma 1); *“I rapporti con le aziende ULSS, nonché le modalità con le quali i soggetti iscritti nell'elenco regionale di cui all'articolo 4 concorrono all'attività di soccorso ed emergenza, sono regolati da apposite convenzioni, stipulate sulla base di uno schema tipo approvato dalla Giunta regionale e rese pubbliche in conformità a quanto previsto dalla vigente normativa statale ed europea in materia di contratti pubblici”* (comma 2); *“Qualora l'attività di trasporto sanitario di soccorso ed emergenza non possa essere assicurata dai soggetti iscritti all'elenco regionale di cui all'articolo 4, le aziende ULSS possono affidarla, a titolo oneroso a soggetti individuati attraverso procedure concorsuali ad evidenza pubblica, nel rispetto di quanto previsto dalla vigente normativa statale ed europea in materia di contratti pubblici e rispondenti ai requisiti idonei a garantire livelli adeguati di qualità e a valorizzare la funzione sociale del servizio ”* (comma 5).

Non vi è dunque dubbio che l'affidamento diretto mediante convenzione (che, ai sensi dell'art. 3, *“prevedono un sistema di budget definito secondo criteri basati sulla applicazione di costi standard individuati dalla Giunta regionale ed aggiornati con cadenza triennale”*, nonché, ai sensi dell'art. 4, *“le modalità di verifica e revisione della qualità e della quantità delle prestazioni rese, anche attraverso l'individuazione di appositi indicatori di efficienza e di qualità”*) costituisca, secondo la disciplina regionale, l'opzione prioritaria, e che soltanto qualora non vi siano soggetti accreditati idonei e concretamente disponibili al convenzionamento, sia possibile il ricorso all'evidenza pubblica.

Tale previsione riguarda il trasporto sanitario di soccorso ed emergenza, come definito dall'art. 2: *“viene definito trasporto sanitario di soccorso ed emergenza l'attività svolta con mezzi di soccorso dal personale, sanitario e non sanitario, adibito a tale servizio, nell'esercizio delle seguenti funzioni: a) servizi di trasporto di emergenza e urgenza, eseguiti mediante mezzi di soccorso e gestiti dalle centrali operative di coordinamento del servizio urgenze ed emergenze mediche (SUEM); b) servizi di trasporto previsti nei livelli essenziali di assistenza (LEA), effettuati con mezzi di soccorso; c) servizi di trasporto nei quali le condizioni cliniche del paziente richiedono esclusivamente l'utilizzo di un mezzo di soccorso e durante il percorso la necessità di assistenza di personale sanitario o di altro personale adeguatamente formato, nonché l'esigenza di garantire la continuità delle cure”*.

17.1. Occorre ora ricordare il quadro normativo europeo e nazionale.

Come viene precisato nella sentenza appellata, coerentemente alla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr., in ultimo, Cons. Stato, III, n. 1139/2018):

- il bando di gara, pubblicato sulla G.U.U.E. in data 30 gennaio 2018, ricade nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016 e per esso della direttiva comunitaria n. 2014/24/UE;
- infatti, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. 50/2016, i “servizi di ambulanza”, identificabili con il codice “CPV 85143000-3”, rientrano tra i servizi che sono esclusi dalle disposizioni del codice, ma da tale esclusione sono esplicitamente eccettuati “i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza”, i quali dunque restano assoggettati al sistema dell'evidenza pubblica;
- la matrice di tali previsioni normative è nella direttiva n. 2014/24/UE, la quale, al 28° considerando, stabilisce espressamente che dovrebbe applicarsi a taluni “servizi di emergenza”, se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro; mentre non dovrebbero sottrarsi alla direttiva, invece, i servizi di “trasporto dei pazienti in ambulanza”, ossia quelli identificati con il codice CPV 85143000-3, i quali dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime c.d. alleggerito», Titolo III, capo I della Direttiva 2014/24/UE e Parte II, Titolo VI, Capo II del d.lgs. 50/2016);
- il citato 28° considerando specifica che “anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza”;
- in senso conforme dispone l'art. 10 della direttiva, del quale l'art. 17, comma 1 lett. h) d.lgs. 50/2016 è una fedele trasposizione;
- da ultimo, la possibilità di affidare in convenzione diretta alle organizzazioni di volontariato i (soli) servizi di trasporto sanitario di “emergenza e urgenza” è stata prevista espressamente, a livello nazionale, dal Codice del Terzo Settore (art. 57 del d.lgs. 117/2017).

Pertanto, i servizi di trasporto di persone in ambulanza, qualora di valore pari o superiore alla soglia comunitaria di 750.000,00 euro (art. 35 comma 1 lett. d), come nella specie, ricadono nell'ambito della direttiva UE 24/2014 e del relativo Titolo III, dedicato ai particolari regimi di appalto: in specifico, gli artt. 74 e ss., indicano le disposizioni in tema di affidamento dei servizi

di cui all'allegato XIV (ivi inclusi i servizi di ambulanza). Nell'ambito del d.lgs. 50/2016 i servizi di ambulanza identificati con il CPV predetto, rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140,142, 143 e 144 del codice, possono formare oggetto di appalti pubblici secondo il c.d. "regime alleggerito" di cui all'art. 142 o secondo il sistema della gara "riservata" a determinate categorie di operatori no-profit, ai sensi dell'art. 143.

Di conseguenza, l'area dell'affidamento diretto è limitata ai soli servizi di trasporto in ambulanza che possano definirsi di "emergenza".

17.2. Croce Verde mostra di condividere la suddetta premessa.

Tuttavia, sostiene che, se, in linea generale, il trasporto sanitario ordinario è soggetto all'evidenza pubblica, vi è una norma, altrettanto generale, del codice dei contratti pubblici (art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016), che esclude l'applicazione del codice nel caso ricorrano i presupposti del c.d. partenariato pubblico-pubblico, istituto di carattere generale nell'ordinamento italiano (si veda anche l'art. 15 della legge 241/1990).

La scelta di politica sanitaria, legittimamente assunta dalla Regione Veneto con la l.r. 26/2012, impone che il trasporto sanitario (sia quello d'urgenza, sia quello ordinario, ex art. 2 della l.r. Veneto 26/2012) venga svolto in convenzione, ossia in cooperazione con gli Enti accreditati dal sistema sanitario regionale. Pertanto, ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 5, comma 6, cit. (che nella specie pacificamente ricorrono), il convenzionamento diretto tra Azienda sanitaria ed Ente pubblico accreditato è scelta obbligata a discrezionalità zero, perché già effettuata mediante la l.r. 26/2012, che limitatamente alla fattispecie in esame è armonica e coerente rispetto allo *ius superveniens*.

Aderente sia alla fattispecie, sia alla lettura ermeneutica offerta da Croce Verde risulta non già il precedente citato dal TAR (Cons. Stato, III, n. 1139/2018, in quanto riferito ad associazioni private), ma altro coevo precedente (Cons. Stato, III, n. 1132/2018), reso proprio in materia di accordi conclusi tra Enti pubblici per disciplinare lo svolgimento di attività d'interesse comune.

In sintesi: la norma sul partenariato pubblico-pubblico, derogante il codice dei contratti, prevale senz'altro sull'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. 50/2016, norma che non può obliterare senz'altro la cooperazione pubblica al cospetto del trasporto sanitario ordinario.

17.3. – Croce Verde ripropone anche la censura collegata di difetto di motivazione.

Sostiene che, anche a voler accedere alla tesi secondo cui non sussisterebbe un obbligo in capo all'AULSS n. 6 di convenzionarsi con l'ente pubblico Croce Verde per lo svolgimento del servizio di trasporto ordinario (tesi della tacita abrogazione della l.r. 26/2012), sussisterebbe comunque la facoltà in capo alla stazione appaltante di ricorrere al convenzionamento diretto, in forza dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2012, come richiesto espressamente da Croce Verde.

La censura dedotta e riproposta attiene pertanto al difetto d'ogni motivazione circa le ragioni per le quali l'Azienda comunque ha deciso di non ricorrere alla cooperazione pubblico-pubblico, nonostante: (i) l'espressa istanza presentata da Croce Verde in data 22 febbraio 2017; (ii) l'unicità dell'interlocutore Croce Verde, quale ente pubblico accreditato, su base volontaria, che da ben

105 anni coopera con il sistema sanitario padovano nello specifico settore del trasporto sanitario;
(iii) il principio di leale collaborazione tra enti pubblici.

18. Riguardo a tali censure, con memoria finale, Croce Verde, ha prospettato che:

- nelle more del giudizio di primo grado, un provvedimento simmetrico opposto a quello qui in discussione (affidamento del servizio da parte dell'AULSS n. 5 Polesana all'Associazione (privata) di volontariato Croce Verde Adria) è stato impugnato dinanzi al TAR Veneto, che, con ordinanza n. 643/2018, ha rimesso una questione pregiudiziale alla CGUE;
- come in quel giudizio, anche il servizio qui in esame presenta alcuni elementi distonici rispetto al servizio di mero trasporto in ambulanza ed assimilabili a quello di emergenza; è quindi necessario porre gli stessi quesiti, ai fini di un intervento interpretativo della CGUE, per comprendere se e in che misura sopravviva la disciplina regionale di cui alla l.r. Veneto 26/2012; o, almeno, deve essere disposta la c.d. sospensione impropria del presente giudizio in attesa della pronuncia della CGUE;
- inoltre (in via subordinata rispetto alle tesi difensive dell'appellante incidentale) occorre rimettere alla CGUE una questione pregiudiziale per stabilire se all'applicazione della l.r. 26/2012, limitatamente al caso di specie – connotato dalla natura pubblica, oltre che della stazione appaltante, anche del soggetto con cui verrebbe sottoscritta la convenzione, e riconducibile alle previsioni dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 15 della legge 241/1990 – possa ostare il diritto europeo.

19. Con memoria di replica, la AULSS n. 6, riguardo a dette questioni pregiudiziali, sostiene che:

- la prima concerne una questione diversa da quella rilevante nel caso in esame; infatti, nel caso della AULSS n. 5 si tratta di servizio ibrido, mentre nel caso in esame che si tratti di trasporto ordinario risulta dalla perimetrazione del ricorso di primo grado e dalla sentenza del TAR ed è confermato dalla stessa rimessione nell'altra causa; solo nella prima memoria in appello, Croce Verde, inammissibilmente, ha contestato che il servizio non possa rientrare (tutto) nel trasporto ordinario;
- la seconda è inammissibile, in quanto qualsiasi norma interna che si prestasse a essere interpretata come preclusiva, per una stazione appaltante, della possibilità di scegliere il proprio contraente in esito a confronto concorrenziale retto dalle regole dell'evidenza pubblica, si porrebbe in contrasto con il diritto europeo e dovrebbe essere perciò interpretata in senso ad esso conforme, ossia come norma non preclusiva dell'evidenza pubblica; in altri termini, la compatibilità con il diritto europeo del modulo del partenariato pubblico-pubblico può soltanto portare a ritenere che la stazione appaltante, nei casi previsti, possa scegliere di non utilizzare le regole dell'evidenza pubblica per la selezione del proprio contraente pubblico, non certo che vi sia obbligata.

20. Restano da esaminare le censure basate sull'applicazione dell'art. 5 della l.r. 26/2012 e della disciplina del partenariato pubblico-pubblico.

Il Collegio osserva che, in sostanza, la doglianza fondamentale ritualmente dedotta da Croce Verde, alla luce della condivisione della distinzione tra trasporto sanitario di emergenza e trasporto sanitario ordinario, si risolve nel contestare che il TAR non abbia considerato la possibilità di applicare (ovvero, non disapplicare) la previsione dell'art. 5 della l.r. 26/2012 nel solo caso in cui l'affidamento diretto in convenzione comporterebbe l'attuazione di un partenariato pubblico-pubblico, altrimenti previsto in via generale dalla normativa e compatibile con il diritto europeo.

Sembra evidente al Collegio che la sentenza di primo grado – del resto, in piena coerenza con la prospettazione del ricorso introduttivo, dove viene premessa la distinzione tra i due segmenti del servizio di trasporto sanitario, e in particolare si esplicita, a pag. 18, che “ ... non è dato comprendere come e per quale ragione ... i servizi emergenziali SUEM siano stati (nuovamente affidati mediante convenzione alla stessa Croce Verde ... mentre il trasporto sanitario ordinario sia stato posto a gara” - abbia qualificato il servizio oggetto della gara nel senso che si tratti di servizio di trasporto ordinario.

Nella delimitazione della controversia, si afferma infatti che “Oggetto della presente controversia è la gara indetta dall'ASL n. 6 Euganea per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario di pazienti in ambulanza ...” e che “Secondo la ricorrente il servizio di trasporto ordinario avrebbe dovuto essere affidato non già con gara, bensì in via diretta alla stregua del modulo convenzionale ...”. E poi, in relazione alla censura di difetto di motivazione, per argomentarne l'infondatezza, si afferma “attesa la necessità, prevista dalla legge e testè argomentata, della predisposizione di una procedura concorsuale per l'affidamento del servizio di trasporto infermi non emergenziale”

Tanto che la disapplicazione della norma regionale per contrasto con il diritto europeo è stata dal TAR prospettata, più che disposta, in relazione a detta ipotesi: “ove fosse intesa come inclusiva, ai fini del convenzionamento diretto, anche del servizio di trasporto ordinario in ambulanza (non quindi solo emergenziale e di soccorso), si porrebbe in radicale contrasto con la regola opposta (e certamente prevalente) fissata dalla direttiva europea e dal codice appalti”.

Del resto, il servizio di trasporto di emergenza - SUEM 118 – della AULSS n. 6, come esposto, è stato affidato mediante convenzione diretta proprio a Croce Verde in data 22 dicembre 2017.

L'appellante incidentale (diversamente da ciò che aveva prospettato l'associazione ricorrente nel giudizio che ha originato la ordinanza di rimessione n. 643/2018, invocata dall'appellante incidentale) ha mostrato di condividere tale qualificazione, non contestandola con l'appello incidentale.

Nell'appello incidentale, si premette infatti che il TAR “muove invero da una premessa incontestata dall'appellante incidentale, che, anzi, l'ha premessa a pagina 7 del ricorso in prime cure: i trasporti con ambulanza in considerazione (c.d. trasporto di tipo ordinario) non sono esclusi – in linea generale – dalla disciplina del codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. h), del D.Lgs. n. 50/2016” – pag. 3; e si lamenta che il TAR non abbia seguito fino in fondo il ragionamento proposto in primo grado, né lo abbia confutato per intero, in quanto “E’

stata infatti completamente tralasciata la fondamentale prerogativa che rende Croce Verde un sostanziale unicum nel panorama di riferimento: essa non è una semplice associazione di volontariato, persona giuridica di diritto privato, bensì un Ente Pubblico non economico (pur se su base volontaria), e nella forma e nella disciplina”; sostenendo poi, sulla base di tale presupposto, la legittimità della l.r. 26/2012 quale attuazione dell’istituto del partenariato pubblico-pubblico di cui all’art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016.

Salvo poi, nella prima memoria in appello, prospettare una prima questione pregiudiziale che, presupponendo trattarsi di servizio di trasporto per alcuni aspetti assimilabile a quello di emergenza urgenza (in ragione della presenza, nell’oggetto del servizio, di elementi distonici rispetto ad un mero trasporto sanitario), la contraddice.

Un tale mutamento sostanziale della pretesa azionata, quale ingiustificata *mutatio libelli*, risulta inammissibile, in applicazione dell’art. 104, comma 1, cod. proc. amm.

Rispetto alla pretesa originaria, la prima questione pregiudiziale, incentrata sull’esistenza di un servizio di emergenza urgenza o ad esso assimilabile, è dunque priva di rilevanza in questo giudizio, in quanto il servizio oggetto di gravame deve ormai essere considerato a tutti gli effetti un servizio di trasporto ordinario.

21. Resta da esaminare la seconda questione pregiudiziale.

La portata applicativa della l.r. 26/2012, derivante dall’art. 2, va oltre l’ambito del servizio di emergenza, per comprendere anche attività non consistenti nel trasporto e nell’attività di prima cura del paziente che versa in una situazione emergenziale.

E dunque, se si dovesse applicare la disciplina regionale, anche l’affidamento del servizio in questione, o di sue parti (quelle riconducibili alle previsioni dell’art. 2, lettere b) e c), della l.r. 26/2012), dovrebbe avvenire mediante il convenzionamento diretto con soggetti iscritti nell’elenco regionale previsto dall’art. 5 della stessa legge.

Si è detto che, tuttavia, la pretesa ritualmente azionata in questo giudizio è ormai da intendersi in senso più ristretto, come limitata alla imposizione del convenzionamento diretto nell’ipotesi in cui (come avviene nella presente controversia) la stazione appaltante ed il prestatore di servizi abbiano entrambi natura pubblica, e sussistano gli altri presupposti per attuare un partenariato pubblico-pubblico.

Ad avviso del Collegio, la normativa regionale, qualora intesa nel senso di imporre per il trasporto sanitario c.d. ordinario il convenzionamento diretto, relegando all’impossibilità di esso il ricorso all’evidenza pubblica, si pone – anche nella specifica ipotesi suindicata - in aperto contrasto con la normativa europea e nazionale di recepimento, e dovrebbe pertanto essere disapplicata. Infatti, si potrebbe attribuire alla normativa sul partenariato pubblico-pubblico il significato di consentire motivatamente l’affidamento diretto in convenzione, ma non certo di imporlo, e ciò, comunque, tenendo ferma per la stazione appaltante l’opzione prioritaria di effettuare una gara. Nel senso della possibilità, e non anche della doverosità del ricorso all’affidamento diretto a soggetti pubblici, del resto, sono i precedenti di questo Consiglio relativi

ad altri settori di attività (cfr. Cons. Stato, III, n. 4631/2017 e n. 1132/2018) invocati da Croce Verde.

In ogni caso, Croce Verde lamenta anche, in via subordinata, che non vi sia stata un'adeguata motivazione in ordine alla scelta di effettuare una gara, ed occorre stabilire se dalla l.r. 26/2012 possa discendere almeno un simile specifico obbligo di motivazione.

22. Pertanto, dovendosi astrattamente applicare al servizio l'art. 5, in combinato disposto con gli artt. 1, 2, 3 e 4 della l.r. Veneto 26/2012, occorre valutare la compatibilità con il diritto europeo di dette disposizioni, ed il Collegio, quale giudice di ultima istanza, ai fini della loro eventuale disapplicazione, provvede con separata ordinanza a sottoporre le relative questioni pregiudiziali interpretative alla Corte di Giustizia.

23. Nelle more della decisione della Corte, il giudizio – ormai limitato alla censura incentrata sulla omessa applicazione dell'art. 5 della l.r. 26/2012 e degli artt. 6, comma 5, del d.lgs. 50/2016 e 15 della legge 241/1990 (punto 1 dell'appello incidentale di Croce Verde), ed all'ulteriore residua censura incentrata sul difetto di motivazione della scelta per la gara pubblica (punto 2 dell'appello incidentale), che logicamente presuppone la decisione della prima - è sospeso, e rimane impregiudicata ogni altra questione (in rito, nel merito e sulle spese) devoluta in secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, e impregiudicata ogni ulteriore decisione sul rito, sul merito e sulle spese processuali:

- a) respinge l'appello principale della Azienda ULSS n. 6 Euganea ed accoglie il motivo di cui al punto 9.5. dell'appello incidentale della Pia Opera Croce Verde Padova, e, per l'effetto, conferma sotto ulteriore profilo l'accoglimento del ricorso di primo grado nella parte relativa alla carenza di legittimazione della Azienda;
- b) respinge i motivi di cui ai punti 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9.1 – 9.4, dell'appello incidentale;
- c) dispone che, con separata ordinanza, siano sottoposte in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea questioni di interpretazione del diritto unionale;
- d) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la sospensione del presente giudizio.

Riserva alla sentenza definitiva ogni pronuncia in ordine alle spese e agli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO