

Società cooperativa sociale

Corte di Giustizia UE, Sez. VIII, 7 luglio 2022, cause riunite C-213/21 e C-214/21 - Pres. N. Jääskinen - Est. M. Gavalec - Italy Emergenza Cooperativa Sociale (C-213/21 e C-214/21) c. Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani e altri

Società e consorzi - Società cooperativa sociale - Ristori - Contratti pubblici - Co-progettazione - Trasporti sanitari

(Cost. artt. 2, 3, 76, 118; Dir. 2014/24/UE, art. 10; cod. civ. artt. 2082, 2247, 2511, 2545-sexies; L. n. 241/1990, artt. 11, 12; L. n. 381/1991, artt. 1, 4, 5; D.Lgs. n. 50/2016, artt. 17, 30, 45, 112, 143; D.Lgs. n. 112/2017, artt. 1, 2, 3; D.Lgs. n. 117/2012, artt. 4, 32, 35, 55-57)

L'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Dir. 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristori correlati alle loro attività.

La Corte (omissis).

1. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

2. Tali domande sono state presentate nell'ambito di due controversie tra, rispettivamente, Italy Emergenza Cooperativa Sociale (in prosieguo: "Italy Emergenza") e l'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani (Italia), nella causa C-213/21, e Italy Emergenza e l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza (Italia), nella causa C-214/21, in ordine a due decisioni con le quali tali aziende sanitarie hanno indetto bandi di selezione per l'affidamento mediante convenzione del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza a organizzazioni di volontariato.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3. I considerando 28 e 118 della direttiva 2014/24 così recitano:

"(28) La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 'Servizi di trasporto terrestre' del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici ('regime alleggerito'). Di conseguenza, 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. (...). (118) Al fine di garantire la continuità dei servizi pubblici la presente direttiva dovrebbe prevedere che la partecipazione alle procedure di appalto per taluni servizi nei settori dei servizi sanitari, sociali e culturali possa essere riservata alle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario e alle organizzazioni esistenti, quali le cooperative, per partecipare alla prestazione di tali servizi agli utenti finali. L'applicazione della presente disposizione si limita esclusivamente a taluni servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi, a taluni servizi di istruzione e formazione, a biblioteche, archivi, musei e altri servizi culturali, a servizi sportivi e servizi domestici, e non riguarda nessuna delle esclusioni altrimenti previste dalla presente direttiva. Tali servizi dovrebbe[ro] essere disciplinati dal regime alleggerito".

4. L'articolo 10 di tale direttiva, intitolato "Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi", stabilisce quanto segue:

"La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi: (...)

h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza; (...)"

5. L'articolo 77 di detta direttiva, intitolato "Appalti riservati per determinati servizi", ai paragrafi 1 e 2 prevede quanto segue:

"1. Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare ad organizzazioni il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'articolo 74 identificati con i

codici CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, da 85000000-9 a 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

2. Un'organizzazione di cui al paragrafo 1 deve soddisfare tutte le seguenti condizioni:

a) il suo obiettivo è il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al paragrafo 1;

b) i profitti sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;

c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; e (...).

Diritto italiano

6. L'articolo 17 del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016), intitolato "Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi", al comma 1 stabilisce quanto segue:

"Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: (...)

h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza; (...).

7. Il decreto legislativo del 3 luglio 2017, n. 117 - Codice del terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106 (supplemento ordinario alla GURI n. 179, del 2 agosto 2017) (in prosieguo: il "decreto legislativo n. 117/2017"), contiene un articolo 4, intitolato "Enti del Terzo settore", il cui comma 1 così dispone:

"Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

8. L'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017, intitolato "Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza", enuncia quanto segue:

"1. I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da

almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

2. Alle convenzioni aventi ad oggetto i servizi di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 3-bis e 4 dell'articolo 56".

9. L'articolo 2514 del Codice civile, intitolato "Requisiti delle cooperative a mutualità prevalente", è così formulato:

"Le cooperative a mutualità prevalente devono prevedere nei propri statuti:

a) il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato;

b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi;

c) il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori;

d) l'obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

Le cooperative deliberano l'introduzione e la soppressione delle clausole di cui al comma precedente con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria".

10. Ai sensi dell'articolo 2545 *sexies* del codice civile, intitolato "Ristorni":

"L'atto costitutivo determina i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici. (...).

L'assemblea può deliberare la ripartizione dei ristorni a ciascun socio anche mediante aumento proporzionale delle rispettive quote o con l'emissione di nuove azioni, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2525, ovvero mediante l'emissione di strumenti finanziari".

11. Il decreto legislativo del 3 luglio 2017, n. 112 - Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106 (GURI n. 167, del 19 luglio 2017) (in prosieguo: il "decreto legislativo n. 112/2017"), al suo articolo 3, intitolato "Assenza di scopo di lucro", prevede quanto segue:

"1. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 16, l'impresa sociale destina eventuali utili ed avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio.

2. Ai fini di cui al comma 1, è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominati, a fondatori, soci o

associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto. Nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile è ammesso il rimborso al socio del capitale effettivamente versato ed eventualmente rivalutato o aumentato nei limiti di cui al comma 3, lettera a). Ai sensi e per gli effetti di cui al presente comma, si considerano in ogni caso distribuzione indiretta di utili:

a) la corresponsione ad amministratori, sindaci e a chiunque rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni; (...).

2 bis. Ai fini di cui ai commi 1 e 2, non si considera distribuzione, neanche indiretta, di utili ed avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'articolo 2545-sexies del codice civile e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto, da imprese sociali costituite in forma di società cooperativa, a condizione che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica. (...).

Procedimenti principali e questioni pregiudiziali

Causa C-213/21

12. Con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 27 aprile 2020, l'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani ha indetto una procedura comparativa per l'affidamento, mediante convenzione, del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, per il territorio di sua competenza, a organizzazioni di volontariato rispondenti ai requisiti indicati all'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017.

13. Ritenendo che tale bando contenesse clausole illecite che le impedivano di partecipare alla procedura, Italy Emergenza, una cooperativa sociale la cui attività consiste nell'assicurare il servizio di trasporto sanitario semplice e a mezzo ambulanze, l'ha contestato proponendo un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia). A suo avviso, l'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017 era contrario all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24, letto alla luce del considerando 28 di quest'ultima, in quanto autorizzava l'affidamento diretto, mediante convenzione, dei servizi di trasporto di urgenza ed emergenza unicamente alle organizzazioni di volontariato, con conseguente esclusione delle cooperative sociali. Infatti, ai fini dell'affidamento diretto, mediante convenzione, dei servizi di urgenza ed emergenza, detto articolo 10, lettera h), assimilerebbe pienamente le cooperative sociali alle associazioni di volontariato.

14. Detto giudice ha respinto il ricorso. Da un lato, esso ha dichiarato che il servizio oggetto del bando era un servizio di trasporto sanitario in ambulanza "qualificato",

rientrando nell'eccezione prevista dal suddetto articolo 10, lettera h). Dall'altro lato, il medesimo giudice ha ritenuto che l'esclusione delle cooperative sociali dall'ambito di applicazione di tale eccezione fosse conforme al diritto dell'Unione, in quanto tali cooperative perseguivano una finalità imprenditoriale che giustificava nei loro confronti un trattamento diverso da quello riservato alle organizzazioni o alle associazioni di volontariato senza scopo di lucro. Nel caso di specie, per quanto riguarda Italy Emergenza, l'esclusione sarebbe giustificata alla luce dell'articolo 5 dello statuto di tale cooperativa sociale, che prevederebbe una possibilità di distribuzione di dividendi per un limitato importo.

15. Italy Emergenza ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia dinanzi al Consiglio di Stato (Italia), giudice del rinvio, ribadendo che l'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017 viola l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.

16. Il Consiglio di Stato nutre dubbi quanto alla conformità dell'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017 con tale articolo 10, lettera h). Infatti, mentre l'articolo 57 menzionerebbe solo le organizzazioni di volontariato, e sembra pertanto escludere l'affidamento, mediante convenzione, del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza alle cooperative sociali, detto articolo 10, lettera h), riguarderebbe le organizzazioni o le associazioni "senza scopo di lucro" e non si limiterebbe alle sole organizzazioni o associazioni di volontariato.

17. In tale contesto, il giudice del rinvio rammenta, innanzitutto, che, nella sentenza del 21 marzo 2019, *Falck Rettungsdienste e Falck* (C-465/17, EU: C:2019:234), la Corte ha dichiarato che costituiscono "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro", ai sensi dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24, le organizzazioni o le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, prive di finalità commerciali e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere il loro obiettivo. La Corte avrebbe così sottolineato che il criterio decisivo per rientrare nell'ambito di applicazione di tale disposizione è il perseguimento di uno scopo non lucrativo. Orbene, secondo il giudice del rinvio, l'assenza di scopo di lucro caratterizzerebbe una cooperativa sociale quale Italy Emergenza. Infatti, l'articolo 6 dello statuto di quest'ultima enuncerebbe che "[l]a cooperativa sociale opera senza finalità lucrative e persegue l'interesse generale della comunità alla promozione umana ed all'integrazione sociale (...)". Certamente, l'articolo 5 del medesimo statuto enuncerebbe "il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato". Tuttavia, tale articolo 5 non potrebbe essere considerato probante, trattandosi di disposizione che riprodurrebbe l'articolo 2514 del codice civile.

18. Il giudice del rinvio rileva, poi, che le cooperative sociali si distinguono dalle organizzazioni o dalle associazioni di volontariato. Mentre queste ultime non attribuirebbero alcun vantaggio economico, neppure indiretto, ai

loro membri e si limiterebbero a rimborsare loro le spese sostenute, le cooperative sociali apporterebbero un vantaggio economico ai loro soci, pur perseguendo obiettivi di integrazione e promozione sociale senza finalità lucrative. Pertanto, tali cooperative si caratterizzerebbero per la loro finalità imprenditoriale a carattere mutualistico. Nondimeno, il medesimo giudice relativizza tale differenza, poiché dalla giurisprudenza della Corte risulterebbe che un contratto in cui sia previsto come unico corrispettivo il rimborso delle spese sostenute rientrerebbe nella nozione di "appalto pubblico" quale contratto a titolo oneroso.

19. Peraltro, il giudice del rinvio rileva un ulteriore elemento idoneo a sfumare le differenze tra le organizzazioni o le associazioni di volontariato e le cooperative sociali. Si tratta della possibilità, da un lato, per un'organizzazione o un'associazione di volontariato di assumere lavoratori e, dall'altro, per una cooperativa sociale di avere soci volontari ai quali verrebbe corrisposto solo il rimborso delle spese.

20. Il medesimo giudice sottolinea, infine, che, a supporre che, diversamente dalle organizzazioni o dalle associazioni di volontariato, a una cooperativa sociale non possa essere attribuito in via prioritaria, mediante convenzione, un servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, in applicazione dell'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017, l'attribuzione di un servizio siffatto a una cooperativa sociale potrebbe aver luogo solo attraverso una procedura di appalto pubblico, ciò che sarebbe tuttavia contrario all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.

21. In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se l'articolo 10, lettera h), della direttiva [2014/24] - e con esso il considerando 28 di tale direttiva - osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato - sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione - senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative".

Causa C-214/21

22. Con bando pubblicato il 26 febbraio 2020, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza ha indetto una procedura selettiva per l'affidamento, mediante convenzione, del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, per il territorio di sua competenza, a organizzazioni di volontariato e alla Croce Rossa Italiana.

23. Ritenendo che tale bando contenesse clausole illecite che le impedivano di partecipare alla procedura, Italy Emergenza l'ha contestato, proponendo un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Italia) sulla base dei medesimi argomenti e motivi esposti al punto 13 della presente sentenza.

24. Detto giudice ha respinto il ricorso con la stessa motivazione enunciata al punto 14 della presente sentenza.

25. Italy Emergenza ha interposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, giudice del rinvio, che, per le stesse ragioni esposte ai punti da 16 a 20 della presente sentenza, dubita della compatibilità dell'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017 con l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24. Detto giudice si interroga parimenti sull'incidenza dell'articolo 3, comma 2 bis, del decreto legislativo n. 112/2017, che consente a una cooperativa sociale di non reinvestire parte degli utili e di distribuirli ai soci sotto forma di ristorni.

26. In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

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

Sulle questioni pregiudiziali

27. Con la questione nella causa C-213/21 e con la questione nella causa C-214/21, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 osti a una normativa nazionale che preveda che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti, mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto ad organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività.

28. Occorre rilevare che l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 esclude dall'ambito di applicazione di quest'ultima gli appalti pubblici di servizi aventi ad oggetto servizi identificati con i codici CPV menzionati

in tale disposizione e forniti da “organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro”.

29. Ciò premesso, tale direttiva non definisce la nozione di organizzazioni o di associazioni “senza scopo di lucro”.

30. Orbene, dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione, la quale non contenga alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del proprio significato e della propria portata, devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione europea, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuare tenendo conto del contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla normativa in questione (v., in tal senso, sentenza del 21 marzo 2019, *Falck Rettungsdienste e Falck*, C-465/17, EU:C:2019:234, punto 28 e giurisprudenza *ivi* citata).

31. In primo luogo, la nozione di organizzazioni o di associazioni “senza scopo di lucro” è definita in opposizione ad un raggruppamento a scopo di lucro che è costituito al fine di realizzare un profitto. Così, tale nozione sembra sufficientemente ampia da ricomprendere organizzazioni basate sull'azionariato dei lavoratori o sulla loro partecipazione attiva al governo societario, quali le cooperative sociali, purché esse non perseguano scopi di lucro. 32. In secondo luogo, l'obiettivo dell'eccezione prevista all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 consiste, come è indicato al considerando 28 di quest'ultima, nel preservare il carattere particolare delle organizzazioni e delle associazioni senza scopo di lucro, evitando loro di essere sottoposte alle procedure definite in tale direttiva. Il medesimo considerando 28 enuncia tuttavia che tale eccezione non deve essere estesa oltre lo stretto necessario. In quanto deroga all'ambito di applicazione della direttiva in parola, essa deve essere pertanto interpretata restrittivamente [v., per analogia, sentenza del 20 marzo 2018, *Commissione/Austria (Tipografia di Stato)*, C-187/16, EU:C:2018:194, punto 77].

33. Ne discende che la nozione di organizzazioni o di associazioni “senza scopo di lucro”, ai sensi dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24, deve essere strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che presentano un carattere particolare, vale a dire a quelle che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri.

34. In terzo luogo, occorre ricordare che la Corte ha dichiarato che rientrano in tale nozione le organizzazioni o le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non hanno finalità commerciali e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo della stessa organizzazione o associazione (sentenza del 21 marzo 2019, *Falck Rettungsdienste e Falck*, C-465/17, EU:C:2019:234, punto 59).

35. Orbene, esigendo che gli eventuali utili siano reinvestiti al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione o dell'associazione interessata, la Corte, da un lato, ha considerato che tali utili dovevano essere destinati alla realizzazione delle funzioni sociali perseguite da tale

organizzazione o da tale associazione e, dall'altro, ha chiaramente escluso che detti utili potessero essere distribuiti agli azionisti o ai membri di detta organizzazione o di detta associazione. Ne consegue che le organizzazioni o le associazioni che hanno la possibilità di distribuire utili ai loro membri non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.

36. Tale interpretazione è peraltro corroborata dall'articolo 77 della direttiva 2014/24, letto alla luce del considerando 118 di quest'ultima, che consente agli Stati membri di prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare il diritto di partecipare a procedure speciali per l'aggiudicazione di appalti pubblici relativi esclusivamente a determinati servizi alle organizzazioni che soddisfano le condizioni elencate in detto articolo 77, paragrafo 2. Ebbene, tali condizioni comprendono, da un lato, all'articolo 77, paragrafo 2, lettera b), quella secondo cui l'eventuale distribuzione o ridistribuzione degli utili dovrebbe essere basata su considerazioni partecipative, e, dall'altro, alla lettera c) dello stesso articolo 77, paragrafo 2, quella secondo cui le strutture di gestione o di proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati.

37. Il legislatore dell'Unione ha quindi previsto un trattamento differenziato tra le organizzazioni o le associazioni “senza scopo di lucro”, di cui all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24, e le organizzazioni di cui al punto precedente della presente sentenza. Ne consegue che le organizzazioni e le associazioni di cui all'articolo 10, lettera h), della suddetta direttiva non possono essere equiparate alle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario, quali le cooperative, menzionate al considerando 118 e all'articolo 77 di detta direttiva (v., in tal senso, sentenza del 21 marzo 2019, *Falck Rettungsdienste e Falck*, C-465/17, EU:C:2019:234, punto 60).

38. Dalle considerazioni che precedono discende che, qualora i membri di un'associazione o di un'organizzazione possano ottenere un utile, anche indiretto, correlato alle attività di tale associazione o di tale organizzazione, detta associazione o detta organizzazione non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'eccezione prevista all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.

39. Nel caso di specie, e ferma restando l'analisi della normativa nazionale e dello statuto delle organizzazioni di cui ai procedimenti principali che spetta al giudice del rinvio effettuare, dal combinato disposto dell'articolo 3, comma 2 *bis*, del decreto legislativo n. 112/2017 e dell'articolo 34 dello statuto di *Italy Emergenza* emerge che l'assemblea generale può decidere l'erogazione di ristorni a ciascuno dei soci. Ora, come risulta sia dalle ordinanze di rinvio sia dalle osservazioni di più interessati, siccome i ristorni costituiscono uno strumento per attribuire un vantaggio ai soci di una cooperativa, l'esistenza di siffatta possibilità di distribuzione di “utili” dovrebbe ostare alla qualificazione di una cooperativa sociale, quale *Italy*

Emergenza, come organizzazione o associazione “senza scopo di lucro” ai sensi dell’articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.

40. Occorre pertanto rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l’articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che

prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività.

(*omissis*).

La nozione unionale di organizzazione non lucrativa tra contratti pubblici, Terzo settore e trasporti sanitari di urgenza

di Emanuele Cusa (*)

Che cosa è un’organizzazione senza scopo di lucro nel diritto dell’Unione europea in materia di appalti pubblici? Un ente non lucrativo può distribuire ristorni ai propri membri? Risulta possibile riservare solo alle organizzazioni di volontariato i servizi di trasporto sanitario di urgenza? A queste domande risponde il seguente commento.

What is a non-profit organization in EU law on public procurement? Can a non-profit organization distribute patronage dividends to its members? Is it possible to reserve emergency medical transport services only for voluntary organizations? These questions are answered by the following comment.

Premessa

Questa sentenza è rilevante nella ricostruzione del diritto delle organizzazioni imprenditoriali non solo per essere stata pronunciata dall’organo posto al vertice dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea (preminente sull’ordinamento italiano nelle materie oggetto del provvedimento in commento), ma anche per aver tracciato un chiaro confine tra organizzazioni lucrative e organizzazioni non lucrative; confine che è certamente vincolante per chi è chiamato a interpretare il diritto dell’Unione europea (e pertanto anche il conseguente diritto italiano di attuazione) in materia di contratti pubblici e che è allo stesso tempo utilizzabile dai legislatori unionale e nazionale al fine di fissare il perimetro dell’economia sociale (1) e per distinguere le diverse forme di enti (anche con limitati scopi lucrativi) appartenenti a questo importante settore economico. Le conclusioni cui è giunta la sentenza in parola, benché relative a due controversie riguardanti una cooperativa sociale, sono suscettibili di una più ampia applicazione; in effetti, tali conclusioni, specialmente in base allo scopo di lucro, permettono di differenziare gli imprenditori non lucrativi non solo dalle cooperative sociali,

ma anche dalle società vuoi con la qualifica di impresa sociale, vuoi in forma di cooperativa a mutualità prevalente; forma, quest’ultima, prescelta al 22 settembre 2022, dal 94,58% delle cooperative italiane (2).

Il caso

Una cooperativa sociale impugnò due decisioni di due aziende sanitarie locali con le quali si indissero due procedure comparative per l’affidamento del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza mediante convenzione. L’interesse all’impugnazione discendeva dal fatto che i relativi bandi pubblici erano riservati a enti aventi la qualifica di organizzazioni di volontariato e pertanto impedivano alle cooperative sociali di partecipare alle relative selezioni pubbliche. La cooperativa ricorrente sostenne la supposta illegittimità costituzionale e/o difformità con il diritto unionale dell’art. 57, D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (corrispondente al codice del Terzo settore), il quale consente alle amministrazioni pubbliche di affidare “in via prioritaria”, mediante convenzione (cioè senza osservare il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, corrispondente al codice dei contratti pubblici), alle organizzazioni di

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Sulla quale rimando a E. Cusa, *Sanità integrativa, welfare aziendale ed economia sociale*, in *Rivista ODC*, 2, 2021, 872, 873 e 912 e, soprattutto, alla Comunicazione della Commissione europea, *Creare un’economia al servizio delle persone: un piano*

d’azione per l’economia sociale, 9 dicembre 2021, COM(2021) 778 final.

(2) Secondo i dati dell’albo delle società cooperative - aggiornati al 22 settembre 2022 e accessibili all’indirizzo internet <https://dati.mise.gov.it> - v’erano infatti 101.266 cooperative a mutualità prevalente a fronte di 5.808 cooperative non a mutualità prevalente.

volontariato (ai sensi degli artt. 32-34, D.Lgs. n. 117/2017, ma con determinati requisiti (3)) “i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza”. I relativi tribunali amministrativi regionali rigettarono i due ricorsi sopra menzionati, mentre il Consiglio di Stato successivamente adito ritenne con due distinte ordinanze di sospendere i corrispondenti procedimenti e di sottoporre alla Corte di Giustizia UE la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell’art. 267, par. 1, lett. b), TFUE: l’art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE (sugli appalti pubblici, recepita dall’Italia con il D.Lgs. n. 50/2016) (4) impedisce al legislatore italiano di affidare prioritariamente alle organizzazioni di volontariato, tramite convenzionamento, i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, senza contemplare tra i possibili affidatari le altre organizzazioni prive di scopo di lucro, come le cooperative sociali? La Corte di Giustizia, con la sentenza qui commentata, non ha ritenuto difforme dal diritto unionale (non avendo il potere di farlo) l’art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, ma si è limitata a chiarire l’esatto significato da attribuire al sintagma “organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro” di cui all’art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE; sintagma poi recepito dall’Italia, in generale, mediante l’art. 17, comma 1, lett. h), D.Lgs. n. 50/2016 e, limitatamente ai servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, mediante l’art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 (5); più precisamente, la suprema autorità giurisdizionale unionale ha precisato che gli enti corrispondenti alle

cooperative sociali di cui alla L. 8 novembre 1991, n. 381 non sono sussumibili nella fattispecie coincidente con il sopra riportato sintagma, se la “normativa nazionale” e il loro “statuto” consentano la distribuzione degli utili tra i soci di tali società, anche solo a titolo di ritorno (6).

Le procedure selettive degli operatori nel codice dei contratti pubblici e nel codice del Terzo settore

Per collocare adeguatamente le problematiche sottese alla sentenza oggetto della mia analisi occorre sciogliere il difficile nodo interpretativo rappresentato dal rapporto tra le procedure selettive degli operatori ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016 e quelle ai sensi del D.Lgs. n. 117/2017 (7).

Tali procedure non si distinguono sulla base della natura imprenditoriale del soggetto che produce il bene o il servizio di cui ha bisogno la pubblica amministrazione; tuttavia, l’ente del Terzo settore diverso dall’impresa sociale non è normalmente qualificabile come imprenditore, mentre l’operatore economico contemplato nel codice dei contratti pubblici è di regola un imprenditore, ma potrebbe non esserlo ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. p), D.Lgs. n. 50/2016 (8), stante la non tassatività dell’elenco contenuto nell’art. 45, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 (9).

(3) Cioè i seguenti tre: (i) essere iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore; (ii) aver aderito a una rete associativa di cui all’art. 41, comma 2, D.Lgs. n. 117/2017; (iii) essere accreditate ai sensi dell’eventuale normativa regionale in materia.

(4) La suddetta lett. h) stabilisce che la Dir. 2014/24/UE è inapplicabile agli appalti pubblici di servizi riguardanti, tra l’altro, i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza “forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro”; secondo Corte di Giustizia UE 21 marzo 2019, Falck Rettungsdienste e Falck (C-465/17, EU:C:2019:234), punto 51, i “servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza” sono solamente “l’assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV [Common Procurement Vocabulary (vocabolario comune per gli appalti pubblici)] 75252000-7 (servizi di salvataggio), nonché il trasporto in ambulanza qualificato, comprendente, oltre al servizio di trasporto, l’assistenza prestata a pazienti in un’ambulanza da parte di un soccorritore sanitario coadiuvato da un aiuto soccorritore, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione, con riferimento a detto trasporto in ambulanza qualificato, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto”. Dunque, in caso di trasporto sanitario non di emergenza né di urgenza, le pubbliche amministrazioni italiane sono tenute a bandire un appalto ai sensi dell’art. 142, D.Lgs. n. 50/2016 (eventualmente riservato ai sensi dell’art. 143, D.Lgs. n. 50/2016) e non a utilizzare l’alternativa procedura di cui all’art. 57, D.Lgs. n. 117/2017.

(5) A conferma di ciò la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo che sarebbe diventato il D.Lgs. n. 117/2017, relativamente a quello che sarebbe diventato il citato art. 57, spiegò che “tale disposizione si colloca ... all’interno della più recente cornice normativa europea, con specifico riguardo alla Direttiva 2014/24/UE”.

(6) Una ricostruzione della disciplina delle cooperative indicate nel testo è offerta da E. Cusa, in *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 948 ss. e in *Frammenti di disciplina delle cooperative con la qualifica di impresa sociale*, ivi, 2021, 267 ss.

(7) Sul punto suggerisco i seguenti materiali di riflessione: F. Sanchini, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, 2021, 142 ss. e 224 ss.; Cons. Stato, parere 3 maggio 2022, n. 802, punti 9 ss. (scaricabile da www.giustizia-amministrativa.it), circa i servizi sociali rientranti nell’allegato XI del codice dei contratti pubblici; ANAC, *Linee guida n. 17 recanti “Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”*, 27 luglio 2022 (scaricabile da www.anticorruzione.it); 3; D.M. 31 marzo 2021, n. 72, il cui allegato - *Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del D.Lgs. n. 117/2017 (codice del Terzo settore)* - è un rilevante e utile frutto della collaborazione tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, gli enti territoriali e il Forum nazionale del Terzo settore.

(8) Di contro, il contratto di appalto privato presuppone che l’appaltatore sia qualificabile come imprenditore (così, tra gli altri, G. Zuddas, *Organizzazione dei mezzi necessari*, in *Codice dell’appalto privato*, a cura di A. Luminoso, II ed., Milano, 2016, 3 ss.).

(9) In argomento cfr. A. Tomassetti, *Operatori economici*, in *Trattato sui contratti pubblici* a cura di M.A. Sandulli - R. De Nictolis,

Le suddette procedure possono non distinguersi neanche in base a ciò che riceve l'operatore che è stato selezionato dalla pubblica amministrazione. In effetti, *da un lato*, benché l'appalto pubblico o la concessione siano stati qualificati come contratti a titolo oneroso ai sensi delle relative definizioni contenute nell'art. 3, D.Lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante, diversamente da quello che accade normalmente, può non dover pagare alcun prezzo all'appaltatore (10), rientrando nella nozione (unionale e pertanto italiana (11)) di appalto pubblico anche quello in cui la prima si limiti a rimborsare al secondo le spese sostenute (12). *Dall'altro lato*, in presenza di un affidamento ai sensi del D.Lgs. n. 117/2017 il selezionato ente del Terzo settore stipula un accordo (di solito qualificabile come accordo sostitutivo del procedimento, dalla prassi denominato convenzione) ai sensi dell'art. 11, L. 7 agosto 1990, n. 241 (13); questo accordo deve sì essere concluso all'interno di un procedimento amministrativo di

natura collaborativa (14), ma il suo contenuto è atipico (15); conseguentemente, la stipula dell'accordo in parola può significare per l'amministrazione pubblica un esborso (a titolo di prezzo (16), di rimborso delle spese sostenute o di vantaggi economici ai sensi dell'art. 12, L. n. 241/1990 (17)) o nessun esborso (18).

Dal combinato disposto degli artt. 55-57, D.Lgs. n. 117/2017 e degli artt. 30, comma 8, 59, comma 1 e 140, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 - così come interpretati dalla Corte costituzionale (19), dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali (20) e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) (21) - l'ente affidante è di regola libero di scegliere, se selezionare un operatore secondo le procedure del codice dei contratti pubblici o secondo quelle del codice del Terzo settore (22); l'amministrazione pubblica sarà però costretta a ricorrere al codice dei contratti pubblici, se l'attività di cui ha bisogno non rientri tra quelle di interesse generale tassativamente

Il, Milano, 2019, 569-571 e, soprattutto, F. Sclafani, *Gli operatori economici, in Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, II ed., Torino, 2019, 406-411, il quale riporta la determinante giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia; giurisprudenza, quella appena menzionata, in forza della quale sono oggi operatori economici ai sensi del codice dei contratti pubblici tutti coloro che "sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento" (art. 45, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016); dunque, tra questi operatori possono rientrare certamente gli enti dell'economia sociale e del Terzo settore, quando anche non qualificabili come imprenditori né per il diritto unionale né per il diritto privato italiano.

(10) Come invece deve accadere in presenza dell'appalto privato, il quale è un contratto oneroso e commutativo in cui l'appaltatore è tenuto ad accollarsi il rischio gestorio di produrre il risultato pattuito (sul punto v., *ex multis*, G. Zuddas, *Gestione a proprio rischio*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, II ed., Milano, 2016, 11 ss.). In senso inverso pare però andare A. Tomassetti, *Appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici* a cura di M.A. Sandulli - R. De Nicolis, II, Milano, 2019, 15-30.

(11) Dovendo interpretarsi la nozione italiana di appalto pubblico nel rispetto del diritto dell'Unione europea, come ricorda, ad esempio, C. Sanna, *L'appalto pubblico e l'appalto privato*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, II ed., Milano, 2016, 118-119.

(12) Così Corte di Giustizia UE 11 dicembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" e a. (C-113/13, EU: C:2014:2440), punto 37: "un contratto ... non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto".

(13) La suddetta disposizione disciplina anche le convenzioni di cui all'art. 5, comma 1, L. n. 381/1991, cioè quelle tra le cosiddette cooperative sociali di tipo b - cioè quelle rispettose degli artt. 1, comma 1, lett. b) e 4, L. n. 381/1991 - e gli enti pubblici o società di capitali a partecipazione pubblica "per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate".

(14) Stante l'incipit dell'art. 11, comma 1, L. n. 241/1990, sul quale cfr. G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 197-198.

(15) Così, per tutti, G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., 211 ss. Sulla qualificazione degli accordi amministrativi cfr. G. Greco, *sub art. 11*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 421 ss. e F. Tigano, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. Sandulli, II ed., Milano, 2017, 655 ss.

(16) Più in generale, a favore del fatto che l'accordo amministrativo possa disciplinare un rapporto sinallagmatico tra le parti v. G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., 269-275.

(17) Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, mediante il D.M. 31 marzo 2021, n. 72 - sulla scorta della relazione illustrativa di quello che sarebbe diventato il D.Lgs. n. 117/2017 (ove, nello spiegare il relativo art. 55, si precisa che l'ente del Terzo settore dovrebbe essere selezionato "attraverso procedimenti ex articolo 12 della legge n. 241/1990") - sostiene che gli enti del Terzo settore individuati a seguito di procedimenti di co-progettazione potrebbero ricevere solamente i contributi di cui all'art. 12, L. n. 241/1990; nella medesima direzione pare andare Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131, quando afferma che "il modello configurato dall'art. 55 CTS ... non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata". A mio avviso, la posizione esposta in questa nota non può farsi discendere dal dettato dell'art. 55, D.Lgs. n. 117/2017 o dalla nozione di accordo amministrativo di cui all'art. 11, L. n. 241/1990.

(18) Così A. Lombardi - L. Gallo, *Vademecum. L'affidamento dei servizi sociali nel dialogo fra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore*, 2022 (scaricabile da www.anci.it), 9, circa le convenzioni ex art. 56, D.Lgs. n. 117/2017.

(19) Non si può non citare sul punto la già ricordata Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131, ampiamente commentata in A. Fici - L. Gallo - F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020.

(20) Con D.M. 31 marzo 2021, n. 72.

(21) ANAC, *Linee guida*, cit., 3.

(22) Oppure secondo forme di autorizzazione e accreditamento previste dalla legislazione regionale in materia (così ANAC, *Linee guida*, cit., 4).

elencate nell'art. 5, D.Lgs. n. 117/2017 o, per le imprese sociali (essendo anch'esse incluse negli enti del Terzo settore contemplati dall'art. 55, D.Lgs. n. 117/2017), nell'art. 2, D.Lgs. n. 112/2017. Anzi, in forza dell'art. 118, comma 4, Cost., può sostenersi che la pubblica amministrazione, qualora si trovi nelle condizioni fattuali di poter scegliere quale procedura selettiva utilizzare (ad esempio, quando un dato servizio potrebbe effettivamente essere offerto da esistenti enti del Terzo settore), debba preferire quelle di cui agli artt. 55-57, D.Lgs. n. 177/2017 rispetto a quelle del codice dei contratti pubblici; in effetti, poiché gli enti del Terzo settore costituiscono una tipizzazione delle organizzazioni di cittadini evocate nella citata disposizione costituzionale (a loro volta costituenti una specie del genere rappresentato dalle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.) (23), la pubblica amministrazione (non già può, bensì) deve favorirli nello svolgimento di attività di interesse generale.

L'assegnata priorità alle procedure selettive contemplate nel codice del Terzo settore non contrasta con il diritto dell'Unione europea, nella parte in cui impone il rispetto del diritto dei contratti pubblici al fine di "garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri" (24).

Come infatti la Corte di Giustizia ha più volte ribadito (25), in accordo con la nostra Corte costituzionale (26), gli Stati membri rimangono competenti a organizzare e a modellare i loro sistemi di stato sociale (senza ovviamente introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali) e, nell'esercizio di tale competenza, a selezionare in modo ragionevole determinate classi di operatori (nel nostro caso quelli del Terzo settore) più meritevoli di altre.

Quest'opera di selezione è significativamente esemplificata proprio in presenza dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, esaminati nella

sentenza in esame e ormai oggetto di plurime sentenze sia della Corte di Giustizia, sia della nostra Corte costituzionale (27); la pubblica amministrazione, infatti, non può scegliere liberamente il prestatore di tali servizi sulla base del principio di concorrenza declinato nella disciplina dei contratti pubblici, essendo esclusi i servizi in esame dall'ambito di applicazione della predetta disciplina, qualora gli stessi siano "forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" ai sensi dell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, recepita nel nostro ordinamento dall'art. 17, comma 1, lett. h), D.Lgs. n. 50/2016 (28). La sentenza in commento esamina anche la convenzione di cui all'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 (29).

Questa convenzione costituisce una specie del genere corrispondente alla convenzione di cui all'art. 56, D.Lgs. n. 117/2017, la quale a sua volta costituisce una specie del genere corrispondente all'accordo di cui all'art. 11, L. n. 241/1990 (30), con il quale si conclude il procedimento di co-progettazione di cui all'art. 55, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017; in effetti, (i) la convenzione ex art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 riguarda una sola attività di interesse generale (i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza) e un'unica tipologia di enti del Terzo settore (le organizzazioni di volontariato) (31), (ii) la convenzione ex art. 56, D.Lgs. n. 117/2017 attiene alle sole "attività o servizi sociali di interesse generale" prestate da organizzazioni di volontariato o da associazioni di promozione sociale "in favore di terzi" (cioè a soggetti diversi dai membri delle associazioni eroganti (32)) e (iii) l'accordo ex art. 11, L. n. 241/1990 e art. 55, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017 può essere stipulato da qualsiasi ente del Terzo settore e riguardare qualsiasi attività tra quelle contemplate negli artt. 5, D.Lgs. n. 117/2017 e 2, D.Lgs. n. 112/2017. Inoltre, le prime due classi di convenzioni si distinguono dall'ultima non solo per il fatto che all'operatore selezionato può riconoscersi "esclusivamente il rimborso ... delle spese effettivamente sostenute e documentate"

(23) Analoghi ragionamenti sono condotti nell'allegato al D.M. 31 marzo 2021, n. 72.

(24) Così Corte di Giustizia UE 11 dicembre 2014, cit., punto 51.

(25) Cfr., tra gli altri, Corte di Giustizia UE 11 dicembre 2014, cit., punti 55-59 e Corte di Giustizia UE 28 gennaio 2016, Casta e a. (C-50/14, EU:C:2016:56), punti 59-67.

(26) Ad esempio in Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131.

(27) Sulle quali rimando ancora a F. Sanchini, *Profili costituzionali del Terzo settore*, cit., 120-141.

(28) Per un commento del succitato art. 17, comma 1, lett. h), D.Lgs. n. 50/2016 cfr. C. Pepe, *Esclusioni specifiche in determinati ambiti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli-R. De Nictolis, I, Milano, 2019, 1026-1028.

(29) Sui criteri di valutazione da adottare nel procedimento di selezione ai sensi dell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 cfr., da ultimo, A.

Santuari, *Il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra convenzioni e criteri di valutazione*, in *Sanità pubblica e privata*, 4/2022, 55 ss.

(30) Dello stesso avviso sono A. Lombardi - L. Gallo, *Vademecum*, cit., 67.

(31) F. Lenzi - A. Santuari, *L'affidamento del servizio di trasporto sanitario: problematiche aperte e prospettive*, marzo 2021 (scaricabile da www.fondazioneitaliainsalute.org), 2 s., ricordano la costante presenza delle organizzazioni di volontariato nell'erogazione del servizio di trasporto sanitario, anche prima della costituzione del Servizio Sanitario Nazionale.

(32) Similmente A. Lombardi - L. Gallo, *Vademecum*, cit., 43-44.

(artt. 56, comma 2 e 57, comma 2, D.Lgs. n. 117/2017), ma anche per fatto che non sono stipulate al termine del procedimento di co-progettazione (33). Se la classificazione degli accordi amministrativi appena proposta è corretta, già oggi, in territori ove non fosse operante una convenzione ai sensi dell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, qualsiasi ente del Terzo settore (eventualmente con la qualifica di impresa sociale, magari acquisita di diritto, essendo una cooperativa sociale) o qualsiasi loro aggregazioni (anche temporanee) (34) potrebbero attivare un procedimento di co-progettazione, presentando una proposta alla competente amministrazione pubblica, in qualità di aspiranti prestatori di servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, finalizzata a co-progettare il contenuto e le modalità di tali servizi e, auspicabilmente, a prestarli effettivamente, dopo aver stipulato un apposito accordo amministrativo al termine del procedimento in parola.

Gli operatori da promuovere nella negoziazione con la pubblica amministrazione

Il diritto unionale dei contratti pubblici e il conseguente diritto italiano di recepimento contengono tre fattispecie molto interessanti per il giuscommerzialista in generale e per chi si occupa di economia sociale in particolare: (i) quella già ricordata delle "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" esercenti determinate attività; (ii) quella degli enti di cui all'art. 20, Dir. 2014/24/UE (recepito nel nostro ordinamento con l'art. 112, D.Lgs. n. 50/2016 (35)) "il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate" e la loro attività (qualunque essa sia (36)) venga svolta per almeno il trenta per cento dalle predette persone; (iii) quella delle organizzazioni di cui all'art. 77, Dir. 2014/24/UE (recepito nel nostro ordinamento con l'art. 143, D.Lgs. n. 50/2016) (37) aventi i seguenti tre requisiti: a) il "perseguimento di una missione di servizio pubblico" offrendo determinati servizi sanitari, sociali e culturali; b) il reinvestimento dei profitti nell'organizzazione o la loro

distribuzione basata "su considerazioni partecipative"; c) una struttura interna che consenta la partecipazione di lavoratori, utenti e/o altri soggetti interessati.

La *prima* fattispecie - prevista anche nell'art. 10, par. 8, lett. g), Dir. 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) e nell'art. 21, lett. h), Dir. 2014/25/UE (sugli appalti pubblici in determinati settori), entrambe recepite dall'Italia con il D.Lgs. n. 50/2016 - è stata oggetto della sentenza qui commentata, anche in ragione del fatto che il Consiglio di Stato, nel richiedere sul punto l'interpretazione della Corte di Giustizia, ritenne che le cooperative sociali dovessero rientrare in tale fattispecie. Questa fattispecie è funzionale alla completa disapplicazione della disciplina dei contratti pubblici e all'applicazione, almeno in Italia, dell'alternativa disciplina del convenzionamento. Secondo il legislatore unionale (espressosi nel considerando 28, Dir. 2014/24/UE) la previsione della fattispecie in parola è volta a salvaguardare le peculiarità organizzative dei relativi enti, altrimenti difficilmente preservabili, qualora i prestatori dei servizi di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE fossero selezionati mediante appalti pubblici. La *seconda* fattispecie - prevista anche nell'art. 24, Dir. 2014/23/UE e nell'art. 38, Dir. 2014/25/UE - corrisponde a mio modo di vedere a tre classi di soggetti, normalmente imprenditori secondo il vigente diritto italiano: (i) le cooperative sociali di tipo b; (ii) le imprese sociali non appartenenti alla classe *sub* (i), ma osservanti l'art. 2, commi 4 e 5, D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 112; (iii) gli altri enti esercenti le loro attività con almeno il trenta per cento dei loro lavoratori qualificati come persone svantaggiate. Questa fattispecie serve invece per consentire alla stazione appaltante di riservare agli operatori economici sussumibili in essa il diritto di partecipare alle procedure di appalto o a quelle di concessione. La *terza* fattispecie - prevista anche nell'art. 94, Dir. 2014/25/UE - è la più vaga dal punto di vista del diritto delle organizzazioni, anche se in essa devono essere annoverate le cooperative (38) e (in ragione dei relativi vincoli nel perseguimento dello scopo lucrativo (39)) possono rientrarvi, a determinate

(33) A favore dell'alternatività tra le forme di co-programmazione e/o di co-progettazione ex art. 55, D.Lgs. n. 117/2017 e la sottoscrizione di convenzioni ex art. 56, D.Lgs. n. 117/2017 v. ANAC, *Linee guida*, cit., 3.

(34) Come ammettono, più in generale, A. Lombardi - L. Gallo, *Vademecum*, cit., 53.

(35) Sul quale v., da ultimo, ANAC, *Linee guida*, cit., 13-15.

(36) Per tutti, recentemente, Cons. Stato 24 febbraio 2022, n. 1300, ove si precisa che "gli appalti riservati ai sensi dell'art. 112 del D.Lgs. n. 50 del 2016 possono essere svolti anche per importi

superiori alla soglia di rilevanza comunitaria e per tutte le tipologie di appalti/concessioni, senza alcun limite di oggetto".

(37) Non coincidente con quella di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, come precisa CGUE 21 marzo 2019, cit., punto 60.

(38) In effetti, il considerando 118 della Dir. 2014/24/UE, esplicativo dell'art. 77 della stessa Direttiva, indica espressamente le cooperative come esempio delle organizzazioni di cui al citato art. 77, Dir. 2014/24/UE.

(39) Per CGUE 7 luglio 2022, cit., punti 31, 37 e 38, nella prima fattispecie di enti indicata nel testo possono far parte anche una

condizioni, anche le società consortili, le imprese sociali e gli imprenditori in forma di associazione e di fondazione. Questa fattispecie è utilizzabile dalla stazione appaltante per limitare ai soggetti appartenenti alla fattispecie in esame la partecipazione in procedure di appalto.

Questa intersezione tra diritto delle organizzazioni e diritto dei contratti pubblici è auspicabile che venga prossimamente disciplinata con maggior chiarezza, in ragione non solo dei forti dubbi delle stazioni appaltanti nel delineare all'interno dei relativi bandi il perimetro delle tre fattispecie sopra elencate, ma anche della necessità che l'amministrazione pubblica acquirente di beni e servizi sul mercato concorra con più efficacia ed efficienza nel rendere meno diseguale e più sussidiaria e solidale la nostra società.

Questo compito del legislatore nazionale dovrebbe presto essere facilitato dall'Unione europea, allorché questa tratterà con più precisione (mediante una raccomandazione) la definizione di economia sociale e dunque i profili degli operatori economici da includere in essa (40).

Le finalità sociali e non commerciali delle organizzazioni senza scopo di lucro

Secondo la Corte di Giustizia le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE sono quelle che "hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali", "non hanno finalità commerciali" e "reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo della stessa organizzazione o associazione" (41).

La Corte di Giustizia non spiega quale sia "l'obiettivo di svolgere funzioni sociali" e se tale obiettivo possa essere raggiunto solo coinvolgendo dei volontari nell'esercizio delle attività delle organizzazioni in esame.

Il dettato dell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE non consente inoltre di ritenere automaticamente presente questo obiettivo, ogni volta che un'organizzazione svolga una o più delle attività elencate nella

citata lettera h); il che è confermato dalla relativa attuazione italiana, ove si impone alle organizzazioni di volontariato, interessate a essere selezionate dalla pubblica amministrazione in via prioritaria per svolgere servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza ai sensi dell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, di contribuire "a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà". Tuttavia, questi due requisiti conati dalla Corte di Giustizia e dal legislatore italiano sono altrettanto enigmatici quanto quello previsto per qualsiasi ente del Terzo settore (diverso dalle cooperative sociali (42)): "finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" (art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017 e art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 112/2017); finalità, queste ultime, che non sono anch'esse automaticamente rispettate per il semplice fatto che tali enti esercitino prevalentemente le attività di interesse generale elencate tassativamente nell'art. 4, D.Lgs. n. 117/2017 e nell'art. 2, D.Lgs. n. 112/2017.

Risulta altrettanto difficile comprendere il divieto di avere "finalità commerciali" sancito dalla Corte di Giustizia. In effetti, leggendo specialmente la sentenza qui commentata, ritengo che tale divieto non significhi che l'organizzazione senza scopo di lucro debba organizzare i fattori di produzione in modo da non potersi qualificare imprenditore secondo il diritto unionale. D'altra parte è pacifico per quest'ultimo diritto (ma anche per il diritto italiano) che la nozione di imprenditore sia compatibile con l'assenza di scopo lucrativo.

Il divieto in parola non può nemmeno essere letto nel senso che le attività contemplate nell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE debbano avere come destinatari se non esclusivamente almeno prevalentemente soggetti estranei all'ente esercente tali attività; sicché la ragione che ha portato il legislatore italiano a contemplare solo le organizzazioni di volontariato e non anche le associazioni di promozione sociale nell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 non corrisponde alla regola secondo la quale le prime devono operare "prevalentemente in favore di terzi" (art. 32,

porzione degli enti appartenenti alla terza fattispecie sopra esaminata, a condizione che questi ultimi enti "non perseguano scopi di lucro"; l'assenza di lucratività non è infatti un requisito richiesto per integrare la predetta terza fattispecie, la quale consente espressamente la distribuzione di utili "basata su considerazioni partecipative".

(40) Secondo la Comunicazione della Commissione europea, *Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale*, cit., 3, "l'economia sociale comprende i soggetti che condividono le caratteristiche e i principi comuni fondamentali descritti di seguito: il primato delle persone, nonché del fine sociale e/o ambientale, rispetto al profitto, il reinvestimento della maggior parte degli utili e delle eccedenze per

svolgere attività nell'interesse dei membri/degli utenti ('interesse collettivo') o della società in generale ('interesse generale') e la *governance* democratica e/o partecipativa". In tale Comunicazione si precisa che la Commissione europea presenterà nel 2023 "una proposta di raccomandazione del Consiglio sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale" e che si dovrà migliorare l'accesso ai mercati da parte degli operatori dell'economia sociale grazie a un miglior uso negli Stati membri degli appalti pubblici socialmente responsabili.

(41) Così CGUE 21 marzo 2019, cit., punto 59.

(42) Almeno per E. Cusa, *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, cit., 961-962.

comma 1, D.Lgs. n. 117/2017), mentre le seconde svolgono le loro attività “in favore dei propri associati, di loro familiari o di terzi” (art. 35, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017) e pertanto possono operare anche in una logica puramente mutualistica (cioè a servizio esclusivo dei propri associati).

Il requisito delle “finalità commerciali” non può neppure considerarsi come semplicemente ripetitivo del requisito della non lucratività, stante la chiara indicazione di segno opposto offertaci dalla Corte di Giustizia (43).

A mio avviso, le “organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro” di cui all’art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE “non hanno finalità commerciali”, se esercitano le attività elencate nella citata lett. h) a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superino i costi effettivi; dunque, un vincolo relativo non già al soggetto agente, bensì a ciò che si riceve a fronte dello svolgimento delle attività in parola. Il che trova conferma nel diritto dell’Unione europea (44) e nel diritto italiano (45), secondo i quali queste organizzazioni non lucrative possono svolgere marginalmente delle attività dalle quali ricevere corrispettivi superiore al rimborso delle spese e dunque capaci di generare utili o avanzi di esercizio (46).

Ma, allora, il dettato dell’art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 è coerente con l’interpretazione dell’art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE offerta dalla Corte di Giustizia. In effetti, da un lato, vale unicamente per le organizzazioni di volontariato (e non anche per le associazioni di promozione sociale, le cooperative o le imprese sociali) la regola secondo la quale “per l’attività di interesse generale prestata ... possono ricevere soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate” (art. 33, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017); dall’altro lato, gli artt. 56, comma 2 e 57, comma 2, D.Lgs. n.

117/2017 impongono alle amministrazioni pubbliche di “prevedere esclusivamente il rimborso ... delle spese effettivamente sostenute e documentate” nelle convenzioni aventi a oggetto i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza (47).

Le finalità non lucrative e i ristorni

La giurisprudenza della Corte di Giustizia è certamente più chiara nel delineare il divieto di perseguire lo scopo lucrativo per le organizzazioni sotto scrutinio, cioè il dovere di reinvestire “eventuali utili al fine di raggiungere l’obiettivo della stessa organizzazione o associazione”.

In *primo* luogo, non basta che il diritto nazionale riconosca un ente come di pubblica utilità per qualificarlo come organizzazione senza scopo di lucro ai sensi dell’art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, qualora il predetto diritto non imponga a tale ente anche il perseguimento di uno scopo non lucrativo (48).

In *secondo* luogo, non può esservi un’organizzazione senza scopo di lucro ai sensi dell’art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, qualora i suoi membri “possano ottenere un utile, anche indiretto, correlato alle attività di ... tale organizzazione” (49).

In *terzo e ultimo* luogo, v’è certamente perseguimento dello scopo lucrativo se i membri di una cooperativa si distribuiscano (anche solo) dei ristorni, essendo questi “uno strumento per attribuire un vantaggio ai soci di una cooperativa” e pertanto corrispondendo a una distribuzione di utili (50).

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 7 luglio 2022, conferma quanto da tempo sostengo in forza sia del diritto unionale (51) sia del diritto italiano (52): i ristorni sono sempre una quota dell’utile di esercizio (53), quand’anche fossero regolati dalla coopera-

(43) Si legga CGUE 21 marzo 2019, *passim*, cit., ove si distingue l’assenza “di finalità commerciali” dall’obbligo di reinvestire “eventuali utili al fine di raggiungere l’obiettivo dell’organizzazione o dell’associazione”.

(44) Cfr. Corte di Giustizia UE 28 gennaio 2016, cit., punti 78-79.

(45) Mi riferisco all’inciso contenuto nell’art. 33, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017, relativo alle attività non di interesse generale che le organizzazioni di volontariato possono svolgere in via accessoria.

(46) Proprio le condizioni economiche imposte alle organizzazioni non lucrative che intendano svolgere in favore della pubblica amministrazione servizi di trasporto sanitario di urgenza costituiscono - secondo Corte cost. 23 febbraio 2022, n. 72 - una delle ragioni del fatto che l’art. 76, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017 stabilisce la destinazione dei contributi per l’acquisto di autoblanczi (da utilizzarsi esclusivamente per l’esercizio di attività di interesse generale) solo in favore delle organizzazioni di volontariato.

(47) Come però si precisa in Corte di Giustizia UE 11 dicembre 2014, cit., punto 62, “relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un’attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l’attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse”.

(48) Così CGUE 21 marzo 2019, cit., punto 56.

(49) CGUE 7 luglio 2022, cit., punto 38.

(50) In questo senso ancora CGUE 7 luglio 2022, cit., punto 39.

(51) E. Cusa, *Die Verwendung des Betriebsergebnisses*, in *Handbuch der Europäischen Genossenschaft (SCE)*, a cura di Schulze, Baden-Baden, 2004, 129 ss.

(52) E. Cusa, *Il diritto contabile delle cooperative*, in corso di pubblicazione, in *Riv. dir. comm.*, 4/2022.

(53) Da ultimo, nel medesimo senso, anche Cons. Stato 3 maggio 2022, n. 3460, ove si trova scritto che i ristorni tra soci sono “assimilabili alla ripartizione di utili”.

tiva come costi derivanti da appositi negozi parziari (54).

Risulta pertanto non condivisibile il documento OIC denominato *Specificità delle società cooperative. Emendamenti ai principi contabili nazionali*, datato 9 giugno 2022, secondo il quale i ristorni potrebbero essere contabilizzati come rettifiche di voci del conto economico (e dunque non come una quota dell'utile di esercizio) (55).

Se è vero che i ristorni implicano una distribuzione di utili, emerge con maggior evidenza la contraddizione presente nella disciplina italiana delle imprese sociali; queste imprese sono definite come “enti privati... senza scopo di lucro” (nell'art. 1, D.Lgs. n. 112/2017), anche in ragione del fatto che le medesime rientrano nell'insieme degli enti del Terzo settore ai sensi dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017, tutti apparentemente caratterizzati dall'assenza dello scopo lucrativo; tuttavia, le imprese sociali in forma di società lucrativa o di società cooperativa possono distribuire (direttamente o indirettamente) una seppur limitata quota di utili tra i loro soci, ai sensi dell'art. 3, D.Lgs. n. 112/2017.

Le cooperative possono essere organizzazione senza scopo di lucro

Contrariamente a quello che si potrebbe affermare a seguito di una frettolosa lettura della sentenza qui scrutinata, quest'ultima non impedisce di includere le cooperative nella classe delle organizzazioni di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, così come interpretata con efficacia *erga omnes* da detta sentenza.

In effetti, dai punti 39 e 40 di questo pronunciamento ricavo che nell'individuare tali organizzazioni non basti escludere dal loro novero quelle aventi una disciplina legale che consenta di perseguire (anche solo limitatamente) i fini lucrativi e quelli commerciali già precisati, dovendosi accertare anche la loro concreta disciplina statutaria e negoziale.

Ma, allora, nella fattispecie di organizzazione indicata nell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE possono essere sussunte anche le cooperative (non solo quelle sociali) e qualsiasi altro soggetto - potenzialmente o

necessariamente non lucrativo - la cui disciplina negoziale (statutaria e/o regolamentare) impedisca di perseguire fini lucrativi e commerciali (56). Si immagini in proposito una cooperativa non sociale di produzione e lavoro che precludesse statutariamente qualsiasi distribuzione di utili tra i soci e che ricevesse (dalla pubblica amministrazione procedente e/o dagli utenti finali) una somma di denaro sufficiente a coprire solamente i costi sostenuti per eseguire i servizi di trasporto sanitario di urgenza.

Se applichiamo queste considerazioni agli enti regolati dal diritto italiano, dobbiamo far rientrare nei soggetti di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE non solo le organizzazioni di volontariato (necessariamente senza fini lucrativi e commerciali), ma anche, ad esempio, le associazioni di promozione sociale e le cooperative i cui statuti e/o regolamenti impongano l'assenza dei fini lucrativi e commerciali sopra ricostruiti (57).

Dal che discendono queste due importanti conseguenze.

La prima. Il Consiglio di Stato non potrà accogliere i due ricorsi presentati nei procedimenti sospesi in attesa della presente sentenza, la quale, pur essendo dichiarativa, produce effetti obbligatori per il giudice del rinvio; il rigetto dei predetti ricorsi, tuttavia, dipenderà non già dalla qualifica giuridica del ricorrente (cooperativa invece che organizzazione di volontariato con certe caratteristiche), bensì dalla concreta disciplina negoziale dello stesso, incapace di garantire la necessaria assenza di fini lucrativi.

La seconda. Lo Stato italiano potrebbe essere costretto a modificare l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, in modo tale che i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza siano affidabili in convenzione prioritariamente a qualsiasi ente rispettoso (per legge e/o per propria regolazione negoziale) dei requisiti ricavabili dall'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE.

In effetti, se non si emendasse l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 nel senso poc'anzi prospettato, si potrebbe sostenere non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale della disposizione appena citata, nella parte in cui consente di

(54) Come quelli solitamente conclusi tra i soci cooperatori e le loro cooperative agricole di trasformazione e commercializzazione di beni agricoli; a favore del fatto che anche in questi casi i ristorni, necessariamente da fatturare, debbano essere intesi come “una parte di utile”, si legga la recentissima sentenza rappresentata da Cass. Civ. 30 agosto 2022, n. 25495.

(55) Il suddetto documento è analizzato *funditus* da E. Cusa, *Il diritto contabile delle cooperative*, cit.

(56) A conferma del ragionamento riportato nel testo rammento CGUE 7 luglio 2022, cit., punto 31, ove si afferma che le

cooperative sociali italiane potrebbero rientrare nelle organizzazioni di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, “purché esse non perseguano scopi di lucro”.

(57) La suddetta disciplina negoziale presuppone che si aderisca alla tesi di una parte della dottrina (qui rappresentata da E. Cusa, *La società consortile*, Torino, 2021, 122-123, ove altre citazioni di segno opposto), secondo la quale le cooperative possono statutariamente escludere la distribuzione non solo di dividendi ma anche di ristorni.

affidare in via prioritaria (58) (ma la potestà legislativa concorrente delle Regioni potrebbe imporre di riservare, sempre in via prioritaria (59)) i servizi di trasporto sanitario urgente alle sole organizzazioni di volontariato con determinati requisiti (60); uno degli argomenti a sostegno dell'ipotizzata illegittimità costituzionale potrebbe essere quello della violazione da parte del legislatore delegato del cosiddetto divieto di *gold plating* (61); divieto, quello appena precisato, che è stato previsto specificatamente dall'art. 1, comma 1, lett. a), L. 28 gennaio 2016, n. 11 (62) (con la quale si delegò il Governo ad attuare le Dir. 2014/23/UE, Dir. 2014/24/UE e Dir. 2014/25/UE) e generalmente dall'art. 32, comma 1, lett. c), L. 24 dicembre 2012, n. 234 (valevole per qualsiasi atto di recepimento di direttive dell'Unione europea), ma che sarebbe stato violato dall'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017; quest'ultima disposizione, infatti, nella misura in cui recepisce l'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE e l'art. 10, par. 8, lett. g), Dir. 2014/23/UE relativamente ai servizi di trasporto sanitario urgente, prevede livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dal diritto unionale.

Si potrebbero però confutare gli argomenti appena esposti, osservando come la scelta di sussumere nella fattispecie unionale delle "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" le sole organizzazioni di volontariato con certe caratteristiche risponda al

dovere costituzionale di favorire gli enti operanti con un adeguato tasso di solidarietà che sarebbe inequivocabilmente provato nel caso di specie dal preponderante e doveroso apporto di volontari nell'esecuzione dei servizi di trasporto sanitario di urgenza (63). La presenza dei volontari consentirebbe poi a queste organizzazioni di contribuire "effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio" (64) e di rispettare il requisito di avere "l'obiettivo di svolgere funzioni sociali" prescritto dall'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE (65).

Nonostante i motivi indicati nel precedente capoverso, la Corte costituzionale potrebbe comunque concludere nel senso che l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 (66) debba essere dichiarato incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. (stante l'irragionevole limitazione alle organizzazioni di volontariato) e dell'art. 76 Cost. (stante la violazione del divieto di *gold plating*); in effetti, il diritto unionale costringerebbe il legislatore italiano a prevedere la possibilità di assegnare in via prioritaria i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza a tutti gli enti (eventualmente circoscrivibili a quelli del Terzo settore) che, sulla base della loro disciplina legale e negoziale, da un lato assicurino di non perseguire lo scopo di lucro e dall'altro lato organizzino l'esecuzione di tali servizi, sia in modo che questi siano svolti mediante il lavoro

(58) Dunque, qualora non si riuscisse ad affidare i servizi di cui all'art. 57, D.Lgs. n. 117/2020 mediante convenzione, gli stessi dovrebbero essere affidati a un operatore economico selezionato sulla base prima delle procedure disciplinate dagli artt. 55 o 56, D.Lgs. n. 117/2017 e dell'art. 5, comma 1, L. n. 381/1991 e poi da quelle ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016.

(59) Così ANAC, *Linee guida*, cit., 6, ove si precisa anche che è sufficiente per l'affidamento dei servizi indicati nel testo "l'istituzione di elenchi di fornitori e l'applicazione del principio di rotazione".

(60) La suddetta interpretazione dell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 fu sostenuta dal Presidente del Consiglio dei ministri, nel suo ricorso volto a dichiarare l'incostituzionalità di una normativa della Regione Sardegna; tuttavia, in Corte cost. 26 novembre 2020, n. 255, non si prende posizione sul punto, limitandosi ad affermare che "non è di palmare evidenza che il citato art. 57 abbia voluto limitare l'istituto convenzionale, per il servizio di emergenza e urgenza, soltanto alle organizzazioni di volontariato, come dedotto dalla parte ricorrente, restringendo così il campo degli affidatari rispetto alla ricordata normativa europea e al codice degli appalti, che includono tale servizio tra quelli per cui è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica. La disposizione è esplicita nell'indicare la facoltà di affidare con convenzione il servizio alle associazioni di volontariato 'in via prioritaria'. Il che pone un problema interpretativo di soluzione non univoca, sul quale non fornisce argomenti la difesa dello Stato, così come non li fornisce riguardo all'applicabilità dell'art. 57 alle cooperative sociali, in ragione del rapporto tra il codice del terzo settore e la L. n. 381 del 1991, che lo stesso codice sembra qualificare come disciplina speciale". Se l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 fosse interpretabile come sostenuto dal Governo italiano, le imprese sociali, tra cui le cooperative sociali, potrebbero essere prescelte per

esercitare i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza solo mediante appalti o concessioni di servizi.

(61) Il suddetto assunto potrebbe essere sostenuto, nonostante la Corte di Giustizia, a conclusione della propria pronuncia del 7 luglio 2022, sembri consentire a uno Stato membro di circoscrivere la fattispecie di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE a una porzione degli enti sussumibili in tale fattispecie. In effetti, il divieto di *gold plating* non costituisce un principio del diritto dell'Unione europea (come emerge in Corte cost. 27 maggio 2020, n. 200) e dunque non è stato preso in considerazione dai giudici lussemburghesi nella controversia esaminata nella presente nota, mentre è un vincolo per il legislatore italiano (come illustrerò a breve nel testo), sul quale può pertanto basarsi l'intervento demolitore della Corte costituzionale italiana.

(62) Una disposizione della suddetta legge delega, assieme alla conseguente normativa delegata contenuta nel D.Lgs. n. 50/2016, sono state dichiarate incostituzionali con Corte cost. 23 novembre 2021, n. 218.

(63) Sul punto rimando, da ultimo, a Corte cost. 23 febbraio 2022, n. 72, ricordando anche che le amministrazioni pubbliche, "nei limiti delle risorse disponibili", devono promuovere "la cultura del volontariato" (art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017).

(64) Corte di Giustizia UE 28 gennaio 2016, cit., punto 67.

(65) Corte di Giustizia UE 21 marzo 2019, cit., punto 61.

(66) Similmente, si potrebbe sostenere non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 56, D.Lgs. n. 117/2017, valevole solo per le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale e non anche per gli altri enti del Terzo settore, considerato pure il rapporto di genere a specie tra questa disposizione e l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, così come confermato in Corte cost. 26 novembre 2020, n. 255.

prevalente dei volontari (67), sia in modo che gli enti prestatori ricevano al massimo il rimborso delle spese sostenute per detti servizi.

Conclusioni

Riassumo le mie considerazioni espresse in questo commento con le seguenti tre proposizioni.

La *prima*. Per una società più giusta, sussidiaria e meno diseguale la prossima riforma della disciplina dei contratti pubblici dovrà meglio definire gli attori dell'economia sociale da promuovere con risorse

pubbliche, tenendo conto delle classi di enti previste nel codice del Terzo settore.

La *seconda*. La cooperativa è un'organizzazione lucrativa, se distribuisce ai propri soci dei ristorni.

La *terza*. La disciplina legale dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza dovrebbe prevedere che le pubbliche amministrazioni possano prioritariamente riservare la relativa esecuzione alle organizzazioni senza scopo di lucro che prestino tali servizi ricevendo al massimo il rimborso delle spese e avvalendosi del lavoro prevalente di volontari.

(67) Il che può essere rispettato anche dalle imprese sociali e dalle cooperative appartenenti al Terzo settore; in effetti, in queste imprese "il numero dei volontari impiegati nell'attività d'impresa ... non può essere superiore a quello dei lavoratori" (art. 13, comma 2, D.Lgs. n. 112/2017) retribuiti, ma ciò non preclude di svolgere una parte delle loro attività (quella relativa ai servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, probabilmente da

mantenersi come secondaria per garantire la sostenibilità di tutte le attività svolte dal relativo ente) avvalendosi prevalentemente di volontari, a condizione che le prestazioni dei volontari siano utilizzate "in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti" (art. 13, comma 2-bis, D.Lgs. n. 112/2017).