

## Tutela della concorrenza e principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale: il caso degli affidamenti dei servizi di ambulanza alle organizzazioni di volontariato\*

[Consiglio di Stato, 13 giugno 2023, n. 5784  
Corte di Giustizia, 7 luglio 2022, cause riunite  
C-213 e 214 del 2021]

Ludovica Costigliolo\*\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo e la recente giurisprudenza. – 3. La posizione della Corte di giustizia sulla discussa nozione di organizzazioni “senza scopo di lucro”. – 4. Considerazioni conclusive.

### 1. Introduzione

La sentenza del Consiglio di Stato n. 5784 del 13 giugno 2023 si inserisce nell’ambito del crescente contenzioso relativo all’affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza in ambulanza e, confermando l’orientamento già espresso

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Procuratore dello Stato presso l’Avvocatura distrettuale di Catanzaro.

dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nelle cause riunite C-213 e 214 del 2021<sup>1</sup>, esclude la possibilità di procedere all'affidamento senza gara dei predetti servizi ad organizzazioni diverse da quelle di volontariato ed in particolare alle cooperative sociali.

Nel caso di specie, una cooperativa sociale aveva impugnato la decisione del Tar dell'Umbria che aveva respinto il ricorso proposto per l'annullamento di una delibera e del conseguente avviso esplorativo con cui era stata indetta una procedura per l'affidamento diretto dei menzionati servizi alle sole organizzazioni/associazioni di volontariato (OdV/AdV).

Il Consiglio di Stato, respingendo l'appello, ha rilevato come la Corte di Giustizia – già pronunciata in fattispecie analoghe – si sia espressa nel senso di ricondurre i cd. “ristorni”, distribuiti ai soci delle cooperative sociali, nell'ambito della categoria generale degli “utili” d'impresa, con la conseguenza di escludere le cooperative dalla nozione ristretta di “organizzazioni ed associazioni senza scopo di lucro”, per le quali, in deroga alla disciplina dell'evidenza pubblica, è consentito procedere ad affidamento diretto senza gara, ai sensi dell'art. 10, lett. h della direttiva 2014/24.

Occorre sottolineare al riguardo che il legislatore italiano ha esplicitato che “*non si considera distribuzione, neanche indiretta di utili e avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale*”<sup>2</sup>, ma per l'approccio sostanzialista della Corte di Giustizia si tratta comunque di un meccanismo idoneo ad attribuire un vantaggio economicamente valutabile ai soci medesimi, che, in tal modo, conseguirebbero un utile, anche indiretto, correlato alle attività di tale associazione o di tale organizzazione. Tale caratteristica, quindi, non consentirebbe di parificare le cooperative in questione alle organizzazioni di volontariato escludendole dal perimetro di applicazione dell'eccezione prevista dal menzionato art. 10, da intendersi in senso restrittivo.

## 2. Il quadro normativo e la recente giurisprudenza

Nell'interpretazione prevalente, la natura onerosa che connota il servizio di trasporto in ambulanza ha comportato tradizionalmente il suo assoggettamento al codice dei contratti pubblici al fine di garantire il rispetto del principio della concorrenza. Si riteneva infatti, che gli eventuali accordi o convenzioni stipulati tra operatori privati e pubbliche amministrazioni per l'espletamento del servizio di ambulanza dovessero essere qualificati come

<sup>1</sup> Si tratta delle questioni sollevate da Cons. Stato, sez. III, ordinanza 3 marzo 2021, n. 1797 e da Cons. Stato, sez. III, ordinanza 18 gennaio 2021, n. 536. In dottrina, S. PELLIZZARI, *Affidamento dei servizi di ambulanza alle organizzazioni di volontariato: la parola torna alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista impresa sociale*, 13 marzo 2021 e S. PELLIZZARI, *Affidamento dei servizi di ambulanza alle organizzazioni di volontariato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 1° settembre 2021, p. 621.

<sup>2</sup> Art. 3 comma 2-bis d.lgs 112/2017.

veri e propri contratti di appalto<sup>3</sup>, soggetti alla normativa comunitaria ed in particolare alle prime direttive di armonizzazione in materia di contratti pubblici di appalto (Dir. 2004/17/CE e Dir. 2004/18/CE).

Successivamente, però, si è progressivamente avvertita la necessità di salvaguardare altre esigenze costituzionalmente tutelate, espressione di differenti valori fondamentali, come quelli di solidarietà e sussidiarietà orizzontale di cui agli artt. 2 e 118, comma 1, Cost.<sup>4</sup>, che, coesistendo le norme a tutela della concorrenza, hanno determinato una progressiva delimitazione di quest'ultima.

A fondamento di questa lettura depone anche l'art. 106 del TFUE che, pur impegnando gli Stati a realizzare un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, consente che le regole che ne derivano non si applichino qualora possano ostacolare la realizzazione di scopi di interesse generale assunti dai pubblici poteri.

I principi di sussidiarietà orizzontale e concorrenza si pongono dunque tra loro – come recentemente confermato dalla Corte costituzionale<sup>5</sup> – in rapporto non già di conflittualità, bensì di alternatività, sì da giustificare il ricorso a forme di affidamento alternative alla gara<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Corte di Giustizia, 29 novembre 2007, causa C-119/06, Commissione/Italia, nella quale la Corte aveva invece affermato la natura di contratto pubblico dell'affidamento del servizio di soccorso con autoambulanze. In dottrina, R. CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit, e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. app.*, 2008, 293; A. ALBANESE, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2008, 453

<sup>4</sup> Come noto infatti, già a livello costituzionale si assiste all'affermazione del principio di sussidiarietà orizzontale da intendersi tanto in senso negativo, come astensione dell'Amministrazione in quei casi in cui i privati siano in grado di intervenire autonomamente, tanto in senso positivo, come collaborazione da parte di Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni nell'ottica di favorire e sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale. Sull'efficacia precettiva del principio in esame e sull'adesione alla teorica della *Drittwirkung* si veda Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094, Foro it., Rep. 2010, voce Giustizia amministrativa, n. 920. In dottrina sul principio di sussidiarietà, A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51 ss.; G. ARENA, *Sussidiarietà e solidarietà*, in *Impresa sociale*, 2005, p. 140 ss.; ID., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 42 ss.; A.M. BALESTRIERI, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione tra mano pubblica e soggetti privati. Spunti per un inquadramento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 615 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, 2013, 37 ss.; M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018, 587 ss.; F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 3 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 637 ss.; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *I servizi sociali tra sussidiarietà verticale e orizzontale. In prospettiva comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 968 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 ss.; A. SANTUARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale quale paradigma per la definizione dei rapporti tra ETS e pubblica amministrazione nella riforma del Terzo settore*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2, 2019.

<sup>5</sup> Sentenza Corte costituzionale, n. 131 del 2020. In dottrina A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI, *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020; definisce la pronuncia come una "svolta" L. GORI, *Sentenza n. 131 della Corte costituzionale su Terzo settore e coprogrammazione e coprogettazione*, in *forumterzosettore.it*; senso della "complementarietà" dei due codici A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, n. 1/2019, 145.

<sup>6</sup> Tale indirizzo è stato accolto dal legislatore che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, ha inserito nel 2020, in diverse disposizioni del d.lgs. 50/2016 l'inciso "fermo restando quanto previsto dal titolo settimo del decreto legislativo

In questa prospettiva volta a individuare i “limiti esterni” dell’operatività del principio della concorrenza, la giurisprudenza ha via via ammesso – in presenza di motivi imperativi di interesse generale, ravvisabili nell’attuazione del principio di solidarietà e nel contenimento dei costi per l’amministrazione – l’affidamento diretto di determinati servizi a enti del Terzo settore. Tale affidamento poteva tuttavia essere consentito solo in presenza di un rimborso dei costi effettivamente sostenuti e in assenza di un vero corrispettivo, atteso che, in tale eventualità, si sarebbe dovuto ricorrere alla ordinaria procedura di gara, per evitare effetti distorsivi della concorrenza.

In linea con tale impostazione si collocano alcune pronunce della Corte di giustizia che hanno riconosciuto agli Stati membri la possibilità di svolgere le attività che hanno una spiccata valenza sociale – ad esempio in materia di trasporto sanitario di emergenza – attraverso modelli organizzativi ispirati, per l’appunto, non già al principio di concorrenza, bensì a quello di solidarietà. Fra queste meritano menzione, in particolare, il caso Spezzino (CGUE, 11 dicembre 2014, C113/13) e il caso Casta (CGUE, 28 gennaio 2016, C-50/14). In entrambe le vicende alcune aziende sanitarie locali avevano affidato senza gara il servizio di trasporto dei dializzati verso strutture sanitarie ad associazioni di volontariato a fronte di un mero rimborso delle spese sostenute.

La Corte in entrambe le ipotesi ha affermato il principio secondo cui la normativa sovranazionale e in particolare la libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (artt. 49 e 56 TFUE) non osta a una disciplina nazionale *“che consenta alle autorità locali di attribuire la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza venga attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l’ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l’attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata”*.

L’orientamento così maturato nella giurisprudenza eurounitaria ha poi trovato riconoscimento espresso nell’art. 10 lett. h della direttiva 2014/24, recepito, a livello nazionale, nell’art 17 c 1 lett. H del d.lgs. 50/2016. La direttiva, più precisamente, esclude dal proprio ambito di applicazione gli appalti di pubblici servizi *“concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro (...)”* ad eccezione dei *“servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza”*, i quali dunque restano assoggettati al sistema dell’evidenza pubblica e specificamente al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici (regime

---

3 luglio 2017 numero 117”, quasi ad affermare una primazia del Codice del Terzo settore, al di fuori del quale trova applicazione la disciplina della concorrenza, tanto da indurre taluni a definire la solidarietà come “controlimite” alla concorrenza. In questo senso, F. PIZZOLATO, *Il volontariato davanti alla Corte costituzionale*, Dirittifondamentali.it, 3 settembre 2020, L. GORI, *Gli effetti giuridici ‘a lungo raggio’ della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit. L’esclusione menzionata è stata peraltro confermata dal nuovo codice, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 all’art. 6.

c.d. “alleggerito”, Titolo III, capo I della Direttiva 2014/24/UE e Parte II, Titolo VI, Capo II del D.Lgs. 50/2016). In tal senso si pone, peraltro, il Considerando n. 28 della medesima direttiva che sancisce la necessità di “*stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi*” nonché quella di precisare che i servizi 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»)*”.

Dal quadro così sinteticamente delineato emerge, pertanto, come le disposizioni europee e nazionali delimitino i presupposti per l'affidamento diretto in modo rigoroso, circoscrivendoli ai soli servizi di trasporto in ambulanza che possano definirsi di “emergenza”, con la conseguenza che il trasporto ordinario (non in emergenza) deve considerarsi soggetto al regime dell'evidenza pubblica.

Questa distinzione risulta confermata dalla costante giurisprudenza della CGUE<sup>7</sup> e sul punto è altresì intervenuto il Consiglio di Stato<sup>8</sup> che ha evidenziato come la differenza fra trasporto di urgenza e trasporto ordinario in ambulanza sia il frutto di una scelta del legislatore eurounitario, motivata da ragioni legate alla necessità di restringere il novero delle eccezioni al principio della concorrenza, dal momento che esso va inteso nella sua dimensione funzionale come strumento per l'attuazione della libertà di circolazione dei lavoratori e di libera prestazione dei servizi, tutelate dai Trattati.

In tale contesto assumono rilievo gli articoli 55, 56 e 57 del d.lgs. 117/2017<sup>9</sup>. Dopo l'entrata in vigore del menzionato decreto legislativo, noto come Codice del Terzo settore – che legittima gli ETS a svolgere compiti di interesse generale in sinergia con la pubblica ammi-

<sup>7</sup> Si veda da ultimo Corte di Giustizia 21 marzo 2019, C- 465/17, che ha parificato il servizio di trasporto di emergenza a quello qualificato, precisando che “*l'art. 10, lettera b), della direttiva 2014/24/UE, deve essere interpretato nel senso che rientrano nella deroga da esso prevista all'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici l'assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, 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, 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*”.

<sup>8</sup> Sul punto Consiglio di Stato 22/02/2018, n. 1139.

<sup>9</sup> Gli enti del terzo settore sono enti in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia dati e informazioni - di cui spesso l'amministrazione non dispone e che sarebbero altrimenti raccolti in tempi superiori e con costi maggiori - sia un'importante capacità organizzativa e di intervento. In questo senso S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel codice del terzo settore*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019, 89 ss. che vede nella collaborazione fra pubblico e Enti del terzo settore “*un modello ideale per consentire l'alleggerimento dell'intervento pubblico a favore di iniziative private complementari, spesso più flessibili, innovative e in grado di sopperire alla progressiva crisi di risorse pubbliche*”, M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2018, 599 ss; S. PELLIZZARI, *New Commons e servizi sociali: Il modello dell'amministrazione condivisa tra autonomie territoriali, terzo settore e Società civile organizzata*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni Comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, 249 ss. Per una completa disamina della disciplina di nuova introduzione A. FUSARO, *Gli enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 2022.

nistrazione nel rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale – si è resa ancor più necessaria l'esigenza di chiarire come conciliare questa forma di co-amministrazione con la disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici.

Fin dai primi commenti<sup>10</sup> fu evidenziata la potenziale distonia fra le finalità delle due discipline e la conseguente necessità di interpretare in senso restrittivo le disposizioni che consentono di affidare servizi di interesse generale senza gara ad Enti del Terzo Settore, in considerazione della centralità delle regole sulla concorrenza anche per tali enti e dell'eccezionalità di forme alternative di co-amministrazione<sup>11</sup>.

Sotto questo profilo, si riteneva che il ricorso alla gara anche per un ente *no profit* trovasse riscontro sia nella nozione di appalto<sup>12</sup>, sia in quella ampia di "operatore economico" tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza anche comunitaria<sup>13</sup>. D'altronde lo stesso d.lgs. 50/2016, agli artt. 142 ss. e 164 ss. prevedeva un sistema concorrenziale per l'affidamento dei servizi sociali attraverso contratti di appalto e concessione pur mediante un regime

<sup>10</sup> Al riguardo si richiama il parere del Consiglio di Stato del 20 agosto 2018 n. 2052, che, nonostante l'apertura mostrata della Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 dell'ANAC – che affermava la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di alcuni servizi sociali agli ETS purché fossero rispettate le due condizioni della presenza di organizzazioni di volontariato selezionate fra soggetti affidabili e dell'affidamento a titolo gratuito – aveva limitato gli affidamenti diretti senza gara ai soli casi di effettiva gratuità della prestazione, da intendersi "come escludente la remunerazione anche indiretta dei fattori produttivi", ossia connotata da una perdita dell'associazione e da un guadagno del sistema in generale secondo un'idea pauperistica dell'intervento.

<sup>11</sup> Nel menzionato parere si affermava che "*in considerazione della primazia del diritto euro-unitario, peraltro, la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni*". In senso critico sul punto A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, cit.

<sup>12</sup> L'appalto per la Corte di Giustizia consiste infatti in un «*contratto a titolo oneroso*», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva UE 2014/24, dove per onerosità si ritiene sufficiente la sussistenza di un formale corrispettivo, anche corrispondente a un mero rimborso delle spese così come precisato dalla Sentenza della Corte (Quarta Sezione) 10 settembre 2020, causa C367/19, secondo cui "*l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta di un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che il prezzo proposto nell'offerta è di EUR 0*".

<sup>13</sup> La nozione di operatore economico non coincide con la nozione di impresa e non presuppone lo scopo di lucro, essendo tale ogni soggetto che, a prescindere dalla propria forma, è autorizzato ad erogare la prestazione oggetto della gara, in base all'ordinamento di appartenenza. Nella menzionata sentenza Conisma 23.12.2009 Causa C-305/08 la Corte aveva chiarito il principio di liberalizzazione della nozione generale di operatore economico affermando che "*il legislatore comunitario non ha inteso restringere la nozione di «operatore economico che offre servizi sul mercato» unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici*". I medesimi principi sono stati ribaditi nella sentenza Fondazione PARSEC 11.06.2020 Causa C-2019/19, con riferimento al settore particolare degli appalti di servizi tecnici. Il tema è stato trattato da A. REGGIO D'ACI, *Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità della convenzione va valutata in termini comunitari*, in *Urb. app.*, 2013, 685 ss.; P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, ivi, 2011, 335 ss.; R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, cit.; M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 465 ss.

“privilegiato” di procedura, caratterizzato da una gara a base ristretta, ossia solo fra soggetti aventi caratteristiche simili agli Enti del Terzo Settore (art. 143 c. 2)<sup>14</sup>.

Il menzionato art. 55 riguarda più precisamente la coprogrammazione e la coprogettazione, intese l’una come forma di coinvolgimento degli enti del terzo settore in partecipativi (e non codecisori) al fine di coadiuvare le amministrazioni ad individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi necessari, le modalità di realizzazione e le risorse da impiegare e l’altra come forma per definire in concreto gli specifici progetti ed eventualmente di realizzarli<sup>15</sup>. La co-programmazione e la co-progettazione costituiscono declinazioni legislativamente codificate della cd. amministrazione condivisa<sup>16</sup> e si configurano più precisamente come fasi di un procedimento complesso, espressione di un rapporto tra pubblico e privato che non si basa sulla corresponsione di un corrispettivo dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi, sull’aggregazione di risorse per la programmazione e la progettazione in comune. Ciò consente di affermare, ancora una volta, che la concorrenza e la solidarietà abbiano ciascuno un proprio autonomo ambito applicativo e costituiscano quello è stato definito un “cappello a due punte”: una che attua i valori del mercato e della concorrenza, l’altra che attua i valori della solidarietà e della sussidiarietà, per le attività a spiccata valenza sociale<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Ciò determinava l’applicabilità agli ETS di due distinti codici, essendo la coprogettazione prevista dall’art. 55 CTS “attratta” nell’orbita dei contratti pubblici. In questo senso E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020; L. GORI, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi*, n. 14/2020, 187.

<sup>15</sup> In dottrina V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell’Anac al codice del terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018 definisce l’art. 55 CTS come “una delle più efficaci attuazioni dell’art. 118 comma 4 Cost”. L’art. prevede che “in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell’amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche (...) nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione (...) assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241 (...)”. Rispetto a tale disposizione, in particolare, si registrava un’iniziale diffidenza, poiché essa non esplicitava le condizioni per procedere a tali forme di affidamento. Per un’analisi completa delle forme di collaborazione fra ETS e P.A., L. GILI, *Il codice del terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 1° gennaio 2018, p. 15.

<sup>16</sup> Il concetto di amministrazione condivisa è più ampio di quello di coamministrazione e coprogettazione e si attua anche essa **attraverso procedure aperte, trasparenti e tracciate**. I **modelli organizzativi di amministrazione condivisa** richiamati nell’art. 6 del nuovo codice dei contratti pubblici sono caratterizzati dall’**assenza di rapporti sinallagmatici** (che caratterizzano, invece, i rapporti disciplinati dal Codice dei contratti pubblici) e dalla **condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore**. Ciascuna amministrazione può valutare discrezionalmente se impostare l’esercizio della funzione amministrativa in forme di “tradizionale” esternalizzazione oppure se sperimentare nuovi modelli relazionali che **devono necessariamente rispondere al perseguimento di finalità sociali effettivamente e trasparentemente, assicurando altresì la parità di trattamento fra i diversi Ets coinvolti**.

<sup>17</sup> L. GORI, *Gli effetti giuridici ‘a lungo raggio’ della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit. secondo cui la Corte ha rifiutato “*sovra-ordinazioni fra i due corpus normativi, in nome del principio di competenza*”, ripristinando “*una visione armonica, e non polemica, di questo rapporto fra diritto interno e diritto europeo, creando una tessitura equilibrata fra il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del Terzo settore*”; E. Rossi, *op. cit.* secondo cui mentre per gli enti diversi da quelli appartenenti al mondo del terzo settore il rapporto che si instaura con la pubblica amministrazione è di tipo sinallagmatico, per gli ETS è di tipo collaborativo.

All'art. 55 si affianca, quale ulteriore forma di amministrazione condivisa, l'art. 56 che fa invece riferimento alle convenzioni con organizzazioni di volontariato, a fronte delle quali la P.A. può, in linea con quanto sopra evidenziato, procedere al solo rimborso delle spese sostenute e documentate.

Una specifica forma di convenzione è prevista dall'art. 57 che assume, in questo contesto, rilevanza centrale. Tale disposizione, che recepisce alcune indicazioni di una parte della dottrina<sup>18</sup>, prevede che i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere oggetto, in via prioritaria, di affidamento in convenzione a "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. Il legislatore pone quindi due limiti: uno oggettivo e uno soggettivo essendo l'affidamento diretto limitato, da un lato, ai soli servizi di emergenza-urgenza e dall'altro alle sole ODV qualificate.

Le convenzioni per il servizio di trasporto sanitario si avvicinano alle convenzioni di cui all'articolo 56 in relazione al profilo concernente la possibilità di riconoscere il solo rimborso delle spese, ma se ne discostano rispetto all'assenza di una valutazione preliminare circa il maggior *favor* per il ricorso al mercato, dovendosi, per queste, procedere "in via prioritaria" all'affidamento diretto. Ciò significa che l'affidamento in via prioritaria del servizio di trasporto di emergenza in ambulanza costituisce un obbligo per l'amministrazione, essendo presunta *ex lege* la maggior convenienza di tale forma di affidamento rispetto al ricorso al mercato. Sul punto si registrino tuttavia alcune pronunce che affermano come l'affidamento diretto vada inteso alla stregua di una scelta, di un'opzione discrezionale della amministrazione, tenuta a motivare anche circa l'eventuale scelta di procedere in tal senso<sup>19</sup>.

Il tenore letterale della disposizione ha tuttavia fatto sorgere alcuni dubbi interpretativi, che sono stati risolti proprio dalla pronuncia della CGUE in commento.

Il primo contrasto esegetico riguarda l'esclusività o meno delle modalità di affidamento previste dalla disposizione in questione.

Secondo una prima lettura, la formulazione dell'art. 57 non consentirebbe di affidare direttamente il servizio di trasporto in ambulanza a enti associativi diversi dalle organizzazioni di volontariato, né una simile previsione potrebbe rinvenirsi altrove nell'ordinamento, posto che con l'art. 57 il legislatore avrebbe esaurito il margine di libertà consentito dalla deroga contenuta nella menzionata direttiva.

<sup>18</sup> M. MATTALIA, *op. cit.*, R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, cit., A. REGGIO D'ACI, *op. cit.*

<sup>19</sup> In questo senso L. GORI, *Le perduranti tensioni fra diritto pubblico e diritto privato nella qualificazione degli enti del Terzo settore*, in *La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 1° maggio 2022, p. 621. Sulla nozione di affidamento "in via prioritaria" si veda anche L. GILI, *op. cit.*

Per altri, invece<sup>20</sup>, nell'applicazione dell'art. 57 occorrerebbe valorizzare quella logica di pluralismo che è posta a fondamento dei rapporti tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore. Questa seconda tesi, oltre a collocarsi in linea di continuità con il principio di sussidiarietà orizzontale, è funzionale ad evitare il rischio che, nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto emergenziale, si instauri una dinamica concorrenziale tra soggetti tra loro disomogenei, quali le organizzazioni di volontariato, da un lato, e le imprese commerciali (in particolare le cooperative sociali) dall'altro. Di conseguenza, sebbene l'affidamento diretto ad associazioni di volontariato costituisca lo strumento prioritario per l'espletamento dell'attività in esame, nulla impedirebbe alle pubbliche amministrazioni di far ricorso a quanto disposto dall'art. 17 co. 1 lett. h) D.lgs. 50/2016, al fine di concludere accordi o convenzioni con le organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, generalmente intese. A sostegno di tale orientamento è utile richiamare la pronuncia della Corte cost. n. 255/2020 – relativa a una Legge della regione Sardegna che stanziava fondi per il trasporto a favore di associazioni non lucrative onlus – ove si afferma la possibilità per l'amministrazione di adottare ulteriori forme di convenzionamento in applicazione del principio di sussidiarietà.

Accanto a questo primo quesito interpretativo relativo alla concreta portata applicativa dell'art. 57 si affianca la più rilevante questione concernente la diversa formulazione che connota l'art. 57 e la direttiva 2014/24. Mentre, infatti, il primo fa riferimento alle sole "organizzazioni di volontariato" (ODV), la seconda menziona invece più genericamente le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro".

Tale distinzione ha condotto gli interpreti a interrogarsi circa la compatibilità fra le due locuzioni e, in particolare, in merito alla possibilità di ricondurre nel perimetro delle "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" anche le cooperative sociali, certamente escluse dalla nozione di organizzazione di volontariato. Solo muovendo da tale assunto poteva invero ravvisarsi un contrasto fra la normativa nazionale, eccessivamente restrittiva, e quella sovranazionale.

Il riconoscimento dell'assenza dello scopo di lucro nelle cooperative sociali consentirebbe, in altri termini, di ritenere un affidamento diretto nei loro confronti conforme alla normativa sovranazionale e incompatibile invece la sola disciplina nazionale, che, limitando il campo degli enti passibili di affidamento diretto – riconosciuto per le sole ODV – si porrebbe pertanto in contrasto con la direttiva.

Da qui i due rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia attraverso i quali si è chiesto, in particolare, se sia compatibile col diritto europeo una normativa nazionale che annoveri le cooperative sociali tra i soggetti di cui al considerando n. 28 e all'art. 10 co. 1 lett. h)

<sup>20</sup> S. PELLIZZARI, *Affidamento dei servizi di ambulanza alle organizzazioni di volontariato: la parola torna alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit. secondo cui "l'art. 57 CTS non esaurirebbe la deroga prevista dalla normativa europea la quale, anzi, fonda un sistema articolato di organizzazione dei servizi sociali e sanitari (in particolare di emergenza e urgenza) in grado di valorizzare il ruolo delle regioni e l'apporto degli enti senza scopo di lucro".

della Dir. 24/2014, in quanto, ai sensi dell'art. 2545-*sexies* c.c., le stesse sono abilitate, a determinate condizioni, a ripartire tra i propri soci i cc.dd. ristorni.

### 3. La posizione della Corte di giustizia sulla discussa nozione di organizzazioni “senza scopo di lucro”

Per rispondere al quesito oggetto di rinvio pregiudiziale, la Corte ritiene preliminarmente di dover chiarire il significato della locuzione “organizzazione o associazione senza scopo di lucro”.

La Corte muove dal rilievo che la direttiva non detta alcuna definizione di organizzazioni o di associazioni “senza scopo di lucro”, con la conseguente necessità di proporre, come in molti altri ambiti, una “nozione autonoma” e uniforme di tale concetto. Essa si pone anzitutto in antitesi rispetto agli enti con scopo di lucro, costituiti al fine di realizzare un “profitto” e deve essere valutata alla luce della giurisprudenza della stessa CGUE, secondo cui, per rientrare fra i soggetti economici connotati da assenza di scopo di lucro, questi devono reinvestire gli eventuali utili (sentenza Corte di Giustizia UE, 21 marzo 2019, Falck Rettungsdienste e Falck, C-465/17).

I ristorni, per la Corte, non sarebbero risorse finalizzate al mero reinvestimento, ma costituirebbero “uno strumento per attribuire un vantaggio ai soci di una cooperativa” assumendo e svolgendo, ai soli effetti della concorrenza nel settore specifico delle procedure selettive *de quibus*, una funzione equiparabile agli utili degli enti lucrativi.

Sulla base di tali premesse la Corte, con sentenza del luglio 2022<sup>21</sup>, ha ritenuto che “*L'articolo 10, lettera b), 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, 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 perché le cooperative sociali possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività, il che osta alla qualificazione di tale tipologia di ente come organizzazione o associazione «senza scopo di lucro».*”.

Tale impostazione non ha tuttavia mancato di suscitare alcune critiche.

La prospettiva adottata nel ricorso che ha dato origine alla sentenza in esame evidenzia come i ristorni costituiscano risorse economiche che, diversamente dagli utili, vengono attribuite al singolo socio di un'impresa sociale costituita in forma cooperativa, in modo

<sup>21</sup> In dottrina E. CUSA, *La nozione unionale di organizzazione non lucrativa tra contratti pubblici, terzo settore e trasporti sanitari di urgenza*, in *Le società*, n. 1, 1° gennaio 2023, p. 213, M. TAGLIABUE, *Servizi di trasporto sanitario e di emergenza: per la CGE le coop sociali sono escluse dall'affidamento in convenzione*, in *Cooperative e enti no profit*, n. 10, 1° ottobre 2022, p. 26.

proporzionale al contributo da questi prestatore alla realizzazione dello scopo mutualistico, ciò a condizione che si registri un avanzo della gestione dell'attività svolta con i terzi e che i criteri di ripartizione siano precisamente indicati nello statuto o nell'atto costitutivo (art. 3, co. 1 e 2-bis, D.Lgs. n. 112/2017). Secondo la normativa italiana l'impresa sociale è invero tenuta a “destinare eventuali utili e avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria” (c. 1) e “non si considera distribuzione neanche indiretta di utili o avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale” (c. 2-bis). I ristorni si distinguerebbero quindi dagli utili in quanto i primi sono parametrati alla quantità del lavoro prestatore per realizzare lo scopo mutualistico della cooperativa, che non corrisponde allo scopo di lucro, mentre i secondi remunerano il capitale in relazione alla quota di partecipazione del singolo socio. In altri termini, i ristorni costituirebbero, nelle cooperative di consumo, un rimborso ai soci di parte del prezzo da loro pagato per i beni o servizi acquistati dalla cooperativa e nelle cooperative di produzione e di lavoro un'integrazione della retribuzione corrisposta dalla cooperativa stessa per le prestazioni del socio e avrebbero, dunque, come unica caratteristica comune agli utili, quella dell'aleatorietà, potendo la società distribuire ristorni soltanto se la gestione mutualistica dell'impresa si sia chiusa con un'eccedenza dei ricavi rispetto ai costi. I ristorni, pertanto, in questa prospettiva non sono assimilabili ai dividendi<sup>22</sup>.

A sostegno della tesi che si pone in senso critico rispetto all'interpretazione data dalla Corte in relazione all'istituto dei ristorni, depongono, per i ricorrenti, altri due ordini di ragioni.

Da un lato la Corte non avrebbe preso in considerazione l'art. 66 del Reg. 1435/03/CE che, in maniera analoga a quanto previsto dalla normativa nazionale, stabilisce che “*lo statuto può prevedere il versamento di un ristorno a favore dei soci proporzionale alle operazioni da questi compiute con la S. o al lavoro da questi ad essa prestatore*”.

Dall'altro con riferimento al regime fiscale, si evidenzia che i ristorni per le cooperative di consumo sono somme ammesse in deduzione dal reddito *ex art. 12 del d.P.R. n. 601 del 1973*; per i soci delle cooperative di lavoro costituiscono componenti integrativi della retribuzione *ex art. 3, comma 2, della legge n. 142 del 2001*, come chiarito nella circolare dell'Agenzia delle entrate n. 35/E del 9 aprile 2008.

A ciò si aggiunge che gli artt. 3 e 4 del Codice del Terzo settore, contemplerebbero espressamente le cooperative sociali, tra gli enti del terzo settore e tra i soggetti senza scopo di lucro, al pari delle associazioni di volontariato.

<sup>22</sup> S. PELLIZZARI, *Affidamento dei servizi di ambulanza alle organizzazioni di volontariato*, cit. sottolinea la “sostanziale differenza” tra l'istituto dei rimborsi e quello della distribuzione degli utili, che rappresenta invece l'obiettivo ultimo delle società con finalità lucrative. Secondo l'autrice “*attraverso i ristorni non si mira a remunerare il capitale investito che costituisce l'essenza della causa lucrativa, ma a garantire al socio cooperatore una attribuzione differita del vantaggio mutualistico*”.

Sulla base delle considerazioni richiamate alcune cooperative sociali hanno chiesto al Consiglio di Stato di sollevare nuovamente un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Sul presupposto che le cooperative sociali rientrino nel novero delle organizzazioni senza scopo di lucro i ricorrenti evidenziano, infatti, nuovamente la prevalenza sulle norme interne della normativa europea (*ex cons.* 28 e art. 10, lett. h dir 2014/24 UE) nonché, nel caso di mutamento giurisprudenziale della Corte di giustizia in tal senso, l'incostituzionalità delle medesime norme per la discriminazione che verrebbe a configurarsi tra le cooperative sociali e le associazioni di volontariato, uniche legittimate all'affidamento diretto<sup>23</sup>. Il Consiglio di Stato nella pronuncia in esame precisa, tuttavia, come l'impostazione della Corte sia tanto chiara ed inequivocabile da non ritenere necessario né un ulteriore rinvio pregiudiziale né tantomeno una valutazione di incostituzionalità delle disposizioni oggetto di censura per contrasto sia con gli artt. 10 e 117, primo comma, Cost.

Il Consiglio di Stato reputa, invero, che la tesi della Corte di giustizia, seppur non pienamente condivisibile nel merito, non necessiti di ulteriori chiarimenti<sup>24</sup> e che un ulteriore rinvio sarebbe superfluo dal momento che la questione risulterebbe materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, già decisa in via pregiudiziale.

Anche l'asserita incostituzionalità dell'art. 57 sarebbe priva di fondamento non sussistendo né un contrasto con le disposizioni di principio previste dalla disciplina europea, né con l'art. 3 Cost., in quanto *“il differente trattamento delle cooperative sociali rispetto alle organizzazioni di volontariato risulta ragionevolmente fondato sulla scorta della diversità funzionale e organizzativa tra le due tipologie di enti”*. Le organizzazioni di volontariato avrebbero infatti come finalità la promozione dei valori della persona e l'integrazione sociale dei cittadini, mentre le cooperative sociali si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune rivolta a far conseguire un vantaggio economico a coloro che fanno parte della cooperativa stessa, sicché soltanto l'organizzazione di volontariato non persegue, neppure in modo indiretto, un vantaggio economico per i suoi associati. Il Consiglio di Stato precisa, inoltre, che il richiamato Reg. 1435/03/CE non costituirebbe un elemento di novità dirimente rispetto alla fattispecie in questione. In primo luogo infatti esso dovrebbe trovare applicazione solo a fronte di società cooperative europee connotate

<sup>23</sup> Come evidenziato in dottrina si tratta invero di un'ipotesi di doppia pregiudizialità - ossia un caso in cui la disposizione legislativa che il giudice nazionale deve applicare al caso concreto mostra profili di incompatibilità sia con la Costituzione che con la normativa dell'Unione Europea, prospettando così, contestualmente, sia la necessità di una rimessione alla Corte Costituzionale, sia la necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea. Nel caso di specie si è optato per un previo rinvio alla CGUE *“postponendo all'esito del giudizio davanti alla Corte di Giustizia la soluzione delle questioni di legittimità costituzionale”*. In tal senso L. GORI, *Le perduranti tensioni fra diritto pubblico e diritto privato nella qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit.

<sup>24</sup> Nel par. 8.6 della pronuncia in esame il Consiglio di Stato afferma che *“con una tesi che può non essere condivisa nel merito, ma che non abbisogna di ulteriori chiarimenti”* la Corte abbia ritenuto che i ristorni, in quanto remunerazione aggiuntiva per i soci della cooperativa legata all'utile di gestione, possano, ai soli effetti della concorrenza nel settore specifico delle procedure selettive de quibus, assumere e svolgere un ruolo equiparabile agli utili degli enti lucrativi.

dall'essere costituite fra persone fisiche residenti in almeno due Stati membri dell'Unione europea – circostanza insussistente nel caso di specie essendo presente una sola cooperativa residente in un unico stato membro – e ad ogni modo lo stesso conterrebbe una definizione di ristorno che, pur confermando che si tratta di una remunerazione corrisposta ai soci in proporzione alle operazioni compiute o al lavoro svolto, non vale a modificare le conclusioni della Corte con riguardo alla nozione estensiva di “utili”.

Anche l'argomento fondato sulla medesima collocazione sistematica (fra gli ETS) tanto delle cooperative sociali quanto delle associazioni di volontariato è, nella prospettiva della pronuncia in esame, destituito di fondamento<sup>25</sup>.

Sul punto infatti la Corte costituzionale, con la sentenza n. 72 del 15 marzo 2022 ha precisato che nonostante il codice del terzo settore abbia introdotto una definizione unitaria di ETS – tale da escludere la possibilità di differenziare il trattamento di tali enti sulla base del loro status giuridico (Corte Cost. n. 277 del 2019) – “*ciò non si è risolto in una indistinta omologazione di tutti gli ETS*”, permanendo una “*definita linea di demarcazione all'interno della pur unitaria categoria degli ETS*”. In tal senso una differenziazione si registra nei distinti regimi di sostegno pubblico che si giustificano in forza di diversi fattori, tra cui anche quello della specifica dimensione che assume, strutturalmente, l'apporto della componente volontaria all'interno dei suddetti enti, che detiene un ruolo centrale nelle sole OdV. Solo per queste ultime, infatti, è previsto il mero “rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate” e non invece “la possibilità di ricevere un corrispettivo per il servizio reso” da distribuire poi ai partecipanti, ancorché in forma di ristorni (e non di utili). A favore della distinzione fra associazioni di volontariato e cooperative sociali si pone anche chi evidenzia come per queste ultime il legislatore non abbia previsto alcuna particolare forma di tutela, ben potendo le cooperative sociali competere in eventuali procedure selettive con operatori economici posti anche al di fuori del terzo settore. In altri termini, l'esigenza protettiva che si ricava dal considerando 28 della direttiva sarebbe invero riferibile alle sole ODV che manifestano in una più spiccata connotazione solidaristica<sup>26</sup>.

Il Consiglio di Stato prende infine posizione sull'eventuale applicazione della teoria dei cd. controlimiti prospettata dai ricorrenti, per l'eventualità in cui l'orientamento della Corte di Giustizia fosse confermato ovvero laddove si escludesse – come poi avvenuto – l'esigenza di un ulteriore rinvio. L'intento dei ricorrenti sarebbe quello di far rientrare la tutela dello scopo mutualistico delle società cooperative *ex art. 45 Cost.* nel “nocciolo duro” dei principi costituzionalmente protetti ai quali, secondo detta teoria, l'ordinamento naziona-

<sup>25</sup> A favore di una definizione unitaria Corte Cost. n. 185/2018 e n. 131/2020, contra Corte Cost. 52/2021.

<sup>26</sup> Il considerando 28 della direttiva dispone che la stessa a 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). In questo senso L. GORI, *Le perduranti tensioni fra diritto pubblico e diritto privato nella qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit.

le non potrebbe rinunciare, neppure a fronte di un espresso contrasto con la normativa sovranazionale<sup>27</sup>. L'organo supremo della giustizia amministrativa ritiene tuttavia che detta impostazione finisca per proporre una ricostruzione eccessivamente estensiva dell'ambito di operatività della teoria dei "controlimiti". La soluzione adottata dal Consiglio di Stato pare, sul punto, condivisibile: non sembra possibile annoverare lo scopo mutualistico nell'ambito dei cd. controlimiti, che sono riconducibili a quei principi supremi e a quei diritti fondamentali che, connaturati all'ordinamento costituzionale dello Stato, segnano il confine oltre il quale non è ammesso alcun sacrificio del "patrimonio costituzionale"<sup>28</sup>. Si tratta invero dell'*extrema ratio* a cui la Corte costituzionale ha fatto riferimento a partire dagli anni Sessanta per fronteggiare l'eventualità in cui l'ingresso di una fonte esterna nell'ordinamento giuridico interno possa spingersi sino a compromettere gli aspetti più profondi dell'identità costituzionale nazionale, la cui negazione potrebbe mettere in crisi persino l'idea stessa di Costituzione nella sua originaria connotazione e nella sua complessiva valenza.

#### 4. Considerazioni conclusive

Gli orientamenti di cui si è detto della CGUE e del Consiglio di Stato appaiono dunque coerenti con la valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale e, conseguentemente, con un evidente *favor* per gli Enti del terzo Settore, ma con dei limiti, rappresentati, anzitutto dalla tutela della concorrenza e dall'esigenza di evitarne possibili distorsioni. Da qui la prospettiva di limitare gli affidamenti diretti solo alle ipotesi di assenza di scopo di lucro secondo la definizione europea di tale nozione<sup>29</sup>.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte tale definizione parrebbe assumere una portata differenziata da quella proposta nell'ordinamento nazionale. Mentre sul piano interno il riconoscimento di ristorni in favore dei soci della cooperativa non può essere considerata, nemmeno indirettamente, alla stregua di una forma di distribuzione di utili (con la conse-

<sup>27</sup> Si ricorda che le sentenze della CGUE forniscono un'interpretazione ufficiale e giuridicamente vincolante del diritto dell'UE e, in quanto tali, sono indicate come fonte di diritto comunitario, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità", così, Cass. 17 maggio 2019, n. 13425; v. anche Cass. n. 22577/2012.

<sup>28</sup> Corte cost., ord. 24 gennaio 2017, n. 24. Sul tema dei controlimiti, fra molti, D. ACHILLI, *Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 12, 1° dicembre 2018, p. 1890; M. LUCIANI, *La dura realtà e il "caso Taricco"*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 10, 1 ottobre 2018, p. 1281; D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica in Diritto Penale e Processo*, n. 10, 1 ottobre 2018, p. 1281, R. SUCCIO, *Vicenda "Taricco": tutelare gli interessi finanziari UE per coordinare i sistemi, non per supplenza giudiziaria*, in *Corriere Tributario*, n. 42, 12 novembre 2018, p. 3241; R. ALFANO, *La vicenda taricco: controlimiti, principio di legalità ed effettività del sistema sanzionatorio tributario interno* in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 4, 1 ottobre 2018, p. 945.

<sup>29</sup> In coerenza con quanto disposto dal Considerando n. 28, tale nozione deve essere intesa in senso restrittivo, poiché l'esclusione dall'applicazione della direttiva "non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario".

guenza che le stesse non possono essere considerate organizzazioni con scopo di lucro) per la Corte di giustizia tale distribuzione, essendo parificabile a quella di utili, ne preclude la riconducibilità alle associazioni e organizzazioni senza scopo di lucro.

Non sarebbe d'altronde la prima volta che una medesima fattispecie assume una portata differenziata nell'ambito dell'ordinamento interno e in quello sovranazionale.

Si pensi alla nozione di "imprenditore" nel diritto italiano e in quello europeo: mentre nel primo caso per imprenditore si intende, in senso più restrittivo, solo colui che esercita professionalmente<sup>30</sup> una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, nel diritto antitrust e nel settore degli appalti esso assume una dimensione più ampia ed elastica. Si riconduce invero alla nozione autonoma di impresa in ambito sovranazionale una "*qualsiasi entità esplicante un'attività economica, indipendentemente dallo stato giuridico di questa entità e dal suo modo di finanziamento*"<sup>31</sup>, "*una qualsiasi attività di natura economica che partecipi agli scambi economici, anche a prescindere dalla ricerca di profitto*"<sup>32</sup>.

Vi è peraltro chi ritiene che nella sentenza in esame la Corte non abbia adottato una nozione distinta e più estesa di "organizzazione senza scopo di lucro", non escludendo del tutto le cooperative dalle organizzazioni senza scopo di lucro, ma limitandosi ad affermare una valutazione caso per caso, sulla base alla disciplina statutaria e negoziale<sup>33</sup>.

In quest'ottica si imporrebbe la necessità di emendare l'art. 57 d.lgs. 117/2017 in modo da consentire l'affidamento a qualsiasi ente rispettoso dei requisiti *ex art.* 10 e, laddove non si procedesse in tal senso, sarebbe consentito prospettare una questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione nella parte in cui consente l'affidamento alle sole ODV, anche per violazione del cd. divieto di *gold plating* che comporta l'impossibilità di stabilire oneri a carico degli operatori economici ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive europee.

<sup>30</sup> Con il termine "professionalmente" si intende non solo che l'attività economica deve essere continua e non occasionale, ma che l'attività economica deve essere esercitata da qualcuno che si prefigga di ricavare dalla stessa, sia essa produttiva o interpositiva nella circolazione di beni o di servizi, un profitto personale.

<sup>31</sup> Così CGCE 23 Aprile 1991, *Klaus Hofner e Fritz Elser c. Macroton GmbH*, causa C-41/90.

<sup>32</sup> Così la Decisione n. 92/521/CEE della Commissione del 27 Ottobre 1992, in *GUCE*, 12 Novembre 1992, L326, 31 e ss.

<sup>33</sup> E. CUSA, *La nozione unionale di organizzazione non lucrativa tra contratti pubblici*, cit. evidenzia come nel par. 39 si affermi invero che "*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 D.Lgs. n. 112 del 2017 e dell'articolo 34 dello statuto di I.E. 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 I.E., come organizzazione o associazione "senza scopo di lucro" ai sensi dell'articolo 10, lettera b), della direttiva 2014/24*".

Sarebbe d'altronde la stessa Consulta ad aver riconosciuto nell'assenza di scopo di lucro il tratto comune ed essenziale di tutti gli ETS<sup>34</sup>, tratto che dunque dovrebbe, in questa prospettiva, caratterizzare anche le cooperative sociali, salvo che la disciplina statutaria e negoziale stabiliscano diversamente, come avvenuto nel caso di specie.

Da questo punto di vista occorrerebbe valutare i possibili rimedi esperibili a fronte della decisione del Consiglio di Stato di non procedere, motivatamente, a un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia o comunque di non sollevare una questione di legittimità costituzionale della normativa nazionale per violazione dell'art. 117 Cost.<sup>35</sup>.

Con riferimento alla prima ipotesi va ricordato che l'omesso rinvio pregiudiziale totalmente immotivato alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza costituisce un'ipotesi codificata nel comma 3 dell'art. 2 della legge n. 117 del 1988, come modificata dalla legge n. 18 del 2015, di responsabilità dello stato-giudice. Tale obbligo può essere disatteso solo quando la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi (sentenza *Cilfit* CGUE).

Sul punto occorre tuttavia dare atto del tentativo prospettato da alcuni interpreti di assimilare l'omesso rinvio ex art. 267 TFUE all'ipotesi di pronuncia in contrasto con il diritto dell'unione – risolvendosi il mancato rinvio in una implicita violazione della normativa sovranazionale – e di estendere quindi, secondo una peculiare impostazione, il sindacato delle Sezioni Unite previsto dall'art. 111, c. 8 Cost anche a dette fattispecie. Come evidenziato da autorevole dottrina, si tratta di una tesi assolutamente nuova, perché mai prima la Cassazione aveva ipotizzato un intervento in tal senso<sup>36</sup>.

La stessa Corte di Giustizia, con la pronuncia C-497/20 *Randstad*, ha tuttavia precisato che il diritto europeo non comporta mai la necessaria creazione di meccanismi processuali nazionali ulteriori, purché siano rispettati i generali parametri di equivalenza ed effettività. La

<sup>34</sup> Corte Cost. n. 72 del 15 marzo 2022 punto 5 “*In particolare, i tratti caratterizzanti del sistema degli ETS sono il perseguimento del bene comune (art. 1), lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 5) senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), la soggezione a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (artt. da 90 a 97). (...) In questi termini, poiché l'attività di interesse generale svolta senza fini di lucro da tali enti realizza anche una forma nuova e indiretta di concorso alla spesa pubblica (ciò che deriva dal necessario reinvestimento degli utili in attività orientate a una funzione sociale), il Titolo X (Regime fiscale degli enti del terzo settore) del cod. terzo settore prevede misure di agevolazione fiscale che, (...) interessano però, in ogni caso, tutti gli ETS (...)*”.

<sup>35</sup> La motivazione della sentenza in commento lascia trapelare una certa perplessità del Consiglio di Stato che afferma come “risulta chiaro, ad avviso del Collegio, che la Corte di giustizia dell'Unione ha ritenuto – con una tesi che può non essere condivisa nel merito, ma che non abbisogna di ulteriori chiarimenti - che i ristorni, in quanto remunerazione aggiuntiva per i soci della cooperativa legata all'utile di gestione, possano, ai soli effetti della concorrenza nel settore specifico delle procedure selettive *de quibus*, assumere e svolgere un ruolo equiparabile agli utili degli enti lucrativi”.

<sup>36</sup> M. LIPARI, Unione europea - La sentenza della CGUE 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad* e la violazione del diritto EU, *Giurisprudenza Italiana*, n. 10, 1° ottobre 2022, p. 2186 evidenzia che nella pronuncia del 6 febbraio 2015, n. 2242, la Cassazione afferma che: “*in tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'art. 111 Cost., ult. comma affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, 3° comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*”.

normativa sovranazionale non impone quindi l'impugnabilità delle decisioni del Consiglio di Stato contrastanti con il diritto europeo.

Ciò tuttavia non esclude che tale scelta, pur non essendo sindacabile attraverso un ricorso alle Sezioni Unite *ex art. 111, c. 8 Cost.*, lasci impregiudicata la facoltà dei singoli che siano stati eventualmente lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo, a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato, purché siano soddisfatte le condizioni previste dal diritto dell'Unione a tal fine, in particolare quella relativa al carattere sufficientemente qualificato della violazione di detto diritto.

Più precisamente il mancato rinvio alla Corte di Giustizia o alla Corte costituzionale sarebbe invero qualificabile come un *error in procedendo* o *in iudicando* del Consiglio di Stato, la cui sentenza pur ponendosi in contrasto con il diritto dell'Unione europea, non potrebbe essere oggetto di ricorso alle Sezioni Unite per motivi di giurisdizione *ex art. 111, c. 8 Cost.*

Quest'ultimo, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale<sup>37</sup>, sarebbe infatti consentito solo ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione<sup>38</sup>, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, invece, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*, che connoterebbero, eventualmente, la fattispecie in esame.

In senso conforme si è espressa la menzionata pronuncia *Randstad* Italia, che ha affermato che il diritto dell'Unione non osta a che l'organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro non possa annullare una sentenza pronunciata in violazione di tale diritto dal supremo organo della giustizia amministrativa di detto Stato membro, precisando tuttavia che ciò non pregiudica tuttavia la possibilità per i soggetti lesi da una siffatta violazione di chiedere il risarcimento da parte dello Stato membro interessato.

Esclusa dunque nel caso di specie l'esperibilità di un ricorso alle Sezioni Unite *ex art. 111, c. 8* e la possibilità di richiedere il risarcimento del danno – avendo il Consiglio di Stato scelto motivatamente di non effettuare il rinvio – ci si può ancora interrogare sulla possibilità di domandare la revocazione della sentenza.

<sup>37</sup> Corte costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 6 ha affermato che non possono essere censurati «errores in procedendo» o «in iudicando», il cui accertamento rientra nell'ambito del sindacato afferente i limiti interni della giurisdizione. Si tratta, infatti, di violazioni endoprocessuali non inerenti all'essenza della giurisdizione o allo sconfinamento dai limiti esterni di essa, ma solo al modo in cui è stata esercitata.

<sup>38</sup> Il ricorso *ex art. 111, c. 8* sarebbe esperibile nelle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché in quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.

Si registra invero un filone giurisprudenziale<sup>39</sup> che qualifica come omissione di pronuncia dovuta ad errore di fatto con conseguente ammissibilità della revocazione della sentenza ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, comma 1, n. 4) c.p.c., la condotta del giudice che ometta di pronunciarsi sull'istanza di rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea formulata da una delle parti in causa *ex art. 267 TFUE*.

Tuttavia, anche la strada da ultimo prospettata non pare percorribile: tale tesi, anche laddove venisse accolta dall'Adunanza Plenaria, presuppone infatti che l'errore di fatto, fondamento della revocazione, presenti le caratteristiche dell'errore di fatto *cd. revocatorio*.

Ciò significa che esso deve consistere nell'erronea percezione del contenuto degli atti del processo, ovvero in una svista, in un errore di lettura, nell'"abbaglio dei sensi", deve attenersi ad un punto non controverso sul quale da decisione non abbia espressamente motivato e deve essere decisivo, in modo che si possa dire che se l'errore non si fosse verificato l'esito sarebbe stato diverso.

Nel caso di specie però difettano i requisiti sopra esposti ed in particolare l'omessa motivazione, avendo il Consiglio di Stato argomentato la decisione di non procedere nuovamente al rinvio pregiudiziale.

---

<sup>39</sup> Il Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 3 ottobre 2022, n. 8436 ha rimesso all'adunanza plenaria il dubbio interpretativo sulla possibilità di ricondurre l'omessa pronuncia su una questione pregiudiziale *ex art. 267 T.f.u.e.* alla nozione di errore di fatto revocatorio ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, comma 1, n. 4) c.p.c.