

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/03/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36092-croce-rossa-e-convenzioni-non-basta-la-parola-ad-escludere-le-procedure-concorsuali>

Autore: Fabio Piero Fracasso

Croce Rossa e “convenzioni”: non basta la parola ad escludere le procedure concorsuali

Croce Rossa e “convenzioni”: non basta la parola ad escludere le procedure concorsuali

A mio padre Francesco, che mi ha insegnato a scoprire il diritto

di Fabio Piero Fracasso

“...Riferirsi al senso comune significa sforzarsi di ristabilire un certo equilibrio tra la cosa ed il senso che la percepisce, in modo di non sentirsi da essa separato, separato da quella sensibilità che appartiene a tutti fondamentalmente, e anche se distribuita in dosi diverse, è da tutti condivisa...” da *La mosca nella bottiglia* – **Raffaele La Capria**

§ 1. EVIDENZA PUBBLICA E ASSOCIAZIONI DI VOLONTARIATO – IL RADICALE MUTAMENTO DI PROSPETTIVA DEL TAR LIGURIA, L'INTERVENTO DEL CONSIGLIO DI STATO E LA RIMESIONE DEGLI ATTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

La sentenza n. 565 del 26 aprile 2012 il TAR Liguria sezione II ha segnato un momento di estrema rilevanza nella riflessione giurisprudenziale sull'individuazione dell'ambito di assoggettabilità ai principi comunitari di evidenza pubblica. Con la menzionata decisione, difatti, non soltanto si affronta nel merito la vischiosa tematica delle associazioni di volontariato – e, soprattutto, della Croce Rossa- in relazione all'affidamento delle attività di trasporto sanitario *lato sensu*, ma si innesca anche un benefico meccanismo di generale ripensamento della materia alla luce del diritto dell'Unione.

L'occasione era fornita da un ricorso proposto avverso la determinazione della regione Liguria di stipulare un apposito accordo quadro sui trasporti sanitari in esito al quale un'ASL ligure aveva affidato le consequenziali attività in via prioritaria alle associazioni di volontariato identificate nella Croce Rossa Italiana ed in altre istituzioni o enti pubblici all'uopo autorizzati. Il nodo della controversia consisteva, in estrema sintesi, nell'ipotesi di sostanziale elusione delle procedure ad evidenza pubblica, a mezzo di convenzioni regolanti i rapporti con l'ente regionale.

Ora, a fronte delle doglianze formulate dai ricorrenti circa il mancato esperimento dell'invocata procedura ad evidenza pubblica, il TAR Liguria apriva letteralmente una breccia nel – quasi- compatto orientamento giurisprudenziale maturato sinora al riguardo. In particolare, esso esprimeva l'avviso che l'accordo quadro fosse figura da ricondurre alla più vasta tipologia dei pubblici appalti; che la natura delle associazioni firmatarie della convenzione, ancorché volontaristica, non per questo escludesse l'onerosità dello stesso, e per ciò stesso l'applicazione dei richiamati principi comunitari di evidenza pubblica; che anche adottando un'interpretazione restrittiva di tale nozione – e, quindi, negandola nel caso di specie- ciò non avrebbe comunque consentito di disattendere i criteri di garanzia che l'ordinamento contempla pur quando sia assente il requisito di onerosità (contratti di sponsorizzazione).

Il fulcro su cui poggiano le considerazioni dei giudici di prime cure, tuttavia, si sottrae ad una visione meramente “economicistica” (o, meglio, ad una male intesa nozione di questa) per rimandare ad una più efficace messa a fuoco della nozione di “imprese”, posto che “...l'assenza di fini di lucro non...” esclude “...che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del trattato relative alla concorrenza. In proposito, tutte le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto malati devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato (cfr. ex multis Corte giustizia sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99); né la circostanza che, a seguito del fatto che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, tali associazioni possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici”. Proprio il superamento del profilo economicistico quale unico elemento valutativo ha introdotto un vero e proprio circuito virtuoso nella disamina in corso da anni sulla materia, dal momento che il contenzioso è

successivamente sfociato nell'impugnativa della decisione innanzi al Consiglio di Stato e nella conseguente rimessione degli atti alla Corte di Giustizia (pende tuttora l'esame delle relative questioni pregiudiziali)¹.

Non potrà, infine, tacersi che si è deciso di accordare maggiore attenzione alla Croce Rossa rispetto alle altre associazioni di volontariato, atteso il ruolo indubbiamente preminente da questa esercitato nell'ambito del "terzo settore" e confermato dalla scelta del legislatore di dotare la stessa di uno statuto avente rilievo di norma subprimaria (a mezzo di regolamento delegificato ex art. 17 l. 400/1988).

§ 2 LA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED IL SUO IMMOBILISMO (QUASI) FORZATO ALLA LUCE DELLA NORMATIVA SUL TERZO SETTORE - L'ORIENTAMENTO DELLE AUTORITA' INDIPENDENTI

La portata dirompente della decisione n. 565/2012, dunque, tanto più s'impone all'attenzione per l'assetto giurisprudenziale che per contro si era andato consolidando negli ultimi anni e le cui linee interpretative (taluni anche improntati a indubbia sagacia e sottigliezza) recano tutte, però, il peccato originale di una scarsa propensione a rimettere in discussione senza pregiudiziali la ricostruzione già operata del datonormativo. Traspare così, attraverso uno spoglio delle pronunce intervenute nell'ultimo quinquennio, il ricorrente motivo ostativo ad applicare l'evidenza pubblica in relazione alla Croce Rossa ed ai soggetti ad essa assimilabili: ci si riferisce, in modo particolare, al citato statuto della CRI che "...usa...il termine convenzioni, per cui non può ritenersi che questo sia il genus nel quale possa rientrare anche l'appalto di servizi, potendo il rapporto convenzionale configurarsi in vari modi, ma non come appalto di servizi, postulante una natura imprenditoriale estranea alla Croce Rossa (che non ha scopo di lucro ed ignora il rischio d'impresa)..."².

Tale impostazione è stata più organicamente argomentata laddove si è premesso che la natura giuridica della Croce Rossa risulta desumibile dall'art. 1 del DPR 613/1980 (riordinamento della CRI), così come rinnovellata dalla legge 490/1995, che ne chiarisce la sua connotazione di ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico (confermata dal controllo esercitato dalla Corte dei conti ai sensi della legge 259/1958). Da tale presupposto scaturisce la conclusione secondo la quale "un organismo di questo tipo non esercita, a titolo principale, un'attività lucrativa sul mercato...", né con una conclusione siffatta colliderebbe il IV "considerando" della direttiva UE 2004/18, nel quale si evoca la possibilità, per un organismo di diritto pubblico, di partecipare in qualità di offerente ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, posto che "...occorre tuttavia ...ricordare che, come risulta dalla formulazione dell'art. 4 n. 1 della direttiva...gli stati membri hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni..."; il che, secondo questo indirizzo, avviene nel caso della CRI, per la quale opererebbe un "divieto" contenuto nel sopra citato DPR 613/1980 e, soprattutto, nell'art 2 comma 1 lett. C) e d) del DPCM 6 maggio 2005 n. 97 (Approvazione del nuovo Statuto dell'Associazione italiana della CRI)

¹ Vedasi, al riguardo, l'ordinanza 27 febbraio 2013 n. 1195 della sezione III Consiglio di Stato, che formula sostanzialmente due quesiti: il primo finalizzato ad acclarare se gli artt. 49, 56, 105 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (che, in sostanza, vietano qualsiasi forma restrittiva al diritto di stabilimento, alla libertà di prestazione dei servizi, agli accordi di cartello tra imprese ed alle posizioni dominanti) ostino ad una norma interna – ossia all' articolo 75 – ter comma 2 lettera a) della L.R Liguria n. 41/ – che prevede che il trasporto sanitario **sia** affidato in via prioritaria alle associazioni di volontariato (in primis Croce Rossa), per quanto sulla scorta di convenzioni che stabiliscano l'esclusiva erogazione dei rimborsi delle spese effettivamente sostenute; il secondo quesito finalizzato a chiarire se il diritto dell'Unione in materia di settori esclusi, con particolare riferimento ai principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità osti a una normativa nazionale che permetta l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario, stante la natura onerosa di un accordo quadro, come quello stipulato dalla regione Liguria, che così si configura in quanto inclusivo altresì dei costi fissi e durevoli nel tempo (in pratica, ci si riferisce ad utenze, canoni, spese condominiali)

² Consiglio di Stato, sezione V sentenza n. 5891/2009, in tal senso pedissequamente ripreso da TAR Lazio sezione I ter sentenza 32649/2010

“...che prevedono lo svolgimento di attività o servizi attinenti alle sue finalità istituzionali per conto dello Stato, delle regioni e di altri enti pubblici attraverso lo strumento della convenzione...”³.

E', dunque, naturale che il predetto iter logico pervenga, in grazia di tale istituto, a richiamare la fattispecie di cui all'art. 15 della legge 241/1990 (accordi tra amministrazioni) che, pur non escludendo il carattere oneroso dell'accordo pattizio tra le parti, non implica l'assoggettamento all'evidenza pubblica; sicché *“in sintesi: se lo statuto della CRI consentisse a questo ente di assumere un appalto di servizi, presumibilmente si dovrebbe ritenere consentita(o anzi necessaria)anche la sua partecipazione alle relative gare di evidenza pubblica. Invece, lo statuto vigente...atto normativo di livello regolamentare ...prevede un istituto diverso dal contratto d'appalto quale strumento della collaborazione della CRI con le pubbliche amministrazioni ...ciò che lo statuto preclude, insomma, non è la partecipazione alle gare in sé e per sé, ma la stipulazione di contratti di appalto”⁴.* E' qui possibile pervenire, quindi, ad un limpido approfondimento delle ragioni reputate ostative ai fini di un diverso inquadramento dell'operato della CRI, riconducibili, sembra di capire, ad una *impasse* normativa (cfr. statuto) piuttosto che logica.

Questa impostazione, nello specifico, ha il merito di: 1. cogliere la divaricazione tra diritto nazionale e comunitario, che d'altro canto sarebbe consentita sotto forma di apposita riserva a pro della CRI e di altre associazioni di volontariato; 2. non tralasciare ingiustificatamente – come per contro altri collegi- la natura onerosa delle prestazioni rese; 3. sostenere l'emergere di una *impasse* normativa, non agevolmente scalfibile poiché correlata alla natura dello strumento normativo utilizzato per dare corpo allo statuto della CRI (atto normativo di livello regolamentare e quindi, come si direbbe con orrido neologismo, “blindato” poiché collocato al non irrilevante rango di fonte subprimaria). Per giunta, a nulla varrebbe invocare le modifiche normative *medio tempore* intervenute con la novella introdotta dal dlgs. 28 settembre 2012 n. 178, il cui art. 1 comma 6 prevede che la nuova Associazione della Croce Rossa italiana, subentrata all'Associazione italiana della Croce Rossa e persona giuridica di diritto privato, può sottoscrivere convenzioni con pubbliche amministrazioni, partecipare a gare indette da pubbliche amministrazioni e sottoscrivere i relativi contratti *“... atteso che la trasformazione della CRI in soggetto di diritto privato decorrere dall'1 gennaio 2014: del resto, ove proprio volesse darsi rilevanza a tale nuova disciplina, non potrebbe non sottolinearsi che proprio in virtù del citato comma 6 “per lo svolgimento delle attività di cui al presente articolo, le pubbliche amministrazioni...sono autorizzate a stipulare convenzioni prioritariamente con l'Associazione”⁵.*

Se, quindi, la vicenda interpretativa che ci occupa non perde in alcun modo significato e, per converso, rischia di assumere connotazioni ulteriormente confuse per l'introduzione del testé riportato comma⁶, vale la pena evidenziare come l'orientamento fondato sull'attribuzione di una sorta di clausola di riserva a pro

³ Consiglio di Stato sezione III sentenza 4720/2010

⁴ ivi

⁵ Il rilievo è del TAR Lazio sezione III quater decisione n. 9844/2012, cui va dato che non si limita a riprendere, facendole proprie, le linee argomentative già tracciate dal cit. Consiglio di Stato sezione III sentenza 4720/2010, ma che, come si evince dall'osservazione sopra riportata, si pone anche la questione di eventuali mutamenti dello scenario che la riforma della CRI avesse recato con sé e pervenendo, come si può constatare, ad una valutazione di segno negativo.

⁶ Molto opportunamente l'avv. **STEFANO TANGREDI** segnala al riguardo *“ un evidente vizio di incostituzionalità del comma 6 dell'art. 1...”* in quanto *“la previsione di un regime di favore per l'Associazione della Croce Rossa viola il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione italiana, nonché quello di par condicio, imposto dalla normativa anche europea, in ordine all'affidamento di appalti e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni”* (vedasi nota contenuta a piè di pagina dell'intervento “Croce Rossa: il decreto di riordino in Gazzetta – decreto legislativo 28.09.2012 n. 18878, GU 19.10.2012 apparso su ALTALEX, quotidiano di informazione giuridica – 22.10.2012)

della CRI, vieppiù confermato anche dalle pronunce ultime⁷, trovi pochissime eccezioni. Tra queste si segnalano le risultanze cui è pervenuta la giurisprudenza minoritaria laddove censura il venir meno del mercato e degli appalti⁸, ovvero laddove ravvisa un *fumus boni juris* nelle doglianze espresse dai ricorrenti avverso la normativa della regione Marche quando essa stabilisce “... *l’assegnazione in via prioritaria alle associazioni di volontariato anche dei servizi di trasporto non strettamente sanitario (a titolo esemplificativo e non esaustivo, trasporti di plasma, di organi e di materiali sanitari vari)*”⁹, in tal modo operando un’indebita sovrapposizione tra fattispecie.

Quest’ultimo disposto, peraltro, ci fornisce il pretesto per operare un richiamo all’orientamento assunto dalle autorità indipendenti, dal momento che proprio alla prospettazione del TAR Marche fa ampio riferimento l’Autorità garante per la Concorrenza ed il Mercato¹⁰, la quale esprime le più vive riserve circa la ristretta accezione del soggetto “imprese” la cui presenza, per contro, va ravvisata “*ancorché non perseguano fini di lucro e siano ispirate da principi solidaristici e sebbene le prestazioni fornite dai collaboratori siano per lo più o totalmente a titolo gratuito...*” in quanto, ciò non di meno, “*imprese ai sensi del diritto antitrust*”; onde – sostiene l’Autorità prefata nella chiusa del documento- “*...è sempre preferibile, anche in presenza di organizzazioni di ispirazione solidaristica ma che svolgono comunque attività economica, scegliere il fornitore di servizi pubblici mediante procedure selettive*”.

A eguale impianto ricostruttivo corrisponde la posizione assunta dall’Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, che non a caso anch’essa prende le mosse dalla stessa, eterodossa pronuncia del Tar marchigiano.¹¹ Essa, difatti, rimarca la necessità di adottare, comunque, meccanismi che garantiscano l’applicazione dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, ricavabili dalla disciplina apprestata dall’art. 27 del Codice degli Appalti (settori esclusi).

Invero l’AVCP, nel qualificare tale articolo come regola generale di chiusura, in ciò ribadisce quanto per altri versi già sostenuto in un pregresso atto deliberativo¹², rilevando significativamente come lo stesso non indichi “*alcun valore economico della prestazione e dal suo contenuto di carattere generale si può ricavare che l’iter prefigurato corrisponde in pratica ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando...*” (ossia alla previsione di cui all’art. 57 Codice Appalti). Tale ultimo spunto normativo, tuttavia, non soccorre più di tanto in quanto le condizioni espressamente previste dal testé citato art. 57 risultano eccessivamente residuali e tassative rispetto all’ampio margine desumibile dall’art. 27.

Premesso quanto sopra, le riflessioni sopra esposte, soprattutto quelle sulla scarsa propensione dei giudici italiani a utilizzare differenti approcci alla questione, suggeriscono di formulare una chiosa sul retroterra culturale e storico sotteso a tale (non) scelta. In particolare gioverà richiamare la tesi secondo la quale “*...deve riconoscersi che lo strumento della convenzione...è stato individuato anche per l’attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale: trattasi di accordo associativo con cui il soggetto pubblico ed il volontariato, nel perseguire le medesime finalità di solidarietà sociale, condividono responsabilità, rischi e risorse... non come forma di elusione della regola dell’evidenza pubblica, ma come strumento di*

⁷ Riccamente articolate risultano le considerazioni articolate anche da ultimo nella scia di questo orientamento, per tutte vedasi Consiglio di Stato – sezione III decisione 2477/2013

⁸ Cfr. TAR Piemonte sezione I ordinanza 212/2010, secondo il cui convincimento “*... le disposizioni statutarie della Croce Rossa Italiana, correttamente interpretate, consentono che l’Ente offra sul mercato i servizi oggetto della gara...*”

⁹ Dispositivo dell’ordinanza cautelare n. 527/2009, emanata dal TAR Marche sezione I

¹⁰ Si tratta della segnalazione contrassegnata dal riferimento AS487 e recante in epigrafe “Affidamenti diretti per la fornitura del servizio di trasporto in soccorso ad enti di volontariato” del 18.11.2012 e riportata nel bollettino n. 43 del 22.12.2008 e

¹¹ Deliberazione n. 35 adunanza del 09.03.2011

¹² Deliberazione n. 72/2007,

collaborazione nell'attuazione di interventi che vanno ad integrare servizi più complessi e strutturati, che invece devono essere gestiti secondo i consueti canoni della procedura ad evidenza pubblica".¹³

In tal modo si dà conto delle difficoltà della giurisprudenza nazionale, trovatasi ad affrontare oggettive discrasie normative: si pensi al complessivo impianto della legge n. 266/1991 sul cd. "terzo settore", il cui art. 7 canonizza solennemente lo strumento principe della convenzione, con tutte le conseguenze del caso. Tale storicizzazione, tuttavia, non appare di per sé sufficiente a dissipare la sensazione che il ritardo interpretativo della nostra giurisprudenza sia stato dettato anche dalla tendenza iperesegetica di questa a preferire lo scavo, anche ingegnoso, del testo di legge, alla scelta, talora necessaria, di "cambiare gioco", ossia sviluppare un ragionamento che ad una *ratio* interpretativa eccentrica rispetto al principio comunitario (caso estremo) sappia rispondere con l'estremo rimedio della disapplicazione o individui l'alternativa *ratio* che lasci in piedi la disposizione ma lo collochi in sintonia con il diritto dell'Unione.

§ 3. L'ORIENTAMENTO COMUNITARIO, TRA INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA E (RESIDUALI) TIMIDEZZE INTERPRETATIVE

La giurisprudenza italiana si è dunque mossa, nella quasi totalità dei casi, con attitudine ermeneutica restrittiva nel tratteggiare le nozioni di "impresa" ed "onerosità", anche se con sfumature talora diverse. La giurisprudenza comunitaria, dal canto suo, appare caratterizzata da un maggior sforzo di superamento delle aporie ed antinomie normative, così da far risaltare la prolungata riluttanza dei giudici nazionali ad adottare moduli slegati da un approccio datato alle predette nozioni. Resta il fatto che una tal quale timidezza permane anche nel suo terreno d'indagine e nei corrispondenti esiti. Si pensi a due significative pronunce emesse nel corso degli anni, la prima sul contenzioso *Firma Ambulanz Glöckner contro Landkreis Südwestpfalz*¹⁴, la seconda, ben più recente, sulla causa Commissione UE contro Repubblica italiana¹⁵.

Nel primo caso la Corte non era andata immune da troppi distinguo, ritenendo che la norma regionale del Land Renania Palatinato, che accordava alla locale Croce Rossa un vero e proprio regime di favore nel trasporto non urgente dei malati, fosse compatibile con la normativa comunitaria sintantoché non esplicitata in abuso di posizione dominante, ravvisabile soltanto quando l'impresa che detiene una posizione dominante su un determinato mercato si riserva, senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria altrimenti demandabile a un'impresa terza: ipotesi meramente residuale, atteso che la dimostrazione del contrario, a cura delle autorità regionali preposte, avrebbe richiesto l'accertamento della manifesta incapacità della Croce Rossa di coprire la totalità del territorio considerato. Appare, peraltro, evidente che una renitenza siffatta si ingenerava per il timore che la logica degli operatori indipendenti, tra i quali la ricorrente *Ambulanz Glöckner* (cui era stato negato il rinnovo dell'autorizzazione ad esercitare il servizio) avrebbero perseguito la sola ricerca del profitto nelle zone a più alta densità abitativa, a tutto detrimento delle altre.

A tale proposito non sarà inutile richiamare un contributo della dottrina tedesca¹⁶ che citava il caso *Ambulanz Glöckner* per il rilievo che esso assume ai fini del concetto di "mercato", non necessariamente rappresentato da uno stato -membro della UE e difatti, nel caso di specie, identificabile con il *Landkreis Südwestpfalz* (circoscrizione del Land Renania Palatinato) ed in altri, analoghi casi addirittura con una città

¹³ Lo sostiene, con indubbio equilibrio, **ANDREA REGGIO D'ACI** nel contributo Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità della convenzione va valutata in termini comunitari apparso su *URBANISTICA E APPALTI* n. 6/2013.

¹⁴ Corte di Giustizia sezione V sentenza del 25.10. 2001 – causa C-475/99

¹⁵ Corte di Giustizia sezione III sentenza 29.11.2007 – causa C-119/06 (vicenda pubbliche assistenze in Toscana)

¹⁶ Auf einem Auge blind-Das EU-Kartellrecht und die Nachfragemacht, apparso sul n. 8 della rivista *RIW (Recht der internationalen Wissenschaft)* a firma di **FRANZ BÖNI** e **CHRISTOPH PALZER**. Molti gli spunti di riflessione, che tutti prendono le mosse dal dato di fatto (o ritenuto tale) della natura del diritto in materia di concorrenza, che sarebbe impropriamente identificato con l'esclusiva tutela del consumatore anziché, come si dovrebbe, con la tutela della concorrenza in quanto tale (" *sondern dem Schutz des Wettbewerbs als solchem*").

o con un ente aeroportuale. Incidentalmente, a parte la pertinenza del rilievo, che dà conto della sostanza del fenomeno e non della sua proiezione meramente formalistica, non sarà inutile riprendere le considerazioni generali ivi articolate in tema di effetti distorsivi sulla concorrenza, spesso indagati soltanto dal lato dell'offerta e non anche della domanda. Non a caso gli autori sostengono che il diritto comunitario in materia di cartelli, e in specie l'art. 102 del TFUE nella lettura dei tribunali e della Commissione, risulta "cieco da un occhio" (*auf einem Auge blind*) proprio con riferimento al ruolo della domanda (i "clienti", non tutti inermi) che anch'essa, in taluni casi, può alterare i traffici commerciali al pari dell'offerta: del che, con una qualche forzatura, potrebbe cogliersi un riflesso proprio nella Croce Rossa, "ente pubblico" anomalo e investito di un ambiguo ruolo di partenariato con gli enti *stricto sensu*, con gravi ripercussioni sulla tradizionale distinzione di mercato tra offerenti ed acquirenti, sulla trasparenza, sulla concorrenza e, in ultima analisi, sul rapporto costi/benefici nella prestazione sanitaria o parasanitaria.

Nel secondo caso, invero, la Corte di Giustizia andava ben al di là delle risultanze cui era pervenuta sei anni prima poiché la regola è ora la concorrenza perfetta che, tuttavia, appare depotenziata da un "ambiguo"¹⁷ carattere di onerosità del rapporto, in quanto "...tra le voci di costo - rileva il Consiglio di Stato nella cit. ordinanza di rimessione del 27 febbraio 2013 n. 1195 " *sono compresi non solo i costi diretti, legati al singolo accordo quadro, ma anche...costi indiretti e generali, legati all'attività stabilmente svolta dalle associazioni (quali utenze, canoni, spese condominiali, assicurazioni e comunque spese generali e di funzionamento), e come, inoltre, i costi diretti siano riferiti anche a spese fisse durevoli nel tempo, che comunque l'operatore dovrebbe pur sempre sostenere, quali le retribuzioni del personale, in una percentuale grosso modo pari ad un terzo del relativo costo totale gravante sul bilancio dell'ente* " .

Non esiste, dunque, *in rerum natura* un rimborso puro, poiché la nozione viene "inquinata" dall'incidenza di voci e sotto-voci, che ne accrescono in modo non marginale l'ammontare finale sotto forma di costi indiretti e, come tali, non agevolmente e immediatamente computabili. Ne discende che la giurisprudenza comunitaria, pur connotata da maggiore larghezza d'orizzonte, "...non è in realtà molto precisa..."¹⁸ e, pertanto, la rimessione alla Corte di giustizia non costituisce espediente per scaricare su questa la responsabilità di svincolarsi dalle ormai vetuste nozioni di "contratto oneroso" ed "impresa".

§ 4. - SPUNTI PER UN RIPENSAMENTO SULLA CRI E SULLA SUA PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE CONCORSALE

Con sguardo rapido e quasi "impressionistico" sugli scenari possibili sembra utile, infine, isolare alcuni "nuclei" argomentativi con i quali ipotizzare un rinnovato modo di inquadrare la tematica.

1. La menzionata disciplina regolante la CRI, che ne ha modificato la natura in senso privatistico, è lungi dall'aver rimosso le perplessità sull'applicazione delle disposizioni in materia di pubblici appalti (anzi, ne ha accresciuto i profili dubbi), dal momento che al diniego ad applicarle subentra oggi il pericolo di utilizzo arbitrario del potere di scelta.
2. L'orientamento consolidatosi prima della sentenza 565/2012 TAR Liguria risentiva di una ricostruzione in senso solo economicistico del soggetto "impresa", e ciò a tutto detrimento della sua dimensione squisitamente giuridica. Essa è scaturita, per puro paradosso, dalla tendenza della magistratura amministrativa ad adottare la nozione di contratto d'appalto così come desunta dalle teorie prettamente civilistiche, anziché pubblicistiche, in tal modo privilegiandone le componenti economiche, commerciali, lucrative e scalzando ogni visione più incline a cogliere la multiforme natura dell'agire posto in essere dalle "imprese", tali anche quando non condotte con l'esclusivo

¹⁷ " La Corte di Giustizia, pur criticando il sistema italiano del convenzionamento diretto delle associazioni di volontariato, lo ha fatto esprimendo un concetto ambiguo di onerosità del rapporto e, in particolare, legando lo stesso al superamento del "semplice rimborso delle spese sostenute per fornire i servizi di trasporto sanitario controversi" REGGIO D'ACI op. cit.

¹⁸ Ivi

perseguimento del profitto¹⁹. Non va, peraltro, dimenticato che il giudice nazionale è, *in primis*, giudice comunitario che, se del caso, può – *rectius*: deve- disapplicare la norma interna confliggente con quella enucleata nel diritto dell’Unione; il che avrebbe consentito di discostarsi da una lettura restrittiva dell’art. 2 comma 1 lett. c) e d) del DPCM 97/2005 laddove prevedeva lo strumento della convenzione

3. Appare sintomatico che la riforma della CRI, al di là degli altri e complessi profili che essa involge (si pensi alle sorti delle risorse umane, il cui inquadramento appare a rischio e foriero di successive e tormentate fasi), abbia espressamente introdotto la possibilità che la stessa partecipi a pubblici appalti: ciò da un lato preannuncia ulteriori e più aggrovigliate problematiche (quando partecipa?) ma, dall’altro, è indice di una maggiore consapevolezza intervenuta sulla sua natura e sull’impossibilità di questa a configurarsi, del tutto al di fuori della realtà, come mero soggetto stipulante accordi pattizi (convenzioni ex art. 15 legge 241/1990).
4. La riflessione sul ruolo della CRI non può intendersi con esclusivo riferimento ai “grandi” appalti in quanto rilevano anche le fattispecie minori, quantificabili in poche migliaia di euro e per le quali non cambia l’assunto di questo scritto: guardare sempre alla stella polare del diritto dell’Unione, non trascurando il senso comune²⁰ in ossequio a concettose ricostruzioni e, pertanto, ammettere il simultaneo concorrere di operatori indipendenti e di soggetti no profit per l’erogazione di prestazioni socio-sanitarie, che non sfuma nel mero richiamo al carattere oneroso del relativo contratto ma si palesa strumento ottimale ai fini della migliore tariffa, sia o non sia essa da ricondursi alla voce di “rimborso”²¹. Ne consegue che anche i “microaffidamenti” rispondono alla medesima logica. Al riguardo varrà la pena sgombrare il campo da equivoci: risulterebbe poco produttivo, se non fuorviante, applicare alle fattispecie economicamente minori la soglia di € 40.000,00, rubricate all’art. 125 del Codice Appalti (cittimo fiduciario e affidamento diretto). E’, difatti, notorio che la fattispecie in argomento non è *tout court* applicabile, abbisognando, per contro, del ricorrere di talune e tassative condizioni (ad esempio: urgenza, scadenza contrattuale); né è applicabile *de plano* il citato art. 57 del citato Codice (procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando) poiché soggetto a identico regime tassativo. Piuttosto potrebbe farsi strada, prima che la Corte di Giustizia o la Consulta dissodino il terreno per ben altro percorso normativo e giurisprudenziale, l’adozione dei principî generali che il citato art. 27 contempla in tela di settori esclusi (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, invito ad almeno cinque concorrenti) che garantiscono l’adozione di un principio concorsuale sia pure in senso lato, ferma restando la riconduzione delle ipotesi contrattuali, anche “camuffate” da accordi-quadro *et similia*, al *genus* appalti ed alle relative e stringenti regole.

¹⁹ Vale la pena di riportare un passaggio della cit. ordinanza 27 febbraio 2013 n. 1195 della sezione III del Consiglio di Stato (vedasi nota 2), nel quale si osserva testualmente: “ *ne deriva che la gratuità (o, meglio, la non onerosità) della prestazione resa dalle associazioni di volontariato e della Croce Rossa, quand’anche fosse accertata in punto di fatto, non farebbe comunque venire meno, secondo l’assunto di controparte, il carattere discriminatorio dell’affidamento...*” Questo, dunque, è il punto nodale, trascurato dalla giurisprudenza maggioritaria o degradato, dallo stesso Consiglio di Stato, ad elemento rilevante ma non decisivo ai fini dei fatti di causa.

²⁰ Si utilizza questa locuzione, mutuata dall’opera di **RAFFAELE LA CAPRIA** (*passim* ma, soprattutto, vedasi *La mosca nella bottiglia*) in un’accezione reinventata in chiave saggistico- letteraria, che fa riferimento al pensare limpido, privo di pregiudizi, che presuppone lo studio ma non ne risulta eruditamente travolto, da non confondere con il cd. “buon senso” che, nel lessico dello scrittore, coincide con lo spirito filisteo, il conformismo, l’adesione ai luoghi comuni