

a cura di Silvia Stefanelli - Andrea Stefanelli

e-book

Appalti & Sanità

RACCOLTA 2013



**STEFANELLI &
STEFANELLI**

STUDIO
LEGALE

**MAGGIOLI
EDITORE**

a cura di Silvia Stefanelli - Andrea Stefanelli

e-book

Appalti & Sanità

RACCOLTA 2013

**STEFANELLI &
STEFANELLI** STUDIO
LEGALE


**MAGGIOLI
EDITORE**

© Copyright Maggioli Editore

Dicembre 2013

L'avv. **Silvia Stefanelli** si occupa da anni di diritto sanitario, di dispositivi medici e di marcatura CE. È altresì competente in ambito di contrattualistica internazionale e, in particolare, di diritto cinese.

Giornalista pubblicista, ha collaborato per anni con **Il Sole24Ore Sanità, Sanità Pubblica e Privata** e la **Rassegna di Diritto farmaceutico**.

L'avv. **Andrea Stefanelli** si occupa, fin dall'inizio della sua carriera, di diritto amministrativo e, in particolare, di appalti pubblici.

È docente di numerosi corsi, seminari e master in materia di appalti organizzati da Cermet, Anie-Confindustria, Roga Italia, IGOP – Venezia Studi, NECTICS e MEDIAconsult; è anche docente al Corso di preparazione all'esame da magistratura del dott. Vito Zincani.

È autore di numerose pubblicazioni in materia di appalti e collabora stabilmente con la rivista **Teme** del F.A.R.E. (Federazione delle Associazioni Regionali dei Proveditori Economi della Sanità).

Sono entrambi titolari dello **Studio Legale Stefanelli&Stefanelli** (www.studiolegalestefanelli.it)

Indice

Presentazione	»	11
Autorizzazione ed accreditamenti	»	12
• Niente limiti al rilascio dell'autorizzazione sanitaria se l'erogatore vuole lavorare solo con il privato.....	»	12
• Si al riaccreditamento se la curatela fallimentare ha versato i contributi DURC	»	14
• L'autorizzazione per lo studio odontoiatrico è necessaria solo quando svolge attività pericolosa	»	15
• Collaborazione medica: quando si configura il rapporto di lavoro subordinato?	»	17
• Si allargano sempre più le maglie per i soggetti che chiedono l'autorizzazione.....	»	18
Dispositivi medici	»	19
• Medicinale o dispositivo medico? Una interessante sentenza dalla Corte di Giustizia CE	»	19
• Due nuovi regolamenti UE in materia di dispositivi medici.....	»	20
• La difficile strada delle gare in materia di ausili protesici ex D.M. 332/99	»	21
• Per la Corte dei Conti è ancora lunga la strada per il controllo della spesa pubblica in materia di dispositivi medici	»	23
• Determinazione dei criteri per individuazione dei prezzi riferimento per i dispositivi medici.....	»	25
• Requisiti più rigorosi per i dispositivi medici solo se proporzionati e ragionevoli.....	»	27
Gare ed esecuzione	»	28
Campionatura	»	28
• La campionatura deve essere aperta in seduta pubblica (parte 1°)	»	28
• La campionatura deve essere aperta in seduta pubblica (parte 2°)	»	28

• La mancata di verifica del macchinario offerto integra causa di esclusione.....	»	29
• La campionatura serve a dimostrare la serietà dell'offerta	»	30
Chiarimenti	»	31
• Il valore dei chiarimenti in gara	»	31
• La differenza fra il chiarimento e l'integrazione documentale	»	31
Commissione di gara	»	33
• I commissari in una gara sanitaria non devono necessariamente essere in numero di- spari.....	»	33
• Quando il comportamento della Commissione può portare alla sua sostituzione.....	»	33
• La nomina della c.t. deve avvenire dopo la scadenza del termine di deposito delle offerte solo nelle gare d'aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa.....	»	34
Concorrenti stranieri	»	35
• Le società americane non possono partecipare alle pubbliche gare in Italia in quanto non vi sono le condizioni di reciprocità con l'America.....	»	35
Convenzioni Consip	»	35
• In presenza di una convenzione CONSIP si può indire una pubblica gara se si presume di poter ottenere un prezzo migliore?.....	»	35
• I policlinici universitari non sono obbligati ad aderire alle convenzioni CONSIP	»	36
Documentazione di gara	»	37
• Originale e copia: la produzione di copia semplice al posto dell'originale di un docu- mento provoca conseguenze penali ed amministrative.....	»	37
• L'integrazione di un documento entro il termine per il deposito delle offerte sana la partecipazione.....	»	38
Elenco prezzi AVCP	»	39
• Il T.A.R. Lazio annulla l'Elenco-prezzi dei dispositivi medici predisposto dall'Autorità di Vigilanza	»	39
• Altre 6 sentenze del T.A.R. Lazio d'annullamento dei prezzi dell'A.V.C.P., questa volta anche relativamente ai farmaci.....	»	42
• Ultima sentenza sull'elenco-prezzi predisposto dall'Autorità di vigilanza	»	42

• Prezzi A.V.C.P.: il farmaco originator e quello biosimilare sono equivalenti e quindi il minor prezzo di riferimento vale per entrambi	»	43
Esecuzione	»	44
• Il subentro in un contratto d'appalto da parte di un'impresa cessionaria di ramo d'azienda non è impugnabile davanti al T.A.R.....	»	44
• È possibile annullare il contratto in esecuzione se si dimostra che l'importo a base d'asta era stato fissato in maniera esorbitante	»	45
Farmaci	»	46
• Farmaci biotecnologici e biosimilari possono “partecipare” alla medesima gara.....	»	46
Gare telematiche	»	46
• Deve essere riammesso il concorrente la cui offerta non è stata caricata sulla piattaforma digitale dalla stessa P.A. appaltante.....	»	46
• L'invio telematico dell'offerta deve prevedere la sua firma digitale, in caso contrario risultando legittima l'esclusione	»	47
• La mancata ricezione dell'offerta da parte della piattaforma telematica non legittima l'esclusione dell'impresa dalla gara	»	48
Oneri di sicurezza	»	48
• Oneri di sicurezza aziendali: due opposte pronunce dimostrano l'estrema confusione circa l'obbligo d'indicazione a pena d'esclusione.....	»	48
• Gli oneri di sicurezza dell'appalto deve essere indicati oppure no?	»	49
• Nessun obbligo d'indicazione degli oneri di sicurezza negli appalti di servizi sanitari..	»	51
Procedimento di gara	»	52
• Accesso atti: quando è consentito alla documentazione tecnica	»	52
• Affidamento in house: è legittimo l'affidamento in house dei servizi di sanificazione dell'ASL Lecce	»	52
• Anomalia offerte: anche se la commissione chiede chiarimenti, che non gli vengono forniti, la concorrente può comunque non venire esclusa.....	»	53
• A.T.I.: la capogruppo deve possedere i requisiti in misura maggioritaria rispetto all'oggetto della gara e non in termini assoluti	»	54

- Base d'asta non ribassabile: vi è alterazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa..... » 55
- Clausola sociale di mantenimento dei livelli occupazionali: conforme ai principi del Trattato CE » 56
- Concorrente: l'azienda ospedaliera Careggi può partecipare ad una gara indetta dalla Regione Lombardia? » 57
- DUVRI: non si può autocertificare » 58
- Impugnazione: no se non si partecipa » 58
- Procedimento: l'inserimento di un documento nella busta amministrativa anziché in quella tecnica non può comunque comportare l'esclusione dalla gara » 59
- Soccorso istruttorio: sì anche nel caso d'errata scheda tecnica depositata in gara » 60
- Sopralluogo: è obbligatorio nei lavori pubblici ma non nelle gare di forniture e servizi, a meno che non sia previsto dalla lex specialis e come non può essere imposto a "data fissa" » 60
- Verifica a sorteggio: la P.A. deve procedere d'ufficio ad acquisire gli originali, non potendo più chiederne la produzione al sorteggiato » 61
- Procedure negoziate*..... » 62
- La procedura negoziata senza pubblicazione del bando ha natura assolutamente eccezionale » 62
- La Croce Rossa Italiana ha illegittimamente acquistato in via diretta un'unità di terapia intensiva: contratto dichiarato inefficace » 63
- Il trasporto-pazienti È un servizio sociosanitario e quindi, come tale, affidabile in convenzione senza la necessità d'indire una gara » 64
- È obbligatoria l'indizione di una gara anche per affidare attività scientifica ma non "di ricerca" » 65
- Non vi l'obbligo di gara per un servizio (distribuzione presidi per diabetici) affidato alla rete farmaceutica dal Commissario ad acta di una regione sottoposta al piano di rientro dal disavanzo sanitario » 66
- Recupero crediti p.a.* » 67
- Dubbi di legittimità costituzione sull'impossibilità per i creditori di aziende sanitarie ed ospedaliere della regione Calabria di ottenere soddisfazione..... » 67

- Le vecchie Sezioni-stralcio non sono state liquidate e quindi i crediti pregressi rimangono in capo a dette sezioni e non “passano” alle AA.SS.LL. » 69
- La disciplina delle Regioni sottoposte a piani di rientro dal deficit finanziario » 69
- La Corte costituzionale annulla l’impignorabilità delle aziende sanitarie » 73
- Esecutivi i decreti ingiuntivi emessi nei confronti di aziende sanitarie anche se sottoposte ai piani di rientro dai disavanzi sanitari » 74
- Requisiti morali** » 75
- I requisiti di moralità devono essere posseduti solo dal legale rappresentante e non anche da tutti i suoi procuratori: l’ultima parola all’adunanza plenaria » 75
- La mancata dichiarazione ex art. 38 dei procuratori non può portare all’esclusione e ciò a prescindere dalle indagini sulla portata dei loro poteri » 76
- La fusione societaria obbliga ad accertare i legali rappresentanti delle società fuse e ciò a prescindere dal tipo di fusione (paritaria o per incorporazione) » 77
- La fine del “falso innocuo”: le autodichiarazioni devono risultare corrette e complete, a nulla rilevando l’eventuale non rilevanza del fatto non dichiarato » 78
- Ancora sul “falso innocuo”, ovvero quando la mancata dichiarazione di condanne subite non comporta l’esclusione » 79
- La dichiarazione ex art. 38 può essere rilasciata anche in nome e per conto di soggetti diversi dal dichiarante purché nominativamente indicati » 80
- La mera pendenza di un’indagine penale a carico del legale rappresentante legittima la revoca dell’aggiudicazione disposta a favore di una società » 80
- Requisiti partecipativi** » 82
- Requisiti aggiuntivi: violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità nella determinazione di requisiti aggiuntivi richiesti ai fini partecipativi » 82
- Requisiti: si acquisiscono solo a seguito d’affidamento di pubbliche gare o anche per la sottoscrizione di contratti scritti? » 82
- Requisiti tecnici: il possesso di determinati particolarissimi requisiti tecnici non può essere valutato illegittimo a prescindere dalla natura del servizio posto in gara » 83
- Passaggio personale: la clausola che obbliga il passaggio dal vecchio al nuovo appaltatore può essere non rispettata se è proposto un progetto tecnologicamente più avanzato » 83

- Commistione tra requisiti partecipativi e criteri valutativi: il divieto si affievolisce negli appalti di servizi » 84
- Servizi analoghi: quali sono quelli utilizzabili per la dimostrazione dei requisiti economici » 85
- Nelle gare di ossigenoterapia necessita ai fini partecipativi la marcatura CE dell'impianto » 86
- I requisiti nelle maxigare multilotti devono comunque essere proporzionati » 86
- Responsabilità amministrativa** » 87
- Mancata indizione gara: in quanto danno alla concorrenza provoca sempre un danno erariale » 87
- Quando una P.A. è obbligata a risarcire il danno per illegittima esclusione da un concorso pubblico » 88
- Ha diritto al risarcimento la concorrente a cui non è stata data tempestiva comunicazione della proroga del termine per il deposito delle offerte » 88
- La condanna al risarcimento danni può essere recuperata trattenendo una somma periodica dal contratto d'appalto rimasto in essere » 89
- Specifiche tecniche** » 90
- Specifiche tecniche: rivoluzionaria sentenza del T.A.R. Lecce » 90
- Il principio di equivalenza non si applica alle specifiche tecniche » 91
- La specifica tecnica, non rispettata ma relativa ad una prestazione accessoria, non può automaticamente comportare l'esclusione » 92
- Il difficile rapporto fra specifiche tecniche ed offerte alternative: poteri e limiti della P.A. appaltante » 92
- Il giusto equilibrio fra il potere della p.a. di fissare specifiche tecniche a pena d'esclusione ed il principio eterointegrativo d'offrire soluzioni equivalenti » 93
- Un'azienda produttrice ma non partecipante può impugnare una gara in cui le specifiche richieste non consentono ai propri prodotti di essere offerti » 95
- Spending review** » 96
- La valutazione circa l'applicabilità (o meno) dello sconto del 5-10% della spending review non la decide il giudice amministrativo ma quello civile » 96

Concorrenza e pubblicità	»	97
• I principi di concorrenza e la scelta della struttura sanitaria accreditata.....	»	97
• Antitrust e sanità privata: una nuova opportunità di giustizia?	»	99
• Professioni, tariffe e concorrenza: stessi problemi in Italia, Francia e Spagna.....	»	101
• Si allentano i limiti che impediscono lo svolgimento di attività artigianale (estetica) nell'ambito di area di nature sanitaria (farmacie).....	»	102
• Ordine, concorrenza e deontologia: un equilibrio molto difficile	»	103
• La Regione non può limitare l'accesso al mercato dei servizi sanitari ai nuovi erogatori	»	106
• Fondi sanitari e casse malattia sotto sottoposte alla disciplina delle pratiche commerciali sleali.....	»	107
• Le nuove frontiere della concorrenza in sanità: l'agcm apre una istruttoria per possibile intesa di quattro società operanti nella Regione Abruzzo	»	108
Responsabilità medica e amministrativa	»	110
• Condannato il direttore generale che, per ritorsione personale, interrompe il rapporto con il direttore amministrativo	»	110
• Le mobili frontiere della responsabilità medica dopo il Decreto Balduzzi	»	111
• No all'estensione del consenso firmato dal malato ad una operazione diversa da quella prevista	»	113
• Si allargano i doveri del direttore sanitario	»	114
• Responsabilità medica e danno non patrimoniale: risarcimento autonomo al coniuge della vittima di malasanità	»	114
• Se il paziente interrompe le cure il sanitario non può essere chiamato a risarcire i danni	»	116
• Responsabilità medica: assolto il medico che dimentica una garza nel sito operatorio se essa non é causa del danno lamentato	»	116
• Una importante decisione della corte di conti siciliana circa il rapporto tra mediazione e danno erariale.....	»	118
• Danno "esistenziale": sì al risarcimento se si verifica una modificazione peggiorativa della vita quotidiana	»	120
• Può sussistere la responsabilità erariale anche in capo a soggetti privato (con ulteriore conseguente applicazione anche della L. n. 231/2001)	»	121

Presentazione

*La presente raccolta rappresenta uno stralcio dell'attività svolta dalla Redazione di **appalti&sanità.it** da fine aprile 2013 (data d'inizio) al 10 dicembre u.s.*

*Il sito online **www.appalti&sanita.it** nasce come start-up del più noto **www.appalti&contratti.it**, considerato dagli addetti ai lavori il migliore in materia di contratti pubblici, ove è annotata la giurisprudenza più aggiornata sugli appalti in generale; la casa editrice Maggioli si è però resa conto che il settore sanitario sta diventando sempre più strategico (gli appalti "assorbono" circa il 17% del PIL nazionale, di cui quasi il 70% in beni e servizi e, di questi, oltre la metà relativa all'acquisto di apparecchiature biomedicali, farmaci e dispositivi medici), ragion per cui si è deciso di dar vita ad un sito che si occupi specificamente di appalti sanitari nonché di altri settori della sanità connessi.*

*Sul sito **www.appalti&sanita.it** vengono raccolte informazioni, normative e giurisprudenza recenti ed aggiornate, di cui si fornisce un breve commento; le notizie non vengono quindi solo riportate, ma viene offerto un commento al giorno di una sentenza, una disposizione di legge o una notizia, riassunta in dieci righe in un linguaggio chiaro e comprensibile.*

*Si tratta di un sito gratuito, strutturato come un blog, per cui chiunque può inviare un commento o materiale d'interesse; anzi, proprio perché **www.appalti&sanita.it** non vuole essere una rivista giuridica bensì un luogo ideale di contatto e confronto tra i diversi soggetti, che quotidianamente sono obbligati a misurarsi con gli aspetti problematici della sanità, chiunque intende arricchirlo di contenuti nonché offrire una diversa visione delle problematiche, è certamente ben accetto.*

La casa editrice Maggioli si è rivolta allo Studio Legale Stefanelli&Stefanelli per coordinare la Redazione, in quanto da anni gli avvocati Silvia ed Andrea Stefanelli si occupano di sanità e di appalti pubblici in ambito sanitario; è dunque da parte Loro, nonché di tutta la Redazione, che va un sentito ringraziamento a tutti coloro i quali hanno consentito di realizzare questa bella iniziativa e contribuito al suo grande successo.

La Redazione

Autorizzazione ed accreditamenti

+ **Niente limiti al rilascio dell'autorizzazione sanitaria se l'erogatore vuole lavorare solo con il privato**

✓ **Commento Cons. Stato, 29 gennaio 2013, n. 550**

Per chi si occupa di autorizzazioni sanitarie la decisione del Consiglio di Stato n. 550 del 29 gennaio 2013 rappresenta senza dubbio una sentenza di portata “storica”.

In sintesi il caso, per poi illustrare la portata giuridica della decisione assunta.

Una casa di cura della Regione Lazio chiedeva l'autorizzazione per l'ampliamento di n. 20 posti letto (reparto Alzheimer) precisando l'intenzione di svolgere attività in regime privatistico (quindi senza accreditamento e contratto con il SSR).

A fronte del silenzio della Regione, il Commissario ad acta nominato dal T.A.R. si esprimeva negativamente affermando la sufficienza delle strutture provvisoriamente accreditate a corrispondere al fabbisogno regionale, nonché la sospensione al momento degli gli adempimenti relativi alla verifica di compatibilità con il fabbisogno di assistenza.

In sostanza il Commissario ad acta procedeva ad una interpretazione ed applicazione “tradizionale” dell'art. 8-ter del D.Lgs. 502/92 (come modificato dal D.Lgs. 229/99) in forza del quale il rilascio della autorizzazione alla realizzazione (prodromica al successivo rilascio dell'autorizzazione all'esercizio) è subordinata alla *“verifica di compatibilità del progetto da parte della regione...effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo ed alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità dei servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuovo strutture”*.

Se l'obiettivo della norma era quello di meglio orientare la distribuzione delle strutture sul territorio, di fatto tale “programmazione” all'ingresso – attuata poi in maniera differente dopo la regionalizzazione della sanità in forza delle modifica dell'art. 117 Cost. – ha finito con il configurare, nei fatti, un “blocco” all'ingresso sul mercato di nuovi erogatori sanitari. E ciò sia la degenza che per la specialistica ambulatoriale.

Con la sentenza che oggi si commenta il Consiglio di Stato fa invece un passo avanti.

Prendendo le mosse dalla segnalazione AGCM AS 852 del 18 luglio 2011 in materia, nella quale si segnalava come *“la pedissequa applicazione delle norme sembra aver provocato una situazione di paralisi, con la conseguenza di consolidare l’offerta nelle mani degli operatori già esistenti...”*, il Consiglio di Stato approda ad una nuova – costituzionalmente orientata – interpretazione della norma.

Stabiliscono infatti i giudici che subordinare le autorizzazioni alla verifica del fabbisogno deve essere letto alla luce non solo dell’art. 32 (tutela della salute) ma anche in ragione dell’art. 41 Cost. (libertà di iniziativa dell’impresa): quindi tale norma nella sua applicazione non può configurare

“...uno strumento ablatorio delle prerogative dei soggetti che intendano offrire, in regime privatistico (vale a dire senza rimborsi o sovvenzioni a carico della spesa pubblica, e con corrispettivi a carico unicamente degli utenti), mezzi e strumenti di diagnosi, di cura e di assistenza sul territorio...”.

In sostanza, spiegano i giudici, la programmazione (e l’eventuale “blocco”) non possono avvenire in sede di autorizzazione, ma eventualmente attraverso i successivi strumenti dell’accreditamento, della fissazione dei tetti di spesa e dei contratti con i soggetti accreditati.

Tale nuovo orientamento sembra peraltro porsi sul solco del nuovo vento di liberalizzazione che faticosamente sta penetrando nel nostro ordinamento, aprendo il varco anche al settore sanitario.

Con la legge 27/2012 – c.d. Cresci Italia – all’art. 1 si afferma l’abrogazione delle *“disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale”* che non siano adeguate o proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e impediscano, condizionino o ritardino l’avvio di nuove attività economiche o l’ingresso di nuovi operatori economici.

Lo stesso articolo stabilisce altresì l’abrogazione dei *“... preventivi atti di assenso dell’amministrazione ... non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibili con l’ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità”*.

A rinforzo l’AGCM nella segnalazione AS988 sulla legge concorrenza 2013 in data 2 ottobre 2012 proprio in relazione al settore sanitario così dichiara: *“Nel settore sanitario, al fine di consentire una maggiore libertà di accesso degli operatori privati all’erogazione di prestazioni sanitarie che non gravano sull’erario pubblico, appare opportuno introdurre a livello nazionale una norma che consenta la realizzazione e l’esercizio di strutture sanitarie non convenzionate con il SSN a prescindere dalla verifica del fabbisogno di servizi sanitari, né tanto meno della compatibilità finanziaria”*.

Con la sentenza Cons. Stato n. 550 il quadro si chiude: l'apertura di strutture sanitarie (anche di degenza) che si rivolgono solo al privato non può subire limitazioni o programmazioni a monte. Sarà poi il mercato a fare le sue scelte. Quello dei cittadini. O quello dei nascenti Fondi Sanitari Integrativi, che sembrano affacciarsi oggi con maggior vigore – anche come effetto indiretto della spendig review – al mercato delle prestazioni sanitarie.

Si al riaccreditamento se la curatela fallimentare ha versato i contributi DURC

✓ **Cons. Stato, 30 novembre 2012, n. 6145**

È fatto noto che chi lavora è “sommerso” tra montagne di carta e informazioni quotidiane che devono essere classificate ed immagazzinate.

Così ogni tanto sfuggono notizie che – a ben vedere – sono invece molto interessanti.

È il caso di questa sentenza del Consiglio di Stato non commentata da alcuno, ma i cui principi sanciti meritano invece una riflessione.

Il caso è quello di una società che gestiva circa 30 strutture psicomotorie nell'area chietina la quale, versando in difficile situazione economica, decideva di non versare il DURC per i propri dipendenti. A seguito di tale inadempimento contributivo la Regione (nella figura del Commissario ad acta) revocava l'accREDITAMENTO sanitario. Poco dopo veniva dichiarato il fallimento della società.

Il curatore fallimentare provvedeva quindi a sanare la situazione relativamente all'esercizio provvisorio del fallimento: a seguito di tale sanatoria il Commissario disponeva il ri-accREDITAMENTO con assegnazione del relativo tetto di spesa.

Tale atto veniva impugnato dai concorrenti sul territorio i quali sostenevano che tale atto di ri-accREDITAMENTO non poteva essere considerato legittimo tenuto conto che la curatela fallimentare non aveva sanato le precedenti inadempienze contributive e previdenziali.

Di diverso avviso sia il T.A.R. Abruzzo, sentenza 74/2012 che il Consiglio di Stato sentenza 6145/2012

Entrambi i giudici infatti hanno ritenuto di dover scindere i due momenti, quello della gestione prima del fallimento e quella della gestione fallimentare, ammettendo quindi il ri-accREDITAMENTO in presenza dei comportamenti regolari del curatore fallimentare.

Più esattamente così si legge nella sentenza:

“Infatti il curatore fallimentare, pur se subentra in tutti i rapporti attivi e passivi già facenti

capo all'impresa fallita, non configura un sostituto del fallito, ma è un organo del fallimento che, in veste di pubblico ufficiale, ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare nell'interesse dei creditori".

Ed ancora:

"... posto che la dichiarazione di fallimento costituisce una evidente cesura tra la gestione dell'impresa prima del fallimento e l'attività della curatela fallimentare, correttamente il Commissario ad acta (nel verificare il ripristino dei requisiti necessari per l'accreditamento) ha ritenuto di dover scindere la pregressa situazione di omessi versamenti imputabile all'impresa fallita da quella attuale del curatore che, ottenuto l'esercizio provvisorio dal Giudice fallimentare, ha provveduto a regolarizzare i pagamenti venuti a scadenza nel corso dell'esercizio provvisorio, mentre, ovviamente, la soddisfazione dei debiti pregressi, congelati nello stato passivo del fallimento, è fuori della disponibilità dello stesso curatore e non può non seguire i tempi e le modalità della liquidazione dell'attivo del fallimento".

Tenuto dunque conto che l'obiettivo è il "risanamento" dell'azienda, correttamente il Commissario ad acta ha "restituito" lo strumento dell'accreditamento, presupposto indispensabile per erogare a favore del SSN.

L'autorizzazione per lo studio odontoiatrico è necessaria solo quando svolge attività pericolosa

✓ Cassazione Civile, sez. II, 30 aprile 2013, n. 10207

Di amplissima portata innovativa la recentissima sentenza Cassazione Civile, sez. II 30 aprile 2013, n. 10207 in materia di autorizzazione degli studi odontoiatrici.

Il quesito posto al giudice può così sintetizzarsi: l'art. 8-ter del D.Lgs. 502/92 richiede che tutti gli studi odontoiatrici siano indistintamente soggetti ad autorizzazione sanitaria, oppure la norma trova applicazione solo in determinati casi?

Andiamo per ordine.

Con il c.d. Decreto Bindi (D.Lgs. 229/99) viene introdotto l'art. 8-ter sulle autorizzazioni sanitarie degli studi professionali che così stabilisce:

"L'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie è, altresì, richiesta per gli studi odontoiatrici, medici e di altre professioni sanitarie, ove attrezzati per erogare prestazioni di chirurgia ambulatoriale, ovvero procedure diagnostiche e terapeutiche di particolare complessità o che comportino un rischio per la sicurezza del paziente..."

Le discipline regionali intervenute in attuazione della norma (anche a seguito della modifica del Titolo V Costituzione) hanno per lo più utilizzato la stessa formulazione letteraria del sopracitato art. 8-ter.

In fase di applicazione pratica, poi, tutte le Regioni hanno interpretato la disciplina in senso ampio: si è cioè ritenuto che “tutti” gli studi odontoiatrici dovessero possedere l’autorizzazione sanitaria, senza entrare nel merito delle effettive attività svolte.

In altre parole, senza verificare se (sotto il profilo di fatto) le procedure cliniche espletate fossero “di particolare complessità” o comportassero un “rischio per la sicurezza del paziente”, si è ritenuto che l’erogazione di tutte le prestazioni odontoiatriche, in quanto tali, necessitassero di una autorizzazione sanitaria.

Quindi per tutti gli studi odontoiatrici, indipendentemente dalla tipologia di prestazioni erogate, è stata chiesta l’autorizzazione sanitaria.

Oggi sul punto è intervenuta la Cassazione con una interpretazione diversa.

Decidendo su una controversia – già risoltasi favorevolmente in primo e secondo grado – la Suprema Corte ha accolto la tesi di un odontoiatra di Fermo il quale sosteneva di non svolgere prestazioni a rischio per la salute del paziente e che conseguentemente non poteva essere pretesa l’autorizzazione sanitaria.

Così si legge in sentenza:

“La tesi svolta dal Comune, secondo cui la normativa di settore sottoporrebbe ad autorizzazione dell’Autorità preposta l’apertura di qualsiasi studio odontoiatrico, non appare infatti trovare alcuna conferma nelle disposizioni di legge richiamate dal Comune ricorrente”, le quali prevedono l’autorizzazione soltanto in presenza di ulteriori condizioni di fatto, rappresentate in particolare dalla previsione che l’attività medica comporti un rischio per la sicurezza del paziente.

In sostanza l’obbligo di autorizzazione non scatta automaticamente per tutto gli studi odontoiatrici, ma sussiste solo in presenza di elementi di fatto – che vanno accertati – che dimostrano l’erogazione di prestazioni che comportino un rischio per la sicurezza del paziente.

Ora si aprono nuovi dilemmi: quale sono le prestazioni che non “comportano un rischio per la sicurezza del paziente”? e, viceversa, quali sono quelle che (invece) comportano un rischio?

E nel caso in cui, in uno studio privo di autorizzazione, si presenti un paziente che chiede una prestazione “a rischio” cosa succede?

Collaborazione medica: quando si configura il rapporto di lavoro subordinato?

✓ **Cassazione civile, sez. lavoro, 22 maggio 2013, sent. n. 12572**

La sentenza della Cassazione che qui si commenta appare interessante in quanto costituisce una sorta di vademecum per valutare “se” e “quando” una collaborazione tra un medico ed una casa di cura (ma il principio vale per tutte le strutture sanitarie) può configurare un rapporto di lavoro dipendente.

Indubbio infatti che l’attività professionale di un medico all’interno di una struttura sanitaria deve in qualche modo essere coordinata ed inserita in un contesto organizzato.

Da qui la domanda: fino a quando questo “coordinamento” ed “inserimento” consente di continuare a configurare il rapporto come libero professionale e quando invece scatta il lavoro dipendente?

Dalla lettura della sentenza emergono criteri di valutazione.

In primo luogo il giudice di Cassazione precisano che la qualificazione del rapporto come dipendente o libero professionale non può che essere apprezzata avuto riguardo sia al carattere professionale dell’attività espletata (che rende superflua una particolare specificazione delle direttive) sia alla peculiarità dell’attività cui la stessa s’inserisce.

Chiarito quanto sopra i punti cardine da investigare sono:

- 1) dato atto che non può farsi riferimento tout court all’esercizio dei poteri direttivo e disciplinare, né la fissazione di un orario per le visite, o eventuali controlli nell’adempimento della prestazione, la sussistenza o meno della subordinazione essere verificata in relazione alla **intensità della etero-organizzazione della prestazione**, al fine di stabilire se l’organizzazione sia limitata al coordinamento dell’attività del medico con quella dell’impresa, **oppure ecceda le esigenze di coordinamento per dipendere direttamente e continuativamente dall’interesse dell’impresa**, (già Cass. 3471/03);
- 2) circa il criterio assoggettamento del lavoratore al **potere organizzativo e disciplinare** del datore di lavoro, per i medici deve necessariamente essere accertato o escluso sulla base di elementi sussidiali che il giudice di merito deve individuare (quali inserimento in turni lavorativi predisposti dalla clinica, la sottoposizione a direttive circa lo svolgimento dell’attività, l’obbligo di rimettersi alla pianificazione dell’amministrazione della clinica in ordine alla fruizione delle ferie) (già Cass. 10043/04);
- 3) circa il generale criterio **dell’assoggettamento al potere direttivo**, nel caso del medico occorre far riferimento ad altri criteri – complementari e sussidiali – quali la collaborazione sistematica e non occasionale, l’osservanza di un orario predeterminato, il versamento, a cadenza fissa, di una retribuzione prestabilita, il coordinamento dell’attività lavorativa all’assetto organizzativo dato all’impresa dal datore di lavoro, l’assenza, in capo al lavoratore, di una sia pure minima struttura imprenditoriale e di rischio economico (Cass. 8804/94).

Nel caso di specie ricorrevano tutti i criteri per cui è stato riconosciuto il rapporto di lavoro dipendente.

Si allargano sempre più le maglie per i soggetti che chiedono l'autorizzazione

✓ **Cons. Stato, 26 settembre 2013, n. 4788**

Ma è legittimo vietare l'apertura di una nuova struttura sanitaria sostenendo che il "fabbisogno è soddisfatto"?

Dopo il Consiglio di Stato 550/2013 e Consiglio di Stato 4574/2013 con questa terza sentenza il Consiglio di Stato ribadisce che il diritto del privato che vuole fornire prestazioni sanitarie a titolo privato non può essere condizionato a monte da "un apposito strumento pianificatore generale" della Regione, ma soltanto "da una valutazione dell'idoneità della nuova struttura a soddisfare il fabbisogno complessivo di assistenza".

Nel caso di specie la regione Sardegna aveva negato l'apertura di una nuova struttura sostenendo che il numero di prestazioni erogate nel 1999 e nel 2000 risultavano superiori al parametro di 12 per abitante indicato in una delibera della Giunta come obiettivo tendenziale per il contenimento delle prestazioni convenzionate.

Secondo la regione era poi da considerarsi del tutto influente il parere favorevole del Comune interessato che sosteneva l'assenza sul territorio di strutture simili: secondo la regione la vicinanza con il capoluogo vanificava la necessità di una nuova struttura.

A fronte di un Tar Sardegna positivo nei confronti della regione, il Consiglio di Stato capovolge il verdetto.

Interessante l'interpretazione dell'art. 8-ter del D.Lgs. 502/1992.

Affermano infatti i giudici che la realizzazione di nuove strutture è condizionata alla verifica di compatibilità da parte della Regione, ma questa regola di principio non può risolversi, alla luce degli articoli 32 e 41 della Costituzione, "*in uno strumento oblatorio delle prerogative dei soggetti che intendano offrire, in regime privatistico (vale a dire senza rimborsi o sovvenzioni a carico della spesa pubblica, e con corrispettivi a carico unicamente degli utenti), mezzi e strumenti di diagnosi, di cura e di assistenza sul territorio*".

Il Consiglio di Stato ribadisce quanto già espresso nella decisione di pochi giorni prima: "*Una politica di contenimento dell'offerta sanitaria non può tradursi in una posizione di privilegio degli operatori del settore già presenti nel mercato, che possono incrementare la loro offerta a discapito dei nuovi entranti*".

Medicinale o dispositivo medico? Una interessante sentenza dalla Corte di Giustizia CE

✓ **Corte di Giustizia CE, sez. IV, 3 ottobre 2013, n. C-109/12**

Può lo stesso prodotto essere classificato come medicinale in uno Stato Membro e come dispositivo medico in un altro?

La Corte di Giustizia conferma con questa recente sentenza tale possibilità (dando atto che la mancata piena armonizzazione del mercato interno permette a tutt'oggi tale complessa situazione di commercio). Questo il caso.

La società Laboratoires Lyocentre commercializza in vari paesi della Comunità Europea – tra cui anche la Finlandia – una capsula vaginale denominata “Gynocaps” contenente lactobacilli vivi, utilizzata per il ripristino dell’equilibrio della flora batterica che protegge normalmente la vagina. Tale prodotto è destinato alle donne di ogni età e può essere utilizzato durante la gravidanza o l’allattamento.

A metà degli anni 2000 veniva commercializzato in Finlandia un preparato vaginale analogo alla Gynocaps contenente lactobacilli vivi qualificato però come medicinale.

A quel punto l’autorità competente finlandese decideva di qualificare il Gynocaps come medicinale.

In tale procedura non applicava la clausola di salvaguardia di cui all’art 8 della dir 93/42/CEE.

La Laboratoires Lyocentre impugnava tale provvedimento ed il giudice rinviava alla Corte di Giustizia ponendo tre quesiti:

1) È possibile che un prodotto venga commercializzato come dispositivo medico in uno Stato membro e come medicinale in altro Stato membro?

Circa la possibilità che lo stesso prodotto abbia due qualificazioni diverse nei diversi Stati membri la Corte di Giustizia ammette tale possibilità.

Così si legge in sentenza:

“allo stato attuale del diritto dell’Unione, è difficile evitare, finché l’armonizzazione dei provvedimenti necessari a garantire la tutela della salute non sarà più completa, che sussistano differenze fra gli Stati membri nella qualificazione dei prodotti nell’ambito di applicazione della direttiva 2001/83 (v., in tal senso, segnatamente, sentenze del 6 novembre 1997, LTM, C-201/96, Racc. pag. I-6147, punto 24, e Hecht-Pharma, cit., punto 28).

Infatti, come ha sostenuto l’avvocato generale al paragrafo 63 delle sue conclusioni, l’asimmetria delle informazioni scientifiche, nuovi sviluppi scientifici e valutazioni diverse del rischio per la salute dell’uomo e del livello di tutela desiderato possono spiegare il fatto che siano adottate, dalle autorità competenti di due Stati membri, decisioni differenti sulla classificazione di un prodotto”.

2) Ove l’autorità nazionale possa cambiare la qualificazione applica direttamente la dire 2001/83/CE sui medicinali o deve prima applicare la clausola di salvaguardia di cui all’art. 8 dir 93/42/CEE?

Qui la sentenza è complessa.

Il giudice dà infatti atto che l’art. 18 disciplina due situazioni cui fanno seguito due conseguenze diverse:

- a) l’indebita marcatura su prodotto che rientra nella nozione di dispositivo medico (quindi marcatura apposta attraverso procedimento sbagliato a senza il pieno rispetto dei RES) in questo caso si applicherà la clausola di salvaguardia ex art. 8 dir 93/42/CEE;
- b) indebita marcatura su prodotto che non rientra nella nozione di dispositivo medico in questo caso non si applicherà l’art. 8 ma direttamente la direttiva di riferimento.

3) È possibile che sul territorio del medesimo Stato membro possano essere commercializzati prodotti uguali con qualificazioni diverse (dispositivi medico e farmaco) qui il Giudice stabilisce che se i due preparati sono identici (medesima sostanza e il funzionamento mediante le stesse modalità d’azione) la qualificazione giuridica deve essere la stessa.

Ove invece i preparati nonostante l’utilizzo della stessa sostanza presentino peculiarità diverse i prodotti possono trovare anche diversa qualificazione giuridica.



Due nuovi regolamenti UE in materia di dispositivi medici

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-854_it.htm

Si stringono le maglie per gli organismi notificati con lo scopo di aumentare la sicurezza dei dispositivi medici.

leri la Commissione europea ha adottato due provvedimenti volti a migliorare la sicurezza dei dispositivi medici.

- 1) un Regolamento di esecuzione della Commissione che chiarisce i criteri da soddisfare da parte degli organismi notificati, che hanno la responsabilità di ispezionare i fabbricanti di dispositivi medici,
- 2) una Raccomandazione che chiarisce i compiti di tali organismi durante gli audit e le valutazioni condotti nel settore dei dispositivi medici.

Alcune delle novità introdotte di maggior rilievo sono:

- Uno Stato membro può designare un organismo notificato solo dopo una “valutazione congiunta” condotta con esperti della Commissione e di altri Stati membri. Le relazioni di valutazione sono messe a disposizione di tutti gli altri Stati membri.
- Gli Stati membri devono sorvegliare e monitorare periodicamente gli organismi notificati per garantire che continuino a soddisfare le prescrizioni. In caso contrario, lo Stato membro deve revocare la designazione di organismo notificato.
- Sono stati chiariti i requisiti in termini di conoscenze ed esperienza del personale degli organismi notificati richiesti dagli Stati membri.
- Gli organismi notificati devono effettuare audit senza preavviso negli stabilimenti, durante i quali devono controllare campioni adeguati della produzione. Il mancato svolgimento di controlli casuali comporta la sospensione o la revoca della designazione dell’organismo notificato.
- Qualora si tratti di rischi che possano risultare dalla sostituzione o dall’adulterazione delle materie prime, (come nel caso della PIP), un organismo notificato deve anche verificare che la quantità di prodotti finiti corrisponda al quantitativo di materia prima essenziale acquistato.

Neven Mimica, commissario UE per la Politica dei consumatori, ha poi dichiarato che: *“Con le misure odierne la Commissione europea aumenta ulteriormente la sicurezza dei dispositivi medici. Ora disponiamo di una base più chiara per gli audit senza preavviso, i controlli a campione o le valutazioni congiunte da parte degli organismi notificati. Per garantire chiarezza assoluta è necessario modificare la legislazione di base”*.

Ha affermato inoltre che si *“... impegna a sostenere il Parlamento e il Consiglio al fine di completare la revisione in atto entro i primi mesi del prossimo anno”*.



La difficile strada delle gare in materia di ausili protesici ex D.M. 332/99

- ✓ **T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, Ord. 31 maggio 2013 n. 290 – Accoglimento richiesta di sospensiva**

Nel marzo del 2013 il Direttore Generale della ASL Ba emanava una delibera (n. 457 del 18 marzo 2013) con cui metteva in gara l'affidamento del servizio di consegna e ritiro a domicilio

degli ausili protesici per disabili di cui a tutti gli elenchi 1, 2 e 3 del D.M. 332/99, nonché lo stoccaggio temporaneo, riparazione, manutenzione, ricondizionamento, sanificazione, inventario ed informatizzazione degli stessi di proprietà dell' ASL e dati in comodato d'uso agli assistiti aventi diritto, residenti nei distretti della ASL.

La delibera veniva impugnata dalla FIOTO (e da numerose altre ortopedia private) per violazione del D.M. 332/99 contenente il Regolamento recante norme per le prestazioni di assistenza protesica erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale.

Il Tar Puglia accoglie la richiesta di sospensiva presentata dai ricorrenti e sospende la gara. In effetti la disciplina – seppur di nicchia – è molto chiara.

Si coglie quindi l'occasione per un riepilogo.

In attuazione dell'art. 8 –sexies comma 7 del DLgs 502/92 (come modificato dal D.Lsg 229/99) il Ministero della Salute emanava il D.M. 332/99 recante il regolamento per le prestazioni di assistenza protesica erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nonché le relative modalità di erogazione e tariffe.

Nell'ambito del suddetto D.M. i dispositivi protesi ed ausili sono divisi in tre categorie:

- i dispositivi (protesi, ortesi e ausili tecnici) costruiti su misura per uno specifico paziente ed i dispositivi realizzati in serie che necessitano però di specifica personalizzazione eseguite da un tecnico abilitato su prescrizione di un medico specialista (art. 1, comma 2, D.M. 332/99 – Elenco 1);
- i dispositivi (ausili tecnici) di serie la cui applicazione o consegna non richiede l'intervento del tecnico abilitato (art. 1, comma 3 – Elenco 2);
- gli apparecchi acquistati direttamente dalle aziende unità sanitarie locali (Usl) ed assegnati direttamente in uso ai pazienti (art. 1, comma 4 – Elenco 3);

Pacifico quindi che i dispositivi di cui all'Elenco 1 sono protesi ed ausili realizzati ad hoc per un singolo paziente o comunque personalizzati in ragione del soggetto che dovrà utilizzarli per i quali è necessario l'intervento di un professionista sanitario i dispositivi di cui agli Elenchi 2 e 3 sono invece dispositivi in serie.

Tale diversità ha comportato una diversa scelta normativa circa procedure, modalità e tariffe per la fornitura delle diverse tipologie di dispositivi.

Infatti

1) relativamente ai dispositivi di cui all'elenco 1 il D.M. stabilisce che i tali dispositivi vengono forniti ai pazienti tramite tecnici ortopedici iscritti nella banca del Ministero della Salute (<http://www.salute.gov.it/dispositivi/paginainternaf.jsp?id=14&menu=elenchi>) oppure aziende

che siano in grado di dimostrare di avere un tecnico ortopedico come dipendente o a contratto che assicuri la presenza continuativa (art. 3, comma 1 del D.M.).

Circa le tariffe l'art. 8 comma 1 stabilisce che le regioni devono fissare il livello massimo delle tariffe da corrispondere nel proprio territorio ai soggetti erogatori sopra indicato: tale importo deve essere definito all'interno di un intervallo di variazione che deve essere compreso tra il valore delle tariffe indicate nello stesso elenco 1 e una riduzione di tale valore non superiore al 20% (art. 8 comma 1).

2) relativamente ai dispositivi di cui agli allegato 2 e 3 il D.M. stabilisce diversamente che la fornitura può avvenire tramite contratti d'appalto stipulato con i fornitori che risultano aggiudicatari di pubbliche gare d'acquisto (art. 3, comma 4), in base a prezzi anch'essi determinati tramite procedure ad evidenza pubblica (art. 8, comma 2).

In sostanza per i dispositivi dell'Elenco 1, proprio in ragione della necessaria presenza di un professionista sanitario che deve realizzare o personalizzare il dispositivo, si stabilisce una erogazione in regime di indiretta che salvaguardi da una parte il principio della libera scelta del paziente circa il fornitore e dall'altra un tetto minimo di tariffazione (ribasso non oltre al 20%) che garantisca la qualità del dispositivo prodotto.

Al contrario per i dispositivi di cui agli elenchi 2 e 3 sia il fornitore che il prezzo vengono stabiliti tramite pubblica gara, senza specifici limiti legislativi.

Alla luce di quanto sopraesposto appare quindi chiaro che non è possibile – come effettuato dalla ASL di Bari e peraltro da altre ASL – indire una gara per la fornitura di tutti gli ausili dei tre diversi elenchi.

Sul punto peraltro è già intervenuto anche il T.A.R. NAPOLI, sez. IV, n. 9418 /2008 che in caso identico a quello sopra segnalato.

Per la Corte dei Conti è ancora lunga la strada per il controllo della spesa pubblica in materia di dispositivi medici

- ✓ **Corte dei Conti – Rapporto 2013 sul coordinamento della finanza pubblica www.cortedei-conti.it Pubblicato sul sito della Corte dei Conti il Rapporto 2013 relativo alla Finanza Pubblica.**

In generale incoraggianti i dati relativi alla sanità ove si dà atto che nel 2012 si è stato confermato un contenimento dei costi ed un riassorbimento di ingiustificati disavanzi gestionali.

Ancora lunga invece la strada per il controllo della spesa relativa di dispositivi medici.

La Corte dei Conti evidenzia infatti che per i D.M., diversamente dai farmaci, non esiste una agenzia nazionale che ne valuti l'efficacia e la sicurezza clinica e ne definisca la rimborsabilità e il prezzo.

Ed infatti l'indagine avviata dall'Osservatorio del contratti pubblici pubblicata il 28 maggio 2013 ha rilevato come i prezzi pagati dalle strutture del SSN siano molto diversi tra loro (http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/News/_news?id=92ba4a670a-7780a500226f5cf9195823)

Qui in sintesi le valutazioni della Corte dei Conti.

Il quadro normativo ed i risultati economici

- il Decreto del Ministro della salute dell'11 giugno 2010 ha istituito il flusso per il monitoraggio dei dispositivi medici acquistati dal sistema nazionale (vengono raccolti due flussi raccolti: quello dei contratti e dei consumi. A partire dal 2012 il conferimento dei dati integra gli adempimenti cui sono tenute le Regioni e le provincie autonome, per l'accesso al maggior finanziamento per il SSN.
- La legge 111/2011 aveva fissato per il 2012 un tetto agli acquisti di tali beni nella misura del 5,2 per cento del finanziamento: l'eccesso è a carico delle regioni
- Il D.L. 95/2012 ha previsto una riduzione del tetto di spesa, ulteriormente accentuata dalla legge di stabilità (dal 4,9 per cento al 4,8 per cento del finanziamento del SSN a carico dello Stato nel 2013 e dal 4,8 per cento al 4,4 per cento a decorrere dal 2014) – Al momento la spesa si mantiene nel complesso su livelli inferiori al tetto di poco meno del 6 per cento con situazioni regionali diverse.

Suggerimenti della Corte dei Conti

- Necessità di potenziare i sistemi di tracciabilità dei dispositivi: ciò consentirà il rilascio per ogni singolo dispositivo medico di un numero progressivo di sistema, realizzando una corrispondenza univoca tra numero di registrazione e singolo dispositivo.
- Conseguente possibilità di collegare il dispositivo alle relative informazioni economiche che permetterà di definire le politiche relative al settore, caratterizzato dall'estrema variabilità delle tipologie di prodotti, alcuni dei quali molto complessi ed innovativi nella tecnologia.
- Potenziare il ruolo della Commissione Unica dei Dispositivi medici (CUD) nella valutazione costo/efficacia sul modello di quello che l'AIFA garantisce nel campo farmaceutico.
- definire le Categorie omogenee di dispositivi medici intendendo con questo termine prodotti che, pur differenziandosi in alcune caratteristiche, possono garantire prestazioni sanitarie sovrapponibili. Le categorie omogenee costituiscono il presupposto indispensabile per definire i prezzi di riferimento e offrono un prezioso strumento alle Regioni per ottimizzare i processi di acquisto, valorizzando la standardizzazione dei prodotti oggetto di acquisizione.

Determinazione dei criteri per individuazione dei prezzi riferimento per i dispositivi medici

✓ **Decreto Ministero Salute, 11 gennaio 2013**

Come noto stabilire il prezzo di un prodotto che deve poi andare in gara è attività molto complessa.

Per quanto attiene ai dispositivi medici, l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici aveva pubblicato in data 1 novembre 2012, successivamente aggiornato il 6 dicembre 2012, l'Elenco-prezzi di riferimento partendo dalla CND (Classificazione Nazionale Dispositivi Medici).

Atto subito impugnato avanti al Tar Lazio da numerose aziende.

La decisione del giudice è recentissima (e già commentata in questa rivista): con sentenze T.A.R. Roma n. 4399-4401-4404/2013 i giudici hanno (tra l'altro) sanzionato le modalità di determinazione dei prezzi di riferimento dei Dispositivi Medici da parte dell'A.V.C.P. in ragione del fatto che la CND è stata ritenuta una classificazione di natura troppo "generica", avendo categorie comprensive di D.M. qualitativamente molto differenti fra loro, ed inadeguate quindi a "giustificare" unico prezzo d'acquisto.

Nelle more dell'arrivo di questa decisione (che vedremo se sarà poi impugnata davanti al Consiglio di Stato), il Ministero – quasi se la sentisse – aveva già provveduto ad emanare un nuovo Decreto 11 gennaio 2013 (ma pubblicato sulla G.U.R.I. solo l'8 aprile 2013) con cui si preoccupava di fissare i corretti criteri relativi ai parametri di qualità, standard tecnologico, sicurezza ed efficacia cui deve attenersi l'AGENAS per la determinazione dei prezzi di riferimento dei (soli) D.M.

Vediamo di ricapitolare – molto schematicamente – i criteri stabiliti dal Decreto.

In primo luogo – proprio per ovviare quanto emerso in sede giurisdizionale – l'individuazione dei dispositivi medici per la determinazione dei prezzi deve rispettare i seguenti criteri:

- tener conto dell'estrema eterogeneità dei D.M., della velocità d'immissione in commercio di nuovi prodotti e della loro rapida obsolescenza
- consentire di aggregare i D.M. per i quali non si riscontra ampia variabilità di qualità, standard tecnologico, sicurezza ed efficacia, tale da pregiudicarne la confrontabilità e da alimentare incertezza nella pratica clinica con conseguente detrimento di qualità delle prestazioni erogate e impegno di risorse ingiustificato rispetto ai benefici.
- deve in considerazione la diversità dei D.M. commercializzati e alle informazioni reperibili nel Repertorio Nazionale Dispositivi Medici e, quando necessario, desunte dalla letteratura scientifica.
- tenere presente le dimensioni del beneficio/rischio clinico anche secondo le eventuali informazioni relative alle azioni correttive dei fabbricanti e divulgate con apposite note agli

utilizzatori, rese disponibili dal ministero della Salute sul sito internet istituzionale.

- tenere conto delle dimensioni dell'impatto organizzativo in relazione alla dimensione economica.

Inoltre occorre valutare altri parametri di natura più oggettiva:

✓ **QUALITÀ E STANDARD TECNOLOGICO**

- a) qualità dei materiali coerentemente con la destinazione d'uso;
- b) congruità della presentazione e del confezionamento rispetto all'utilizzatore professionale e/o all'utente finale;
- c) performance/resa;
- d) possibilità di utilizzo in diverse procedure o ambiti clinici;
- e) parametri tecnici rispetto alle alternative disponibili per la medesima destinazione d'uso;
- f) necessità di accessori;
- g) necessità di formazione specifica dell'utilizzatore;
- h) durata di vita;
- i) modalità di stoccaggio, conservazione e smaltimento.

✓ **PARAMETRI DI SICUREZZA**

modalità di gestione dei rischi prevedibili e le soluzioni tecniche previste, rispetto alle alternative disponibili per la medesima destinazione d'uso, finalizzate al miglioramento della sicurezza di utilizzo.

✓ **PARAMETRI DI EFFICACIA**

valutare la capacità del dispositivo medico di produrre l'effetto previsto dalla destinazione d'uso nella pratica clinica, documentata ad esempio da HTA report e revisioni sistematiche di efficacia, rispetto alle alternative disponibili per la medesima destinazione d'uso.

In conclusione il Ministero della Salute riassume lo "scopo" per cui è stato emanato il presente decreto, ovvero quello di fornire uno strumento utile per razionalizzare la raccolta dei dati che, come previsto dalla legge, deve essere condivisa tra tutte le Amministrazioni Sanitarie per poi consentire la determinazione dei prezzi di riferimento per tutti i Dispositivi Medici in commercio.

E si è certi che questa attività, alla luce oggi dell'annullamento dell'Elenco-prezzi dell'A.V.C.P. (relativamente ai soli D.M.) come disposta dal T.A.R. Lazio, subirà una profonda accelerazione, per consentire alle PP.AA. di essere nuovamente in grado di procedere ad acquisti di dispositivi medici "allineati" allo standard dei costi nazionali.

+ Requisiti più rigorosi per i dispositivi medici solo se proporzionati e ragionevoli

✓ **T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 6 febbraio 2013, sent. n. 750**

Si segnala la sentenza del Tar Campania che ha dichiarato l'illegittimità della clausola del capitolato speciale d'appalto per la fornitura di dispositivi medici per procedure chirurgiche in quanto limitava la partecipazione alle sole imprese in grado di fornire almeno 16 dei 18 lotti (protocolli) in gara, oltre che il 100% dei prodotti indicati in detti protocolli.

Secondo il T.A.R., infatti, la disciplina speciale ben può richiedere requisiti di partecipazione più rigorosi e restrittivi rispetto a quelli stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza rispetto all'oggetto dell'appalto e, comunque, non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura.

In questo caso, invece, la clausola apposta è illegittima in quanto, considerata da un lato l'"eterogeneità merceologica" dei dispositivi medici contenuti nei singoli lotti, dall'altro l'obbligo imposto di dover fornire "tutti" i prodotti contenuti in ogni singolo lotto, la clausola così formulata non poteva che limitare l'accesso alle sole poche aziende del settore in grado di commercializzare contestualmente quasi tutta l'ampia rosa dei dispositivi medici richiesti.

Gare ed esecuzione

CAMPIONATURA

+ La campionatura deve essere aperta in seduta pubblica (parte 1°)

✓ **Ord. T.A.R. Roma, sez. III-quater, 19 giugno 2013, n. 2426**

La Regione Lazio ha indetto una procedura, suddivisa in lotti, per l'acquisizione del **servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto per tutte le aziende sanitarie regionali** ed una società, partecipante ai soli lotti n. 2 e 9 – e peraltro giunta al nono e quarto posto nelle graduatorie dei rispettivi lotti – ha deciso d'impugnare l'intera procedura formulando molteplici motivi di ricorso, fra cui il più "innovativo" è certamente quello che concerne la mancata apertura dei plichi contenenti le campionature in seduta pubblica.

Sulla scorta infatti dell'ormai nota posizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio (28 luglio 2011, n. 13) secondo cui anche le buste tecniche devono venir aperte in seduta pubblica, la ricorrente lamenta che nella gara in questione ciò non si sia verificato per quanto concerne la campionatura e che, per tale motivo, l'intera procedura deve essere annullata.

Il Tar Lazio, partendo dal tenore della disciplina speciale della gara de qua, giunge invece alla conclusione che siccome detta *lex specialis* non consideri affatto la campionatura come una parte dell'offerta tecnica e tenuto conto altresì come non solo il Codice appalti, ma nessun'altra normativa in materia preveda una specifica disposizione al riguardo, per tal motivo non si può estensivamente applicare anche alla "presa in consegna" delle campionature richieste in una gara i medesimi vincoli di pubblicità oggi imposti alla fase d'apertura delle buste tecniche, a tutela della trasparenza e correttezza del procedimento ad evidenza pubblica.

+ La campionatura deve essere aperta in seduta pubblica (parte 2°)

✓ **T.A.R. Roma, sez. III-quater, 28 ottobre 2013, n. 9198**

✓ **Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2013, n. 3516**

Su questa Rivista avevamo già commentato (1° luglio 2013) l'ordinanza di rigetto con cui

il T.A.R. Roma aveva respinto il ricorso di una società che impugnava la procedura di gara indetta dalla **Regione Lazio** per l'acquisizione del **servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto per tutte le aziende sanitarie regionali** in quanto, a suo dire, anche la campionatura – in quanto parte integrante dell'offerta tecnica – avrebbe dovuto essere “aperta” in seduta pubblica, secondo i noti dettami dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 luglio 2011, n. 13 che ha, appunto, previsto l'obbligo di apertura in seduta pubblica anche delle offerte tecniche.

Con la sentenza in commento il T.A.R. Roma ha oggi confermato quanto già aveva statuito in sede cautelare, sostenendo come la campionatura non debba sottostare all'obbligo d'apertura in seduta pubblica per il semplice motivo che *“la campionatura non è parte dell'offerta tecnica”* e dunque, come tale, non debba rispettare le medesime condizioni partecipative.

Precisa inoltre il T.A.R. Capitolino come anche il recente arresto del Consiglio di Stato in materia di campionatura (sez. VI, 26 giugno 2013, n. 3516) in realtà non contraddica affatto tale assunto poichè, in detto caso, era previsto un termine perentorio per il deposito dei campioni (tanto d'aver esclusa la concorrente che tardivamente li aveva depositati) in quanto, per quella particolare tipologia di fornitura, la campionatura era essenziale ai fini della prova del requisito di capacità tecnica nonché per la valutazione stessa dell'offerta ma – sottolinea il T.A.R. Roma – anche in quel caso non faceva comunque parte dell'offerta tecnica di gara.

In altri termini la richiesta di deposito di campionatura in gara è ammissibile in quanto prevista dall'art. 42, comma 1, lett. l) del D.Lgs. n. 163/2006, quindi volta alla dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica ai fini partecipativi, che può anche essere utilizzata a riprova della serietà dell'offerta e della sua effettiva corrispondenza alle specifiche tecniche richieste in gara (in termini T.A.R. Veneto, 24 settembre 2013, n. 1132, anch'essa in commento su appaltiesanità del 7 ottobre 2013), ma in nessun caso la campionatura può “rappresentare” essa stessa l'offerta tecnica di gara e dunque, come tale, non deve assolutamente sottostare all'obbligo di apertura in seduta pubblica.

La mancata di verifica del macchinario offerto integra causa di esclusione

✓ T.A.R. Lombardia, sez. IV, 23 maggio 2013, n. 1367

La Fondazione IRCCS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico ha indetto una gara per la fornitura di tre portatili di radioscopia, dotati di quattro monitor, di cui due sulla stazione di lavoro e gli altri due posizionati a parte, su carrello opportunamente predisposto. Il Disciplinare di gara prevedeva una sessione dimostrativa presso l'Ospedale di un'apparecchiatura identica a quella offerta, completa in ogni sua parte, al fine di poter verificare in concreto il funzionamento della

stessa, compreso il sistema di connessione alla stazione principale dei due monitor aggiuntivi., ma dagli atti è risultato che la ditta aggiudicataria non abbia prodotto, nel corso della sessione dimostrativa, i due monitor aggiuntivi, limitandosi a presentare soltanto l'apparecchiatura principale.

Impugnata tale aggiudicazione i Giudici Amministrativi hanno ritenuto la prescrizione del Disciplinare di gara un elemento essenziale dell'offerta, in quanto rispondente all'interesse della stazione appaltante di verificare in concreto il funzionamento dell'apparecchiatura nella sua totalità. Tale clausola, quindi, rientra fra le cause di esclusione previste dal Legislatore ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis del D.Lgs. 163/2006.

Per quanto riguarda poi il conseguente risarcimento del danno dovuto alla mancata aggiudicazione i Giudici hanno stabilito che, trattandosi di appalto di fornitura integralmente eseguita, la stazione appaltante debba provvedere al solo ristoro per equivalente pecuniario, da calcolarsi mediante una formula dagli stessi indicata.

Dott.ssa Nadia Beccati



La campionatura serve a dimostrare la serietà dell'offerta

✓ T.A.R. Veneto, sez. I, 24 settembre 2013, n. 1132

In una gara per l'affidamento del servizio di lavaggio e noleggio di biancheria piana e vestiario del personale e degli ospiti di una Casa di Riposo per Anziani la lex specialis prescriveva l'obbligo del deposito di campionatura della biancheria che sarebbe stata fornita ed una società si aggiudicava la procedura, pur avendo depositato un campione di lenzuola di peso inferiore a quello richiesto.

La seconda graduata impugnava allora la classifica di gara ed il Tar Veneto ha accolto tale ricorso precisando come il deposito della campionatura non serve affatto, in sede di gara, a valutare il prodotto offerto, quanto piuttosto a dimostrare la serietà delle concorrenti nonché la loro capacità tecnico-professionale "effettiva".

Ciò in quanto la stazione appaltante ha già indicato le specifiche tecniche descrittive dell'oggetto nella lex specialis, ragion per cui la Commissione tecnica deve valutare le condizioni dell'offerta (come formulata) e, nell'ipotesi in cui dette non corrispondano alle richieste, deve allora comminare l'esclusione del partecipante dalla procedura in questione.

CHIARIMENTI

+ Il valore dei chiarimenti in gara

✓ **Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2839**

La Regione Lazio indiceva una pubblica gara per l'affidamento del **servizio integrato di vigilanza, custodia-sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici per tutte le AA.SS.LL. regionali**, suddividendo la procedura in tanti lotti distinti e richiedendo il possesso di un determinato fatturato per la partecipazione a detta gara. In considerazione tuttavia della mancanza di chiarezza nella formulazione della *lex specialis* – in merito al fatto che il fatturato richiesto ai fini partecipativi fosse la sommatoria dei fatturati di tutti i lotti, oppure solo quello del/i lotto/i a cui si intendeva partecipare – l'amministrazione appaltante interveniva con alcuni chiarimenti, fornendo l'interpretazione che detta ritenuta più corretta. Impugnato l'esito di tale procedura, con sentenza a sua volta successivamente appellata, nel corso del giudizio di gravame il Consiglio di Stato ha avuto l'occasione per chiarire un importante concetto, ovvero che i "chiarimenti" forniti dall'Amministrazione regionale in corso di gara non possono comunque integrare in alcun modo la disciplina speciale di gara e, proprio per questo motivo, non hanno alcun potere "vincolante" per il giudice, laddove Egli ritenga che tali chiarimenti violino le previsioni del bando.

In altri termini i "chiarimenti" servono solo ed esclusivamente a fornire delucidazioni e raggugli su aspetti partecipativi ma, laddove si "spingono" ad interpretare la *lex specialis* o, addirittura, a fornire indicazioni in contrasto con documenti della stessa disciplina speciale di gara, tali chiarimenti non possono in alcun modo essere considerati "vincolanti" né per i concorrenti alla procedura né, tantomeno, per il Giudice eventualmente chiamato a dirimere una controversia relativamente a detto incanto.

+ La differenza fra il chiarimento e l'integrazione documentale

✓ **Cons. Stato III 22 ottobre 2013, n. 5127**

La società Kodak spa si era aggiudicata la gara per **la fornitura di pellicole radiografiche** in detta dall'AULSS 9 del Veneto in quanto, a seguito del chiarimento inoltrato dalla stazione appaltante relativamente alla voce "assistenza tecnica" – che, nella sua Relazione tecnica, veniva indicato in 12 ore quale tempo minimo d'intervento – precisava invece come, correttamente, dovessero essere considerate 4 ore di pronto intervento, come indicato nell'Offerta tecnica.

A seguito di detto chiarimento, che comportava a Kodak l'assegnazione di punti 6 (mentre all'altra concorrente venivano assegnati 3 punti, avendo indicato 8 ore), detta società si vedeva affidata la fornitura in ragione di uno scarto di punteggio (rispetto all'altra sola concorrente) di 0.43 punti.

Impugnata l'aggiudicazione, nonché accolto il ricorso della seconda graduata, l'Azienda Unità Locale Socio-sanitaria 9 provvedeva allora ad interporre appello ed il Consiglio di Stato, dovendo decidere sulla "prevalenza" della Relazione Tecnica rispetto all'Offerta Tecnica della Kodak (documenti entrambi comunque presentati in sede di gara), ha colgo l'occasione per svolgere un'importante ricognizione dell'istituto del "soccorso istruttorio", nonché per precisare la differenza fra i chiarimenti e l'integrazione documentale.

Esiste infatti una distinzione ben netta fra l'attività di "chiarimento" e quella d'"integrazione documentale", trattandosi la prima di una specificazione relativa a dati ed informazioni già presenti in gara, mentre la seconda da intendersi come la produzione di documenti nuovi che, sebbene volti ad integrare quelli già presenti nel procedimento, rappresentano comunque fatti ed elementi di novità rispetto alla documentazione già in essere.

Nel caso quindi in cui la produzione documentale sia volta a colmare una iniziale incompletezza ed adeguatezza dell'offerta, tale per cui il nuovo deposito consente al concorrente i qualche modo di "modificare" la propria partecipazione alla gara, detta attività deve ritenersi non consentita (in quanto contraria alla *par condicio competitorum*) mentre al contrario, nel caso in cui il concorrente si limiti a precisare il contenuto della propria offerta – magari anche attraverso una produzione documentale – che comunque risulti conforme, sin dal principio (e nella realtà dei fatti), a quanto richiesto dalla *lex specialis*, in tal caso allora si configura quel "chiarimento" da ritenersi certamente ammissibile.

Anzi, laddove si tratti di chiarire il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto, tale attività non solo è da ritenersi consentita ma anzi è dovuta nel senso che la stazione appaltante, in omaggio all'art. 46 del Codice appalti, è tenuta a richiedere quell'integrazione tale da rendere conforme l'offerta a quanto richiesto dalla disciplina di gara (Cons. Stato, sez. III, n. 4039 e 4370/2013 e sez. V, n. 1122/2013).

Alla luce quindi di tale considerazioni, dunque, il Consiglio di Stato ha ritenuto che essendo già presente in gara il "dato" relativo alle 4 ore di intervento minimo offerto dalla concorrente, nessuna modifica alle sue condizioni partecipative è stata consentita dalla P.A. appaltante a Kodak, che dunque si è legittimamente aggiudicata la gara in questione.

COMMISSIONE DI GARA

+ I commissari in una gara sanitaria non devono necessariamente essere in numero dispari

✓ Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2013, n. 3730

In una sentenza relativa all'aggiudicazione di una gara per l'affidamento di **servizi vari per una Residenza protetta e Centro Diurno per disabili** il Consiglio di Stato, *incidenter tantum* come si dice in gergo (cioè senza che ciò abbia una rilevanza decisiva per la sentenza in questione), ha tuttavia avuto modo di puntualizzare un concetto molto importante ovvero come negli appalti sanitari, in quanto previsti nell'allegato II B del Codice dei contratti, per ciò stesso devono necessariamente trovare applicazione solo gli artt. 65, 68 e 225, D.Lgs. n. 163/2006. Tra dette norme non si annovera l'art. 85 (relativo alla Commissione Giudicatrice) da cui quindi ne discende come, in termini di composizione della C.T. di un appalto sanitario, non sussiste alcun obbligo di prevedere un numero dispari di componenti, nè esiste un principio, immanente nell'ordinamento, tale per cui i "collegi" giudicanti debbano obbligatoriamente avere composizione non paritaria.

+ Quando il comportamento della Commissione può portare alla sua sostituzione

✓ Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2013, n. 3977

Il T.A.R. Venezia annullava il provvedimento d'aggiudicazione disposto dall'A.U.L.S.S. n. 14 di Chioggia relativamente al servizio di ampliamento, aggiornamento e manutenzione/gestione delle infrastrutture delle reti fonia-dati delle varie sedi dell'amministrazione sanitaria a seguito della illegittima nomina di una nuova commissione giudicatrice, in quanto quella originaria non avrebbe verbalizzato alcune fasi del suo operato. Secondo il T.A.R. Veneto, infatti, l'art. 84, comma 12 del Codice appalti ("*In caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione*") imponeva l'obbligo di mantenere la medesima Commissione nominata in corso di gara anche in caso di rinnovo della procedura, ciò al fine di evitare che il mutamento dell'organo valutativo potesse alterare il giudizio sui concorrenti.

La società che si era vista annullare l'aggiudicazione proponeva allora appello ed il Consiglio di Stato ha ribaltato la decisione del T.A.R. periferico, tenuto conto del comportamento tenuto dal Presidente della 1° commissione tale da rendere, di fatto, improcedibile il prosieguo del suo operato.

Si era infatti verificato non solo uno scambio “*concitato*” di battute fra il Presidente (inizialmente eletto) ed il rappresentante di una concorrente nel corso della seduta pubblica della gara, a cui s’aggiungeva poi l’estrema “*celerità*” con cui la stessa Commissione aveva proceduto a valutare le offerte tecniche ma, soprattutto, s’accertava la mancata presenza, nel corso delle operazioni di valutazione tecnica delle offerte, di un componente dell’organo tecnico, a differenza (peraltro) di quanto verbalizzato nonché dichiarato dallo stesso Presidente della C.T.

Da tutto ciò si evince “*un’alterazione del clima di serenità e fiducia dei concorrenti nei confronti dell’operato della commissione di gara*” che ben ha giustificato, secondo il Consiglio di Stato, la decisione dell’A.U.S.L.L. di sostituire la commissione inizialmente nominata con una nuova, tenuto altresì conto che l’art. 84, comma 12, D.Lgs. n. 163/2006 non può trovare valida applicazione in quanto da adottarsi solo nei casi d’annullamento d’aggiudicazione o del provvedimento d’esclusione.

La nomina della c.t. deve avvenire dopo la scadenza del termine di deposito delle offerte solo nelle gare d’aggiudicarsi all’offerta economicamente più vantaggiosa

Ord. Cons. Stato, sez. III, 30 agosto 2013, n. 3400

Interessante pronuncia del Consiglio di Stato (est. Nocelli) – sebbene solo in sede cautelare – che affronta (e risolve) una controversia relativa ad una gara da aggiudicarsi al prezzo più basso ed in cui veniva contestata la nomina della Commissione Giudicatrice prima della scadenza del termine per il deposito delle offerte, in violazione al disposto dell’art. 84 comma 10, D.Lgs. n. 163/2006. Si ritiene che la ragione di detta disposizione risiederebbe nel voler evitare che un concorrente decida di partecipare solo in ragione dell’eventuale presenza di un determinato commissario ma, proprio in ragione di tale ratio, nonché tenuto conto che l’art. 84 risulta espressamente rubricato “*Commissione giudicatrice nel caso d’aggiudicazione con il criterio dell’Offerta economicamente più vantaggiosa*”, il Consiglio di Stato ritiene che non esista un principio immanente in materia di appalti che divieti la nomina della C.T. prima della scadenza del termine di deposito delle offerte e che, se ciò può avere una sua logica nel caso di gare da aggiudicarsi alla migliore offerta, altrettanto non vale qualora si applichi il criterio del prezzo più basso che, adottando un meccanismo sostanzialmente automatico, la sua applicazione non può venire minimamente “alterata” dalla preventiva conoscenza – o meno – dei componenti dell’organo Tecnico (che peraltro come noto, nelle gare al prezzo più basso, può anche non essere nominata).

CONCORRENTI STRANIERI

+ Le società americane non possono partecipare alle pubbliche gare in Italia in quanto non vi sono le condizioni di reciprocità con l'America

✓ **Ord. T.A.R. Trento, 7 giugno 2013, n. 103**

L'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento ha aggiudicato una pubblica gara ad una società con sede legale negli Stati Uniti d'America, ma la seconda classificata ha impugnato tale aggiudicazione sostenendo che la società americana non avrebbe potuto partecipare alla gara in quanto non sussisterebbero, in U.S.A. le condizioni di reciprocità con l'Italia ed il T.A.R. Trento, seppure in sede cautelare, ha accolto tale eccezione riconoscendo come, ai sensi dell'art. 47 del Codice appalti, è ammessa in Italia la partecipazione ai pubblici incanti solo da parte di operatori economici con sede nei Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici previsto dagli accordi istitutivi del W.T.O. (Organizzazione mondiale del commercio) che prevedono condizioni di reciprocità, condizioni che tuttavia non parrebbero sussistere nel caso degli U.S.A., ragion per cui si motiva la giusta esclusione dalla gara della società americana.

CONVENZIONI CONSIP

+ In presenza di una convenzione CONSIP si può indire una pubblica gara se si presume di poter ottenere un prezzo migliore?

✓ **Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2013 n. 2842**

Interessante pronuncia del Consiglio di Stato relativa all'affidamento dell'**A.S.L. di Potenza** del contratto di *global service* per la manutenzione degli impianti tecnologici della struttura sanitaria alla società aggiudicataria della convenzione CONSIP, che si era vista impugnare detto affidamento dalla precedente affidataria del medesimo servizio presso l'ASL di Potenza.

Il T.A.R. Basilicata aveva accolto il ricorso di quest'ultima ritenendo sussistere un interesse economico della stessa Amministrazione ad indire una nuova gara anziché affidarsi alla convenzione CONSIP, che risultava sottoscritta ormai da qualche anno (e quindi, presumibilmente, ad un prezzo oggi non più competitivo).

Il Consiglio di Stato parte dalla considerazione secondo cui la manutenzione del patrimonio aziendale può essere gestita in proprio, oppure affidata a terzi – scelti secondo le procedure concorsuali – o, infine, aderendo al sistema centralizzato delle convenzioni stipulate da CONSIP, in cui non vengono messe in discussione le regole dell'evidenza pubblica (in quanto si sono svolte “a monte”).

L'ASL di Potenza, nel momento in cui ha aderito alla convenzione CONSIP, si è mossa nel pieno rispetto di una precisa prescrizione di legge (art. 1, commi 449, 450 e 455, L. n. 296/2006), in cui il Legislatore ha privilegiato l'utilizzo delle convenzioni anziché consentire l'indizione di nuove gare, circostanza su cui si fonda l'intero sistema delle gare centralizzate e delle convenzioni delle centrali di committenza, che perderebbe la loro stessa ragion d'essere se residuasse la possibilità per le singole PP.AA. di poter indire nuove gare anziché essere vincolate all'utilizzo delle convenzioni in essere.

Da questo quadro normativo ne consegue come la motivazione di carattere economico, che ha mosso il primo giudice a ritenere consentita l'indizione di una nuova gara da parte dell'ASL al fine poter (forse) ottenere un prezzo “migliore” rispetto a quello della convenzione CONSIP, risulta completamente destituita di fondamento, anche perché la ricorrente si è limitata a contestare genericamente l'antieconomicità della convenzione in essere, senza formulare tuttavia alcuna offerta alternativa.

E qui il Consiglio di Stato “si lascia andare” ad una stimolante considerazione laddove afferma che, qualora al contrario la P.A. avesse ricevuto un'offerta concreta, ecco allora che si sarebbe potuto discutere *“se ed a quali condizioni ed entro quali limiti l'ente committente sia autorizzato, o addirittura tenuto, a disattendere la convenzione-quadro nel momento in cui riceve una proposta alternativa . significativamente più vantaggiosa”*.

Nel concreto tuttavia, posto come ciò non sia avvenuto, l'ASL di Potenza ha correttamente operato aderendo alla convenzione CONSIP in essere.

I policlinici universitari non sono obbligati ad aderire alle convenzioni CONSIP

✓ Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2013, n. 4803

Il **Policlinico Umberto I di Roma**, dopo aver prorogato il contratto per la gestione del servizio “calore” (conduzione e gestione della centrale termica nonché degli impianti di condizionamento ecc.) fino al 30 giugno 2012, decideva di aderire alla convenzione nel frattempo stipulata da CONSIP per il medesimo servizio ma, avverso tale decisione, insorgeva la precedente affidataria sostenendo la non obbligatoria dell'adesione a tale convenzione da parte del Policlinico, con conseguente violazione dell'obbligo d'indire una pubblica gara per l'affidamento del servizio “calore”.

Il T.A.R. Roma rigettava il suddetto ricorso sostenendo al contrario come il Policlinico avesse deciso di aderire alla convenzione Consip non per 'obbligo ma dopo aver valutato la relativa 'opportunità' ed il Consiglio di Stato, nel confermare tale prospettazione, coglie l'occasione per precisare che i Policlinici Universitari non sono equiparabili alle Aziende Ospedaliere ed alle Unità Sanitarie Locali, in quanto "aziende dell'Università" e dunque, come tali, obbligate al rispetto dell'art. 1, comma 1, D.L. 95/2012 (cd. "Spending review"), che non prevede l'obbligatorietà al rispetto delle convenzioni sottoscritte dalla Centrale di committenza nazionale ma ne dispone la necessaria valutazione di "convenienza" quale indefettibile presupposto per l'adesione alle convenzioni CONSIP.

DOCUMENTAZIONE DI GARA

+ **Originale e copia: la produzione di copia semplice al posto dell'originale di un documento provoca conseguenze penali ed amministrative**

- ✓ **Cassazione Penale, 3 gennaio 2013, n. 118**
- ✓ **T.A.R. Calabria, 16 gennaio 2013, n. 35**

Con due interessanti e recenti pronunce il Giudice penale e quello amministrativo, affrontando una questione simile – e relativa alla produzione in gara di un documento in copia informale in luogo dell'originale o di copia autentica del medesimo – hanno statuito la legittimità dell'esclusione da una procedura senza alcuna possibilità, in capo alla stazione appaltante, d'indagare sulle ragioni di tale difformità nonchè escludendo che la predetta condotta fosse idonea ad arrecare una turbativa d'asta. In particolare, nella fattispecie vagliata dalla Cassazione Penale, il legale rappresentante di una società aveva presentato in una pubblica gara una documentazione "truccata" ossia, in alternativa all'originale richiesto, aveva prodotto una fotocopia "alterata" di una dichiarazione rilasciata da un Istituto di Credito, esibendola tuttavia come mera fotocopia (regolare) del documento autentico. Condannato in 1° e 2° grado per il reato di turbativa d'asta e falso ideologico, detto legale rappresentante ricorreva allora in Cassazione per sostenere come, nel caso di specie, il reato di turbativa d'asta non potesse configurarsi in quanto la produzione di una semplice fotocopia, al posto della dichiarazione originale della Banca, avrebbe dovuto comportare di per sé la decadenza dalla possibilità di partecipare all'incanto e la Corte di Cassazione, sul punto, ha ritenuto fondato il ricorso sottolineando come il legale rappresentante avesse effettivamente presentato il documento dichiarando trattarsi di una

semplice fotocopia – ancorchè “alterata” – di una dichiarazione rilasciata da una banca, senza mai presentare tale documento come “originale”, da cui deve giocoforza discendere come tale documentazione, a prescindere dalla sua falsità materiale, fosse fin da subito inficiata da un palese profilo d’irregolarità in quanto la normativa in materia (art. 41, D.Lgs. n. 163/2006) obbligatoriamente impone, per le dichiarazioni bancarie, il loro deposito “in originale” ai fini partecipativi. In altre parole, anche qualora la fotocopia non fosse stata affetta da alcuna alterazione la domanda sarebbe stata comunque destinata ad un esito negativo, in quanto non corredata dalla dichiarazione bancaria in originale e come pertanto, trattandosi di una condotta inidonea ad arrecare un’effettiva turbativa d’asta, doveva ritenersi non configurabile il relativo reato di turbativa, persistendo invece quello di falsità ideologica.

Allo stesso modo il T.A.R. Calabria, sempre in riferimento alla produzione di un documento in copia semplice – in alternativa all’originale o copia autentica (espressamente richiesta dalla lex specialis) – ha precisato come la produzione, in un procedimento che espressamente richiede l’originale, di una semplice fotocopia equivalga ad un documento “non prodotto”, come tale circostanza determini la disapplicazione dell’istituto dell’integrazione documentale, non potendosi consentire l’applicazione del cd. principio del “dovere di soccorso” ex art. 46, d.lgs. n. 163/2006, nè riconoscersi al concorrente alcuna facoltà di sanare, con il deposito postumo di un documento ex novo, la mancata tempestiva produzione del medesimo in corso di gara.

Alla luce di quanto sovraesposto dunque, emerge con chiarezza come entrambe le sentenze in commento, pur affrontando situazioni parzialmente analoghe, giungano in ogni caso ad una medesima conclusione ovvero come la produzione di un documento in copia semplice – in alternativa alla produzione del suo “originale” o di copia autentica del medesimo – equivalga comunque ad una “non produzione” ovvero debba considerarsi come un mancato deposito documentale che, necessariamente, deve comportare la comminatoria d’esclusione dalle pubbliche gare.

L’integrazione di un documento entro il termine per il deposito delle offerte sana la partecipazione

✓ **Cons. Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3612**

L’Azienda Ospedaliera Città della Salute e della Scienza di Torino ha indetto una procedura, a cui ha partecipato una concorrente depositando due plichi, il primo con la documentazione e l’offerta di gara nonché, successivamente, il secondo contenente la fotocopia della carta d’identità del sottoscrittore di detta offerta, che erroneamente non era stato inserito nel primo plico, il tutto però entro il termine previsto per la partecipazione a detto incanto.

Aggiudicatasi la gara, la seconda classificata prima impugnava l'aggiudicazione e poi interponeva appello sempre per il medesimo motivo, ovvero che tale concorrente avrebbe dovuto essere esclusa in quanto la sua offerta violava la *lex specialis*, mancando (nel primo plico) la fotocopia del documento del riconoscimento del sottoscrittore, prevista a pena d'esclusione, mentre nel secondo plico mancava tutta la documentazione di gara e l'offerta (essendovi solo il documento d'identità).

Il Consiglio di Stato, pur non negando che per prassi in gara si deposita un "solo" plico, segnala tuttavia come non vi sia una norma di legge che pone un obbligo in tal senso, né la *lex specialis* de qua formulava una tale prescrizione, prevedendo – come unico l'obbligo inderogabile – il deposito di tutta la documentazione richiesta entro e non oltre un determinato termine prescritto.

Posto quindi come, nel pieno rispetto di detto termine, risulta che l'aggiudicataria abbia depositata tanto la richiesta documentazione che l'offerta, completa e corretta (in quanto "integrata" con la fotocopia della carta d'identità), la clausola espulsiva correttamente non è stata applicata, in quanto l'esclusione poteva correttamente colpire solo l'"incompletezza" e/o l'"intempestività" delle offerte che, nel caso di detta concorrente non si è verificato.

ELENCO PREZZI AVCP

Il T.A.R. Lazio annulla l'Elenco-prezzi dei dispositivi medici predisposto dall'Autorità di Vigilanza

✓ T.A.R. Roma, sez. III, 2 maggio 2013, nn. 4399, 4401 e 4404

Dopo una lunga attesa sono state pubblicate le prime tre decisioni del T.A.R. Lazio relative all'impugnazione dell'Elenco dei prezzi di riferimento in ambito sanitario determinati dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici; non è finita tuttavia, in quanto vi sono un'altra decina di analoghi giudizi ancora pendenti avanti la stessa sezione del T.A.R. Lazio (ma assegnati ad altri Relatori), cosicché decisioni anche diverse potrebbero rendere ancora più confusa una materia già molto controversa.

Il quadro normativo già di per sé risulta molto complesso, essendo stato innovato per ben quattro volte nell'anno 2012; partendo infatti dall'art. 17, comma 1, lett. a), D.L. n. 98/2011

(conv. L. n. 111/2011) che, al fine d'assicurare il raggiungimento dell'equilibrio di bilancio sanitario per gli anni 2013/14, incaricava l'Osservatorio dei contratti pubblici di fornire alle Regioni, a partire dal 1 luglio 2012, un' *"elaborazione dei prezzi di riferimento . alle condizioni di maggiore efficienza"* di beni (farmaci e dispositivi medici), prestazioni e servizi sanitari (e non) individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali *"tra quelli di maggior impatto in termini di costo"*, facevo poi seguito l'art. 15, comma 13, lett. b), D.L. n. 95/2012 (conv. L. n. 135/2012, cd. "2° Spending review") che prevedeva, nel caso emergessero differenze significative fra i prezzi di riferimento e quelli d'aggiudicazione, l'obbligo delle Amministrazioni Sanitarie di "rinegoziare" i prezzi contrattuali per allinearli a quelli di riferimento e con l'obbligo, in caso di mancato accordo con l'appaltatore, di recedere dal contratto, oltre alla previsione che per *"differenze significative"* dovessero intendersi quelle superiori al 20% dal prezzo di riferimento.

A tale prospettazione s'aggiungeva poi quanto disposto dal D.L. n. 158/2012 (conv. L. n. 189/2012) secondo cui, per *"prezzo di riferimento. alle condizioni di maggiore efficienza"* dovesse intendersi il 5°, 10°, 20° o 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene e con la precisazione che *"il percentile è tanto più piccolo quanto maggiore risulta essere omogeneità del bene. Il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni"*.

Da ultimo giungeva infine la Legge Stabilità 2013 (L. n. 228/2012) che, dall'1 gennaio 2013, disponeva l'individuazione dei dispositivi medici da parte della sola AGENAS (Agenzia per i servizi sanitari regionali) ma prevedendo tuttavia come, nelle more, valessero i D.M. già individuati.

In questo quadro normativo tanto complesso s'innervava, in data 1 novembre 2012, la pubblicazione del primo Elenco di prezzi sanitari da parte dell'Autorità di Vigilanza, suddivisi in 7 categorie (Principi attivi, Dispositivi Medici, Servizi di pulizia, lavanderia e ristorazione, Materiali da guardaroba e Prodotti di cancelleria) e come, relativamente al prezzo (così determinato) di due differenti principi attivi, venivano proposti separati ricorsi avverso la richiesta di rinegoziazione avanzata dall'A.S.L. n. 2 di Lanciano, mentre, relativamente ad un dispositivo medico, era promosso ricorso avverso la modalità di determinazione del relativo prezzo di riferimento.

Senza entrare nel merito delle complesse eccezioni portate dai diversi atti impugnatori e variamente valutate dal T.A.R. capitolino, ciò che pregia evidenziare in primo luogo è come il giudice amministrativo abbia ritenuto di non poter intervenire sulla "proposta di rinegoziazione" avanzata dall'Azienda Sanitaria, in quanto si tratterebbe di una richiesta relativa ad un elemento già inerente all'esecuzione contrattuale che, come tale, risulta escluso dal suo ambito di giurisdizione, mentre, per quanto concerne l'Elenco-prezzi, il T.A.R. ha stabilito che a seguito della sua trasformazione da mero strumento d'indicazione del "miglior prezzo" di mercato ad

atto determinato del “prezzo massimo” non superabile (imponendosi, nel qual caso, prima la rinegoziazione e poi, in caso negativo, il recesso), ciò nondimeno la modalità di determinazione di detto Elenco-prezzi non possa esser sanzionato né per difetto di istruttoria né per carenza di motivazione.

Sostiene infatti il T.A.R. Roma come l'individuazione di (soli) 43 principi attivi riportati in tale Elenco sia giustificata dal fatto che si tratterebbe (come dispone la norma) di quelli di maggior impatto in termini di costo per il S.S.N., mentre la circostanza che sarebbero stati raccolti dati soltanto da 66 stazioni appaltanti (su circa 400 operanti a livello nazionale) è giustificata anch'essa dal dettato normativo, che richiede di censire le sole PP.AA. che abbiano effettuato i maggiori acquisti a livello nazionale; da tali considerazioni, poi, ne discende come il non aver chiarito se i prezzi utilizzati siano solo quelli derivanti dall'“uso ospedaliero”, ovvero anche da forniture in “distribuzione diretta”, sia totalmente irrilevante in quanto, come detto, i prezzi presi a riferimento sono solo quelli “di maggior impatto” a livello nazionale – indipendentemente, quindi, dall'uso – mentre il fatto che sia stato preso invece il “decimo percentile” – anziché la “mediana” – come riferimento deve ritenersi giustificato dalla grave emergenza economico-finanziaria che imponeva di giungere ad ambiziosi obiettivi di risparmio in tempi rapidi.

Tutto corretto, quindi, l'operato dell'A.V.C.P. ?

Niente affatto, in quanto il T.A.R. Lazio contesta l'attività svolta dall'Autorità di Vigilanza ma in riferimento ai soli dispositivi medici ed esclusivamente in relazione all'**errato utilizzo del CND** (Classificazione Nazionale dei Dispositivi medici), che conterrebbe al proprio interno delle classi di prodotti troppo eterogenee per potersi poi applicare – a prodotti molto diversi fra loro (tanto tecnicamente quanto funzionalmente) – i medesimi prezzi.

In altri termini un prezzo di riferimento “imposto” (come quello che si desume dal dettato normativo così variamente modificato) deve necessariamente riferirsi a prodotti omogenei, in quanto le caratteristiche tecniche che influiscono sul prezzo devono essere le medesime, in caso contrario giungendo al paradosso di favorire la diffusione di D.M. qualitativamente più scarsi (in quanto di prezzo inferiore) rispetto a quelli tecnologicamente più avanzati e, per ciò stesso, più costosi.

L'Elenco-prezzi dei (soli) Dispositivi Medici deve dunque ritenersi “annullato”, con buona pace di tutti quei contratti *in subiecta materia* già “rinegoziati” e/o revocati in forza di prezzi di riferimento che si sono dimostrati poi erroneamente rilevati.

Questo, quantomeno, fino alle prossime sentenze (sugli altri ricorsi pendenti, anche in materia di farmaci) ovvero fino all'esito dei (presumibili) giudizi d'appello relativi ai ricorsi sui farmaci che, in forza delle sentenze in commento, risultano essere stati rigettati.

+ Altre 6 sentenze del T.A.R. Lazio d'annullamento dei prezzi dell'A.V.C.P., questa volta anche relativamente ai farmaci

- ✓ T.A.R. Roma, sez. III, 8 maggio 2013, nn. 4586 e 4589
- ✓ T.A.R. Roma, sez. III, 9 maggio 2013, nn. 4599, 4600, 4602 e 4603

Dopo le prime tre sentenze (commentate sul sito il 6.5 u.s.) il T.A.R. Lazio, fra mercoledì e giovedì u.s., ha pubblicato altre 6 pronunce tutte relative al medesimo profilo d'impugnativa dell'Elenco-prezzi di riferimento fissati dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici ed, a firma di due diversi giudici Relatori (rispetto alle tre precedenti pronunce), non solo ha confermato l'annullamento di detto Elenco-prezzi riguardante i Dispositivi Medici, ma lo ha altresì contestato anche relativamente ai Farmaci.

In particolare le pronunce n. 4599/2013 e 4600/2013, partendo dal medesimo impianto motivazionale delle precedenti sentenze, hanno affrontato e risolto la questione anche per quanto concerne due **diverse tipologie di medicinali**, ovvero quelli **"biotecnologici"** e quelli **"biosimilari"**, statuendo l'assoluta illegittimità d'imposizione di un prezzo "unico" quale discendente dall'Elenco A.V.C.P.; risulta infatti che i farmaci cd. "biotecnologici" (o *biotech*), elaborati da cellule viventi, seguono ciascuno un differente processo di fabbricazione, ragion per cui non solo gli uni sono differenti dagli altri ma, quando scade il brevetto del farmaco "originario", quelli realizzati con il medesimo metodo di fabbricazione ("biosimilari") non possono – in ogni caso – ritenersi equivalenti all'*originator*.

Posta dunque, da un lato, l'estrema eterogeneità degli stessi *biotech* (tanto è vero che, secondo l'AIFA, è lo stesso "processo di produzione" il prodotto), nonché, dall'altra, tenuto conto che la Comunità scientifica esclude la "sostituibilità terapeutica" dell'*originator* rispetto al suo stesso biosimilare, tanto da parlarsi di "continuità terapeutica" rappresentata dalla necessità, per il paziente, di continuare ad assumere il medesimo farmaco originale (a tutela della propria salute), da tutte queste considerazioni ben si comprende come considerare, da parte dell'Autorità di Vigilanza, quale prezzo di riferimento (poi "imposto" a seguito delle intervenute modifiche legislative, dalla Spending review alla Legge di Stabilità 2013), il prezzo d'aggiudicazione più basso del farmaco "biosimilare", da cui partire quindi per procedere con gli acquisti di tutti i farmaci riferito a quello medesimo principio attivo, rappresenti un palese errore d'impostazione nell'istruttoria procedimentale commesso da parte della stessa A.V.C.P., che pertanto deve vedersi annullato l'Elenco-prezzi di riferimento anche relativamente ai farmaci.

+ Ultima sentenza sull'elenco-prezzi predisposto dall'Autorità di vigilanza

- ✓ T.A.R. Lazio, sez. III, 15 maggio 2013, n. 4912

È stata pubblicata anche l'ultima sentenza relativa all'impugnazione dell'Elenco-prezzi fissati

dall'A.V.C.P., pure questa in materia di farmaci e non priva di interessanti spunti di riflessione.

Nel caso in questione era stato infatti fissato un prezzo di un principio attivo, che non risultava tuttavia fra quelli maggiormente incidenti sulla spesa sanitaria e che, oltretutto, era stato inserito in una categoria ATC in cui vi era un altro principio attivo che “copriva” circa il 50% di spesa dell'intera categoria ATC ed a cui non era assegnato alcun prezzo; ciò determinava un'ingiustificata discriminazione fra detti due principi attivi oltre ad apparire totalmente logico che, nell'ottica della riduzione di spesa sanitaria, risultasse fissato il prezzo per un prodotto appartenente ad un paniere in cui il prodotto più acquistato non avesse, invece, un prezzo “imposto”.

Non solo in quanto il principio attivo il cui prezzo AVCP era stato impugnato risultava fissato al 10° percentile, con una riduzione da 58 € (prezzo assunto da una prima rilevazione del 28 febbraio 2012) a 52,495 € (prezzo assunto da una successiva rilevazione del 1° luglio 2012), determinazione di prezzo, tuttavia, totalmente priva del supporto di una corretta fase istruttoria, in grado di giustificare un tale “arrotondamento”.

In forza dunque di queste due precise motivazioni il T.A.R. Lazio ha “nuovamente” annullato l'Elenco-prezzi determinato dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici o, più correttamente, né ha sanzionato l'iter procedimentale di sua determinazione, in tal modo “segnalando” – e questa sentenza, probabilmente, più di tutte le precedenti altre – anche il corretto modus operandi per le nuove determinazioni che oramai tutti ci aspettiamo.

Prezzi A.V.C.P.: il farmaco originator e quello biosimilare sono equivalenti e quindi il minor prezzo di riferimento vale per entrambi

✓ Cons. Stato sez. III, 20 ottobre 2013, n. 5496

L'Osservatorio dei Contratti Pubblici pubblicava, in data 1 luglio 2012, i prezzi di riferimento dei più importanti dispositivi medici, farmaci e servizi sanitari secondo le indicazioni dell'AGENAS (Agenzia per i servizi sanitari regionali), come previsto dall'art. 17 L. n. 111/2011, prezzi che poi venivano utilizzati dalle Aziende Sanitarie per chiedere alle imprese fornitrici la rinegoziazione di quei contratti i cui importi risultavano superiore al 20% dell'importo fissato dall'A.V.C.P. (spending review).

Relativamente al principio attivo EPOETINA ALFA una società farmaceutica contestava la determinazione del prezzo da parte dell'Osservatorio che, equiparando il farmaco “originator” con quello “biosimilare”, avrebbe di conseguenza preso, come prezzo di riferimento, quello (ovviamente più basso) del biosimilare, ciò comportando una rinegoziazione del prezzo della

Epoetina in tutti quei contratti d'importo superiore a quello fissato dall'Osservatorio per il biosimilare.

Il Consiglio di Stato, per dirimere la controversia, chiarisce innanzitutto come i farmaci originator e quelli biosimilari, benchè in qualche misura differenti, siano tuttavia dalla letteratura scientifica oramai universalmente riconosciuti come "equivalenti" e la circostanza che l'originator costi di più perché ricomprende, in sé, i costi della ricerca scientifica che hanno portato alla sua scoperta è un'argomentazione che non regge alla semplice considerazione che detti costi di ricerca sono già stati (ampiamente) ricompensati con il cd. "diritto d'esclusiva".

Ciò posto, quindi, nonché tenuto conto che l'intento del Legislatore che ha istituito l'Osservatorio A.V.C.P. risulta quello evidentemente di risparmiare il più possibile sulle spese d'acquisto dei farmaci, dispositivi medici e servizi sanitari, la determinazione del prezzo del principio attivo prendendo come riferimento quello del biosimilare è operazione non solo pienamente in linea con l'interesse primario del risparmio della spesa pubblica, ma come altresì risulti anche pienamente giustificato dall'ormai riconosciuta equivalenza del farmaco originator rispetto al biosimilare.

ESECUZIONE

+ Il subentro in un contratto d'appalto da parte di un'impresa cessionaria di ramo d'azienda non è impugnabile davanti al T.A.R.

✓ T.A.R. Lecce, sez. II, 1° marzo 2013, n. 458

All'esito di una gara d'appalto indetta dall'**ASL di Taranto** la cooperativa Alfa si aggiudicava il servizio di gestione di 7 R.S.A. ma successivamente, con atto di cessione di ramo d'azienda, la medesima cooperativa cedeva il ramo d'azienda comprendente anche detto contratto d'appalto alla cooperativa Beta, che quindi richiedeva all'ASL Taranto l'autorizzazione al subentro nel suddetto contratto. Si opponeva a detto provvedimento la seconda classificata, lamentando la mancanza dei requisiti economico-finanziari in capo alla subentrante cooperativa Beta, ma il T.A.R. Lecce, prima di entrare nel merito della vicenda, ha dovuto verificare la sussistenza della propria giurisdizione relativamente alla questione che involge la modifica di condizioni contrattuali. L'art. 116, D.Lgs. n. 163/2006 infatti, in materia di modifiche

soggettive al soggetto esecutore di un contratto, non prevede alcuna attività valutativa in capo alla P.A. contraente, che si deve dunque limitare a verificare il possesso (o meno) dei requisiti in capo al nuovo cessionario in termini assolutamente oggettivi, ragion per cui tale valutazione, proprio in quanto priva di qualsivoglia connotazione valutativa, non può ricadere nella giurisdizione del giudice amministrativo, dovendo ritenersi di competenza quindi di quello ordinario. Deve infatti appartenere alla giurisdizione del giudice ordinario la valutazione circa la legittimità del comportamento di una Pubblica Amministrazione successivo alla conclusione di un contratto con l'aggiudicatario che ha poi ceduto il ramo d'azienda comprendente anche il contratto stipulato con detta P.A., al fine di stabilire se detto subentro nell'appalto sia opponibile o meno alla stessa P.A.

È possibile annullare il contratto in esecuzione se si dimostra che l'importo a base d'asta era stato fissato in maniera esorbitante

✓ Cons. Stato, sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802

La sentenza in commento risulta molto interessante in quanto dimostra come il Giudice amministrativo abbia il potere di "travolgere" l'efficacia di un rapporto contrattuale già instaurato (nel caso specifico fra **l'Azienda Ospedaliera Pugliese-Ciaccio** e l'aggiudicatario di una gara per l'affidamento dei servizi di stoccaggio, prelevamento e trasporto del materiale sanitario di grande ingombro) qualora, successivamente allo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, si dimostri come l'importo a base d'asta di tale gara – e quindi uno degli elementi essenziali di ogni contratto, ovvero il prezzo – sia stato erroneamente determinato.

Ciò in ragione del fatto, argomenta il Consiglio di Stato, che la permanenza del vincolo contrattuale debba trovare la sua necessaria "ragion d'essere" nel fatto che il contratto sia il risultato di una gara correttamente indetta ed esperita e come, quindi, l'aggiudicazione ed il contratto debbano considerarsi due atti collegati, al cui annullamento del primo deve conseguentemente discendere la declaratoria d'inefficacia del secondo.

In altre parole l'autonoma negoziale delle Pubbliche Amministrazioni – ovvero la loro capacità di sottoscrivere contratti – non è rimessa alla libera scelta dei suoi funzionari, ma si collega all'esito di procedure di gara ben definite dal Legislatore, ragion per cui l'eventuale annullamento di dette procedure non può che riverberare sul successivo rapporto contrattuale, travolgendone gli effetti.

FARMACI

+ Farmaci biotecnologici e biosimilari possono “partecipare” alla medesima gara

✓ **Ord. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2013, n. 3883**

✓ **Ord. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2013, n. 3893**

Il Consiglio di Stato, ancorchè in sede (solo) cautelare, ha avuto modo di precisare che la scelta discrezionale dell'amministrazione di mettere a confronto, nell'ambito della medesima gara, più sub-lotti relativi allo stesso principio attivo (ma con differenti dosaggi ed in forme farmaceutiche diverse) risulta assolutamente legittimo, così come appare corretta l'inclusione dei farmaci biotecnologici e biosimilari nel medesimo lotto, in quanto sul piano tecnico-scientifico i farmaci “originator” e similari – basati sullo stesso principio attivo (benché in qualche misura differenti tra loro per la complessità dei rispettivi processi prodotti) – possono essere usati come se fossero equivalenti *“sempreché si osservi la cautela, una volta iniziato il trattamento con un prodotto (non importa quale), di proseguirlo sempre con lo stesso prodotto, di nuovo salvo eccezioni”* (Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2011, n. 3572).

GARE TELEMATICHE

+ Deve essere riammesso il concorrente la cui offerta non è stata caricata sulla piattaforma digitale dalla stessa P.A. appaltante

✓ **Ord.T.A.R. Milano, sez. III, 13 marzo 2013, n. 320**

Deve essere riammessa alla gara la società la cui offerta riepilogativa non è stata caricata sulla piattaforma SINTEL per colpa della stessa stazione appaltante (**I'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano**) che ha fornito, solo in prossimità della scadenza del termine di caricamento, alcuni chiarimenti determinanti ma, soprattutto, perchè detta offerta era meramente riepilogativa di quella che è già stata correttamente resa dalla concorrente e che risultava pertanto già completa in tutti suoi aspetti.

L'invio telematico dell'offerta deve prevedere la sua firma digitale, in caso contrario risultando legittima l'esclusione

✓ **T.R.G.A. Bolzano, 26 agosto 2013, n. 285**

L'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano ha indetto una procedura telematica per il noleggio full service di apparecchiature per indagini diagnostiche e per l'acquisto di reagenti e consumabili e, nel corso della gara, ha escluso una concorrente per non aver sottoscritto – mediante firma digitale – il Capitolato d'oneri (ma solo la sua appendice peraltro in formato cartaceo) nè di averlo datato, come invece espressamente richiesto a pena d'esclusione dal Disciplinare di gara.

Contesta tale esclusione la società partecipante argomentando, in primo luogo, di aver espressamente accettato, nella domanda di partecipazione alla gara, anche le prescrizioni del Capitolato e come pertanto l'accettazione "senza condizioni e riserve" di tutta la lex specialis (e quindi anche del Capitolato) e la sottoscrizione del medesimo Capitolato rappresentino un'evidente duplicazione (in quanto preordinati alla stessa finalità); per tal motivo, quindi, la stazione appaltante ben avrebbe dovuto, di fronte alla dimenticanza della concorrente, adottare il criterio teleologico ovvero accertare come l'inosservanza della sottoscrizione del Capitolato non tangeva comunque un interesse pubblico e come, quindi, non poteva portare all'esclusione di una concorrente dalla gara. Il Tribunale Regionale della Giustizia Amministrativa di Bolzano, investito della controversia, ha invece ritenuto di dare ragione all'Amministrazione in quanto la mancata sottoscrizione del Capitolato non può essere in alcun modo sopperita dalla presentazione della domanda di partecipazione in quanto detta (domanda) risulta formulata in termini assolutamente generici e, proprio per tale motivo, la P.A. appaltante aveva preteso la sottoscrizione del Capitolato a pena d'esclusione. In altri termini quanto dichiarato nella domanda di partecipazione non "copre" tutti gli impegni previsti dalle disposizioni di gara ed, in particolare, non prevede l'esplicita accettazione di tutte le clausole del Capitolato d'oneri, venendo quindi meno quella "volontà negoziale" assolutamente necessaria per ammettere un concorrente a partecipare ad una gara.

Ma la particolarità di questa pronuncia risiede anche nel fatto che il T.R.G.A. ritiene l'art. 77 D.Lgs. n. 163/2006 sia una norma di carattere imperativo e come pertanto, laddove al comma 6, lett. b) dispone che le offerte presentate in via elettronica possano essere firmate solo con firma digitale (ai sensi del D.Lgs. n. 82/2005) impone quindi, quale elemento di validità della sottoscrizione stessa – in caso di invio telematico – l'apposizione appunto della firma digitale.

Pertanto nel caso in questione il Capitolato d'oneri, privo della sottoscrizione, risulta dunque inesistente e quindi, anche ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006, privo di quegli "elementi essenziali dell'offerta" che motiva la legittima esclusione della concorrente.

+ La mancata ricezione dell'offerta da parte della piattaforma telematica non legittima l'esclusione dell'impresa dalla gara

✓ **T.A.R. Milano, sez. IV, 20 agosto 2013, n. 2071**

Una società partecipa ad una procedura aperta che l'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate ha indetto per l'affidamento della fornitura di sistemi diagnostici, escludendo tale società per illeggibilità di un file inviato dalla medesima in via telematica, ma senza tuttavia dimostrare che l'illeggibilità di detto file sia imputabile a colpa della società partecipante. Quest'ultima impugna la propria esclusione sostenendo che la "causa di contaminazione del file" non dipendesse da sua colpa ma da un difetto del funzionamento dello stesso sistema informatico ed il Consiglio di Stato, dopo aver nominato un Verificatore, è portata a dare ragione all'appellante, riammettendola alla procedura di gara.

Il Supremo Collegio infatti, partendo dal presupposto che le concorrenti non avevano avuto alcuna possibilità di scegliere le modalità di recapito delle loro offerte (che obbligatoriamente doveva avvenire tramite invio telematico), per ciò stesso non potevano dunque vedersi addebitato il rischio del mancato recapito e delle disfunzioni derivanti dall'utilizzo del sistema informatico scelto dall'Amministrazione appaltante.

In altri termini attribuire le eventuali disfunzioni del sistema all'impresa partecipante – che non ha avuto modo di esprimere alcuna preferenza sulla scelta di detta modalità di recapito dell'offerta – vorrebbe dire accogliere un principio ingiustamente punitivo per le imprese, peraltro contrastante con l'ulteriore principio del favor participationis che investe tutta la materia dei contratti pubblici.

ONERI DI SICUREZZA

+ Oneri di sicurezza aziendali: due opposte pronunce dimostrano l'estrema confusione circa l'obbligo d'indicazione a pena d'esclusione

✓ **Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2013, n. 3706**

✓ **Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3565**

A distanza di soli 7 giorni il Consiglio di Stato (peraltro sempre la sez. III) ha assunto due pronunce sostanzialmente opposta, l'una che giustifica la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali da parte dell'aggiudicatario per incompletezza della lex specialis, l'altra che

invece dispone l'esclusione di una concorrente per il medesimo motivo, ovvero per la mancata indicazione dei suoi oneri di sicurezza in sede di offerta.

Nel primo caso l'**IRCSS Azienda Ospedaliera Universitaria San Martino** aveva indetto una gara per l'affidamento del servizio antincendio, indicando nel bando l'importo di 62.000 € quali oneri di sicurezza non modificabili e non soggetti a ribasso, non precisando tuttavia che si trattavano di oneri da interferenze; s'aggiudicava detto servizio una concorrente, la cui offerta però non indicava specificamente l'ammontare degli oneri aziendali ed il Consiglio di Stato, avanti a cui è giunta la questione, pur consapevole che l'indicazione, da parte di ogni concorrente, dei costi di sicurezza interni è un vero e proprio "*obbligo di legge*" (ai sensi degli artt. 86, comma 3-bis e 87, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006 ed art. 26 D.Lgs. n. 81/2008), ciò nonostante ha ritenuto di non poter non tenere conto che la mancata chiarezza della *lex specialis* sul punto, unitamente alla mancata esplicita richiesta d'indicazione di detti oneri nel bando di gara non poteva comportare l'immediata esclusione dalla procedura, onerando anzi la PA. a svolgere approfondite indagini per verificare l'eventuale mancata considerazione, da parte di ogni concorrente, di detti oneri in sede di formulazione delle loro offerte di gara.

Di segno diametralmente opposto, invece, la decisione del medesimo Consiglio di Stato relativa ad una gara indetta dal Comune di Pozzuoli per l'affidamento del **servizio d'assistenza domiciliare per anziani**, la cui aggiudicataria non aveva dichiarato i propri costi di sicurezza aziendali; considerato infatti che l'indicazione in sede d'offerta di detti oneri configura un "*adempimento imposto per legge*", nonché stante l'assoluta irrilevanza della mancata richiesta in *lex specialis*, trattandosi di una norma cd. eterointegrativa e "*rendendosi altrimenti scusabile una ignorantia legis*", il Consiglio di Stato ha ritenuto pertanto assolutamente necessario che l'offerta economica di ogni concorrente contenga l'indicazione espressa di propri oneri di sicurezza, elemento che peraltro non può essere integrato successivamente e la cui mancanza non può neppure essere giustificata dal fatto che, alla stessa *lex specialis* risultava allegato un modulo che non prevedeva alcuna indicazione di detti oneri.

In questo modo, dunque, "*il chiaro ed ineludibile onere di legge*" d'indicare i costi della sicurezza aziendale è stato in un caso "superato" e nell'altro, invece, "sanzionato" con l'esclusione, non fornendo così alcuna precisa indicazione ai partecipanti circa la corretta modalità di formulare le loro offerte.

Gli oneri di sicurezza dell'appalto deve essere indicati oppure no?

✓ **Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5070**

Non vi è pace riguardo l'annoso problema degli oneri di sicurezza da rischio specifico ed al loro obbligo – o meno – d'esplicita indicazione già in sede di formulazione dell'offerta di gara.

Nel caso sottoposto al Consiglio di Stato la seconda classificata ad una procedura indetta per **la fornitura di un impianto angiografico per diagnostica** si lamentava, tra le altre doglianze sollevate, anche del fatto che l'aggiudicataria non avesse separatamente indicato, nella propria offerta economica, l'ammontare degli oneri di sicurezza dell'appalto in questione, onere che a suo avviso era invece sempre da rispettare anche quando la *lex specialis* non lo prevedeva espressamente.

Ciò in quanto lo scorporo di detti oneri consente l'esatta valutazione, da parte della P.A. appaltante, della congruità della proposta formulata, da cui ne consegue che la loro indicazione costituisce un elemento essenziale dell'offerta ricadendo di conseguenza, la loro eventuale mancanza, in quella casistica di cui all'art. 46, comma 1-bis D.Lgs. n. 163/06 che giustifica la legittima esclusione dalle gare.

Il Consiglio di Stato, a tal riguardo, non nasconde la mancanza d'univocità delle posizioni giurisprudenziali ma tuttavia ritiene che, nei settori diversi da quello dei lavori pubblici (ove vige la specifica regola prevista dall'art. 131 Codice appalti), proprio in considerazione del fatto che non sussiste una norma che espressamente dispone la comminatoria d'esclusione (nel caso d'assenza della loro determinazione), l'ammontare degli oneri di sicurezza non risulta di per sé "essenziale" ma rileva se – e solo se – l'offerta viene accertata come anomala.

Sembra dunque di comprendere come secondo il Consiglio di Stato la mancata indicazione degli oneri di sicurezza, nel caso in cui non vengano espressamente richiesti in *lex specialis*, non assuma alcun rilievo a meno che l'offerta stessa non risulti anomala, nel qual caso dovendosi allora accertare la congruità della proposta economica e, solo allorquando non risultino considerati detti oneri nella formulazione dell'offerta economica, ecco allora che l'amministrazione appaltante può legittimamente procedere all'esclusione.

In altri termini è quello che succedeva, in passato, per le cd. giustificazioni preventive all'eventuale anomalia dell'offerta, documento non obbligatorio "ex se" ma che lo diventava solo qualora l'offerta veniva accertata per presunta anomalia.

Già in precedenza su questa Rivista (19 luglio 2013 e 26 luglio 2013) si è dato conto delle diverse posizioni che il Consiglio di Stato, addirittura la medesima sezione (sez. III), ha assunto relativamente all'obbligatorietà (o meno) dell'indicazione degli oneri di sicurezza ai fini partecipativi (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3565, 10 luglio 2013, n. 3706 ed ord. Cons. Stato, sez. III, 19 luglio 2013, n. 2801) che oggi si arricchisce anche di questo nuovo contributo.

Non si nasconde che l'approccio "sostanzialistico" della sentenza in commento è apprezzabile nella misura in cui mira a superare quel concetto di "corsa ad ostacoli" che rischiano sempre più di diventare le gare, allorquando le PP.AA. appaltanti non dispongono di norme partecipative chiare ed esaustive; tuttavia è certamente auspicabile al più presto un intervento legislativo

per scegliere il nodo interpretativo che, con sempre maggior frequenza, rende difficile l'attività del concorrente – nonché quella della stazione appaltante – relativamente alla fase di partecipazione alle pubbliche gare.

Nessun obbligo d'indicazione degli oneri di sicurezza negli appalti di servizi sanitari

✓ **Ord. T.A.R. Milano, sez. III, 4 dicembre 2013, n. 1327**

✓ **T.A.R. Torino, sez. I, 22 novembre 2013, n. 125**

La *querelle* relativa all'obbligo (o meno) d'indicazione degli oneri di sicurezza nelle offerte di gara si arricchisce di nuovi contributi, il primo un'ordinanza del T.A.R. Milano, il secondo una sentenza del T.A.R. Torino, che tuttavia convergono entrambe verso la medesima conclusione, ovvero che nel caso di appalti di servizi di cui all'alleg. IIB del Codice appalti non possano trovare automatica applicazione tutte le disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006, tra cui anche l'art. 86, comma 3-bis e 3-ter D.Lgs. relativo (proprio) alle diverse tipologie di oneri di sicurezza.

Il caso affrontato in sede cautelare dal T.A.R. Milano riguardava l'affidamento di **servizi socio-sanitari ed educativi** e vedeva l'esclusione di una concorrente che non aveva indicato, nella sua offerta, i costi della sicurezza (peraltro non richiesti in *lex specialis*) ed i Giudici meneghini hanno sospeso la comminata esclusione in quanto la mancata indicazione dei costi di sicurezza non è riconducibile ad una causa tipizzata dal Legislatore, ragion per cui non è possibile disporre l'estromissione da una procedura in forza di una disposizione (art. 86, commi 3bis e 3ter) la cui applicazione non risulta prevista *ex lege*, né può essere disposta in via analogica.

Il T.A.R. piemontese invece ha affrontato la questione insorta relativamente ad una gara indetta dall'ASL TORINO 2 per l'affidamento dei servizi di sicurezza, antincendio e vigilanza dei Presidi Ospedalieri e, partendo dal presupposto come neppure in detta gara la disciplina speciale imponesse l'obbligo d'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, si è richiamato a due precedenti del Consiglio di Stato, ovvero la sentenza sez. III, 10 luglio 2013, n. 3706 (commentata in questa Rivista il 19/7 u.s.) nonché la sentenza sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5070 (in questa Rivista il 22/10 u.s.) per giungere alla conclusione che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza nell'offerta economica non possa comportare ex sé l'esclusione di un concorrente nel caso di gara per l'affidamento di servizi di cui all'alleg. IIB del Codice appalti, per i quali risulta esclusa (art. 20) l'applicazione di tutte le norme del Codice ad eccezione degli artt. 65, 68 e 225 del D.Lgs. n. 163/2006.

PROCEDIMENTO DI GARA

+ Accesso atti: quando è consentito alla documentazione tecnica

✓ **Ord. T.A.R., Roma, III-quater, 20 settembre 2013, n. 8375**

La Regione Lazio, le AA.SS.LL. di Roma (102, 104, 105 106, 107 e 108) e quella di Latina, le AA.OO. San Camillo-Forlanini, San Giovanni-Addolorata, San Filippo Neri, Sant'Andrea e la Fondazione Tor Vergata, nonché il Policlinico Umberto I, avendo aderito alla gara centralizzata indetta per l'aggiudicazione della fornitura di pacemaker e defibrillatori automatici impiantabili per tutte le aziende sanitarie del Lazio, si opponevano – per ragioni di “segretezza imprenditoriale” – alla richiesta d'accesso integrale all'offerta tecnica dell'aggiudicataria di alcuni lotti formulata, in corso di giudizio d'impugnazione, da una ricorrente,

Considerato che relativamente al diritto d'accesso alla documentazione di gara l'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006 si pone quale norma di rango “speciale” rispetto agli artt. 22 e segg. della L. n. 241/90 e che il medesimo art. 13, se da un lato prevede (comma 5, lett a)) l'esclusione d'accesso a quella documentazione che costituisce “segreti tecnici o commerciali”, dall'altro tuttavia (comma 6) prevede che “comunque” tale accesso debba essere concesso in ragione di una difesa giudiziale.

Alla luce pertanto di queste considerazioni il T.A.R. Roma, in sede cautelare, ha imposto l'obbligo alle amministrazioni resistenti di consentire il totale accesso a tutte la documentazione tecnica dell'aggiudicataria e ciò in ragione del fatto che, allorquando si partecipa ad una pubblica gara, per ciò stesso si pone la propria offerta al di fuori di quella “sfera di dominio riservato” dell'impresa medesima; a ciò si aggiunga poi come la stessa offerta tecnica è oggetto – in gara – di valutazione e confronto con le proposte tecniche delle altre concorrenti, ragion per cui è giusto e legittimo consentire, ad una concorrente che ha proposto ricorso avverso l'esito del procedimento di gara, di avere pieno accesso a quell'offerta tecnica che ha contribuito a determinare (appunto) tale esito.

+ Affidamento in house: è legittimo l'affidamento in house dei servizi di sanificazione dell'ASL Lecce

✓ **T.A.R. Lecce, sez. II, 10 aprile 2013, n. 817**

In apparente controtendenza rispetto a tutte le sentenze amministrative che ritengono non corretti gli affidamenti *in house*, con ciò evitando l'indizione di pubbliche gare, il T.A.R. Lecce

ha invece confermato la correttezza dell'affidamento – ad una società interna costituita ad hoc dall'ASL Lecce – della gestione dei propri servizi di manutenzione e pulizia dei siti sanitari, respingendo il ricorso dell'attuale gestore di detti servizi.

Come noto l'art. 3, comma 27, L. n. 244/2007 consente l'internalizzazione dei servizi di un ente pubblico, ma solo se questi servizi risultano *“strettamente correlati alle finalità istituzionali”* della stessa P.A. affidante ed il T.A.R. Lecce, rifacendosi ad una precedente sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 11 marzo 2011, n. 1573), ha ritenuto che l'attività di pulizia e sanificazione sia assolutamente strumentale al buon andamento di qualsivoglia Ente pubblico, in quanto volta a garantire *“il mantenimento di un ambiente salubre”* e che maggior ragione, trattandosi nel caso di specie di un'Azienda Sanitaria, i servizi di sanificazione risultavano *“assolutamente necessari per il fisiologico svolgimento”* delle attività di detta Amministrazione sanitaria, confermando di conseguenza la legittimità dell'affidamento in house.

+ Anomalia offerte: anche se la commissione chiede chiarimenti, che non gli vengono forniti, la concorrente può comunque non venire esclusa

✓ Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781

Interessante sentenza del Consiglio di Stato che ha dovuto affrontare il caso – un pò particolare – di una gara indetta dall'ESTAV Centro per l'**affidamento del servizio di ossigenoterapia per pazienti affetti da insufficienza respiratoria cronica**, nel corso della quale ad una concorrente, accertata come anomala, le erano chiesti chiarimenti sulla sua offerta, chiarimenti che tuttavia detta partecipante si rifiutava di rilasciare ma, ciononostante, risultava poi aggiudicataria del servizio posto in gara.

La seconda classificata contestava l'illogicità del comportamento della Commissione, che prima chiedeva l'invio di dati per comprovare le “economie di scale” addotte dalla concorrente per giustificare lo sconto del 40% sul prezzo a base d'asta salvo poi, a fronte del rifiuto della società “accertata” di fornire tali giustificazioni, riteneva comunque “congrua” quell'offerta che, in precedenza, aveva diversamente giudicata “anomala” (senza che le venissero forniti i richiesti chiarimenti al riguardo).

Il T.A.R. Toscana aveva ritenuto corretto l'operato della C.T. ed anche il Consiglio di Stato ne avvalorava le conclusioni, partendo da presupposto che la Commissione giudicatrice, vistasi negare i chiarimenti, ben ha proceduto al proprio giudizio di verifica sulla base ai soli dati disponibili e se ha poi successivamente ritenuto – rispetto all'iniziale giudizio di “presunta” anomalia – che le informazioni mancanti non fossero così necessarie per ritenere non fondato quel giudizio di (appunto solo “presunta”) anomalia, per tutti questi motivi il Giudice di 2° grado giunge alla

conclusione che non si possa configurare alcuna irragionevolezza nel *modus operandi* del Seggio di gara.

Quanto poi al rifiuto, da parte della concorrente, di rammostrare gli accordi commerciali particolarmente vantaggiosi che giustificavano lo sconto offerto, il Consiglio di Stato chiarisce come non vi sia alcuna norma che possa obbligare, nel corso di un subprocedimento di verifica, una concorrente al deposito della documentazione richiesta, concludendo infine con il ricordare come il giudizio di presunta anomalia costituisca un'espressione di discrezionalità tecnica della P.A. appaltante e come il giudice amministrativo non possa procedere ad una nuova ed autonoma verifica, dovendosi limitare – solo ed esclusivamente – a vagliare il comportamento della Commissione giudicatrice che, se non affetto da macroscopici errori, deve ritenersi legittimo e corretto.

A.T.I.: la capogruppo deve possedere i requisiti in misura maggioritaria rispetto all'oggetto della gara e non in termini assoluti

✓ Cons. Stato, sez. III, 24 settembre 2013, n. 4711

Nel giudizio avanti il Consiglio di Stato promosso da un raggruppamento temporaneo giunto secondo nella gara indetta dall'**Azienda ULSS n. 5 Ovest Vicentino** (quale capofila delle Aziende Sanitarie n. 3, 4, 5 e 6 della provincia di Vicenza) per l'affidamento del servizio di pulizia il supremo giudice amministrativo ha avuto modo di precisare, relativamente al 7° motivo d'appello sollevato, come la società capogruppo di un'a.t.i. debba possedere, ai termini di legge, i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria e non in termini assoluti.

La questione sollevata dall'appellante era relativa al fatto che nel raggruppamento aggiudicatario la mandataria avesse un fatturato inferiore rispetto a quello della mandante e che ciò rappresentasse una violazione delle disposizioni di cui all'art. 95, comma 2, D.P.R. n. 554/99, oggi trasfuso nell'art. 275, comma 2, ultima alinea, D.P.R. n. 207/2010.

Secondo il Consiglio di Stato tale contestazione non ha pregio, in quanto la norma dispone che *“La mandataria . deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”* e ciò dunque significa che il possesso dei requisiti “in misura maggioritaria”, da parte della mandataria, dev'essere riferito alla sua quota di partecipazione all'associazione temporanea e non in relazione ai valori “assoluti” di detti requisiti rispetto a quelli delle altre associate.

In altri termini la capogruppo, nel caso in questione, doveva possedere il fatturato sufficiente a potersi intestare la quota maggioritaria di partecipazione alla gara e svolgere, di conseguenza, le relative prestazioni rispetto al valore complessivo dell'appalto, ciò indipendentemente dal fatto che poi il suo fatturato complessivo risultava inferiore rispetto a quello della man-

dante; se così non fosse, infatti, si creerebbe un illegittimo vincolo restrittivo al mercato, con la necessaria “nomina” a capogruppo solo ed esclusivamente delle imprese di maggiori dimensioni.

Base d’asta non ribassabile: vi è alterazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa

✓ Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2846

La **Azienda USL Roma A** ha indetto una gara per l’affidamento del servizio di assistenza domiciliare, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo triennale complessivo pari a 15 milioni di euro, procedura impugnata tramite ricorso rigettato con sentenza che, a sua volta, è stata appellata in forza di plurimi motivi di gravame.

Secondo l’appellante, infatti, la stazione appaltante avrebbe preteso soltanto il possesso dei requisiti attinenti alla capacità economica finanziaria e tecnica, prescindendo del tutto dalle dotazioni umane, strumentali ed organizzative, ma sul punto il Collegio rileva come invece l’allegato 2 al Capitolato imponga il possesso dei requisiti non solo per l’esercizio delle attività sanitarie e sociosanitarie ma anche di quelli, ulteriori, necessari per l’accreditamento (iter che peraltro nella regione Lazio non è ancora perfezionato) .

È stata poi criticata la scelta della presidente della Commissione giudicatrice che – secondo l’appellante – sarebbe risultata priva dei requisiti previsti dal Codice ma il Consiglio di Stato, trattandosi di appalto ricompreso nell’allegato II B del Codice, ha precisato come non possano trovare applicazione le disposizioni puntuali del D.Lgs. n. 163/2006 ma solo i principi ispiratori e come pertanto la nomina, quale presidente della C.T., di un funzionario incaricato di compiti apicali (quantunque non dirigente) non possa considerarsi in contrasto con nessuno di tali principi.

Veniva infine eccepita la previsione di un massimo di 20 punti per le esperienze pregresse ma, a tal proposito, i Giudici ricordano come le stazioni appaltanti, nella determinazione dei criteri d’aggiudicazione (nonché nel diverso peso da attribuire loro), godono di ampia discrezionalità e come in particolare, nel caso di specie, la scelta di detti criteri e punteggi risulti immune da vizi logici, non potendosi dubitare della rilevanza riconoscibile alla pregressa esperienza maturata nell’ottica di un innalzamento generale della qualità del servizio.

La particolarità di questa gara, tuttavia, risiede nell’importo a base d’asta quale “prezzo bloccato” per l’affidamento del servizio, ovvero nella previsione di 5.000.000 € annui quale importo non ribassabile da parte dei concorrenti, indicando quindi una gara non al miglior rapporto

prezzo-qualità, ma solo alla “maggior” qualità. L'appellante, tuttavia, ha contestato non la violazione della giusta ponderazione fra il fattore prezzo e quello qualitativo, quanto piuttosto la presunta abnormità di detto importo a base d'asta, circostanza su cui il Consiglio di Stato ha ritenuto di non poter intervenire (in quanto non avrebbe la giurisdizione) ma di cui, tuttavia, ha ritenuto di dover notiziare la competente corte dei Conti.

Per questo motivo, quindi, l'intero fascicolo è stato trasmesso alla Procura della Corte dei Conti per i necessari accertamenti.

Dott.ssa Nadia Beccati

Clausola sociale di mantenimento dei livelli occupazionali: conforme ai principi del Trattato CE

✓ **A.V.C.P 23 aprile 2013, n. 63**

L'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha rilasciato un'importante parere su una clausola che spesso s'incontra negli appalti di servizi socio-sanitari e che impone l'obbligo, al futuro aggiudicatario, di dover “assumere” – le modalità occupazionali dipendono poi dal tipo di contratto “uscente” (se soci di cooperative, co.co.pro. oppure interinali ecc.) – i lavoratori del precedente affidatario, ovviamente nel caso in cui detti lavoratori accettino.

La questione si poneva sotto un molteplice aspetto, in primo luogo se la stazione appaltante avesse il potere di fissare una condizione convenzionale nel futuro appalto (figura contrattuale che, come noto, vuole l'appaltatore accollarsi l'onere d'adempimento attraverso l'utilizzo di beni propri ed a suo totale rischio), dall'altro se tale clausola potesse essere una condizione di “partecipazione” oppure di mera “esecuzione”.

Partendo da questo ultimo profilo l'AVCP ha innanzitutto chiarito come, ai fini della sua validità, la clausola cd. “sociale” possa essere intesa come un espresso obbligo solo in fase esecutiva in quanto, in caso contrario (ovvero se valesse in fase partecipativa), detta rappresenterebbe un indebito favor per il precedente aggiudicatario, risultando dunque discriminatoria e gravemente limitativa della libera concorrenza, mentre, per quanto concerne la possibilità d'imporre detto obbligo d'assunzione, l'Autorità ritiene che, in applicazione dell'art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006, sia possibile derogare ai principi di libertà partecipativa a fronte della salvaguardia di interessi primari, fra i quali ben figurano le esigenze sociali di mantenimento dei livelli occupazionali (a maggior ragione in momenti di crisi come questi).

Pertanto le clausole che possono incontrarsi in un bando di gara e che impongono al futuro appaltatore l'obbligo di assumere il personale uscente sono, secondo l'Autorità di Vigilanza,

perfettamente legittime e compatibili con i principi del Trattato CE, che privilegia appunto i principi sociali rispetto a quelli economico.-imprenditoriali.

Concorrente: l'azienda ospedaliera Careggi può partecipare ad una gara indetta dalla Regione Lombardia?

✓ Ord. Cons. Stato sez. III, 30 ottobre 2013, n. 5241

Il caso affrontato dal Consiglio di Stato riguarda la partecipazione ad una gara per il servizio triennale di elaborazione-dati per la valutazione esterna sulla qualità dei farmaci, indetta dalla regione Lombardia ed a cui aveva deciso di partecipare anche l'Azienda Ospedaliera Careggi di Firenze, al cui interno operava il Centro regionale di riferimento per la sicurezza e la qualità in laboratorio.

Il problema che si pone riguarda la partecipabilità ad una gara pubblica di un soggetto che, in quanto non "operatore economico" in senso stretto – e quindi senza obbligo di "utile" – ben può falsare la libera concorrenza e, con essa, più genericamente il mercato.

La sentenza in commento passa in rassegna tutta l'evoluzione normativa relativa alle Amministrazioni sanitarie, che dalle preesistenti UU.SS.LL. sono state trasformate, con il D.Lgs. n. 502/1992, in aziende con personalità giuridica ed autonomia imprenditoriale, a cui s'aggiunge che fino al 1998 erano finanziate dallo Stato ma che poi, a partire dal D.Lgs. n. 56/2000, sono diventate le Regioni il principale finanziatore dei servizi sanitari.

Da un lato l'aziendalizzazione delle amministrazioni sanitarie nonché, dall'altro, la libertà di far scegliere all'utente ove rivolgersi per usufruire della prestazione sanitaria, hanno certamente introdotto elementi di concorrenzialità nel sistema, senza tuttavia instaurare un vero e proprio regime di libero mercato; infatti il sistema misto pubblico-privato costituisce un correttivo ad un meccanismo (altrimenti troppo rigido) di programmazione ed erogazione pubblica delle prestazioni, ma è la natura stessa dell'attività da erogare che *"giustifica la sottrazione dei servizi sanitari alle forze del libero mercato"*.

Partendo dunque da questo scenario vi è allora da chiedersi se un'azienda ospedaliera (quindi con autonoma personalità giuridica), ma tuttavia finanziata e controllata dalla regione Toscana, possa partecipare ad una gara indetta da un'altra regione in quanto, in forza della sua "rendita di posizione", potrebbe offrire un prezzo notevolmente più basso rispetto agli altri concorrenti, ed il Consiglio di Stato, per evitare di rispondere ad un quesito tanto compromettente – "chiuso" com'è fra la struttura del nostro S.S.N., da un lato, e le norme sull'evidenza pubblica dall'altro – preferisce rivolgere alla Corte di Giustizia UE il quesito se possa dirsi legittimo che una norma interna di uno stato membro possa impedire la partecipazione ad una gara da parte di un ente pubblico economico.

+ DUVRI: non si può autocertificare

✓ T.A.R., Lecce, sez. II, 14 dicembre 2012, n. 2056

Con la sentenza in commento il T.A.R. Lecce ha inteso chiarire come il datore di lavoro (imprenditore edile), quando è tenuto a redigere il Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenze (D.U.V.R.I.), in sede poi di partecipazione ad una pubblica gara (Fornitura di servizio di lavanolo per un'ASL) non può limitarsi ad autocertificarne l'esistenza ma *“deve rendere ragione, quantomeno, delle principali operazioni che gli hanno permesso di individuare i fattori di maggiore esposizione a rischio all'interno della propria organizzazione imprenditoriale”*. Se infatti si consentisse al concorrente di limitarsi all'autocertificazione di detto documento, si offrirebbe all'operatore economico un comodo strumento per eludere la regola dell'obbligatoria predisposizione del documento (prevista addirittura dall'art. 55, D.Lgs. n. 81/2008 con sanzione penale in caso di mancata ottemperanza).

+ Impugnazione: no se non si partecipa

✓ Cons. Stato, sez. V 23 ottobre 2013, n. 5131

Veniva indetta gara per l'affidamento dell'appalto di servizi di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento dei rifiuti speciali (pericolosi e non) derivanti da attività sanitaria di **tutti i presidi ospedalieri e delle aziende sanitarie del Lazio**. ma l'affidatario fino a quel momento di detto servizio decideva d'impugnare l'indizione stessa della gara, sostenendo che l'importo a base d'asta fosse stato erroneamente determinato e decidendo, per questo motivo, di non partecipare alla gara.

Il T.A.R. periferico ha chiarito come nelle procedure concorsuali ad evidenza pubblica la regola generale – ai fini della legittimità all'impugnazione di una gara d'appalto – prevede la sua necessaria partecipazione in quanto, in caso contrario, il ricorrente non maturerebbe alcun interesse alla “correzione” della procedura stessa se, poi, risulta che non via abbia neppure partecipato.

A tale regola generale si può fare eccezione solamente in 3 tassative ipotesi, ovvero a) quando si contesta l'indizione stessa della gara; b) quando si contesta la mancata corretta indizione della gara (nel caso ad esempio d'errato utilizzo delle ipotesi ex art. 57 d'indizione di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando) ovvero, infine, c) quando si intendono impugnare le clausole cd. “immediatamente escludenti”, quelle cioè che non permettono la partecipazione stessa alla procedura.

Posto come nel caso di specie nessuna delle tre ipotesi risultasse configurabile ed, anzi, che si era rinvenuto un interesse illegittimo del ricorrente a non partecipare alla gara ma, nel contempo, ad impugnarla in quanto, in tal modo, ben avrebbe potuto ottenere, nelle more del giudizio, la proroga dello stesso servizio, oltretutto ad un importo ben superiore rispetto a quello fissato a base d'asta.

Per questi motivi il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso in quanto irricevibile per carenza di legittimazione nonché d'interesse.

Procedimento: l'inserimento di un documento nella busta amministrativa anziché in quella tecnica non può comunque comportare l'esclusione dalla gara

Cons. Stato, sez. III, 14 marzo 2023, n. 1533

L'ASL n. 5 Spezzino ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di logistica farmaceutica ed ha richiesto, per la sua partecipazione, il deposito della domanda d'autorizzazione al commercio all'ingrosso di medicinali, da inserirsi nella busta contenente la documentazione amministrativa. La società seconda graduata ha acceduto alla documentazione dell'aggiudicataria e si è accorta di come detta società avesse erroneamente inserito tale domanda non nella busta amministrativa ma in quella contenente la documentazione tecnica e, per questo motivo, ne ha invocato l'esclusione (con conseguente revoca dell'aggiudicazione). Il Consiglio di Stato, pur a fronte di una chiara disposizione della *lex specialis* che imponeva il deposito di detto documento nella busta amministrativa, ha confermato tuttavia la legittimità della non-esclusione dell'aggiudicataria sostenendo che *"il documento de quo era obbligatorio in sé e non nella sua collocazione specifica"* e come pertanto detta collocazione, ancorché errata, si palesava in ogni caso irrilevante in quanto il documento in questione *"non era comunque sottoposto ad alcun punteggio"*. Per questo motivo, quindi, non alterando né la par condicio tra le imprese, né incidendo nella valutazione complessiva delle offerte, la circostanza che la domanda d'autorizzazione al commercio fosse allocata nella busta tecnica anziché in quella amministrativa si rilevava ininfluente ai fini della corretta partecipazione alla gara. D'altro canto è il tenore stesso dell'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006 che, assurgendo a rango di principio generale interpretativo, impedisce la declaratoria d'esclusione in tutti quei casi in cui, anche in mancanza del rispetto di una prescrizione della *lex specialis*, comunque sia non risultino violati i principi fondamentali che devono essere sottesi a tutte le procedure concorsuali d'appalto, ragion per cui la mera violazione della disciplina speciale di gara non rappresenta più, di per sé, una legittima causa d'esclusione da un pubblico incanto.

+ Soccorso istruttorio: sì anche nel caso d'errata scheda tecnica depositata in gara

✓ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4730

L'ASL di Avellino ha indetto una procedura aperta per la fornitura di ausili per la ventiloterapia (ex D.M. 332/1999) e, nel corso della gara, ha escluso una concorrente per non aver presentato l'apparecchiatura medica con caratteristiche tecniche corrispondenti a quelle "minime" previste in Capitolato. Si difendeva l'esclusa sostenendo che la scheda tecnica depositata in gara conteneva un errore e che, in realtà, la sua apparecchiatura soddisfaceva pienamente le specifiche tecniche richieste ai fini partecipativi. Ciò nonostante l'Amministrazione appaltante confermava l'esclusione, che anche il T.A.R. periferico riteneva corretta e quindi della vicenda veniva investito il Consiglio di Stato, che invece ribaltava la decisione di 1° grado.

Secondo il supremo giudice amministrativo, infatti, nel negare il "soccorso istruttorio" – ovvero la possibilità alla concorrente di depositare una nuova scheda contenente le reali caratteristiche tecniche della sua apparecchiatura – la P.A. ha posto in essere un "*malinteso senso di par condicio*" che non può essere condiviso, in quanto il deposito del depliant corretto non avrebbe in alcun modo alterato l'offerta della partecipante che, fin dall'inizio, era stato dimostrato fosse dotata di quelle caratteristiche tecniche.

In altre parole l'integrazione documentale non può essere ammessa laddove sia volta a colmare un'iniziale e sostanziale irregolarità di un'offerta, mentre invece può/dev'essere consentita quando mira a correggere documentazione che, sin dal principio – e "nella realtà effettuale" – risulta pienamente conforme alla *lex specialis* di gara.

Pertanto nel caso di specie il deposito della scheda tecnica corretta ben doveva essere consentito in quanto, "da sempre", l'apparecchiatura della società illegittimamente esclusa risultata in possesso dei requisiti tecnici per partecipare alla gara.

+ Sopralluogo: è obbligatorio nei lavori pubblici ma non nelle gare di forniture e servizi, a meno che non sia previsto dalla *lex specialis* e come non può essere imposto a "data fissa"

✓ T.A.R. Brescia, sez. II, ordinanza 7 marzo 2013, n. 104

Il cd. "sopralluogo" è un elemento essenziale dell'offerta unicamente nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici, ma la *lex specialis* di una gara lo può prevedere anche per le forniture ed i servizi; in tali casi, tuttavia, affinché la sua mancata produzione possa legittimamente comportare l'esclusione dalla procedura, è tuttavia necessario che siano fornite ragioni vali-

de ed oggettive che possano far comprendere l'assoluta inidoneità dell'offerta formulata dal concorrente in assenza della preventiva visione dei luoghi di esecuzione dell'appalto. Quello che tuttavia è certo è come la Stazione appaltante non possa limitare ad un solo "giorno" la possibilità di compiere detto sopralluogo, in quanto ciò non appare in alcun modo "legato" all'oggetto della gara ed, al contrario, denota una palese mancanza di collaborazione da parte della P.A. In altri termini non esiste alcuna valida ragione per giustificare il comportamento degli **Ospedali Riuniti di Bergamo**, che hanno inteso il carattere asseritamente essenziale del sopralluogo come riferito ad una sola unica data, non ammettendo quindi alla gara una società che aveva anticipatamente comunicato la sua impossibilità ad svolgere il sopralluogo in quella data e richiesto di poterlo compiere successivamente.

Verifica a sorteggio: la P.A. deve procedere d'ufficio ad acquisire gli originali, non potendo più chiederne la produzione al sorteggiato

✓ Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2013, n. 4785

Sentenza molto importante in quanto stigmatizza la prassi (alquanto consolidata) che vede ancora le PP.AA. appaltanti richiedere, in sede di verifica a sorteggio ex art. 48, D.Lgs. n. 163/06 in corso di gara, alle concorrenti sorteggiate la produzione (entro 10 giorni) degli originali della documentazione da loro autocertificata in sede di partecipazione.

Lombardia Informatica s.p.a. indicava una procedura per individuare l'affittuario del ramo d'azienda relativo alla gestione del front office del Call Center sanitario regionale ed il concorrente sorteggiato, non avendo prodotto una certificazione comprovante il possesso di alcuni requisiti tecnici ed economici entro il termine previsto, veniva escluso dalla gara nonché segnalato all'AVCP, oltre a vedersi escussa la cauzione provvisoria. Impugnata solo l'escussione del deposito cauzionale nonché la segnalazione all'Autorità, con sentenza di parziale accoglimento del T.A.R. Milano, Lombardia Informatica interponeva allora atto d'appello chiedendo al Consiglio di Stato incidenter tantum di formulare la corretta interpretazione alla modifica apportata dalla Legge di stabilità 2012 (L. n. 183/2011) agli artt. 40 e 43 del D.P.R.n. 445/2000, secondo cui le PP.AA. devono procurarsi "d'ufficio" la documentazione richiesta in fase di sorteggio ai sensi dell'art. 48, comma 1 Codice appalti.

Il Consiglio di Stato parte dalla verifica di quale sia la documentazione autocertificata in sede partecipativa e non depositata poi in originale dal concorrente in fase di verifica a sorteggio (Certificato di regolare esecuzione di prestazione analoga a quella in gara dell'Azienda Provinciale dei Servizi Sanitari di Trento) e dunque, preso atto che si tratti di una certificazione in possesso di un'altra P.A. (peraltro specificatamente indicata), ai sensi dell'art. 40 – "Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione i certificati sono sempre sostituiti dalle

dichiarazioni di cui agli artt. 46 e 47” – nonchè dell’art. 43 – “Le amministrazioni pubbliche . sono tenute ad acquisire d’ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni” – del D.P.R. n. 445/2000 (come modificato dall’art. 15 L. n. 183/2011), giunge alla conclusione che avrebbe dovuto essere direttamente Lombardia Informatica ad attivarsi presso l’Azienda Provincia S.S. di Trento per acquisire d’ufficio il certificato di buona esecuzione autocertificato dalla concorrente in sede partecipativa, senza gravare invece sulla medesima per farle depositare in gara, entro il termine di 10 giorni dal sorteggio, detta certificazione in originale. Ciò anche perchè, sempre ai sensi dell’art. 40, D.P.R.n. 445/2000, “Le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione sono valide ed utilizzabili solo nei rapporti fra privati”, con ciò significando quindi che, anche ammesso che il concorrente avesse depositato in termini il certificato di buona esecuzione dell’A.P.S.S. Trento, detto certificato comunque non sarebbe stato validamente acquisibile nel procedimento concorsuale, dovendo in ogni caso la P.A. appaltante acquisire d’ufficio detto certificato dall’Azienda Provinciale di Trento.

Ciò pertanto significa che ogniquale volta un concorrente viene sorteggiato in gara, questo non debba svolgere alcuna ulteriore attività, in quanto risulta per legge onerata la stessa P.A. sorteggiante a attivarsi per acquisire d’ufficio dalle altre amministrazioni (in possesso delle certificazioni dichiarate in gara) gli originali di detta documentazione richiesta.

PROCEDURE NEGOZiate

+ La procedura negoziata senza pubblicazione del bando ha natura assolutamente eccezionale

- ✓ **Cons. Stato, sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26**
- ✓ **Cons. Stato, 7 gennaio 2013, Ord. n. 25 di rinvio Corte Giustizia UE**

Il Consiglio di Stato, affrontando una sola vicenda (sebbene trattasi di un affidamento diretto da 521 milioni di euro) ha da un lato stigmatizzato (ci si augura una volta per tutte) quella prassi, purtroppo invalsa in molte PP.AA. appaltanti, di procedere ad affidamenti diretti motivandoli con ragioni (quantomai) generiche “di natura tecnica” e, dall’altra, ha rinviato alla Corte di Giustizia UE quella parte del Codice appalti che non prevede, proprio in materia di procedura negoziata senza pubblicazione del bando, la facoltà concessa al giudice amministrativo di poter dichiarare l’inefficacia di un contratto sottoscritto in violazione di legge. Risulta infatti che il

Ministero degli Interni, Dipartimento di Pubblica Sicurezza, avesse affidato il servizio di fonia vocale, di trasmissione dati e di fonia mobile a favore di un operatore telefonico sul presupposto che questi non solo fosse l'unico gestore in grado, "*per conoscenze, strumenti e mezzi specifici*", di svolgere il servizio che intendeva affidare il Ministero ma come altresì non si fosse rinvenuto sul mercato qualche altro operatore, nonchè l'eventuale affidamento ad un soggetto diverso da detto operatore avrebbe comportato la necessità di modifiche della fornitura dei servizi di telefonia tanto sproporzionata, sia nei costi che nei tempi tecnici di realizzo, da non risultare in alcun modo conveniente. Il Consiglio di Stato, confermando la sentenza del T.A.R. Lazio, ha invece chiarito come la scelta della procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresenti una fattispecie del tutto eccezionale, tale da imporre alla P.A. che vi intende accedere un rigore particolare nell'individuazione delle corrette giustificazioni e motivazioni, che non solo devono essere esplicitate con chiarezza nei documenti di gara ma che, soprattutto, devono essere dalla medesima P.A. dimostrate e provate nella loro effettiva sussistenza. A tale "evidenza" negli atti di gara, poi, deve necessariamente aggiungersi anche una preventiva indagine di mercato, che presuppone il contattare un certo numero di operatori per acquisire informazioni e notizie sui loro prodotti e servizi, indagine che qualora non sortisca alcun effetto positivo in ambito italiano, impone allora l'obbligo di estenderlo anche in ambito europeo. Dal momento che tutto ciò non risulta esser stato fatto da parte del Ministero degli Interni, il Consiglio di Stato ha dunque annullato l'affidamento diretto al Telecom e, siccome nel frattempo era stato pubblicato il cd. "avviso di trasparenza preventiva" (art. 79-bis, D.Lgs. n. 163/2006) nonchè sottoscritto il contratto di fornitura, il giudice amministrativo si è trovato impossibilitato, ai sensi dell'art. 121, comma 5 lett. b) del Codice del processo amministrativo, a poter dichiarare l'inefficacia del contratto sottoscritto, ragion per cui il medesimo Consiglio di Stato ha rinviato alla Corte di Giustizia la questione se al giudice nazionale è sempre preclusa la facoltà di privare di effetti un contratto che violi le norme comunitarie quando detto contratto risulti comunque esser già stato sottoscritto e la direttiva 207/66/UE (reepita nell'art. 121 c.p.a.) non preveda alcuna possibilità di declaratoria d'inefficacia del contratto stipulato a seguito d'affidamento diretto preceduto dalla pubblicazione di un avviso di trasparenza preventiva.

La Croce Rossa Italiana ha illegittimamente acquistato in via diretta un'unità di terapia intensiva: contratto dichiarato inefficace

✓ **T.A.R. Roma, sez. III, 24 aprile 2013, n 4124**

La C.R.I. ha affidato con procedura negoziata senza pubblicazione del bando la fornitura di un'unità di terapia intensiva "shelterizzata", motivandola sul presupposto che il Ministero della Difesa avesse aggiudicato – con gara regolare – analoga fornitura nell'anno 2009 e come detta unità intensiva dovesse essere utilizzata dalla Croce Rossa nell'ambito dei teatri internazionali

di guerra, con la necessità quindi di un'assoluta interscambiabilità con le altre unità del Ministero, aggiungendo poi come il personale della Difesa non sarebbe stato in grado di utilizzare uno shelter di tipo diverso da quello già in sua dotazione. Impugnava tale affidamento una società del settore, che aveva richiesto alla C.R.I. di partecipare ad una gara eventualmente indetta per l'affidamento di detta fornitura ed il T.A.R. Lazio, con una sentenza riccamente motivata, gli ha dato ragione, dichiarando inefficace il contratto da oltre 1 milione di euro stipulato dalla Croce Rossa.

Sottolinea in primo luogo il Collegio come la P.A. appaltante non abbia dimostrato in alcun modo le ragioni tecniche che giustifichino l'applicazione dell'art. 57, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 163/2006, né come altre unità di terapia intensiva (di altri produttori) abbiano caratteristiche tecniche differenti rispetto a quelle acquistate senza gara, ma neppure che gli operatori della sanità militare non siano in grado di utilizzare altri shelter diversi da quelli che hanno già in dotazione; in altri termini la C.R.I. ha sostenuto una "oggettiva impossibilità" di affidare la fornitura ad altro operatore, mentre, in realtà si tratterebbe di una mera "inopportunità", che la normativa tuttavia non valuta affatto sufficiente per giustificare un affidamento diretto.

Al contrario il Codice appalti stabilisce come la procedura negoziata senza bando rivesta carattere di assoluta eccezionalità rispetto all'obbligo di indire pubbliche gare e come l'eventuale mancanza di alternativa ad un acquisto "diretto" debba essere fattivamente dimostrata dalla P.A. appaltante, attraverso un'obbligatoria indagine preventiva di mercato, svolta anche in ambito europeo (vedasi Cons. Stato, n. 2404/2011), tutte prove che la Croce Rossa Italiana non ha minimamente fornito nella delibera d'aggiudicazione, ragion per cui il contratto d'acquisto stipulato deve essere correttamente annullato.

Il trasporto-pazienti È un servizio sociosanitario e quindi, come tale, affidabile in convenzione senza la necessità d'indire una gara

✓ **Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2013, n. 2477**

L'**Azienda Sanitaria Locale di Torino 1** si è rivolta al mercato per cercare la disponibilità al convenzionamento del servizio di trasporto pazienti, riservando tuttavia tale richiesta alle sole associazioni di volontariato nonché alla Croce Rossa Italiana. Una società del settore-trasporti ha contestato detta modalità d'affidamento ritenendo, in primo luogo, non affidabile in convenzione tale tipo di servizio in quanto relativo ad un "trasporto pubblico" – che, conseguentemente, dev'essere aggiudicato tramite gara pubblica – nonché, in secondo luogo, valutando non corretta la limitazione partecipativa alle sole associazioni no-profit, trattandosi di un servizio a titolo oneroso.

Respinto il ricorso dal T.A.R. Torino, è stato interposto appello ed il Consiglio di Stato ha colto l'occasione per chiarire innanzitutto come la particolare tipologia dei trasportati (pazienti dializzanti non deambulanti) faccia "prevalere" il profilo socio-sanitario di detto servizio rispetto a quello del mero "trasporto pubblico", rendendo di conseguenza applicabile l'art. 20 del Codice appalti, che disciplina l'affidamento dei servizi dell'Alleg. II B (tra cui s'annoverano quelli socio-sanitari), senza l'obbligatorietà (quindi) di una vera e propria gara.

Da ciò ne discende quindi la facoltà, in capo alla P.A. appaltante, di prevedere l'affidamento anche solo ad una particolare tipologia di operatori, tra cui appunto le associazioni di volontariato e gli enti non-profit in generale e, per tutti questi motivi, il Consiglio di Stato ha quindi confermato la legittimità dell'operato dell'ASL Torino 1.

È obbligatoria l'indizione di una gara anche per affidare attività scientifica ma non "di ricerca"

✓ Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849

Questione molto interessante quella affrontata – e risolta – dal Consiglio di Stato, che peraltro rappresenta un valido strumento interpretativo anche per altre questioni similari a quella oggetto del giudizio in commento.

L'A.S.L. di Lecce aveva affidato all'Università del Salento l'incarico di studio e valutazione della "vulnerabilità sismica" delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce per un importo di circa 200.000 €, senza gara e tramite affidamento diretto, ma l'Ordine degli architetti di Lecce, quello degli ingegneri nonché l'Oice avevano impugnato detto affidamento ritenendolo un normale appalto di servizi d'ingegneria e quindi, come tale, da aggiudicarsi all'esito di una regolare procedura di gara.

Il T.A.R. Lecce aveva accolto i ricorsi, rinviando tuttavia alla Corte di Giustizia Ue la questione circa la compatibilità con la direttiva sugli appalti di un affidamento diretto di un contratto a soggetto (Università del Salento) qualificabile come amministrazione aggiudicatrice ma che nel contempo si atteggia (percependo il compenso dei 200.000 €) come un operatore economico,

La Corte di Giustizia, con la sentenza 19 dicembre 2012 (causa C-159/11), ha stabilito come l'affidamento senza gara da parte di un'amministrazione aggiudicatrice contrasti con le norme ed i principi dell'evidenza pubblica comunitaria, a meno che non si stipulino contratti "che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune" ad entrambi detti enti pubblici, potendo in caso ovviare allora all'obbligo (generalizzato) di fare gara.

Rinviata dunque la controversia in oggetto al giudice nazionale di 2° grado (Consiglio di Stato) questi ha ritenuto che, sulla scorta del compenso (200.000 €) previsto come corrispettivo per la prestazione dello studio sismico a favore dell'Università, anche se rappresentante un mero "rimborso dei costi" – e non configurandosi quindi propriamente quale "utile" d'impresa – ciò nondimeno non consente il perfezionamento di quella cooperazione di cui parla (ed "imponne) la Corte di Giustizia UE per esimere l'obbligo d'indizione di una pubblica gara.

Da tali considerazioni ne discende quindi come, secondo il Consiglio di Stato, se l'attività di "ricerca" (invocata per giustificare l'affidamento diretto) non è volta in realtà, come dovrebbe, all'avanzamento della conoscenza scientifica, ma non è altro che lo "sfruttamento" di quella già acquisita, ovvero la sua applicazione "a fini pratici", ecco allora che il tutto si risolve, in via definitiva, in una mera prestazione di un "servizio" che, come tale, dev'essere oggetto di una regolare gara d'appalto per essere legittimamente affidato.

In conclusione, quindi, Il Consiglio di Stato ha annullato l'affidamento dell'incarico dell'ASL Lecce all'Università del Salento ed ha imposto all'amministrazione sanitaria l'indizione di una futura gara per l'affidamento del servizio di valutazione della "vulnerabilità sismica" delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce.

Non vi l'obbligo di gara per un servizio (distribuzione presidi per diabetici) affidato alla rete farmaceutica dal Commissario ad acta di una regione sottoposta al piano di rientro dal disavanzo sanitario

✓ Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2013, n. 5174

Pronuncia molto interessante del Consiglio di Stato, che "rompe" il dogma dell'inderogabilità della gara per quanto riguarda l'affidamento di un pubblico servizio.

La regione Campania, dopo aver affidato la distribuzione dei presidi per diabetici ad una società privata tramite procedura centralizzata indetta dal So.Re.Sa. (Società Regionale per la Sanità), sottoscriveva qualche mese dopo, nella persona del Commissario ad acta per il piano di rientro dal deficit sanitario, un Protocollo d'intesa con le principali associazioni di categorie dei farmacisti per l'erogazione del medesimo servizio attraverso il canale farmaceutico.

Insorgeva la società precedentemente affidataria del servizio, deducendo l'illegittima indizione di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando ex art. 57, D.Lgs. n. 163/2006 ovvero, in altri termini, contestando l'affidamento "diretto" alle farmacie di un'attività che doveva necessariamente essere assegnata tramite gara, anche perchè non si trattava di prodotti (strisce reattive per la determinazione di glicemia e/o glicosuria, siringhe per insulina, lancette pungidito ecc.) la cui erogazione rientrava nell'esclusiva competenza della distribuzione farmaceutica.

Giunta la questione avanti il Consiglio di Stato, i supremi giudici hanno ritenuto che la pretesa contraddittorietà della scelta di ricorrere alla rete farmaceutica rispetto a quella, precedentemente adottata, d'indire una pubblica gara non si configuri affatto in quanto la regione Campania, poichè sottoposta all'obbligo di rispetto del Piano di rientro dal disavanzo sanitario, ben possa scegliere uno strumento (distruzione indiretta tramite rete farmaceutica) tale da consentirle di ragionevolmente confidare (in quanto in farmacia il paziente ritira solo quello che effettivamente gli serve, mentre nella distribuzione diretta gli viene fornito un kit completo che, il più delle volte, non viene mensilmente del tutto utilizzato) in un risparmio economico ed in una migliore allocazione degli stessi prodotti sul mercato.

Di conseguenza al servizio sanitario regionale dev'essere legittimamente riconosciuta la potestà di scegliere, in alternativa all'affidamento tramite gara, modalità alternative purchè giustificate dal risparmio economico; non solo in quanto il Consiglio di Stato si spinge oltre, giungendo a sostenere che *“Non tutti i settori dell'ordinamento devono . essere contrattualizzati ed aperti alla concorrenza per un malinteso senso dell'evidenza pubblica”* in quanto *“La regola dell'evidenza pubblica può e deve trovare applicazione in quei settori della vita economica nei quali l'apertura al mercato costituisca la scelta più efficiente per l'allocazione delle risorse scarse che l'amministrazione mira a conseguire per l'assolvimento delle sue funzioni”*.

Sarebbe interessante conoscere sul punto l'opinione del giudice europeo, in quanto, se nel caso “particolarissimo” qui trattato dal Consiglio di Stato (regione sottoposta al piano di rientro dal disavanzo sanitario), una deroga all'obbligo d'indizione di una pubblica gara può trovare la sua ragion d'essere, giungere genericamente a sostenere che il principio dell'evidenza pubblica risulti sottordinato a quello del risparmio e/o ad una migliore allocazione delle risorse economiche (in quanto attualmente “scarse”) si ritiene in palese antinomia con i principi comunitari di massima concorrenzialità nonché di libera circolazione delle merci e dei servizi.

RECUPERO CREDITI P.A.

+ Dubbi di legittimità costituzione sull'impossibilità per i creditori di aziende sanitarie ed ospedaliere della regione Calabria di ottenere soddisfazione

✓ T.A.R. Calabria, Ord. 16 gennaio 2013, n. 42

La legge prevede che chiunque vanti un credito – e sia munito di un titolo esecutivo – possa

agire esecutivamente nei confronti del debitore e come, nel caso in cui trattasi di una Pubblica Amministrazione, il creditore abbia la facoltà di agire utilizzando gli strumenti messi a disposizione dal codice di procedura civile, ovvero l'espropriazione mobiliare, l'espropriazione immobiliare ed il pignoramento presso terzi soggetti.

Tuttavia, per tale tipologia di debitori (Amministrazioni Statali o enti pubblici economici), la legge prevede una procedura "allungata" in quanto il creditore, anche se munito di un titolo esecutivo, non può comunque procedere nell'esecuzione se non risultano trascorsi almeno 120 giorni dalla notificazione del titolo esecutivo (articolo 14, comma 1, D.L. 669/1996); alternativamente a tale procedura (che potremmo definire "ordinaria"), il nostro ordinamento prevede anche un altro rimedio – da esperirsi in ambito prettamente "amministrativo" – ovvero il cd. "Giudizio di ottemperanza" in forza del quale è data facoltà al creditore di ricorrere al T.A.R. competente affinché fissi un termine perentorio per il pagamento ed, in caso di decorso di detto termine senza adempimento "spontaneo" da parte della P.A. debitrice, il medesimo T.A.R. possa allora procedere alla nomina di un *Commissario ad Acta* il quale, sostituendosi all'Amministrazione rimasta inerte, provvederà "materialmente" ad eseguire il pagamento richiesto (artt. 112 e 114 del codice del processo amministrativo).

Apparentemente, dunque, il creditore parrebbe avere "dalla sua" un minimo di tutela normativa per tentare di recuperare i propri crediti, senonché (sfortunatamente) l'art. 6-bis, comma 2, lett. a) e b) del D.L. n. 158/2012 (e ss.mm.ii.) ha modificato la disposizione di cui all'art. 1, comma 51 della L. n. 220/2012 fissando al 31 dicembre 2013 il termine sino al quale non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti delle PP.AA. tra cui anche quelle Sanitarie di quelle regioni con bilanci "*in deficit*" e ricomprendendo, tra le azioni "inibite", anche i giudizi d'ottemperanza di cui all'art. 112 cod. proc. amministrativo.

Entrambi i rimedi dunque, sia quello "ordinario" che quello amministrativo, risultano oggi "sospesi", impedendo così di fatto ai creditori della P.A. di poter agire per il legittimo recupero dei loro crediti finora maturati.

Il T.A.R. Calabria, nella recente ordinanza in commento, ha però espresso seri dubbi circa la legittimità costituzionale di tale modificazione normativa, in quanto l'entrata in vigore della citata disposizione avrebbe sostanzialmente reso inattuato il diritto, riconosciuto in capo ai creditori, di poter agire in giudizio per la tutela delle proprie posizioni creditorie.

Se è pur vero infatti – argomenta il T.A.R. calabro – che detta norma risulti ispirata dall'intento di contribuire al risanamento del settore sanitario, lo è altrettanto il fatto che la stessa violi alcuni principi di diritto espressamente tutelati dalla Costituzione, in quanto la preclusione di ogni azione da parte dei creditori risulta (purtroppo) una vicenda che va avanti oramai dal 2010, con un susseguirsi di normative che hanno sempre "bloccato" ogni azione in danno alle PP.AA. sanitarie con proroghe annuali (al riguardo si rimanda alla citata ordinanza che

elenca l'intero excursus normativo di concessione di dette deroghe alla facoltà di pignoramenti alle Amministrazioni Sanitarie). Non potendo pertanto correttamente motivare in ragione della "eccezionalità" né tantomeno di una situazione "emergenziale" (se perdura dal 2010), il giudice amministrativo pertanto fortemente "sospetta" che detta (ennesima) normativa violi gravemente il principio di effettività del diritto alla difesa (art. 24 Cost.) nonché quello del giusto processo (art. 111 Cost.), oltre a ritenere che il divieto di intraprendere o proseguire azioni esecutive nei confronti di amministrazioni sanitarie si ponga in aperto contrasto con il diritto dell'individuo ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale (art. 47, Carta Diritti fondamentali Unione Europea, art. 6, Trattato di Lisbona).

Avv. Adriano Colombari

Le vecchie Sezioni-stralcio non sono state liquidate e quindi i crediti pregressi rimangono in capo a dette sezioni e non "passano" alle AA.SS.LL.

Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2013, n. 1987

Fino a quando non verrà disposta, con apposito provvedimento, l'estinzione delle gestioni liquidatorie (già sezioni-stralcio) non si potrà agire, per i crediti vantati per i periodi di riferimento, nei confronti dei Direttori Generali delle Aziende UU.SS.LL. anche se questi sono stati nominati, dalle singole regioni, Commissari liquidatori. È quanto ha stabilito il Consiglio di Stato che ha confermato come, con la soppressione delle vecchie Unità Sanitarie Locali e con l'istituzione delle nuove Aziende U.S.L., non si è tuttavia verificata una cd. "successione a titolo universale" delle posizioni debitorie delle prime rispetto alle seconde che, di conseguenza, non si sono in alcun modo accollate i debiti pregressi dell'USL.

Come noto infatti, mediante un espediente contabile, i debiti a carico delle vecchie Unità Sanitarie Locali sono stati trasferiti alle Regioni, che tuttavia non li hanno trasferiti alle nuove Aziende Sanitarie ma prima "scaricati" sulle cd. sezioni-stralcio e poi, anche quando dette sono state trasformate in "gestioni liquidatorie" – ed affidate ai Direttori Generali delle stesse Aziende USL – in nessun caso comunque si è provveduto a far accollare i pregressi debiti delle USL alle nuove ASL, rimanendo la loro liquidazione sempre (e solo) posta in carico del patrimonio istituito (appunto) per la loro gestione liquidatoria.

La disciplina delle Regioni sottoposte a piani di rientro dal deficit finanziario

Con la Legge Finanziaria 2005 (L. n. 311/2004) e con la successiva Intesa Stato-regioni del 23 marzo 2005 sono stati introdotti una serie di adempimenti per le Regioni con un bilancio

sanitario in deficit. In particolare l'art. 1, comma 174 della citata L. n. 311/2004, modificato da successivi interventi normativi – art.1, comma 277, L. n. 266/2005 (Legge Finanziaria 2006), art. 1, comma 796, lett. c), L. n. 296/2006 (Legge Finanziaria 2007) ed art. 2, comma 76 L. n. 191/2009 (Legge Finanziaria 2010) – stabilisce che, a partire dall'anno 2005, in caso di **disavanzo di gestione del Servizio Sanitario Regionale**, che persista anche nel quarto trimestre dell'esercizio finanziario ed **a fronte del quale non siano stati adottati i necessari provvedimenti di copertura**, il Presidente del Consiglio dei Ministri diffida la Regione ad adottare gli atti necessari entro il 30 aprile dell'anno successivo ed, in tal caso, l'art. 180 della stessa L. n. 311/2004 dispone che “La Regione elabora un programma operativo di riorganizzazione, riqualificazione o potenziamento del Servizio sanitario regionale, di durata non superiore al triennio. I Ministri della Salute e dell'Economia e la Regione stipulano apposito accordo che individui gli interventi necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza. La sottoscrizione dell'accordo è condizione necessaria per la riattribuzione alla Regione del maggiore finanziamento anche in maniera parziale e graduale, subordinatamente alla verifica della effettiva attuazione del programma”. **Qualora invece la Regione non provveda a adottare alcun programma d'aggiustamento** dei conti sanitari in deficit entro i successivi 30 giorni il Presidente della Giunta regionale, in qualità di **Commissario ad acta**, determina il disavanzo di gestione ed **adotta i necessari provvedimenti per il ripianamento**, ivi inclusi gli aumenti dell'addizionale IRPEF e le maggiorazioni dell'aliquota IRAP, nei limiti previsti dalla normativa vigente ed a tal proposito l'art. 6, comma 1, D.Lgs. n. 68/2011 dispone che, a decorrere dall'anno 2012, ciascuna Regione a statuto ordinario può aumentare (o diminuire) l'addizionale regionale IRPEF ma, nel caso di deficit sanitario, detta Regione deve adottare le misure massime previste tanto per l'addizionale IRPEF che per le maggiorazioni dell'aliquota IRAP.

L'art. 2, comma 77, **Legge Finanziaria 2010** ha previsto invece la **definizione dello standard dimensionale** del **disavanzo sanitario strutturale** rispetto al finanziamento ordinario e alle maggiori entrate proprie sanitarie, fissando al **5%** (in precedenza era il 7%, come previsto dall'art. 8 dell'Intesa Stato-Regione del 23 marzo 2005) e che, **nel caso di** raggiungimento o **superamento** di detto standard, la **Regione è obbligata** a presentare, entro il successivo 10 giugno dell'anno in corso, **un Piano di rientro triennale** elaborato unitamente all'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) ed all'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (AGENAS), che deve contenere le misure di riequilibrio sia sotto il profilo erogativo dei L.e.a. che delle misure per garantire l'equilibrio di bilancio sanitario in ciascuno degli anni compresi nel piano stesso.

Le Regioni in deficit

Le Regioni che ad oggi hanno dovuto predisporre i Piani di rientro sono:

- ▶ **Abruzzo** (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 6 marzo 2007).
- ▶ **Calabria** (Piano di Rientro 2010-2012 siglato il 17 dicembre 2009).

- ▶ **Campania** (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 13 marzo 2007).
- ▶ **Lazio** (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 28 febbraio 2007).
- ▶ **Liguria** (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 6 marzo 2007).
- ▶ **Molise** (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 27 marzo 2007).
- ▶ **Piemonte** (Piano di Rientro 2010-2012 siglato il 29 luglio 2010).
- ▶ **Puglia** (Piano di Rientro 2010-2012 siglato il 29 novembre 2010).
- ▶ **Sardegna** (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 31 luglio 2007).
- ▶ **Sicilia** (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 31 luglio 2007).

I Piani di rientro della spesa sanitaria, articolati temporalmente sul triennio 2007/2009, prevedono azioni di intervento così sintetizzati:

- riorganizzazione della rete ospedaliera, con riduzione di posti letto ospedalieri e incentivazione dei processi di deospedalizzazione;
- introduzione della distribuzione diretta dei farmaci e meccanismi di rimborso dei prezzi correlati ai farmaci meno costosi;
- blocco delle assunzioni e del turn-over;
- determinazione dei budget per gli erogatori privati, nonché adeguamento delle tariffe a quelle stabilite a livello nazionale;
- acquisti centralizzati e monitoraggio degli stessi per evitare incrementi dei volumi di spesa;
- utilizzo del sistema tessera sanitaria per gli interventi finalizzati al miglioramento dell'appropriatezza prescrittiva.

L'art. 11 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 consente poi alle Regioni sottoposte ai Piani di rientro e per le quali non venga verificato positivamente, in sede d'accertamento annuale finale, il raggiungimento degli obiettivi dello stesso Piano nonché persistano le condizioni di cui all'art. 2, commi 77 e 88, L. n. 191/2009 (disavanzo sanitario strutturale del 5%), di poter richiedere – semprechè non risultino sottoposte al Commissariamento – la prosecuzione del Piano di rientro anche per il triennio (2010-2012), ai fini del completamento del Piano di rientro secondo i programmi operativi indicati nel Patto per la salute per gli anni 2010-2012 del 3 dicembre 2009.

L'art. 15, comma 20, D.L. n. 95/2012 ha poi previsto per l'ulteriore triennio 2013-2015, che le Regioni in Piano di rientro e non Commissariate possano proseguire i programmi previsti in detti Piano di rientro.

Regioni in deficit che risultano anche Commissariate

Le Regioni per cui invece è stato previsto ad oggi anche un Commissario ad acta per la prosecuzione del Piano di Rientro sono:

- ▶ **Abruzzo** (Commissario Gianni Chiodi, Presidente Regione; Subcommissario dott.ssa Giovanna Baraldi).
- ▶ **Calabria** (Commissario Giuseppe Scopelliti, Presidente Regione Subcommissari: dott. Giuseppe Navarra e dott. Luciano Pezzi).
- ▶ **Campania** (Commissario Stefano Caldoro, Presidente Regione; Subcommissario dott Giuseppe Zuccatelli).
- ▶ **Lazio** (Commissario Renata Polverini, Presidente pro-tempore Regione; Subcommissario: dott. Mario Morlacco).
- ▶ **Molise** (Commissario Michele Iorio, Presidente pro-tempore Regione; Sub-commissario: dott. ssa Isabella Mastrobuono).

Il blocco delle azioni esecutive

Il D.L. 158/2012, cosiddetto “decreto Balduzzi”, ha modificato l’art. 1, comma 51 della legge 220/2010 che prevede che nei confronti delle Regioni già sottoposte ai piani di rientro dai disavanzi sanitari e commissariate non possano essere intraprese o proseguite azioni esecutive, anche ai sensi dell’art. 112 del codice del processo amministrativo, né nei confronti delle Aziende Sanitarie Locali ed Ospedaliere delle regioni medesime, fino al 31 dicembre 2013 ed i pignoramenti e le prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalle Regioni alle A.S.L. ed A.O. sono estinti di diritto. Ciò in altri termini significa che, fino al prossimo dicembre 2013, risultano “congelate” tutte le azioni esecutive già intraprese o da intraprendersi nei confronti delle Regioni che non solo sono state commissariate (Abruzzo, Calabria, Campania, Lazio e Molise), ma per le quali si è anche reso necessario un Piano di rientro (Liguria, Piemonte, Puglia, Sardegna e Sicilia).

Da notare anche come il Decreto Balduzzi faccia espresso riferimento ed include espressamente, tra le azioni sospese, anche il giudizio di ottemperanza (art. 112 codice processo amministrativo), congelando di fatto l’utilizzo di questo strumento in alternativa alla procedura esecutiva ordinaria; su tale aspetto, tuttavia, si segnala come risultino pendenti avanti la Corte Costituzionali diverse questioni sollevate da alcuni TT.AA.RR. (Calabria n. 42 del 16 gennaio 2013; Salerno, n. 1479 e n. 1481 entrambe del 7 settembre 2011, nonché Napoli, sez. IV, n. 5813 del 14 dicembre 2011).

Compensazione crediti

Con riguardo poi alla possibilità di compensazione dei crediti vantati nei confronti della P.A. ed Enti ad essa equiparati, compresi gli enti del S.S.N., è bene fare una breve premessa. Come noto i crediti non prescritti, certi, liquidi ed esigibili, maturati nei confronti delle Regioni, Enti Locali ed enti del Servizio Sanitario Nazionale per somministrazione, forniture ed appalti possono essere compensati con le somme dovute a seguito di iscrizione a ruolo; per consentire tuttavia il sistema di compensazione, il contribuente deve acquisire dall’Ente debitore una

certificazione ed utilizzarla per il pagamento, totale o parziale delle somme dovute; contestualmente è stata poi inserita anche la possibilità, per le medesime imprese creditrici della P.A. in possesso della citata certificazione, di cedere i predetti crediti a banche ed altri intermediari finanziari, oltre alla riduzione da 60 a 30 giorni del termine per il rilascio di detta certificazione (art. 13-bis, L. n. 94 del 6 luglio 2012, cd. "sez. I Spending Review").

Tuttavia il comma 3-ter, del suddetto art. 13-bis esclude l'applicazione di tale disciplina – e dunque l'obbligo di rilascio dell'anzidetta certificazione – a due particolari categorie di soggetti, ovvero:

- a) dagli enti locali commissariati;
- b) dagli enti del S.S.N. delle regioni sottoposte a piano di rientro dai disavanzi sanitari, ovvero a programmi operativi di prosecuzione degli stessi, qualora nell'ambito di detti piani o programmi siano state previste operazioni relative al debito.

Ciò pertanto significa che, oltre al divieto di intraprendere azioni esecutive, nei confronti delle Regioni Commissariate o sottoposte ai Piani di rientro non è neppure possibile compensare i crediti mediante certificazione degli enti interessati, su istanza del creditore.

La Corte costituzionale annulla l'impignorabilità delle aziende sanitarie

✓ Corte Costituzionale, 3 luglio 2013, n. 186

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 51 della "Legge di stabilità 2011" che prevedeva, nei confronti delle Regioni commissariate (in quanto già sottoposte a piani di rientro dal disavanzo sanitario), come non potessero essere intraprese o proseguite azioni esecutive fino al 31 dicembre 2011 ai danni delle AA.SS.LL. o delle Aziende Ospedaliere, termine successivamente prorogato dal cd. "decreto Balduzzi" (D.L. 158/2012) fino al 31 dicembre 2013, peraltro vietando anche l'adozione dei giudizi di ottemperanza amministrativo a carico delle medesime amministrazioni debtrici.

In data 10 maggio u.s. si è già trattato, su questa Rivista, della "Disciplina delle Regioni sottoposte a piani di rientro dal deficit finanziario", a cui pertanto si rimanda per ogni relativo approfondimento.

Con la pronuncia in commento la Corte Costituzionale, investita della questione da ben 7 ordinanze del T.A.R. Salerno e del Tribunale di Napoli, che censuravano tutte le suindicate norme in quanto introducevano disposizioni che da un lato negavano al creditore la piena soddisfazione dei propri diritti (in violazione dell'art. 24 Cost.), dall'altro ponevano la parte pubblica in una posizione d'ingiustificato privilegio, incidendo anche sulla ragionevole durata del processo (e

quindi violando l'art. 111 Cost.), ha ritenuto fondate le censure, dichiarandone di conseguenza l'incostituzionalità.

Le ragioni di tale pronuncia risiedono sul presupposto che gli interventi legislativi contestati, lungi dal ritenersi giustificati da particolari esigenze transitorie nonchè vevoli (solo) per un ristretto arco temporale, hanno al contrario finito col prevedere (anche a seguito della proroga previsto dal recente decreto Balduzzi) una situazione di prolungata "impunità" a favore delle amministrazione sanitarie rispetto ai loro obblighi di pagamento dei debiti contratti, giungendo addirittura a prevedere l'estinzione delle procedure esecutive già intraprese a loro carico e senza che, di contro, vi fosse alcuna previsione di disposizioni "di carattere sostanziale" volte a dare soddisfazione ai legittimi diritti ed interessi dei creditori di dette aziende sanitarie ed ospedaliere.

Per questo motivo la disposizione contestata vanificava gli effetti della tutela giurisdizionale già ottenuta da parte dei creditori delle AA.SS.LL., determinando una posizione d'illegittimo sbilanciamento a loro favore e senza garantire, "per altra via, che non sia quella della esecuzione giudiziale", il loro legittimo diritto di avere piena soddisfazione economica dopo aver già spesi soldi e tempo per ottenere una condanna giudiziaria.

Esecutivi i decreti ingiuntivi emessi nei confronti di aziende sanitarie anche se sottoposte ai piani di rientro dai disavanzi sanitari

✓ **Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2013, n. 5310**

✓ **Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2013, n. 5324**

Il Consiglio di Stato ha assunte due pronunce del medesimo tenore nei confronti dell'**Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza** e dell'**Azienda Sanitaria Provinciale di Crotone**, che si erano difese relativamente alla richiesta di pagamento di somme di denaro.

Due ricorrenti infatti, lamentando il mancato integrale versamento di somme dovute dalle surrichiamate AA.SS., avevano chiesto ed ottenuto dei decreti ingiuntivi, non opposti e quindi divenuti esecutivi ed in forza dei quali avevano agito in ottemperanza avanti il T.A.R. Lombardia; in entrambi i casi detto Tribunale aveva accertato come le Aziende sanitarie, entrambe calabresi, non avrebbero potuto essere oggetto di azioni esecutive in quanto appartenenti ad una regione sottoposta al piano di rientro dal disavanzo sanitario ai sensi della L. n. 220/2010, ma come tuttavia, non avendo tali amministrazioni sanitarie proceduto alla ricognizione dei debiti (obbligatoriamente prevista dalla legge), da detta mancanza doveva conseguentemente derivare l'inoperatività di tale divieto.

Il T.A.R. Lombardia pertanto aveva nominato, in entrambi i casi, quali *Commissari ad acta* i rispettivi Prefetti (di Cosenza e di Crotone), decisione a cui si erano opposte le Aziende Sanitarie con i rispettivi appelli, che tuttavia il Consiglio di Stato ha rigettato argomentando come

la sentenza della Corte Costituzionale n. 186/2013 (su questa Rivista 17 luglio 2013) abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 51° della L. n. 220/2010 – che, prorogando di anno in anno la sospensione della tutela esecutiva nei confronti delle Amministrazioni delle regioni sottoposte a piani di rientro sanitario, di fatto vanificava gli effetti della tutela giurisdizionale, così violando l'art. 111 Cost. nonché l'art. 24 in ragione della palese disparità di trattamento (fra i creditori di aziende poste nelle regioni sottoposte a detti piani di rientro, rispetto invece ai creditori di aziende sanitarie poste nelle altre regioni).

In conseguenza di ciò i procedimenti d'ottemperanza venivano confermati e, con detti, le relative nomine dei Commissari ad acta, i quali pertanto dovranno obbligare le Aziende Sanitarie, anche in una regione sottoposta al piano di rientro dal disavanzo sanitario, a pagare ugualmente i loro debiti pregressi.

REQUISITI MORALI

+ I requisiti di moralità devono essere posseduti solo dal legale rappresentante e non anche da tutti i suoi procuratori: l'ultima parola all'adunanza plenaria

- ✓ **Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2013, n. 1894**
- ✓ **Ord. Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2013, n. 1943**

L'**Azienda Unità Sanitaria Locale di Rieti** ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di sterilizzazione dello strumentario e accessori chirurgici, che veniva aggiudicata ad una società che si era avvalsa di un'impresa edile per la qualificazione di alcune categorie SOA; l'esito della gara veniva tuttavia impugnato, in forza di alcune argomentazioni fra cui il mancato rilascio, da parte di un procuratore di dell'impresa ausiliaria, della dichiarazione ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2206, sulla scorta del fatto che tale procuratore sarebbe risultato dotato di amplissimi poteri, del tutto equiparabili a quelli di un amministratore societario.

Il Consiglio di Stato (sez. sez. III), affrontando la questione sottoposta (per l'ennesima volta) alla sua attenzione, coglie l'occasione per cercare di precisare – con una chiarezza che finora (forse) non aveva mai avuto – come *“l'art. 38, comma 1, lett c) ha come destinatari esclusivamente gli amministratori”* e come *“La norma citata richiede la compresenza . della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza e non vi è alcuna possibilità di estendere l'applicabilità della disposizione a soggetto, quali i procuratori, che amministratori non sono”*; in altri termini i soggetti obbligati al rilascio della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti

di moralità sono esclusivamente quelli che non solo risultino “Legali Rappresentanti” della società stessa – qualifica che si potrebbe rinvenire anche in capo a singoli procuratori – ma che, nel contempo, godano anche del pieno potere di “amministrare” la compagine societaria, “potere” di cui certamente i semplici procuratori non godono.

Da ciò dunque ne consegue come una società che concorre alle pubbliche gare non deve in alcun caso rilasciare la dichiarazione ex art. 38 anche relativamente ai propri procuratori, limitandosi al deposito di tale dichiarazione solo ed esclusivamente relativa al proprio Amministratore/Legale Rappresentante.

La citata sentenza aggiunge poi un ulteriore importante tassello all'intricata questione relativa alle dichiarazioni ex art. 38, affermando come la dichiarazione d'assenza di pregiudizi penali rilasciata dall'Amministratore/L.R. assume pieno valore, oltre che relativamente a sé stesso, anche per quanto riguarda eventuali altri soggetti (ad esempio altri L.R., oppure i cd. “cessati” dalla carica nel precedente anno dall'indizione della gara, oppure il Direttore Tecnico) e ciò indipendentemente dall'utilizzo, in detta autocertificazione, dell'espressione “*per quanto a mia conoscenza*”.

Ciò è dovuto al fatto che la dichiarazione dell'Amministratore/L.R., laddove riferita anche a terzi soggetti, dev'essere necessariamente rilasciata ai sensi dell'art. 47 D.P.R. n. 445/2000, che si riferisce (proprio) alla facoltà di un soggetto di fare dichiarazioni su “*stati, qualità personali e fatti*” relativi a soggetti terzi, di cui Egli “*abbia diretta conoscenza*”, ragion per cui l'utilizzo – o meno – della locuzione “*per quanto a mia conoscenza*” nulla toglie (o aggiunge) al valore dell'autocertificazione del L.R. né tantomeno all'autenticità di quanto Egli si assume di dichiarare (in quanto a sua diretta conoscenza).

Ritornando al profilo della necessità della dichiarazione ex art. 38 anche da parte dei procuratori, quasi contemporaneamente alla sentenza in commento altra sezione del medesimo Consiglio di Stato ha tuttavia ritenuto, pur nella consapevolezza che la giurisprudenza maggioritaria esclude l'obbligo di dichiarazione in caso d'assenza di un potere anche “amministrativo” in capo ai procuratori, ciò nondimeno di rinviare – a dimostrazione dell'estrema rilevanza di tale problematica – l'intera questione all'Adunanza Plenaria affinché si giunga ad un definitivo approdo; non ci resta pertanto che attendere la decisione (si spera) finale sull'intricata questione.

La mancata dichiarazione ex art. 38 dei procuratori non può portare all'esclusione e ciò a prescindere dalle indagini sulla portata dei loro poteri

✓ **Cons. Stato, III, 6 maggio 2013, n. 2449**

Nel corso di una gara per la fornitura di kit infusionali dell'**Azienda ULSS n. 6 del Veneto** un concorrente ha depositato una dichiarazione ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 del proprio Legale

Rappresentante, compilando il modulo predisposto dalla stessa stazione appaltante ma, a seguito di ricorso, è stato escluso dal T.A.R. Veneto che ha ritenuto come due dei procuratori di detta concorrente – non “dichiarati” – sarebbero risultati invece dotati sia di un ruolo amministrativo che di poteri (ancorché limitati) di rappresentanza della società medesima.

Il Consiglio di Stato, pur non nascondendo un contrasto giurisprudenziale sul punto, ha tuttavia deciso di aderire alla tesi più formalistica con una motivazione tanto penetrante quanto condivisibile; detto Consiglio, infatti, è partito dal testo di legge – secondo cui sono obbligati alla dichiarazione gli “*amministratori muniti del potere di rappresentanza*” e non, quindi, anche i procuratori – per dimostrare come il Legislatore non abbia affatto richiesto un esame dei poteri assegnati a detti procuratori, dovendosi di conseguenza ancorare l’applicazione di quanto disposto dall’art. 38 “*su basi di oggettivo rigore formale*”.

In altri termini è necessario – e sufficiente – che la P.A. appaltante si rifaccia al contenuto del certificato della Camera di commercio ed alla “formale” posizione del procuratore nell’organizzazione societaria, senza dunque obbligare la medesima P.A. ad avventurarsi in “*malcerte indagini sulla portata dei poteri di rappresentanza*”, che non solo la obbligano ad un’attività complessa e difficile ma che, oltretutto, rischiano di trasmodare in arbitrio nonché tolgono certezza al diritto del concorrente di poter partecipare agli incanti.

In conclusione, pertanto, il Consiglio di Stato ha annullato l’esclusione comminata ai danni della concorrente, ritenendo che la dichiarazione del solo L.R. fosse più che sufficiente ai fini partecipativi.

In ogni caso, come noto, la questione se i procuratori debbano (o meno) rilasciare la dichiarazione ex art. 38 ai fini partecipativi è stata rimessa all’Adunanza Plenaria (ordinanza sez. V, 9 aprile 2013, n. 1943), pertanto non ci resta che attendere la decisione del supremo Consesso, nella speranza che tale decisione metta (una volta per tutta) la parola “fine” a questa annosa questione.

+ La fusione societaria obbliga ad accertare i legali rappresentanti delle società fuse e ciò a prescindere dal tipo di fusione (paritaria o per incorporazione)

✓ **Cons. Stato, sez. III, 7 giugno 2013, n. 3123**

L’AUSL di Treviso affidava il servizio di pulizia per 9 anni per un valore di 130 milioni di euro in qualità di capofila di quattro aziende sanitarie del Veneto, ma un ricorso contestava tale affidamento sul presupposto che una delle componenti dell’a.t.i. aggiudicataria si fosse fusa con altra società, senza tuttavia rilasciare alcuna dichiarazione relativa alla società “fusa”; promosso appello avverso tale sentenza, il Consiglio di Stato confermava la decisione d’annullamento dell’aggiudicazione ritenendo che la società risultante dalla fusione dovesse rispondere anche delle condotte degli amministratori delle società precedentemente fuse.

Contro la sentenza d'appello è stato promosso un giudizio di "revocazione", sostenendo che il Consiglio di Stato sarebbe incorso in errori "di fatto" tali di poter comportare l'annullamento della sentenza di 2° grado (in altro caso non impugnabile) e, tra gli errori occorsi, è stato contestato come la fusione delle due società – poi "confluite" nella mandante del raggruppamento aggiudicatario – sarebbe stata di tipo "paritario" e non per incorporazione.

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia in commento, coglie l'occasione per precisare come non vi sia alcuna differenza fra la fusione per incorporazione (una società "incorpora" un'altra società, per poi proseguire nella sua attività) rispetto a quella "paritaria" (due società si "fondono" in una nuova società, che prosegue in tutti i rapporti giuridici delle compagini sociali genitrici) in quanto, proprio in ragione della persistenza in capo alla nuova società di tutti i rapporti giuridici derivanti dalle compagini sociali che si fondono (sia per incorporazione che "paritaria"), persiste in ogni caso l'obbligo – in sede di partecipazione ad una pubblica gara – di rilasciare dichiarazione ai sensi dell'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 relativamente ai Legali Rappresentanti amministratori di tutte le società "fuse", in caso contrario configurandosi una legittima causa d'esclusione dalla procedura (come nel caso di specie).

La fine del "falso innocuo": le autodichiarazioni devono risultare corrette e complete, a nulla rilevando l'eventuale non rilevanza del fatto non dichiarato

✓ Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2013, n. 3328

L'**Azienda Ospedaliera Careggi** ha esclusa da una procedura di gara un operatore economico che, in sede di autocertificazione, aveva dichiarato l'assenza di sentenze di condanne passate in giudicate per reati che incidono sulla sua moralità professionale, mentre poi, in sede di verifica, era risultata l'esistenza di una condanna per falsa dichiarazione. Si difendeva l'escluso sostenendo che si sarebbe trattato di un reato che nulla aveva a che fare con la prestazione dedotta in gara e come non incidesse affatto sulla sua affidabilità professionale, ragion per cui aveva ritenuto di poterne omettere la relativa dichiarazione.

Il T.A.R. Toscana ha invece convalidato l'esclusione, provvedimento risultato poi confermato anche dal Consiglio di Stato, secondo cui il semplice accertamento che il contenuto di un'autodichiarazione depositata in gara non corrisponda poi al vero risulta già di per sé un legittimo motivo d'esclusione, a cui s'aggiunge poi come, nel caso di condanne con sentenze passate in giudicato, l'eventuale "incidenza" di dette condanne sulla moralità ed affidabilità del concorrente dev'essere valutata dalla medesima P.A. che indice la gara e non, certamente, dal partecipante "condannato".

Tale decisione si richiama a quella più importante depositata solo qualche giorno fa (11 giu-

gno 2013, n. 3214) dal medesimo Consiglio di Stato e che ha definitivamente escluso la cd. teoria del “falso innocuo”, che troverebbe applicazione in tutti quei casi in cui *“il falso . non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati”*; nelle gare d'appalto, diversamente, la completezza ed autenticità delle dichiarazioni che i concorrenti rilasciano ai fini partecipativi rappresentano, già di per sé, un valore da perseguire, ragion per cui una dichiarazione incompleta e/o non veritiera configura a tutti gli effetti un “falso”, che non può essere innocuo, ma necessariamente “colpevole”.

Ancora sul “falso innocuo”, ovvero quando la mancata dichiarazione di condanne subite non comporta l'esclusione

✓ **Ord. Cons. Stato, sez. III, 19 luglio 2013, n. 2803**

L'Antica Scuola dei Battuti di Venezia (casa di riposo) indice una gara per l'**affidamento di servizi vari alla persona** e richiede a tutti i concorrenti di dichiarare, nella domanda di partecipazione, non solo che nei loro confronti non sono mai state assunte condanne definitive per reati gravi in danno allo Stato o alla Comunità, ma anche di riportare *“tutte le condanne penali riportate, comprese quelle per le quali si abbia beneficiato della non menzione”*.

Una società viene esclusa in quanto il suo Direttore tecnico non ha annotato nella propria dichiarazione un decreto penale di condanna risalente all'anno 2000 (ammenda di 2.000 €), detta società propone allora ricorso ma il T.A.R. Veneto conferma il provvedimento esclusorio, di talchè si decide ad interporre appello ed il Consiglio di Stato, ancorchè in sede cautelare, sospende la comminata esclusione ritenendo che le condanne penali non dichiarate *“potrebbero non sembrare gravi in relazione all'affidabilità della concorrente nella gara de qua”*.

L'ordinanza in commento merito nota in quanto esattamente un mese fa (18/6 u.s.) lo stesso Giudice estensore sembrava aver conclamato, con una bella sentenza (n. 3328/2013, commentata in questa Rivista 25/6 u.s.) la fine del cd. “falso innocuo”, sostenendo che il mero accertamento di una falsa dichiarazione in gara risulta già di per sé un legittimo motivo d'esclusione, in quanto incrina il principio dell'affidamento relativo alla veridicità delle autocertificazioni, pronuncia quasi coeva ad altra (Cons. Stato, sez. III, 11 giugno 2013, n. 3214) e sempre del medesimo tenore.

Probabilmente troppo in fretta si è fatto il funerale ad un istituto introdotto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato proprio al fine di mitigare la rigidità della norma (art. 38), che commina l'esclusione dalle gare senza lasciare alcuna discrezionalità alla P.A. nel caso di mancate dichiarazioni relative a condanne per reati “bagatellari”.

Attendiamo dunque la pronuncia definitiva, certi ancora una volta che i Supremi Giudici sapranno indicarci la più corretta interpretazione da adottare tra la posizione cd. “formalistica” e quella più propriamente “sostanzialistica”.

+ La dichiarazione ex art. 38 può essere rilasciata anche in nome e per conto di soggetti diversi dal dichiarante purché nominativamente indicati

✓ Cons. Stato, sez. III, 1° luglio 2013, n. 3544

Ennesimo opportuno chiarimento nella travagliata vicenda delle autocertificazioni ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2003; l’A.S.L. Taranto ha indetto una gara per l’affidamento in service della gestione di un laboratorio di emodinamica ed elettrofisiologia, una società ne ha impugnato la graduatoria finale ma il T.A.R. Lecce ha accolto il ricorso incidentale volto ad ottenerne l’esclusione in quanto la dichiarazione sostitutiva ex art. 38 del suo Legale Rappresentante, rilasciata anche in nome e per conto degli altri Legali rappresentanti (ma senza la loro espressa indicazione nominativa) non era da ritenersi per ciò stesso valida.

Appellata la sentenza, il Consiglio di Stato ne ha invece confermato appieno le conclusioni argomentando come l’art. 38, lett. c) abbia la chiara finalità di attuare un controllo “effettivo” sull’idoneità morale dei concorrenti, con espresso riferimento a tutti quei soggetti che legalmente li possono rappresentare, consentendo altresì la facoltà, anche ad un solo soggetto, di rilasciare una dichiarazione relativa anche a tutti gli altri legali rappresentanti. Tuttavia, affinché ciò sia corretto, vi dev’essere l’espressa indicazione nominativa dei soggetti per cui il dichiarante rilascia la dichiarazione d’assenza di cause d’esclusione, con ciò significando che la mancata indicazione nominativa di detti soggetti implica la mancata assunzione di responsabilità in caso di non veridicità di tale dichiarazione, rendendo quindi non valida la stessa autocertificazione.

In conclusione, quindi, la dichiarazione sostitutiva d’atto di notorietà relativa anche agli altri LL.RR. risulta valida ed ammissibile se – e solo se – riporta nominativamente i soggetti per i quali la medesima è rilasciata, in caso contrario nulla valendo ai fini partecipativi.

+ La mera pendenza di un’indagine penale a carico del legale rappresentante legittima la revoca dell’aggiudicazione disposta a favore di una società

✓ T.A.R. Napoli, sez. I, 10 settembre 2013, n. 4214

✓ T.A.R. Milano, Ord. 27 luglio 2013, n. 1982 di rinvio Corte Giustizia UE

Innovativa sentenza del T.A.R. partenopeo, che ha ritenuta legittima la revoca disposta dall'**A.S.L. Napoli 1** relativamente all'aggiudicazione (ancorchè provvisoria) di una gara assunta ai danni di una società il cui Legale Rappresentante era risultato sottoposto ad indagini penali per fatti gravi e di cui la P.A. appaltante era venuta a conoscenza solo in data successiva all'aggiudicazione.

Come noto l'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 prescrive il possesso dei requisiti cd. "di moralità" necessari per partecipare ad una pubblica gara – nonché per risultarne aggiudicatari ed affidatari del successivo contratto – ma non prevede affatto, quale causa d'esclusione, l'essere sottoposti ad indagini e neppure l'aver ricevuto un "avviso di garanzia", in quanto è possibile procedere all'esclusione e/o alla non-aggiudicazione solo nei confronti di coloro che risultano sottoposti a misure di prevenzione antimafia (lett. B), oppure che hanno riportato condanne con sentenze che tuttavia devono essere definitive ("*passate in giudicato*"), oltretutto non relative a qualsiasi tipo di reato ma solo per quei reati "*gravi*" commessi "*in danno dello Stato e della Comunità*" e che, altresì, "*incidono sulla moralità professionale*" del concorrente (lett. C).

Nel caso in questione, diversamente, l'ASL Napoli 1 ha ritenuto di non poter procedere all'aggiudicazione definitiva di una gara e ciò in conseguenza del venir meno di quel rapporto fiduciario che, necessariamente, deve connotare ogni rapporto contrattuale (a maggior ragione quelli di rilievo pubblicistico).

La sentenza in commento risulta molto interessante in quanto prende una posizione "netta" relativamente alla suddetta questione, che già si era posta e che era stata affrontata e risolta nei medesimi termini (T.A.R. Piemonte, 5 aprile 2013, n. 425 e T.A.R. Palermo, 14 maggio 2012, n. 975) ma che, tuttavia, non poche perplessità aveva sollevato tanto è vero che il T.A.R. Milano, con l'ordinanza 27 luglio 2013, n. 1982 (in un caso praticamente identico a quello oggetto della pronuncia in commento) aveva ritenuto di sospendere il giudizio in attesa che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea rispondesse al seguente quesito:

È da intendersi conforme al diritto comunitario che una P.A. decida di non procedere ad un'aggiudicazione sulla mera base della pendenza di un'indagine penale nei confronti del legale rappresentante della società provvisoriamente aggiudicataria?

Il T.A.R. Napoli diversamente ha deciso di non attendere la risposta della Corte di Giustizia ed ha quindi ritenuto legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in danno alla società il cui legale rappresentante risulta indagato, ciò in ossequio all'art. 21-quinquies della L. n. 241/90 in combinato disposto con l'art. 97 della Costituzione, ai cui principi – secondo i giudici napoletani – l'azione della P.A. deve sempre ispirarsi.

REQUISITI PARTECIPATIVI

+ **Requisiti aggiuntivi: violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità nella determinazione di requisiti aggiuntivi richiesti ai fini partecipativi**

✓ **T.A.R. Campania, sez. I, 6 febbraio 2013, n. 750**

Si segnala la sentenza del Tar Campania che ha dichiarato l'illegittimità della clausola del capitolato speciale d'appalto per la fornitura di dispositivi medici per procedure chirurgiche in quanto limitava la partecipazione alle sole imprese in grado di fornire almeno 16 dei 18 lotti (protocolli) in gara, oltre che il 100% dei prodotti indicati in ciascuno di detti protocolli; secondo il T.A.R., infatti, la disciplina speciale ben può richiedere requisiti di partecipazione più rigorosi e restrittivi rispetto a quelli stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza rispetto all'oggetto dell'appalto e, comunque, non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura di gara. In questo caso, invece, la clausola apposta dall'Amministrazione Sanitaria risultava illegittima in quanto, considerata da un lato l'"eterogeneità merceologica" dei dispositivi medici contenuti nei singoli lotti, dall'altro l'obbligo imposto di dover fornire "tutti" i prodotti contenuti in ogni singolo lotto, detta clausola così formulata non poteva che limitare l'accesso alle sole poche aziende del settore in grado di commercializzare contestualmente quasi tutta l'ampia rosa dei dispositivi medici richiesti in gara.

+ **Requisiti: si acquisiscono solo a seguito d'affidamento di pubbliche gare o anche per la sottoscrizione di contratti scritti?**

✓ **Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2013, n. 1494**

È stato contestato l'affidamento del servizio di trasporto utenti diversamente abili da parte dell'**ASL di Taranto**, che aveva aggiudicato la gara ad una società che aveva dimostrato di aver acquisito la pregressa esperienza richiesta in gara – sia in termini di requisiti economici che tecnici – a seguito di una fornitura conseguita, tuttavia, non all'esito di una pubblica gara e neppure regolamentata da un contratto scritto. Per questo motivo la società seconda classificata ha impugnato tale aggiudicazione, sostenendo che la mera prestazione "di fatto" di un'attività non potesse rappresentare un titolo idoneo ad acquisire un'esperienza valida ed un fatturato idoneo a comprovare il requisito economico o tecnico richiesto. Il Consiglio di Stato, al contrario, ha aderito alla tesi sostanzialistica stabilendo come l'assenza di un contratto – e/o di un precedente esperimento di gara – non incida in alcun modo sulla costituzione del requisito economico e/o tecnico, la cui acquisizione quindi dev'essere valutata "in concreto", con esplicito riferimento al dato oggettivo dell'effettiva esecu-

zione del servizio e non in ragione del titolo formale (il contratto) o della modalità (gara) tramite cui si è giunti all'affidamento (ed alla conseguente esecuzione) di detto servizio o fornitura.

+ **Requisiti tecnici: il possesso di determinati particolarissimi requisiti tecnici non può essere valutato illegittimo a prescindere dalla natura del servizio posto in gara**

✓ **Cons. Stato, sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802**

Veniva messo in gara il **servizio di ossigenoterapia domiciliare per gli assistiti dell'ASL 3 Genovese**, con la particolare richiesta che la società affidataria si dovesse impegnare ad assistere i pazienti non solo su tutto il territorio nazionale ma anche all'estero, nell'ambito della Comunità Europea, attraverso la propria struttura (diretta e/o convenzionata) e con l'obbligo altresì, in sede di partecipazione alla gara, di allegare anche l'Elenco di tutte le filiali e/o i centri operativi ai quali gli aventi diritti avevano la possibilità di appoggiarsi. Si aggiudicava detta gara una società che tuttavia non aveva depositato detto elenco in maniera completa ed esaustiva, ragion per cui la seconda classificata faceva ricorso, a cui replicava l'aggiudicataria sostenendo come il possesso di filiali e/o centri operativi all'estero non fosse un requisito essenziale e che, come tale, non potesse essere richiesto a pena d'esclusione.

Il Consiglio di Stato, intervenuto sul punto, con una motivazione molto puntuale "nel merito" parte dal presupposto che l'ossigenoterapia domiciliare è un trattamento che consente di compensare le insufficienze respiratorie acute o croniche attraverso la somministrazione di ossigeno medicinale direttamente a domicilio del paziente e che, pertanto, detto tipo di servizio costituisce una terapia "insostituibile", che non può essere sospesa per alcun motivo; proprio in ragione di tale specifica natura, quindi, la mancanza di centri di appoggio all'estero deve considerarsi un requisito assolutamente essenziale e come pertanto le condizioni tecniche richieste in gara (Elenco di filiali e/o centri operativi nella Comunità Europea) è da intendersi quale condizione minima ai fini partecipativi, la cui carenza non poteva che comportare conseguentemente la corretta non ammissione alla procedura de qua.

+ **Passaggio personale: la clausola che obbliga il passaggio dal vecchio al nuovo appaltatore può essere non rispettata se è proposto un progetto tecnologicamente più avanzato**

✓ **Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2013, n. 2533**

L'Azienda Unità Sanitaria Locale di Ravenna ha indetto una procedura per l'affidamento trien-

nale del servizio di Call center per le prenotazioni telefoniche di prestazioni specialistiche ambulatoriali, in precedenza affidate ad una cooperativa sociale e, per questa ragione, il disciplinare di gara disponeva l'obbligo, in capo al futuro aggiudicatario, di dover "assumere" tutto il personale attualmente svolgente il servizio, in ossequio a quanto prevede l'art. 37 C.C.N.L. delle cooperative sociali. Si aggiudicava detta gara una concorrente la cui offerta prevedeva l'utilizzo di nuove tecnologie informatiche che rendevano non più necessario tutto il personale che attualmente svolgeva tale attività, ma, per questo motivo, veniva impugnata l'aggiudicazione, in quanto sosteneva la ricorrente che l'offerta tecnica dell'aggiudicatario non soddisfaceva appieno le prescrizioni della *lex specialis*.

Il Consiglio di Stato, chiamato a valutare la correttezza della sentenza di 1° grado, ha avuto modo di precisare come l'esigenza di mantenimento dei livelli occupazionali – causa dell'introduzione, nel disciplinare di gara, della clausola cd. "sociale" – non può tuttavia impedire all'imprenditore di organizzare la propria attività con le modalità che ritiene più efficienti, ragion per cui l'evoluzione tecnologica, che ha motivato l'offerente (poi risultato aggiudicatario) ad offrire un software che "riduce" la necessità di alcuni operatori del call center, non può essere di certo rifiutato al solo fine di rispettare la clausola sociale. In altre parole l'obbligo di assunzione del personale in precedenza addetto al servizio dev'essere rispettato solo nell'ipotesi in cui l'offerta tecnica proposta in gara preveda le stesse modalità di gestione attuali del servizio mentre, nel caso in cui venga proposta una modalità organizzativa differente, tale obbligo di mantenimento occupazionale non può che venir meno.

Commistione tra requisiti partecipativi e criteri valutativi: il divieto si affievolisce negli appalti di servizi

✓ Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2013, n. 2282

Il Comune di La Spezia, capofila del Distretto Socio-Sanitario 18, indiceva una gara per l'affidamento quinquennale del **servizio di assistenza domiciliare**, per un importo di oltre 8 milioni di euro, scegliendo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui 70 punti alla qualità e 30 al prezzo e, relativamente al profilo tecnico, assegnando 30 punti al sottorequisito della capacità organizzativa. L'esito della gara veniva tuttavia impugnato e la relativa sentenza del T.A.R. Liguria a sua volta gravata e, fra i molteplici profili di appello, era contestata la commistione fra i criteri di qualificazione degli offerenti e quelli di valutazione delle offerte, in quanto si riteneva che assegnare 30 punti (su 100 complessivi) alla cd. "Capacità organizzativa" significava di fatto riconoscere un rilevante punteggio ad un profilo squisitamente soggettivo del concorrente e non invece, come si dovrebbe, valutare il reale contenuto dell'offerta relativamente a quella specifica gara.

A tale riguardo il Consiglio di Stato ha invece avuto modo di precisare che negli appalti di servizi il “profilo territoriale” risulta molto spesso di grande rilevanza e come, di conseguenza, le modalità organizzative dell’impresa “coincidano” molto spesso con la stessa offerta tecnica relativa all’adempimento di detto servizio; in altri termini il numero degli operatori, le dotazioni strumentali, i profili professionali non rappresentano (solo) elementi di qualificazione dell’impresa ma (anche) indici d’affidabilità e serietà dell’offerta medesima e come, quindi, sia assolutamente corretto e legittimo che una disciplina speciale di gara, al fine di individuare il miglior offerente per l’adempimento di un servizio – peraltro dislocato territorialmente in maniera molto vasto (come nel caso in questione l’assistenza domiciliare in tutto il Distretto Sanitario 18) – venga assegnato un (significativo) punteggio qualitativo a profili tecnico-organizzativi dei concorrenti che, per forza di cose, rappresentano anche concreti “elementi” di valutazione ai fini dell’effettiva sostenibilità della stessa proposta di gara.

Servizi analoghi: quali sono quelli utilizzabili per la dimostrazione dei requisiti economici

✓ **Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437**

È stata indetta una gara per l’affidamento della gestione del sistema informatizzato per i servizi CUP dell’**A.S.L. della Provincia di Taranto** e, nel corso della procedura, è stata sollevata una contestazione relativa alla dimostrazione del fatturato pregresso di servizi analoghi prestati nel precedente triennio; in particolare è stata posta la questione di quali servizi possano correttamente ritenersi “analoghi” a quelli oggetto della gara.

Giunta la vicenda fino al Consiglio di Stato, il supremo giudice amministrativo coglie l’occasione per precisare come l’esperienza pregressa serva, alla P.A. appaltante, per accertare l’attitudine specifica del concorrente a realizzare le prestazioni dedotte in gara e come, conseguentemente, le esperienze precedentemente maturate rappresentino indici significativi a dimostrazione della capacità dell’impresa ad eseguire le prestazioni oggetto dell’appalto.

Per questo motivo deve pertanto trattarsi di attività *“sufficientemente simili, almeno negli aspetti essenziali e caratterizzanti, l’esigenza che la stazione appaltante intende soddisfare con la gara”*.

In altri termini per essere “analoghi” i servizi non devono risultare “identici” ma attestare come l’operatore economico sia risultato in grado di affrontare particolari problematiche tecniche che richiedono un certo tipo di competenze specialistiche che quindi, nel caso specifico, erano rappresentate non da generiche esperienze informatiche bensì da attività espletate a favore di

amministrazioni sanitarie e da cui evincersi il possesso di cognizioni di informatica applicata alle esigenze delle medesime amministrazioni sanitarie.

+ Nelle gare di ossigenoterapia necessita ai fini partecipativi la marcatura CE dell'impianto

✓ Ord. T.A.R. Veneto, sez. I, 28 ottobre 2013, n. 531

Sebbene solo in sede cautelare il T.A.R. Veneto ha tuttavia sentenziato come, in una gara per la somministrazione d'ossigeno e gas medicali, risulti assolutamente obbligatorio il possesso della certificazione di marcatura CE per l'azoto liquido – da utilizzare per la finalità di criopreservazione e crioterapia – in capo a tutti i concorrenti, di talchè è stata ritenuta legittima la richiesta d'esclusione di una società partecipante che risultava priva di detta certificazione ex D.Lgs. n. 46/97.

+ I requisiti nelle maxigare multilotti devono comunque essere proporzionati

✓ T.A.R. Roma, III-quater, 13 novembre 2013, n. 9697

La regione Lazio indice una gara centralizzata per l'affidamento del **servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto per tutte le Aziende Sanitarie regionali**, suddivisa in 10 lotti e del valore complessivo di 266.512.000,00 e la lex specalis di gara prevede che, in caso di partecipazione a più lotti, il requisito della capacità economico-finanziaria (previsto nell'1,5 del fatturato globale e dello 0,7 di quello specifico relativamente ad ogni lotto), sia comunque rappresentato dalla sommatoria del valore per ciascuno dei lotti ai quali si partecipa.

La precedente affidataria del servizio impugna dette richieste ritenendo impossibile, visto l'importo complessivo della gara, partecipare a tutti i lotti ma il T.A.R. Lazio, investito della questione, rigetta il ricorso affermando che, se effettivamente la gara multi-lotti rappresenta in realtà una molteplicità di gare (tante quanti sono i lotti), è tuttavia altrettanto vero che, in quanto detti lotti sono tutti affidabili contemporaneamente, l'eventuale aggiudicataria "unica" dovrà gestire contemporaneamente tutti i servizi dedotti in gara e come pertanto può risultare assolutamente legittimo pretendere che tale affidataria possieda dei requisiti economico-finanziari corrispondenti al valore complessivo dei lotti che si è aggiudicata.

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

+ Mancata indizione gara: in quanto danno alla concorrenza provoca sempre un danno erariale

✓ Corte Conti Campania, 31 gennaio 2013, n. 141

La sezione giurisdizionale della Corte dei Conti della Campania è stata chiamata a decidere se l'affidamento di un servizio di vigilanza senza esperimento di gara abbia rappresentato NON solo una violazione alle norme e principi in materia di procedure concorsuali d'appalto (di cui si occupa il giudice amministrativo), quanto piuttosto come la mancata indizione di una gara abbia causato un danno economico all'Amministrazione che, come tale, deve essere risarcito da chi ha commesso il fatto.

Come noto la *"responsabilità amministrativa"* si sostanzia in un danno di natura patrimoniale arrecato ad una P.A. per condotta dolosa o colposa di un soggetto che risulti in "rapporto di servizio" con la medesima P.A. che ha subito il danno; risulta poi altresì noto come l'acquisizione di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni sia disciplinato da norme di contabilità nonché da direttive comunitarie che individuano in modo analitico la procedura da seguire quando l'ente intende procurarsi all'esterno un'utilità di cui non dispone internamente.

Così l'"impegno contabile", registrato in un apposito capitolo di bilancio, unitamente all'attestazione di copertura finanziaria, costituiscono le condizioni essenziali per poter procedere ad una spesa in quanto, relativamente alla "scelta" del soggetto da cui procurarsi l'utilità di cui la P.A. non dispone, l'ordinamento comunitario e nazionale fissano delle modalità procedurali volte a garantire da un lato l'economicità dell'azione amministrativa, dall'altro la massima concorrenza, legalità, trasparenza ecc.; in questo modo, quindi, si può dire che le gare d'appalto tutelino tanto la concorrenza quanto l'economicità, l'efficacia e l'efficienza dell'agire pubblico.

Per questo motivo la mancanza d'indizione di una pubblica gara non solo fa venir meno il "confronto" fra i diversi offerenti – non riuscendo quindi a "strappare" al mercato il prezzo più conveniente – ma, dal momento che solitamente riguarda l'acquisizione di un bene e/o servizio non preventivamente programmato, rappresenta anche una voce "fuori bilancio" e, quindi, una violazione delle norme di contabilità pubblica; per tutti i suesposti motivi, quindi, la Corte dei Conti dispone la condanna dell'Amministrazione che, non avendo indetto una pubblica gara, provoca un danno alla concorrenza che comporta sempre un maggior costo per l'Amministrazione procedente.

+ Quando una P.A. è obbligata a risarcire il danno per illegittima esclusione da un concorso pubblico

✓ **Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452**

L'**Azienda Ospedaliera di Cosenza** è stata condannata per aver illegittimamente escluso un concorrente da un concorso pubblico per un posto d'assistente di odontostomatologia e, con l'occasione, il Consiglio di Stato ha fatto una breve ricognizione di quali sono gli elementi necessari e sufficienti perché una P.A. possa essere condannata a riconoscere i danni.

Precisano infatti i Giudici che non solo è necessario rinvenire un atto e/o un comportamento assunto dall'Amministrazione in violazione di legge e/o, più in generale, delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, ma che a ciò occorre necessariamente aggiungersi come detta violazione debba risultare "grave" e che, infine, sia riscontrabile una "negligenza" o "imperizia" nell'organo amministrativo che ha posto in essere l'atto e/o il comportamento illegittimo e lesivo.

È dunque partendo da questi presupposti che è stata condannata l'Azienda Ospedaliera in quanto avrebbe escluso dal concorso un partecipante, il quale effettivamente non aveva depositato il proprio certificato d'iscrizione all'albo dei medici, documento che tuttavia non era stato richiesto ai fini partecipativi e, se da un lato risulta evidente come non si possa partecipare ad un concorso per assistente in odontostomatologia ... senza essere medici, dall'altro è altrettanto evidente come sia stata la stessa amministrazione sanitaria che, in sede di concorso, non ha obbligatoriamente richiesto il deposito di tale certificato, ragion per cui la sua imperizia non può "ricadere" sul soggetto il quale, essendo stato escluso per non aver depositato un documento non richiesto, dev'essere per questo motivo risarcito.

+ Ha diritto al risarcimento la concorrente a cui non è stata data tempestiva comunicazione della proroga del termine per il deposito delle offerte

✓ **Consiglio Stato, sez. III, 22 maggio 2013, n. 2787**

Il Consiglio di Stato è stato chiamato a decidere in merito al diritto al risarcimento del danno a favore di una concorrente ad una gara indetta dall'**Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" di Reggio Calabria**, in quanto detta A.O. non avrebbe comunicato all'appellante che era stata concessa una proroga del termine per il deposito delle offerte e sul presupposto che, secondo detta appellante, se avesse avuto più tempo per redigere la propria offerta, si sarebbero con ogni probabilità aggiudicata la procedura di gara. Ciò detto, quindi, si ritiene che l'accertata mancata comunicazione del termine di proroga (circostanza non contestata) rappresenti "di per sé" un legittimo motivo per riconoscere il diritto risarcitorio alla concorrente non aggiudicataria.

Il Consiglio di Stato, seppure riconosca l'illegittimità del comportamento dell'Azienda Ospedaliera, tuttavia nega tale risarcimento; secondo i Giudici amministrativi, infatti, non vi sarebbe alcuna connessione logico-giuridica fra la (pur riscontrata) mancata comunicazione di proroga della gara e la probabile aggiudicazione della stessa agli appellanti, a meno di non voler riconoscere un "automatismo risarcitorio", ovvero l'esistenza di un danno "in sé" a favore di detti concorrenti, automatismo che al contrario non esiste in termini risarcitori in quanto, ai fini di ottenere un legittimo risarcimento, risulta assolutamente necessario produrre la prova che, nel caso in questione, sarebbe stata rappresentata dalla dimostrazione della concreta ed effettiva possibilità che detti appellanti che si sarebbero indubbiamente aggiudicati la procedura di gara (prova che al contrario non risulta depositata in giudizio).

+ La condanna al risarcimento danni può essere recuperata trattenendo una somma periodica dal contratto d'appalto rimasto in essere

✓ **Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437**

In materia di risarcimento del danno nel corso di procedure ad evidenza pubblica, il profilo di responsabilità in capo alla Stazione appaltante non si configura né come contrattuale ma neppure come (pre)contrattuale, connotandosi al contrario come un particolare caso di responsabilità "oggettiva" ed imputabile all'Amministrazione per violazione dei principi posti a tutela della concorrenza, che connotano le pubbliche gare d'appalto.

Se tuttavia la P.A. appaltante è caduta in errore, oltre che per propria negligenza, anche in forza di comportamenti di un concorrente, questi può essere chiamato a risponderne, in tutto oppure in concorso con la medesima P.A., la quale ha tuttavia titolo per agire – in via di regresso – contro società responsabile (in termini Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115).

La particolarità della sentenza in commento risiede tuttavia nel fatto che, per la prima volta (da quanto consta a chi scrive) il Giudice "suggerisce" all'Amministrazione lo strumento tramite cui recuperare la somma di cui è stata condannata; trattandosi infatti di un contratto già ampiamente eseguito (e di cui quindi non risulterebbe conveniente la dichiarazione d'inefficacia), il Giudice propone allora all'**A.S.L. di Taranto** di mantenere l'appalto in essere ma d'imporre a carico dell'affidataria (responsabile del vizio per cui la procedura dovrebbe essere annullata) una riduzione dell'importo contrattuale tale da consentire alla P.A. appaltante, entro la conclusione del rapporto convenzionale, di recuperare l'intera somma (850.000 € circa) a cui è stata condannata a risarcire la concorrente illegittimamente non aggiudicataria della gara in oggetto.

SPECIFICHE TECNICHE

+ Specifiche tecniche: rivoluzionaria sentenza del T.A.R. Lecce

✓ T.A.R. Lecce, sez. II, 15 febbraio 2013, n. 337

Tutto coloro che si occupano di appalti sanno perfettamente che l'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006 è quello delegato alle cd. "specifiche tecniche", ovvero alle modalità di determinazione e descrizione dell'oggetto delle procedure e che, in vista della sua applicazione, deve sempre ricordarsi da un lato il rispetto del cd. "principio dell'equivalenza" – secondo cui, in caso di prodotti o servizi non conformi alle specifiche indicate, è comunque possibile per il concorrente dimostrare che le soluzioni da lui offerte corrispondano in maniera equivalente alle richieste di gara (commi 5, 6 e 7) – dall'altro il "divieto d'indicazione di marche" ovvero l'impossibilità di menzionare specifiche tipologie di prodotti, modelli, brevetti ecc. (comma 13), con l'eccezione che, se ciò deve necessariamente accadere, è allora obbligatorio l'inserimento della locuzione "*o equivalente*" successiva all'indicazione della marca o modello riportati.

La natura eterointegrativa di quest'ultima disposizione – ovvero la sua automatica applicabilità ad ogni procedura, a prescindere dal suo corretto inserimento nella disciplina di gara specifica – è stato ribadito molte volte dalla giurisprudenza nonché, da ultimo, confermata anche dall'Autorità di Vigilanza (parere 27 settembre 2012, n. 151), secondo cui la frase "*o equivalente*" deve trovare automatica applicazione in ogni *lex specialis* in cui l'indicazione della provenienza di un prodotto o un procedimento particolare renderebbe illegittima la gara se non si prevedesse l'inserimento automatico di detta espressione, che mira a salvaguardare il rispetto del principio di massima concorrenzialità alle pubbliche gare.

Con la sentenza 15 febbraio 2013, n. 337 il T.A.R. Lecce, sez. II per la prima volta (da quanto consta a chi scrive) dichiara il carattere di eterointegratività anche dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 68 del Codice appalti prevedendo che i concorrenti possano – in ogni caso – anche quando la *lex specialis* non lo dispone espressamente, dimostrare come la loro offerta risulti equivalente a quella richiesta in gara, ovvero, in altri termini, divieta l'esclusione per tutti quei prodotti che non sono perfettamente conformi alle specifiche tecniche di gara.

Il caso in oggetto riguardava una fornitura triennale di dispositivi medici, che l'ASL aveva descritto con estrema precisione, gara a cui tuttavia aveva partecipato – aggiudicandosela – un concorrente i cui prodotti non soddisfaceva appieno le specifiche indicate in gara ma che, con copiosa e circostanziata documentazione scientifica, la concorrente aveva dimostrato essere perfettamente "equivalenti" a quelli descritti in capitolato. Il T.A.R. pugliese è partito dal presupposto che occorre in primo luogo individuare l'obiettivo destinazione funzionale del prodotto

dedotto in gara, da cui successivamente far discendere la valutazione se i prodotti offerti – e non corrispondenti alle specifiche tecniche indicate in gara – siano comunque in grado di soddisfare lo scopo per cui devono essere acquistati (tramite prova comunque da allegarsi fin dalla fase iniziale di partecipazione alla procedura). Ciò in ossequio al principio che permea la direttiva comunitaria 2004/18/CE (da cui deriva lo stesso art. 68), il cui scopo primario è quello della “effettiva e piena concorrenza” nonché della massima partecipazione possibile agli incanti, ragion per cui la possibilità di dimostrare l’equivalenza di un prodotto a quello richiesto in gara è da intendersi principio di natura eterointegrativa, tale pertanto da trovare valida applicazione in tutte le gare (e ciò a prescindere dal suo esplicito richiamo).

Da quanto sopra esposto può quindi trarsi la conclusione che ogni concorrente, qualora intenda partecipare ad una gara ma rinvenga, nella *lex specialis*, delle specifiche tecniche non perfettamente corrispondenti ai requisiti tecnici del proprio prodotto, se tuttavia ritiene che detto suo prodotto sia in grado di soddisfare la “destinazione funzionale” di quanto richiesto in gara, anziché procedere all’impugnazione (peraltro preventiva) delle specifiche tecniche (con la necessità di dimostrarne *ex ante* la limitatezza alla piena concorsualità), è preferibile che partecipi alla gara allegando la documentazione a suffragio dell’effettiva “equivalenza” del prodotto offerto rispetto a quello richiesto e lasciando, in tal modo, alla P.A. l’onere di motivarne invece la “non equivalenza”.

Il principio di equivalenza non si applica alle specifiche tecniche

✓ T.A.R. Milano, sez. IV, Ord. 23 maggio 2013, n. 560

Interessante pronuncia cautelare del T.A.R. meneghino che, in una controversia relativa alla **fornitura di pompe peristaltiche per nutrizione enterale per l’A.S.L. di Como** il cui Capitolato di gara richiedeva, quale “elemento essenziale” della fornitura, un peso di dette apparecchiature inferiore ai 400 grammi, ha accolto il ricorso che mirava all’esclusione dell’aggiudicataria offerente una pompa di peso superiore ai 400 gr. nonché, contestualmente, ha rigettato il ricorso incidentale della medesima aggiudicataria, che aveva al contrario sostenuto come la richiesta di un’apparecchiatura di peso così “preciso” non fosse restrittiva della massima concorrenza e non violasse il principio di “equivalenza” (che mira a consentire la partecipazione alle gare a tutti i concorrenti in grado di formulare offerte equivalenti a quelle richieste in *lex specialis*).

Il T.A.R. Milano al contrario ha precisato come il principio di “equivalenza” nulla abbia a che vedere con l’indicazione di specifiche tecniche precise e dettagliate, in quanto l’invocato principio concerne la possibilità per un partecipante di offrire un prodotto di un marchio piuttosto che di un altro mentre, nel caso in questione, l’A.S.L. di Como aveva motivato la propria richiesta di pompe di peso inferiore ai 400 grammi in ragione dell’esigenza di poterle facilmente

trasportare presso i pazienti, motivazione assolutamente congrua e legittima e tale quindi da motivare correttamente il rigetto della contestazione relativa all'irrazionalità della richiesta di un peso delle pompe così preciso e determinato

+ **La specifica tecnica, non rispettata ma relativa ad una prestazione accessoria, non può automaticamente comportare l'esclusione**

✓ **Cons. Stato, sez. III, Ord. 18 giugno 2013, n. 2266**

Il 19.6 u.s., su questo sito, è stata commentata l'ordinanza del T.A.R. Milano 23 maggio 2013 n. 560 che annullava l'aggiudicazione di una società le cui **pompe peristaltiche per nutrizione enterale** erano di peso superiore ai 400 grammi richiesti dalla lex specialis di gara, specifica che il T.A.R. periferico aveva ritenuto legittima in quanto motivata dall'esigenza dell'**A.S.L. di Como** di poter facilmente trasportare dette apparecchiature presso i pazienti.

L'aggiudicatario revocato ha promosso appello avanti il Consiglio di Stato, che ha ribaltato la decisione del T.A.R. milanese precisando come, nel caso in questione, le apparecchiature offerte non rappresentassero il vero e proprio oggetto della gara – che, in realtà, mirava alla fornitura di prodotti e presidi per la nutrizione enterale – ma che anzi ne costituiva una prestazione meramente accessoria, oltretutto offerte a titolo completamente gratuito; a ciò si aggiunga poi come il peso massimo previsto per le pompe (400 gr.) non risultava riportato se “con” o “senza batteria”, tenuto conto altresì che le apparecchiature dell'aggiudicatario revocato era funzionanti anche con l'alimentazione a rete (e, nel qual caso, il loro peso era inferiore ai 400 grammi).

Ciò posto, secondo il Consiglio di Stato non si può escludere in via automatica una concorrente la cui offerta “principale” risulti correttamente formulata, solo perchè la prestazione “complementare” non soddisfi, in entrambe le “versioni” (a batteria oppure ad alimentazione) la specifica tecnica richiesta (peso inferiore a 400 gr.), anche se poi detta richiesta sia in effetti correttamente motivata (facilità di trasporto).

+ **Il difficile rapporto fra specifiche tecniche ed offerte alternative: poteri e limiti della P.A. appaltante**

✓ **Cons. Stato, sez. III, Ord. 13 settembre 2013, n. 3627**

L'A.S.L. Bari indice una gara per la **fornitura di sistemi di prelievo sottovuoto**, espressamente richiedendo “provette con tappo di sicurezza, con gel separatore di siero e con attivatore di coagulazione tipo trombina” e, delle due uniche concorrenti in gara, una di dette offre un prodotto

parzialmente difforme rispetto ai suindicati requisiti tecnici, viene esclusa, notifica allora ricorso giurisdizionale e, prima della discussione, viene riammessa (nonché si aggiudica la fornitura).

L'altra concorrente insorge allora avverso tale riammissione sostenendo come la stazione appaltante, in sede di chiarimenti di gara, avesse ribadito la propria richiesta di provette con tappo di sicurezza, gel separatore di siero ed attivatore di coagulazione, limitandosi unicamente a consentire la possibilità che l'attivatore di coagulazione fosse di "tipo trombina o equivalente", mentre la Commissione Tecnica aveva accertato in gara come il prodotto della concorrente esclusa (ora aggiudicataria) presentasse invece una provetta con trombina "priva di gel separatore".

Si difende sul punto l'Amministrazione sostenendo che, dopo la notifica del ricorso, il Responsabile del Presidio Ospedaliero aveva accertato che le provette offerte da entrambe le concorrenti presentavano requisiti funzionali assolutamente equivalenti, a cui tuttavia replicava la ricorrente (seconda classificata) sostenendo che la disciplina di gara non consentiva il ricorso a giudizi di conformità dei prodotti offerti in gara provenienti da soggetti diverse rispetto alla Commissione giudicatrice all'uopo nominata.

Il T.A.R. competente dà ragione alla seconda classificata, annullando l'aggiudicazione alla società riammessa, che interpone allora appello ma il Consiglio di Stato, ancorché in sede cautelare, conferma la sentenza di 1° grado sostenendo come l'appellante non abbia preventivamente dimostrato, nel corso della procedura concorsuale, l'equivalenza del suo prodotto rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis* (come dispone l'art. 68, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006), richiedendo invece un supplemento d'istruttoria al Seggio di gara, che si è svolto tuttavia al di fuori delle modalità previste dalla disciplina speciale di gara.

Per questo motivo l'esclusione va confermata e, conseguentemente, l'aggiudicazione annullata.

Il giusto equilibrio fra il potere della p.a. di fissare specifiche tecniche a pena d'esclusione ed il principio eterointegrativo d'offrire soluzioni equivalenti

✓ **Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364**

L'**Azienda Sanitaria Locale di Lecce** ha indetto una procedura per l'aggiudicazione della fornitura triennale di galenici, soluzioni infusionali e nutrizione parentale, suddivisa in 166 lotti ed una concorrente ha impugnato l'affidamento di due lotti, sostenendo che detti sarebbero stati affidati ad offerte difforme rispetto alle specifiche tecniche richieste in Capitolato e come non sarebbe legittimo fare ricorso al cd. "principio d'equivalenza" (di cui all'art. 68, comma 4, D.Lgs. n. 163/06) qualora si sia in presenza di rigide prescrizioni tecniche contenute nella *lex specialis* di gara.

Più precisamente il ricorrente (poi appellante) ritiene che il principio previsto dall'art. 68 Co-

dice appalti, secondo cui una P.A. non può escludere un offerente la cui proposta risulti non conforme alle specifiche di gara, qualora detto concorrente sia in grado di dimostrare che le caratteristiche tecniche del proprio prodotto sono assolutamente “equivalenti” a quelle richieste, debba trovare piena applicazione anche in presenza di una *lex specialis* che descriva con estrema precisione l’oggetto di gara.

A nulla infatti rileverebbe, secondo la miglior giurisprudenza, che il principio d’equivalenza è una norma “eterointegrativa” ovvero che debba trovare piena applicazione a prescindere dal fatto che la disciplina di gara espressamente la preveda, in quanto l’inserimento automatico dell’art. 68 nella disciplina speciale di gara sarebbe possibile solo in presenza di specifiche tecniche vaghe e lacunose, mentre, in caso di prescrizioni precise e vincolanti, il consentire ad ogni concorrente d’offrire soluzioni – ancorchè “equivalenti” – ma comunque difformi dal capitolato finirebbe per pregiudicare la potestà stessa della P.A. di definire con esattezza l’oggetto di gara.

Nell’affrontare la suddetta questione il Consiglio di Stato trova innanzitutto l’occasione per svolgere un interessantissimo ragionamento in merito all’applicabilità o meno, in ambito amministrativo, del principio civilistico della cd. “*inserzione automatica delle clausole*”, che prevede il rispetto delle cd. “*norme imperative*” a prescindere dal loro espresso richiamo negli atti di natura privatistica (ed, anzi, anche nel caso di loro espressa deroga o di disposizioni difformi).

Nel diritto amministrativo, al contrario, ciò non può trovare applicazione – a maggior ragione in una fase pubblicistica come quella della scelta del miglior contraente – in quanto “*tutte le norme del diritto amministrativo sono imperative e cogenti (Cons. Stato, sez. IV, 23 agosto 201, n. 5902)*”. Da ciò ne consegue che il principio d’eterointegrazione (che poi altro non è che il meccanismo dell’inserimento automatico di clausole, adattato in sede amministrativa) non può trovare valida applicazione in una *lex specialis* in quanto trattasi della trasposizione delle norme pubblicistiche che regolano le procedure concorsuali d’appalto e che hanno, pertanto, tutte natura cogente.

Partendo dunque da questo ragionamento ne discende come sia del tutto errato affermare che il principio d’equivalenza, anche se non previsto dalla *lex specialis*, sia comunque una norma imperativa e che come tale, in virtù del principio d’eterointegrazione, debba inserirsi automaticamente in una *lex specialis* ciò in quanto, nella redazione della disciplina di gara, la P.A. esercita la propria discrezionalità e se ha deciso di richiedere particolari specifiche tecniche, escludendo la clausola d’equivalenza, non si può allora invocare l’applicazione automatica del suddetto principio per consentire l’ammissione di prodotti con caratteristiche tecniche diverse da quelle richieste.

In conclusione dunque il Consiglio di Stato ritiene che le Amministrazioni appaltanti abbiano la piena facoltà di descrivere l’oggetto di una gara e di fissarne le relative specifiche tecniche, che se risultano estremamente precise e circostanziate escludono, di fatto, l’applicazione del principio di equivalenza, mentre al contrario, se dette specifiche tecniche sono meno descritti-

ve e definite, è allora consentito al concorrente di offrire anche soluzioni “equivalenti” a quelle richieste in gara.

Un'azienda produttrice ma non partecipante può impugnare una gara in cui le specifiche richieste non consentono ai propri prodotti di essere offerti

✓ Cons. Stato sez. III, 26 novembre 2013, n. 5613

L'**Azienda Sanitaria Locale di Matera** indice una procedura aperta per l'affidamento del servizio di soccorso sanitario con elicottero ma, vista la gara deserta, dispone allora una procedura negoziata ed affida il suddetto servizio per 5 anni per l'importo di 22.000.000 €.

Una società costruttrice di elicotteri decide d'impugnare tale affidamento sul presupposto che i criteri di valutazione dell'offerta tecnica previsti dalla disciplina speciale di gara risultano del tutto inadeguati, ma si difende l'amministrazione sanitaria, nonché l'unica altra concorrente in gara, deducendo come detta ricorrente non abbia partecipato alla procedura e come pertanto non risulti legittimata ad impugnare una gara a cui non ha concorso.

IL T.A.R. Basilicata riconosce la legittimazione della ditta costruttrice ma ne dichiara tardivo il ricorso, in quanto, se la griglia di valutazione contestata era tale da non consentire neppure la partecipazione alla gara, allora le doglianze mosse avverso detti criteri valutativi avrebbero dovuto essere correttamente sollevati entro 30 giorni dalla loro conoscenza e non all'esito della procedura negoziata (peraltro indetta dopo che quella aperta era stata dichiarata deserta).

Il Consiglio di Stato, investito della vicenda, pur nella consapevolezza non solo che la società costruttrice di elicotteri non ha partecipato alla procedura, ma come neppure *“avrebbe interesse a farlo neanche nell'ipotesi in cui fossero accolte le censure preordinate all'annullamento del bando”*, ciononostante, in quanto agisce in veste di produttore di un particolare modello di elicotteri – che risulterebbero discriminati dalle erronee regole di gara – è certamente legittimata ad impugnare la *lex specialis* al fine di chiederne l'annullamento al giudice amministrativo.

Non solo in quanto, dal momento che il richiesto annullamento travolgerebbe il già intervenuto affidamento (e conseguente fornitura già iniziata), i possibili profili risarcitori fra l'Amministrazione Sanitaria e la società appaltatrice revocata inducono a ritenere necessario che il presente giudizio venga esteso anche all'attuale aggiudicataria.

La “morale” di questa sentenza è comunque quella che, nel caso di specifiche tecniche di gara troppo restrittive, è legittimato ad impugnare la gara anche il semplice operatore economico non partecipante alla gara medesima.

SPENDING REVIEW

+ La valutazione circa l'applicabilità (o meno) dello sconto del 5-10% della spending review non la decide il giudice amministrativo ma quello civile

✓ T.A.R. Latina, sez. I, 19 luglio 2013, n. 648

A “minare” ancor più l'applicabilità della scontistica prevista dalla cd. “spending review “ (D.L. n. 95/2012 conv. L. n. 135/2012) giunge la pronuncia qui commentata del T.A.R. Latina che, investito da una società circa la legittimità del provvedimento dell'AUSL di Frosinone, che imponeva la riduzione del 5% per l'anno 2012 dell'importo contrattuale relativo alla fornitura di apparecchiature per ossigenoterapia, ha declinato la proprio giurisdizione argomentando come, non trattandosi di un'ipotesi di revisione-prezzi (materia riservata dal alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), ma al contrario riguardando un profilo attinente alla fase esecutiva della prestazione contrattualmente dedotta, la controversia in questione andava necessariamente portata avanti il giudice civile.

Ciò posto, nonché tenuto conto della diversa durata dei processi ordinari rispetto a quelli amministrativi, si è certo che se questa (peraltro condivisibile) decisione del T.A.R. Latina dovesse trovare definitiva conferma, la lungaggine dei processi civili non potrà che essere un ulteriore elemento da tenere in debito conto allorquando viene richiesto – e negato – lo sconto previsto dalla cd. “spending review”.

Concorrenza e pubblicità

+ I principi di concorrenza e la scelta della struttura sanitaria accreditata

- ✓ T.A.R. Lombardia, sent. n. 1891/2010
- ✓ Tribunale di Catanzaro, sez. II, sent. 18 gennaio 2013

L'Azienda USL è tenuta ad applicare i principi di trasparenza e concorsualità nella scelta della struttura sanitaria accreditata che dovrà erogare le prestazioni a favore degli assistiti?

Sembra che la giurisprudenza, ogni volta che viene interpellata sul tema, non abbia dubbi.

Vediamo di ricostruire i diversi passaggi.

- L'art. 8- quinquies del D.Lgs. 502/92 (come modificato), titolato Accordi contrattuali, così sancisce:

*In attuazione di quanto previsto dal comma 1, la regione e le unità sanitarie locali, **anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi**, definiscono accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, e **stipulano contratti con quelle private...** che indicano:*

b) il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza;

Pacifico quindi che le Aziende USL, nella *scelta dei soggetti* con cui stipulare i contratti sono tenute a svolgere "valutazioni comparative della qualità e dei costi". In sostanza sono chiamate a "*spendere bene*".

Ciò implica che nella scelta degli operatori sanitari di cui avvalersi le Aziende USL devono operare secondo **principi di trasparenza** e **concorsualità**, valutando chi può fare spendere di meno a parità di qualità delle prestazioni erogate.

Così anche la giurisprudenza intervenuta:

- il **Tar Lombardia con la sentenza 1891/2010** ha (forse per la prima volta in maniera così chiara) sancito che il nostro sistema sanitario, in quanto organizzato in maniera mista pubblico-privato, non è sottratto all'applicazione dei principi comunitari di concorsualità per la scelta del contraente.

- Gli argomenti del tar Lombardia sono stati poi ripresi dal **Tar Sicilia Palermo sez I 875/2011** che così afferma

*6. La conformità al diritto europeo impone, tuttavia, che, una volta optato per un modello misto pubblico-privato, **la presenza privata venga regolata in modo conforme ai principi di trasparenza, obiettività e proporzionalità** (e, come ricordato dalla citata **sentenza n. 1891/2010 del T.A.R. Lombardia, da “elementi di concorrenzialità”**): si veda in tal senso la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia nel settore della previdenza complementare, in cui si presenta un analogo modello misto di welfare (sentenze 21 settembre 1999, Albany International, Brentjens e Maatschappij; sentenza 16 novembre 1995, in causa C-244/94, F.F.S.A.). L'intervento pubblico, in altre parole, può legittimamente incidere sulle modalità strutturali del sistema di welfare, anche in punto di esclusione della presenza stessa di operatori economici privati: **ma tale presenza, ove ammessa, non può essere sottoposta ad ulteriori limitazioni all'accesso che non siano quelle preordinate alla verifica di compatibilità con l'interesse pubblico sottostante** e – nel caso delle prestazioni sanitarie – **con le esigenze della finanza pubblica** (che operano, evidentemente, su piani e con meccanismi diversi rispetto a quello considerato dalla disposizione regionale in esame).*

- Da ultimo anche il recente **Tribunale di Catanzaro, sez. II, sentenza 18 gennaio 2013**. In tale controversia la Regione Calabria aveva eccepito la nullità del contratto in essere con una RSA per violazione dei principi dell'evidenza pubblica.

Sul punto il giudice si pone i seguenti quesiti:

1. se la scelta del contraente (struttura sanitaria) da parte della ASL sia atto soggetto alle regole dell'evidenza pubblica;
2. se il mancato rispetto di dette regole comporti la nullità del contratto;
3. se, nel caso di specie, si sia effettivamente verificato il mancato rispetto di dette regole.

Sul quesito 1)

Dato atto che il contratto in essere tra ASL e struttura sanitaria ha natura concessoria (da ultimo, Cons. Stato 18 aprile 2012 n. 2269; cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, 18 luglio 2005 n. 1237; CGA 2 marzo 2007 n. 89; T.A.R. Lazio Roma 2 marzo 2010 n. 3248; T.A.R. Lombardia 16 giugno 2010 n. 1891; T.A.R. Puglia Bari 27 luglio 2012 n. 1526), tale natura non vale ad escludere l'operatività dei principi dell'evidenza pubblica.

Anzi l'art. 30 co 3 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato CE in materia di tutela della concorrenza. In particolare, devono essere rispettati i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, con esperimento di una preventiva gara informale, alla quale devono essere invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Sul quesito 2)

Il mancato rispetto delle puntuali norme e dei principi in materia di evidenza pubblica deter-

mina, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, la nullità del contratto stipulato dalla P.A. (cfr. Cass. civ. 5 maggio 2008 n. 11031; Cass. civ. 16 febbraio 2010 n. 3672; Cass. civ. 7 novembre 2011 n. 23025).

Sul quesito 3)

Nel caso specifico il giudice non ha comunque configurato la nullità del contratto tenuto conto della situazione di fatto: infatti non vi erano altri soggetti sul territorio in grado di fornire tale servizio; di conseguenza una gara informale non avrebbe – comunque – avuto ragion d'essere, apparendo i relativi adempimenti (invito con predeterminazione dei criteri selettivi) inutili ed in contrasto con i principi di buon andamento della pubblica amministrazione (di cui è estrinsecazione quello di economicità dell'azione amministrativa).

Pare quindi di poter affermare che l'obbligo di scegliere il contraente a seguito dell'espletamento di una gara informale sia principio giuridico ormai acquisito (almeno dalla giurisprudenza intervenuta).

Antitrust e sanità privata: una nuova opportunità di giustizia?

- ✓ **Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. AS1037**
- ✓ **Regione Lazio, 28 Marzo 2013 – Rilascio Autorizzazioni all'esercizio e alla realizzazione di strutture sanitarie private**

La concorrenza è materia che stenta a farsi strada nel nostro ordinamento: molto a parole, pochissimo nei fatti.

Allo scopo di aiutarne la penetrazione il Legislatore ha di recente dotato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – AGCM di nuovi poteri: più esattamente con il Decreto “Salva Italia” (D.L. 201/2011) il legislatore sancito la possibilità per l'AGCM “*di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*” (nuovo art. 21-bis legge 287/1990).

Ciò con il chiaro intento di impedire alle Amministrazioni Pubbliche di usare i loro poteri in maniera limitativa della concorrenza.

Tale articolo ha consentito all'AGCM di emanare un parere (che dovrebbe essere preliminare ad una eventuale causa) nei confronti della Regione Lazio in materia di autorizzazioni sanitarie.

Questi i fatti.

Una società intenzionata ad aprire un poliambulatorio aveva richiesto l'autorizzazione alla realizzazione al comune competente, che avrebbe dovuto rilasciare il provvedimento previa va-

lutazione di compatibilità della nuova struttura al fabbisogno di prestazioni sanitarie da parte della Regione Lazio.

L'Ente regionale tuttavia emetteva un parere negativo sulla base della presunta sufficienza per l'assistenza ambulatoriale "delle strutture provvisoriamente accreditate" indicata in un atto di programmazione generale adottato nel 2010 (DCA n. U17/2010).

L'adozione di tale parere negativo cagionava in sostanza l'impossibilità per il privato anche solo di realizzare il poliambulatorio.

Totalmente negativo il giudizio dell'Antitrust sulla vicenda e sul parere regionale in particolare.

Difatti, rileva l'Authority di essersi già pronunciata sulla illogicità ed illegittimità sotto il profilo della concorrenza dell'imposizione di barriere all'ingresso al mercato dei servizi sanitari da parte di soggetti che richiedano solo l'autorizzazione sanitaria senza l'accreditamento, dunque in un contesto imprenditoriale e di attività e del tutto escluso dalla possibilità di rapporti contrattuali con il SSN. Di recente inoltre, nota l'Authority, lo stesso Consiglio di Stato con la sentenza 29 Gennaio 2013 n. 550, *"ha sottolineato come il criterio del fabbisogno di assistenza regionale non sia legittimamente invocabile per negare l'autorizzazione a soggetti che, senza che ciò comporti un incremento degli operatori in regime di accreditamento, intendano offrire i servizi sanitari in rapporto privatistico"*.

Inoltre l'Authority ha ritenuto illegittimo il diniego opposto dalla Regione Lazio al privato in quanto non si rinviene alcuna ragione "costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario" che possa giustificare "l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità".

Il parere in esame è dunque molto interessante sotto due profili, distinti ma complementari:

- 1) Da un lato conferma l'interesse dell'Antitrust – ed il giudizio totalmente negativo già espresso in precedenza – per le gravi distorsioni della concorrenza perpetrate in questi anni dalle Regioni nel mercato dei servizi sanitari (Si veda anche da ultimo il parere AS 1015 del 24 dicembre 2012).
- 2) Dall'altro lato rappresenta un'applicazione esemplare del nuovo potere dell'Authority ex art. 21-bis L. 287/1990 di pronunciarsi sugli atti delle PA lesivi della concorrenza. Potere che potrebbe effettivamente costituire, vista anche la possibilità riconosciuta all'Autorità indipendente d'impugnativa innanzi al giudice amministrativo, uno strumento nuovo per ottenere dalle PA una applicazione più rapida ed efficiente dei principi di liberalizzazione e di semplificazione amministrativa che negli ultimi anni hanno caratterizzato la produzione normativa del Legislatore e che ancora faticano a trovare il proprio spazio nella ingarbugliata legislazione sanitaria di molte regioni.

Ora infatti la Regione Lazio è chiamata ad adottare misure per rimuovere la violazione della concorrenza ravvisata.

Professioni, tariffe e concorrenza: stessi problemi in Italia, Francia e Spagna

- ✓ **Provvedimenti AGCM, nn. 1749-750-753 (Italia)**
- ✓ **Corte appello Parigi, 6 giugno 2013, n. 95 (Francia)**
- ✓ **Comision Nacional de la competencia, 6 giugno 2013 (Spagna)**

Sembra che la liberalizzazione delle tariffe professionali quale strumento per potenziare la concorrenza tra i professionisti sia un problema non solo per il settore sanitario ma anche per gli altri ambiti professionali.

E non solo in Italia, ma anche in altri paesi della Comunità.

Prova ne sono ben 5 decisioni assunte tra fine maggio e primi giugno dall'AGCM italiana, dalla Corte di Appello di Parigi e della Commissione sulla concorrenza spagnola.

Cominciamo dall'Italia-

Con n. 3 provvedimenti assunti in data 30 maggio l'AGCM ha pesantemente sanzionato i Consigli Notarili di Milano, Bari e Verona per aver posto in essere tre distinte intese restrittive della concorrenza finalizzate a reintrodurre le tariffe abrogate dalla legge quale parametro di riferimento per la determinazione dei compensi, minacciando provvedimenti disciplinari in caso di mancato adeguamento.

Più esattamente secondo l'Antitrust i tre Consigli, sia pur con modalità differenziate, hanno in sostanza cercato di vanificare l'intervento liberalizzatore voluto dal legislatore prima con il Decreto bersani (l.n. 248/2006) poi con il decreto legge 'Cresci Italia' (DL1/2012): infatti attraverso il principio dell'adeguatezza del compenso alla prestazione professionale veniva nella sostanza richiesto di ancorare le tariffe praticate alla clientela a quelle ministeriali abrogate dal legislatore. Pena la minaccia di azioni disciplinari.

Molto pesanti le sanzioni: 99.403 euro per il Consiglio notarile di Milano, 10.227 euro per il Consiglio notarile di Bari, e a 20.445 euro per il Consiglio notarile di Verona.

Non molto differenti le decisioni assunte negli stessi giorni in Francia e Spagna.

Il 6 giugno 2013, la Corte d'Appello di Parigi ha confermato il provvedimento dell'Autorità di concorrenza francese del 12 gennaio 2012.

Più esattamente con la decisione citata l'Autorità della concorrenza francese (L'Autorité de la Concurrence) aveva sanzionato Géfil (sindacato dei professionisti operanti nel settore dell'ingegneria del tempo libero, della cultura e del turismo) e le dieci società di consulenza, membri del consiglio di amministrazione di Géfil, per aver posto in essere un'intesa sui prezzi degli studi di fattibilità dei progetti di gestione del patrimonio culturale e naturalistico e di sviluppo del territorio, venduti principalmente agli Enti pubblici e agli Enti locali.

Gélfy e la società di consulenza Deloitte proponevano ricorso avverso tale decisione dinanzi alla Corte d'Appello di Parigi. Rigettando tale ricorso, la Corte d'Appello di Parigi ha confermato l'esistenza della diffusione, da parte del sindacato professionale, di un prezzo di riferimento con l'obiettivo di ostacolare il libero gioco della concorrenza. Inoltre, la Corte d'Appello ha confermato che Gélfy si è impegnato a tenere sotto controllo i prezzi praticati.

Confermata la sanzione di 15.000 euro.

Analoga la situazione in Spagna.

Con decisioni sempre in data 6 giugno l'Autorità di concorrenza spagnola (Comision National de la Compencia) ha sanzionato il Consiglio dell'ordine degli ingegneri edili e Tecniberia

La CNC ha accertato infatti che il Consiglio dell'ordine degli ingegneri edili ha posto in essere atti finalizzati ad imporre ai propri membri l'applicazione dei prezzi da applicare ai servizi erogati, generando una distorsione della concorrenza.

Più esattamente secondo l'indagine dell'autorità antitrust, l'intesa è iniziata nel 2007 ad ha avuto come scopo principale l'elaborazione e la distribuzione agli associati di documentazione volta a fornire un ausilio per il calcolo dei costi legati ai servizi da questi forniti ai propri clienti, e in generale, ad omogeneizzare il prezzo degli stessi.

Per questi motivi ha applicato una sanzione di 200.000 euro.

Si allentano i limiti che impediscono lo svolgimento di attività artigianale (estetica) nell'ambito di area di nature sanitaria (farmacie)

✓ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 20 maggio 2013, sent. n. 5036

Chi opera in sanità sa che – in linea di massima – attività di natura artigianale e attività sanitaria non possono convivere.

Pur non venendo meno tale principio, sembra che il vento delle liberalizzazioni in qualche modo apra dei varchi.

Il caso è quello di un farmacista romano che presenta una SCIA per lo svolgimento dell'attività di estetica all'interno della farmacia. Ciò in forza del fatto che il Regolamento 33/2001 della Regione Lazio all'art. 2 consente lo svolgimento dell'attività di estetista presso "*...profumeria, palestre, alberghi, villaggi turistici, centri commerciali, ospedali, comunità, case di cura, case per ferie, studi cinematografici, televisivi ed altre strutture similari...*"

Il Comune blocca la SCIA e la questione finisce al T.A.R. Lazio.

Il primo aspetto che il giudice analizza è, ovviamente, quello per cui il richiamo a “strutture similari” rende l’elenco non tassativo ma meramente esemplificativo, sostenendo poi che se l’attività estetica può essere svolta nella casa di cura ed in un centro commerciale (ove si vendono peraltro OTC) non vi sono motivi precluderla in una farmacia.

Ma il passaggio più interessante è quello in cui si richiama il Cresci-Italia. Qui il giudice così dichiara:

“Deve inoltre ritenersi che l’opzione ermeneutica adottata dalle resistenti Amministrazioni – secondo cui è vietato tutto ciò che non è consentito dal Regolamento – contrasti con la ratio di liberalizzazione delle attività commerciali sottesa alla normativa primaria nel tempo sopravvenuta, come dettata dal D.L. n. 138 del 2011, ai sensi del quale deve intendersi consentita qualsiasi attività economica privata non espressamente vietata dalla legge, e dal D.L. n. 201 del 2012, sulla cui base devono intendersi abrogate tutte le norme che impongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, con conseguente necessità di adottare un’interpretazione restrittiva delle disposizioni che recano limiti o divieti”.

Quindi si alla possibilità di svolgere attività estetica (di natura artigianale) in ambienti considerati da sempre aventi natura sanitaria.



Ordine, concorrenza e deontologia: un equilibrio molto difficile

✓ **Sentenza CCGE, 18 luglio 2013, n. C-136**

✓ **Provvedimento AGCM, 27 luglio 2013**

Per chi si occupa dei nuovi profili di concorrenza in ambito professionale, gli ultimi 15 giorni sono stati molti ricchi di novità.

Più esattamente è stata pubblicata una importante sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europea su un caso italiano (il codice deontologico dei geologi) e l’AGCM italiana ha aperto una procedura nei confronti del Consiglio Nazionale Forense.

Vediamo separatamente i due provvedimenti e proviamo a trarre valutazioni conclusive

a) Sentenza CCGE 18 luglio 2013 C- 136

Gli art. 17 e 18 del codice deontologico prevedono che il decoro professionale, le conoscenze tecniche e l’impegno richiesto siano considerati quali parametri per la determinazione dei compensi professionali del geologo.

L’AGCM, sulla base dei risultati di un’indagine, ha ravvisato in questi articoli della normativa

deontologica una violazione dell'art. 101 del Trattato UE ritenendoli restrittivi della concorrenza e, di conseguenza, multava il CNG.

Il T.A.R. per il Lazio, con sentenza del 25 febbraio 2011, condivideva la posizione dell'Autorità. La decisione veniva impugnata in Consiglio di Stato che decideva di chiedere alla Corte di Giustizia dell'Ue chiarirne l'interpretazione dell'art. 101 TFUE in relazione alla normativa di legge e deontologica regolante la professione di geologo ed i compiti istituzionali e norme di funzionamento del CNG, con riferimento alla cennata possibilità che la normativa deontologica adottata dal CNG – per quanto riguarda la commisurazione delle parcelle dei geologi – fosse in contrasti col diritto dell'Ue.

La decisione della corte è molto interessante.

In sintesi la Corte di Giustizia chiarisce che:

- nell'adottare il codice deontologico gli ordini professionali non esercitano né una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà, né prerogative tipiche dei pubblici poteri.
- essendo invece organo di regolamentazione di professioni il cui esercizio costituisce attività economica (v., in tal senso, sentenza *Wouters e a.*), gli ordini nell'ambito dell'elaborazione delle citate regole deontologiche sono associazione di imprese ai sensi dell'art. 101, paragrafo 1, TFUE.
- Tali norme deontologiche, in quanto vincolanti e tenuto conto che l'inosservanza delle stesse comporta la possibilità di infliggere sanzioni, costituiscono una "decisione" ai sensi dell'art. 101 TFUE.
- Tali tipologia di "decisioni" sanno perseguibili dal diritto comunitario siano tali da pregiudicare il commercio tra gli Stati membri (v. sentenza del 13 luglio 2006, *Manfredi e a.*, da C-295/04 a C-298/04, punto 40):
 - A tale scopo, è sufficiente che in base ad un complesso di elementi obiettivi di diritto o di fatto, che una decisione, un accordo o una pratica siano atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sugli scambi tra gli Stati membri, in modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra gli Stati membri.
 - Sotto tale profilo la Corte dichiara che i Codice Deontologici (che si applicano a tutti i soggetti a livello nazionale) e le norme negli stessi contenuti che indicano come criteri di commisurazione delle parcelle del professionista la dignità della professione nonché la qualità e l'importanza della prestazione sono idonee a produrre effetti restrittivi della concorrenza nel mercato interno.

Spetta al giudice nazionale (cioè al Consiglio di Stato) valutare, alla luce del contesto globale in cui tale codice deontologico dispiega i suoi effetti, compreso l'ordinamento giuridico nazionale nonché la prassi applicativa di detto codice da parte dell'Ordine nazionale dei geologi, se i predetti effetti si producano nello specifico caso.

b) Provvedimento AGCM 27 luglio 2013

Quasi contemporaneamente (sarà un caso?) l'AGCM nella riunione del 16 luglio 2013 ha avviato un'istruttoria nei confronti del consiglio nazionale forense per due possibili intese restrittive della concorrenza.

Più esattamente si tratta di:

1) la pubblicazione, sul sito istituzionale del Consiglio, delle tariffe ministeriali, ormai abrogate, accompagnate da una circolare emanata nel 2006 in base alla quale l'avvocato che richiede un compenso inferiore al minimo tariffario può comunque essere sanzionato in base al Codice Deontologico.

Secondo l'Autorità il comportamento del CNF non troverebbe giustificazione neanche nei 'parametri citati dall'articolo 13 della riforma forense del 2012 visto che tali parametri non possono comunque trasformarsi in tariffe minime obbligatorie.

2) il parere n. 48/2012 reso dal Consiglio in base al quale l'utilizzo, da parte degli avvocati, di siti internet che propongono ai consumatori associati sconti sulle prestazioni professionali, confligge con il divieto di accaparramento della clientela sancito dall'art. 19 del codice deontologico forense.

Secondo l'Antitrust tale parere, inibendo l'impiego di un nuovo canale di distribuzione e stigmatizzando l'offerta di servizi incentrata sulla convenienza economica, potrebbe essere idoneo a limitare la concorrenza tra professionisti.

Più esattamente il caso parte dalla piattaforma Amica Card, circuito a disposizione di aziende e professionisti (tra cui avvocati) che intendono promuovere i propri servizi tramite internet, a fronte del pagamento di un canone mensile; i consumatori-utenti, sottoscrivendo (gratuitamente o a pagamento) la tessera AmicaCard, possono acquistare, a condizioni agevolate, i servizi reclamizzati sul circuito direttamente dai professionisti ad esso aderenti.

Considerazioni finali

Il tema è senza dubbio molto delicato.

Gli ordini difendono strenuamente il loro ruolo storico. E (troppo) spesso i privilegi dei professionisti.

Il quadro di riferimento giuridico è totalmente cambiato. E l'economia è totalmente cambiata.

Oggi la concorrenza è una realtà, ancor prima economica e di mercato, e poi anche giuridica.

La decisione della Corte di Giustizia e le posizioni dell'AGCM – che piaccia o meno – chiamano gli ordini ad assumere un nuovo ruolo, mirato anche a difendere il ruolo e le posizioni dei professionisti.

Ma in un'ottica pro-concorrenziale non più di tutela e di controllo del mercato.

+ La Regione non può limitare l'accesso al mercato dei servizi sanitari ai nuovi erogatori

✓ Cons. Stato, 16 settembre 2013, n. 4574

Il nostro ordinamento sanitario prevede che le prestazioni vengano erogate ai pazienti non solo da strutture pubbliche ma anche da strutture private accreditate e titolari di contratto con il SSR.

Il paziente poi è titolare di un diritto di libera scelta tra soggetti pubblici e privati.

I soggetti privati (prima convenzionati e ora) contrattualizzati sono poi "storicamente" sempre gli stessi: e tra tali soggetti viene "diviso" il c.d. budget storico.

Cosa succede quando un nuovo soggetto ottiene l'accreditamento e chiede di entrare nella "lista" degli erogatori privati?

Può la Regione "chiudere" tale accesso sostenendo che gli erogatori "storici" sono sufficienti e che quindi non ci sono spazi (economici) per nuovi soggetti?

No, tale diniego non può essere considerato oggi legittimo.

Sulla scia di una serie di altre sentenze di apertura del mercato sanitario di principi della concorrenza il Consiglio di Stato con la decisione che si commenta sancisce principi che le Regioni sono chiamate ad attuare.

I punti cardine della sentenza sono i seguenti:

a) sulla concorrenza in ambito di erogazione di servizi sanitari

10.1- Si deve, infatti, convenire con il giudice di primo grado quando ha affermato che «sebbene... il sistema sanitario nazionale legittimamente risulti ispirato alla necessità di coniugare il diritto alla salute degli utenti con l'interesse pubblico al contenimento della spesa, esso non può... prescindere dal contemplare anche ... (la) tutela della concorrenza, irrimediabilmente lesa dall'automatica preclusione alla messa a contratto di nuovi soggetti accreditati».

b) sull'obbligo della Regione di aprire le porte ai nuovi erogatori

11.- Si deve quindi ritenere che la Regione, tenendo conto delle peculiarità del mercato delle prestazioni sanitarie, possa stabilire criteri per l'assegnazione delle risorse alle diverse strutture accreditate e consentire l'inserimento (anche graduale) nel mercato di nuovi operatori in possesso di tutti i requisiti richiesti per erogare prestazioni sanitarie in favore del servizio sanitario pubblico.

Mentre la Regione non può rivolgersi, a tempo indefinito, solo ai soggetti che per primi (con le convenzioni e poi con l'accreditamento) hanno avuto accesso al mercato e far riferimento solo al criterio della spesa storica che evidentemente avvantaggia solo coloro che operano in un mercato chiuso all'accesso di nuovi operatori.

c) sui criteri per affidare i “nuovi” incarichi e scegliere gli erogatori

Richiamando altre sentenze già intervenute sul tema il Consiglio di Stato suggerisce i seguenti criteri

In particolare, in tali decisioni, si è ritenuto legittimo il riferimento non più al solo costo storico ma ad una molteplicità di elementi

- *sia di carattere oggettivo, come la potenzialità dei singoli distretti, determinata dalla popolazione residente e dalle prestazioni richieste,*
- *sia di carattere soggettivo, con la ripartizione delle risorse secondo apposite griglie di valutazione che tengono conto di molteplici fattori qualitativi come dotazioni; unità di personale e tipologia del rapporto di lavoro; collegamento al CUP; accessibilità della struttura; correttezza del rapporto con l'utenza; rispetto degli istituti contrattuali; ulteriori standard finalizzati all'accoglienza, quali sale d'attesa, biglietto elimina code, riscaldamento e climatizzazione, apertura al sabato e misura degli spazi.*

Oramai le sentenze che cercano di introdurre i principi della concorrenza in sanità sono molte: forse è tempo, per la pubblica amministrazione, di cominciare a cambiare modo di ragionare anche in questo ambito



Fondi sanitari e casse malattia sotto sottoposte alla disciplina delle pratiche commerciali sleali

✓ Sentenza Corte di Giustizia, 3 ottobre 2013, n. C-59/12

Un organismo di diritto pubblico che gestisce una cassa malattia può essere sanzionato per pratiche commerciali sleali?

Secondo la Corte di Giustizia sopra richiamata la risposta deve essere positiva.

Il caso è semplice.

La BKK è la cassa malattia aziendale della compagnia petrolifera Mobil Oil.

Tale cassa malattia pubblicava sul suo sito web la seguente comunicazione

“Chi lascia adesso la BKK, si vincola alla nuova cassa malattia del regime legale per i 18 mesi successivi. Così facendo, Lei si perde le interessanti offerte che la BKK intende offrire il prossimo anno ed è possibile che alla fine Lei incorra in un ulteriore pagamento, qualora alla nuova cassa non sia sufficiente il denaro versato e pertanto riscuota un contributo supplementare”.

L'autorità di controllo sulla concorrenza tedesco reputava tali informazioni ingannevoli in quan-

to la BKK avrebbe, infatti, omesso di indicare che, in caso di riscossione di un contributo supplementare, la legge tedesca accorda agli assicurati un diritto di recesso speciale.

La controversia finiva avanti alla Corte di Giustizia.

La BKK si difendeva sostenendo che la disciplina delle pratiche commerciali non trova applicazione per gli enti pubblici.

Di diverso avviso la Corte di Giustizia la quale afferma che tale organismo, nonostante il suo carattere pubblico e la sua missione di interesse generale, deve essere considerato un “professionista” ai sensi della direttiva 2005/29/CE: come tale, nei suoi confronti trova applicazione il divieto di pratiche commerciali sleali.

Difatti, spiegano i giudici europei, la direttiva non esclude espressamente tali organismi dalla sua sfera di applicazione.

Inoltre, lo scopo della direttiva di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali e, in particolare, contro la pubblicità ingannevole impone che questa tutela sia garantita indipendentemente dal carattere pubblico o privato dell'organismo in questione e dalla specifica missione che esso persegue.

Le nuove frontiere della concorrenza in sanità: l'agcm apre una istruttoria per possibile intesa di quattro società operanti nella Regione Abruzzo

http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3968-i769avv.html

Chi opera in sanità è poco avvezzo a trattare di concorrenza.

Sia di quella del nostro Codice Civile (art. 2598 c.c.) che riguarda la slealtà nei comportamenti tra imprese; sia di quella comunitaria che, cercando di colpire intese ed abusi di posizione dominante, mira a liberalizzare il mercato.

Scarse infatti – fino ad ora – sia la giurisprudenza in materia che gli interventi dell'AGCM.

Ma sembra che, improvvisamente, il vento stia cambiando.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato quest'anno ben tre volte sulla necessità di applicare i principi di liberalizzazione al regime delle autorizzazioni, accreditamenti e contratti tra strutture sanitarie e P.A. (Consiglio di Stato 550/2013; Consiglio di Stato 4574/2013; Consiglio di Stato 4788/2013).

Di recente – nella seduta del 6 novembre – l'AGCM ha invece aperto un'istruttoria per verificare se quattro società che gestiscono la quasi totalità delle case di cura nella sanità privata

in Abruzzo abbiano posto in essere un'intesa mirata ad evitare che altri soggetti entrassero nel mercato della prestazioni sanitarie ospedaliere.

Il procedimento parte dalla segnalazione della società Seagull e mira a verificare la possibile esistenza di una strategia comune tra le società Synergo S.r.l., Casa di Cura Privata Villa Serena (di Leonardo Petruzzi S.r.l. con socio unico), Casa di Cura Privata Di Lorenzo S.p.A. e Presidio Ospedaliero Villa Letizia, in relazione alla partecipazione alle gare per l'affidamento delle cliniche facenti capo al Gruppo Angelini, oggi fallito.

Più esattamente dopo il fallimento del Gruppo Angelini il curatore ha posto in essere una serie di gare per l'aggiudicazione delle case di cura del Gruppo e del relativo budget regionale per l'erogazione delle prestazioni.

Ed ecco cosa è successo:

- 1) alla prima gara (relativa alla clinica Santa Maria) ha preso parte solo la società Di Lorenzo (attraverso la controllata Villa Gaia);
- 2) alla seconda gara (relativa alla clinica Sanatrix) ha preso parte solo Villa Letizia;
- 3) alle terza gara relativa alla clinica Villa Pini non partecipava nessuno, con l'obiettivo (secondo la Seagull) di far revocare l'accreditamento e dividersi il budget. Solo dopo che la Seagull decideva di partecipare alla gara le società Synergo, Villa Serena e Di Lorenzo decidevano intervenire alla gara congiuntamente.

Secondo le contestazioni formulate nel provvedimento di avvio la decisione di partecipare tutte insieme a quest'ultima gara sarebbe stata adottata dalle tre società solo nel momento in cui vi è stata la certezza che la loro mancata partecipazione avrebbe comportato l'assegnazione di Villa Pini al concorrente.

Ora l'AGCM dovrà decidere su questo caso.

Il procedimento si concluderà entro il 31 dicembre 2014.

Responsabilità medica e amministrativa

Condannato il direttore generale che, per ritorsione personale, interrompe il rapporto con il direttore amministrativo

✓ **Corte dei Conti, sez. giur. Sicilia, 12 marzo 2013, sent. n. 1107**

Si sa che, spesso, le convivenze sono difficili.

In questo caso il Direttore Generale della ASL, che evidentemente non aveva un buon rapporto con il Direttore Amministrativo, decideva di revocargli anticipatamente l'incarico, adducendo alcune motivazioni (mancata partecipazione ad alcune riunioni e mancata disamina di alcuni schemi deliberativi, mancato apporto all'attività aziendale ecc) .

Il direttore Amministrativo presentava ricorso avanti al Giudice del Lavoro per ingiustificata interruzione del rapporto, vincendo sia in primo che in secondo grado.

La ASL era quindi chiamata a pagare a favore del Direttore Amministrativo la somma di

Euro 26.276,00 oltre ad Euro 2.975,91 per rivalutazione ed interessi.

A seguito di tale vicenda la Procura della Repubblica competente incardinava una procedura per responsabilità contabile a carico del Direttore Generale sostenendo che la revoca dell'incarico al Direttore Amministrativo in assenza di una giusta causa configurava una condotta gravemente colposa rilevante ai fini della eventuale sussistenza di responsabilità amministrativa.

Il Direttore Generale si difendeva sostenendo che non poteva considerarsi sussistente la colpa grave, essendo la decisione supportata unicamente dal venir meno del rapporto fiduciario che legava il Direttore Generale al Direttore Amministrativo a seguito del verificarsi di noti eventi nel periodo precedente la revoca dell'incarico.

La decisione della Corte dei Conti è molto interessante.

Dopo aver infatti ripercorso la normativa di settore concernente il conferimento dell'incarico di Direttore Amministrativo all'interno delle Aziende Sanitarie e le possibilità di un'eventuale revoca dell'incarico, circa la natura di tale rapporto così si legge in sentenza

“... La giurisprudenza (v. Cass. S.U. 456/2000; C. Cost. 2006/422) ha confermato la natura privatistica del contratto che lega i vertici con l’Azienda sanitaria ed in particolare la natura di un rapporto di lavoro autonomo.

La stessa espressione adoperata (contratto di diritto privato), considerata anche in relazione all’epoca di emanazione della Legge, è indicativa di un modello di rapporto diverso dal pubblico impiego volto a rimarcare, l’assenza di inserimento organico del lavoratore nella struttura dell’ente,. Il modello di lavoro autonomo è parso, evidentemente, al legislatore dell’epoca quello più compatibile con una scelta politica, diretta alla sburocratizzazione delle strutture apicali per conferire alle stesse un assetto di tipo aziendalistico. Tutto ciò rappresenta un vero e proprio momento di rottura con la configurazione precedente della compagine sanitaria e comporta il riconoscimento, nelle prestazioni, dei vertici di obbligazioni di risultato, tipiche delle strutture aziendalistiche. Come noto, le obbligazioni di risultato possono considerarsi adempiute solo se il debitore abbia realizzato il risultato oggetto del contratto, indipendentemente dai mezzi usati...”.

In sostanza la condotta del Direttore Amministrativo doveva essere valutata alla luce di un eventuale inadempimento circa i risultati oggetto del contratto privatistico in essere: solo ove fosse sussistente tale inadempimento la revoca da parte del Direttore Generale poteva essere lecita.

Dato atto di ciò, la Corte dei Conti passa ad analizzare i fatti avvenuti.

Diversamente da quanto sostenuto dal Direttore Generale dai fatti non emergeva, secondo i giudici contabili, alcun inadempimento del Direttore Amministrativo; al contrario si evinceva la volontà del Direttore Generale di creare appositamente una serie di presupposti finalizzati a “giustificare” la revoca immediata dell’incarico.

Innegabile, quindi, la colpa grave del Direttore generale ed il suo obbligo di risarcire alla Asl i danni causati a seguito della causa civile.



Le mobili frontiere della responsabilità medica dopo il Decreto Balduzzi

✓ Tribunale di Enna, 18 maggio 2013, sent. n. 252

Veramente senza pace la materia della responsabilità medica.

Non solo è ormai pacifico che si tratti di una sottocategoria del più ampio genus della responsabilità civile retta da regole del tutto autonome, ma oggi dopo il decreto Balduzzi l’altalena giurisprudenziale crea veramente uno stato di confusione negli operatori.

L’ultima sentenza che si commenta è quella del Tribunale di Enna che alla luce della formulazione letterale della norma “sdoppia” la responsabilità: contrattuale quella dell’ospedale e extracontrattuale quella del medico.

Vediamo i fatti.

Una paziente si frattura un polso per caduta accidentale.

dopo l'applicazione, l'apparecchio gessato, volto alla riduzione della frattura, era stato sostituito per ben due volte e che, persistendo il dolore all'arto, si era sottoposta ad una visita specialistica all'esito della quale le era stata prescritta una terapia chirurgica urgente.

Ciò posto, chiedeva accertarsi la responsabilità civile del medico e dell'ospedale e la condanna dei medesimi al risarcimento del danno non patrimoniale e patrimoniale subito.

Il Tribunale di Enna in sentenza affronta dunque la questione interpretativa del decreto Balduzzi (Decreto legge n. 158/12 modificata dalla L. n. 189/12).

Dopo aver spiegato la norma, con la dichiarata finalità di intervenire contro il dilagante fenomeno della cosiddetta medicina difensiva, introduce una sorta di esimente speciale nella responsabilità penale medica (sole ipotesi di colpa grave e dolo sempre che siano state osservate le linee guida e buone prassi) affronta il tema della responsabilità civile.

Sul punto così si legge in sentenza:

"... la struttura della disposizione legislativa, a ben vedere, sembra abbastanza logica, almeno nel suo sviluppo discorsivo: in sede penale, la responsabilità sanitaria è esclusa per colpa lieve (se rispettate le linee guida/buone prassi); in sede civile, invece, anche in caso di colpa lieve, è ammessa l'azione ex art. 2043 c.c. Così facendo, il legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana. Ciò sebbene dai lavori preparatori si evinca come la modifica normativa in questione sia maturata con modalità alquanto lapidarie.

È evidente che l'adesione ad un modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità perseguita dal legislatore (contrasto alla medicina difensiva) in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità.

Pertanto, deve ritenersi che il legislatore abbia tracciato una riga orizzontale su tutta la giurisprudenza di Cassazione degli ultimi venti anni, riproponendo un orientamento arcaico risalente al 1979.....). Per la responsabilità della struttura sanitaria, invece, rimane valido quanto già affermato dalla Suprema Corte, per cui "Il ricovero di un paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un

contratto tra il paziente stesso ed il soggetto gestore della struttura, e l'adempimento di tale contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che il detto gestore risponde dei danni derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli artt. 1176 e 2236 cod. civ."

In sostanza secondo il Tribunale di Enna la disposizione condurrebbe a delineare la sussistenza di un titolo di responsabilità duplice:

- a) contrattuale per la struttura sanitaria (ne deriva un termine prescrizione più lungo e un onere della prova più leggero per il paziente);
- b) extracontrattuale per il medico (ne deriva un termine prescrizione abbreviato a cinque anni e un onere della prova aggravato per il paziente).

No all'estensione del consenso firmato dal malato ad una operazione diversa da quella prevista

✓ Corte di Cassazione, sez. III civile, sent. n. 14024/2013

Così ha deciso la Sezione III Civile della nostra Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da un paziente che aveva riportato una grave incontinenza alle feci solide come complicanza di un intervento di "fisolta perianale trans-sfinterica", pur avendo prestato il proprio consenso al diverso intervento di "fistola sacrococcigea". Tale complicanza, pur se normalmente prevista a seguito dell'intervento subito, non lo era invece per il diverso intervento rispetto al quale il paziente aveva prestato il proprio consenso.

Sia in primo grado sia in appello i giudici avevano ritenuto di dover rigettare il ricorso proposto, argomentando che il paziente fosse stato pur sempre reso edotto dell'esistenza di una patologia nella regione ano-rettale e della conseguente necessità di eseguire un intervento. Si sottolineava inoltre come la diagnosi precisa della patologia che affliggeva il paziente fosse stata fatta soltanto in sede di intervento chirurgico, con la conseguenza che i medici non avrebbero di certo potuto interrompere l'intervento per munirsi di un più esplicito e dettagliato consenso.

Di diverso avviso i giudici della Corte di Cassazione che, in accoglimento del ricorso presentato dal paziente, hanno cassato la sentenza impugnata e rinviato il procedimento alla Corte d'Appello di Napoli, argomentando che "(...) gravemente carente appare la motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui (...) ritiene, invero apoditticamente, estendersi ad un intervento diverso la manifestazione di consenso prestata dal paziente a quello invece previsto,

opinando, del tutto immotivatamente, (...) che la diversa operazione – ed i ben diversi rischi ad essa sottesi – potessero ritenersi “ricompresi” nell’iniziale informazione (...)”.

Ribadita, dunque, ancora una volta con questa pronuncia, la centralità del consenso informato quale limite e discrimine dell’attività medica, chiamata a svolgersi nel rispetto ed entro i limiti segnati dalla manifestazione di volontà del paziente, titolare unico di quel diritto costituzionalmente tutelato che è il diritto alla salute.

Si allargano i doveri del direttore sanitario

✓ Cass. pen., 17 maggio 2013, n. 21220

Che il direttore sanitario di una struttura privata debba vigilare sul possesso dei titoli dei soggetti che lavorano all’interno della struttura è fatto del tutto noto.

Come è noto che ove – al contrario – non vigili e consenta quindi l’esercizio abusivo della professione è passibile di sanzione penale per concorso nell’esercizio abusivo della professione.

Fino a qui la Cassazione penale 21220/2013 non ci dice nulla di nuovo.

La sentenza riporta però un passaggio che merita di essere segnalato in quando sembra allargare le responsabilità dello stesso Direttore sanitario

Si legge infatti in sentenza che il responsabile di una struttura sanitaria deve obbligatoriamente verificare “*non solo i titoli formali dei suoi collaboratori*”, ma ha anche l’obbligo di verificare che, al formale possesso delle abilitazioni di legge, “*corrisponda un accettabile standard di conoscenze e manualità minimali, conformi alla disciplina ed alla scienza medica in concreto praticate*”.

Obbligo questo non sempre osservato dai direttori sanitari.

Cosa ne dobbiamo desumere? Che si potrebbe configurare il concorso del direttore sanitario in lesione colpose nel caso di danno al paziente causato da sanitario con lecito titolo ma scarse capacità cliniche non verificate dal direttore sanitario stesso?

Responsabilità medica e danno non patrimoniale: risarcimento autonomo al coniuge della vittima di malasanità

✓ Corte di Cassazione, sez. III civile, sent. n. 14040/2013

Così si è di recente pronunciata la Sezione III Civile della nostra Corte di Cassazione, a seguito

di ricorso incidentale proposto da due coniugi avverso la sentenza della Corte d'Appello di Napoli che aveva negato alla donna il risarcimento del danno morale da lei sofferto in conseguenza dello stato gravemente depressivo nel quale era caduto il marito a seguito di una errata diagnosi di melanoma con prognosi infausta. L'uomo, ricoverato per l'asportazione di un banale neo alla gamba, aveva infatti visto diagnosticarsi, prima ancora che venisse effettuata la biopsia, un melanoma maligno in conseguenza del quale gli residuavano pochi mesi di vita.

Soltanto a distanza di lungo tempo gli veniva poi comunicato, con grave ed imperdonabile ritardo, che l'esame istologico aveva in realtà rivelato trattarsi di una semplice cisti seborea, senza dunque alcun pericolo per la sua vita. Lo stato di profonda depressione nel quale l'uomo era caduto aveva evidentemente coinvolto anche la moglie la quale dunque aveva richiesto in giudizio, accanto al marito, il risarcimento del danno morale da essa subito in conseguenza della situazione gravemente pregiudizievole che aveva coinvolto il coniuge.

Sia in primo sia in secondo grado detto risarcimento le era però stato negato sulla base dell'assunto secondo il quale i congiunti potrebbero far valere i danni c.d. "riflessi" solo a fronte di lesioni seriamente invalidanti della persona cara.

Proposto ricorso incidentale in Cassazione, i giudici hanno ritenuto le argomentazioni della donna meritevoli di accoglimento: nell'affermare che "(...) *il danno morale dei congiunti assume rilievo soltanto se può ricondursi alle ipotesi di lesioni seriamente invalidanti, tali cioè da rendere di particolare gravità le sofferenze del soggetto leso e, di riflesso, quelle dei suoi prossimi congiunti e da compromettere lo svolgimento delle relazioni affettive (...)*" la Corte territoriale è però giunta ad una conclusione sostanzialmente immotivata e contraddittoria rispetto alle sopraccitate premesse.

Affermano infatti i giudici della III Sezione Civile – nel cassare la sentenza impugnata, rinviando la causa alla Corte d'Appello di Napoli in diversa composizione – che "(...) *a parte il fatto che non può in linea di principio escludersi che il danno psichico, soprattutto gli stati depressivi, possano assumere un tale rilievo da doversi considerare gravemente invalidanti, è indubbio che nella specie la situazione venutasi a creare era obiettivamente idonea a configurare sofferenze di particolare gravità non solo per il soggetto direttamente leso, ma anche per colei che da anni ne condivideva la vita, ed era certamente tale da compromettere lo svolgimento delle relazioni affettive (come ben sperimenta chi si trovi a convivere con un depresso) (...)*".

Una pronuncia dunque, questa dei giudici di Cassazione, non soltanto giuridicamente ineccepibile ma altresì, per così dire, profondamente umana nel suo riconoscere meritevole di autonoma rilevanza la profonda sofferenza subita da un congiunto che si trovi a dover condividere e compartecipare il dolore di chi gli sta accanto.

+ Se il paziente interrompe le cure il sanitario non può essere chiamato a risarcire i danni

✓ Cassazione civile, sez. III, 18 luglio 2013, sent. n. 17573

Rare – e quindi sempre interessanti – le sentenze che, in qualche modo, dichiarano la non responsabilità dei sanitari e delle strutture.

Questa è una di quelle.

Il caso è quello di un paziente cade da un paracadute e viene trasportato al pronto soccorso.

Lì viene ingessato e gli si consiglia il ricovero.

Il paziente – evidentemente restio – rifiuta a va a casa.

Dopo circa venti giorni, persistendo forti dolori, si presenta presso un altro ospedale dove viene sottoposto ad un nuovo esame radiografico e ad un successivo intervento chirurgico.

A quel punto il paziente chiama il primo ospedale in giudizio sostenendo che il ritardo nel trattamento chirurgico, aveva prolungato l'immobilizzazione del gesso di circa tre mesi, ritardando i processi riparativi per l'insorgenza di un quadro algodistrofico con conseguenti postumi permanenti.

Di diverso avviso la Cassazione.

Preso atto infatti che dai controlli radiografici e dalla documentazione clinica risultava chiaro e documentato il consiglio circa il ricovero dopo l'ingessatura che tale ricovero non era stato effettuato per libera scelta del paziente, la cassazione sostiene che tale mancato ricovero ha fatto venir meno il nesso di causalità.

La Corte precisa infatti che in alcun caso il medico può imporre una cura; essa è sempre consigliata ed il paziente, debitamente informato, è sempre libero di seguirla o meno

Ciò non toglie che – sotto il profilo della responsabilità – la decisione del paziente di non proseguire o interrompere le cure costituisce un fatto di rilevanza giuridica: più esattamente interrompe il nesso causale fra la condotta dei sanitari e il danno con la conseguenza che gli effetti pregiudizievoli non possono essere imputabili all'ospedale, avendo tra l'altro il paziente lasciato trascorrere circa trenta giorni senza controlli sull'evoluzione della patologia.

+ Responsabilità medica: assolto il medico che dimentica una garza nel sito operatorio se essa non è causa del danno lamentato

✓ Corte di Cassazione, sez. IV penale, sent. n. 29886/2013

Ben si sa che la responsabilità penale presenta maglia più “larghe” rispetto a quella civile.

Questo è il motivo per cui, anche a fronte di casi, in cui sembrerebbe configurarsi una colpa del sanitario, in realtà si arriva poi in Cassazione ad una assoluzione.

Questo è uno di quei casi.

Pronunciandosi sul caso di una paziente che, sottoposta ad intervento chirurgico in sede paraspinale destra, aveva continuato a soffrire di una sintomatologia dolorosa in sede lombare per ben nove anni, salvo poi scoprire che nel sito operatorio era stata dimenticata una garza di grosse dimensioni. Il Giudice di primo grado aveva ritenuto in tal senso di condannare il chirurgo alla pena di mesi sei di reclusione “(...) per aver cagionato, per colpa generica, alla paziente lesioni personali cui conseguiva una malattia con incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni (...) a causa della persistenza del dolore in sede lombare nonché del conseguente affaticamento psico-fisico con insorgenza di stato ansioso per la mancata risoluzione della sintomatologia e dell’instaurarsi di una gastrite (...) dovuta alle reiterate prescrizioni di terapia antidolorifica (...)”.

La Corte d’Appello di Napoli, investita del gravame, ribaltava invece la sentenza di primo grado ed assolveva il chirurgo “perché il fatto non sussiste” sottolineando che, nel caso di specie, la responsabilità del sanitario non era stata provata dal momento che la successiva rimozione della garza non aveva certo fatto cessare i dolori che affliggevano la donna, eliminati soltanto grazie ad un intervento di stabilizzazione effettuato in epoca di molto successiva a quello di rimozione della garza.

In altre parole, affermava il Giudice di secondo grado, “(...) la presenza del corpo estraneo e la sua mancata rimozione (...) sono stati solo un fatto accidentale che non ha causato l’evento e che non aveva alcuna influenza sulla persistenza del dolore e sull’affaticamento psico-fisico della parte lesa (...)”.

Ed ecco che i Giudici della Corte di Cassazione, nel rigettare il ricorso presentato dalla paziente avverso la sentenza di secondo grado, hanno ritenuto di confermare l’assoluzione del chirurgo così argomentando: “(...) recepito l’insegnamento dettato dalle Sezioni Unite Penali di questa Corte con la sentenza n. 30328 del 2002, Franzese, deve escludersi la sussistenza di una relazione eziologica tra l’omissione e l’evento, facendosi applicazione, nel caso di specie, di un criterio di alto od elevato grado di credibilità razionale o di probabilità logica mediato dal richiamo dei principi ricavabili dal sapere scientifico (...). La riprova si trae dal c.d. giudizio controfattuale di guisa che, qualora in esito a tempestivo accertamento della natura del corpo estraneo (garza) presente in prossimità della lesione chirurgica risalente all’intervento compiuto dall’imputato, si fosse anche proceduto all’immediata rimozione chirurgica dello stesso, cionondimeno l’evento doloroso e le altre conseguenze pregiudizievoli (...) non sarebbero state

per ciò solo eliminate e neppure ridotte, trovando esse causa nella patologia neurologica preesistente da cui la paziente era affetta anteriormente (...)".

+ Una importante decisione della corte di conti siciliana circa il rapporto tra mediazione e danno erariale

✓ Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la Sicilia, sent. 2719/2013

E mentre il Parlamento reintroduce la mediazione obbligatoria per i risarcimenti danni in materia di responsabilità medica (legge 98/2013 – conversione del Decreto Fare), la Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per la Sicilia con la sentenza 2719/2013 fa chiarezza su un tema molto dibattuto in questo ambito: il rapporto tra mediazione e danno erariale.

Molti ospedali e ASL hanno infatti paventato in questi anni il rischio che l'eventuale chiusura della controversia nell'ambito di una mediazione avrebbe impedito, successivamente, il recupero delle eventuali somme pagate nei confronti dei medici, lasciando quindi tutto l'onere economico in capo alla struttura pubblica (a maggior ragione, oggi, ove molte strutture non sono assicurate).

La sentenza che si commenta scioglie questo dubbio legittimando pienamente l'accordo transattivo raggiunto in mediazione.

Vediamo i fatti.

A seguito di decesso di una paziente per carenze diagnostiche e terapeutiche dei medici del reparto di ginecologia dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Paolo Guccione" – I.M.I., il primario ed alcuni medici di reparto venivano condannati in sede penale per omicidio colposo e falso in atto pubblico per alterazione della cartella clinica.

Parallelamente gli eredi della paziente chiedevano il risarcimento dei danni per la morte della loro congiunta.

In prima istanza l'ospedale versava la somma di € 200.000,00 a titolo provvisoria, poi valutata la responsabilità dei propri medici decideva di prendere l'iniziativa presentando istanza di mediazione presso il Concilium A.D.R. al fine di pervenire ad un componimento bonario della vertenza.

In quella sede veniva raggiunto un accordo transattivo pari alla somma di € 834.424,00.

Più precisamente la società Cattolica Assicurazione metteva a disposizione il massimale di € 515.424,00, la differenza veniva poi versata in parti differenti dai medici di reparto; restava

fuori la somma di € 24.000,00 a carico del primario che, in ragione del rifiuto di quest'ultimo di pagare, veniva saldata dall'Azienda Ospedaliera.

Tale esborso veniva considerato dalla Procura della Repubblica della Corte dei Conti quale danno erariale da attribuire al primario ospedaliero.

Nelle memoria di difesa quest'ultimo sosteneva che la transazione era "atipica ed irragionevole", avendo deciso di liquidare una somma eccessiva rispetto al dovuto, in assenza peraltro di apposito giudizio civile.

Nello specifico poi sosteneva che era stato risarcito un danno tanatologico che, a parere del primario, non era di ritenersi sussistente.

In sostanza il primario sosteneva che il danno economico subito dall'ospedale (i 24.000 euro pagati) era da attribuirsi ad una transazione non corretta e non equilibrata, e non invece al comportamento della stesso tenuto.

Rigettando in toto le sopraesposte argomentazioni, la Corte dei Conti della Sezione Sicilia spiega invece con chiarezza perchè la mediazione raggiunta sia da considerarsi del tutto corretta.

Più esattamente i giudici contabili affermano che:

- l'accordo era stato raggiunto dopo una lunga trattativa, che aveva visti coinvolti medici legali, il direttore generale, il responsabile dell'ufficio legale e il responsabile dell'unità di medicina legale: quindi vi era stata un valutazione corretta ed approfondita della situazione di fatto e di diritto
- lo stesso primario, pur invitato, non aveva mai partecipato alle sedute di mediazione
- appariva poi del tutto opportune la necessità di addvenire ad una rapida conclusione della vicenda per evitare i maggiori costi relativi al contenzioso civile (aggravio per spese legali e di consulenze tecniche)
- appariva altresì opportuno chiudere velocemente il conflitto anche per rimediare al notevole danno di immagine subito dall'Azienda a causa del clamore mediatico suscitato dalla particolarità della vicenda
- la quantificazione del risarcimento da versare agli eredi appariva inoltre del tutto congruo sussistendo in base a conforme giurisprudenza un danno tanatologico, qualificabile giuridicamente come danno morale e come tali trasmissibile agli eredi (ex multis sezione lavoro n. 13672/2010)
- la quantificazione del danno morale in corrispondenza del valore massimo trovava giustificazione nel fatto che gli eredi sono il marito, i genitori e i fratelli,
- la somma iniziale chiesta dagli eredi era di € 1.600.000 e quindi l'accordo raggiunto pari a € 834.424,00 appare comunque frutto di una reciproco riavvicinamento
- inoltre in sede di contenzioso era del tutto presumibile che gli eredi avrebbero chiesto anche

ulteriori voci di danno quali: il danno patrimoniale subito dal marito a causa della perdita della potenziale capacità lavorativa della moglie di anni 32; quello connesso allo stato di gravidanza, frutto di apposta proceduta di inseminazione presso il centro SISMER di Bologna, ecc.; di conseguenza incardinare una causa avrebbe facilmente portato ad un esborso economico maggiore

In sostanza il Collegio tenuto conto che il risarcimento dei danni patrimoniali e morali agli eredi di un congiunto deceduto è frutto di stratificazioni giurisprudenziali, nonché di un giudizio prognostico circa l'esito di un lungo contenzioso civile che avrebbe comportato aggravio di costi per spese legali, consulenze tecniche, oneri accessori, ha valutato del tutto congruo l'importo deciso dall'ospedale e dagli eredi in sede di mediazione, non ritenendolo in alcun modo frutto di scelte incongrue o contra legem.

Sotto tale profilo ha ritenuto del tutto corretta la mediazione raggiunta dalla Pubblica amministrazione condannando quindi il primario ospedaliero a risarcire la P.A. dei danni subiti (i 24.000 di risarcimento di sua spettanza) a causa del suo comportamento.

Danno "esistenziale": sì al risarcimento se si verifica una modificazione peggiorativa della vita quotidiana

✓ Cassazione Civile, sezione III, 22 agosto 2013, n. 19402

Il tema della risarcibilità del danno non patrimoniale è da sempre al centro di diatribe in dottrina e giurisprudenza, specie in ordine alla corretta e puntuale individuazione delle diverse voci che lo compongono.

Il rischio, da sempre avvertito, è quello della c.d. "duplicazione delle poste di danno", che si verifica quando il medesimo aspetto (o la medesima voce di danno) venga computato due o più volte, sulla base di mere diversificazioni di carattere nominalistico – formale. Dall'altro lato, però, da sempre parimenti avvertito è il rischio – uguale e contrario – dei c.d. "vuoti risarcitori" derivanti da una mancata corretta valutazione delle diverse prospettive di analisi del medesimo evento lesivo.

Con la sentenza che si commenta la III Sezione della nostra Corte di Cassazione coglie l'occasione non solo per una ampia ed articolata ricostruzione storica della materia ma cerca anche di fornire criteri per distinguere – all'interno dell'unica categoria di danno non patrimoniale – le diversificazioni fra danno biologico, danno morale e danno "esistenziale".

Il caso è quello di una famiglia che agiva in giudizio per ottenere il risarcimento di tutti i danni patiti a seguito della prematura scomparsa del figlio vent'enne a seguito di un incidente stradale.

In primo ed in secondo grado la madre, il padre ed il fratello della vittima avevano visto riconoscersi una somma a titolo di risarcimento del danno biologico e morale subito, ritenuto però dagli stessi insufficiente, specie alla luce del fatto che sarebbe mancata, da tale computo, la valutazione dell'entità del danno c.d. "esistenziale", ritenuto meritevole di autonomo risarcimento.

Detta voce di danno, nell'opinione dei ricorrenti, doveva essere singolarmente considerata in quanto chiamata a risarcire la lesione di un diverso interesse, che è quello "(...) correlato alla intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che connota la famiglia (...)".

Ed ecco che la Suprema Corte, dopo aver tratteggiato le linee della evoluzione giurisprudenziale in materia (dalle c.d. "sentenze gemelle" del 2003 sino alle più recenti pronunce), ha ritenuto di dover dare continuità ai richiamati precedenti, affermando che "(...) il danno biologico, il danno morale ed il danno alla vita di relazione rispondono a prospettive diverse di valutazione del medesimo evento lesivo. *In altre parole, un determinato evento può causare, nella persona stessa della vittima come in quelle dei familiari, un danno alla salute medicalmente accertabile, un dolore interiore ed una alterazione della vita quotidiana (...)* Appare evidente che la Corte ha confuso i piani sopra ricordati, in quanto ha dimostrato di non aver adeguatamente valutato (...) i profili della lesione del rapporto parentale conseguenti alla morte del ragazzo. *La tragica fine di un vent'enne, infatti, potrebbe avere effetti anche devastanti sui genitori e sul fratello superstite, che il giudice di merito è tenuto a valutare anche alla luce degli insegnamenti di questa Corte. Ciò non si traduce (...) in un automatismo risarcitorio, ma implica comunque l'obbligo di prendere in considerazione il problema, potendosi altrimenti determinare la conseguenza di un vuoto risarcitorio che non risponde alla logica dell'art. 2059 c.c. e dei valori fondanti della nostra Costituzione (...)*".

Cassata, dunque, la sentenza di secondo grado con rinvio alla Corte d'Appello, in diversa composizione, affinché quest'ultima accerti se, a seguito del fatto lesivo, si sia effettivamente verificato per i superstiti – nella realtà materiale – uno sconvolgimento delle normali abitudini tale da imporre scelte di vita radicalmente diverse e da giustificare, dunque, il risarcimento in via autonoma del danno non patrimoniale c.d. "esistenziale".

Può sussistere la responsabilità erariale anche in capo a soggetti privato (con ulteriore conseguente applicazione anche della L. n. 231/2001)

✓ Corte di Cassazione 19 luglio 2013, n. 17660

Tristemente numerosi in Italia i casi di contributi, nazionali o comunitari, che non vengono correttamente utilizzati dai fruitori o che vengono ottenuti in base a false dichiarazioni di fatto.

Potrebbe essere il caso – solo a titolo di esempio – di contributi per progetti di rete (oggi così diffusi anche in ambito sanitario) ottenuti con artifici o raggiri o comunque non utilizzati per il fine assegnato.

Tale tipo di comportamento può configurare, in primis, un possibile profilo di responsabilità penale per violazione dell'art. 316-ter c.p. (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato o 640-bis c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche).

Se poi il fatto è compiuto da una società può sussistere oggi anche un profilo di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche in forza della l n. 231/01 che all'art. 24 sanziona l'indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche.

Infine con la Corte di Cassazione 17660/13 la Suprema Corte, riprendendo gli assunti di precedenti sentenze, ha statuito che può sussistere responsabilità erariale anche in capo al soggetto privato .

Partendo dalla mancata realizzazione di un impianto per il quale la società privata aveva ricevuto, a fronte delle argomentazioni del privato che sosteneva di non poter essere condannato per responsabilità erariale, i giudici di Cassazione hanno sostenuto che:

1. il finanziamento in questione non può essere ritenuto come liberamente utilizzabile nello svolgimento di qualsiasi attività economica lucrativa, solo per il fatto di essere stato concesso a titolo di generica sovvenzione, senza specifici vincoli di destinazione;
2. un contributo erogato nell'ambito dei finanziamenti comunitari e nazionali, per la realizzazione di un determinato risultato di pubblico interesse, implica la sussistenza della giurisdizione contabile;
3. in quest'ottica, la Corte (cfr. Cass. s.u. 25 gennaio 2013 n. 1774) è infatti stabilmente e univocamente orientata nel senso che “ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, non deve aversi riguardo alla qualità del soggetto che gestisce il denaro pubblico – che ben può essere un soggetto di diritto privato, destinatario della contribuzione – bensì alla natura del danno ed alla portata degli scopi perseguiti con la contribuzione stessa”,
4. ciò in quanto “in tema di danno erariale, è configurabile un rapporto di servizio tra la P.A. erogatrice del contributo statale ed i soggetti privati e pertanto una loro responsabilità amministrativa qualora essi, disponendo della somma erogata in modo diverso da quello preventivato o ponendo in essere i presupposti per la sua illegittima percezione, abbiano frustrato lo scopo perseguito dall'Amministrazione”.

In sostanza non rileva la natura pubblica o privata del soggetto che riceve il denaro pubblico bensì la natura del danno e la portata degli scopi perseguiti con la contribuzione stessa.