

La spending review dei contratti di appalto con le aziende sanitarie

Luca Griselli

Avvocato

Studio legale Griselli-Salina

Ricognizione del quadro normativo

Com'è noto, con Decreto Legge 6 luglio 2012 n. 95 convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 135 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini) il legislatore ha introdotto importanti novità (anche) in tema di acquisto di beni e servizi in ambito sanitario, mediante una serie di interventi tra loro molto ravvicinati (maggio e luglio 2012).

A) Un primo "filone" riguarda il c.d. "sconto" del 5%.

In particolare, l'art. 15, comma 13, lett. a), del citato D.L. 95/12 ha previsto che: *"ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 17, comma 1, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, gli importi e le connesse prestazioni relative a contratti in essere di appalto di servizi e di fornitura di beni e servizi, con esclusione degli acquisti dei farmaci, stipulati da aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale, sono ridotti del 5 per cento a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto per tutta la durata dei contratti medesimi; tale riduzione per la fornitura di dispositivi medici opera fino al 31 dicembre 2012"*.

La disposizione presenta un unico dubbio interpretativo e cioè se essa debba essere intesa come volta ad imporre uno sconto "secco" sui prezzi contrattuali, a prestazioni invariate; ovvero se anche le prestazioni (forniture) debbano essere proporzionalmente decurtate.

Il dubbio è alimentato dalle prime richieste di adeguamento dei contratti in essere provenienti da talune Amministrazioni interessate, alcune delle quali hanno optato per la prima soluzione, traendo spunto dalla stessa rubrica del D.L. 95/2012, che testualmente ha ad oggetto *"disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini"*.

Ma l'invarianza dei servizi è genericamente riferita all'intero provvedimento normativo, che a sua volta non ha ad oggetto il solo comparto sanitario, riguardando i più svariati settori della pubblica amministrazione. Si tratta, dunque, di un'espressione priva di autonomo valore precettivo, che evidenzia più che altro uno degli obiettivi della riforma (e cioè la riduzione della spesa, ma senza riduzione dei servizi ai cittadini).

Per contro, il tenore dell'art. 15, c. 13, lett. a), non sembra equivocabile: esso prevede la riduzione del 5% con riferimento agli *"importi"* e alle *"connesse prestazioni"*. Il che significa che non può esservi riduzione degli importi, senza contestuale riduzione delle prestazioni medesime.

Può affermarsi, dunque, che tale previsione si inquadra nel più generale istituto c.d. del "quinto d'obbligo", da sempre ben noto nella materia dei lavori pubblici e da ultimo espressamente esteso anche al comparto degli appalti pubblici di servizi e forniture (art. 311 d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207; a quanto consta, tale impostazione è stata condivisa anche da alcune importanti Regioni, che hanno diffuso le proprie prime indicazioni in tal senso).

Peraltro, l'art. 15, comma 3, lett. a), D.L. 95/2012 prevede la riduzione del 5% in relazione ai dispositivi medici solo fino al 31/12/2012, dal momento che, a partire dal 1/1/2013 entreranno in vigore i tetti di spesa (regionali e nazionali), di cui all'art. 17, c. 1, lett. c) del D.L. 98/11 (per il 2013 l'art. 15, lett. f), del D.L. 95/12 ha previsto il tetto del 4,9%).

B) Il secondo filone della *spending review*, ben più articolato e complesso, riguarda la c.d. rinegoziazione dei contratti.

La fattispecie, prima della conversione in Legge del D.L. 95/12, risultava disciplinata da due distinte fonte normative.

La prima in ordine cronologico era costituita dall'art. 17, comma 1, lett. a), del D.L. 6 luglio 2011 n. 98 (convertito in L. 111/11),

già modificato dall'art. 7bis del D.L. 7 maggio 2012 n. 52 (a sua volta convertito in L. 6 luglio 2012, n. 94).

Tale norma così disponeva: "*nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale di costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e anche al fine di potenziare le attività delle Centrali regionali per gli acquisti, il citato Osservatorio, a partire dal 1° luglio 2012, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, fornisce alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento, ivi compresi quelli eventualmente previsti dalle convenzioni Consip, anche ai sensi di quanto disposto all'articolo 11, alle condizioni di maggiore efficienza dei beni, ivi compresi i dispositivi medici ed i farmaci per uso ospedaliero, delle prestazioni e dei servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del Servizio sanitario nazionale. Ciò, al fine di mettere a disposizione delle regioni ulteriori strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa. Le regioni adottano tutte le misure necessarie a garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati, intervenendo anche sul livello di spesa per gli acquisti delle prestazioni sanitarie presso gli operatori privati accreditati.*

Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché sulla base delle analisi effettuate dalle centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle aziende sanitarie locali per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, non giustificate da

particolari condizioni tecniche o logistiche delle forniture, le aziende sanitarie locali sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di trenta giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le aziende sanitarie locali hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, in deroga all'art. 1671 del codice civile".

I tratti salienti di tale previsione erano, dunque, i seguenti:

- (i) elaborazione dei prezzi unitari di riferimento da parte dell'Osservatorio (in attesa della determinazione annuale dei costi standardizzati);
- (ii) verifica da parte delle Aziende sanitarie locali della sussistenza di eventuali differenze significative di tali prezzi unitari di riferimento con i prezzi unitari previsti dai contratti in essere per gli acquisti di beni e servizi;
- (iii) proposta (obbligatoria) di rinegoziazione, subordinata alla previa valutazione che le suddette significative differenze non derivassero da particolari condizioni tecniche o logistiche delle forniture;
- (iv) in caso di esito positivo della rinegoziazione, riconduzione dei prezzi unitari di fornitura ai suddetti prezzi di riferimento, senza modifica della durata del contratto;
- (v) in caso di esito negativo (e cioè di "mancato accordo"), attribuzione alle aziende sanitarie del "diritto" di recesso senza oneri (e cioè senza riconoscimento dei costi sostenuti e del mancato utile).

A distanza di pochi mesi, tuttavia, il testo dell'art. 17, comma 1, lett. a), del D.L. 6 luglio 2011 n. 98 è stato nuovamente modificato.

Infatti, con l'art. 15, c. 13, lett. b) del D.L. 6 luglio 2012 n.95 (da ultimo convertito

con modifiche nella Legge 7 agosto 2012, n. 135), il quarto e quinto periodo di tale norma sono stati sostituiti come segue: *«Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile. Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento»*».

Rispetto alla precedente versione, la disposizione appena citata presenta tre differenze non da poco:

(i) in primo luogo, non è più prevista la possibilità di giustificare la differenza tra i prezzi unitari in base alle particolari condizioni tecniche o logistiche delle forniture;

(ii) in secondo luogo, è definita in modo puntuale la nozione di "differenze significative", che sono tali solo se tra i prezzi unitari del contratto e i prezzi di riferimento vi siano differenze superiori al venti per cento. Da ultimo, l'art. 15bis, comma 2, lettera a), del D.L. 13/9/2012 n. 158 ha inserito un'ulteriore precisazione, relativa ai criteri da utilizzare per la determinazione dei prezzi di riferimento. È stato, infatti, previsto che: *«Per prezzo di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza si intende il 5° percentile, ovvero il 10° percentile, ovvero il 20° percentile, ovvero il 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrate dal predetto Osservatorio. Il percentile è tanto più piccolo quanto maggiore risulta essere l'omogeneità del bene o del servizio. Il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni»*.

L'attività di elaborazione dei prezzi di riferimento

L'art. 17, comma 1, lett. a) del D.L. 98/2011, demanda all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture il compito di fornire alle regioni, a partire dal 1° luglio 2012, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), un'elaborazione dei prezzi di riferimento, ivi compresi quelli relativi a talune classi di dispositivi medici.

Tali prezzi sono stati da ultimo pubblicati sul sito dell'Autorità di Vigilanza dei contratti pubblici (unitamente alla "Guida alla lettura dei prezzi di riferimento in ambito sanitario", integrata ed aggiornata in data 1 agosto 2012) e riguardano: a) 132 farmaci (diversi per principio attivo, dosaggio o forma farmaceutica) b) 163 classi di dispositivi medici (diversi per CND, descrizione, specifiche tecniche) c) servizi non sanitari (pulizia, lavanderia e ristorazione).

La stessa Autorità, però, sembra sollevare qualche dubbio sull'opportunità di operare un'interpretazione rigida di tali dati. Nella nota di accompagnamento ai vari elenchi dei prezzi, infatti, si legge che *"per tutte le categorie di beni e servizi oggetto si fornisce un prezzo di riferimento inferiore al prezzo mediano, sempre in un'ottica di contenimento della spesa. Oltre al prezzo di riferimento viene, comunque pubblicato anche il prezzo mediano. Quest'ultimo, infatti, può costituire un utile termine di confronto in tutti quei casi in cui il prezzo di riferimento, che per sua natura costituisce una misura sintetica dei prezzi comunicati, non riesca pienamente a dar conto dell'eterogeneità, anche qualitativa, dei beni e servizi acquistati... I prezzi rilasciati vanno comunque interpretati con cautela tenuto conto dell'eterogeneità che spesso caratterizza i beni e i servizi acquistati"*.

Inoltre, con particolare riferimento ai dispositivi medici, la suddetta nota di accompagnamento riferisce che sono stati forniti 163 prezzi di riferimento e che *"durante l'analisi statistica è stata riscontrata un'elevata variabilità di prezzo in relazione ad alcuni dispositivi medici imputabile, tra l'altro, a fattori qualitativi nonché ad ulteriori specifiche tecniche inerenti ai dispositivi medesimi. In tal caso, il prezzo di riferimento indicato può discostarsi in maniera significativa dal valore mediano"*.

Possibili profili critici della disciplina

L'obbligo di rinegoziare le condizioni economiche dei contratti in corso, al ricorrere delle condizioni indicate dall'attuale versione dell'art. 17, comma 1, lett. a), D.L. 98/11, presenta a mio avviso non poche criticità. Infatti, il legislatore non sembra essersi dato carico dell'effetto potenzialmente dirompente che la disciplina sopra brevemente descritta potrebbe provocare in relazione ai contratti in essere.

Le cui condizioni economiche originarie potrebbero risultare notevolmente modificate (e sempre *in peius* per il contraente privato) attraverso un meccanismo riconducibile all'inserzione automatica di clausole di cui all'art. 1339 c.c., che potrebbe essere giudicato in contrasto sia con taluni principi costituzionali, sia con il diritto comunitario degli appalti e della concorrenza.

Non può essere questa la sede per un approfondimento delle complesse problematiche sollevate dalla disciplina qui commentata. Nondimeno, qualche breve riflessione può essere sin d'ora svolta.

In primo luogo, la modificazione del prezzo dei dispositivi, rispetto a quello maturato in seguito alla procedura di evidenza pubblica, sembra comportare una violazione della Direttiva 31 marzo 2004 n. 18 in materia di appalti pubblici. Infatti, in tal modo l'esito della procedura stessa risulta alterato, potendosi dar luogo a vicende persino paradossali, quale ad esempio l'applicazione di un prezzo corrispondente ad un'offerta reputata anomala in sede di gara e per tale ragione esclusa (ad esempio in quanto non rispettosa del costo del lavoro definito nelle apposite Tabelle ministeriali di cui all'art. 86 comma 3bis D.Lgs. 163/06); così come sembra risultare vanificato il criterio di aggiudicazione (prezzo più basso ovvero offerta economicamente più vantaggiosa) utilizzato ai fini dell'espletamento della gara, realizzandosi così una distorsione della concorrenza.

Ma sembra configurabile anche una violazione del divieto (comunitario) di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, rispetto a quelle delineatesi all'esito della procedura di evidenza pubblica. Come è noto, tale divieto riguarda gli elementi essenziali del contratto e, pertanto, è senza dubbio riferibile al prezzo (sul punto la giurisprudenza è vastissima, si possono vedere tra le tante: C. di Stato, Sez. V, 13 novembre 2002 n. 6281 e T.A.R. Lazio,

Roma, Sez. I, 24 febbraio 2005 n. 1467).

Dal punto di vista costituzionale, poi, non può escludersi che sia ravvisabile un contrasto della disciplina in esame con i principi di (tendenziale) irretroattività delle leggi (civili) e di tutela dell'affidamento. È noto che non sussiste un divieto assoluto per il legislatore di definire leggi con portata retroattiva (divieto previsto solo per la materia penale dall'art. 25 Cost.). Tuttavia, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, anche al di fuori del diritto penale le leggi retroattive incontrano qualche limite, rappresentato, per l'appunto, dall'esigenza di salvaguardare il legittimo affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, che non può essere lesa da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori (cfr. ad esempio C. Cost. n. 271/2011).

La normativa in questione, che pone l'appaltatore di fronte all'alternativa secca tra l'adeguamento ai prezzi di riferimento o il recesso unilaterale e senza indennizzo da parte dell'Azienda sanitaria, finisce proprio con l'incidere retroattivamente sui contratti in corso: il che comporta un'evidente violazione dell'affidamento dello stesso appaltatore, che dovrebbe invece poter confidare nella stabilità delle condizioni contrattuali definite in esito alla procedura di affidamento.

Ma sembra anche configurabile una discriminazione a discapito degli operatori del comparto sanitario. Infatti, il sistema poc'anzi brevemente tratteggiato (prezzi di riferimento/rinegoziazione obbligatoria/recesso senza indennizzo) si applica solo ai contratti delle "Aziende Sanitarie", mentre per le altre pubbliche amministrazioni, nell'ambito dello stesso D.L. 6 luglio 2012 n.95, è stata dettata una disciplina molto diversa (cfr. art. 1, c. 13). La quale, pur riconoscendo alle pubbliche amministrazioni il diritto di recesso, nel caso in cui l'appaltatore non acconsenta alla proposta di riduzione del prezzo, subordina espressamente l'esercizio di tale potere al versamento in suo favore di un indennizzo consistente nel "*pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite*" (art. 1, c. 13, D.L. 95/12 cit.).

Insomma, di questioni sul tavolo ve ne sono molte ed è verosimile attendersi che la disciplina qui commentata sarà fonte di non poco contenzioso.