

La Gestione in Service tra qualche equivoco e qualche punto fermo

Luca Griselli
Avvocato

Com'è noto, da quando l'art. 3 del D.Lgs. 19 giugno 1999 n. 229 (c.d. riforma "Bindi"), ha qualificato gli Enti del Servizio Sanitario alla stregua di "aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale", le prospettive gestionali di detti Enti sono radicalmente mutate. Di conseguenza, le nuove "Aziende" sanitarie hanno dovuto confrontarsi con tale nuovo scenario, dal quale sono peraltro emerse anche interessanti possibilità di (un più ampio) ricorso a forme di *partnership* con operatori privati (mi riferisco, ad esempio, all'esperienza di talune aziende ospedaliere, che hanno costituito società a capitale "misto", al fine di dotarsi di strutture permanenti, in grado di fornire servizi strumentali all'erogazione del servizio pubblico sanitario, sulla base ad esempio dell'art. 29 L. 28 dicembre 2001 n. 448). Nel suddetto, rinnovato quadro legislativo si è in particolare manifestata, anche e soprattutto in un'ottica di contenimento della spesa pubblica, la necessità di distinguere, sotto il profilo gestionale, l'attività sanitaria vera e propria (e cioè il c.d. <core business>), da quella c.d. <no core>, che è costituita dall'eterogeneo insieme di prestazioni, funzionali all'erogazione del servizio sanitario (basti considerare i servizi di pulizia, sanificazione, lavanderia, ristorazione, guardaroba, fornitura e distribuzione divise; o, ancora, i servizi c.d. ecologici e cioè lo stoccaggio e smaltimento dei rifiuti, ma anche la manutenzione tecnologica e immobiliare etc.). Mentre, peraltro, l'attività sanitaria non può essere *tout court* delegata a soggetti privati, salve le specifiche ipotesi previste dalla legge (mi riferisco principal-

mente all'istituto dell'accreditamento, ma anche ad altre fattispecie peculiari, come le sperimentazioni gestionali di cui all'art. 9bis D.Lgs. 502/1992), il ricorso all'esperienza e al *know how* di soggetti esterni all'Amministrazione è ormai largamente praticato, per quanto riguarda le attività strumentali di cui s'è detto (si tratta del c.d. *outsourcing*, termine generico con il quale si è soliti designare l'ampia gamma di modalità di esternalizzazione di alcune fasi del processo produttivo da parte delle imprese). Ora nel multiforme panorama del c.d. *outsourcing*, per quanto riguarda il comparto sanitario, desta a mio avviso un notevole interesse il contratto di gestione in *service*, che si è rapidamente affermato e consolidato a partire dalla fine degli anni 80' (basti pensare alla sua diffusione in Regione Lombardia e, in particolare, a Milano). Senza pretesa di completezza, si può in breve rilevare che l'inquadramento di tale modalità di *outsourcing*, sotto il profilo della normativa pubblicistica nella materia degli appalti, rimanda immediatamente all'istituto dei c.d. contratti misti, ovvero di quella tipologia contrattuale nella quale confluiscono simultaneamente prestazioni eterogenee (ovvero appalti di lavori, servizi e forniture: cfr. ora l'art. 14 del D. Lgs. 163/2006). Esso, infatti, normalmente ha ad oggetto, quanto meno, la fornitura in montaggio, la messa in opera e la gestione tecnica degli apparati tecnologici occorrenti per il funzionamento di un dato reparto (es. emodinamica), la fornitura dei dispositivi medici monouso necessari per l'esecuzione delle pertinenti procedure cliniche e, talvolta, anche l'effettuazione di lavori edili,

elettrici ed impiantistici preordinati all'approntamento dei laboratori (oltre ad una serie di ulteriori prestazioni, quali ad esempio l'addestramento del personale, la gestione del magazzino etc.). Il tratto che maggiormente caratterizza l'istituto, a mio avviso, è costituito dalle modalità di remunerazione del fornitore del *service*, il cui compenso, volendo semplificare, non viene erogato in funzione delle risorse effettivamente impiegate e delle prestazioni in concreto rese all'Ente sanitario. L'insieme di tali prestazioni viene, invece, compensato "a procedura". Nel senso che per ogni processo sanitario il fornitore viene remunerato attraverso un corrispettivo predeterminato, che è commisurato al costo dei beni, dei lavori e dei servizi forniti, nonché a quota parte degli ammortamenti (si tratta, volendo operare un parallelismo, di una sorta di tariffa, che, come accade ad esempio nell'ambito dei servizi pubblici, deve consentire la copertura dei costi e la remuneratività della gestione). Il dibattito a proposito delle c.d. gestioni in *service* si è recentemente ravvivato, in seguito ad una sentenza del T.A.R. Lazio (n. 2180/2009), che ha bocciato il bando di un'Azienda sanitaria di Roma, volto ad aggiudicare un appalto qualificato come *global service*. Tale sentenza fornisce, dunque, lo spunto per (tentare) di portare un po' di chiarezza (sotto il profilo giuridico) in ordine ad un istituto in relazione al quale, tra gli addetti ai lavori, sembra esservi un po' di confusione. Dal punto di vista della disciplina di diritto amministrativo, il problema evocato (almeno apparentemente) dalla citata sentenza, concerne essenzialmente la compatibilità

dell'istituto con i principi della concorrenza. Ciò in quanto la caratteristica principale del *service* è quella di accorpate, nell'ambito di un unico contratto di appalto, un insieme di prestazioni eterogenee (di lavori, forniture e servizi): il che consente alla P.A. di interloquire con un solo soggetto, anziché con una pluralità di operatori, e perciò di conseguire notevoli benefici gestionali (in termini, ad esempio, di semplificazione delle procedure di selezione del contraente, ovvero di semplificazione contabile) oltre ad intuitibili risparmi di spesa. Tuttavia, l'accorpamento di prestazioni eterogenee, da affidare attraverso un'unica procedura di gara e ad un solo operatore imprenditoriale, se travalica i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, può potenzialmente costituire un non consentito ostacolo per la partecipazione alla gara da parte di operatori con un "raggio d'azione" (ossia un oggetto sociale) limitato.

Peraltro, non si tratta di problema che riguarda il contratto di *service* in quanto tale, concernendo, viceversa e più in generale, qualunque appalto misto. Tant'è che, tra le novità del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006), vi è anche l'espressa precisazione che "*L'affidamento di un contratto misto secondo il presente articolo non deve avere come conseguenza (...) di limitare o distorcere la concorrenza*" (cfr. art. 14, comma 4). Per tale saliente motivo ritengo che sarebbe un errore concettuale attribuire alla sentenza del TAR Lazio, sopra richiamata, una portata che travalichi i confini della fattispecie ivi esaminata, la quale, tra l'altro, ha riguardato un bando *prima facie* difficilmente difendibile, sotto

diversi profili. Basti a tal proposito considerare che, secondo quanto può ricavarsi dalla lettura della citata sentenza, si è trattato di un appalto davvero mastodontico, sia dal punto di vista economico, sia dal punto di vista temporale (infatti, l'onere previsto era pari addirittura a 216 milioni di euro in nove anni). Dal punto di vista oggettivo, poi, il bando in esame riguardava attività (lavori, servizi e forniture) relative a ben sette sale operatorie, di cui 4 afferenti al blocco operatorio cardiocirurgico e 3 al blocco operatorio vascolare, oltre a ben ventidue posti di terapia intensiva. Non solo. Infatti, la parte di contratto concernente l'espletamento di lavori pubblici, pur se formalmente "accessoria" alle forniture di dispositivi medici, raggiungeva da sola un importo stimato pari a sei milioni di euro, ovvero superiore alla soglia comunitaria e, dunque, di per sé difficilmente qualificabile come prestazione accessoria di una fornitura, nell'ambito di un contratto misto (art. 14 D. Lgs. 163/2006). A ciò si sono aggiunte ulteriori rilevanti anomalie del bando, prima fra tutte la mancata previsione di una base d'asta, ovvero carenze nei documenti di gara per quanto riguarda la stessa descrizione dell'oggetto delle prestazioni richieste (che secondo la sentenza risultava molto approssimativa e non avrebbe consentito la formulazione di offerte consapevoli). In tale quadro, ben può comprendersi la decisione di annullamento assunta dal T.A.R. Lazio, che sembra aver correttamente stigmatizzato, in quanto illegittimo ed irrazionale, l'accorpamento di prestazioni che sono apparse manifestamente disomogenee tra loro, tanto da violare anche il canone di proporzionalità (il che vale in particolar modo per l'imponente "quota" lavori che, tenendo conto del suo importo stimato, non poteva che essere aggiudicata con separata procedura di gara). Proprio per la peculiarità del bando annullato dal TAR Lazio, come accen-

navo, sarebbe a mio avviso del tutto fuori luogo voler ricavare da tale precedente una bocciatura globale del *service* nel comparto sanitario. Anzi, a ben vedere, dalla lettura della sentenza, si evince a mio avviso che il TAR abbia correttamente inteso circoscrivere la portata della propria decisione. Il Giudice amministrativo, infatti, ha sottolineato che "non vi sono dubbi che la scelta di comprendere o meno in unico appalto ovvero in più lotti un complesso di prestazioni da conferire mediante pubblica gara attiene assolutamente alla discrezionalità dell'amministrazione", con il limite (che nel caso esaminato è stato evidentemente travalicato) che le determinazioni assunte dall'Amministrazione in materia "non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del principio di proporzionalità". Ancora il TAR ha evidenziato la legittimità del ricorso a bandi dal contenuto "variegato ed omnicomprensivo", invalso a partire dagli anni novanta proprio nel settore sanità, per fronteggiare "la crisi finanziaria ed operativa, specie quella concernente le spese di investimento e le difficoltà operative, organizzative e funzionali". Dunque, ben lungi dall'aver preso le distanze, una volta per tutte, da un modello di *outsourcing* ormai ampiamente diffuso ed utilizzato, il TAR ne ha confermato l'astratta legittimità, sia pure entro i limiti di ragionevolezza e proporzionalità, che d'altra parte valgono per qualunque contratto pubblico e trascendono senz'altro, in generale, il comparto sanitario e, in particolare, il contratto di *service*.

Tale pronuncia, del resto, s'inserisce nel solco di una giurisprudenza consolidata, formatasi dapprima nella (diversa) materia del *global service* immobiliare (cfr. ad es. T.A.R. Lazio, Sez. II Bis 13 febbraio 2001 n. 1086) e sviluppata, successivamente, anche in relazione ad ipotesi di *service* sanitario. Si tratta di giurisprudenza che muove dalla premessa

che sia la normativa comunitaria sia quella nazionale disciplinano l'ipotesi dei contratti misti di "lavori e servizi" e di "forniture e servizi" e, quindi, di contratti che prevedono attività che appartengono a categorie diverse: lavori, forniture e servizi (art. 14 D. Lgs. 163/2006, art. 1 Dir. CE 2004/18, art. 1 Dir. CE 2004/17 e, in precedenza, 16° considerando e art. 2 della direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18.6.1992, artt. 3 e 4, del D. Lgs. 17.3.1995 n. 157). Secondo la richiamata giurisprudenza: "A tale stregua, poiché le predette disposizioni consentono contratti e, quindi, bandi misti che assieme alla prestazione di servizi comprendano anche forniture o lavori, tanto più devono ritenersi consentiti contratti e, quindi, bandi aventi ad oggetto una pluralità di servizi tra loro eterogenei... né può ritenersi illogica, ovvero contraria all'interesse pubblico, la scelta di procedere con unico bando per l'affidamento in lotto unico di una molteplicità di servizi, ancorché eterogenei, in quanto... il c.d. "global service" è ormai una realtà che consente di avere un unico interlocutore responsabile delle varie prestazioni, con conseguente razionalizzazione e riduzione dei costi e, quindi, con migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico" (T.A.R. Lazio, Sez. II Bis 13 febbraio 2001 n. 1086, cit., in termini: T.A.R. Sicilia, 30 luglio 2002 n. 1381 C. di Stato, Sez. V, 17 ottobre - 21 novembre 2003 n. 7620). Analogamente, è stata ritenuta legittima la procedura, indetta da un'azienda sanitaria locale, di appalto concorso per l'effettuazione di un *service* di analisi biochimiche e microbiologiche, comprensiva di lavori di ristrutturazione edilizia degli ambienti destinati al laboratorio, ove tali lavori assumano una dimensione accessoria rispetto all'importo complessivo dell'appalto e ne sia consentita la realizzazione tramite subappalto (C. di Stato, Sez. V, 23 marzo 2004 n. 1557). Ancora, è stata affermata la legittimità del bando di gara per

l'aggiudicazione della fornitura triennale di dispositivi per emodinamica, cardiologia pediatrica e radiologia interventistica con relativa gestione di magazzino. Si trattava di una gestione *in service*, che presupponeva il possesso da parte dei concorrenti di adeguati requisiti di qualificazione, relativi a prestazioni eterogenee, tra cui anche la fornitura, oltre che di dispositivi medici, di ulteriore materiale sanitario. Nella circostanza, con ordinanza in data 21 settembre 2005 n. 2296, il T.A.R. Lombardia ha giudicato che: "la richiesta formulata dalla stazione appaltante (...) non esclude che la ricorrente, pur non producendo i predetti presidi, possa comunque fornirli tramite soggetti terzi; peraltro il bando di gara prevede espressamente che le imprese interessate possano partecipare alla gara anche in forma associata (ATI) e ciò non al fine di costituire un "cartello" anticoncorrenziale per offrire diverse marche dello stesso prodotto ma per fornire materiale di diversa natura in un'unica soluzione da parte di un solo aggiudicatario; ai fini della partecipazione alla gara in argomento, la suddetta forma soggettiva consentirebbe peraltro alla ricorrente di associarsi con imprese in possesso del requisito di capacità richiesto".

D'altra parte, va anche soggiunto che l'ordinamento giuridico non pare contemplare una qualche forma di tutela (in via normativa o di principio) per le Imprese che pretendano di partecipare individualmente (ossia, senza alcuna forma di collaborazione con altri imprenditori) alle procedure tese all'affidamento di contratti della Pubblica amministrazione (anzi, la giurisprudenza ha talvolta rilevato che "l'oggettiva debolezza di talun aspirante a concorrere ad una gara non giustifica, di per sé, l'annullamento della gara stessa (...)") (C. di Stato, 7620/2003 cit.; cfr. anche T.A.R. Puglia, 23 ottobre 2003 n. 3936). Tale soluzione appare in linea con ciò che si è detto poco sopra, anche perché, è

appena il caso di rammentarlo, oltre alla ben nota figura dell'associazione temporanea tra imprese (art. 37 del D.Lgs. 163/2006), i modelli giuridici di cooperazione tra operatori di mercato non mancano nella vigente normativa. Basti pensare ai consorzi tra concorrenti (art. 37 D.Lgs. 163/2006 cit.), ma anche a vari istituti, anch'essi debitamente disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, quali l'avvalimento (art. 49 D.Lgs. 163/2006 cit.) e il subappalto (art. 118 D.Lgs. 163/2006 cit.). Sicché sembra di poter concludere che l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale offra un'adeguata copertura all'istituto del *service*, purché ovviamente siano rispettati i limiti di ragionevolezza e proporzionalità. Il che vale a mio avviso a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del comma 1bis della L. 241/1990 (così come introdotto dalla L. 15/2005) che, riconoscendo una volta per tutte la generale capacità di diritto privato dell'Amministrazione, ha altresì confermato l'ampia latitudine della sua autonomia negoziale.