



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4119 del 2022, proposto da Auxilium Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, e Andrea Bonanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2,

contro

la Regione Basilicata, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Anna Carmen Possidente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza della Regione Basilicata in Roma, via Nizza n. 56,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 336/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Basilicata;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2022, il Cons. Giovanni Tulumello e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 336/2022 il T.A.R. della Basilicata ha rigettato il ricorso proposto dalla Cooperativa Sociale Auxilium per l'annullamento del bando, e dei provvedimenti ad esso connessi, relativi alla procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare sanitaria, farmacologica, infermieristica, riabilitativa, medico, psicologica e di aiuto infermieristico nel territorio delle Aziende Sanitarie locali di Potenza (ASP) e di Matera (ASM).

La ricorrente in primo grado ha impugnato l'indicata sentenza con ricorso in appello.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, la Regione Basilicata.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 13 ottobre 2022.

2. L'odierna appellante, gestore del servizio in questione, ha impugnato il bando sopra descritto.

Il T.A.R. ha respinto il ricorso osservando:

2.1. che la pretesa della ricorrente, volta al rinnovo del contratto (in luogo di una nuova procedura selettiva per l'affidamento dello stesso), risulta contraria al disposto dell'art. 44 della legge n. 724/1994 e dell'art. 23, comma 2, della legge n. 62/2005;

2.2. che non possono trarsi argomenti di segno contrario dall'art. 36 della legge regionale della Basilicata n. 59/2021, perché tale disposizione va interpretata nel senso che la proroga dei contratti dallo stesso prevista non può comunque andare oltre il termine finale del 28 febbraio 2022;

2.3. che *“La ricorrente non ha provato che i contestati ultimi due capoversi dell'art. 10 delle Condizioni contrattuali rendono impossibile la formulazione dell'offerta”*;

2.4. che *“la ricorrente non ha interesse a contestare la suddivisione delle prestazioni in Cure Domiciliari ed in Cure Palliative Domiciliari, in quanto tale frammentazione può ledere esclusivamente i pazienti, bisognevoli di tali cure”*;

2.5. che *“l'interesse, perseguito dalla ricorrente con il presente ricorso, di continuare a svolgere in regime di proroga l'appalto di cui è causa, si pone in contraddizione con quanto evidenziato dalla ricorrente nelle memorie dell'11.4.2022 e del 15.4.2022, cioè che la Regione Basilicata avrebbe potuto transitoriamente, anziché indire la gara impugnata, erogare il servizio di assistenza domiciliare “anche tramite concessione di licenze o autorizzazioni provvisorie”, in quanto, prescindendo dall'ampia discrezionalità regionale nella gestione della fase transitoria del passaggio al sistema di autorizzazione e di accreditamento per l'erogazione delle cure domiciliari, anche l'attuazione della predetta ipotesi presuppone la cessazione degli effetti dell'appalto di servizi, ancora eseguito dalla stessa ricorrente.*

3. L'appellante deduce:

3.1. *Error in iudicando – ultrapetizione - omessa pronuncia*: la censura si diffonde in una ricostruzione del quadro normativo dalla quale emerge ad avviso dell'appellante che la vigente disciplina reca un modello che vede l'inserimento dell'erogazione delle cure domiciliari *“nell'ambito dei servizi assistenziali assoggettati al regime di autorizzazione dei soggetti erogatori pubblici e privati (per la realizzazione e l'esercizio di strutture sanitarie) e di accreditamento istituzionale degli operatori in grado di erogare, a livello territoriale, prestazioni sanitarie per conto e a carico del S.S.N.”*, lamentando conseguentemente che *“il bando indetto dalla Regione Basilicata pretende di reiterare il pregresso modello di gestione dei servizi di cura domiciliare, caratterizzato dalla configurazione di un contratto di appalto di servizi affidato ad unico operatore in relazione a ciascuno dei quattro lotti di cui si compone la gara”*.

Ne deriverebbe, secondo l'appellante, che *“Per poter accedere al settore, infatti, gli operatori si trovano costretti ad esprimere un'offerta negoziale che li vincolerebbe alla gestione contra legem del servizio per la durata contrattuale di 3 anni (+ 2 di potenziale proroga), vedendosi invece precluso l'accesso al sistema di accreditamento”*.

Su tali premesse, l'appellante ritiene che il giudice di primo grado abbia travisato il contenuto ed il significato della domanda, conseguentemente non pronunciandosi sulla stessa (così come precisata in appello): *“l'odierna appellante non mira affatto a vedersi ulteriormente prorogato l'affidamento del servizio in essere (proroga che, infatti, è già stata comunque disposta dalla Regione nelle more della procedura), ma aspira, al contrario, a poter concorrere nel mercato regionale secondo le dinamiche proprie del paradigma gestionale declinato (e prescritto) dal Legislatore (ovvero secondo il modello dell'accREDITAMENTO istituzionale)”*.

In altre parole, alla scadenza del contratto la Regione non avrebbe dovuto bandire una nuova gara, ma affidare il servizio secondo il nuovo e diverso modello gestionale delineato dalla disciplina nel frattempo sopravvenuta: eventualmente ricorrendo nelle more ad un regime transitorio, in ciò facoltizzata dall'art. 36 della legge regionale n. 59/2021.

Il T.A.R. avrebbe male interpretato tale disposizione: evocandola per affermare il divieto di proroga dei contratti in essere, ma non anche per inferire da essa il divieto di stipula di nuovi contratti: *“la norma dispone l'esatto contrario, escludendo la reiterazione del modello gestionale in essere oltre il 28.02.2022”*.

Secondo l'appellante, inoltre, *“L'interpretazione proposta dal T.A.R. (smentita anche dal testo della disposizione) presterebbe quindi il fianco anche a evidenti profili di incostituzionalità”*: alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 72/2020, resa sulla legge regionale pugliese n. 6 del 2019, in quanto *“pur a fronte della ormai prossima entrata a regime del sistema di accreditamento (previsto per il mese di agosto 2022), l'iniziativa assunta dalla Regione ha l'effetto di radicare un nuovo vincolo negoziale per un lasso temporale particolarmente lungo (3 + 2 anni), vincolando gli operatori a un assetto gestionale difforme da quello normativamente stabilito”*.

In tal senso la clausola del Capitolato che prevede la facoltà di recesso sarebbe inidonea a sanare il vizio sopra rappresentato.

3.2. Con il secondo motivo l'appellante censura la sentenza gravata nella parte relativa alla decisione sul secondo motivo del ricorso di primo grado, con il quale si era dedotto che *“il bando di gara viola la normativa di settore anche per quanto riguarda l'articolazione e le modalità di esecuzione dei servizi”*.

In particolare, si contesta la divisione fra lotti concernenti le cure domiciliari (1 e 2), e lotti concernenti le cure palliative domiciliari (3 e 4): divisione che l'appellante contesta, sostenendo che non si possano frammentare le cure domiciliari unitariamente considerate: *“il bando regionale prevede un'irrazionale disarticolazione dei servizi, tale da precludere l'approccio assistenziale integrato che costituisce l'elemento caratterizzante del sistema dell'assistenza domiciliare. L'incomprensibile frammentazione dei lotti prevista dal bando va anche contro ogni elementare buon senso; infatti, aggiudicando un lotto di cure domiciliari e non potendo aggiudicare anche quello delle cure palliative allo stesso aggiudicatario nella stessa provincia, a seguito dell'eventuale aggravamento delle condizioni del paziente, tale da rendere necessario l'adeguamento del livello di assistenza, si renderà necessario sostituire l'intera équipe di assistenza, per il medesimo paziente e al medesimo domicilio”*.

L'appellante contesta la statuizione del T.A.R. sul difetto d'interesse, osservando che *“Auxilium è operatore del settore che, ove risultasse affidatario del servizio, sarebbe obbligato dal punto di vista negoziale ad eseguire le prestazioni assistenziali secondo il modello definito dal capitolato speciale. La difformità del modello assistenziale rispetto agli standard prescritti a livello nazionale, quindi, si riverbera certamente sul gestore del servizio, il quale è chiamato ad assumere anche le correlate responsabilità. Non v'è dubbio, quindi, che il concorrente sia pienamente legittimato a sindacare la legittimità della lex specialis, anche nella misura in cui definisce illegittime modalità esecutive, tali – come affermato dal T.A.R. - da “ledere esclusivamente i pazienti, bisognevoli di tali cure”*.

4. In replica l'appellante sostiene che la Regione vorrebbe perpetrare un modello (quello dell'appalto di servizi) non più conforme al regime normativo; e contesta la previsione della tempistica (lunga) di messa a regime del nuovo sistema, che renderebbe necessario il contratto-ponte.

Nega poi di mirare ad una proroga dell'attuale rapporto negoziale.

L'appellante contesta poi la rilevanza della vicenda conclusasi con la sentenza della Corte costituzionale n. 238/2018: posto che *“Nella vicenda oggi in esame, al contrario, anche i requisiti di autorizzazione e accreditamento sono stati definiti con D.G.R. n. 106 del 14.03.2022, in pieno recepimento dell'accordo n. 151/CSR del 4 agosto 2021 concernente i “requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi per l'autorizzazione all'esercizio e requisiti ulteriori per l'accREDITAMENTO delle cure domiciliari”*.

Contesta, infine, che il termine del 28 febbraio 2022 abbia un significato diverso da quello di non ammettere, oltre quella data, la forma contrattuale di gestione del servizio.

5. L'appellante contesta preliminarmente alcuni passaggi motivazionali della sentenza gravata in punto di interesse a ricorrere.

In argomento osserva il Collegio che risulta che l'istante abbia agito nella qualità di operatore economico del settore, facendo valere il proprio interesse a censurare le scelte dell'Amministrazione in ordine alla modalità di affidamento di determinati servizi sanitari: sicché sotto questo punto di vista – e a prescindere dalla sua veste di gestore uscente e da eventuali proroghe, in essere o ormai cessate – l'interesse a ricorrere non appare dubitabile.

6. Nel merito deve osservarsi che, come riferito, l'istante ha formulato in primo grado (e riproposto in appello) due censure:

6.1. stante la necessità di adeguare il proprio ordinamento al nuovo regime fondato sull'accREDITAMENTO e sull'autorizzazione, introdotto per le cure domiciliari dall'articolo 1, comma 406, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la Regione non avrebbe giammai potuto indire una gara di appalto di servizi (per di più della durata di 36 mesi prorogabile di altri 24), ma avrebbe dovuto optare per altri strumenti al fine di “coprire” il periodo transitorio fino all'entrata a regime del nuovo sistema;

6.2. la previsione della facoltà dell'Amministrazione di recesso *ad nutum* dal contratto d'appalto colorerebbe lo stesso di un elemento di intollerabile aleatorietà, tale da rendere impossibile alle imprese formulare un'offerta (anche se poi evidentemente la stessa odierna appellante un'offerta la ha presentata).

7. Entrambi i motivi, ad avviso del Collegio, sono infondati.

7.1. Con riguardo al primo tema, non vi è spazio per sindacare le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione in relazione alla scelta delle modalità per assicurare il servizio nelle more del recepimento del nuovo sistema fondato sull'accREDITAMENTO e l'autorizzazione *ex* articoli 8-ter e seguenti del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (recepimento che peraltro la Regione ha documentato di aver tempestivamente avviato sulla scorta delle previsioni di apposita legge regionale).

La scelta di stipulare un contratto di appalto di servizi, continuando quindi a seguire le medesime modalità antecedenti all'innovazione normativa del 2020, può essere al più reputata inopportuna, ove non necessaria (come invece ritiene la Regione) proprio per assicurare la prestazione del servizio nelle more della definitiva attuazione del nuovo modello: ma non può essere qualificata *sic et simpliciter* come illegittima, tanto più che la gara bandita è stata espressamente configurata come gara-ponte attraverso la richiamata clausola di recesso esplicitamente ricollegata all'entrata a regime del nuovo sistema.

7.2. Quanto a quest'ultima clausola, anche la seconda doglianza dell'appellante è infondata, atteso che una tale clausola è consentita in via generale per i contratti pubblici dall'articolo 109 del d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50, con il solo limite di tenere indenne l'appaltatore dalle conseguenze economiche della risoluzione anticipata del rapporto con le modalità specificamente indicate nel citato articolo, che non consta nella specie non siano state rispettate (o, comunque, l'appellante non ne ha lamentato il mancato rispetto).

8. Risultano pertanto fondate le difese della Regione Basilicata, la quale osserva che quella contestata è una “gara-ponte”, per tale intendendosi *“una procedura di approvvigionamento di beni e servizi strategici, come quelli in ambito sanitario, che viene indetta quando i contratti delle Aziende sanitarie sono scaduti, le proroghe previste esercitate e le nuove forniture centralizzate, da parte delle centrali di competenza e/o dei soggetti aggregatori, non sono ancora operanti”*.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 238 del 2018, ha dato atto della rinuncia parziale dell'impugnativa statale; la sentenza così sintetizza la relativa questione: *“la norma impugnata, nel prevedere, al comma 2, l'applicazione di un regime di accREDITAMENTO provvisorio, nelle more del perfezionamento di quello istituzionale, in favore delle strutture sociosanitarie che abbiano già in corso convenzioni o contratti con Aziende sanitarie locali, stipulati previa selezione con procedure di evidenza pubblica, dando inoltre loro titolo a stipulare nuovi accordi con le A. per la durata massima di 18 mesi (comma 4), configurerebbe un'ipotesi di accREDITAMENTO ope legis nei confronti di strutture di cui verrebbe presunta la regolarità, indipendentemente dal possesso effettivo dei requisiti minimi”*.

Il ricorso alla gara ponte dunque non solo è legittimo, ma è l'unico allo stato possibile per garantire la prestazione del servizio: e ciò a maggior ragione in forza della “clausola risolutiva” prevista nel capitolato.

Appare fondato anche l'argomento difensivo regionale laddove aggiunge che *“anche a voler ammettere che l'inserimento della clausola risolutiva comporti difficoltà nel predisporre un offerta tecnica ed economica consapevole, l'attuale appellante, tra tutti gli operatori economici potenzialmente interessati alla gara, è sicuramente quella che risente di meno delle suddette difficoltà in quanto, essendo l'attuale gestore del servizio, le attività ed i costi necessari all'organizzazione e all'avvio del servizio sono praticamente irrilevanti, essendo già operativa la struttura che gli consente di espletare il servizio su tutto il territorio della regione Basilicata, soprattutto se rapportate ad eventuali concorrenti chiamati ad organizzare da zero i servizi in appalto”*.

9. Per quanto riguarda poi la censura inerente la suddivisione in lotti, per un verso l'appellante censura la previsione della suddivisione in lotti perché a suo dire contraria all'interesse dei pazienti; e, per altro verso, fonda il proprio interesse, contestando la statuizione del T.A.R., sostanzialmente su esigenze di organizzazione aziendale.

È emblematica, e singolare, l'affermazione per cui il contraente *“sarebbe obbligato dal punto di vista negoziale ad eseguire le prestazioni assistenziali secondo il modello definito dal capitolato speciale”*: In realtà è la domanda pubblica a determinare l'oggetto del contratto, e non le esigenze dell'offerente.

In ogni caso, e nel merito, va osservato che l'art. 51 del codice dei contratti pubblici indica tale soluzione come tendenzialmente obbligata.

Nel merito, la distinzione normativa tra le cure domiciliari (art. 22 del d.P.C.M. 12 gennaio 2017) e le cure palliative (art. 23 del medesimo) rende plausibile la scelta dell'Amministrazione, anche in considerazione dell'esigenza di integrazione dell'approccio assistenziale propriamente intesa.

10. Il ricorso in appello è pertanto infondato e come tale deve essere respinto.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società appellante al pagamento in favore della Regione appellata delle spese del giudizio, liquidate in complessivi euro cinquemila/00, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente
Giulio Veltri, Consigliere
Raffaello Sestini, Consigliere
Ezio Fedullo, Consigliere
Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO