

N. 01057/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02377/2016 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2377 del 2016, proposto da:

Neapolisanit s.r.l., A.I.A.S. - Sezione Nola Onlus, Centro Medico Moscati s.r.l., Centro Fisiovesuviano s.r.l., C.E.M. s.p.a., Villa delle Ginestre s.r.l., Centro Medicina Psicosomatica Cooperativa Sociale, Meta Felix s.r.l., Fondazione Istituto Antoniano, Provincia Religiosa SS. Apostoli Pietro e Paolo, Congregazione Piccole Apostole della Redenzione, C.F.R. s.r.l., Primula s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Patrizia Kivel Mazuy, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Gramsci n. 10;

contro

A.s.l. 108 - Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Rosa Anna Peluso, Giovanni Rajola Pescarini, con domicilio eletto – ai sensi dell'art. 25 comma 1 lett. a, del c.p.a. – presso la Segreteria del T.a.r. della Campania in Napoli, piazza Municipio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

C.T.F. s.r.l. – Centro Terapia Fisica e Riabilitazione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Concetta Saetta, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Calabritto n. 20;

per l'annullamento

-della deliberazione n. 193 del 24 marzo 2016 con la quale il Commissario straordinario della A.s.l. Napoli 3 sud ha approvato il disciplinare tecnico per l'affidamento di prestazioni psicologiche, infermieristiche, riabilitative, dietistiche e socio-sanitarie (OSS), e servizi correlati, per le cure domiciliari aziendali;

oppure, in via subordinata, per l'annullamento della predetta deliberazione nella parte in cui precede l'affidamento mediante procedura di gara di prestazioni riabilitative, sanitarie e socio - sanitarie;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi compresi:

- tutti gli atti istruttori;

- la determina dirigenziale n. 13 del 4 aprile 2014 (benché revocata), con la quale è stato approvato il precedente disciplinare tecnico del Servizio di affidamento delle prestazioni psicologiche, infermieristiche, riabilitative, dietistiche e socio-sanitarie (OSS) e servizi correlati per le cure domiciliari aziendali, per una gara triennale di cui si è chiesta e ottenuta l'autorizzazione della SORESA in data 11 dicembre 2014;

- della delibera n. 463/2015 che ha approvato il nuovo regolamento aziendale delle cure domiciliari;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.s.l. Napoli 3 Sud;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2017 il dott. Paolo Marotta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le società ricorrenti – titolari di strutture socio-sanitarie che forniscono prestazioni di riabilitazione in regime di accreditamento – hanno impugnato la deliberazione n. 193 del 24 marzo 2016, con la quale la A.s.l. Napoli 3 sud ha approvato un nuovo disciplinare tecnico per l'affidamento delle prestazioni psicologiche, infermieristiche riabilitative, dietistiche e socio-sanitarie per le cure domiciliari aziendali.

Si è costituita in giudizio la A.s.l. Napoli 3 sud, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, in quanto l'atto impugnato (un disciplinare tecnico) non avrebbe natura lesiva; nel merito, ha contestato la fondatezza del ricorso, in quanto le prestazioni di assistenza domiciliare integrata verrebbero sempre svolte sotto il controllo della A.s.l.

Ha spiegato atto di intervento *ad adiuvandum* la società C.T.F. s.r.l. – Centro terapia fisica e riabilitazione, titolare di una struttura sanitaria e socio – sanitaria accreditata con il servizio sanitario.

All'udienza pubblica del 24 gennaio 2017, il Collegio - ai sensi dell'art. 73, comma 3, del c.p.a. – ha sollevato d'ufficio una questione di possibile inammissibilità dell'atto di intervento; il ricorso è stato, quindi, trattenuto in decisione.

Preliminarmente, deve essere dichiarata l'inammissibilità dell'atto di intervento *ad adiuvandum*, dispiegato dalla società C.T.F. s.r.l. – Centro terapia fisica e riabilitazione per due ordini di ragioni.

Da un lato, infatti, la parte interveniente non fa valere un interesse dipendente da quello azionato dalle parti ricorrenti, ma un interesse autonomo per il quale avrebbe dovuto proporre autonoma impugnativa (nel processo amministrativo l'unica forma di intervento ammessa è quella di tipo adesivo – dipendente, *ad adiuvandum* o *ad opponendum*).

Dall'altro lato, la parte interveniente, oltre a riproporre censure dedotte dalle parti ricorrenti, introduce censure nuove, ampliando inammissibilmente il *thema decidendum*.

Sempre in via preliminare, il Collegio è chiamato a verificare la fondatezza della eccezione di inammissibilità del ricorso, per difetto di interesse, sollevata dalla amministrazione resistente.

L'eccezione è infondata.

Il disciplinare approvato con l'atto deliberativo impugnato è propedeutico alla indizione di una gara per l'affidamento in appalto delle prestazioni di assistenza domiciliare integrata; risulta, dunque, evidente l'interesse delle parti ricorrenti – titolari di strutture socio-sanitarie che forniscono prestazioni di riabilitazione in regime di accreditamento – a contestare la legittimità dell'atto deliberativo gravato, in quanto titolari di un interesse giuridicamente rilevante, leso dalla programmata esternalizzazione dei servizi che esse attualmente gestiscono per il servizio sanitario regionale in regime di accreditamento.

Nel merito, le parti ricorrenti deducono le seguenti censure:

- Violazione e falsa applicazione degli artt. 8-bis e ss. del d.lgs. n. 502/1992 e s.m.i.; violazione delle delibere di Giunta regionale della Campania nn. 377/1998 e n. 7301/2001; violazione del principio "*lex specialis derogat legi generali*"; violazione del d.P.C.M. 29 novembre 2001; violazione dell'art. 97 della Cost.; eccesso di potere sotto diversi profili (travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; arbitrarietà; incompetenza);

- Violazione e falsa applicazione del decreto del Commissario ad acta n. 41/2011; violazione e falsa applicazione della legge n. 328/2000; violazione e falsa applicazione della legge regionale della Campania 23 ottobre 2007 n. 11; violazione del decreto del Presidente della Giunta della Regione Campania n. 16/2009; Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, arbitrarietà, erroneità e sviamento;

- Violazione e falsa applicazione degli artt. 8-bis e ss. del d.lgs. n. 502/1992 – Violazione degli artt. 3 e 97 Cost.;

Disparità di trattamento tra strutture private e violazione dei principi di parità e libera concorrenza che governano il settore sanitario; eccesso di potere per errore, difetto di istruttoria e illogicità, incompetenza, ingiustizia manifesta.

In estrema sintesi, sostengono le ricorrenti che le prestazioni oggetto del disciplinare – essendo riconducibili alla attività sanitaria e socio- sanitaria e, conseguentemente, essendo assoggettate ai l.e.a. (livelli essenziali di assistenza) – dovrebbero essere erogate in via esclusiva dalle strutture pubbliche e/o dalle strutture private in possesso di autorizzazione e di accreditamento.

A sostegno della loro tesi, le ricorrenti richiamano anche il regolamento regionale n. 4/2014, di attuazione della legge n. 11/2007 (legge per la dignità e la cittadinanza sociale).

Il ricorso è fondato.

Occorre premettere che l'art. 8-bis del d.lgs. n. 502/1992 (inserito dall'art. 8, comma 4, d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229) così dispone: "1. Le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8-quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies... 3. La realizzazione di strutture sanitarie e l'esercizio di attività sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all'articolo 8-ter, dell'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-quater, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies. La presente disposizione vale anche per le strutture e le attività sociosanitarie".

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, "*La possibilità, riconosciuta alle aziende sanitarie, di attivare forme di partnerariato pubblico-privato (anche di tipo puramente contrattuale) per l'esercizio di compiti strumentali allo svolgimento dei compiti di istituto (Cons. St., V, 8 agosto 2003, n. 4594) nonché per l'esercizio delle stesse attività di cura e di assistenza alla persona (Cons. St., V, 23 ottobre 2007, n. 5587) rientra nell'ambito delle Sperimentazioni gestionali disciplinate dall'articolo 9-bis del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, aggiunto dall'art. 11 del decreto legislativo 7 dicembre 1993, n. 517, successivamente sostituito dall'art. 10 del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 ed ulteriormente modificato dall'art. 3 del D.L. 18 settembre 2001, n. 347..... Se è vero, infatti, che la disposizione di cui all'art. 9-bis citato non prevede affatto un divieto assoluto di esternalizzazione dell'attività di cura alla persona, essa segna pur sempre, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (Cons. St., V, n. 5587/2007, cit.), due chiare regole:*

- *l'affidamento a terzi deve risultare conforme alle linee del programma di sperimentazione gestionale approvato dalla competente amministrazione sanitaria (condizione che non risulta soddisfatta nel caso all'esame);*

- *i soggetti terzi, che possono svolgere materialmente i compiti di cura diretta alla persona devono essere parti dell'accordo di sperimentazione e non sono autorizzati a coinvolgere altri soggetti per l'attività direttamente riferibile alla cura alla persona (del che non si discute nella presente controversia).*

2.3.1 - *Si deve concludere sul punto, pertanto, che, non vertendosi nell'ambito di sperimentazione delle nuove forme gestionali, nessuna esternalizzazione di alcune attività di cura ed assistenza sanitaria istituzionalmente spettanti alle*

AA.SS.LL. poteva realizzarsi in favore di privati, salvo il ricorso, come appunto correttamente ritenuto dall'Azienda appellata in sede di adozione del provvedimento oggetto del giudizio, al tradizionale istituto dell'accreditamento, che, nel rispetto degli standards minimi di offerta del servizio sanitario, consente alla sede privata di produzione di prestazioni sanitarie di rivestire concretamente o di acquistare la condizione di contraente per conto o con il servizio pubblico, anche sotto il profilo del prezzo dell'attività resa al sistema pubblico (remunerazione)» (Consiglio di Stato, sez. III, n. 1698/2011).

Orbene, l'A.s.l. Napoli 3 – sud, al di fuori delle sperimentazioni gestionali di cui all'art. 9 – bis del d.lgs. n. 502/1992, approvando l'atto deliberativo impugnato e l'annesso disciplinare tecnico, ha in sostanza pianificato la esternalizzazione, per un periodo di tre anni, delle attività di cura ed assistenza sanitaria in sede domiciliare in favore degli anziani non autosufficienti o autonomi ad elevato rischio di perdita della autonomia o nei confronti dei soggetti disabili (ivi compresi i pazienti cronici e/o terminali), prescindendo dal regime di accreditamento, e stabilendo che l'appalto (dell'importo complessivo di € 6.240.410,30 al netto dell'i.v.a.) verrà aggiudicato con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa al concorrente che conseguirà il punteggio massimo (punti 60 per l'offerta tecnica e punti 40 per l'offerta economica per un totale di punti 100).

Senonché la predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche dei partecipanti alla gara non assicura nessuna certezza in ordine al rispetto degli standards minimi che il servizio sanitario deve assicurare nella erogazione delle prestazioni di cura e di assistenza alla persona.

Questo Tribunale ha già avuto modo di precisare che le prestazioni domiciliari non possono essere erogate da soggetti privati non accreditati con il sistema sanitario regionale ex d.lgs. n. 502/1992, evidenziando che il sistema dell'accreditamento istituzionale “consente ai soggetti privati di erogare prestazioni socio-sanitarie rientranti nel servizio pubblico ad una duplice condizione: innanzitutto è richiesto il requisito dell'autorizzazione, costituente un provvedimento amministrativo che consente a qualsiasi struttura privata di operare nel settore sanitario, previo accertamento del possesso dei requisiti di carattere igienico e tecnico-sanitario; in secondo luogo, al fine dell'inserimento del soggetto privato nel servizio sanitario, in regime di concorrenza amministrata con le strutture pubbliche, è necessario che il privato consegua l'accreditamento, costitutivo di un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche, mediante il quale l'offerta di prestazioni sanitarie da parte della struttura privata viene inserita nell'ambito della programmazione sanitaria pubblica, previa fissazione di tariffe remunerative e delimitazione del tetto massimo di spesa” (T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 15 aprile 2016 n. 1869).

Né a diverse conclusioni si può pervenire in considerazione del potere di controllo esercitato dalla A.s.l. sulle prestazioni sanitarie esternalizzate, in quanto, in base alle disposizioni normative sopra richiamate, il controllo sulla qualità delle prestazioni sanitarie erogate dagli operatori privati per conto del servizio sanitario regionale deve essere attuato in via preventiva (attraverso il rilascio dell'accreditamento alle strutture sanitarie private in possesso di determinati standards qualitativi) e non attraverso il controllo e la vigilanza *ex post* sulla qualità delle prestazioni operate.

Le conclusioni cui il Collegio è pervenuto trovano ulteriore conferma nel regolamento regionale n. 4 del 7 aprile 2014, di attuazione della legge n. 11/2007 (legge per la dignità e la cittadinanza sociale).

Il predetto regolamento regionale, all'art. 2, comma 1, lett. e, qualifica l'accreditamento come “il provvedimento che abilita all'esercizio dei servizi il cui costo si pone, in tutto o in parte, a carico della pubblica amministrazione” e all'art. 7, comma 2, dispone che: “L'accreditamento per l'offerta di servizi territoriali e domiciliari può essere richiesto dai prestatori, ad esclusione delle organizzazioni di volontariato, che possiedono i requisiti comuni previsti dall'articolo 7, i requisiti specifici indicati nel catalogo e quelli previsti dalla normativa comunitaria, statale e regionale per la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici”.

Dalle disposizioni sopra richiamate emerge con chiara evidenza che l'erogazione di prestazioni sanitarie domiciliari da parte di strutture sanitarie private a carico del servizio sanitario regionale non può prescindere dal possesso del requisito dell'accreditamento istituzionale.

Il ricorso è dunque fondato per la dedotta violazione dell'art. 8 - bis del d.lgs. n. 502/1992 e del regolamento della Regione Campania n. 4/2014; conseguentemente, il disciplinare tecnico approvato con la deliberazione impugnata va annullato nella parte in cui non prevede il possesso dell'accreditamento istituzionale quale requisito necessario per concorrere alla procedura di gara per la esternalizzazione delle prestazioni psicologiche, infermieristiche riabilitative, dietistiche e socio-sanitarie per le cure domiciliari aziendali a carico del servizio sanitario regionale.

In considerazione della complessità delle questioni dedotte in giudizio, il Collegio ravvisa gravi ed eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara l'inammissibilità dell'atto di intervento *ad adiuvandum*, dispiegato dalla società C.T.F. s.r.l. – Centro terapia fisica e riabilitazione;

- accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla (in parte qua) gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Diana Caminiti, Primo Referendario
Paolo Marotta, Primo Referendario, Estensore
IL SEGRETARIO
22/02/2017