

Publicato il 08/09/2017

N. 04325/2017 REG.PROV.COLL.
N. 04838/2016 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 4838 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Centro di Riabilitazione A.I.A.S. di Afragola, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Egidio Lamberti, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Lamberti in Napoli, via Costantino, 52, e dall'avv. Luciano Costanzo, con domicilio eletto presso lo studio Marco Andreoli in Napoli, via dei Fiorentini, 21;

Studio Cieffemme S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Di Nuzzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, p.zza Municipio, 64 c/o Tar Campania, dall'avv. Egidio Lamberti, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Lamberti in Napoli, via Costantino, 52, e dall'avv. Luciano Costanzo, con domicilio eletto presso lo studio Marco Andreoli in Napoli, via dei Fiorentini, 21;

Centro Rodi S.r.l., Centro Riabilitazione S. Ciro S.r.l., Associazione

Anisap Campania e Associazione Fras, in persona del legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Egidio Lamberti, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Lamberti in Napoli, via Costantino, 52, e, con esclusione delle Associazioni, dall'avv. Luciano Costanzo, con domicilio eletto presso lo studio Marco Andreoli in Napoli, via dei Fiorentini, 21;

in proprio e in qualità di mandanti della costituenda ATI con I.F.L.HAN. S.r.l. (capogruppo) Panda S.r.l., Centro di riabilitazione S. Vincenzo, Centro Buonincontro S.r.l., Centro D.H.C. S.r.l. e Ortopedica Flegrea S.r.l. (mandanti), in persona del legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avv. Egidio Lamberti, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Lamberti in Napoli, via Costantino, 52, e dall'avv. Luciano Costanzo, con domicilio eletto presso lo studio Marco Andreoli in Napoli, via dei Fiorentini, 21;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interr.OO.PP.Regione Campania e Molise, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvoc. Distrett. dello Stato Napoli, domiciliata in Napoli, via Diaz, 11;

ASL Napoli 2 Nord, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Sorrentino e Francesco Giuseppe Alfano, con domicilio eletto presso lo studio Domenico Sorrentino in Pozzuoli, via C. Alvaro, 8 c/o Affari Legali;

nei confronti di

Vivisol Napoli S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Romano, Eduardo Romano e Alessandro Romano, con domicilio eletto presso lo studio Carlo Maria Iaccarino in Napoli, via S. Pasquale a Chiaia, 55;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

I.F.L.HAN. S.r.l., Panda S.r.l., Centro di Riabilitazione S. Vincenzo, Centro Buonincontro S.r.l., Centro D.H.C. S.r.l. e Centro di Riabilitazione Serena S.a.s., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Egidio Lamberti, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Costantino, 52;

per l'annullamento

a) del bando indetto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata avente ad oggetto: "Procedura aperta per mezzo di offerte segrete per l'affidamento di cure domiciliari di I, II e III livello, prestazioni di cure delle lesioni cutanee, nutrizione artificiale domiciliare a favore degli utenti dell'ASL Napoli 2 Nord per un servizio triennale. — NUTS ITF33 CIG 5800893272 - per un complessivo importo a base d'asta di € 29.223.756,00 - pubblicato sulla GUUE 2016/S.187-335732 e sulla GURI n. 115 del 5.10.2016, del relativo disciplinare di gara e del capitolato speciale;

b) di tutti gli atti ad essi preordinati e, quindi anche: b1) di quelli, ignoti numero e data, attraverso i quali l'ASL Napoli 2 Nord ha deliberato di procedere all'indizione della gara impugnata sub a) ed ha delegato il Provveditorato per la relativa indizione, nonché b2 - b3) le delibere dell'A.S.L. Napoli 2 Nord nn. 199 del 25.02.2016 e 18 del 1.08.2016, richiamate nel disciplinare di gara;

e, con motivi aggiunti depositati il 25.01.2017:

a) del provvedimento in data 13.12.2016, con il quale il M.I.T. — Provveditorato Interregionale per le OO.PP., ha ammesso l'A.T.I.

Vivisol Home Care Service S.r.l. (*rectius* Vivisol Napoli S.r.l.) - Icaro Consorzio Cooperative Sociali - Consorzio Italia Coop. Sociale a partecipare alla gara avente ad oggetto "Procedura aperta per mezzo di offerte segrete per l'affidamento di cure domiciliari di I, II e III livello, prestazioni di cura delle lesioni cutanee, nutrizione artificiale domiciliare a favore degli utenti dell'ASL, Napoli 2 Nord per un servizio triennale — NUTS ITF33 CIG 5800893272", indetta con bando pubblicato sulla GUUE 2016/S 187-335732 e sulla G.U.R.I. n. 115 del 5.10.2016;

e, con motivi aggiunti depositati il 21.03.2017:

a) dei provvedimenti depositati in data 4.02.2017 dalla Vivisol Napoli S.r.l. e, nella specie:

a1) del verbale n. 2 del 12.01.2015 dell'Ambito Territoriale C8 ex D.G.R.C. n. 320/2012 di accreditamento, ai sensi degli artt. 9 e 10 del Regolamento n. 4/2014, del Consorzio Italia;

a2) dell'attestato prot. n. 1260/C8 del 12.01.2015 a firma del Coordinatore dell'U.d.P. dott. Roberto Pirro dell'Ambito Territoriale C8 ex D.G.R.C. n. 320/2012 (Comune Capofila Santa Maria Capua Vetere), dell'accREDITAMENTO istituzionale ai sensi degli artt. 9 e 10 del Regolamento Regionale n. 4/2014 al Consorzio Italia, "...per la gestione del servizio di "Assistenza Domiciliare Integrata con Servizi Sanitari" e "Assistenza Domiciliare Socio-Assistenziale";

a3) della determina del Direttore Generale dell'Azienda Speciale Consortile per la gestione delle Politiche sociali nei comuni dell'Ambito Territoriale N. Al n. 143 dell'1.9.2015 di accREDITAMENTO del Consorzio di cooperative sociali Icaro "...per l'esercizio dei servizi territoriali e domiciliari, rientrante nella tipologia "servizio di assistenza domiciliare socio-assistenziale" area di intervento persone

anziane e persone con disabilità di cui al Catalogo dei servizi sezione B del Regolamento n. 4 del 7 aprile 2014";

b) di tutti gli atti ad esso preordinati, connessi e/o consequenziali;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, dell'ASL Napoli 2 Nord, del Provveditorato Interr. OO.PP. Regione Campania e Molise e della Vivisol Napoli S.r.l.;

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 4 luglio 2017 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Le società ricorrenti, centri accreditati con il S.S.R. per l'erogazione delle prestazioni di terapia fisica e riabilitazione ex art. 26 della l. n. 833/1978 che svolgono assistenza domiciliare integrata presso l'ASL resistente, impugnano, con ricorso introduttivo, il bando della procedura aperta per l'affidamento, triennale, di cure domiciliari di I, II e III livello, prestazioni di cure delle lesioni cutanee e nutrizione artificiale domiciliare a favore dei relativi utenti, e, con motivi aggiunti, il provvedimento di ammissione alla medesima gara dell'A.T.I. Vivisol S.r.l. - Icaro Consorzio Cooperative Sociali — Consorzio Italia Coop. Sociale oltreché i rispettivi provvedimenti di accreditamento.

II. A sostegno del gravame deducono i seguenti motivi di ricorso:

- a) violazione degli artt. 3, 4, 36 e 97 della Costituzione, degli artt. 8 bis, 8 ter e 8 quater del d.lgs. n. 502/1992, dell'art. 3 della l. n. 241/1990, degli artt. 48 e 100 del d.lgs. n. 50/2016, della l.r. n. 11/2007, del d.P.C.M. 29.11.2001 n. 19854, del d.G.R.C. n. 41/2011 e del Regolamento n. 4/2014, in particolare degli artt. 2 e 9, comma 4, e del catalogo dei requisiti specifici richiesti per l'erogazione dei servizi approvati con d.G.R. 23.04.2014 n.107, con conseguente illegittimità del bando di gara -in sé e nella parte in cui consente la partecipazione a soggetti non accreditati con il S.S.N.-, nonché dell'ammissione dell'A.T.I. controinteressata;
- b) eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà, carenza dei presupposti soggettivi e oggettivi per l'esecuzione del servizio e sviamento.

III. Si sono costituite l'Azienda sanitaria, il M.I.T. – Provveditorato alle opere pubbliche, rispettivamente, quali amministrazione procedente e stazione appaltante, e l'A.T.I. controinteressata, tutti eccepando l'inammissibilità e concludendo, nel merito, per il rigetto del ricorso. Hanno, invece, interposto intervento *ad adiuvandum* Centri accreditati con il S.S.R..

IV. All'udienza pubblica del 4.07.2017, fissata per la discussione, la causa è stata introitata per la decisione.

V. Deve preliminarmente dichiararsi l'inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* proposto da quei Centri accreditati che già risultano essere parte ricorrente nell'ambito del gravame introdotto con primi e secondi motivi aggiunti, laddove detta parte agisce non solo in proprio ma anche in qualità di mandante della costituenda A.T.I. in cui gli stessi sono destinati a rientrare.

Nell'ipotesi della dedotta contestualità, infatti, la parte interveniente non fa valere un interesse dipendente da quello azionato dalle parti ricorrenti, ma un interesse autonomo per il quale ha già proposto impugnativa; nel processo amministrativo l'unica forma di intervento ammesso è, invero, quella di tipo adesivo – dipendente, *ad adiuvandum* o *ad opponendum*.

VI. Ciò posto, si prescinde dalle eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso come integrato dai motivi aggiunti, attesa la sua infondatezza.

A) ACCREDITAMENTO E PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA

VI.1. Con i primi motivi di cui al ricorso introduttivo, la parte censura la scelta dell'Amministrazione resistente di assoggettare alla procedura ad evidenza pubblica l'espletamento delle prestazioni socio-sanitarie connesse all'assistenza domiciliare integrata.

VI.1.1. Sostiene, in particolare, parte ricorrente, che solo le strutture private accreditate presso il Servizio sanitario sarebbero abilitate a erogare ai cittadini le prestazioni sanitarie delle relative branche specialistiche, avendo le tariffe previste nell'ambito della delimitazione dei tetti di spesa previsti nella programmazione sanitaria a carico della Amministrazione pubblica carattere vincolante e come tali, non assoggettabili al confronto concorrenziale. Ne conseguirebbe l'illegittimità del bando nella parte in cui prevede l'aggiudicazione del servizio secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, potendo tali prestazioni essere affidate unicamente con l'istituto dell'accreditamento con il S.S.N. previsto dagli artt. 8 bis, 8 ter e 8 quater del d.lgs. n. 502/1992.

A conferma, la medesima parte ricorrente richiama, quanto alle prestazioni domiciliari integrate, il combinato disposto della l.r. n. 11/2007 (*cittadinanza sociale*), del d.G.R.C. n. 41/2011 (*linee guida di indirizzo per i servizi domiciliari*) e del relativo regolamento, n. 4/2014, di attuazione, quest'ultimo, in particolare, nella parte in cui specifica che "l'accreditamento è il provvedimento che abilita all'esercizio dei servizi il cui costo si pone, in tutto o in parte, a carico della P.A." (art. 2, comma 1, lett. e).

VI.1.2. Le censure sono prive di pregio.

VI.1.3. Ora, è assunto assodato, anche nell'ambito della giurisprudenza di questo tribunale, che:

a) il sistema dell'accreditamento istituzionale, di cui all'art. 8 bis del d.lgs. n. 502/1992 "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," per quanto di specifico interesse, "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, 15.04.2016 n. 1869 e 22.02.2017 n. 1057);

b) nel dettaglio, poi, si osserva che, rispetto all'autorizzazione, "l'accREDITamento richiede l'osservanza di *standard* qualitativi ulteriori e, quindi, si pone come un atto di abilitazione di secondo grado", essendo riferito alla attività e, più precisamente, all'accertata qualità delle prestazioni erogate" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 23.01.2017, n. 454);

c) tanto ciò è vero che "non essendo consentito nel nostro ordinamento erogare prestazioni sanitarie rientranti nel pubblico servizio da parte di soggetti privati se non tramite l'istituto dell'accREDITamento" ... la delibera di giunta regionale numero 41 del 2011 (*recante le linee guida per l'assistenza domiciliare*) non può essere interpretata nel senso di derogare al principio che impedisce di porre a carico del servizio sanitario regionale prestazioni erogate da soggetti privati non accREDITati" (T.A.R. Campania, sez. I, 14.05.2014 n. 2652).

VI.1.4. Invero, l'art. 8-bis del d.lgs. n. 502/1992 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”.

VI.1.5. Tanto premesso, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, invece, “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 ... 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)”(Cons. di St., sez. III, 19.03.2011, n. 1698; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 22.02.2017 n. 1057).

“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 (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 22.02.2017 n. 1057).

VI.1.6. Ciò posto, però, secondo orientamento già esplicitato da questa sezione, una volta “chiarito che la deroga alla normativa ordinaria, per le motivazioni esposte, concerne, in ambito sanitario, solo l'individuazione dei soggetti che possono partecipare alla gara (*intendendosi l'accREDITamento quale prerequisite*), per i servizi da affidare vale, invece, la disciplina della procedura ad evidenza pubblica di cui

al codice dei contratti” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 23.01.2017 n. 454).

VI.1.7. Ritiene, poi, il Collegio che, nel caso specifico, l’inserimento delle prestazioni sanitarie, per le quali è previsto l’accreditamento (“Cure mediche a domicilio”), insieme ad altre, di natura, invece, prettamente socio-assistenziale, in un unico contesto coordinato di assistenza domiciliare integrata consenta l’affidamento del servizio unitariamente inteso mediante gara pubblica, ferme restando le competenze del S.S.N. in materia di prevenzione, cura e riabilitazione -e, dunque, il prerequisite dell’accreditamento istituzionale quanto alla prestazioni di natura strettamente sanitaria.

VI.1.8. Parte ricorrente non può, quindi, lamentare che l’aggiudicazione sia prevista con riferimento al parametro dell’offerta economica (non necessariamente corrispondente alle tariffe predefinite con cui sono pagate le prestazioni fornite dalle strutture accreditate): tale criterio ha, infatti, riguardo al complesso dei servizi offerti, non riducibili alle sole prestazioni sanitarie di natura riabilitativa, e remunera l’organizzazione d’impresa e i mezzi messi a disposizione per il complesso dei servizi assistenziali oggetto di gara, come meglio nel capitolato d’appalto prescritto (T.A.R. Abruzzo, L’Aquila, 8.03.2016 n. 123).

Ed invero, previsto dalla *lex specialis* di gara, quale criterio di aggiudicazione, quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei parametri qualità (offerta tecnica) e prezzo (offerta economica), il Capitolato speciale di gara, prevede, quanto all’offerta tecnica, la presentazione di “un progetto organizzativo di gestione del servizio”, i cui parametri di valutazione sono rappresentati da diversi elementi di natura tecnico-qualitativa (sistema di

pianificazione degli accessi, anche in relazione alla continuità dell'operatore riguardo al paziente assistito, gestione della centrale operativa, organizzazione delle attività riabilitative ed infermieristiche, servizio cura delle lesioni da decubito, tempi e modalità di subentro, organizzazione del servizio N.A.D., ulteriori requisiti migliorativi).

VI.2. D'altro canto, con ciò deducendosi anche l'infondatezza, specificamente, del secondo motivo di ricorso, nessuna disposizione degli atti impugnati, ivi compreso il bando, si pone in contrasto con la logica imprescindibile dell'accreditamento istituzionale specificatamente per le prestazioni sanitarie.

VI.2.1. La circostanza che il disciplinare di gara richieda, ai fini della partecipazione, al punto IV, quanto ai requisiti di idoneità professionale, esclusivamente l'iscrizione nel registro delle imprese presso la C.C.I.A.A. per attività inerenti all'oggetto della gara (per le Cooperative ed i Consorzi fra Società cooperative di produzione e lavoro, nell'Albo nazionale delle società cooperative presso il Ministero dello Sviluppo economico), o, ancora, una determinata capacità economico - finanziaria ovvero tecnica e professionale -concretandosi, quest'ultima, nella sola messa a disposizione di locali, mezzi ed attrezzature necessarie-, non consente né legittima l'erogazione di prestazioni sanitarie, nella specie, riabilitative ed infermieristiche, con previsione, altresì, di una "equipe per emotrasfusioni domiciliari, con medico trasfusionista", da parte di soggetti privati non debitamente accreditati, in dispregio delle previsioni di cui al d.lgs. n. 502/1992.

Orbene, secondo quanto meglio specificato nel Capitolato speciale di appalto, per ciò che concerne la previsione di prestazioni anche di natura sanitaria:

a) “le tipologie assistenziali, oggetto del presente appalto, sono da ricondursi a: Cure domiciliari di I, II e terzo livello (Cure palliative – Terapia del dolore).., Nutrizione Artificiale Domiciliare Enterale e Parentale, Prestazioni di cura delle lesioni cutanee, Interventi di emotrasfusioni”;

b) “la società di servizi assicura tutte le prestazioni di assistenza domiciliare con proprio personale”, individuato in “infermieri professionali, terapisti della riabilitazione, logopedisti, O.S.S., medico trasfusionale” per la concreta attuazione dei Piani Assistenziali (art. 3, descrizione delle attività; cfr. art. 5, “Personale”, art. 6, “Caratteristiche e condizioni della fornitura” – Servizi domiciliari).

B) AMMISSIONE DELL’A.T.I. CONTROINTERESSATA

VII. L’analisi delle censure esaminate costituisce necessario presupposto per il sindacato dell’impugnativa introdotta con motivi aggiunti avverso l’ammissione alla gara dell’A.T.I. controinteressata, Vivisol Napoli S.r.l. – Icaro Consorzio Cooperative sociali – Consorzio Italia Cooperativa sociale, sullo specifico presupposto del mancato possesso del necessario accreditamento istituzionale, non valutandosi idonea la documentazione prodotta nell’ambito della procedura *de qua*.

VII.1. Le censure sono parimenti infondate.

VII.1.1. Orbene, parte ricorrente ritiene che solo la società Vivisol Napoli S.r.l. sarebbe in possesso del richiesto accreditamento istituzionale, rilasciato, ai sensi dell’art. 1, comma 237 quater della l.r. n. 4/2011, con il riconoscimento della qualificazione quale R.S.A. e

Centro Diurno per anziani, come da d.C.A. n. 124 del 31.10.2014. I Consorzi partecipanti alla medesima A.T.I., sarebbero invece in possesso di titoli assolutamente inadeguati alla partecipazione alla gara, con conseguente illegittimità della loro ammissione, essendo, all'uopo, necessaria, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, la presenza della medesima qualificazione in capo a tutti i ricorrenti.

Ed infatti, quanto al Consorzio di cooperative sociali Icaro, il provvedimento di accreditamento rilasciato, ai sensi del Regolamento n. 4/2014, con determina del Direttore Generale dell'Azienda Speciale Consortile per la gestione delle Politiche sociali nei comuni dell'Ambito Territoriale N. Al n. 143 dell'1.9.2015, riguarderebbe il solo svolgimento delle prestazioni socio-assistenziali ("servizio di assistenza domiciliare socio-assistenziale"), a rilevanza, quindi, meramente sociale e non anche sanitaria, non abilitando, pertanto, alla erogazione di servizi sanitari richiesti dal bando.

Quanto, invece, al Consorzio Italia, sarebbe attestato il rilascio di un "accreditamento per la gestione del servizio di Assistenza Domiciliare Integrata con Servizi Sanitari e Assistenza Domiciliare Socio-Assistenziale", ai sensi degli artt. 9 e 10 del Regolamento n. 4/2014 (cfr. attestato prot. n. 1260/C8 del 12.01.2015 a firma del Coordinatore dell'U.d.P. dell'Ambito Territoriale C8 ex D.G.R.C. n. 320/2012 - Comune Capofila Santa Maria Capua Vetere e verbale n. 2 del 12.01.2015 dell'Ambito Territoriale C8 ex D.G.R.C. n. 320/2012), in assenza di un provvedimento di accreditamento istituzionale allo svolgimento delle attività sanitarie ex art. 8 quater del d.lgs. n. 502/92.

VII.1.2. Sostiene, in particolare, parte ricorrente che dal quadro normativo in materia emergerebbe che la legge quadro n. 328/2000

ed i provvedimenti legislativi e regolamentari adottati in sua applicazione hanno inteso disciplinare esclusivamente il sistema dell'erogazione e dell'offerta delle prestazioni socio-assistenziali prevedendo la procedura per l'accreditamento delle strutture deputate all'erogazione di tali prestazioni lasciando, pertanto, ferme — e non poteva essere diversamente — la competenza "del Servizio Sanitario Nazionale in materia di prevenzione, cura e riabilitazione, nonché le disposizioni in materia di integrazione socio-sanitaria di cui al d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502" (cfr. art. 1 comma 4, art. 2 comma 2 e art. 22 della L. n. 328/2000).

L'art. 8 bis, comma 3, del d.lgs. citato, impone, per inciso, che l'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie avvenga ad opera di strutture alle quali siano stati rilasciati le autorizzazioni di cui all'articolo 8-ter e l'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-quater.

Ciò posto, la predetta legge quadro avrebbe, invece, valorizzato il ruolo del terzo settore, prevedendo la possibilità di affidare a soggetti del terzo settore i servizi socio-assistenziali mediante il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali (art. 5, comma 2, l. n. 328/2000) ed onerando, poi, gli enti locali della realizzazione degli interventi e servizi sociali da garantire ai sensi dell'art. 22 della legge (art. 2, comma 2).

Corollario di quanto sopra rappresentato sarebbe che l'accreditamento rilasciato ai sensi del regolamento n. 4 del 7.04.2014 (adottato in attuazione della L.R. n. 11 del 23.10.2007, di esecuzione della predetta L.Q.) potrebbe abilitare i soggetti beneficiari di tale provvedimento unicamente all'erogazione ed offerta delle prestazioni di natura socio-assistenziale, con possibilità di integrarle con quelle di

natura sanitaria o socio-sanitaria solo subordinatamente all'acquisizione anche dell'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8 quater del d.lgs. n. 502/92.

In definitiva, il Regolamento di attuazione prevedrebbe un accreditamento di tipo aggiuntivo a quello richiesto per svolgere le prestazioni sanitarie ex art. 8 quater del d.lgs. 502/1992, necessario per l'Assistenza domiciliare integrata (ADI) e rivolto, precipuamente, ai servizi sociali.

Le prestazioni unitarie di cura sarebbero, comunque, riconducibili in un ambito unitario, prevalentemente sanitario (cfr. d.G.R.C. n. 41/2011 e il Catalogo dei Servizi approvato con D.G.R.C. 107/2014) e, come tali, necessariamente richiederebbero l'accreditamento di cui agli art. 8 bis e 8 quater del predetto d.lgs. n. 502/1992.

VII.1.3. Orbene, l'unitarietà dell'intervento, caratteristica dell'Assistenza domiciliare, non implica l'assicurazione di prestazioni omogenee, essendo le stesse, pur fornite in forma integrata, sia di natura sanitaria che socio-assistenziale (cure mediche, infermieristiche, riabilitative e alla persona), variamente modulabili a seconda dei progetti personalizzati di intervento (cfr. delibera n. 41/2011 recante le linee di indirizzo in materia di servizi domiciliari, punti 1.1. e 1.2., allegati 2 e 3; delibera n. 107/2014, recante l'approvazione del catalogo dei servizi: sez. B "Assistenza domiciliata integrata con Servizi sanitari").

VII.1.4. La necessità di un accreditamento per tutte le prestazioni integrate va confermata alla luce delle disposizioni di cui alla stessa l.r. 23.10.2007, n. 11, "Legge per la dignità e la cittadinanza sociale. Attuazione della legge 8 novembre 2000, n. 328, che, però, al titolo V, rubricato, "Servizi sociali e sanitari integrati per la non

autosufficienza”, nell’ambito dei “Principi generali”, all’art. 37, comma 5, effettua la distinzione che segue.

“I servizi, le prestazioni e gli interventi a contenuto sanitario o i cui contenuti riabilitativi sono riconducibili all'area sanitaria sono a carico del fondo sanitario regionale, nei limiti dei livelli essenziali di assistenza sanitaria attualmente definiti dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 novembre 2001.

I servizi, le prestazioni e gli interventi a contenuto sociale o i cui contenuti sono riconducibili all'area dell'inclusione sociale sono a carico del fondo sociale regionale, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza sociale”. Tale norma specifica, altresì, che “Ai costi delle prestazioni a titolarità sociale si applica la compartecipazione secondo quanto previsto dal regolamento”.

VII.1.5. Se, allora, l’accreditamento “abilita all’esercizio dei servizi il cui costo si pone, in tutto o in parte, a carico della P.A.” (Regolamento n. 41/2011) deve, quindi, distinguersi, rispettivamente, tra quello di cui all’art. 8 quater del d.lgs. 502/1992, quanto alle prestazioni sanitarie poste a carico del S.S.N./S.S.R. nel limite dei tetti di spesa prefissati (cfr. decreto del Commissario *ad acta* per il Piano di Rientro della Regione, n. 1 del 7.01.2013), e quello previsto dal Regolamento, all’art. 9, quanto all’assistenza socio-assistenziale, a carico, invece, del Fondo regionale.

In questo quadro regolamentare, in via di semplificazione, è, poi, disposto che le strutture socio-sanitarie già istituzionalmente accreditate che forniscono livelli essenziali di assistenza sanitaria partecipano al sistema integrato senza necessità di ulteriori provvedimenti.

Dispone, infatti, l'art. 9, comma 4, del predetto Regolamento, n. 4/2014: “i soggetti titolari di strutture socio-sanitarie, ai sensi del regolamento regionale 22 giugno 2007, n. 1 (Regolamento recante la definizione dei requisiti ulteriori e le procedure per l'accreditamento istituzionale dei soggetti pubblici e privati che erogano attività di assistenza specialistica in regime ambulatoriale, in regime di ricovero ed in regime residenziale) che forniscono le prestazioni di cui all'allegato 1 C Area Integrazione socio-sanitaria del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 novembre 2001 (Definizione dei livelli essenziali di assistenza) partecipano al sistema integrato di offerta degli interventi e dei servizi sociali disciplinato dalla legge regionale senza necessità di ulteriori provvedimenti di autorizzazione o di accreditamento da parte degli Ambiti territoriali”.

VII.1.6. Chiarito ciò in termini di provvedimenti abilitativi alla compartecipazione alla spesa, l'accreditamento -che, genericamente, consente l'inserimento del soggetto privato nel servizio in regime di concorrenza amministrata con le strutture pubbliche-, stante, poi, l'imposta osservanza di *standard* qualitativi, si pone anche come un atto di abilitazione di secondo grado riferito alla attività e all'accertata qualità delle prestazioni erogate.

VII.2. Tanto premesso, con riferimento alla legittima partecipazione alla procedura, “nei raggruppamenti di tipo orizzontale, le imprese associate o associande sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, a differenza di quanto, invece, si verifica nei raggruppamenti verticali ove un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili. Ne deriva che la singola impresa associanda

nel raggruppamento orizzontale deve essere in possesso dei requisiti o della qualifica di ammissione in misura corrispondente alla sua quota di partecipazione e il difetto di tale presupposto, implicando l'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte di un'impresa priva in parte di qualificazione, comporta l'inammissibilità dell'offerta” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII 19 gennaio 2017 n. 434).

VII.2.1. Ora, nell'ambito della disciplina di gara, era espressamente prevista e regolamentata la partecipazione di operatori economici in associazione anche di tipo verticale, richiedendosi, in particolare, di “indicare le quote di partecipazione all'associazione comunque costituita e specificare le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici o consorziati” (punto II, del disciplinare). A tal fine, le A.T.I. e i Consorzi ordinari ex art. 45, comma 2, lett. d) ed e) del d.lgs. n. 50/2016, sono ordinariamente tenuti alla presentazione di un'apposita apposita dichiarazione.

Quanto, poi, ai Consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), per inciso, è, altresì, precisato, a conferma della scindibilità della prestazione e, dunque, anche la frazionabilità dei requisiti, che “i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, sono sommati in capo al consorzio”.

VII.2.2. Risulta, pertanto, priva di fondamento la tesi sostenuta da parte ricorrente secondo la quale, non contenendo la *lex specialis* di gara alcuna distinzione tra prestazioni principali e secondarie, non sarebbe consentita la partecipazione di una Associazione temporanea di imprese di tipo verticale, ove, cioè, alla mandataria sarebbe demandato il compito di eseguire le attività principali, sanitarie, ex

art. 8 quater, e, alle mandanti, quelle secondarie e accessorie (assistenza domiciliare e sociale).

VII.2.3. Il sistema delle cure domiciliari, comprendente, come detto, sia l'assistenza socio-sanitaria che quella socio-assistenziale, è, per sua natura, complesso, presuppone l'integrazione di prestazioni diversificate, di diverso livello, con necessaria qualificazione per quanto di rispettiva competenza e secondo la tipologia di servizio offerto (sanitario o sociale).

Il servizio organizzativo richiesto è volto, infatti, da un lato, a potenziare l'organizzazione dell'Azienda sanitaria nell'erogazione delle prestazioni assistenziali e fisioterapiche e, dall'altro, "a favorire l'integrazione dei vari servizi di cure domiciliari già presenti sul territorio aziendale e assicurare l'avvio del processo di integrazione socio-sanitaria" (art. 6, "Caratteristiche e condizioni della fornitura", del Capitolato speciale d'appalto). Tanto ciò è vero che sono richieste, quale oggetto della fornitura, l'istituzione di un specifica "Centrale operativa", con funzioni, tra l'altro, di ascolto e di corretta informazione dell'utenza (art. 1, "Oggetto dell'appalto", C.s.a.) e, tra il personale, la presenza di Operatori socio-sanitari, deputati alla cura della persona.

VII.2.4. Ne consegue che la Vivisol Napoli S.r.l. così come i Consorzi, in quanto componenti il raggruppamento partecipante, sono complessivamente titolari, per il settore di specifica competenza, di regolare e conforme accreditamento (ex art. 8 quater del d.lgs. n. 502/1992, quanto alle prestazioni sanitarie; ex art. 9 del regolamento n. 4/2014 quanto alle prestazioni socio-assistenziali integrate).

Non trova, dunque, applicazione l'art. 48 del d.lgs. 50/2016, a norma del quale, a fronte di una prestazione unica ed indivisibile, le imprese in A.T.I. devono essere tutte in possesso dei requisiti di qualificazione per la medesima prestazione, che, nel caso di specie, si presume preminentemente di natura sanitaria.

C) CLAUSOLA SOCIALE

VIII. Con il terzo motivo del ricorso introduttivo, parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016, deducendo l'illegittimità della *lex specialis* di gara per omessa previsione della clausola sociale di protezione, istituito previsto anche dalla contrattazione collettiva, che obbligherebbe l'aggiudicatario ad assorbire il personale dipendente già in servizio. Sostiene, in subordine, che tenuto conto dell'estensione territoriale del servizio, l'Amministrazione avrebbe dovuto quantomeno esplicitare le ragioni per le quali non ha inteso prevedere alcun assorbimento con pregiudizio, tra l'altro, delle stesse ricorrenti, che, nel corso degli anni, hanno stabilizzato i propri dipendenti.

VIII.1. Il motivo è infondato.

VIII.1.1. Dispone la normativa invocata, contenuta nel novellato codice dei contratti pubblici, in vigore dal 19 aprile 2016:

a) all'art. 50, "Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi", in vigore dal 19 aprile 2016 al 19 maggio 2017, nel testo precedente le modifiche apportate dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56:

"1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole

sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto”;

b) all'art. 100, “Requisiti per l'esecuzione dell'appalto”: “1. Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onori. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali”.

VIII.1.2. Orbene, dalla chiara interpretazione letterale delle norme in vigore al tempo della pubblicazione del bando di gara si evince la previsione di una mera facoltà e non di un obbligo, per le stazioni appaltanti di richiedere, purché compatibili con i principi comunitari, requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, tra i quali pianamente rientrano anche condizioni che, come quella *de qua*, attengono ad esigenze sociali. Invero, come affermato, la predetta clausola sociale funge proprio da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori nel caso di discontinuità dell'affidatario (Cons. di St., sez. V, 7 giugno 2016 n. 2433).

Si è, in proposito, affermato che “l'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016, che disciplina specificamente la «clausola sociale» in applicazione della disciplina europea e che ha un contenuto più specifico dell'art. 69 del d.lgs. n. 163 del 2006, contiene sì la specifica previsione del

«possibile» inserimento nei bandi di gara della suddetta clausola del bando di gara (la quale impone il mantenimento delle unità lavorative attualmente impiegate nel servizio), affermando che essa mira a «promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato», ma «nel rispetto dei principi dell'Unione Europea». Si tratta di disciplina normativa che non innova, ed anzi sussume nel testo di legge i risultati cui era giunta la giurisprudenza, giacché la «stabilità occupazionale», che è sicuramente un obiettivo normativo importante e un valore ordinamentale, deve essere «promossa» e non rigidamente imposta e comunque deve essere armonizzata con i principi europei della libera concorrenza e della libertà d'impresa, così da escludere un rigido obbligo di garanzia necessaria della stabilità, pur in presenza di variato ambito oggettivo del servizio a gara” (T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 13 febbraio 2017 n. 231).

VIII.1.3. Peraltro, anche ove prevista, tale “clausola sociale di «riassorbimento» deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti la clausola in questione lesiva della concorrenza, dal momento che verrebbe a scoraggiare la partecipazione alla gara ed a limitare la platea dei partecipanti, nonché a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione; ... ha pertanto portata cogente, ma solo nel senso che l'offerente non può ridurre *ad libitum* il numero di unità da impiegare nell'appalto, senza che tale clausola comporti anche l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del

servizio (T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I 21 marzo 2016 n. 98; Cons. di St., sez. III, 5 maggio 2017 n. 2078).

VIII.1.4. Tanto esplicitato, attesa la facoltatività dell'introduzione al momento della predisposizione e vigenza della *lex specialis* di gara, la mancata previsione della predetta clausola sociale di assorbimento non è, quindi, elemento viziante la disciplina di gara.

VIII.1.5. Nella fattispecie all'esame non vi sarebbe neppure alcun passaggio di cantiere anche per la circostanza, in fatto, che i servizi attuali non sono in proroga ma vengono forniti alla ASL resistente da Centri accreditati per altri servizi (cfr. produzione dell'Avvocatura dello Stato del 22.05.2017).

IX. Sulla base delle sovraesposte considerazioni il ricorso, come integrato dai primi e secondi motivi aggiunti, non è meritevole di accoglimento.

X. La peculiarità della fattispecie, caratterizzata da novità della materia controversa, consente di disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso integrato da primi e secondi motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriella Caprini

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller

IL SEGRETARIO