

APPALTI DI SERVIZI SOCIOSANITARI: NO AL MASSIMO RIBASSO

Nota del dott. Alceste Santuari



TAR Piemonte, Sez. I, del 6 febbraio 2012 n. 153

La decisione della regione Piemonte di utilizzare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel settore dei servizi sociali rappresenta una scelta certamente proconcorrenziale, in linea con la legislazione tanto nazionale che comunitaria. La soluzione riguarda un contesto specifico in cui tanto il legislatore comunitario che quello statale hanno scelto di recedere, ritenendo evidentemente la problematica della concorrenza non necessariamente preminente. In questo modo si consente, tramite la preferenza per il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di dare rilievo specifico alla qualità del servizio, legittima preoccupazione del legislatore regionale in un delicato ambito di sua competenza; la compressione di simile facoltà di scelta, nel peculiare settore considerato, rappresenterebbe una violazione del principio di proporzionalità individuato dalla Corte Costituzionale quale parametro di definizione del mobile confine delle competenze normative a fronte di una materia "trasversale".

1. Gli affidamenti dei servizi sociosanitari: un tema delicato. Le modalità con cui procedere all'affidamento dei servizi nel comparto sociosanitario rappresentano un tema tanto delicato quanto fondamentale per una adeguata valorizzazione del ruolo e delle funzioni dei soggetti non profit, in specie alla luce del principio di sussidiarietà contenuto sia nella l. n. 328/2000 sia nell'art. 118 u.c. Cost.

Negli ultimi decenni, i settori dei servizi socio-assistenziali e socio-sanitari hanno subito notevoli e significativi mutamenti. Si tratta di cambiamenti che non solo implicano revisioni, talvolta, in senso innovativo, nei/dei soggetti deputati alla produzione e alla gestione dei servizi sul territorio, ma altresì investono le modalità con cui i medesimi servizi vengono erogati ai cittadini-utenti.

Da un punto di vista legislativo, le suddette modifiche hanno trovato accoglimento nelle c.d. “leggi Bassanini” (l. n. 59/1997 e relativo decreto legislativo attuativo n. 112/98) e, indubbiamente in modo più significativo, nella legge 8 novembre 2000, n. 328 recante “*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*”. Quest’ultima ha introdotto una sorta di rivoluzione copernicana all’interno del nostro sistema di protezione sociale e di *welfare state* tradizionalmente inteso. La nuova disciplina, tra l’altro, ha disposto in merito:

- al trasferimento di poteri alle Regioni e agli Enti Locali;
- all’introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale e verticale;
- al ruolo del Terzo Settore, della famiglia, delle organizzazioni di auto-mutuo aiuto;
- alle forme di integrazione sociosanitaria e di interazione sul territorio.

Per quanto attiene alle conseguenze più propriamente istituzionali, l’assetto definito dalla legge quadro ha determinato un ripensamento generale e approfondito delle modalità e delle azioni che caratterizzano gli interventi e i servizi sociali in Italia. Ciò, di conseguenza, ha avuto riflessi operativi immediati sui rapporti tra i diversi livelli istituzionali burocratici e tra questi ultimi e gli attori della società civile (terzo settore). Tale localizzazione degli interventi e dei servizi è stata resa ancora più evidente a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione introdotta nel 2001, la quale ha:

- costituzionalizzato il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost. u.c.);
- attribuito alle Regioni competenza legislativa primaria in materia sociale, mantenendo in capo allo Stato centrale la responsabilità di definire i livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, comma 2, lett. m)).

Il raccordo, funzionale e sostanziale, tra organizzazioni *non profit* ed enti locali e ASL é andato progressivamente incrementandosi, soprattutto, in virtù delle numerose iniziative che, in questi ultimi anni, si sono strutturate nel tessuto sociale, in specie a livello comunale. Numerose e preziose sono, infatti, le forme organizzate di iniziativa privata che rispondono ai bisogni della collettività cittadina/comunale. Queste iniziative *non profit* sono caratterizzate, come peraltro accade in gran parte dei paesi europei contemporanei, da una crescente ed evidente dimensione produttiva di servizi sociali erogati alla comunità o di beni e servizi come strumento per l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. Inoltre, tali organizzazioni sono definite da un'elevata ed incisiva partecipazione dei diversi gruppi di portatori di interessi, quali volontari, lavoratori, utenti, enti pubblici e privati. Tutti questi elementi fanno sì che le organizzazioni *non profit* debbono poter trovare nelle istituzioni municipali e nelle ASL un interlocutore primario e consapevole delle risorse esistenti in seno alla collettività, così da realizzare pienamente il dettato costituzionale.

In questo senso, preme evidenziare quanto stabilito nella legge di riforma della sanità del 1992: “Le organizzazioni non lucrative concorrono, con le istituzioni pubbliche e quelle equiparate, alla realizzazione dei doveri costituzionali di solidarietà, dando attuazione al pluralismo etico-culturale dei servizi alla persona” (art. 1, comma 18, d. lgs. 502/1992 e s.m.i.). Esse operano nell'ambito del settore sociale e sociosanitario e collaborano, a vario titolo, con il comune e ASL, attraverso rapporti formalizzati (convenzione e/o finanziamento) nell'offerta dei servizi di natura socio-assistenziale e socio-sanitaria.

2. Il dpcm 30 marzo 2001.

“Per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo stato, nell'ambito delle risorse disponibili[...] promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti

operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione Europea.

Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale.

Le regioni, secondo quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, e sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo, ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, da emanare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le modalità previste dall'articolo 8, comma 2, della presente legge, adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona. Le regioni disciplinano altresì, sulla base dei principi della presente legge e degli indirizzi assunti con le modalità previste al comma 3, le modalità per valorizzare l'apporto del volontariato nell'erogazione dei servizi.”

E' quanto stabilisce la l. 8 novembre 2000, n. 328, art. 5, commi 1 e 2, dal quale appare chiaro come l'intenzione del legislatore sia nel senso di disciplinare in maniera specifica, ed eventualmente anche derogatoria rispetto ai principi generali, i rapporti tra gli enti locali e il terzo settore per quanto concerne l'ambito di affidamento dei servizi alla persona. In attuazione di tali disposizioni è stato dunque emanato il d.p.c.m. 30 marzo 2001. Si tratta dell'”Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328”, decreto

attuativo della auspicata *partnership* pubblico-privato *non profit* che, sebbene ancora troppo spesso negletto nella sua dimensione applicativa ed implementativa, rappresenta un “pilastro” nella e per la modalità con cui i servizi alla persona vengono erogati a livello locale.

E’ legittimo ritenere che, anche a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, il d.p.c.m. in parola vincoli ancora le Regioni ad adottare strumenti legislativi ed amministrativi coerenti e valorizzatori della capacità progettuale delle organizzazioni *non profit*, atteso che il d.p.c.m. 30 marzo 2001 può essere considerato espressione della potestà esclusiva statale di “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*”, ai sensi dell’art. 117, comma 2, Cost. La determinazione di tali livelli, come ha riconosciuto la Corte costituzionale, non configura “*una materia in senso stretto, ma una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie*” (Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282), per cui il legislatore statale deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle.

Avuto riguardo alla rilevanza economica dei servizi sociali, soprattutto nel contesto attuale in cui i contenuti economici delle prestazioni e dei servizi alla persona assumono un valore vieppiù importante, sosteniamo quell’interpretazione sistematica secondo la quale anche se il servizio ha rilevanza economica, il d.p.c.m. del 2001 va poi comunque applicato, perché rientra tra le competenze esclusive dello Stato la tutela della concorrenza, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. e), Cost., come ha affermato la Corte costituzionale con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

Alla luce del su richiamato contesto istituzionale e della rilevanza economica o meno del servizio / prestazione, il d.p.c.m. 30 marzo 2001, dunque, fornisce indirizzi per la regolazione dei rapporti tra

comuni e loro forme associative con i soggetti del terzo settore ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla legge n. 328 del 2000, nonché per la valorizzazione del loro ruolo nella attività di programmazione e progettazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

Il d.p.c.m. del 2001 stabilisce un *iter* valutativo e selettivo, al termine del quale l'ente *non profit* può risultare affidatario del servizio / prestazione. In questa direzione, i comuni (e le stazioni appaltanti) debbono innanzitutto procedere ad una preselezione dei soggetti presso cui acquistare o ai quali affidare l'erogazione di servizi. A tal fine, gli enti locali sono chiamati a valutare i seguenti elementi: “a) la formazione, la qualificazione e l'esperienza professionale degli operatori coinvolti; b) l'esperienza maturata nei settori e nei servizi di riferimento” (art. 4, co. 1°, d.p.c.m. 30.3.2001)”.

Successivamente, in una seconda fase, gli enti locali procedono all'aggiudicazione dei servizi sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto in particolare dei seguenti elementi qualitativi: “a) le modalità adottate per il contenimento del turn over degli operatori; b) gli strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro; c) la conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità; d) il rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva e delle norme in materia di previdenza e assistenza” (art. 4, co. 2°, d.p.c.m. 30.3.2001)”.

Coerentemente con l'impianto complessivo della l. n. 328/2000, la quale ha voluto segnare un “cambio di passo” nei rapporti tra terzo settore e pubbliche amministrazioni, per quanto attiene nello specifico ai servizi e alle prestazioni da erogare a favore delle comunità, l'art. 4, co. 3°, d.p.c.m. 30.3.2001 prevede il divieto per gli enti pubblici di procedere all'affidamento dei servizi con il metodo del massimo ribasso. Invero, il legislatore ha inteso evitare che l'affidamento

avvenga esclusivamente sulla base del miglior prezzo con il rischio di mettere a repentaglio la qualità del servizio, che potrebbe essere pregiudicata dall'esigenza di contenere il più possibile i costi per raggiungere l'equilibrio economico dell'offerta.

3. La sentenza del Tar Piemonte, sez. I, 6 febbraio 2012, n. 153.

Nel contesto sopra descritto, si colloca la recente sentenza del Tar Piemonte, la quale ha stabilito che é illegittimo il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso scelto dall'amministrazione per la gara per l'affidamento del servizio relativo alla gestione delle attività ambulatoriali connesse al trattamento farmacologico di soggetti tossicodipendenti, in quanto contrario a quanto contenuto nell'art. 31 dalla L.R. Piemonte n. 1/2004, che stabilisce: "Negli affidamenti relativi ai servizi alla persona, gli enti pubblici procedono all'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. È esclusa l'aggiudicazione basata esclusivamente sul criterio del prezzo più basso." E ciò in quanto la gara ha ad oggetto servizi di assistenza alla tossicodipendenza, rientranti nella lata accezione di "servizi sociali ad elevata integrazione sanitaria" e comunque di servizi integrati di assistenza alla persona.

I giudici amministrativi evidenziano che i servizi "sanitari e sociali" rientrano nell'allegato II b) del d.lgs. n. 163/2006 (servizi esclusi) e conseguentemente, ai sensi dell'art. 20 del medesimo decreto, ad essi non trova applicazione (se non per pochissime norme) la disciplina del codice dei contratti. Si tratta di quelle attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione.

Ai sensi dell'art. 20 d. lgs. n. 163/2006, l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dai seguenti articoli:

- art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento),
- art. 68 (specifiche tecniche),
- art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

In virtù del dettato normativo, non si applicherebbe ai servizi ricompresi nell'allegato II B tutta la dettagliata disciplina, prevista dal decreto legislativo in oggetto. Conseguentemente, si ritiene che alle prestazioni socio sanitarie risulti applicabile anche l'art. 27 del d. lgs. n. 163/2006 che stabilisce che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. Allo scopo, pertanto, di incrementare il livello di "comunicabilità" dell'intenzione della stazione appaltante di procedere all'affidamento dei servizi in parola, il Codice dei contratti pubblici stabilisce che l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

In argomento, è intervenuto il Consiglio di Stato (sentenza Adunanza plenaria 3 marzo 2008 n. 1) che ha stabilito che anche per le prestazioni sociosanitarie, intese come attività atte a soddisfare bisogni di salute della persona, ossia di cura e assistenza di persone assistite dal S.s.n. (art. 3 *septies*, commi 1 e 2, d. lgs. n. 502 del 1992) resta la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario. In questo senso, i giudici amministrativi hanno ribadito che, ancorché non riconducibili, immediatamente, alla disciplina comunitaria e nazionale specificamente riferita ai contratti pubblici di servizi (direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/Cee) e d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), le stesse vanno

riportate alla previsione dell'allegato II B (che elenca i "servizi sanitari e sociali") dell'art. 20 del d. lgs. n. 163 del 2006. Richiamando l'articolo in oggetto, i giudici di Palazzo Spada ricordano che l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dagli art. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Tuttavia, il Consiglio di Stato ribadisce altresì che, per effetto del successivo art. 27 comma 1, d. lgs. n. 163 del 2006, "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità" e che "l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto".

In argomento, si segnala anche una sentenza del TAR del Friuli Venezia Giulia (sentenza n. 282/2009), con la quale i giudici amministrativi hanno stabilito che i servizi di cui all'allegato II B del codice degli appalti (servizi sanitari e sociali) sono sì esclusi, ai sensi dell'art. 20 del codice dei contratti, dall'applicazione della disciplina di cui al codice medesimo, eccezion fatta per l'applicazione dell'art. 27 dello stesso codice. Preme evidenziare che detto articolo stabilisce che, anche per i contratti esclusi, si applicano i commi 2, 3 e 4 dell'art. 2 del Codice. In modo particolare, il comma 2 prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di subordinare il principio di economicità, pur nei limiti in cui ciò sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice stesso, "ai criteri previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile".

Sullo specifico tema delle modalità di affidamento dei servizi, i giudici piemontesi sostengono che l'offerta economicamente più vantaggiosa non solo è uno dei criteri dettati dalla disciplina

comunitaria ma è anche il criterio per il quale il diritto comunitario manifesta sostanziale favore, posto che risulta più flessibile e stimola la concorrenza, oltre che sul fattore prezzo, anche su quello qualità. Pertanto, benché evidentemente in forza della pervasività dei principi del Trattato UE anche ai settori esclusi, non sarebbero ammissibili scelte legislative regionali deliberatamente anticoncorrenziali (ad esempio previsioni di indiscriminati affidamenti diretti o fiduciari, al di fuori del mercato), in mancanza di una puntuale disciplina della legge statale e comunitaria sul punto, la scelta di un meccanismo ampiamente concorrenziale, anzi del più concorrenziale, in un contesto non primariamente ascrivibile alla problematica della concorrenza non crea attrito di sistema né con i principi del Trattato né con il dettato della legge nazionale né, infine, di carattere costituzionale.

Alla luce di quanto fin qui espresso, il Tar ha respinto la richiesta dei ricorrenti di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, L.R. Piemonte n. 1/2004 per violazione della riserva di legge statale in materia di concorrenza dettata dall'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione, poiché la disposizione contestata ha una incidenza solo indiretta e contestualmente pro-concorrenziale sull'assetto dell'evidenza pubblica in un ambito specifico.