

# Indice

**Introduzione**, di *Alessandra Pioggia* pag. 17

## Parte prima

### L'analisi del modello organizzativo aziendale in sanità

- 1. L'aziendalizzazione dell'organizzazione del Servizio sanitario nazionale: l'azienda USL nelle attuazioni regionali**, di *Enrico Menichetti* » 23
- Premessa » 23
1. Declinazione legislativa e "letture" costituzionali della materia "organizzazione sanitaria" » 27
2. "Principi fondamentali" e "modelli" organizzativi nel d.lgs. 229 del 1999 » 31
- 2.1. Azienda con direzione strategica » 32
- 2.2. La peculiare missione aziendale » 33
- 2.3. L'allontanamento dei comuni dalla gestione della sanità » 33
- 2.4. L'integrazione pubblico/privato e la disciplina dei rapporti » 34
3. Organizzazione aziendale ed attuazioni regionali » 35
- 3.1. L'apporto degli enti locali » 35
- 3.2. L'integrazione pubblico/privato e la disciplina dei rapporti » 36
4. "Indici" ulteriori desumibili dall'attuazione dei Servizi sanitari regionali: la centralità del "governo" dell'aziendalizzazione tra tipicità e sperimentalità » 40

4.1. Le dimensioni e la diffusione delle aziende: decentramento/accentramento	pag. 40
4.2. Separazione di funzioni <i>versus</i> integrazione funzionale interaziendale	» 41
5. Considerazioni di sintesi	» 46
<b>2. L'atto aziendale e i vincoli regionali all'autonomia imprenditoriale delle ASL/AO: la differenziazione organizzativa come test del processo di aziendalizzazione, di Benedetto Ponti</b>	» 49
1. Il ruolo dell'atto aziendale nel processo di aziendalizzazione	» 49
1.1. La flessibilità organizzativa	» 49
1.2. Il rapporto con le fonti pubblicistiche dell'atto aziendale in regime privatistico	» 50
1.3. L'atto aziendale come principale espressione del ruolo manageriale del vertice aziendale	» 51
2. L'atto aziendale come atto di (auto)organizzazione nel contesto ordinamentale: i vincoli all'autonomia imprenditoriale delle aziende	» 52
2.1. I vincoli indiretti	» 53
2.2. I vincoli diretti	» 53
3. Le due dinamiche differenzianti connesse all'atto aziendale	» 54
4. Le chiavi di lettura per l'analisi delle linee guida regionali e degli atti aziendali, quali traduzioni positive della potestà organizzativa delle aziende sanitarie	» 55
4.1. I punti di verifica	» 57
4.2. Il ruolo peculiare delle linee guida per l'adozione dell'atto aziendale	» 57
4.3. L'effettività dei vincoli posti dalle linee guida: le verifiche di conformità	» 59
5. Le evidenze emergenti dall'analisi	» 61
5.1. I vincoli ad effetto (potenzialmente) "flessibilizzante": la formulazione di principi e criteri guida "a maglie larghe"	» 61
5.2. I vincoli ad effetto "irrigidente": la formalizzazione di schemi di atto aziendale	» 61
5.3. I vincoli ad effetto "uniformante": i contenuti obbligatori	» 62

5.4.	I meccanismi di verifica di congruenza degli atti aziendali rispetto alle linee guida, come fattori di irrigidimento/flessibilizzazione	pag. 63
5.5.	La differenziazione degli atti aziendali rispetto alle linee guida...	» 64
5.6.	...e la differenziazione tra gli atti aziendali	» 65
5.7.	La rigidità organizzativa come effetto derivante da scelte autonome nell'atto aziendale	» 65
6.	Vincoli regionali e aziendalizzazione	» 66
6.1.	L'uniformità degli assetti organizzativi come sintomo della relazione di strumentalità tra aziende sanitarie e regione	» 66
6.2.	Il rischio dell'irrigidimento (a fini di controllo politico/burocratico/organizzativo) a discapito dell'efficienza organizzativa	» 67
<b>3.</b>	<b>Il ruolo del top management e della dirigenza di line in sanità: modelli di distribuzione del potere decisionale negli atti aziendali, di Alessandra Pioggia</b>	» 71
	Premessa	» 71
1.	Organizzazione sanitaria e dirigenza	» 72
1.1.	Il direttore generale e la riserva ad esso di tutti i poteri di gestione	» 72
1.2.	La dirigenza sanitaria fra ruolo professionale e competenza gestionale	» 75
2.	La disciplina regionale della dirigenza in sanità	» 77
2.1.	La distribuzione dei poteri decisionali e delle responsabilità gestionali fra direzione e dirigenza nella regolazione regionale	» 78
3.	L'attuazione aziendale e la distribuzione dei poteri e delle responsabilità gestionali	» 81
3.1.	Le competenze del direttore generale	» 82
3.2.	Ruolo e funzione della direzione aziendale	» 85
3.3.	La distribuzione del potere decisionale fra delega e conferimento	» 88
3.4.	I livelli di decentramento gestionale e il ruolo della dirigenza negli acquisti, nell'organizzazione e nella gestione del personale	» 93
3.5.	Il rapporto fra vertice aziendale e dirigenza nell'esercizio delle potestà delegate o conferite	» 96

4. Considerazioni conclusive	pag. 98
<b>4. Gli incarichi dirigenziali nelle ASL tra fiduciarietà politica e competenze professionali</b> , di <i>Francesco Merloni</i>	» 100
Premessa	» 100
1. L'incarico del direttore generale di ASL nella disciplina di legge e nella prassi contrattuale	» 100
1.1. Il conferimento dell'incarico	» 100
1.2. I poteri e i doveri del direttore generale	» 102
1.3. Il regime delle incompatibilità	» 104
1.4. Lo svolgimento dell'incarico e le valutazioni dell'attività	» 104
1.5. La cessazione dall'incarico: naturale scadenza del contratto, mancata conferma, revoca e decadenza automatica	» 105
2. Lo <i>spoils system</i> nella legislazione, nella prassi e nella giurisprudenza della Corte costituzionale	» 107
2.1. Lo <i>spoils system</i> come decadenza automatica	» 107
2.2. Lo <i>spoils system</i> come recesso	» 109
3. L'evoluzione della disciplina in materia di nomina dei direttori generali	» 110
3.1. Il d.d.l. Turco "Interventi per la qualità e la sicurezza del Servizio sanitario nazionale"	» 110
3.2. Conseguenze sulla configurazione del rapporto tra organi politici regionali e direttore generale: fiduciarietà politica o professionale?	» 110
4. Considerazioni sulla natura dell'incarico del direttore generale	» 111
5. Gli incarichi di direttore sanitario e amministrativo	» 113
5.1. Conferimento, revoca e decadenza automatica	» 113
5.2. Conseguenze sulla configurazione del rapporto tra direttore generale e direttori apicali: la c.d. "fiducia tecnica"	» 113
5.3. Considerazioni sulla natura dell'incarico di direttore sanitario e amministrativo	» 114
6. Gli altri incarichi dirigenziali nelle ASL	» 115
7. La natura giuridica delle ASL alla luce della disciplina degli incarichi dirigenziali	» 116

<b>5. Dagli IRCCS ai Policlinici. I limiti dell'aziendalizzazione tra alta specializzazione, ricerca e didattica universitaria, di Enrico Carloni</b>	pag. 119
Premessa	» 119
1. Variabili funzionali e figure organizzative	» 121
2. La variabilità organizzativa: dalla transitorietà alla stabilità	» 123
3. Il caso degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico – IRCCS	» 125
3.1. Inquadramento del fenomeno	» 125
3.2. Le iniziali linee di riforma: verso il modello aziendale ...e ritorno	» 127
3.3. Disciplina degli IRCCS e loro governance: quale equilibrio tra Stato e regioni?	» 130
4. Il caso delle strutture universitario-ospedaliere	» 133
4.1. Introduzione al fenomeno	» 133
4.2. La limitata autonomia imprenditoriale delle aziende miste	» 134
4.3. I policlinici non costituiti in azienda: regime giuridico e problemi aperti	» 138

## **Parte seconda**

### **Indirizzo regionale e autonomia imprenditoriale delle ASL: le sperimentazioni gestionali**

<b>1. Le sperimentazioni gestionali: dalle ragioni della nascita agli sviluppi organizzativi. La valutazione dei risultati delle sperimentazioni gestionali, di Marco Dugato e Giuseppe Piperata</b>	» 143
1. Le sperimentazioni gestionali nella sanità: ragioni, finalità ed evoluzione legislativa	» 143
2. Il concetto di sperimentazione gestionale e i possibili modelli organizzativi	» 147
3. La necessaria collaborazione tra pubblico e privato per la realizzazione dei programmi di sperimentazione e le diverse figure organizzative	» 150
3.1. In particolare: la preferenza per la figura organizzativa di tipo societario	» 152
4. Il procedimento per la definizione del programma di sperimentazione gestionale	» 156

5. In particolare, il procedimento per la costituzione della società mista per la sperimentazione: la delibera di costituzione, il contenuto degli atti costitutivi e del contratto di servizio	pag. 158
5.1. Le società miste per le sperimentazioni gestionali dopo la decisione n. 1 del 2008 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato	» 160
6. La valutazione dei risultati delle sperimentazioni gestionali	» 164
<b>2. Strumenti generali di sperimentazione gestionale</b> , di <i>Tommaso Bonetti</i>	» 169
1. Gli strumenti generali di sperimentazione gestionale nell'erogazione dei servizi sanitari: metodo e scopo dell'indagine	» 169
2. Strumenti generali di sperimentazione gestionale e principio di tipicità dell'organizzazione pubblica: una classificazione dei modelli organizzativi astrattamente concepibili tra tipologie "strutturali" e tipologie "convenzionali"	» 172
3. Gli strumenti di sperimentazione gestionale di natura strutturale: in particolare, le società miste a capitale pubblico e privato	» 177
4. L'erogazione diretta di servizi sanitari da parte di soggetti creati <i>ad hoc</i> diversi dalla società mista: la fondazione di partecipazione	» 181
4.1. L'associazione in partecipazione	» 185
4.2. Le forme associative consortili ed il contratto di <i>joint venture</i>	» 187
5. Gli strumenti di sperimentazione gestionale di natura convenzionale: il limite rappresentato dalla disciplina normativa in materia e la sua effettività nella prassi applicativa	» 190
<b>3. Organizzazione, funzioni e governance delle società di sperimentazione gestionale</b> , di <i>Carmen Vitale</i>	» 193
1. Perché una società mista per l'erogazione di prestazioni sanitarie	» 193
2. Contesto normativo e questioni interpretative	» 194
3. La <i>governance</i> delle società miste per le sperimentazioni gestionali	» 201

4. Uno sguardo alla legislazione regionale e ad alcune ipotesi di società costituite per le sperimentazioni gestionali	pag. 205
5. Prospettive di utilizzazione	» 210
<b>4. Procedimenti regionali di sperimentazione: analisi e critica delle discipline</b> , di <i>Paola Scarale</i>	» 214
Premessa	» 214
1. Brevi cenni in tema di sperimentazioni gestionali (art. 9-bis d.lg. n. 502/1992)	» 215
2. Tutela della salute e potestà legislativa delle regioni	» 219
2.1. Segue: i procedimenti di sperimentazione gestionale in ambito regionale	» 222
3. Considerazioni finali	» 224
<b>5. Le società strumentali</b> , di <i>Antonella Sau</i>	» 227
1. Autonomia imprenditoriale delle ASL tra prestazioni sanitarie in senso stretto e attività strumentali. Delimitazione del campo d'indagine	» 227
2. La disciplina delle forme di partenariato pubblico-privato per l'esercizio di attività strumentali: la società a partecipazione pubblica ai sensi dell'articolo 22 della l. 142/1990	» 234
3. Le società a capitale pubblico-privato dalla sentenza Tecal alle società miste di cui all'articolo 113, 5° comma, lettera <i>b</i> ), del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267	» 236
4. L'articolo 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 (c.d. Bersani), come convertito con modificazioni dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 e modificato dal comma 723 dell'art. 1 della finanziaria per il 2007: quale impatto sulle società strumentali delle ASL?	» 237
5. Considerazioni conclusive	» 243

### **Parte terza**

#### **L'analisi dell'attività contrattuale delle aziende sanitarie**

<b>1. Le prestazioni riservate alle organizzazioni pubbliche e gli oggetti possibili dei contratti a terzi in sanità</b> , di <i>Roberto Cavallo Perin e Barbara Gagliardi</i>	» 249
1. L'organizzazione sanitaria come sistema	» 249
2. Il punto di vista del mercato: le prestazioni aventi rilevanza economica	» 250

3. Le sperimentazioni gestionali e l'accreditamento: le prestazioni infungibili in sanità	pag. 256
<b>2. Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie</b> , di <i>Gabriella M. Racca</i>	» 264
1. Le modalità organizzative delle aziende sanitarie in relazione all'attività contrattuale e le prospettive di razionalizzazione degli acquisti connessi alla prestazione dei servizi sanitari pubblici	» 264
1.1. L'autonomia imprenditoriale ed il superamento della possibilità di procedere agli acquisti sotto la soglia di rilievo comunitario mediante "atti di diritto privato"	» 266
1.2. I modelli di aggregazione degli acquisti di beni e servizi delle aziende sanitarie	» 274
1.3. Le centrali di committenza regionali ed i rapporti con la Consip S.p.a. La funzionalità delle nuove modalità organizzative rispetto alle strutture contrattuali più innovative	» 280
2. Le strutture contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi da parte delle aziende sanitarie e la qualità degli offerenti	» 286
2.1. I criteri di aggiudicazione e la valutazione della qualità delle offerte nei contratti delle aziende sanitarie	» 289
2.2. Le previsioni necessarie per assicurare il corretto adempimento da parte dei contraenti privati e delle aziende sanitarie. Le clausole penali ed i tempi dei pagamenti	» 293
<b>3. La qualificazione giuridica soggettiva e l'autonomia imprenditoriale delle aziende sanitarie</b> , di <i>Dario Casalini</i>	» 298
1. L'azienda sanitaria come amministrazione aggiudicatrice: la personalità giuridica	» 298
1.1. L'influenza pubblica dominante	» 300
1.2. Il carattere non industriale e commerciale	» 303
2. La sussistenza di un rapporto di <i>in house providing</i> tra la regione e l'azienda sanitaria	» 305
3. L'interpretazione della possibilità di negoziazione "secondo le norme di diritto privato" e la disciplina dell'attività contrattuale c.d. sotto soglia delle aziende sanitarie	» 307



4. I principi che disciplinano l'attività contrattuale della persona giuridica pubblica come limite all'autonomia imprenditoriale dell'azienda sanitaria	pag. 310
<b>4. I capitolati d'appalto e la definizione delle specifiche tecniche negli appalti di forniture alle aziende sanitarie,</b> di <i>Silvia Ponzio</i>	» 316
1. La nozione giuridica e l'ambito di applicazione dei capitolati generali e speciali predisposti dalle aziende sanitarie	» 316
2. I capitolati speciali come atti per la definizione dell'oggetto della prestazione	» 321
3. La rilevanza delle specifiche tecniche nell'aggiudicazione e nell'esecuzione del contratto	» 326
<b>5. Gli accordi e gli appalti di servizi alle aziende sanitarie,</b> di <i>Maura Mattalia</i>	» 332
1. L'affidamento del servizio di trasporto malati da parte delle aziende sanitarie	» 332
1.1. Gli accordi fra pubbliche amministrazioni e le convenzioni con gli enti del terzo settore	» 336
<b>6. L'accreditamento come limite dell'appalto pubblico di servizi,</b> di <i>Manuela Consito</i>	» 342
1. Accredитamento e certificazione di qualità	» 342
2. L'accreditamento istituzionale	» 345
2.1. I requisiti per il rilascio dell'accreditamento e la revoca	» 346
2.2. L'accreditamento come concessione di servizio pubblico?	» 351

#### **Parte quarta**

#### **Libertà di iniziativa economica, intervento pubblico nell'economia e mercato nell'esercizio di attività di interesse generale**

<b>1. Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo",</b> di <i>Stefano Civitarese Matteucci</i>	» 361
1. Assistenza sanitaria e "competizione amministrata"	» 361
2. L'Unione Europea, le politiche sociali, il mercato	» 367
2.1. Le politiche sociali	» 367

2.2. Esigenza di protezione dei diritti sociali e concorrenza nei “documenti” della Commissione	pag. 371
2.3. Il carattere economico dei servizi di interesse generale nella giurisprudenza della Corte di giustizia	» 374
3. I servizi sanitari come servizi economici	» 376
3.1. La Corte di giustizia sui trattamenti sanitari transfrontalieri	» 377
3.2. Verso una normativa comunitaria sui servizi sanitari transfrontalieri?	» 385
4. Concludendo	» 388
<b>2. Servizi sanitari, libertà di iniziativa economica e mercato, di <i>Melania D’Angelosante</i></b>	» 390
Premessa	» 390
1. I servizi sociali nell’ordinamento italiano	» 391
1.1. I servizi sociali e la questione del welfare	» 391
1.2. Il caso dei servizi pubblici locali	» 396
2. Disciplina dei servizi sanitari, iniziativa economica e conformazione del mercato	» 399
2.1. Il mercato dei servizi sanitari	» 399
2.2. Verifica della sussistenza di una concorrenza per il mercato	» 401
2.3. Verifica della sussistenza della contendibilità dei mezzi di produzione	» 407
2.4. Verifica della sussistenza di una concorrenza nel mercato	» 408
2.5. Verifica della sussistenza della possibilità di scelta da parte degli utenti	» 413
3. Il controlimite dell’interesse pubblico: il caso dei livelli essenziali delle prestazioni di servizio socio-sanitario (e socio-assistenziale)	» 416
4. Interesse pubblico e principio di concorrenza nell’esercizio dei servizi sanitari: una ipotesi di ragionamento	» 424
<b>3. La garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni nell’organizzazione del servizio sanitario, di <i>Claudia Tubertini</i></b>	» 433
1. I diritti sociali ed i livelli essenziali delle prestazioni al cospetto del nuovo Titolo V della Costituzione	» 433
2. L’attuazione legislativa e l’interpretazione giurisprudenziale dei livelli essenziali di assistenza sanitaria (LEA)	» 440

3. L'individuazione delle modalità di erogazione e di accesso alle prestazioni come componente della disciplina dei LEA	pag. 446
4. L'attuazione dei LEA da parte delle regioni: quale differenziazione?	» 451
5. Gli strumenti di verifica del conseguimento dei LEA: le istituzioni ed i modelli organizzativi	» 454
<b>I curatori</b>	» 463
<b>Gli autori</b>	» 464

## 2. Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie

di Gabriella M. Racca

### 1. Le modalità organizzative delle aziende sanitarie in relazione all'attività contrattuale e le prospettive di razionalizzazione degli acquisti connessi alla prestazione dei servizi sanitari pubblici

L'evoluzione del modello organizzativo degli enti del Servizio sanitario nazionale<sup>1</sup> impone di riconsiderare le forme di acquisizione dei beni e servizi necessari per il corretto svolgimento delle funzioni assistenziali<sup>2</sup>. La migliore e più efficiente acquisizione di beni e servizi consente infatti alle aziende sanitarie di rispettare il principio della dignità della persona umana, il bisogno di salute, la qualità delle cure e la loro appropriatezza rispetto a specifiche esigenze, ma deve anche assicurare il rispetto del principio di economicità nell'impiego delle risorse<sup>3</sup>.

L'importanza della funzione sanitaria giustifica un progressivo aumento della spesa nell'acquisizione di beni e servizi in relazione all'evoluzione tecnico-scientifica<sup>4</sup> che assicura il miglioramento delle cure, ma impone di evi-

<sup>1</sup> Il riferimento è alle aziende sanitarie locali, alle aziende ospedaliere anche universitarie e agli altri operatori sanitari pubblici quali gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, sinteticamente indicati come aziende sanitarie.

<sup>2</sup> Per la definizione delle prestazioni istituzionali in relazione all'oggetto dell'appalto si veda il contributo di R. Cavallo Perin, in questo volume.

<sup>3</sup> Art. 1, comma 2, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, *Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della l. 23 ottobre 1992, n. 421*. Per tutti da ult.: R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo – Parte speciale*, 2003, 625 s.; nella prospettiva aziendale A. Cicchetti, *La programmazione organizzativa. Principi, strumenti e applicazioni nelle organizzazioni sanitarie*, Milano, 2004, 77 s.

<sup>4</sup> F. Reviglio, *Per restare in Europa*, Torino, 2006, 35 s.; G. Turati, *I sistemi sanitari regionali in Italia*, Milano, 2007, 15 s.

tare ogni dispersione di risorse determinata dalle inefficienze delle procedure di acquisto. L'analisi delle modalità organizzative adottate dalle aziende sanitarie per procedere all'acquisizione di beni e servizi<sup>5</sup> rivela una elevata frammentazione delle unità operative competenti allo svolgimento delle gare d'appalto.

L'autonomia organizzativa attribuita alle aziende sanitarie consente tali articolazioni, né le regioni nell'elaborazione delle linee guida per l'adozione dell'atto aziendale hanno fornito indicazioni nel senso dell'unificazione di tali strutture<sup>6</sup>. Le scelte organizzative attuate o confermate negli atti aziendali sembrano infatti individuare come strutture competenti agli acquisti il provveditorato, l'economato, l'ufficio tecnico<sup>7</sup> e talora anche la farmacia<sup>8</sup>, con ulteriore possibilità di attribuzione di tali funzioni ai responsabili di altre strutture specifiche ovvero a tutte le unità organizzative entro determinati limiti di spesa<sup>9</sup>. In taluni casi il direttore generale si riserva il potere di autorizzare agli acquisti altre "articolazioni aziendali"<sup>10</sup>. Solo più di recente sembra individuarsi una specifica unica "funzione aziendale di approvvigiona-

<sup>5</sup> Per la distinzione fra appalto di servizi ed accreditamento si veda il contributo di M. Consito, in questo volume.

<sup>6</sup> D.G.R. Piemonte n. 80-1700 dell'11 dicembre 2000; D.C.R. Umbria, n. 314 del 23 luglio 2003, all. 2.

<sup>7</sup> *Regolamento spese in economia dell'ASL 8 del Piemonte (11 luglio 2006)*, art. 2; *Regolamento per le acquisizioni in economia di servizi e forniture dell'AO Cto/crf/icorma (27 luglio 2006)*, Principi generali e art. 4 e 12 e dell'AO S. Luigi di Orbassano (3 luglio 2006), Principi generali e art. 2 e 11; art. 70, Atto aziendale dell'AUSL di Latina del 24 gennaio 2003; art. 20.3, *Regolamento delle procedure di fornitura di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria*, allegato all'Atto aziendale dell'AO "V. Monaldi" di Napoli del 1 novembre 2003; Atto aziendale dell'ASL Caserta (anno 2002) 1, art. 115.

<sup>8</sup> *Regolamento per le acquisizioni in economia di servizi e forniture dell'AO SS. Antonio e Biagio di Alessandria (5 ottobre 2006)*, art. 4.

<sup>9</sup> Art. 3, *Regolamento dell'attività contrattuale dell'ASL di Bolzano (1 dicembre 2003)* e art. 2 *Regolamento dell'attività contrattuale dell'ASL di Merano (3 dicembre 2003)*; Art. 20.3, *Regolamento delle procedure di fornitura di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria*, allegato all'Atto aziendale dell'AO "V. Monaldi" di Napoli del 1 novembre 2003; art. 5, *Reg. per l'acquisizione diretta di beni e servizi per importi inferiori alla soglia comunitaria dell'AO G. Brotzu di Cagliari* (deliberazione n. 360/2006); art. 7, *Reg. per la disciplina dell'acquisizione diretta di beni e servizi per importi inferiori alla soglia comunitaria dell'AO "Umberto I" di Enna (anno 2003)*; art. 44.1, Atto aziendale ASL 1 di Salerno (4 settembre 2001); *Reg. per le acquisizioni in economia di servizi e forniture dell'AO Cto/crf/icorma (27 luglio 2006)*, Principi generali e art. 4 e 12 e dell'AO S. Luigi di Orbassano (3 luglio 2006), Principi generali e art. 2 e 11; art. 114 e s., Atto aziendale dell'ASL 15 del Piemonte (25 ottobre 2002); *Reg. per l'acquisizione di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria dell'ASL n. 9 di Trapani*, art. 5 del 2003.

<sup>10</sup> *Regolamento per l'acquisizione di beni e servizi n. 62/2003 dell'ASL di Pavia*, art. 3; art. 3, *Regolamento dell'attività contrattuale dell'ASL di Brunico (24 agosto 2005)*.

mento”<sup>11</sup> volta a garantire l’unitarietà e la coerenza metodologica negli acquisti oltre che ad assicurare la necessaria professionalità<sup>12</sup>. La razionalizzazione dell’attività contrattuale delle aziende sanitarie sembra dunque richiedere una revisione organizzativa degli uffici competenti, con l’attivazione di forme di coordinamento delle strutture per l’unificazione della gestione delle competenze in materia. A tal fine risulta necessario definire una corretta rilevazione dei fabbisogni ed una conseguente programmazione delle acquisizioni di beni e servizi. Occorre infatti che la programmazione superi la semplice verifica degli scadenziari dei contratti per l’attivazione delle nuove procedure di gara e consenta di evitare il ricorso a frequenti rinnovi e proroghe giustificati dall’urgente e improrogabile necessità di un determinato bene o servizio per assicurare la continuità del servizio assistenziale.

### *1.1. L’autonomia imprenditoriale ed il superamento della possibilità di procedere agli acquisti sotto la soglia di rilievo comunitario mediante “atti di diritto privato”*

L’attuale situazione di frammentazione negli appalti pubblici delle aziende sanitarie è stata determinata dalle scelte normative che hanno favorito tale tendenza confondendo la cosiddetta “aziendalizzazione” – consistente nell’attribuzione di autonomia imprenditoriale da intendersi prevalentemente nel senso di un’autonomia organizzativa<sup>13</sup> – con una supposta “privatizzazione” dell’attività, anche contrattuale. Se infatti l’autonomia organizzativa è stata ampliata, anche in relazione alla ridefinizione dei rapporti fra gli organi dell’azienda, al fine di assicurare una maggiore efficienza, era evidente che

<sup>11</sup> Atto aziendale ASL di Reggio Emilia par. 6.2, ove si fa riferimento anche all’economicità di risultato, all’etica ed all’immagine aziendale verso il mercato e la collettività. Simili riferimenti si rinvengono anche nel regolamento delle spese dell’ASL 8 del Piemonte, art. 2; Attribuiscono la competenza ad un unico ufficio i regolamenti per l’acquisizione delle forniture di beni e servizi di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario dell’AULSS 5 dell’Ovest Vicentino del 9 dicembre 2004, art. 1; dell’AULSS 13 di Mirano-Dolo del 29 maggio 2006, art. 1, dell’AULSS 18 di Rovigo del 30 settembre 2003, art. 1; *Regolamento delle attività negoziali* dell’ASL BR/1 di Brindisi del 7 marzo 2006, art. 1.4.

<sup>12</sup> Cfr. D.G.R. 6 aprile 2004, n. VII/17067, 21, che approva il Piano di organizzazione e funzionamento aziendale dell’AO Carlo Poma di Mantova ove si afferma che “la scelta, operata dalla direzione, di accentrare tutta l’attività negoziale presso la sede centrale, in considerazione anche delle dimensioni dell’Azienda, ha come necessario presupposto una corretta pianificazione e programmazione degli acquisti, al fine sia di ottimizzare l’utilizzo delle persone impiegate nell’espletamento delle procedure, sia di conseguire un risparmio di risorse finanziarie per contratti globali.

<sup>13</sup> Sulla questione si veda in particolare il contributo di A. Pioggia, in questo volume.

le attività delle aziende non avrebbero potuto risultare privatizzate, poiché in ogni caso restavano e restano funzionalizzate al perseguimento del fondamentale interesse pubblico della cura della salute e sono soggette ai fondamentali principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, che non vincolano i privati.

L'attribuzione dell'autonomia imprenditoriale alle aziende sanitarie ha fatto ritenere – anche sulla base dell'espressa previsione legislativa – che le aziende, quantomeno sotto la soglia di rilievo comunitario, potessero agire come privati: “con atti di diritto privato”<sup>14</sup>. Una simile previsione ha determinato la convinzione di poter eliminare ogni formalismo previsto per le gare pubbliche lasciando ai funzionari competenti una piena autonomia nella scelta dei contraenti, in quanto l'azienda “non si irrigidisce”<sup>15</sup>, “non si formalizza” nelle procedure di scelta del contraente. Nelle linee guida regionali per la redazione degli atti aziendali talora si prospetta il problema interpretativo concernente il significato da attribuire alla previsione dell'art. 3, comma 1-ter, cit., nella definizione delle modalità di acquisizione di beni e servizi “secondo le norme di diritto privato”<sup>16</sup>. Sono soprattutto gli atti aziendali che evidenziano la “libertà di forme” o il “basso grado di formalizzazione”<sup>17</sup> e soprattutto l'inapplicabilità delle “previgenti norme nazionali e regionali che disciplinano in regime di diritto pubblico la formazione dei contratti posti in

<sup>14</sup> Art. 3, comma 1-ter del d.lgs. n. 502 del 1992, cit., introdotto dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, *Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della l. 30 novembre 1998*, n. 419 che stabiliva che “Le aziende di cui ai commi 1 e 1-bis informano la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità e sono tenute al rispetto del vincolo di bilancio, attraverso l'equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti di risorse finanziarie. Agiscono mediante atti di diritto privato. I contratti di fornitura di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia, sono appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale di cui al comma 1-bis”. G. Sanviti, *Commento all'art. 3*, in F. Roversi Monaco (a cura di), *Il nuovo Servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000; G. Mastrandrea, *L'attività contrattuale di diritto privato delle aziende sanitarie tra normativa e giurisprudenza: il caso delle forniture di beni e servizi sottosoglia*, in *Cons. St.*, 2003, 621.

<sup>15</sup> *Regolamento per l'acquisizione di beni e servizi dell'ASL Provincia di Milano*, n. 1, art. 18.

<sup>16</sup> Cfr. D.G.R. Veneto 15 giugno 2001, n. 1528, *Organizzazione delle aziende sanitarie. Linee guida per la predisposizione dell'atto aziendale*, ove si precisa che “essendo comunque l'azienda tenuta a delle regole comportamentali ed a dei principi che trovano il fondamento nel diritto pubblico, si devono individuare delle norme in grado di contemperare diverse esigenze. Il citato art. 3, comma 1-ter non ha quindi mutato l'obiettivo delle aziende, in quanto utilizzano denaro pubblico, ma ha attribuito nuovi strumenti regolamentati dal diritto privato, con il conseguente venir meno di un sistema predeterminato e proceduralizzato volto alla scelta del contraente”.

<sup>17</sup> Piano di organizzazione e funzionamento aziendale dell'AO Carlo Poma di Mantova approvato con D.G.R. 6 aprile 2004, n. VII/17067, 19 s.

essere dalle aziende sanitarie non rientranti nell'ambito del diritto comunitario<sup>18</sup>.

Eliminati i principi pubblicistici nazionali ed europei, vengono richiamati i principi del codice civile di buona fede e correttezza<sup>19</sup> che disciplinano le trattative dei privati con i conseguenti profili di responsabilità precontrattuale ex art. 1337-1338 c.c.<sup>20</sup>. Tuttavia, come è noto, la giurisprudenza civile in materia di responsabilità precontrattuale interviene raramente e lascia una forte autonomia ai privati<sup>21</sup> con la conseguente esclusione di ogni contenzioso proprio per la difficoltà di provare un affidamento nella conclusione del contratto, o meglio nella correttezza e non contraddittorietà della controparte. Nella prospettiva privatistica si esclude la necessità di applicare il principio della segretezza e della contestualità delle offerte mentre si favorisce la reiterazione della richiesta<sup>22</sup> evidenziando l'utilità di "una discussione vera" con gli operatori economici per ottenere rilanci successivi<sup>23</sup>. Vi sono atti a-

<sup>18</sup> Atto aziendale dell'ASL Caserta 2, art. 38; art. 44, Atto aziendale ASL 1 di Salerno; Atto aziendale dell'ASL Benevento 1, art. 98; Atto aziendale ASL Reggio Emilia, par. 6.1.

<sup>19</sup> *Regolamento di acquisto di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria* dell'AUSL di Forlì, art. 5; Atto aziendale dell'ASL di Piacenza (28 settembre 2001), par. 2.7; Atto aziendale dell'AO Ospedali riuniti di Trieste, Titolo XI; Atto aziendale ASL Reggio Emilia, par. 6.4 secondo cui "la funzione di approvvigionamento deve essere improntata ad un comportamento corretto, leale, di "buona fede" ex artt. 1337-1338 c.c." (così anche Atto aziendale dell'ASL n. 7 di Ragusa, art. 49 e art. 3, *Regolamento per servizi e forniture in economia* dell'AUSL della Valle d'Aosta); ex art. 15, ASL n. 3 Genovese "le trattative contrattuali sono improntate all'obbligo di buona fede sancito dall'art. 1337 c.c. e dai principi di correttezza, diligenza ed imparzialità" (cfr. anche *Regolamento per l'acquisizione di beni e servizi* dell'ASL Provincia di Milano, n. 1, art. 19); art. 2, *Regolamento dell'attività contrattuale* dell'ASL di Brunico; Atto aziendale ASL 5 di Pisa, art. 21.

<sup>20</sup> Art. 67, Atto aziendale dell'ASL 8 di Vibo Valentia; il *Reg. per l'acquisizione delle forniture di beni e servizi di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario* dell'AULSS 5 dell'Ovest Vicentino, art. 8, dell'AULSS 13 di Mirano-Dolo, art. 8 e dell'AULSS 18 di Rovigo, art. 8 stabiliscono che "l'AULSS è libera di adottare le forme di contrattazione ritenute più adeguate alla specifica fornitura da acquisire, nel rispetto di norme speciali e dei principi generali dell'ordinamento".

<sup>21</sup> Per l'analisi dell'interpretazione quasi abrogatrice dei principi di correttezza e buona fede nelle trattative precontrattuali fra privati si rinvia a G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 56 ss.

<sup>22</sup> *Regolamento di acquisto di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria* dell'AUSL di Forlì, art. 2; *Regolamento per l'acquisizione di beni e servizi* dell'ASL Provincia di Milano, n. 1, art. 18; art. 118, Atto aziendale dell'ASL 15 del Piemonte; art. 3, *Regolamento dell'attività contrattuale* dell'ASL di Merano; Atto aziendale dell'ASL n. 7 di Ragusa, art. 49.

<sup>23</sup> Atto aziendale dell'ASL 5 di Montalbano Jonico, par. 10.5, ove si prevede che: "dovranno essere esaminati tutti gli aspetti di convenienza dell'acquisto, attuando una vera discussione con le ditte, con rilanci e ritrattazioni, con contraddittorio o meno tra le varie ditte coinvolte, in un divenire dinamico dove, restando invariate le condizioni essenziali dell'og-



ziendali che sottolineano “una nuova ottica di risultato” e, pur escludendo la creazione “di nuove gabbie procedurali”, si pongono il problema di evitare acquisti “opinabili”<sup>24</sup>. Infatti si può constatare come la verifica dei risultati economici risulti difficilmente praticabile e per questa ragione si ritorna a sottolineare, da parte di taluno, l’importanza della concorrenzialità, per perseguire “gli obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità”<sup>25</sup> e si riconosce che in ogni caso occorre assicurare “imparzialità”<sup>26</sup> e trasparenza”<sup>27</sup> in rela-

getto della trattativa, è possibile accettare sconti merce, migliorie tecnico-qualitative, sconti correlati a migliori condizioni di esecuzione del contratto”.

<sup>24</sup> Atto aziendale dell’AO Santa Corona, par. 18.

<sup>25</sup> Come suggerito dalle linee guida per l’approvazione dell’atto aziendale definite con la D.G.R. Campania, 30 marzo 2001, n. 1364 e con la D.G.R. Lazio 21 dicembre 2001, n. 2034, par. 9, con la D.G.R. Marche 1 ottobre 2004, n. 1117, con la D.G.R. Piemonte 11 dicembre 2000, n. 80, par. 9, con la D.G.R. Veneto 15 giugno 2001, n. 1528, dalla Delib. ARES Puglia 22 marzo 2005, n. 39 e con la D. Assessore Sanità della Sicilia 18 maggio 2001, n. 34120 e 34715, art. 9; Art. 29, Atto aziendale dell’ASL 3 del Piemonte; art. 28, Atto aziendale ASL 4 di Cosenza; Art. 20.1, *Reg. delle procedure di fornitura di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria*, allegato all’Atto aziendale dell’AO “V. Monaldi” di Napoli che vi aggiunge la “buona fede”; Atto aziendale dell’ASL Caserta 1, art. 108; Atto aziendale dell’AO Ospedali riuniti di Trieste, Titolo XI; Atto aziendale dell’ASL Roma A, capo 3, art. 3; art. 71, Atto aziendale dell’AUSL di Latina; art. 1.1, *Reg. delle attività negoziali* dell’ASL BR/1 di Brindisi; Titolo VII, par. 7.1. e 7.2, Atto aziendale ASL BA/5 di Putignano; art. 3, *Reg. per l’acquisizione diretta di beni e servizi per importi inferiori alla soglia comunitaria* dell’AO G. Brotzu di Cagliari (del. n. 360/2006); *Reg. per l’acquisizione di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria* dell’ASL n. 9 di Trapani, art. 1; Atto aziendale dell’ASL n. 7 di Ragusa, art. 49; art. 34-35 Atto aziendale ASL n. 5 di Messina; Atto aziendale ASL 5 di Pisa, art. 21; Atto aziendale ASL 2 di Lucca, art. 36.

<sup>26</sup> Art. 44.1, Atto aziendale ASL 1 di Salerno; Atto aziendale dell’ASL Benevento 1, art. 100; Piano di Organizzazione e Funzionamento Aziendale dell’ASL Provincia di Pavia, par. 7.4 e art. 4, *Reg. per l’acquisizione di beni e servizi* n. 62/2003 dell’ASL di Pavia; Piano di Organizzazione e Funzionamento Aziendale dell’ASL Provincia di Mantova 2003-2005, art. 20; Premessa al *Reg. per l’acquisizione di beni e servizi* dell’ASL Provincia di Milano, n. 1; art. 42, Atto aziendale dell’ASL 10 del Piemonte; art. 111, Atto aziendale dell’ASL 15 del Piemonte; art. 36, Atto aziendale dell’AO di Perugia; art. 25, Atto aziendale dell’ASL 2 dell’Umbria.

<sup>27</sup> Atto aziendale dell’ASL 5 di Montalbano Jonico, par. 10.5 secondo cui “la garanzia di equità e trasparenza nei confronti dell’offerta proveniente dal mercato, dovrà essere conseguita improntando la propria attività a criteri di riservatezza nelle fasi istruttorie e documentando costantemente la stessa. Anche durante l’eventuale trattativa successiva alla ricezione delle offerte con offerte a rilancio cui i fornitori potranno essere invitati a discrezione del RdP quest’ultimo dovrà garantire, pur nella libertà delle forme, il rispetto di tali principi”; *Regolamento per l’acquisizione di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria* dell’ASL Avellino 2, art. 7; *Reg. di acquisto di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria* dell’AUSL di Forlì, art. 2; Art. 38, Atto aziendale dell’AO S. Filippo Neri di Roma; Piano di Organizzazione e Funzionamento Aziendale dell’AO Carlo Poma di Mantova approvato con D.G.R. 6 aprile 2004, n. VII/17067 (19 s.); art. 2, *Regolamento dei contratti di fornitura di beni e servizi* dell’ASL 20 e dell’ASL 21 del Piemonte; art. 2, *Regolamento dell’atti-*

zione alla natura pubblica delle risorse impiegate<sup>28</sup>, con la conseguenza che la trasparenza impone di riconoscere il “diritto di accesso agli atti ai fornitori che vi abbiano interesse”<sup>29</sup>. Emerge infatti in taluni atti aziendali la consapevolezza che una così ampia autonomia privata determini la scelta di beni e servizi determinati da fornitori di fiducia con pregiudizio della concorrenza e dell’imparzialità, e per evitarlo si richiede la “ricostruibilità delle scelte adottate”, la conservazione delle informazioni e dei documenti contrattuali, nonché la separazione fra l’unità operativa richiedente il contratto e quella stipulante<sup>30</sup>.

Non sorprende che sugli acquisti compiuti nella vigenza della previsione in questione non vi sia contenzioso poiché gli operatori interessati e non contattati ovvero anche contattati ma poi non considerati, magari ingiustamente, i migliori offerenti, non hanno rinvenuto strumenti di tutela giurisdizionale,

*vità contrattuale* dell’ASL di Brunico; art. 8, *Reg. per la disciplina dell’acquisizione diretta di beni e servizi per importi inferiori alla soglia comunitaria* dell’AO “Umberto I” di Enna; art. 3, *Reg. per servizi e forniture in economia* dell’AUSL della Valle d’Aosta.

<sup>28</sup> Atto aziendale dell’ASL di Piacenza (28 settembre 2001), par. 2.7; secondo l’art. 8, *Regolamento per la disciplina dell’acquisizione diretta di beni e servizi per importi inferiori alla soglia comunitaria* dell’AO “Umberto I” di Enna “La modalità di contrattazione, libera nelle forme come caratterizzato dalle norme di diritto privato e, quindi, con contrattazione diretta (rispetto a quella mediata prescritta dalle procedure ad evidenza pubblica) secondo gli usi del commercio, deve essere individuata caso per caso; detta modalità deve essere conforme ai principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento (principi immanenti nella natura pubblica dell’Azienda, conseguentemente, nei suoi comportamenti)”.

<sup>29</sup> Cfr. ad es.: Atto aziendale ASL Reggio Emilia, par. 6.1; art. 2, *Regolamento dei contratti di fornitura di beni e servizi* dell’ASL 20 e dell’ASL 21 del Piemonte; art. 51, Atto aziendale dell’ASL 1 dell’Umbria.

<sup>30</sup> Così ad es.: *Regolamento di acquisto di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria* dell’AUSL di Forlì, art. 5; art. 38, Atto aziendale ASS n. 4 del Friuli Venezia Giulia; art. 37, Atto aziendale ASS n. 5 del Friuli Venezia Giulia; art. 13, comma 6, *Regolamento per l’attività contrattuale* dell’ASL G di Roma-Tivoli; art. 71, Atto aziendale dell’AUSL di Latina; Art. 38, Atto aziendale dell’AO S. Filippo Neri di Roma e art. 3 e 5, *Regolamento di disciplina dei contratti di fornitura di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria* dell’AO S. Filippo Neri di Roma, art. 15, ASL n. 3 Genovese; Titolo IV dell’Atto aziendale dell’ASUR delle Marche; artt. 42 e 45; Atto aziendale dell’ASL 10 del Piemonte; *Regolamento per le acquisizioni in economia di servizi e forniture* dell’AO S. Luigi di Orbasano, art. 3; art. 2, *Regolamento dell’attività contrattuale* dell’ASL di Bolzano e art. 3, *Regolamento dell’attività contrattuale* dell’ASL di Merano; Titolo VII, par. 7.1 e 7.2, Atto aziendale ASL BA/5 di Putignano; art. 34-35 Atto aziendale ASL n. 5 di Messina; art. 51, Atto aziendale dell’ASL 1 dell’Umbria; art. 36, Atto aziendale dell’AO di Perugia; art. 25, Atto aziendale dell’ASL 2 dell’Umbria; *Reg. per l’acquisizione delle forniture di beni e servizi di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario* dell’AULSS 15 dell’Alto Padovano, art. 2. Atto aziendale dell’ASL Caserta 2, art. 38; Atto aziendale dell’ASL Caserta 1, art. 117; art. 44, Atto aziendale ASL 1 di Salerno; Atto aziendale dell’ASL Benevento 1, art. 99; Art. 20, Atto aziendale dell’ASL di Modena.

dal momento che il giudice amministrativo ha declinato la giurisdizione<sup>31</sup>. Una così ampia autonomia sembrava assicurare il vantaggio di escludere il contenzioso e di velocizzare gli acquisti, tuttavia si trattava di vantaggi illusori dal momento che i principi nazionali e comunitari<sup>32</sup> avrebbero in ogni caso dovuto essere osservati anche per i contratti di valore inferiore alle soglie previste dalle direttive europee<sup>33</sup> e che il frazionamento artificioso per struttura acquirente, per tipologia di prodotto ovvero per durata del contratto

<sup>31</sup> V. T.A.R. Piemonte, sez. II, 31 maggio 2004, n. 968, *Carmeccanica s.r.l c. ASL 12 Biella*, ove si afferma che: “I procedimenti di selezione che riguardano la fornitura di beni e servizi in favore delle asl per un importo inferiore alla soglia comunitaria di duecentomila dsp non sono soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo ma del giudice ordinario; i relativi contratti, infatti, ai sensi dell’art. 3, comma 1-ter, d.lgs. n. 502/92 e s. m., sono negoziati dalle asl secondo regole privatistiche che prescindono dalla procedura dell’evidenza pubblica; nel caso di contratti di fornitura, per altro, la giurisdizione del giudice amministrativo non ricorre neanche ai sensi dell’art. 33, 2° comma, d.lgs. n. 80/98 in quanto le prestazioni, essendo rese in favore delle asl e non della collettività, non attengono al servizio pubblico”.

<sup>32</sup> Già affermato espressamente in C. giust. CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria Verlags e Telefonadress c. Telekom Austria*, in *www.europa.eu.int*, par. 60; C. giust. CE, sez. II, ord. 3 dicembre 2001, C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard c. Spottrup Boligselskab*, ivi, par. 19-20 secondo cui “il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratti di appalti pubblici di scarso valore non significa che questi ultimi siano esclusi dall’ambito di applicazione del diritto comunitario”, con commento di G. Brancaccio, *Il diritto comunitario si applica anche gli appalti sottosoglia*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2001, II, 777 s. In generale sul punto, S. Cassese, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 907 ss. e D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche, una introduzione*, Bologna, 2000, 151.

<sup>33</sup> Come si ribadisce in: *Comunicazione interpretativa della Commissione Ce relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici” C 179/02*, in *GUCE* 1 agosto 2006; M. Longo, *La valutazione delle offerte anormalmente basse e la scelta del criterio di aggiudicazione negli appalti pubblici di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario*, in *Foro Amm.-CdS*, 2005, 2711; C. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554, in *Foro amm.-CdS*, 2005, 125 ss. con nota di D. Casalini, *Giurisdizione sugli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, obbligo di osservanza dei principi comunitari a tutela della concorrenza e nozione di “amministrazione aggiudicatrice”*; C. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934, in *Cons. St.*, 2002, I, 348 e Cass., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17635, in *Urb. e app.*, 2004, 431; C. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 705 s.; C. Stato, sez. V, 10 marzo 2003, n. 1295; C. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Cons. St.*, 2001, I, 566 e in *Urb. e app.*, 2001, 632 con nota di R. Garofoli; T.A.R. Liguria, sez. II, 22 novembre 2002, n. 1125, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2002, 3620, con nota di G. Taccogna, nonché T.A.R. Campania, sez. Napoli, 20 maggio 2003, n. 5868, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2003, 2335 s. con nota di D. Pallottino, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche ed organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale*, e in *I T.A.R.*, 2003, I, 1021; T.A.R. Valle d’Aosta, 20 febbraio 2003, n. 14.

sarebbe presto stato sanzionato<sup>34</sup>, inoltre risultava anche evidente la difficoltà di procedere ad una effettiva verifica dei risultati economici di risparmio di spesa effettivamente realizzati.

L'abrogazione ad opera del codice appalti<sup>35</sup> della possibilità di stipulare contratti "come i privati" consente di superare l'equivoco relativo alla natura giuridica di enti pubblici delle aziende sanitarie "aziendalizzate" solo per quanto concerne l'organizzazione, ma in ogni caso vincolate, a differenza dei privati, al rispetto dei principi di imparzialità e concorrenza in ogni attività, anche nei cosiddetti "atti di diritto privato"<sup>36</sup>.

L'abrogazione della ricordata previsione ha indotto peraltro gli amministratori delle aziende sanitarie a ricorrere con ampiezza agli acquisti in economia previsti dall'art. 125 del codice dei contratti pubblici<sup>37</sup>. L'adozione di tale procedura pare evidenziare con ancora maggiore chiarezza il rischio di violazione del divieto di frazionamento artificioso degli acquisti, previsto espressamente dal codice nazionale e dalle direttive comunitarie. Nei regolamenti delle aziende sanitarie si ammette infatti tale procedura per tipologie di beni e servizi praticamente onnicomprensive, che vanno dai presidi sanitari agli arredi.

La complessità ed i tempi necessari per la realizzazione delle gare pubbliche, in particolare per i beni e servizi specificamente sanitari, induce a ritenere che non sia più possibile che ogni singola azienda, o addirittura le sue articolazioni interne, possano separatamente procedere alla realizzazione di

<sup>34</sup> Si consideri l'art. 29 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, ove si prevede che "Se gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano carattere di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, è assunto come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto", con la conseguenza che il rinnovo potrà disporsi unicamente ove previsto originariamente nella disciplina della gara, con conseguente possibile superamento della soglia comunitaria. Si veda ad es.: C. Stato, sez. V, 12 aprile 2005, n. 1639, *La Generale Pompe Funebri S.p.a. c. ASL 3 Genovese e Onoranze funebri Balduini e Gravano S.n.c. e a.*

<sup>35</sup> L'art. 256, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, cit., ha abrogato l'art. 3, comma 1-ter del d.lgs. n. 502 del 1992, cit., introdotto dal d.lgs. n. 229/1999, cit. che stabiliva che "le aziende di cui ai comma 1 e 1-bis informano la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità e sono tenute al rispetto del vincolo di bilancio, attraverso l'equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti di risorse finanziarie. Agiscono mediante atti di diritto privato. I contratti di fornitura di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia, sono appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale di cui al comma 1-bis".

<sup>36</sup> Per un caso di appalto di fornitura di presidi sanitari di importo inferiore alla soglia comunitaria, ove non si è dubitato dell'applicazione dei principi europei: C. giust. CE, sez. I, 14 giugno 2007, C- 6/05, *Medipac-Kazantzidis AE c. Venizeleio-Pananeio (P.E.S.Y. KRITIS)*.

<sup>37</sup> Sull'argomento si veda il contributo di D. Casalini, in questo volume.

tutte le gare necessarie per assicurare la corretta gestione del servizio sanitario. L'acquisizione di presidi sanitari, di apparecchiature, di servizi connessi alle prestazioni sanitarie è infatti caratterizzata dalla velocità dell'evoluzione tecnologica e dalla rapida obsolescenza di prodotti e tecniche ed impone che le acquisizioni avvengano in tempi rapidi, come pure che i contratti ad esecuzione continuata non siano stipulati per periodi troppo lunghi<sup>38</sup>. La redazione dei capitolati, dei bandi, la stipulazione del contratto devono realizzarsi celermente per consentire l'utilizzo delle migliori tecnologie e di beni di qualità nelle attività assistenziali. Occorre dunque stipulare i contratti seguendo le procedure delle gare europee, con la conseguenza che per assicurare la qualità ed i tempi che le peculiarità del servizio sanitario richiedono occorre che le aziende sanitarie realizzino forme di coordinamento negli acquisti. Nel settore sanitario l'esigenza di coordinamento e aggregazione degli acquisti appare ancora più evidente rispetto ad altri settori della pubblica amministrazione e non solamente per ragioni economiche. La migliore e più efficiente acquisizione di beni e servizi consente alle aziende sanitarie di perseguire il fine pubblico istituzionale per il quale sono istituite assicurando la qualità delle cure nel rispetto del principio di economicità nell'impiego delle risorse<sup>39</sup>. L'acquisizione di beni e servizi, comprensiva anche della spesa farmaceutica, costituisce infatti una parte importante della spesa sanitaria poiché può raggiungere anche il 35% dei costi, eguagliando quasi la spesa complessiva per il personale<sup>40</sup>.

In questa prospettiva pare inevitabile il superamento della tendenza a frazionare gli acquisti come unica soluzione per assicurare la celerità e la qualità, mentre pare indifferibile l'avvio di una riorganizzazione volta ad accorpere e specializzare le strutture che si occupano di procedure di acquisizione di beni e servizi.

L'attribuzione alle regioni delle competenze in materia ha determinato la creazione di venti differenti sistemi organizzativi e funzionali per lo svolgi-

<sup>38</sup> A.F. Viola, *Contrattualistica sottosoglia dell'A.USL e riparto di giurisdizione*, in *Riv. amm.*, 2006, 564; F. Dani, *Appalto di servizi, codice appalti e trasporto sanitario: spunti di riflessione*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); M.F. Crupi, *La rinnovazione dei contratti della p.a.*, in *Ragiusan*, 2006, 72; F. Cozza, *La razionalizzazione dei processi nell'acquisizione di apparecchiature elettromedicali*, in *Ragiusan*, 2006, 80; G. Mastrandrea, *L'attività contrattuale di diritto privato delle aziende sanitarie tra normativa e giurisprudenza: il caso delle forniture di beni e servizi sottosoglia*, cit., 621. Per la descrizione del *global service* o fornitura integrata come complesso di beni di consumo e durevoli e servizi: D. Croce, *Il pagamento dei fornitori attraverso il rimborso fisso a processo: la gestione in service in sanità*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2005, 40.

<sup>39</sup> Art. 1, comma 2, d.lgs. 502/1992, cit.

<sup>40</sup> Piano socio-sanitario regionale 2007-2010 della regione Piemonte, deliberato dal Consiglio Regionale 22 ottobre 2007 n. 136-39452.

mento delle attività di assistenza sanitaria, tuttavia non pare dubbio che solo una corretta ed efficiente stipulazione di contratti pubblici possa assicurare livelli essenziali ed uniformi di assistenza, nell'osservanza del principio della compatibilità finanziaria. Infatti nella definizione dell'oggetto degli appalti<sup>41</sup> occorre considerare la definizione dei livelli essenziali di assistenza<sup>42</sup> che impongono di rispettare i principi di qualità ed appropriatezza delle cure al fine di soddisfare l'obbligo di servizio pubblico posto a carico di ciascuna regione nel proprio ambito territoriale, senza trascurare il principio di economicità.

## *1.2. I modelli di aggregazione degli acquisti di beni e servizi delle aziende sanitarie*

Gli interventi normativi per la razionalizzazione delle spese per gli acquisti di beni e servizi delle aziende sanitarie rientrano nelle politiche di contenimento della spesa pubblica affrontate prima con la rinegoziazione dei rinnovi contrattuali<sup>43</sup>, poi con la promozione delle aggregazioni degli acquisti degli enti autonomi<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Ad es. nelle forniture di farmaci, le protesi e gli ausili tecnici.

<sup>42</sup> Definizione dei LEA che sono specificati da provvedimenti di competenza statale: N. Aicardi, *La sanità*, cit., 656.

<sup>43</sup> Art. 6, comma 2, l. 24 dicembre 1993, n. 537, *Interventi correttivi di finanza pubblica*, modificato dall'art. 44 della l. 23 dicembre 1994, n. 724, *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*, e ora abrogato dall'art. 23 della l. n. 62/2005, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*. Abrogazione determinata anche dall'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea. L'intero art. 6 è stato poi abrogato dall'art. 256, d.lgs. n. 163 del 2006, cit. V. ora art. 57, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006, cit. che dispone che "È in ogni caso ad oggetto forniture, servizi, lavori e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli". T.A.R. Campania, sez. I, 20 dicembre 2005, n. 20502, con nota di D. Pantano, *Il rinnovo dei contratti della P.A.: un istituto duro a morire*, in [www.Lexitalia.it](http://www.Lexitalia.it), 2006, L. Oliveri, *Brevi note sulla questione della rinnovabilità dei contratti*, in [www.Lexitalia.it](http://www.Lexitalia.it), 2006; M. G. Roversi Monaco, *Rapporti in corso e rinnovazione nei contratti della P.A.*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2005; T.A.R. Lazio, sez. I bis, sentenza 13 febbraio 2006, n. 1062 con nota di F. Di Camillo *La differenza tra proroga e rinnovo dei contratti pubblici di fornitura di servizi*.

<sup>44</sup> L. 23 dicembre 2000, n. 388, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)*, art. 59, *Acquisto di beni e servizi degli enti decentrati di spesa*, ove si dispone che "al fine di realizzare l'acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni del mercato da parte degli enti decentrati di spesa, il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica promuove aggregazioni di enti con il compito di elaborare strategie comuni di acquisto attraverso la standardizzazione degli ordini di acquisto per specie merceologiche e la eventuale stipula di convenzioni vevolevoli su parte del territorio nazionale, a cui volontariamente possono aderire tutti gli enti interessati".

Nella legislazione regionale degli anni Novanta si rinven- gono dispo- sizioni del tutto simili concernenti le “unioni di acquisto” ed altre forme di collaborazione fra aziende del servizio sanitario volte “ad ottenere facilita- zioni nell’acquisto di beni o servizi”<sup>45</sup> con attribuzione della delega ad una o più aziende a svolgere tutto o parte del processo di acquisto di beni o servi- zi<sup>46</sup>. Si è proceduto così alle prime sperimentazioni regionali di accorpamen- to degli acquisti delle aziende sanitarie sulla base di linee guida esplicative<sup>47</sup> e accordi fra aziende per l’attribuzione ad un’azienda “capofila” del mandato ad operare come stazione appaltante anche per altre aziende nell’acqui- sizione di determinati beni o servizi<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Così: l.r. Emilia-Romagna, 20 dicembre 1994, n. 50, *Norme in materia di programma- zione, contabilità, contratti e controllo delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospeda- liere*, art. 31; l.r. Abruzzo 24 dicembre 1996, n. 146, *Norme in materia di programmazione, contabilità, gestione e controllo delle Aziende del Servizio sanitario regionale, in attuazione del D.Lgs. 502/92: riordino della disciplina in materia sanitaria, così come modificato dal D.Lgs. 517/93*, art. 37; Regolamento R. Friuli Venezia Giulia 23 giugno 1998, n. 232, *Rego- lamento regionale sui contratti delle Aziende sanitarie e dell’Agenzia regionale della sanità (ex articolo 39, l.r. n. 49/1996)*, art. 6; l.r. Lazio 31 ottobre 1996, n. 45, *Norme sulla gestione contabile e patrimoniale delle aziende unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere*, art. 27 e ancora l.r. Lazio 3 agosto 2001, n. 16, *Misure urgenti di contenimento e razionalizzazio- ne della spesa sanitaria*, art. 6; l.r. Liguria 8 febbraio 1995, n. 10, *Finanziamento gestione patrimoniale ed economico-finanziaria delle Unità Sanitarie Locali e delle altre aziende del Servizio sanitario regionale*, art. 17-bis, aggiunto dall’art. 29, l.r. Liguria 20 gennaio 1997, n. 2 e ancora nella l.r. Liguria 7 dicembre 2006, n. 41, *Riordino del Servizio sanitario regionale*, art. 57.

<sup>46</sup> L.r. Marche 20 giugno 2003, n. 13, *Riorganizzazione del Servizio sanitario regionale*, art. 2 (ma cfr. già l.r. Marche, 1996, n. 26, *Riordino del servizio sanitario regionale*, art. 4), ove si individua come obiettivo strategico il miglioramento della capacità contrattuale nell’acquisto di beni e servizi, per effetto della sua concentrazione organizzativa, con conse- guente perseguimento della razionalizzazione della spesa. A questo scopo la razionalità orga- nizzativa aziendale si esprime attraverso l’articolazione degli approvvigionamenti su tre livel- li: aziendale, sovrazonale e di zona.

<sup>47</sup> Cfr. ad es. D.G.R. Piemonte, 5 dicembre 2005, n. 51-1731, *Indirizzi per l’acquisizione di medicinali attraverso gare telematiche su base regionale*, e ancor prima la D.G.R. Piemonte, n. 39-6552 del 8 luglio 2002 aveva previsto una programmazione di quadrante anche per gli acquisti di beni e servizi.

<sup>48</sup> Così emerge ad es. in sede contenziosa in: T.A.R. Emilia Romagna 23 dicembre 2004 n. 4441, *Astrazeneca S.p.a. c. ASL Ravenna e a.*, riformata da C. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006 n. 43, ove si discute di una licitazione privata per la fornitura di specialità medicinali, generici e preparati magistrali per il fabbisogno delle Aziende USL dell’Area Vasta Romagna- la (Ravenna, Cesena, Forlì e Rimini), indetta dall’Azienda USL di Ravenna (quale capofila dell’unione d’acquisto), di cui al bando pubblicato sul sito web di tale ultima Azienda in data 10 aprile 2003. N. Magrini, A. Doughty, L. Toni, M. De Rosa, *Unioni di acquisto di farmaci e meccanismi di gara: dalla esternalizzazione alla gestione integrata dei farmaci*, in G. Fiorentini (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2003, 327 s., anche sul funzionamento del-

Tali forme di aggregazione degli acquisti trovano un primo livello di stabilizzazione nella stipulazione di convenzioni ovvero nella creazione di associazioni prive di personalità giuridica, dotate di un direttore “operativo” con il compito di coordinare e promuovere le forme di aggregazione delle acquisizioni<sup>49</sup>. L’aggregazione della domanda di beni e servizi avviene in tali casi fra gruppi di aziende sanitarie ovvero relativamente ad aree vaste infra-regionali e solo raramente con vere e proprie gare regionali volte a soddisfare le esigenze di tutte le aziende sanitarie presenti sul territorio<sup>50</sup>. L’accorpamento degli acquisti richiede una dettagliata programmazione sulla base della rilevazione dei fabbisogni<sup>51</sup>, oltre alla valutazione dei livelli di complessità connessi alle tipologie di beni e servizi come pure delle situazioni di disomogeneità iniziale nell’impiego degli stessi fra le diverse aziende. Occorre infatti evitare che la gara unitaria costituisca unicamente una sommatoria di capitolati differenti trasformandosi in gara a più lotti distinti, funzionali alle esigenze delle differenti aziende. A tal fine risulta essenziale per l’acquisizione di presidi sanitari una classificazione unica nazionale<sup>52</sup> che consenta il riferimento a prodotti effettivamente equivalenti ed assicuri il corretto funzionamento degli osservatori prezzi. L’operazione di aggregazione della domanda richiede infatti

la Centrale interaziendale di acquisto di Bologna. Per la stipulazione di accordi per la gestione del servizio di trasporto sanitario si v. il contributo di M. Mattalia, in questo volume.

<sup>49</sup> Si tratta dell’esperienza dell’Emilia Romagna.

<sup>50</sup> Cfr. ad es. D.G.R. Piemonte, 5 dicembre 2005, n. 51-1731, Ass. Valpreda.

<sup>51</sup> Le criticità più diffusamente rinvenute sono relative a: “programmazione non del tutto adeguata alla conoscenza dei fabbisogni e scarso controllo dei livelli delle scorte, eccessivi costi di acquisto dei beni e ritardo nell’emissione degli ordini; ampio *gap* di prezzo relativo a prodotti simili; elevata varietà e differenziazione di prodotti all’interno di gruppi funzionalmente simili; problemi logistici del materiale”, così: N. Ubaldelli, *Riforma dell’E-procurement e possibili estensioni alla Sanità. Attività e primi risultati di alcuni Progetti pilota: il Progetto Sanità ed il caso dell’Area Metropolitana di Bologna*, in *Amministrazione in cammino*, 2002, ove si riferisce che in base ad una ricerca condotta dalla Scuola superiore Sant’Anna di Pisa in materia di spesa per beni e servizi da parte delle strutture sanitarie gli acquisti nel S.s.n. si stima siano fatti a prezzi che superano del 26 % il prezzo richiesto in un eventuale regime concorrenziale. Nel 40% dei casi rilevati il prezzo di aggiudicazione si scosta dal minimo raggiungendo punte del 300%. Di qui la necessità di razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi sanitari mirano a ridurre la spesa sanitaria e la previsione della l. 23 dicembre 2000 (finanziaria 2001) per le aziende sanitarie della facoltà di avvalersi di un organismo, comune a tutte le regioni, in grado di selezionare e razionalizzare la domanda di beni e servizi e di poter effettuare acquisti centralizzati per diverse tipologie di bene (ad es. sono incentivate forme di aggregazione tra aziende sanitarie e ospedaliere appartenenti a regioni diverse) e del cosiddetto “progetto sanità” volto a rendere più efficiente la modalità di gestione della spesa ed a introdurre tecnologie innovative.

<sup>52</sup> Adottata per taluni presidi con d.m. 20 febbraio 2007, *Approvazione della classificazione nazionale dei dispositivi medici* (CND).



un coordinamento fra le differenti strutture cui fanno riferimento gli utilizzatori e per determinati prodotti o servizi può risultare particolarmente complessa. È importante anche valutare i profili relativi alla tutela della concorrenza, in relazione all'individuazione di un "mercato rilevante" e della "posizione dominante" esercitata dalla domanda. Spesso inoltre le aziende sanitarie si pongono il problema della salvaguardia delle possibilità di accesso alle gare da parte delle piccole imprese locali<sup>53</sup>. Le maggiori criticità rinvenute nelle prime sperimentazioni relative al processo di aggregazione degli acquisti sembrano infatti ricollegate alla necessità di procedere ad una profonda riorganizzazione delle strutture attualmente competenti, ai tempi prolungati per lo svolgimento di gare più complesse, alla difficoltà di assicurare la qualità e l'esatta rispondenza alle esigenze dei clinici, anche relativamente alle modalità di consegna ed assistenza<sup>54</sup>. Tali difficoltà, sicuramente riscontrabili in fase sperimentale, sembrano superabili con un'adeguata riorganizzazione che realizzi le necessarie sinergie che possono assicurare oltre alle evidenti economie di scala, anche consistenti risparmi sui prezzi, e sui costi delle strutture, consentendo di liberare risorse anche per assicurare un rilevante contrasto agli inadempimenti ed ai ritardi.

Riscontrati gli effetti positivi dell'accorpamento delle acquisizioni in aree vaste di beni e servizi si tende ad assicurare una maggiore stabilità a tali forme di cooperazione con la creazione di consorzi, ovvero con la loro trasformazione in enti pubblici distinti, ma strumentali rispetto alle aziende sanitarie, cui possono essere attribuite ulteriori funzioni. In tale direzione si pone la scelta della regione Toscana di riorganizzare il Servizio sanitario regionale in Aree Vaste<sup>55</sup> istituendo i Consorzi di Area Vasta<sup>56</sup> con funzioni finalizzate alla concentrazione delle attività non specificatamente sanitarie ed in particolare la "funzione acquisti", con l'obiettivo di abbattere i costi gestionali migliorando l'efficienza dei servizi. Il raggiungimento degli obiettivi di efficienza della spesa e lo sviluppo di sinergie ha assicurato un maggior coordinamento di attività in precedenza assolte separatamente e ha

<sup>53</sup> Titolo IV dell'Atto aziendale dell'ASUR delle Marche.

<sup>54</sup> Si veda nella prospettiva aziendale: Marini, Nastri, Porcini, *I modelli di acquisto centralizzato*, in [www.istud.it](http://www.istud.it), 2006, che, sulla base di interviste ad alcuni amministratori e clinici di aziende sanitarie italiane, e di alcune esperienze regionali, valuta negativamente la centralizzazione anche relativamente al contenimento della spesa.

<sup>55</sup> In precedenza il sistema sanitario toscano era organizzato in 16 Aziende sanitarie di cui 12 Aziende Unità Sanitarie Locali e 4 Aziende Ospedaliere. Comitati di Area Vasta svolgono funzioni di programmazione e coordinamento delle prestazioni e dell'organizzazione sanitaria.

<sup>56</sup> D.C.R. della Toscana n. 144/2002.

determinato la scelta di estenderne le funzioni e trasformali in enti pubblici del servizio sanitario regionale<sup>57</sup>, con personalità giuridica pubblica, autonomia amministrativa, organizzativa, contabile, gestionale. A tali nuovi enti pubblici è stato affidato l'approvvigionamento di beni e servizi, la gestione del patrimonio per le funzioni ottimizzabili in materia di manutenzione, la gestione dei magazzini e della logistica, la gestione delle reti informative e delle tecnologie informatiche, l'organizzazione e gestione delle attività di reclutamento, formazione e pagamento del personale. Si è così attuata una scelta a favore di un modello di organizzazione "sovraziendale" per assicurare un supporto alle aziende sanitarie nell'esercizio delle funzioni tecniche, amministrative, senza peraltro accentrare tali attività in un unico ente regionale<sup>58</sup>.

In una direzione analoga sembra porsi anche la previsione della legge regionale piemontese di individuare "servizi logistici, tecnico-economici e di supporto" – in particolare quelli di approvvigionamento di beni e servizi, gestione dei magazzini, logistica, gestione delle reti informative e organizzazione dei centri di prenotazione – da gestire "a livello di area di coordinamento sovrazonale"<sup>59</sup> al fine di raggiungere un miglior livello di effica-

<sup>57</sup> L'art. 100, l.r. Toscana 24 febbraio 2005, n. 40, *Disciplina del servizio sanitario regionale*, ha disposto il potenziamento del ruolo dei Consorzi trasformandoli in *Enti per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta (ESTAV)*. Estav centro toscana (Aziende USL Firenze, Prato, Pistoia, Empoli; Aziende Ospedaliero-Universitarie Careggi e Meyer di Firenze) Estav nord ovest toscana (Aziende USL Lucca, Massa e Carrara, Versilia, Pisa, Livorno; Azienda Ospedaliero-Universitaria di Pisa) Estav sud est toscana (Aziende USL Siena, Arezzo e Grosseto; Azienda Ospedaliero-Universitaria di Siena). Con D.G.R. n. 1021 del 17 ottobre 2005 i nuovi soggetti sono a tutti gli effetti subentrati ai Consorzi di area vasta nell'esercizio delle funzioni dei consorzi.

<sup>58</sup> Si veda peraltro la l.r. Toscana 13 luglio 2007, n. 38, *Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro*. Art. 42 – *Appalti di interesse generale*: "1. Per gli appalti di forniture e servizi di interesse per le amministrazioni pubbliche, la regione può assumere le funzioni di centrale di committenza ai sensi dell'articolo 33 del d.lgs.163/2006 e dell'art. 1, comma 455, della l. 296/2006" ed il successivo art. 45 – *Convenzione per la gestione comune delle procedure di gara*: "1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 33 del d.lgs. 163/2006, al fine di realizzare una semplificazione procedurale ed una razionalizzazione della spesa per l'effettuazione di lavori e per l'appalto di forniture e servizi di interesse comune, le amministrazioni aggiudicatrici possono stipulare apposite convenzioni per l'effettuazione di un'unica procedura di gara, individuando a tale fine l'ente titolare della procedura stessa".

<sup>59</sup> L.r. Piemonte 6 agosto 2007, n. 18, *Norme per la programmazione socio-sanitaria e il riassetto del servizio sanitario regionale*, art. 23 (*Aree di coordinamento sovrazonale*): "1. La Giunta regionale individua i servizi amministrativi, logistici, tecnico-economici e di supporto le cui funzioni vengono espletate a livello di area di coordinamento sovrazonale, successivamente denominata area. 2. Le funzioni che possono essere oggetto dell'individuazione di cui al comma 1 sono quelle relative all'approvvigionamento di beni e servizi,

cia ed efficienza. Non è chiarito con quale forma giuridica si intenda realizzare il coordinamento e quale livello dimensionale si voglia raggiungere. A tale disposizione si è affiancata la scelta di costituire una società di committenza regionale<sup>60</sup> che potrebbe determinare un più consistente accentramento degli acquisti, forse limitata a talune tipologie di acquisti. Anche la regione Sardegna nel perseguire l'unitarietà, l'uniformità ed il coordinamento delle funzioni del servizio sanitario regionale, promuove l'integrazione e la cooperazione fra le aziende sanitarie e favorisce il coordinamento a livello regionale delle politiche del personale e delle politiche finalizzate all'acquisto, anche attraverso aziende capofila, di beni e servizi e allo sviluppo dell'innovazione tecnologica e del sistema informativo sanitario regionale<sup>61</sup>. In Lombardia sono state avviate esperienze aggregative per gli acquisti delle Aziende sanitarie<sup>62</sup> con il conferimento di mandato ad altre aziende per l'indizione di gare aggregate, ovvero per l'adesione a contratti stipulati da altre aziende sanitarie, esperienza ora da coordinare con l'attività della nuova centrale di committenza.

alla gestione dei magazzini, alla logistica, alla gestione delle reti informative e all'organizzazione dei centri di prenotazione. 3. La Giunta regionale individua altresì, sulla base di analisi epidemiologiche che evidenzino situazioni a forte valenza territoriale, le funzioni sanitarie da espletarsi a livello di area. 4. I criteri per l'individuazione delle modalità gestionali di cui ai commi 1 e 3 sono improntati al conseguimento del miglior livello di efficacia ed efficienza. 5. La Giunta regionale individua le aziende sanitarie che vengono incaricate di svolgere specifiche funzioni che supportano, integrano e sostituiscono i relativi servizi di altre aziende sanitarie”.

<sup>60</sup> L.r. Piemonte 6 agosto 2007, n. 19, *Costituzione della società per azioni denominata Società di Committenza regione Piemonte S.p.a. (S.C.R. – Piemonte). Soppressione dell'agenzia regionale delle strade del Piemonte (ARES – Piemonte)*, art. 1 (*Oggetto e finalità*): “1. La regione promuove la costituzione di una centrale di committenza, conformemente con quanto stabilito dai principi e dalle norme del diritto comunitario relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi con la direttiva 2004/18/CE e con quanto disposto dall'articolo 1, commi 455, 456, 457 della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per l'anno 2007), al fine di razionalizzare la spesa pubblica e di ottimizzare le procedure di scelta degli appaltatori pubblici nelle materie di interesse regionale, in particolare nei settori delle infrastrutture, trasporti, telecomunicazioni, della sanità e in ogni altra materia di interesse regionale previo inserimento nella programmazione degli interventi di cui all'articolo 6”.

<sup>61</sup> L.r. Sardegna 28 luglio 2006, n. 10, *Tutela della salute e riordino del servizio sanitario della Sardegna. Abrogazione della l.r. 26 gennaio 1995*, n. 5.

<sup>62</sup> L.r. Lombardia n. 30 del 1996, cit.

### *1.3. Le centrali di committenza regionali ed i rapporti con la Consip S.p.a. La funzionalità delle nuove modalità organizzative rispetto alle strutture contrattuali più innovative*

L'aggregazione degli appalti pubblici di una intera regione sembra infatti risultare favorita dall'istituzione di centrali di committenza<sup>63</sup> regionali di cui si è prevista la creazione per la formazione di una rete regionale<sup>64</sup> coordinata con la centrale di acquisto nazionale Consip S.p.a.<sup>65</sup>.

Come è noto, la Consip S.p.a. è una società concessionaria di servizi informativi pubblici<sup>66</sup> del Ministero dell'Economia e Finanze, che esercita le competenze un tempo attribuite al Provveditorato Generale dello Stato<sup>67</sup> e che persegue l'attuazione del programma per la razionalizzazione degli acquisti nella pubblica amministrazione, in quanto struttura di servizio per gli acquisti di beni e servizi per le pubbliche amministrazioni<sup>68</sup>. Le scelte normative relative all'attività della Consip S.p.a. non sono risultate sempre chiare e coerenti, al punto che si possono individuare più fasi dell'evoluzione di tale struttura, scandite, normalmente, dall'approvazione delle leggi finanziarie<sup>69</sup>. Fondamentale è risultata l'attività di stipulazione di convenzioni quadro destinate in primo luogo a soddisfare le esigenze delle amministrazioni statali e periferiche, cui è seguito il tentativo di promuovere aggregazioni tra enti

<sup>63</sup> Art. 33, d.lgs. 163/2006, cit.

<sup>64</sup> L. 23 dicembre 2005 n. 266, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria 2006), art. 1, comma 158.

<sup>65</sup> S. Zuccolotto, L. Minganti, *Evoluzione storica del processo di acquisto della pubblica amministrazione*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, 60 s.; P. Subioli, *Con l'acquisto telematico di beni e servizi le PA fanno fronte alla carenza di risorse*, in *Guida agli enti locali – Il Sole-24 Ore* – n. 4 – 26 maggio 2007.

<sup>66</sup> D.lgs. 19 novembre 1997, n. 414, cit.

<sup>67</sup> L. 23 dicembre 1999, n. 488, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria 2000, art. 26, *Acquisto di beni e servizi*, l. Il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente, stipula, anche avvalendosi di società di consulenza specializzate, selezionate anche in deroga alla normativa di contabilità pubblica, con procedure competitive tra primarie società nazionali ed estere, convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato. I contratti conclusi con l'accettazione di tali ordinativi non sono sottoposti al parere di congruità economica.

<sup>68</sup> D.m. 24 febbraio 2000, *Conferimento alla Consip S.p.a. dell'incarico di stipulare convenzioni e contratti quadro per l'acquisto di beni e servizi per conto delle amministrazioni dello Stato*.

<sup>69</sup> Così nel dettaglio: S. Zuccolotto, L. Minganti, *Evoluzione storica del processo di acquisto della pubblica amministrazione*, cit., 63 s.

pubblici, quali regioni, enti locali e aziende sanitarie, per l'elaborazione di strategie comuni di acquisto<sup>70</sup>. Successivamente si è estesa la facoltà di aderire alle convenzioni stipulate dalla Consip S.p.a. anche agli enti locali, unitamente all'obbligo di adottare prezzi non superiori, in caso di acquisti autonomi<sup>71</sup>, poi, per un breve periodo, si è disposta addirittura l'obbligatorietà dell'adesione alle convenzioni Consip per tutti gli enti pubblici<sup>72</sup>, obbligo successivamente attenuato con il ritorno alla possibilità di adottare gli stessi parametri prezzo-qualità<sup>73</sup>, ovvero con l'obbligatorietà limitata alle tipologie di beni e servizi individuate con decreto ministeriale<sup>74</sup>. Un vincolo più ampio sembra ancora rinvenirsi relativamente al ricorso al mercato elettronico, sempre gestito da Consip S.p.a., per gli acquisti di valore inferiore alla "soglia" comunitaria<sup>75</sup>. In relazione alle scelte di estensione delle autonomie re-

<sup>70</sup> Art. 59, l. 23 dicembre 2000, n. 388, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)*, e art. 58, ove si prevedeva che le convenzioni sono stipulate dalla Concessionaria servizi informatici pubblici (Consip) S.p.a., per conto del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, ovvero di altre pubbliche amministrazioni devono indicare, anche al fine di tutelare il principio della libera concorrenza e dell'apertura dei mercati, i limiti massimi dei beni e dei servizi espressi in termini di quantità. Le predette convenzioni indicano altresì il loro periodo di efficacia, mentre all'art. 60 già si prevedeva l'analisi dei mercati dei prodotti acquistati dalla pubblica amministrazione, per massimizzare l'efficacia delle convenzioni e della collaborazione da fornire alle aggregazioni di enti e aziende "si prevede la definizione di un'appropriata classificazione merceologica delle principali voci di acquisto della pubblica amministrazione, per la individuazione dell'area di interesse delle convenzioni da predisporre, in relazione alle diverse caratteristiche e condizioni: a) dei beni oggetto delle convenzioni, distinguendo in particolare tra beni preesistenti, beni forniti appositamente su richiesta e beni prodotti esclusivamente in mercati locali; b) dell'offerta: monopoli pubblici o privati regolamentati, monopoli privati in mercati contendibili o selezionabili mediante asta, oligopoli nazionali o internazionali, concorrenza; c) delle forme e tecniche di aggiudicazione delle forniture a seconda delle tipologie industriali del mercato di riferimento: affidamento diretto, tipi di gara e semplice ricorso al mercato".

<sup>71</sup> L. 28 dicembre 2001, n. 448, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)*. Considera tale obbligo come rientrante nel potere di coordinamento statale: C. Cost., 4 febbraio 2004, n. 36.

<sup>72</sup> Con conseguente nullità dei contratti stipulati in violazione di tale obbligo, l. 27 dicembre 2002, n. 289. *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)*.

<sup>73</sup> L. 24 dicembre 2003, n. 350, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)*, art. 15.

<sup>74</sup> D.m. 1 marzo 2007, *Individuazione delle tipologie di beni e servizi per le quali si applica il vincolo di obbligatorietà di adesione alle Convenzioni-quadro di cui all'art. 1, comma 449 l. 27 dicembre 2006, n. 296*.

<sup>75</sup> Art. 1, comma 450, l. 27 dicembre 2006 n. 296, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)*.

gionali e riscontrate le difficoltà nell'estendere le funzioni di Consip S.p.a.<sup>76</sup>, si è prevista l'istituzione di centrali di committenza regionali per costituire un sistema a rete con la centrale di committenza statale, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi, prevedendo altresì che gli enti del Servizio sanitario nazionale siano tenute ad utilizzare le convenzioni stipulate dalle centrali di committenza regionali, quando queste siano attivate<sup>77</sup>. La Consip S.p.a. è chiamata a fornire gli strumenti di *e-procurement*, ma anche tutta l'esperienza maturata nella gestione delle gare per la stipulazione di convenzioni<sup>78</sup>. In tal modo si agevola la creazione delle centrali di committenza regionali per la costituzione di una rete che eviti duplicazioni e sovrapposizioni, ma al contrario consenta il coordinamento con le strategie regionali di specializzazione per specifici acquisti non utilmente centralizzabili a livello statale, segnatamente in ambito sanitario. L'aggregazione deve riguardare anche le professionalità chiamate a gestire tali attività superando la frammentazione e dispersione attuale. Anche le imprese fornitrici possono giovare di un'estensione del proprio mercato di riferimento e migliorare il loro livello di competitività<sup>79</sup>.

La creazione di centrali di committenza regionali non può prescindere dall'utilizzo di piattaforme tecnologiche per la realizzazione di aste elettroniche e l'attuazione dei nuovi metodi di scelta del contraente previsti dalle direttive europee ed introdotti nel nostro ordinamento dal codice dei contratti pubblici<sup>80</sup>. In particolare gli accordi quadro ed i sistemi dinamici di acquisi-

<sup>76</sup> Non si è scelto di estendere la partecipazione all'interno degli organi di Consip S.p.a. di rappresentanti regionali e degli enti locali, similmente a quanto avviene in altri paesi.

<sup>77</sup> L. 27 dicembre 2006 n. 296, cit., art. 1 commi 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 1126, 1127. Per un quadro generale del sistema degli acquisti regionali e dello stato di attuazione della prevista costituzione di centrali di committenza regionali: M. Grana, *Note sul sistema di acquisti di beni e servizi nelle amministrazioni regionali*, in L. Fiorentino (a cura di) *Lo Stato compratore, L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 345 s.

<sup>78</sup> L. Fiorentino, *La legge finanziaria del 2007 e la pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 11 ss.

<sup>79</sup> N. Ubaldelli, *Riforma dell'E-procurement e possibili estensioni alla Sanità. Attività e primi risultati di alcuni Progetti pilota: il Progetto Sanità ed il caso dell'Area Metropolitana di Bologna*, cit., che analizzava il Modello logistico pilota con la Centrale Interaziendale Approvigionamenti (C.I.A.) nell'Area Metropolitana di Bologna come modello di logistica integrata per la riduzione degli sprechi, il risparmio sui costi di magazzino e di trasporto e la riqualificazione del personale.

<sup>80</sup> Artt. 33, 59, 60 e 85, d.lgs. 163/2006, cit. Sull'evoluzione dell'utilizzo di strumenti informatici e telematici: A. Leli, *Effetti mancati del d.p.r. 101 e opportunità nel recepimento delle nuove direttive comunitarie*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 211; L. Bertini, A. Vidoni, *Il*

zione richiedono l'impiego di professionalità e tecnologie informatiche che escludono la possibilità della conduzione della gara da parte di una singola azienda. I nuovi modelli organizzativi, realizzando varie forme di aggregazione fra le aziende sanitarie, risultano dunque funzionali al miglior impiego delle strutture contrattuali più innovative.

La struttura giuridica delle convenzioni quadro che vengono stipulate da Consip S.p.a. sembra infatti già riconducibile ad un "accordo quadro completo concluso con un solo operatore"<sup>81</sup>, tuttavia il dettato della previsione normativa consente di immaginare anche nuove forme di accordo quadro con più operatori che potrebbero operare parallelamente, o alternativamente in fase esecutiva, come pure la possibilità di non definire tutti gli elementi dell'offerta (proprio in relazione alla rapida obsolescenza di determinati prodotti) e rinviarli ad un momento successivo, anche in questo caso rilanciando il confronto competitivo fra più operatori<sup>82</sup>. Ancora più evidente risulta la necessità degli strumenti telematici per l'asta elettronica, come per l'attuazione dei più complessi sistemi dinamici di acquisizione ove si prevede la possibilità per gli operatori economici di inserirsi nel sistema in qualsiasi momento con la presentazione di un'offerta indicativa da specificare in seguito<sup>83</sup>. Si tratta di strumenti innovativi che risultano funzionali alle esigenze delle acquisizioni di beni e servizi necessari al servizio sanitario, poiché possono assicurare l'articolazione della domanda – in modo da soddisfare le dif-

*Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione – MEPA. Scenario, funzionalità e linee di tendenza, in Quaderni Consip VI-2007, www.consip.it.*

<sup>81</sup> Art. 26, legge finanziaria per il 2000, cit., come precisato in: G. L. Albano, L. Carpineti, F. Dini, L. Giamboni, F. Russo, G. Spagnolo, *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in Quaderni Consip IV-2007, www.consip.it*, 12, ove si specificano le ragioni economiche che giustificano la scelta tra i differenti nuovi strumenti.

<sup>82</sup> L'accordo quadro definisce direttamente talune condizioni contrattuali degli appalti che saranno in futuro stipulati tra le parti che hanno aderito all'accordo e dovrà essere concluso conformemente alle disposizioni in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (art. 32, par. 2, direttiva 2004/18), con la possibilità di rinnovare il confronto competitivo tra le parti dell'accordo relativamente alle condizioni in esso non stabilite (cfr. l'11° considerando, direttiva 2004/18 precisa che "il rilancio del confronto competitivo" deve garantire la "flessibilità richiesta nonché l'osservanza dei principi generali, ivi compreso il principio della parità di trattamento"). G. L. Albano, L. Carpineti, F. Dini, L. Giamboni, F. Russo, G. Spagnolo, *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, cit.*, 5.

<sup>83</sup> Il sistema dinamico di acquisizione è aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri (art. 1, par. 6, direttiva 2004/18).

ferenti esigenze dei clinici – e dell’offerta, ammettendo una pluralità di operatori anche nella fase di esecuzione delle prestazioni<sup>84</sup>.

La scelta di favorire la creazione di una rete di centrali di committenza consente di richiamare le prime esperienze in tal senso tra cui quella dell’Emilia Romagna, con la centrale denominata Intercent-ER, unico sistema regionale di negoziazione telematica, istituita con l’obiettivo di razionalizzare la spesa per gli acquisti regionali mediante l’adozione di procedure informatizzate (*e-procurement*) e l’istituzione di un’Agenzia regionale di sviluppo dei mercati telematici dotata di personalità giuridica che svolga la propria attività obbligatoriamente a favore anche degli enti e delle aziende del servizio sanitario regionale<sup>85</sup>. Anche la Lombardia ha costituito una centrale regionale acquisti nell’ambito della società regionale Lombardia informatica S.p.a., con l’obiettivo di razionalizzare la spesa per l’acquisto di beni e servizi da parte della regione e degli Enti sanitari verso quello che viene definito sistema regionale allargato<sup>86</sup>. Il Friuli Venezia Giulia in seguito ad una prima esperienza di accentramento degli acquisti<sup>87</sup> ha istituito una struttura denominata Centro servizi condivisi<sup>88</sup>, configurata come Consorzio obbligatorio tra le aziende sanitarie regionali a cui hanno aderito anche i due IRCCS pubblici della regione, cui è stata affidata la gestione centralizzata di attività tecniche ed amministrative individuate dalla regione, a supporto degli enti consorziati. Il Consorzio avvia gli acquisti centralizzati di alcuni beni

<sup>84</sup> R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 26 s.

<sup>85</sup> L.r. Emilia Romagna n. 11 del 2004, artt. 18 e s. e 20, ove si prevede la trasformazione in società per azioni sulla base dei risultati conseguiti nel consolidamento del sistema di razionalizzazione degli acquisti e che l’agenzia svolge la propria attività in favore: obbligatoriamente a) della regione e degli enti regionali, quali le agenzie, le aziende e gli istituti, anche autonomi e, in generale, gli organismi di diritto pubblico dalla stessa costituiti e comunque denominati, purché privi di personalità giuridica privatistica, nonché di loro consorzi ed associazioni, ed inoltre degli enti e delle aziende del servizio sanitario regionale.

<sup>86</sup> Per le esperienze di altre regioni: D.G.R Veneto 7 agosto 2007, n. 2569, *Linee guida progettuali per lo sviluppo della Società dell’informazione del Veneto*, par. 5.7 individua tra i servizi per la razionalizzazione economico-finanziaria della p.a. il servizio centrale acquisti (*e-procurement*, gare telematiche). Si veda anche la Delib. Assessore Sanità della regione Sicilia, 11 luglio 2007, n. 1463/07, con la quale è stato istituito presso il Dipartimento regionale per le infrastrutture e lo sviluppo e l’innovazione, per la comunicazione e per l’informatizzazione del settore sanitario (D.I.S.I.) il Tavolo tecnico della Rete dei Referenti aziendali per l’innovazione e l’informatizzazione del sistema sanitario siciliano con compiti di monitoraggio della spesa sanitaria e di promozione dell’informatizzazione dei servizi e delle attività. M. Grana, *Note sul sistema di acquisti di beni e servizi nelle amministrazioni regionali*, cit., 345 s.

<sup>87</sup> D.G.R Friuli Venezia Giulia, n. 4462 del 2001, *Intervento sulla sanità regionale*.

<sup>88</sup> L.r. Friuli Venezia Giulia 21 luglio 2004, n. 20, *Riordino normativo dell’anno 2004 per il settore dei servizi sociali*, art. 18.



di consumo, con l'obiettivo di ridurre i costi e migliorare i livelli di servizio. A tal fine raccoglie e analizza i fabbisogni per determinati beni di consumo per coordinare e sviluppare le strategie d'acquisto, gestire le gare e stipulare convezioni a livello regionale, mentre la definizione dei fabbisogni, l'emissione degli ordini, il ricevimento delle merci, delle fatture e dei pagamenti rimangono di competenza delle singole aziende. Sulla base dei primi risultati dell'attività si evidenzia il raggiungimento degli obiettivi di risparmio preventivati nel piano triennale. Alla luce di tali esperienze sembra che lo sviluppo di modalità informatiche e telematiche di negoziazione possa contenere la spesa, anche attraverso l'aggregazione e la standardizzazione della domanda, la definizione delle procedure di selezione dei contraenti, il monitoraggio dei consumi, l'adeguamento degli standard di qualità agli effettivi fabbisogni, la semplificazione del processo di acquisto interno, assicurando la trasparenza del mercato, stimolando lo sviluppo delle capacità concorrenziali delle imprese. Tali nuovi modelli organizzativi consentono una più accurata valutazione comparativa tecnica ed economica tra le diverse soluzioni disponibili sul mercato tenendo conto della rispondenza alle esigenze delle Aziende sanitarie, con la possibilità di sperimentare le nuove strutture contrattuali e sviluppare programmi informatici specifici utili anche ad altre amministrazioni. Occorre peraltro sottolineare che tali modelli organizzativi non limitano l'autonomia delle singole aziende sanitarie per quanto concerne la pianificazione dei fabbisogni, la definizione degli ordini di acquisto ed il controllo dei consumi<sup>89</sup>.

La direzione che sembra potersi individuare per attuare le indicate innovazioni parte ancora una volta dalla raccolta delle informazioni sulla previsione dei fabbisogni delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, ora da inserire in un modulo di registrazione *on line* per poter agevolmente procedere all'elaborazione e all'utilizzo dei dati raccolti<sup>90</sup>. Tale rilevazione,

<sup>89</sup> Art. 18, comma 2, lett. c), l.r. Friuli Venezia Giulia, cit.

<sup>90</sup> L. 24 dicembre 2007, n. 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)*, art. 2, comma 569 e s., ove si prevede che le amministrazioni statali centrali e periferiche inviano, entro il 28 febbraio per l'anno 2008 ed entro il 31 dicembre per gli anni successivi, al ministero dell'Economia e delle finanze un prospetto contenente i dati relativi alla previsione annuale dei propri fabbisogni di beni e servizi, per il cui acquisto si applica il codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, conformemente alle modalità e allo schema pubblicati sul portale degli acquisti in rete del ministero dell'Economia e delle finanze e di Consip S.p.a. Tali dati verranno elaborati da Consip S.p.a., pubblicati sul portale degli acquisti in rete del ministero dell'Economia e delle finanze e di Consip S.p.a., quali utili strumenti di supporto e modelli di comportamento secondo canoni di efficienza, nell'attività di programmazione degli acquisti di beni e servizi e nell'attività di controllo di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286. Si

che andrebbe utilmente adottata anche dalle amministrazioni autonome nell'ambito del coordinamento regionale, consente di definire con maggiore precisione l'oggetto e la consistenza delle convenzioni, anche attraverso l'attivazione di accordi quadro più articolati con i fornitori, per assicurare una diffusa attuazione dei cosiddetti "negozi elettronici" ove le amministrazioni interessate possano scegliere direttamente i beni o servizi disponibili in esito a una gara già svolta dalla centrale di committenza statale, – ma in futuro anche da centrale regionale – cui sia possibile aderire, con tutti i vantaggi di non dover svolgere la gara e di poter scegliere fra una varietà di beni e servizi, individuando le condizioni maggiormente rispondenti alle proprie esigenze.

## **2. Le strutture contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi da parte delle aziende sanitarie e la qualità degli offerenti**

L'evoluzione delle modalità organizzative funzionali all'acquisizione di beni e servizi risulta necessaria per superare le difficoltà che attualmente le aziende sanitarie rinvengono nella conduzione delle procedure selettive<sup>91</sup> e che si desumono dal contenzioso giurisdizionale amministrativo, con i peculiari effetti che determina in questo settore. L'annullamento o la sospensione degli atti di gara comporta infatti non solo ritardi incompatibili con il corretto svolgimento delle attività assistenziali, ma anche la responsabilità delle aziende sanitarie per il risarcimento dei danni cagionati ai concorrenti, nonché di possibili conseguenti azioni per responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori che abbiano tenuto comportamenti gravemente scorretti e determinato danni erariali e all'immagine dell'ente pubblico<sup>92</sup>. Per

prevede il rafforzamento degli strumenti che consentono la comparabilità del bene e del servizio per applicare i parametri di prezzo-qualità.

<sup>91</sup> Individuate principalmente nel frazionamento della domanda e nella dispersione delle strutture competenti.

<sup>92</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 3 aprile 2002, n. 161, in *Riv. corte conti*, 2002, fasc. 2, 228, *Proc. Reg. regione Abruzzo c. G. F. R. Vicepresidente del Comitato di Gestione della USL di Pescara* secondo cui "in caso di dazione di tangenti, può presumersi che il corrotto abbia tratto un illecito vantaggio economico superiore a quanto conseguito illegalmente dal corrotto e che correlativamente sia stato cagionato un danno erariale da liquidarsi in via equitativa; nella specie, nell'affermare la responsabilità del convenuto che, nell'esercizio delle sue funzioni di vicepresidente di una asl, ha illecitamente favorito una ditta di fornitura di beni e servizi in cambio di somme di denaro e ad altre utilità (dono di un computer, assunzione di un raccomandato ecc.), il danno va quantificato al minimum costituito dal valore delle utilità percepite dal convenuto"; C. conti, sez. giur. reg. Puglia, 11 ottobre 2006, n. 885, in *Dir. e pratica amm.*, 2007, 83, *Proc. Reg. regione Puglia c. direttore generale, direttore amministra-*

questa ragione la sempre maggiore complessità del sistema delle fonti europee, nazionali, regionali, fino ai regolamenti e agli atti aziendali, richiede la concentrazione delle professionalità disperse nelle molteplici strutture oggi competenti, per evitare ad esempio la frequente rinuncia all'adozione di capitolati generali, ed il ricorso alla rapida rielaborazione, caso per caso, di capitolati speciali adottati per ogni singolo contratto<sup>93</sup>. Nei contratti delle aziende sanitarie infatti, oltre alle difficoltà giuridiche, occorre tenere conto della complessità tecnica dei beni e servizi da acquisire, con la conseguente necessità di richiedere la collaborazione, già in fase di redazione dei capitolati, di altre professionalità quali medici, farmacisti, ingegneri clinici<sup>94</sup>. La progressiva "stratificazione" delle clausole dei capitolati, in assenza di una completa rielaborazione non sempre consente una precisa definizione di tutti gli aspetti necessari ad individuare nella maniera più accurata i requisiti di partecipazione delle imprese al fine di valutare l'idoneità dei partecipanti (*qualità dell'offerente*), rispetto alle caratteristiche relative all'oggetto del contratto (*qualità dell'offerta*), con conseguente avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea<sup>95</sup>. Si tratta di compiere delicate valutazioni nella previsione di requisiti di qualificazione tecnica, economica, finanziaria e morale degli offerenti che, se da un lato possono limitare la partecipazione alla gara dei potenziali offerenti<sup>96</sup>, dall'altro possono assicurare la corretta esecuzione della prestazione. Indubbiamente la qualità dell'offerente è fondamentale e sembra opportuno raccogliere ed utilizzare infor-

*tivo e direttore sanitario dell'Azienda Unità Sanitaria Locale FG/1* ove si evince che nell'ipotesi di danno erariale *ex contractu*, la prescrizione della relativa azione di responsabilità amministrativa decorre dall'adempimento dell'obbligazione corrispettiva.

<sup>93</sup> S. Ponzio, *I capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, 2006, 9 s.

<sup>94</sup> Si veda il contributo di S. Ponzio, in questo volume.

<sup>95</sup> Circolare 1 marzo 2007, Presidenza del consiglio dei ministri, dipartimento per le politiche comunitarie – *Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi*, ove in relazione alle conseguenti possibili condanne ex art. 228 Trattato Ce si precisa che l'inosservanza di tali obblighi si corretta separazione delle due valutazioni determinerà responsabilità amministrativa del funzionario che in relazione ai chiarimenti ricevuti non potrà non considerarsi in colpa grave. Si v. anche delib. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, 12 luglio 2007 n. 250.

<sup>96</sup> C. Stato, sez. V, 6 giugno 2006, n. 3374 *Azienda USSL n. 3 di Busto Arsizio c. S.p.a. "Zaro Carni"* la AUSSL ritiene legittimo l'annullamento di una clausola di un bando per l'appalto di fornitura di carni indetto da un'Azienda sanitaria locale che consentiva la partecipazione alla gara alle sole ditte che avessero acquisito, con apposito d.m., il riconoscimento dell'idoneità alla macellazione ed al sezionamento per l'esportazione di carni all'estero (c.d. "bollo CEE") poiché detta clausola limitava ingiustificatamente l'accesso alla fornitura alle sole imprese di lavorazione della carne ed escludeva quelle che commerciano il prodotto, mentre è interesse dell'ASL comprare la merce più garantita non già quello di acquistarla presso uno od altro soggetto, se ognuno può offrire il prodotto con le prescritte qualità e garanzie".

mazioni relative al comportamento, al “rendimento” dei contraenti delle pubbliche amministrazioni<sup>97</sup>. Da tempo nel nostro ordinamento sono stati previsti requisiti “reputazionali” degli offerenti i quali dovevano dimostrare di aver eseguito “a regola d’arte” precedenti rapporti contrattuali<sup>98</sup>. Il potere di escludere dalla partecipazione alle gare pubbliche le imprese ritenute inaffidabili costituiva infatti la risposta della disciplina più risalente per sanzionare, con l’esclusione dalle gare, la negligenza o malafede del concorrente nell’adempimento di precedenti contratti. Tuttavia, come è noto, le indicate norme si sono dimostrate inefficaci rispetto all’obiettivo di salvaguardare la parte pubblica dall’inadempimento e dall’incapacità della controparte, permettendo l’aggiudicazione a soggetti inesperti o di “mediocre fede”<sup>99</sup>. Oggi si ripropone l’esigenza di ridefinire modalità non discriminatorie per acquisire le “referenze” necessarie per partecipare ad una determinata gara pubblica attraverso rilevazioni di *customer satisfaction*, trasformando quella che viene definita la “qualità non contrattabile”<sup>100</sup> in qualità contrattabile, magari facendo riferimento anche ai sistemi di *vendor rating* utilizzati dalle imprese private e pubbliche privatizzate<sup>101</sup>. Ovviamente ciò deve assicurare la *par condicio* fra le imprese europee ed imporre di definire la soglia minima (adeguata allo specifico contratto) di requisiti “reputazionali” richiesti per accedere alle gare pubbliche<sup>102</sup>, mentre non sarebbe legittimo inserire tali requisiti

<sup>97</sup> L. Picci, *Dal modello Consip a un sistema di procurement nazionale*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, cit., 300 s., ove si richiama l’esperienza statunitense.

<sup>98</sup> Art. 3, comma 2, r.d. 8 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull’amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*: “Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell’eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L’esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni”. Art. 68, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit. e già in precedenza: art. 79, comma 1, del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074.

<sup>99</sup> G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 210 s.

<sup>100</sup> G.L. Albano, F. Dini, G. Spagnolo, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, in *Quaderni Consip*, in corso di pubbl., 5, ove si definisce la Qualità Non Contrattabile come quella che “include tutti gli aspetti qualitativi rilevanti per la fornitura dei quali terze parti non sono in grado di misurarne il livello in modo sufficientemente preciso ed oggettivo da garantire l’applicazione di un contratto”. CNIPA, *Linee Guida Sulla Qualità dei Beni e Servizi ICT per la Definizione ed il governo dei Contratti della PA*, *Quaderno 31/06*, 2007, ove si precisa come gli aspetti qualitativi dei beni e servizi IT, afferiscono principalmente al “punto di vista del fruitore”, cioè dell’utente finale che utilizza il bene e sul quale agisce la cosiddetta qualità “percepita” o “soddisfazione”.

<sup>101</sup> Il riferimento è a Enel, Trenitalia e Aque S.p.a. in G. L. Albano, F. Dini, G. Spagnolo, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, cit., 28 n. 34.

<sup>102</sup> Si veda ad es. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12 gennaio 2007, n. 161, *Eurolav di Di Giacomo G. & C. s.a.s. c. Azienda USL Roma B*, ove l’impresa è esclusa per non aver prodotto

fra gli elementi da ponderare accanto alla qualità ed al prezzo per l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché ancora una volta si sovrapporrebbe la qualità dell'offerente con la qualità dell'offerta in violazione della richiamata disciplina europea<sup>103</sup>.

### *2.1. I criteri di aggiudicazione e la valutazione della qualità delle offerte nei contratti delle aziende sanitarie*

La definizione nei documenti di gara dei requisiti qualitativi dei beni o servizi necessari per lo svolgimento delle prestazioni sanitarie deve risultare particolarmente accurata, sia che fondi la successiva aggiudicazione sulla base della verifica dell'idoneità per un'aggiudicazione secondo il criterio del prezzo più basso, sia che costituisca la base per impostare la valutazione di differenti elementi (qualità /prezzo) in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare per gli acquisti di presidi sanitari si pone la questione della definizione delle specifiche tecniche da richiedere talora in misura superiore rispetto a quelle che hanno assicurato certificazione europea, poiché solo così è possibile assicurare la qualità necessaria per la tutela della salute, escludendo legittimamente dalla gara chi proponga prodotti di scarsa qualità<sup>104</sup>.

Non sembra da trascurare la possibilità di inserire nei capitolati anche delle "clausole sociali", a tutela della salute e dell'ambiente e volte alla promozione dello sviluppo sostenibile, subordinando il principio di economicità<sup>105</sup>, con scelta discrezionale che consente di incidere significativamente anche sulle scelte organizzative e produttive degli operatori che si propongono come concorrenti<sup>106</sup>.

la documentazione relativa a precedenti rapporti contrattuali con attestazioni controfirmate dalle amministrazioni contraenti.

<sup>103</sup> Diversamente dagli Stati Uniti ove sembra che tali requisiti siano divenuti parte integrante del computo dei meriti relativi di un'offerta accanto alla qualità e al prezzo per tutti i contratti di valore superiore ai \$100,000, così: L. Picci, *Dal modello Consip a un sistema di procurement nazionale*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, cit., 301.

<sup>104</sup> Si trattava di materiali chirurgici, con aghi che si spezzavano e fili di sutura che si scioglievano troppo presto, pur dotati di marchiatura Cee: C. giust. CE, sez. I, 14 giugno 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE c. Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS)*, ove si richiede l'attivazione della procedura di salvaguardia ex artt. 8 e 18 Dir. 93/42/CE, per la dichiarazione di non idoneità del prodotto.

<sup>105</sup> Così: art. 2 comma 2, d.lgs. 163 del 2006, cit.

<sup>106</sup> Sulla previsione della fornitura di prodotti alimentari biologici, C. Stato; sez. V, sentenza 6 giugno 2006, n. 3374, in *www.lexitalia.it*; sulle clausole sociali: C. giust. CE, sez. IV,

La definizione delle clausole della disciplina di gara contenuta nei capitolati e nei bandi deve adeguatamente bilanciare il principio di massima garanzia della concorrenza (*favor participationis*)<sup>107</sup> che condurrebbe ad una interpretazione estensiva delle prescrizioni ambigue, con il principio di imparzialità (*par condicio*)<sup>108</sup>, che talora imporrebbe un'interpretazione più restrittiva ed escludente. La scelta di adottare il criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa comporta la necessità di nominare una commissione giudicatrice, composta da soggetti differenti, ma dotati delle medesime professionalità di coloro che hanno concorso alla redazione dei capitolati e dei bandi di gara. Proprio in relazione alla nomina dei componenti di tale commissione è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale uno spazio di autonomia alle regioni<sup>109</sup>, rispetto alla disciplina nazionale del co-

20 settembre 1988, C-31/87; C. giust. CE, sez. IV, 17 settembre 2002, C-513/99; C. giust. CE, sez. IV, 20 marzo 1990, C-21/88.

<sup>107</sup> Per un'interpretazione estensiva di clausole ambigue: C. Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 58, *Provincia di Caserta c. la Società Cooperativa DAFNE a r.l.*; C. Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 37, *BIOS S.p.a. c. Azienda Sanitaria Locale n. 4 della regione Umbria e c. CIDAT S.r.l.* ove si afferma che “benché i requisiti di partecipazione siano definiti con scelta discrezionale della pubblica amministrazione, tale scelta non deve mai apparire irrazionale, arbitraria, irragionevole, sproporzionata, illogica e contraddittoria: un'eventuale incertezza interpretativa di un requisito di ammissione deve essere risolta in favore della promozione della più ampia partecipazione dei concorrenti e nel senso meno restrittivo”. C. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 212, *Ambiter S.r.l. c. Consorzio di bonifica di Paestum*.

<sup>108</sup> C. Stato, sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32 *Azienda Ospedaliera Sant'Andrea, c. Conti S.p.a.*, in *Foro amm.*, con nota di D. Casalini, *L'interpretazione delle clausole di esclusione dalla gara pubblica e la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice*, in *Serv. pubb. e appalti*, 2005, 412 ove si afferma che “qualora l'osservanza di una clausola del bando di gara sia espressamente prevista a pena di esclusione, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione alla clausola, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento per garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti. Solo in caso di equivoca formulazione del bando di gara può esservi spazio per un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti”. C. Stato, sez. V, 13 gennaio 2005, n. 82. In particolare sull'onere di immediata impugnabilità delle clausole immediatamente lesive: C. Stato, sez. VI, 1 marzo 2005, n. 826, *Enterprise digital architects s.p.s. c. Min. Lavoro*, secondo cui l'onere di immediata impugnazione del bando di gara insorge, normalmente, per le sole clausole riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione; C. Stato Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, *Com. di Aversa c. Zecchina Costruzioni S.p.a.*, mentre nono sono immediatamente impugnabili le clausole relative al calcolo dell'anomalia dell'offerta.

<sup>109</sup> C. Cost., 23 novembre 2007, n. 401, regioni Toscana e Veneto, Provincia autonoma di Trento e delle regioni Piemonte, Lazio e Abruzzo c. Presidente del Consiglio dei ministri, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 84, commi 2, 3, 8 e 9, del d.lgs. 163/2006, cit., nella parte in cui non è stato previsto che dette norme abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente disciplina regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga diversamente per l'avvenire. Cfr. A. Romano Tassone, *Il codice dei contratti pubblici e le autonomie*, Relazione al Convegno: *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori servizi e fornitu-*

dice dei contratti pubblici. I capitolati ed i bandi di gara devono assicurare una precisa definizione dei poteri della commissione giudicatrice con la predeterminazione dei pesi da attribuire ad ogni elemento dell'offerta. Si tratta di operazioni particolarmente delicate, sia nella definizione della ponderazione relativa da attribuire a ciascun elemento dell'offerta ovvero anche ai sub-criteri da individuare ed ai quali prevedere l'attribuzione di punteggi e sub-punteggi da parte dei componenti delle commissioni giudicatrici nei limiti di minimo e massimo predeterminati nei capitolati nel rispetto del principio di appropriatezza. In tale predeterminazione si esaurisce la discrezionalità dell'azienda sanitaria che deve essere in grado compiere le scelte necessarie al miglior risultato nel bilanciamento tra qualità e prezzo.

Con la predisposizione dei documenti di gara si definiscono infatti le scelte che devono assicurare la migliore soddisfazione degli interessi dell'azienda sanitaria. La successiva fase di scelta del contraente costituisce unicamente l'attuazione, vincolata ed oggettiva, delle precedenti scelte discrezionali.

L'attività della commissione giudicatrice dovrebbe consistere unicamente in una valutazione tecnica ripetibile da esperti con analoga qualificazione<sup>110</sup>, mentre talora l'ampiezza dei punteggi lasciati alla disponibilità dei commissari giudicatori può consentire sviamenti nell'esito delle sommatorie da compiersi per individuare l'aggiudicatario, con pregiudizio dell'oggettività dell'aggiudicazione<sup>111</sup>. La tendenza normativa sembra richiedere una sempre maggiore precisione nella predeterminazione di pesi e punteggi, come anche nella definizione delle formule matematiche per sommare i punteggi ed individuare l'aggiudicatario, poiché ove tale predeterminazione non sia correttamente bilanciata<sup>112</sup>, anche i partecipanti alle gare possono attuare

*re*, Torino, 16 giugno 2006; C. De Benetti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il riparto di potestà legislativa tra Stato e regioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006. Si vedano anche: C. Cost., 19 dicembre 2007 n. 431, Presidente del Consiglio dei ministri c. regione Campania regione Abruzzo; C. Cost., 17 novembre 2004, n. 345, regione Toscana, Valle d'Aosta Provincia autonoma di Bolzano, Umbria, Emilia-Romagna, Veneto Valle d'Aosta c. Presidente del Consiglio dei ministri.

<sup>110</sup> C. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354.

<sup>111</sup> La scelta del contraente rischia dunque di divenire discrezionale, in violazione del principio di imparzialità: cfr.: F. Dini, N. Dimitri, R. Pacini, T. Valletti, *Formule di Aggiudicazione nelle Gare per gli Acquisti Pubblici*, in *Quaderni Consip I-2007*, [www.consip.it](http://www.consip.it).

<sup>112</sup> Sugli esiti dell'applicazione, ancora poco diffusa, di metodi multicriteri: A. Cerchia, *Pubblica amministrazione e scelta del contraente: metodi multicriteri e offerta economicamente più vantaggiosa*, Napoli, 2007, con la precisazione che gli enti aggiudicatori devono essere consapevoli che a parità di predeterminazione di pesi e punteggi e di successiva attribuzione di punteggi da parte dei commissari l'esito della gara può risultare diverso in applicazione di ciascun metodo multicriteri.

forme di collusione per indirizzare l'aggiudicazione (c.d. *bid rigging*)<sup>113</sup>, in violazione dei principi di imparzialità e concorrenza<sup>114</sup>. Oltre all'Autorità Antitrust anche la giurisprudenza comunitaria e amministrativa comincia ad esaminare con maggiore attenzione l'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per assicurarne l'oggettività. Non sempre le commissioni giudicatrici, anche per l'eterogeneità della loro composizione, operano nella piena consapevolezza delle responsabilità connesse alle delicate funzioni che sono chiamate a svolgere. Si rinvencono infatti casi di mancanza della qualificazione professionale adeguata da parte di taluno dei commissari, casi di ridefinizione dei parametri di valutazione<sup>115</sup>, di verbalizzazioni imprecise o carenti, di violazioni della segretezza nell'apertura e nella custodia delle offerte<sup>116</sup>. Si tratta di illegittimità e scorrettezze in cui è talora incorsa anche la centrale di committenza statale<sup>117</sup>, che

<sup>113</sup> Come evidenziato anche dall'Autorità per la concorrenza ed il mercato 12 aprile 2001, n. 9401, relativamente a test diagnostici per il diabete e 13 giugno 2001, n. 11726, relativa ad un capitolato di Consip S.p.a

<sup>114</sup> S. Simone e L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 140; S. Mirate, *Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche*, in *Urb e app.*, 2004, 817 ss. C. giust. CE, 3 marzo 2005, *Fabricom SA c. Etat Belge*, C 21/03.

<sup>115</sup> Si veda ad es.: C. Stato sez. V, 23 settembre 2002, n. 4852, *Pedus service dussman S.r.l. c. Padania servica s.c.a.r.l. e nei confronti di Azienda U.L.S.S. 19 di Andria* ove si precisa che la possibilità di specificare i criteri indicati nel bando di gara è ammissibile solo ove non comporti un'alterazione apprezzabile dei dati posti a base delle scelte tecniche ed economiche formulate con le offerte. Nel caso di specie l'illegittimità non è ravvisata nell'alterazione dei parametri cristallizzati nella *lex specialis*, ma nella regolazione del potere valutativo della commissione solo dopo la conoscenza delle offerte dei partecipanti.

<sup>116</sup> C. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490, *Elilombarda S.r.l. c. Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda*, ove si rileva una carente verbalizzazione relativamente alle modalità di conservazione delle offerte private dei sigilli, la cui segretezza non è parsa assicurata ove restassero anche solo teoricamente consultabili dai membri della commissione. Il giudice dichiara che l'annullamento dell'aggiudicazione rende inefficace il contratto per la parte ineseguita. T.A.R. Lazio Latina, 2 febbraio 2007, n. 103, *Criosalento S.r.l. c. l'Azienda USL di Latina*.

<sup>117</sup> Per il contenzioso di Consip S.p.a. relativamente all'ambito sanitario si veda: C. Stato, sez. V, 4 aprile 2006, n. 1752, *Molteni & C. c. Consip S.p.a.* e a. che conferma T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 20 aprile 2004, n. 3401, ove si annulla l'asta pubblica per la fornitura di farmaci alle strutture sanitarie pubbliche e la prestazione dei servizi connessi (servizio di trasporto e consegna; servizio di customer service; servizio di reportistica; catalogo elettronico) per la poichè l'aggiudicatario doveva essere escluso per mancato possesso delle autorizzazioni ministeriali richieste per produrre, importare ed immettere in commercio il farmaco, ma anche per violazione della disciplina di gara che prevede l'esclusione dei concorrenti che si siano resi gravemente colpevoli di erronee dichiarazioni relativamente ai requisiti di capacità finanziaria, economica e tecnica. Viene invece confermata in appello l'aggiudicazione (annullata in primo grado) della gara per la fornitura di ecotomografi e servizi connessi poichè dai verbali



sicuramente è chiamata ad assicurare la correttezza delle sue procedure per divenire un modello per le strutture regionali.

## *2.2. Le previsioni necessarie per assicurare il corretto adempimento da parte dei contraenti privati e delle aziende sanitarie. Le clausole penali ed i tempi dei pagamenti*

Una volta aggiudicato il contratto occorre garantirne il corretto adempimento per assicurare lo svolgimento delle funzioni di assistenza e cura. Proprio nella fase di adempimento del contratto emergono i limiti della tradizionale disciplina della gara pubblica che consistono essenzialmente nella creazione di un'esclusiva a favore dell'aggiudicatario. La concorrenza viene infatti assicurata solamente nella fase di selezione del contraente, il quale in esito alla gara diviene esclusivista<sup>118</sup>, con evidente possibile pregiudizio nella fase di esecuzione, ove l'interesse dell'aggiudicatario-contraente diviene quello di massimizzare il suo profitto sacrificando la qualità o valutando il costo dell'inadempimento parziale, rispetto, ad esempio, alla scarsa deterrenza delle clausole penali, spesso non applicate<sup>119</sup>.

La violazione delle clausole contrattuali costituisce inadempimento sanzionabile, ove previsto<sup>120</sup>, mediante l'applicazione di penali ovvero con la richiesta del "risarcimento del maggior danno" ovvero della "risoluzione contrattuale"<sup>121</sup>. L'inadempimento contrattuale determina un danno per l'azienda

emergeva che l'attività di valutazione tecnica del prodotto delegata ai soli componenti tecnici "non viola il principio della collegialità delle operazioni di valutazione la delega ad alcuni membri dello svolgimento delle attività istruttorie o preparatorie degli elementi sui quali dovrà poi pronunciarsi il *plenum*": C. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6878 che annulla T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 2004, n. 1600, *Esaote S.p.a. c. Consip S.p.a.*, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 22 marzo 2003, n. 88, *Coop Service Noncello, cooperativa sociale a r.l. c. ASS n. 6 Friuli Occidentale* confermata da C. Stato, sez. V, 23 luglio 2002, n. 4022, ove il precedente prestatore del servizio contesta l'adesione ad una convenzione Consip.

<sup>118</sup> Come notano dal punto di vista economico: S. Simone e L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 142.

<sup>119</sup> G.L. Albano, F. Dini, G. Spagnolo, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, in *Quaderni Consip* in corso di pubbl., ove si tenta di elaborare nuove clausole da inserire nei capitolati.

<sup>120</sup> Artt. 18 e 19, *Capitolato generale d'oneri per le forniture economati ed i servizi eseguiti a cura del servizio provveditorato ed economato ASL 11 di Vercelli*; Art. 17, *Capitolato generale per la fornitura di beni e servizi*, azienda USL n. 8 – Cagliari.

<sup>121</sup> Art. 140, d.lgs. n. 163/2006, cit., rubricato *Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore*. Si ammette la possibilità di prevedere nel bando che in caso di inadempimento dell'aggiudicata-

sanitaria connesso alla mancata, non corretta o intempestiva soddisfazione dei fabbisogni, con la conseguenza che occorre per quanto possibile evitarlo, con la previsione di clausole penali equilibrate e ragionevoli, ma soprattutto chiare e di rapida applicazione. Gli inadempimenti sanzionati con l'applicazione di penali possono consistere, ad esempio nel ritardo nella consegna dei prodotti<sup>122</sup> o nella consegna con modalità e qualità differenti rispetto a quelle prescritte dal capitolato, nella mancata sostituzione dei prodotti contestati in relazione a deficienze qualitative<sup>123</sup>. La rilevata difformità dei beni forniti rispetto alle caratteristiche previste dai capitolati speciali o dal contratto, comporta per l'azienda sanitaria il diritto di respingere la fornitura, cui consegue un obbligo per il fornitore di provvedere alla sostituzione con beni rispondenti ai requisiti di gara, diversamente l'azienda sanitaria può reperire sul mercato beni analoghi addebitando al contraente inadempiente "ogni maggior onere conseguente"<sup>124</sup>. L'ammontare delle penali deve essere specificato nelle regole di gara<sup>125</sup> e non pare possa superare un massimo del dieci per cento del valore complessivo della fornitura o del servizio, con richiamo a quello che si

rio si possa ricorrere alla graduatoria fino alla quinta migliore offerta. È comunque sempre ammesso il recesso unilaterale della parte pubblica in base all'art. 1671 c.c., secondo cui: "Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno", normalmente motivato da ragioni di pubblico interesse.

<sup>122</sup> Art. 15, *Capitolato speciale d'oneri per la fornitura di farmaci vari*, gara indetta da AO riuniti di Trieste. Art. 18, *Capitolato speciale per la fornitura ed installazione "chiavi in mano" di una tac multistrato occorrente alla s.o.c. di radiodiagnostica dell'azienda ospedaliera "SS. Antonio e Biagio e C. Arrigo" di Alessandria*, ove si prevedono penali per il mancato rispetto dei tempi previsti nel cronoprogramma per il completamento delle opere e delle forniture: penale pari all'1% del valore complessivo del contratto per ogni giorno solare di ritardo.

<sup>123</sup> F. Cozza, *La razionalizzazione dei processi nell'acquisizione di apparecchiature elettromedicali*, cit., 84. A tal proposito si veda anche T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 28 aprile 2005, n. 239, A.F.O.M. Medical S.p.a. c. Azienda USL di Piacenza. Si richiamano, in tema di penali e a titolo meramente esemplificativo: art. 9, *Capitolato speciale per fornitura di sacche per irradiazione sangue e sacche raccolta fluidi per ortopedia* – procedura indetta dall'ASL di Ferrara; art. 21, *Capitolato generale d'oneri per le forniture ed i servizi ASL 11 di Vercelli*.

<sup>124</sup> V. art. 16, *Capitolato generale per la fornitura di beni e di servizi*, Azienda Servizi Sanitari n. 4, Medio Friuli.

<sup>125</sup> Ad es. l'art. 16, *Capitolato generale per la fornitura di beni e di servizi*, Azienda Servizi Sanitari n. 4, Medio Friuli, stabilisce che: "Nel caso di ritardo nella consegna, verrà applicata una penalità pari allo 0,10% del valore del materiale consegnato in ritardo fino al massimo del 10% dell'importo della fornitura"; art. 27, *Capitolato generale d'oneri per la fornitura di beni e servizi adottato dall'Azienda ospedaliera Monaldi di Napoli*, l'ammontare delle penalità è addebitato sui crediti del fornitore relativi al contratto stesso. In mancanza l'ammontare delle penalità viene addebitato sulla cauzione.

ritiene essere l'utile medio dell'appaltatore<sup>126</sup>. Tuttavia si è rilevata una ridottissima applicazione delle clausole penali pur in presenza di significativi inadempimenti, con la conseguente necessità di definire ed introdurre nei capitoli clausole penali autoapplicative<sup>127</sup>, ovvero di predeterminare in sede di gara forme di contratti incentivo per premiare l'impresa che adempie correttamente, con piena soddisfazione degli utilizzatori, la quale potrebbe ottenere la prosecuzione del rapporto contrattuale.

In analoga prospettiva sembrano porsi le nuove strutture contrattuali che, come si è visto, tendono ad introdurre forme di concorrenza anche nella fase esecutiva con la possibilità di rideterminare talune condizioni contrattuali o avere più controparti fra cui scegliere l'esecutore della prestazione.

Proprio le aggregazioni contrattuali rendono più evidente la necessità di assicurare il corretto adempimento dei rapporti contrattuali in favore di ciascuna azienda sanitaria con la necessità di istituire consistenti strutture di contrasto agli inadempimenti, magari giovandosi delle professionalità non più impiegate per lo svolgimento delle procedure selettive.

Il corretto adempimento deve peraltro essere garantito anche dalla parte pubblica la quale è chiamata ad adempiere i suoi obblighi di pagamento delle prestazioni ricevute entro termini ragionevoli, che non risultino gravemente iniqui in danno del creditore<sup>128</sup>. I frequenti ritardi nei pagamenti da parte delle aziende sanitarie, unitamente ad espresse previsioni di termini particolarmente lunghi nei capitoli d'appalto<sup>129</sup> hanno determinato ricorsi giurisd-

<sup>126</sup> Per l'impiego di analoga percentuale come definizione equitativa del danno per responsabilità precontrattuale per scorrettezza nell'aggiudicazione di una gara pubblica: G.M. Racca, *La responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione*, in P. Rescigno – E. Gabrielli (dir.), *Trattato dei contratti*, Torino, 2007; R. Garofoli, G.M. Racca, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 193 s., ove l'abrogato art. 345 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., *legge sulle opere pubbliche* è stato ritenuto il parametro di riferimento per la quantificazione del danno. Da ult. C. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 491, *Esperia S.p.a. c. AO San Martino di Genova*, secondo cui va riconosciuto, per ciò che concerne il danno per lucro cessante, oltre all'importo importato nel 10% del valore dell'appalto anche un importo (nella specie liquidato in misura pari al 3% del valore dell'appalto) a titolo di perdita di *chance*, legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito.

<sup>127</sup> G.L. Albano, F. Dini, G. Spagnolo, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, in *Quaderni Consip*, in corso di pubbl., 5.

<sup>128</sup> Dir. Ce 29 giugno 2000, n. 35, Relativa alla lotta contro i ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali, recepita con il d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali, art. 7 sulla nullità, artt. 4 e 5 sugli interessi moratori per ritardato pagamento.

<sup>129</sup> Cfr. ad es.: art. 12 del Capitolato speciale di una procedura aperta indetta dall'Azienda Regionale ASL 4 Torino per la fornitura in somministrazione di specialità medicinali occor-

zionali da parte delle imprese<sup>130</sup> per ottenere la riduzione ad equità del termine medesimo, ovvero il pagamento degli interessi e del risarcimento del danno.

La giurisprudenza è parsa forse troppo rigida nell'imposizione del termine di trenta giorni<sup>131</sup>, dal momento che la norma richiede la riduzione ad equità che potrebbe rinvenirsi in un termine anche leggermente più ampio. Inoltre non sembra possibile escludere che possa sussistere una trattativa con la controparte estesa anche ai termini di pagamento, magari con l'inserimento di tale termine fra gli elementi da ponderare nell'offerta economicamente più vantaggiosa.

È indubbio che i ritardi nei pagamenti delle prestazioni ricevute dalle aziende sanitarie comportano in fase di esecuzione una modifica delle condizioni contrattuali definite nei capitolati e poste alla base della gara pubblica, con violazione del principio di parità di trattamento e concorrenza. Si richiede infatti alle imprese di svolgere impropriamente il ruolo di finanziatori delle amministrazioni pubbliche. Le imprese che partecipano alle gare talora maggiorano il prezzo offerto valutando una quota di interessi impliciti sul

renti alle AASSLL del Quadrante n. 1, Sub. Area 1, ove si prevedeva che “il termine di pagamento potrà variare per ciascuna ASL, ovvero potrà essere effettuato a 120 – 180 gg.”, fissando per la sola ASL 4 Torino il termine di “180 giorni dalla data del ricevimento della fattura al protocollo dell'Azienda” mentre in caso di mancato rispetto di tale termine “in deroga ai disposti dell'art. 3, lett. d) della Direttiva 2000/35/CE del 29/6/2000, è riconosciuto un interesse pari al tasso legale”, su cui interviene l'annullamento: T.A.R. Piemonte, 14 febbraio 2004, n. 250, *Bristol-Myers Squibb S.r.l. c. Azienda Regionale ASL 4 Torino*; nello stesso senso: T.A.R. Abruzzo Pescara, 4 marzo 2006, n. 152, *Soc. Abbott c. ASL Pescara*, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratti della p.a.*, 2006, n. 791.

<sup>130</sup> V. T.A.R. Piemonte, n. 250/2004, cit., che annulla il provvedimento “comunicato verbalmente” in data 28.5.2003, primo giorno di gara, con il quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente per non avere sottoscritto, per accettazione, le clausole del Capitolato Speciale, nella parte in cui veniva fissato il termine di pagamento e la misura degli interessi dovuti in caso di mancato rispetto del termine di pagamento. T.A.R. Piemonte, sez. II, 5 gennaio 2004, n. 4, *Soc. Takeda farmaceutici Italia c. Reg. Piemonte*, in *Ragiusan*, 2004, fasc. 247, 169,

<sup>131</sup> C. Stato, sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638, *AO Senese c. Pharmacia Italia S.p.a.*; C. Stato [ord. caut.], sez. V, 29 luglio 2003, n. 3285, *Soc. Bristol Myers Squibb c. ASL 4 Torino*, in *Rass. Dir. farmaceutico*, 2003, 1004, che ha accolto la domanda cautelare di sospensione di un bando di gara per la fornitura di medicinali nonché del relativo capitolato speciale giacché la clausola dell'esclusione dalla procedura di gara apposta nel bando risultava correlata alla mancata sottoscrizione di condizioni derogatorie e contrastanti con le disposizioni legislative in tema di termini dei pagamenti dovuti dalle amministrazioni appaltanti. In altri termini la determinazione unilaterale di un termine di pagamento superiore a quello sancito dal legislatore e la mancata fissazione del tasso moratorio da parte dell'azienda sanitaria o ospedaliera aggiudicatrice appare in contrasto con il principio del necessario consenso dell'impresa appaltatrice a stipulare un accordo derogatorio rispetto ai termini *ex lege*. T.A.R. Piemonte, sez. II, 26 ottobre 2007, n. 3292, *Assobiomedica c. ASL 14 di Omegna*.

ritardo nel pagamento che andranno a subire<sup>132</sup>, altre volte richiedono in sede esecutiva gli interessi sui ritardi, ovvero attuano forme di transazione o vi rinunciano nella speranza di altri indebiti vantaggi derivanti dalle proroghe contrattuali.

In ogni caso il ritardo comporta oneri aggiuntivi per le aziende sanitarie<sup>133</sup> e viola la parità di trattamento rispetto alla disciplina della gara dal momento che, valutati questi aspetti economici “sopravvenuti” il confronto concorrenziale avrebbe potuto avere un esito differente. Una soluzione sembra rinvenirsi nella proposta di adozione di Carte di acquisto per le pubbliche amministrazioni<sup>134</sup> mediante le quali i costi dei ritardi nei pagamenti verrebbero trattati e definiti con la banca emittente e non andrebbero a scaricarsi su tutti i rapporti contrattuali con i creditori delle aziende sanitarie.

<sup>132</sup> E. Morley-Fletcher, A. de Marco, *L'innovazione nei sistemi di pagamento come leva per una razionalizzazione delle procedure di acquisto: le purchase cards*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, cit., 250.

<sup>133</sup> La ristrutturazione del debito sanitario potrebbe consentire la copertura dei crediti dei fornitori e la riduzione dei termini di pagamento da parte delle aziende sanitarie e conseguentemente permetterebbe di ottenere migliori condizioni economiche dai fornitori: così ad esempio Piano socio-sanitario regionale 2007-2010 della regione Piemonte, cit.

<sup>134</sup> E. Morley-Fletcher, A. de Marco, *L'innovazione nei sistemi di pagamento come leva per una razionalizzazione delle procedure di acquisto: le purchase cards*, cit., 265.