

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2021 - Anno XLII

AREE VASTE SANITARIE: CASE STUDY EMILIA ROMAGNA

della Dott.ssa Giulia Lavezzi –Azienda USL di Piacenza

1. Premessa.

L'esigenza di ottimizzare le spese amministrative per il servizio sanitario regionale in Emilia Romagna si è evoluta in direzioni diverse: costituzione di una Agenzia unica di acquisto, unificazione delle AUSL per esempio in Romagna.

Tra questi due punti (Agenzia unica regionale e unificazione delle ASL) si è posto un terzo livello nella realtà emiliano romagnola, rappresentato dalle Aree vaste.

In linea di principio si danno due possibilità di gestione:

- 1) attribuzione ad una sola ASL del compito di svolgere tali attività integrate per sé ed a favore delle altre ASL (ASL per le attività di area vasta);
- 2) ricorso ad una forma associativa tra le ASL, eventualmente con utilizzo di personale ed organi dirigenziali già incardinati presso le ASL medesime (struttura associativa di area vasta)

La prima ipotesi (ASL per le attività di area vasta) è l'oggetto di questo intervento.

Le principali problematiche che emergono con riferimento a tale ipotesi gestionali sono le seguenti:

- a) possono le ASL affidare ad un'ASL singola in via diretta – senza confronti concorrenziali - lo svolgimento delle attività di area vasta, con riferimento alle attività organizzative inerenti alla logistica per esempio o ad attività amministrative?
- b) Quale forma giuridica può assumere tale affidamento?

2. Possibilità delle ASL di conferire i compiti amministrativi ad una ASL.

Con riferimento al punto sub a) si tratta essenzialmente di comprendere se l'affidamento da parte delle ASL ad una sola di esse di alcuni compiti è possibile ovvero se occorre procedere ad un affidamento ad un soggetto che sia individuato attraverso le procedure di gara previste dal Codice appalti.

2.a. Possibilità di considerare l'organizzazione di compiti congiunta da parte delle ASL non come una forma di accesso al mercato, ma come forma organizzativa estranea al codice appalti.

Sul punto, da un lato l'art. 3, lett dd) definisce i contratti pubblici, cui si riferisce il codice, come segue: <<«contratti» o «contratti pubblici», i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti; >>

Successivamente, l'art. 3 lett. li definisce i contratti di appalto (non interessano in questa sede le concessioni nelle quali si ha una gestione di quanto affidato a rischio dell'affidatario) come segue: <<«appalti pubblici», i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi; >>

Ne consegue che i contratti disciplinati dal codice sono i contratti tra un soggetto aggiudicatore ed un operatore economico (a

prescindere dalla circostanza, ininfluyente, che quest'ultimo sia a sua volta tenuto a fare appalti, in quanto per esempio società a prevalente capitale pubblico, poiché comunque in quest'ultimo caso sarebbe necessaria la gara per l'individuazione di tale soggetto: così per esempio CGCE 18 gennaio 2007, in causa C 220/05, Comune di Roanne).

Quanto sopra vale particolarmente ove si tenga conto che gli incarichi affidati ineriscono direttamente o indirettamente al servizio sanitario che è un servizio pubblico e dunque gli atti di incarico risultano qualificabili anche come accordi di cooperazione: <<6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
- b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
- c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione. >>

Sulla base della lettera del codice appalti non paiono dunque soggetti al nuovo codice gli affidamenti che non rappresentano forme di accesso al mercato (ivi compreso il mercato rappresentato dalle imprese pubbliche), ma che rappresentano sostanzialmente forme di autorganizzazione e coordinamento tra enti pubblici per il perseguimento dei propri fini istituzionali. In questa prospettiva, l'affidamento di compiti di area vasta ad un'ASL per le attività di area

vasta non dovrebbe appunto rappresentare un affidamento sottoposto al codice appalti.

Sul punto, potrebbero in realtà porsi alcune perplessità, peraltro non significativamente fondate.

Infatti, talora in dottrina ed anche in giurisprudenza si afferma la natura delle ASL come enti pubblici economici, e cioè come enti che non solo dispongono di autonomia imprenditoriale, ma sono vere e proprie imprese.

Ciò significherebbe che l'affidamento ad un'ASL dei compiti descritti sopra potrebbe essere annoverato tra gli affidamenti ad un soggetto economico, e cioè al mercato, soggetti al codice appalti.

Si tratta di perplessità che allo stato non risultano risolte in modo espresso dal legislatore ovvero in giurisprudenza, per cui sul punto esiste un margine di rischio circa l'eventualità di un'impugnazione degli atti della procedura di affidamento da parte di operatori del mercato.

Tuttavia, per quanto come si è detto non vi sia la certezza assoluta di una inattaccabilità della procedura di affidamento dei compiti ad una sola ASL da parte delle altre, essa appare ben fondata e con buone possibilità di superare anche un eventuale vaglio giudiziario.

Infatti, da un lato la giurisprudenza si è espressa in senso contrario alla tesi sulla natura di ente pubblico economico (e cioè di impresa) delle ASL, affermando quanto segue: <<E' il caso di ripetere che appare assolutamente irrilevante la pretesa natura di ente pubblico economico attribuito alle aziende sanitarie da qualche isolata (e non certo condivisibile) pronuncia: a prescindere dal rilievo che mancherebbe l'attività di impresa (cfr. artt. 2093, 2201, 2221 c.c.; art. 429 c.p.c.), il fenomeno di privatizzazione non giunge a spogliare le aziende sanitarie della loro natura giuridica di amministrazioni pubbliche.>> (TAR Lazio, 9 luglio 2003, n. 6111). E'

chiaro che se l'ASL non è un'impresa gli affidamenti alla medesima sono già a priori estranei a logiche di mercato.

Dall'altro lato, a prescindere dalla categoria di appartenenza delle ASL (e cioè se si tratta di un ente pubblico economico ovvero piuttosto di un ente solamente strumentale della Regione), non risulta ragionevolmente sostenibile considerare tali soggetti come soggetti meramente economici, con riferimento allo svolgimento di attività amministrative svolte nell'area vasta, compiti strumentali rispetto a compiti istituzionali e necessari delle ASL, svolti a favore dei cittadini in un regime di fornitura obbligatoria e non sulla base di una logica di domanda – offerta.

Nel senso di un allontanamento da una figura dell'ASL come ente pubblico economico deve rilevarsi l'abrogazione della norma che prevedeva espressamente che le ASL operino in regime di costi – ricavi e con atti di diritto privato (<<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.>> così il previgente art. 3, comma 1 ter, d. lgs. n. 502 del 1992, poi abrogato dall'art. 256, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Sulla base di tutti questi elementi, si può confermare che l'affidamento ad un solo soggetto di tali compiti non appare un momento di una relazione tra ASL e mercato, ma piuttosto una forma di organizzazione istituzionale degli enti in forma associata.

In questo senso, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che contratti tra enti pubblici, ovvero addirittura tra società a partecipazione pubblica, sulla cui natura economico- imprenditoriale non vi è dubbio, possono essere esenti dal principio di evidenza pubblica e dall'obbligo di un confronto concorrenziale, quando si ispirano a una ratio di riorganizzazione e di perseguimento di interessi

di area vasta, al di fuori di un ricorso al mercato (Tar Lombardia Brescia, ord. n. 273 del 2005, confermata dal Cons. Stato, ord. n. 1619 del 2005), nella prospettiva dell'accordo di cooperazione.

Ancora, la giurisprudenza ha affermato per le ASL l'applicabilità di istituti già propri del sistema degli enti locali, con riferimento alla delega del ruolo di stazione appaltante da parte di un gruppo di ASL liguri a favore della Regione Liguria, sostenendosi che in tal caso la normativa sulle possibilità di convenzioni per il raggiungimento di interessi pubblici di area vasta tra enti locali sono applicabili anche alle ASL.

Con riferimento al sistema previgente rispetto al nuovo codice appalti è stato perciò affermato quanto segue: << In particolare l'art. 30 d.lg.s 267/2000 prevede la possibilità di stipulare convenzioni tra più enti al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati. L'ultimo comma dell'art. 30 d.lgs. 267/00 prevede poi la possibilità per gli enti partecipanti all'accordo la delega di funzioni ad uno di essi. Ne consegue che esiste, contrariamente a quanto ritenuto dalla ricorrente, un tessuto normativo applicabile anche alle ASL che consente la delega di funzioni determinate, tra le quali anche quella di stazione appaltante. >> (TAR Liguria, 15 aprile 2005, n. 501).

Anche sulla base del principio affermato in tale ultima sentenza diviene dunque possibile utilizzare - con le opportune modifiche - i modelli convenzionali previsti dal tu sugli enti locali n. 267 del 2000, come modelli paradigmatici per procedere a deleghe di funzioni ed attività a favore di una sola ASL per le attività di area vasta.

Nella prospettiva considerata, è particolarmente rilevante appunto l'art. 30, t.u. ee.ll. n. 267 del 2000, nella parte in cui prevede (comma 4) come contenuto possibile della convenzione <<la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti>>.

Oggi, peraltro, il trasferimento può ritenersi consentito anche sulla base dell'art. 37 comma 3 d. lgs 50 del 2016, nella parte in cui ammette la delega di stazione appaltante verso centrali di committenza, per cui l'ASL delegata dovrà qualificarsi come tale <<3. Le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. >>

Già il d. lgs. n. 163 del 2006, peraltro, prevedeva che fosse proibita la delega da parte degli enti di stazione appaltante solo per i lavori, e non invece anche per i servizi e forniture per i quali dunque a contrario è ragionevole ritenere che tale delega sia ammessa (art. 33, comma 3, codice appalti; norma ad entrata in vigore procrastinata).

Si sottolinea peraltro che la possibilità di convenzioni tra pubbliche amministrazioni come sono le ASL è espressamente legittimata in via generale anche oltre l'ambito locale dall'art. 15, legge n. 241 del 1990, il quale prevede che <<le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune>>. Anche a prescindere dall'applicazione dell'art. 30 t.u. enti locali il modello convenzionale è dunque un modello generale certamente utilizzabile nel caso di specie.

2.b. Opportunità di un'analisi costi – benefici sulla convenienza di un'organizzazione interna di area vasta rispetto ad un affidamento esterno dei compiti.

Preliminarmente, occorre rilevare che è bene che il conferimento di compiti ad una sola ASL sia comunque preceduto da un'analisi costi – benefici, circa la maggiore utilità di tale modulo

organizzativo rispetto ad un affidamento a terzi di tale attività, ovvero rispetto al mantenimento dello status quo esistente ovvero rispetto alla costituzione di una struttura associativa, al fine di evitare qualunque contestazione in sede contabile.

Tale analisi potrà incentrarsi non solo sul dato di un'eventuale maggiore convenienza economica di un'organizzazione interna, ma anche sul fatto che la delega di funzioni non svuoti una struttura che resterebbe con un organico privo di compiti.

Al fine di evitare lo svuotamento di funzioni svolte dalle singole ASL il trasferimento delle funzioni all'ASL per le attività di area vasta dovrà ovviamente accompagnarsi ad una riorganizzazione aziendale, nel senso che il personale, nonché i beni e le risorse, previamente destinati alle singole ASL dovranno essere ovviamente riorganizzati in quanto tali compiti siano svolti da una sola ASL per conto delle altre.

Al fine di garantire maggiore snellezza operativa potrebbe essere creato un ufficio di area vasta all'interno dell'ASL designata come ASL di area vasta, con compiti di gestione delle problematiche di area vasta sulla base della convenzione stipulata tra le ASL.

3. La forma giuridica.

Con riferimento al secondo punto sollevato, e cioè con riferimento alla forma giuridica opportuna per procedere all'affidamento di compiti dalle ASL ad una sola di esse, si è già detto nel punto 2.a. che precede che la legge n. 241 del 1990, art. 15 e il t.u. enti locali n. 267 del 2000, art. 30, applicabile analogicamente alle ASL per le ragioni esposte, consentono la stipula di convenzioni per lo svolgimento di attività comuni, anche con delega ad un solo ente da parte degli altri, nel caso di specie con specifico riferimento alla gestione di attività di area vasta.

Lo strumento per la costituzione di un'ASL per le attività di area vasta può dunque essere rappresentato da una convenzione di area

vasta per l'affidamento di funzioni ed attività ad una sola ASL (ASL per le attività di area vasta), per conto delle altre ASL.

3.a. I contenuti della convenzione.

Per quanto concerne i contenuti della convenzione, essi dovranno essere dettagliati sulla base delle attività effettivamente conferite ad una sola ASL per conto delle altre.

I contenuti della convenzione dovranno ispirarsi ai contenuti civilistici dei contratti corrispondenti, essendo il codice civile parametro di riferimento per la stipula di convenzioni che subiscono l'applicazione quanto meno analogica della normativa prevista sui contratti.

Dovrà inoltre essere previsto il raccordo tra l'ASL di area vasta e le singole ASL: non esistendo un soggetto associativo dovrà essere prevista una modalità di raccordo idonea a garantire che l'ASL di area vasta operi nell'interesse di tutte le ASL.

4. Conclusioni.

E' possibile per le ASL affidare ad una sola ASL per le attività di area vasta la gestione di alcune attività – appunto – di area vasta.

Tale affidamento può avvenire sulla base di una convenzione, ai sensi dell'art. 15, legge n. 241 del 1990 e 30, t.u. n. 267 del 2000, applicabile in via analogica non solo agli enti locali ma anche alle ASL per le ragioni esposte, con la quale siano attribuiti funzioni e compiti materiali all'ASL per le attività di area vasta.

L'affidamento di funzioni ed attività ad una singola ASL di area vasta si dovrà ovviamente accompagnare ad una riorganizzazione del personale e delle risorse che le singole ASL dedicano singolarmente a tali funzioni e attività.