

TIPO DI DOCUMENTO:

ARTICOLO

TITOLO:

Acquisto servizi in Sanità: oltre l'appalto pubblico?

SOTTOTITOLO:

AUTORE:

Cognome Nome (max. 3 tra virgole) / Ente / AA VV:

Anastasi Francesco, Piselli Pierluigi

ESTRATTO DA PERIODICO:

Titolo:

FMI - Facility Management Italia

N°:

33

Del:

12/2016

ESTRATTO DA SITO INTERNET:

Indirizzo home page [http://]:

Indirizzo esteso [http://]:

Di:

Nazione:

Data primo contatto:

Data rimozione:

PAROLE CHIAVE:

gare & appalti pubblici, criteri di acquisto, servizi, edifici sanitari pubblici

ABSTRACT:

MB

Con una sentenza che ha fatto e fa ancora oggi discutere, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è ritornata sulla definizione del concetto di appalto pubblico e sui principi che regolano la selezione degli operatori economici. Con tale pronuncia, la Corte, muovendosi nel solco della precedente giurisprudenza, ha compiuto una nuova perimetrazione della nozione di appalto pubblico e dell'ambito di applicazione della normativa di riferimento, riconoscendo alle amministrazioni aggiudicatrici una più ampia facoltà di concludere rapporti economici con operatori privati senza dover necessariamente attivare le procedure di evidenza di pubblica. Non è casuale che l'ambito di riferimento della sentenza sia la sanità pubblica e non è improponibile il collegamento anche ai servizi di Facility Management (ed in particolare, a quelli di manutenzione e pulizia), la cui acquisizione ed erogazione, per quanto ormai direzionate in termini di drastica riduzione della spesa pubblica, nel rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza, non possono focalizzarsi esclusivamente e meramente sul "risparmio", correndo il grave rischio di comportare un decadimento inaccettabile dei livelli di qualità e di sicurezza per gli utenti di ospedali e presidi socio-sanitari pubblici.

Acquisto servizi in Sanità: oltre l'appalto pubblico?

Con una sentenza che ha fatto e fa ancora oggi discutere, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è ritornata sulla definizione del concetto di appalto pubblico e sui principi che regolano la selezione degli operatori economici. Con tale pronuncia, la Corte, muovendosi nel solco della precedente giurisprudenza, ha compiuto una nuova perimetrazione della nozione di appalto pubblico e dell'ambito di applicazione della normativa di riferimento, riconoscendo alle amministrazioni aggiudicatrici una più ampia facoltà di concludere rapporti economici con operatori privati senza dover necessariamente attivare le procedure di evidenza di pubblica. Non è casuale che l'ambito di riferimento della sentenza sia la sanità pubblica e non è improponibile il collegamento anche ai servizi di Facility Management (ed in particolare, a quelli di manutenzione e pulizia), la cui acquisizione ed erogazione, per quanto ormai direzionate in termini di drastica riduzione della spesa pubblica, nel rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza, non possono focalizzarsi esclusivamente e meramente sul "risparmio", correndo il grave rischio di comportare un decadimento inaccettabile dei livelli di qualità e di sicurezza per gli utenti di ospedali e presidi socio-sanitari pubblici.

Health care purchasing services: beyond public works contract?

The Court of Justice of the European Union redefined the public works contract and regulation governing the selection of market players with a ruling which was and is still contested. Thanks to this ruling, the Court was inspired by the previous case law and delimited the concept of public works contract and scope of the regulation; hence the awarding authorities have more power to terminate financial transactions with private operators, without necessarily engaging in public procedure. It's no coincidence that the scope of the ruling is Public Health, also related to Facility Management Services (and in particular to maintenance and cleaning), whose acquisition and supply though implying a drastic cut of public spending pursuant to the anti-trust law regulations, cannot only be focused on "savings", as this might severely and unacceptably decline the quality and safety of patients in the hospital and public health and social facilities.

Francesco Anastasi*
Pierluigi Piselli**

Il caso: da un Tribunale tedesco...

La pronuncia in commento trae origine dal rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte di un giudice tedesco, chiamato a pronunciarsi in ordine alla compatibilità, rispetto al diritto europeo e nazionale sugli appalti pubblici, di una procedura di gara indetta da una Cassa di assicurazione ma-

lattia, al fine di concludere una convenzione di sconto sul prezzo di uno specifico medicinale.

Il giudice interno doveva quindi valutare se il sistema potesse essere definito come appalto pubblico e quindi fosse tenuto al rispetto dei principi di diritto europeo.

In conseguenza di ciò, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale regionale superiore di Düsseldorf) ha rimesso alla Corte di Giustizia

dell'Unione Europea la valutazione di due questioni pregiudiziali:

- “se la nozione di appalto pubblico ai sensi dell'art. 1 paragrafo 2, lettera a), della Direttiva 2004/18/CE non sia più soddisfatta quando le amministrazioni aggiudicatrici seguano procedure di ammissione con cui aggiudicano un appalto senza scegliere uno o più operatori economici”;

- “se l'elemento caratteristico della scelta di operatori economici [che implicherebbe, in tale ipotesi, la nozione di “appalto pubblico” n.d.t.] ai sensi dell'art. 1, paragrafo 2, lettera a), della Direttiva 2004/18/CE alla luce dell'art. 2 della Direttiva 2004/18/CE” debba essere interpretato nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici possano evitare di compiere una scelta tra uno o più operatori economici purché siano soddisfatti i requisiti di pubblicazione, di stipula e adesione al contratto, di predeterminazione delle condizioni contrattuali, della possibilità di aderire al contratto in ogni momento e della pubblicità della stipula.

... alla Corte di Giustizia UE

Con riferimento alla prima questione, la Corte ha evidenziato che la finalità della Direttiva 2004/18 (e da ultimo della Direttiva 2014/24) è quella di evitare che le amministrazioni aggiudicatrici, nel corso della selezione da loro operata, favoriscano determinati operatori economici in violazione dei principi europei che regolano le aggiudicazioni di appalti pubblici.

I giudici della Corte di Giustizia, nell'indicare i principi del diritto dell'Unione che devono ispirare le amministrazioni e la selezione delle offerte, richiamano i principi

contenuti del “TFUE - Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea”: parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità, trasparenza, libera circolazione delle merci, libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento. In tutti i casi, in cui vi sia una componente di scelta dell'operatore economico da parte della amministrazione/stazione appaltante, a parere della Corte trova applicazione la disciplina degli appalti pubblici prevista dalla Direttiva 2004/18/UE (oggi sostituita dalla Direttiva 2014/24/UE). Difatti, la scelta di un'offerta e conseguentemente di un aggiudicatario costituisce un elemento intrinsecamente appartenente al corpus normativo degli appalti pubblici e quindi alla nozione di “appalto pubblico” come definita dall'art. 1, paragrafo 2, lettera a), della Direttiva 2004/18/UE, ai sensi del quale “si parla di appalto quando una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse”. Nel caso in esame erano ammesse a partecipare alla gara tutte le società interessate dotate dei criteri richiesti.

Era poi prevista la conclusione con ognuna di queste di contratti identici, con termini predeterminati e non negoziabili. Una volta soddisfatti questi requisiti si poteva accedere a tutto l'insieme di condizioni di sconto previste dal sistema di convenzioni.

La particolarità del caso di specie, quindi, consisteva nel fatto che non si configurava una selezione finalizzata ad accordare l'esclusiva sul contratto, ma un sistema di convenzioni permanentemen-

te aperto durante tutta la durata della sua validità, agli operatori interessati.

In un sistema siffatto, la scelta non è svolta dall'amministrazione aggiudicatrice ma dal farmacista o dal paziente “in base alle condizioni di acquisto proposto dagli operatori che hanno aderito al sistema delle convenzioni di sconto”.

Né tale sistema di convenzioni, come correttamente rilevato dalla Corte, rientra nella nozione di accordo quadro, con la conseguenza che non è applicabile all'ipotesi de qua la normativa in materia di appalti pubblici.

Pertanto, attraverso queste convenzioni non si concretizza in capo ad alcun operatore economico un vantaggio competitivo.

In conclusione, quindi, la Corte afferma che non costituisce appalto pubblico un sistema di convenzioni mediante il quale un ente pubblico contratti nell'intero periodo di validità del sistema medesimo con qualunque offerente che si proponga di fornire beni a condizioni prefissate al fine di acquistare gli stessi sul mercato, senza effettuare alcuna selezione tra gli operatori. Con la seconda questione la Corte rileva che il sistema di convenzioni sottoposto al suo esame, così come disegnato da parte delle amministrazioni sanitarie locali tedesche, è comunque sottoposto al rispetto dei principi del diritto dell'Unione, sebbene non a quelli regolatori degli appalti pubblici. Tuttavia, la Corte non ha mancato di sottolineare che, nel caso in cui vi sia un interesse transfrontaliero certo, il sistema di convenzioni deve essere necessariamente concepito e organizzato conformemente alle norme fondamentali del Trattato FUE, e in particolare ai principi

di non discriminazione e di parità di trattamento tra operatori economici, nonché all'obbligo di trasparenza e di pubblicità.

La Corte riconosce, quindi, agli Stati membri una certa discrezionalità per l'adozione di misure destinate a garantire l'osservanza del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza.

Nel dettaglio, il principio di trasparenza comporta in capo alle amministrazioni aggiudicatrici un obbligo di pubblicità che permetta agli operatori di aver conoscenza dello svolgimento e delle caratteristiche essenziali per l'ammissione alla convenzione.

Da ultimo, i giudici della Corte europea rilevano che resta di competenza del giudice nazionale la valutazione del rispetto dei principi dell'Unione Europea da parte delle amministrazioni nelle singole procedure di affidamento che, nel caso di convenzione a rilevanza transfrontaliera, sono quelli indicati dal TFUE: principio di non discriminazione; parità di trattamento e obbligo di trasparenza.

Oltre l'appalto pubblico?

La Corte, con questa sentenza, individua una nuova modalità di acquisto per le PA, sanitarie e non, che esula dalla disciplina degli appalti pubblici, spesso rigida per le amministrazioni che devono provvedere ad acquisti nell'attuale fase di spending review.

L'esigenza di riduzione della spesa sanitaria comporta, tuttavia, con riferimento alla materia sanitaria, una serie di criticità correlate all'esigenza di garantire alti standard qualitativi che non comprimano i "LEA - Livelli Essenziali di Assistenza".

Difatti, il servizio sanitario rap-

presenta un servizio pubblico essenziale, che per le sue particolarità cerca un equilibrio tra la garanzia della tutela della salute, la razionalizzazione della spesa e il rispetto della concorrenza.

In questo quadro, la pronuncia della Corte di Giustizia, apre ad un'alternativa per consentire l'approvvigionamento del SSN - Servizio Sanitario Nazionale, attraverso il coinvolgimento delle imprese in un sistema di convenzioni non soggetto alla normativa nazionale ed europea degli appalti pubblici, altamente onerosa per l'Erario.

Allo stesso tempo, rimettendo la scelta dei farmaci e dei prodotti alla richiesta del paziente o del farmacista stesso, si determina un meccanismo in cui è lo stesso operatore tecnico del settore e/o il destinatario finale della prestazione a decidere quali prodotti ritiene ottimali ai fini del (proprio) trattamento sanitario.

Questo sistema apre ad una stagione nella quale la scelta del prodotto da utilizzare avviene in base a valutazioni qualitative del prodotto o di risposta del paziente al trattamento sanitario.

Si tratta, ed è proprio il caso di dirlo, di una vera e propria rivoluzione copernicana: non è più la stazione appaltante a valutare i prodotti sulla base della mera economicità degli stessi, ma sono gli stessi destinatari a valutare quali prodotti debbano essere scelti nei singoli casi.

Ed infatti, un sistema di acquisti pubblici, soprattutto in materia sanitaria, per quanto ispirato allo scopo di ridurre la spesa pubblica, nel rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza, non può focalizzarsi esclusivamente sul risparmio, correndo il rischio di perdere di vista il fine proprio del

servizio che è quello di garantire alla collettività trattamenti sanitari efficienti, efficaci ma soprattutto che siano in grado nelle singole ipotesi di rispondere adeguatamente alle esigenze di tutti i soggetti dell'ordinamento.

*Collaboratore Studio Legale Piselli & Partners

**Founding Partner Studio Legale Piselli & Partners