

NOTE DI INQUADRAMENTO SUGLI AFFIDAMENTI DEI SERVIZI SOCIO SANITARI

Alceste Santuari

Docente di Diritto dell'economia e degli enti non profit
Università di Bologna - Sede di Forlì

AICCON - Associazione Italiana per la Promozione della Cultura della Cooperazione e del Non Profit è il Centro Studi promosso dall'Università di Bologna, dal movimento cooperativo e da numerose realtà, pubbliche e private, operanti nell'ambito dell'Economia Sociale, con sede presso la Scuola di Economia, Management e Statistica di Forlì.

L'Associazione ha l'obiettivo di incoraggiare, supportare e organizzare iniziative per promuovere la cultura della solidarietà, con particolare attenzione alle idealità, prospettive e attività delle Cooperative e delle Organizzazioni Non Profit.

www.aiccon.it

1. I servizi oggetto dell'affidamento: i servizi di interesse generale

In tutta Europa, i sistemi di *welfare* sono orientati o fondati sul pluralismo dei soggetti erogatori, sul riconoscimento della libera scelta da parte degli utenti, su una pluralità di meccanismi di controllo e valutazione prima, durante e dopo (sistemi di accreditamento). In questo contesto, occorre chiarire il concetto di servizio sociale come servizio alla persona. Al riguardo, è necessario definire quali siano le conseguenze derivanti dalla centralità della persona nel sistema del *welfare*, quali ambiti di intervento coinvolga, compresa l'attività di recupero di soggetti svantaggiati attraverso l'inserimento lavorativo svolto da cooperative sociali e imprese non profit. Gli operatori che offrono questo tipo di servizi, infatti, si confrontano spesso con situazioni giuridicamente incerte, soprattutto in riferimento alle norme in materia di concorrenza e mercato.

Uno dei nodi maggiormente critici nella ricostruzione di un quadro normativo adeguato e moderno, capace di favorire un armonico sviluppo alle organizzazioni di terzo settore, riguarda l'interpretazione di "servizi sociali". Invero, sovente ci si attesta su una posizione secondo la quale la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale risulta attirata dalla nozione di attività economica, perché trattasi di beni e servizi offerti in un determinato mercato. Al contrario, i servizi sociali, alla stregua di quelli sanitari, indipendentemente dalla modalità contemporanea di gestione, riguardano i diritti della persona in quanto tale e il suo diritto ad una vita migliore.

Perché i servizi sociali a differenza dei servizi sanitari sono considerati attività economiche? Perché un'attività senza scopo di lucro e diretta a finalità sociali è considerata attività economica? Se è vero che l'erogazione dei servizi sociali ha una natura anche economica (e non potrebbe essere altrimenti visto che si realizza la vendita di un servizio contro un corrispettivo), tale attività è subordinata e strumentale all'attuazione di un diritto. Perciò, come ha sottolineato lo stesso Parlamento Europeo, le norme in materia di concorrenza, di aiuti pubblici e di mercato, devono essere compatibili con gli obblighi di servizio pubblico e non viceversa, essendo i servizi sociali svincolati da una logica commerciale e concorrenziale.

Per quanto attiene all'Italia, il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante "Attuazione della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno" (pubblicato sulla G.U. 23 n. 94 del 23 aprile 2010) disciplina, anche nel nostro Paese l'erogazione dei servizi "free of barriers", ossia la libertà di prestazione dei servizi medesimi, in quanto fondati sul principio della libera concorrenza.

Tuttavia, come già contemplato dalla Direttiva in parola, il decreto legislativo esclude dall'ambito di applicazione delle disposizioni ivi contenute i servizi sociali (art. 3) e quelli sanitari (art. 7). Tale esclusione merita la nostra attenzione per la dimensione soggettiva attribuita ai servizi esclusi e per la configurazione degli stessi nell'ambito del contesto italiano. Per quanto attiene alla dimensione soggettiva, la Direttiva non ha potuto non considerare la enorme difformità di trattamento all'interno dell'Unione Europea di un comparto che, da un lato, è competenza primaria degli Stati membri e, dall'altro, per il *proprium* del servizio non è omologabile, almeno non sempre, alle regole del mercato. In questo senso, da anni, nelle istituzioni comunitarie si dibatte su come inquadrare e "trattare" i servizi socio-sanitari, attesa la loro vocazione a recare benefici alla collettività, che non si fonda necessariamente sul pagamento di un corrispettivo, ma soprattutto sulla universalità dell'accesso alle prestazioni. E forse proprio questo è il motivo di maggiore vicinanza tra l'esclusione dei servizi sociali e sanitari in ambito UE e l'esperienza italiana. Invero, nonostante la creazione di situazione di "quasi-mercati" a livello regionale e la decisione di molte amministrazioni pubbliche di procedere a gara per l'affidamento di servizi socio-sanitari, questi ultimi rimangono fortemente ancorati ad un sistema costituzionale e a leggi nazionali (si pensi per tutte alla l. n. 328/2000) che definiscono e disciplinano i servizi alla persona secondo le seguenti caratteristiche:

- essere vicini ai bisogni degli utenti
- rispettare la diversità dei servizi
- realizzare un alto livello qualitativo, di affidabilità e di sicurezza
- assicurare un equo trattamento e accesso universale.

Alla luce di quanto sopra espresso, ci sembra dunque molto importante che il decreto legislativo n. 59/2010 abbia ribadito l'esclusione del settore sociali e di quello sanitario – anche se non mancano le difficoltà applicative – dal novero dei servizi assoggettati alle regole del mercato. La sfida futura non risiederà tanto nell'arroccamento su posizioni di retroguardia,

quanto nella capacità dei diversi attori, pubblici e non profit, di far comprendere e di adottare comportamenti e modalità di azione che rendano evidente la differenza che intercorre tra l'erogazione di un servizio alla persona ed uno industriale. Tanto più sarà chiara l'esigenza del comparto socio-sanitario di vedersi riconosciuta una specificità collegata alla finalità perseguita e non tanto all'oggetto del servizio, quanto più risulterà agevolata la configurazione di servizi che non intendono sottrarsi alle regole generali, ma richiedono un adeguamento delle stesse alle loro peculiarità.

In epoca recente, la Commissione europea, con una specifica Comunicazione,¹ ha ribadito che rientra nella piena competenza degli Stati membri dell'Unione definire quali servizi sono di interesse generale. In particolare, la Comunicazione si preoccupa di indicare che tutti i servizi sociali sono esentati dall'obbligo di notifica alla Commissione europea, a prescindere dall'importo della compensazione ricevuta. I servizi interessati, per poter beneficiare di questa "agevolazione", debbono rispondere "ad esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, assistenza di lungo termine, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, edilizia sociale e assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili". Si rammenta che in precedenza erano esonerati dall'obbligo di notifica soltanto gli ospedali e l'edilizia sociale. Si tratta, pertanto, di un ulteriore ed importante riconoscimento delle peculiarità che caratterizzano l'erogazione dei servizi sociali alla persona.

2. Il d.p.c.m. 30 marzo 2001

"Per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo stato, nell'ambito delle risorse disponibili[...] promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione Europea.

Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria

¹ Commissione Europea, "Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale", Bruxelles, 20 dicembre 2011 C(2011) 9404 definitivo.

progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale

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

Le regioni disciplinano altresì, sulla base dei principi della presente legge e degli indirizzi assunti con le modalità previste al comma 3, le modalità per valorizzare l'apporto del volontariato nell'erogazione dei servizi."

E' quanto stabilisce la l. 8 novembre 2000, n. 328, art. 5, commi 1 e 2, dal quale appare chiaro come l'intenzione del legislatore sia nel senso di disciplinare in maniera specifica, ed eventualmente anche derogatoria rispetto ai principi generali, i rapporti tra gli enti locali e il terzo settore per quanto concerne l'ambito di affidamento dei servizi alla persona. In attuazione di tali disposizioni è stato dunque emanato il d.p.c.m. 30 marzo 2001. Si tratta dell'"Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328", decreto attuativo della auspicata *partnership* pubblico-privato *non profit* che, sebbene ancora troppo spesso negletto nella sua dimensione applicativa ed implementativa, rappresenta un "pilastro" nella e per la modalità con cui i servizi alla persona vengono erogati a livello locale. Infatti, la portata "universalistica" del d.p.c.m. del 2001 si identifica nel fatto che si tratta di un atto "di coordinamento e di indirizzo" rivolto alle regioni e agli enti locali finalizzato a rendere più agevole e valorizzato l'apporto delle qualità e delle specifiche progettualità che caratterizzano le organizzazioni non lucrative.

In questo senso, il coinvolgimento del *non profit*, soprattutto dopo il riconoscimento costituzionale della sussidiarietà orizzontale, non può essere considerato meramente eventuale, ne consegue che non lo si può ritenere di esclusiva competenza regionale, alla stregua di una materia "innominata" ex art. 117, 4° comma, Cost. In altre parole, essendo il coinvolgimento del privato sociale costituzionalmente necessitato, da un lato vincola il legislatore regionale ex 1° comma dell'art. 117, Cost. e, dall'altro richiede il soddisfacimento di

condizioni minime di uniformità, che – se non soddisfatte – legittimerebbero l'intervento sostitutivo del Governo a "tutela dell'unità giuridica" ex art. 120, 2° comma Cost.

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

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

Sembra utile ricordare in questa sede che la nozione di servizi aventi o meno rilevanza economica è stata elaborata dalla giurisprudenza amministrativa:

"La distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza e dei suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesti in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampio, dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza" (T.A.R. Sardegna, sez. I, 2-8-2005, n. 1729; Cons. St., sez. V, 30-8-2006, n. 5072; Cons. St., sez. V, 25-2-2009, n. 1128).

Alla luce del su richiamato contesto istituzionale e della rilevanza economica o meno del servizio / prestazione, il d.p.c.m. 30 marzo 2001, dunque, fornisce indirizzi per la regolazione dei rapporti tra comuni e loro forme associative, da un lato, e le USL, dall'altro, con i soggetti del terzo settore ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla legge n. 328 del 2000, nonché per la valorizzazione del loro ruolo nella attività di programmazione e progettazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

I soggetti appartenenti al c.d. "terzo settore" vengono così individuati dall'art. 2, d.p.c.m. 30 marzo 2001:

"[...] le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro".

Si tratta di una elencazione quasi definitoria che non trova paragoni nella disciplina civilistica del 1942, nella quale (ovviamente) si erano potute individuare soltanto le fattispecie giuridiche dell'associazione e della fondazione.

Il d.p.c.m. del 2001 stabilisce un *iter* valutativo e selettivo, al termine del quale l'ente *non profit* può risultare affidatario del servizio / prestazione. In questa direzione, i comuni e le stazioni appaltanti in generale debbono innanzitutto procedere ad una preselezione dei soggetti presso cui acquistare o ai quali affidare l'erogazione di servizi. A tal fine, gli enti locali sono chiamati a valutare i seguenti elementi:

"a) la formazione, la qualificazione e l'esperienza professionale degli operatori coinvolti;
b) l'esperienza maturata nei settori e nei servizi di riferimento" (art. 4, co. 1°, d.p.c.m. 30.3.2001).

Successivamente, in una seconda fase, gli enti locali procedono all'aggiudicazione dei servizi sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto in particolare dei seguenti elementi qualitativi:

"a) le modalità adottate per il contenimento del turn over degli operatori;
b) gli strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro;
c) la conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità;

d) il rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva e delle norme in materia di previdenza e assistenza" (art. 4, co. 2°, d.p.c.m. 30.3.2001).

Coerentemente con l'impianto complessivo della l. n. 328/2000, la quale ha voluto segnare un "cambio di passo" nei rapporti tra terzo settore ed enti locali, per quanto attiene nello specifico ai servizi e alle prestazioni da erogare a favore delle comunità, l'art. 4, co. 3°, d.p.c.m. 30.3.2001 prevede il divieto per i gli enti pubblici di procedere all'affidamento dei servizi con il metodo del massimo ribasso. Invero, il legislatore ha inteso evitare che l'affidamento avvenga esclusivamente sulla base del miglior prezzo con il rischio di mettere a repentaglio la qualità del servizio, che potrebbe essere pregiudicata dall'esigenza di contenere il più possibile i costi per raggiungere l'equilibrio economico dell'offerta.

Per acquistare servizi dagli enti *non profit*, gli enti pubblici debbono, quindi, fare ricorso al metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un occhio particolare alla qualità, e debbono, conseguentemente, abbandonare definitivamente il sistema del massimo ribasso previsto per gli appalti pubblici. Infatti, l'offerta economicamente più vantaggiosa contempla il riferimento a più componenti che l'organizzazione *non profit* deve sapere dimostrare. In questo senso, la scelta del metodo dell'offerta economica più vantaggiosa è finalizzato ad un'aggiudicazione che sia il prodotto di un insieme di fattori, oltre al prezzo, che tendono a privilegiare la qualità dell'offerta, non per caso l'art. 4 al comma 2 elenca elementi qualitativi che devono essere contenuti nell'offerta e valutati per l'aggiudicazione: modalità per il turn over degli operatori, strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro, conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità, rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva e delle norme in materia di previdenza ed assistenza.

Con specifico riferimento alla nozione di "offerta economicamente più vantaggiosa", la giurisprudenza contabile così si è espressa: "Per l'affidamento di un servizio pubblico, il riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa comporta l'enunciazione, in sede preliminare, di puntuali e motivati criteri di valutazione tale, da un lato, da fungere da indicazione per le ditte concorrenti all'atto della predisposizione delle proposte contrattuali, dall'altro da porre in un ruolo non preponderante l'elemento del prezzo" (Corte conti, sez. giur. Regione Lombardia, 4-10-2000, n. 1247/00).

L'art. 6, d.p.c.m. 30-3-2001 stabilisce la possibilità che le organizzazioni *non profit* possano prendere parte, specie per la peculiarità dei servizi e delle prestazioni da erogarsi a favore della comunità locale, a procedure ristrette (licitazioni private) ovvero negoziate (trattativa privata), ancorché tali procedure debbano svolgersi nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità previsti per i contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006).

Con le stesse procedure fissate dall'art. 6 in parola, gli enti pubblici possono anche procedere all'acquisto dei servizi e degli interventi che le organizzazioni non lucrative realizzano in modo "autonomo" per il conseguimento degli obiettivi e delle finalità del sistema integrato di interventi e di servizi sociali.

3. I soggetti ammessi alle gare

Per quanto attiene all'ordinamento italiano, preme segnalare che, con propria determinazione n. 7 del 21 ottobre 2010 (pubblicata in G.U. n. 255 del 30 ottobre 2010), l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha fornito una interpretazione estensiva del perimetro di applicazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti pubblici). Detto articolo individua l'elenco dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici come segue:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'[articolo 2615-ter del codice civile](#), tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'[articolo 36](#);
- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'[articolo 37](#);

e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'[articolo 2602 del codice civile](#), costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'[articolo 2615-ter del codice civile](#); si applicano al riguardo le disposizioni dell'[articolo 37](#);

f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'[articolo 37](#);

f-bis) operatori economici, ai sensi dell'[articolo 3, comma 22](#), stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

A fronte di alcuni dubbi interpretativi circa l'estensione dell'elenco dei soggetti di cui all'art. 34 sopra citato, la determinazione n. 7/2010 ribadisce che a tali procedure, indipendentemente dalla loro natura giuridica, possano prendere parte anche soggetti non profit ovvero pubblici, quali, ad esempio, le fondazioni, gli istituti di formazione o di ricerca e le Università. La determinazione in parola "apre le porte" anche ad altri organismi, oltre agli imprenditori individuali, le società cooperative, i consorzi, riconoscendo pertanto anche a questi la qualifica di "operatori economici", in conformità a quanto stabilito a livello comunitario (da ultimo, si veda Corte Europea di Giustizia, sentenza 23 dicembre 2009 C-305/08: <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/016719.aspx>). In argomento, si deve segnalare che l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici stigmatizza le possibili differenze che possono intercorrere tra le definizioni contenute nel Codice degli appalti italiano e quelle invalse a livello comunitario. Invero, se per imprenditore – nozione cui fa riferimento l'art. 34 del Codice degli appalti pubblici – si intende *soltanto* quello individuato nell'art. 2082 del Codice civile (chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi), si è indubbiamente di fronte ad un concetto più ristretto di quello utilizzato in sede europea. A livello comunitario, infatti, il concetto di imprenditore abbraccia ogni persona fisica o giuridica o l'ente pubblico o il raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o opere.

E ciò a prescindere dallo status giuridico dell'entità che partecipa alla gara per l'aggiudicazione del servizio, dalle sue modalità di finanziamento e dalla necessità (cfr. parere dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 127 del 23 aprile 2008; Corte di giustizia europea, sentenza 26 marzo 2009, Causa C-113/07).

Richiamando, in ultima analisi, la produzione giurisprudenziale della Corte europea di Giustizia, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha affermato che l'elenco di soggetti ammessi a partecipare all'aggiudicazione di contratti pubblici ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 163/2006 non deve considerarsi una lista chiusa, bensì debba essere interpretato nel senso di ammettere l'inclusione anche di altri soggetti.

4. I requisiti di partecipazione alle gare e i limiti alla discrezionalità della stazione appaltante

L'affidamento dell'attività di prestazione di servizi presenta di norma alcune peculiarità collegabili allo specifico oggetto dell'affidamento (*rectius*: un'attività di servizio). Avuto riguardo a questo specifico aspetto, conseguentemente, acquistano rilevanza il profilo e i requisiti soggettivi del soggetto affidatario.

Attesa la peculiarità dei servizi socio-sanitari, viene, nello specifico, in considerazione il fatto che attraverso l'affidamento del servizio l'ente affidante intenda raggiungere un determinato standard qualitativo, risultato per ottenere il quale occorre una particolare specializzazione ed esperienza in capo al soggetto affidatario. Invero, preme evidenziare che gli utenti del servizio (nel caso di specie, gli anziani ospiti delle strutture residenziali) entrano direttamente in contatto con il soggetto affidatario, il quale svolge le proprie funzioni "in nome e per conto" della struttura appaltante.

In questo senso, allora, si può comprendere come nel caso dei servizi le peculiarità dell'oggetto dell'affidamento (servizio socio-sanitario alla persona) risultino indubbiamente idonee ad incidere sul livello di discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alle procedure dirette alla selezione dell'affidatario.

E, infatti, le caratteristiche soggettive dell'appaltatore vengono in speciale rilievo, negli appalti di servizi, in considerazione del carattere normalmente specialistico dei servizi da erogare. Di qui la necessità di riconoscere alla stazione appaltante una sfera decisionale autonoma in ordine ai requisiti soggettivi del soggetto affidatario, capace di realizzare e raggiungere i risultati che la struttura appaltante si è prefissata di conseguire.

E' altresì importante notare che la problematica generale della discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del contraente si sovrappone a quella riguardante i criteri di selezione delle offerte. E' evidente, infatti, che i due profili presentano possibili aspetti di connessione,

soprattutto in ragione delle possibilità che i criteri di aggiudicazione implicino o presuppongano particolari condizioni soggettivi del concorrente.

Allo scopo di stabilire tale collegamento è possibile considerare aspetti sociali nei criteri tecnici di selezione “sole se l’esecuzione dell’appalto richiede “know how” nel settore sociale”.² Al riguardo, pertanto, l’amministrazione aggiudicatrice può esaminare vari aspetti della capacità tecnica dei soggetti candidati all’erogazione del servizio, quali la dotazione:

- di personale qualificato e specializzato per gestire gli aspetti sociali dell’appalto;
- di attrezzature tecniche necessarie per la protezione sociale (specificazione, a fortiori, importante nel caso di attrezzature idonee per le persone anziane per un appalto relativo ad una casa di riposo);
- di attrezzature tecniche specialistiche necessarie per gestire gli aspetti sociali.

Di qui, in sede di valutazione delle offerte, verranno recuperati elementi rilevanti anche sotto il profilo soggettivo. La distinzione fra i requisiti di ammissione e i criteri di valutazione delle offerte rileva, poiché il giudizio sulla ragionevolezza di un determinato elemento previsto dalla stazione appaltante in funzione della selezione può variare a seconda che il medesimo sia indicato come condizione di ammissione alla gara ovvero come componente da considerare in sede di valutazione della convenienza dell’offerta. Risulta così chiaro che la discrezionalità impiegata in sede di definizione dei requisiti di ammissione costituisce una sorta di autolimitazione dell’amministrazione anche per quanto attiene la successiva attività di valutazione delle offerte. Invero, le valutazioni compiute non possono risultare in contraddizione con i criteri esplicitamente o implicitamente emergenti dalle scelte in tema di prequalificazione.

Si aggiunga, per completezza, che la stazione appaltante, e – vorremmo sottolineare – a maggior ragione in presenza di appalti di servizi “ad elevato contenuto sociale”, può derogare, entro certi limiti, al principio di rotazione di cui all’art. 125, comma 11, d. lgs. n. 163 del 2006. Il principio in parola “è indubbiamente un principio funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie dei servizi[...], ma in quanto tale lo stesso non ha, per le stazioni appaltanti, una valenza precettiva assoluta”.³ Ciò implica che l’amministrazione aggiudicatrice potrà assegnare un appalto al soggetto già affidatario del servizio, purché tale esito consegua all’espletamento di una gara svoltasi nel rispetto del

² Commissione Europea, *op. cit.*, p. 36.

³ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 28 dicembre 2011, n. 6906.

principio di trasparenza e di parità di trattamento e si sia conclusa con l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa per la stazione appaltante, "senza che nel giudizio comparativo tra le offerte abbia inciso la pregressa esperienza specifica maturata dalla impresa aggiudicataria nella veste di partner contrattuale della amministrazione aggiudicatrice".

5. L'accreditamento

Il termine "accreditamento" è sinonimo di "atto consistente nel dare fiducia", "avvalorare" "dare credito". Si tratta di un meccanismo che ha sostituito quello precedente della convenzione, contemplato nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale. Il sistema dell'accreditamento ha inteso innovare il sistema delle prestazioni sanitarie, superando la dicotomia tra pubblico e privato, garantendo, conseguentemente, una posizione paritaria della tipologia delle due gestioni, allo scopo di garantire la concorrenza tra l'una e l'altra, consentendo la libera scelta dell'utente tra di esse.

La forma di accreditamento vigente nel nostro sistema sanitario nazionale è quella istituzionale, che sottende una sostanziale verifica, effettuata da parte di un ente governativo ovvero da un organismo debitamente delegato del possesso in capo al richiedente dei requisiti strutturali prescritti.⁴ Non deve, tuttavia, ritenersi che l'istituto dell'accreditamento rappresenti unicamente la "porta di accesso" per l'erogazione delle prestazioni sanitarie. Esso integra anche e, soprattutto, uno strumento di programmazione dei servizi socio-sanitari. Si tratta, pertanto, di uno strumento strategico da collocare in un quadro di sistema complessivo volto a prevenire che la spesa sanitaria risulti priva di limiti.⁵

In questo sistema, le strutture pubbliche e private, aspiranti unità di offerta di prestazioni socio-sanitarie, possono ottenere l'accreditamento istituzionale da parte delle Regioni competenti.⁶

⁴ Si veda, in argomento, AICARDI N., voce Sanità, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 674 ss.

⁵ Al riguardo, in dottrina, si è segnalato che "nell'evoluzione che ha subito fino al sistema odierno[. . .] non è soltanto una licenza per erogare prestazioni senza alcun controllo, con la conseguenza di un espandersi senza limiti della spesa sanitaria, ma implica anche una valutazione discrezionale dell'attività compiuta, di cui si vuole accertare sia la qualità che la quantità, così da costruir da un lato una garanzia qualitativa delle prestazioni, e dall'altro un finanziamento condizionato dal livello dell'attività compiuta. Attraverso l'accreditamento, il nesso organizzativo con i soggetti erogatori del pubblico servizio, e la quantificazione delle prestazioni erogabili, dipendono non da atti di ammissione vincolati, ma da valutazioni programmatiche ed organizzative dell'amministrazione titolare dello stesso servizio. La valutazione dell'attività dei soggetti accreditati è dunque permanente e globale; e si traduce nella stipulazione di appositi accordi contrattuali che seguono all'accreditamento, e determinano la concreta ed effettiva portata dell'attività sanitaria che viene consentita, attraverso un'oculata programmazione". CATELANI A., *La sanità pubblica*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da Giuseppe Santaniello, Volume Quarantesimo, Cedam, Padova, 2010, p. 160.

⁶ Per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza in materia di accreditamento, si rinvia a CATELANI, *op. cit.*, p. 157, nota (3).

La finalità a cui l'istituto dell'accREDITAMENTO tende è quella di permettere l'esistenza di un gruppo tendenzialmente aperto di concessionari e, quindi, un insieme tendenzialmente aperto di unità di offerta di servizi sociali, evitando così di operare una selezione a monte e immettendo nella rete una pluralità di soggetti accREDITATI, tutti professionalmente e strutturalmente idonei, tutti potenziali fornitori di servizi sociali corrispondenti agli standard qualitativi definiti dall'Amministrazione, tutti egualmente inseriti nella rete.

In tal modo, la selezione dei soggetti concessionari potrà avvenire nel momento dell'accesso al servizio da parte degli utenti, che sceglieranno l'unità di offerta da essi ritenuto maggiormente corrispondente alle proprie esigenze.

Attraverso l'istituto giuridico-amministrativo dell'accREDITAMENTO istituzionale (art. 8-*quater*, d. lgs. n. 502/1992 e s.m.), l'ente pubblico si incarica di tutelare gli utenti, che debbono scegliere, verificando che le organizzazioni che si candidano ad entrare nel mercato dei servizi risultino funzionali agli indirizzi di programmazione regionale e positivi alla verifica di funzionalità dell'attività svolta e dei risultati raggiunti.

Anche in ragione dei progressi intervenuti nella valutazione dei risultati e della necessità di stabilire, in modo sempre più chiaro ed efficace, un rapporto positivo tra prestazioni erogate e soddisfazione dell'utenza, nel corso degli ultimi, anni si è affermata la convinzione che l'accREDITAMENTO implichi non soltanto il monitoraggio/analisi di requisiti "statici", ma contempli altresì la possibilità di considerare elementi più dinamici, che permettano un processo di valutazione dell'andamento dell'attività e delle prestazioni erogate.

In epoca recente, al riguardo, si è proposto di giungere alla definizione di un iter di valutazione, strutturato in due fasi: una prima fase prevede criteri rigidi per ottenere l'accREDITAMENTO della struttura; una seconda fase, che come sopra descritto, introduca anche elementi collegati alla soddisfazione e percezione dei servizi da parte dell'utenza. Una simile impostazione, in teoria condivisibile e oggi più facilmente implementabile, grazie allo sviluppo di metodiche e framework di analisi evolute in questo settore specifico, si scontra tuttavia con la competenza affidata alle Regioni. Sono queste infatti a rilasciare l'accREDITAMENTO (oggi ancora spesso solo provvisorio, e non quindi definitivo), che consente

alle strutture private di operare “in nome e per conto” del SSN (regionale, nello specifico) e di poter, quindi, contare sul rimborso da parte delle ASL di riferimento. Quando una struttura ottiene l’accreditamento definitivo? Quando gli uffici regionali hanno svolto le opportune verifiche e approfondimenti, a seguito dei quali ritengono valide e utili le attività svolte dalla struttura interessata, che conseguentemente risulta idonea ad erogare i servizi sanitari previsti.