

*I SERVIZI SOCIO SANITARI: METODO DI AGGIUDICAZIONE,
SANZIONI APPLICABILI E GIUDICE “COMPETENTE”*

*Giuseppe Naimo**

1. La recentissima ordinanza 5.4.2012, n° 5446 delle SS.UU., offre utili spunti di riflessione sulla sanzione derivante dalla mancata applicazione delle regole dell'evidenza pubblica nell'aggiudicazione di servizi, e sulla giurisdizione del Giudice che debba pronunciare tale sanzione: nel presente scritto, la questione verrà esaminata in relazione ai servizi socio sanitari, che hanno dato luogo alla pronuncia in commento, ma non vi è dubbio che le riflessioni possano essere riferite anche alla generalità degli affidamenti.

2. Necessaria premessa è la corretta qualificazione di tali servizi: i servizi qui considerati sono, infatti, oggetto di necessaria aggiudicazione per il tramite di appalto, ed infatti sia la direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE (Allegato II B, categoria 25) che il D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (allegato II B, categoria 25) elencano i "servizi sanitari e sociali".

L'art. 21 della Direttiva 2004/18/CE prevede, inoltre, che "L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 e dall'articolo 35, paragrafo 4", disposizione ripresa dall'art. 20, c.1, D. Lgs. 163/06.

Si veda, ancora, il Reg. (CE) 213/08, che modifica il precedente regolamento sul vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV). il codice CPV 85000000-9 corrisponde alla descrizione "Servizi sanitari

* Avvocato presso l'Avvocatura della Regione Calabria. L'articolo è pubblicato con il consenso dell'autore e è disponibile anche sulla rivista internet di diritto pubblico LexItalia.

e di assistenza sociale”, mentre all'allegato II (Tavola di corrispondenza) i vari CPV corrispondono, ad esempio, a “servizi geriatrici”, “servizi di istituti per persone con disturbi psicologici”, “servizi di case di cura”, “servizi di assistenza sociale con alloggio”; “servizi di assistenza sociale per persone anziane”(CPV 85311100-3).

Conferma di quanto appena esposto si trae dal “Libro verde” in materia di appalti pubblici della Commissione Europea COM(2011) 15 definitivo (v, in particolare, par. 4.4” I servizi sociali sono elencati nell'allegato II B della direttiva 2004/18/CE. Quindi, come si è detto in precedenza, gli appalti per i servizi sociali di valore superiore alle soglie per l'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici sono soggetti soltanto ad alcune norme specifiche delle direttive (quelle concernenti le specifiche tecniche e la pubblicazione dei risultati della procedura di appalto) e ai principi fondamentali del diritto UE, come la non discriminazione e la trasparenza. Come si è detto in precedenza, gli appalti di valore inferiore alle soglie sono soggetti soltanto ai principi fondamentali del diritto UE, come la non discriminazione e la trasparenza, se presentano un interesse transfrontaliero. Quindi, al momento di esternalizzare i servizi sociali mediante un appalto pubblico di servizi,...”, p.51).

Infine, l'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici, con la Delibera n° 34/11, ha ulteriormente ribadito – proprio in relazione ai servizi socio sanitari – che *“In merito ai servizi di cui all'allegato II B, questa Autorità si è già più volte pronunciata evidenziando che essi restano soggetti, oltre che all'art. 20, anche all'art. 27 del d.lgs. n. 163/2006 in base al quale l'affidamento di contratti pubblici sottratti in tutto o in parte all'applicazione del codice deve avvenire nel rispetto di principi di evidenza pubblica e di buon andamento della pubblica amministrazione (da ultimo, deliberazioni n. 102 del 5 novembre 2009, n. 15 del 26 febbraio 2009); pertanto, non può condividersi l'assunto contenuto nella delibera della Regione Veneto secondo cui per i "servizi sanitari e sociali" non sussisterebbe alcun obbligo di*

invitare almeno 5 concorrenti, di cui all'art. 27 del codice; al contrario, deve ritenersi che non sia consentito in ogni caso prescindere dal rispetto della richiamata disciplina”.

Dato, quindi, per acclarato l'avvenuto superamento del precedente orientamento giurisprudenziale in punto di qualificazione di tali contratti come concessioni, rimane accertato, di conseguenza, che l'affidamento del servizio rientra nella normativa (interna e comunitaria) di settore. Ciò posto, si pone il problema della patologia che (eventualmente) affligge il contratto stipulato in mancanza di procedura ad evidenza pubblica.

La S.C. aveva individuato la patologia nella nullità del contratto, per violazione di norme imperative per violazione di norme imperative, sia comunitarie (articoli 49 – 62 <già 43 – 55> e 101 – 106<già 81 – 86> del Trattato) che interne(artt.1343, 1344, 1418 c.c.; art. 12 L. 241/90): con la sentenza 5.5.2008, n° 11031, la I Sezione della S.C. aveva infatti espressamente affermato che *“L’omissione della gara prescritta dalla legge per l’individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l’espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità per contrasto con norme imperative..”*; anche di recente, è stato ribadito che *“l’elusione delle garanzie di sistema a presidio dell’interesse pubblico...prescritte dalla legge per l’individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato per l’espletamento dei lavori, comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili”*(ma v. anche, più di recente, Cass., III, 16.2.2010, n° 3672).

La questione dell’individuazione della sanzione è divenuta di particolare interesse, a seguito del recepimento della Direttiva 2007/66: infatti, gli art. 244 e 245 bis del D. Lgs. 163/06, per come modificato dal D. Lgs. 53/10(che ha recepito la Direttiva 2007/66/CE), e, successivamente, gli artt. 133 e 121 del c.p.a., hanno

individuato per alcune ipotesi, tassativamente indicate, la sanzione dell'inefficacia, e previsto la giurisdizione esclusiva del G.A.

Innanzitutto, si dovrebbe prendere atto del fatto che l'ipotesi di stipula di contratto in totale assenza di procedura comparativa ad evidenza pubblica, nonchè in assenza di distinto provvedimento di aggiudicazione, pare sfuggire alle previsioni sopra indicate al punto e) del presente scritto. Infatti, presupposto del sistema normativo disegnato dalla Direttiva 2007/66 (e quindi dal D. Lgs. 53/10), e poi ripreso dal Codice del processo amministrativo, è che vi sia stato un atto di aggiudicazione impugnabile avanti il G.A.: da ciò il Legislatore statale ha fatto discendere la giurisdizione – in relazione all'impugnazione dell'atto di aggiudicazione – anche in ordine alla nuova sanzione prevista per il contratto derivato da tale aggiudicazione, e cioè l'inefficacia. Entrambe le norme, infatti, estendono la giurisdizione del G.A. “alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”.

Quanto alla Direttiva 2007/66, recepita dal D. Lgs. 53/10 (e, successivamente dagli artt. 121 e 133 del c.p.a.), nel caso all'esame delle SS.UU., non solo non esisteva atto di aggiudicazione (sulla netta distinzione tra aggiudicazione e contratto, v. art. 11 D. Lgs. 163/06), ma solo il contratto, ma tale contratto era stato stipulato in data antecedente al 20.12.09: da qui, non solo la palese estraneità della vicenda rispetto sia alla norma comunitaria che alla disciplina interna di recepimento, ma anche l'impossibilità – per tale assenza – di individuare anche in astratto quale sanzione l'inefficacia, ed il G.A. come Giudice avente giurisdizione esclusiva sulla questione, ad esso estesa solo a seguito di annullamento dell'aggiudicazione.

Ma, nel caso all'esame delle SS.UU., vi è altro argomento che milita a favore della inapplicabilità sia della Direttiva ricorsi, che della normativa interna di recepimento, e cioè la data di stipula dei contratti:

sul punto della applicabilità *ratione temporis* della Direttiva, è intervenuta di recente rilevante pronuncia della Corte di Giustizia (che, peraltro, contraddice apertamente SS.UU. n° 2906/10), secondo la quale “*Senza che sia necessario esaminare la questione se, dopo la scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66, un singolo possa far valere l’art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13 dinanzi ai giudici nazionali avverso un’amministrazione aggiudicatrice quale la convenuta nella causa principale, è sufficiente rilevare che detta disposizione non è comunque applicabile a contratti di appalto che, come nella causa principale, sono stati stipulati prima della scadenza, in data 20 dicembre 2009, del termine di recepimento della direttiva 2007/66, dal momento che il recepimento di quest’ultima non è intervenuto prima della scadenza di tale termine...In mancanza di qualsiasi indicazione nella direttiva 2007/66 relativa alla retroattività della disposizione di cui trattasi, sarebbe contrario al principio di certezza del diritto considerare detta disposizione applicabile ad appalti pubblici aggiudicati prima della data di scadenza del termine di recepimento di detta direttiva.*”(Corte Giustizia Unione Europea, sez. II 10-11-2011, causa C-348/10, Norma A SIA, punti 63 e 66).

E’ evidente, quindi, che ai contratti stipulati in date antecedente a quella indicata dalla Corte di Lussemburgo <20.12.09> non è mai applicabile la Direttiva; logico corollario di tale conclusione, dovrebbe essere l’inapplicabilità anche della norma interna che ha recepito la Direttiva.

Quanto alla norma interna, frutto del recepimento, l’interprete deve infatti necessariamente tenere in conto la norma “recepita”: come chiarisce la Corte di Giustizia “*dalla giurisprudenza della Corte risulta che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta ad una situazione interna, a quelle adottate nel diritto comunitario, al fine di assicurare una procedura unica in situazioni analoghe, esiste un interesse comunitario certo a che, per*

evitare future divergenze di interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (v., in particolare, sentenze 17 luglio 1997, causa C-130/95, Giloy, Racc. pag. I-4291, punto 28, e 11 gennaio 2001, causa C-1/99, Kofisa Italia, Racc. pag. I-207, punto 32). Questa considerazione è a maggior ragione valida quando la normativa nazionale che si avvale di una nozione che figura in una disposizione di diritto comunitario sia stata adottata al fine di trasporre nell'ordinamento interno la direttiva di cui la detta disposizione fa parte”(Corte Giustizia Unione Europea, sez. II 11-10-2001, causa C-267/99, Adam, punti 28 – 29).

Pertanto, pare evidente che, in relazione ai contratti stipulati in data antecedente al 20.12.09, debba concludersi per 'inapplicabilità degli artt. 121 e 133 c.p.a. e/o degli artt. 244 e 245 bis D. Lgs. 163/06, e, più in generale, sull'inapplicabilità della Direttiva ricorsi, con conseguente necessità di considerare nulli i contratti stessi, come statuito dalle Sezioni semplici di codesta Ecc.ma S.C. nelle pronunce già richiamate in sede di regolamento.

La pronuncia in commento offre un utile spunto anche in relazione ai contratti stipulati in data successiva al 20.12.09: infatti, seppur sinteticamente, l'ordinanza – nella parte in cui, dopo aver rilevato che “ appartengono al giudice ordinario le controversie...rivolte ad accertarne le condizioni di validità ed efficacia e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia, ovvero l'annullamento”, conclude che, in relazione alla dedotta invalidità del contratto, “ il relativo accertamento rivolto ad impedirne l'esecuzione e perciò ad escludere il diritto soggettivo della controparte al pagamento del corrispettivo spetta al giudice ordinario – pare fare applicazione dei principi di ragionevole durata del processo e di concentrazione delle tutele, posti dagli artt. 24 e 111 Cost., in ordine all'applicazione dei quali si era già espressa (“*Quanto detto costituisce applicazione della costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del*

processo (art. 111 Cost.) che impone all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo, deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione di detto obiettivo costituzionale. L'art. 111 Cost., in combinazione con l'art. 24, esprime dunque, quale mezzo imprescindibile al fine, un principio di concentrazione delle tutele, con la conseguenza che la giurisdizione sulla domanda principale comporta anche quella su tutte le pretese accessorie, originate dalla medesima situazione dedotta in giudizio (Cass. S.U. 28.2.2007, n. 4636)”, l’ordinanza delle stesse SS.UU. 27.5.2009, n° 12252.

Sempre sul punto della “concentrazione” delle tutele, le SS.UU. (v., *ex multis*, ord. 25272 del 29.11.06), avevano anche rilevato che il rapporto tra domanda principale, e domanda introdotta in via riconvenzionale, ai fini della giurisdizione “*deve essere inquadrata nell’ambito della vis atractiva caratterizzante il simultaneus processus presso il giudice adito con la domanda principale in considerazione che la relazione di dipendenza della domanda riconvenzionale dal titolo dedotto in giudizio dall’attore...si configura non già come identità della causa petendi...ma come comunanza della situazione..sì da delinearsi una connessione oggettiva qualificata della domanda riconvenzionale con l’azione proposta*”: pare quindi evidente che ragionamento assolutamente analogo possa (debba?) essere svolto in relazione ad eccezione riconvenzionale (la quale, pur ampliando il tema della controversia, ma tendendo a paralizzare il diritto della controparte, rimane nell’ambito della difesa e del "petitum") quale, indiscutibilmente, è l’eccezione relativa all’invalidità del contratto per difetto della procedura ad evidenza pubblica, anche ove la sanzione sia da individuare nell’inefficacia, e non nella nullità.

Può quindi concludersi che, poiché sulla domanda principale di adempimento contrattuale sussiste indiscutibilmente la giurisdizione dell'A.G.O., ove venga sollevata in via di eccezione la questione dell'invalidità del contratto per mancata effettuazione (“radicale mancanza”) della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, il Giudice ordinario dovrà sempre pronunciarsi anche su tale questione, pure ove individui la sanzione da applicare nell'inefficacia: pare agevole prevedere notevoli contrasti, sul punto, tra G.A. ed A.G.O.