Pubblicato il 22/11/2018

N. 06617/2018REG.PROV.COLL.
N. 03362/2017 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3362 del 2017, proposto da
ASL Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Anna Peluso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Ufficio di rappresentanza della Regione Campania in Roma, via Poli, 29;

contro

Neapolisanit S.r.l., Centro Medicina Psicosomatica Cooperativa Sociale, Fondazione Istituto Antoniano, Provincia Religiosa Ss. Apostoli Pietro e Paolo, Congregazione Piccole Apostole della Redenzione, A.I.A.S. Sezione Nola Onlus, Centro Medico Moscati S.r.l., Centro Fisiovesuviano S.r.l., C.E.M. S.p.A., Villa delle Ginestre S.r.l., Meta Felix S.r.l., C.F.R. S.r.l., Primula S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Patrizia Kivel Mazuy, Paolo Scannavino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Ferruccio De Lorenzo in Roma, via G. Mangili, 29 – anche appellanti incidentali;

nei confronti

Centro Ctf S.r.l., non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

- Gesco Consorzio Cooperative Sociali, Lega delle Cooperative e Mutue della Campania Legacoop Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Lucio Perone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia – intervenienti *ad adiuvandum* e terzi opponenti;
- Nuova Sair Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte, Carmelo Barreca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;
- Medicasa Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia - interveniente *ad adiuvandum* e terzo opponente;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Campania – Napoli, Sezione Quinta, n. 1057/2017, resa tra le parti, concernente l'approvazione del disciplinare tecnico per l'affidamento di prestazioni psicologiche, infermieristiche, riabilitative, dietistiche e sociosanitarie (OSS), e servizi correlati, per le cure domiciliari aziendali;

Visti il ricorso in appello principale e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale di Neapolisanit S.r.l., Centro Medicina Psicosomatica Cooperativa Sociale, Fondazione Istituto Antoniano, Provincia Religiosa Ss. Apostoli Pietro e Paolo, Congregazione Piccole Apostole della Redenzione, A.I.A.S. Sezione Nola Onlus, Centro Medico Moscati S.r.l., Centro Fisiovesuviano S.r.l., C.E.M. S.p.a., Villa delle Ginestre S.r.l., Meta Felix S.r.l., C.F.R. S.r.l. e Primula S.r.l.;

Visti gli atti di intervento e di opposizione di terzo di Gesco Consorzio Cooperative Sociali e Lega delle Cooperative e Mutue della Campania Legacoop, nonché di Medicasa Italia S.p.a.;

Visto l'atto di intervento di Nuova Sair Cooperativa sociale Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2018 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Rosa Anna Peluso, Patrizia Kivel Mazuy, Antonio Lirosi su delega di Andrea Abbamonte e di Carmelo Barreca, Luca Rubinacci su delega dichiarata di Lucio Perone e Elio Leonetti su delega di Filippo Brunetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La controversia origina dalla deliberazione n. 193/2016, con la quale la ASL Napoli 3 sud ha approvato un nuovo disciplinare tecnico per l'affidamento delle prestazioni psicologiche, infermieristiche riabilitative, dietistiche e socio-sanitarie per le cure domiciliari aziendali.

2. Il provvedimento – propedeutico alla indizione di una gara per l'affidamento in appalto, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, delle prestazioni di attività di cura ed assistenza sanitaria in sede domiciliare in favore degli anziani non autosufficienti o autonomi ad elevato rischio di perdita della autonomia o nei confronti dei soggetti disabili (ivi compresi i pazienti cronici e/o terminali) - è stato impugnato dinanzi al TAR Campania da alcuni operatori titolari di strutture socio-sanitarie che forniscono le prestazioni di cui all'Allegato 1C Area Integrazione Sociosanitaria del d.P.C.M. 29 novembre 2001 per conto del SSR, in quanto accreditati ex d.lgs. 502/1992 per le prestazioni di "attività sanitaria e sociosanitaria nell'ambito di programmi riabilitativi a favore di disabili fisici, psichici e sensoriali" ex art. 26 della legge 833/1978 (di seguito, indicate come Neapolisanit ed Altri).

3. I ricorrenti hanno lamentato, in sintesi, che le prestazioni oggetto del disciplinare – essendo riconducibili alla attività sanitaria e socio- sanitaria e ricomprese nei l.e.a. (livelli essenziali di assistenza) – dovrebbero essere erogate in via esclusiva dalle strutture, pubbliche o private, in possesso di autorizzazione e di accreditamento, mentre lo schema impugnato prescinde dal requisito dell'accreditamento istituzionale.

4. Il TAR Campania, con la sentenza appellata (V, n. 1057/2017), ha accolto il ricorso, affermando che sussiste la dedotta violazione dell'art. 8-bis del d.lgs. 502/1992 e del regolamento della Regione Campania 4/2014, in quanto il disciplinare non prevede il possesso dell'accreditamento istituzionale quale requisito necessario per partecipare alla gara.

5. In particolare, il TAR ha sottolineato che la sola predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche non assicura certezza in ordine al rispetto degli standard minimi nella erogazione delle prestazioni di cura e di assistenza alla persona, e che il controllo sulla qualità delle prestazioni deve essere attuato in via preventiva (attraverso il rilascio dell'accreditamento alle strutture sanitarie private in possesso di determinati requisiti) e non soltanto attraverso il controllo e la vigilanza ex post della ASL.

6. E' utile aggiungere che, dopo la sentenza:

- la ASL Napoli 3 sud, con delibera n. 405/2017, ha revocato la delibera n. 193/2016, annullata dal TAR; con delibera n. 566/2017, nelle more di acquisire i pareri chiesti ad ANAC e Regione, per non lasciare i cittadini senza assistenza, ha rinnovato l'affidamento delle prestazioni all'a.t.i. di cui è mandataria Nuova Sair Cooperativa Sociale Onlus fino al 20 novembre 2017;
- detta ultima delibera è stata impugnata da Neapolisanit ed Altri, ed il TAR Campania, con sentenza n. 816/2018, l'ha ritenuta elusiva della sentenza n. 1057/2017 e l'ha conseguentemente dichiarata inefficace;
- la ASL ha allora adottato: (i) le delibere nn. 53/2018 e 57/2018, per utilizzare le graduatorie esistenti ai fini dell'assunzione a tempo determinato di vari profili professionali; (ii) la delibera n. 172/2018, con cui ha disposto la

liquidazione delle spettanze a Nuova Sair per le attività espletate fino alla internalizzazione delle attività, ed ha demandato per dodici mesi le prestazioni domiciliari di tipo infermieristico e di tutela socio-assistenziale che al momento non riesce a garantire ad una struttura privata accreditata da individuare mediante gara d'appalto riservata a tutte quelle accreditate ai sensi del regolamento regionale 1/2007; (iii) la nota prot. 34071/2018, con cui ha affidato a ciascun Distretto due professionisti, ed ha disposto, nelle more del reclutamento di psicologi, di assicurare l'assistenza psicologica domiciliare solo nei casi più complessi e, in caso di urgenza ed indifferibilità, di garantire le prestazioni mediante i professionisti di Nuova Sair.

- anche detti provvedimenti sono stati impugnati da Neapolisanit ed Altri dinanzi al TAR Campania.

7. La sentenza n. 1057/2017 è stata appellata dalla ASL Napoli 3 sud, lamentando che la conclusione del TAR secondo cui l'impostazione della gara finirebbe per ledere il sistema dell'accreditamento sia destituita di qualsiasi fondamento.

Infatti, da un lato, la d.G.R. n. 41/2011 (linee guida per i servizi domiciliari), posta alla base del provvedimento impugnato, non contiene alcun riferimento alla titolarità, alla natura ed ai criteri organizzativi dei soggetti erogatori di prestazioni di tipo sanitario, per cui consente ai privati di erogare prestazioni sanitarie al di fuori dello schema dell'accreditamento; tanto più che si tratta di prestazioni sanitarie erogabili esclusivamente al domicilio del paziente, quindi riconducibili all'ambito dell'assistenza domiciliare integrata, e non dell'assistenza specialistica, e sono remunerate in modo diverso da quest'ultima.

Dall'altro, contrariamente a quanto ha ritenuto il TAR, nello schema di disciplinare i criteri di valutazione sono stati predisposti in modo da rispettare gli standard minimi che il servizio sanitario deve assicurare nella erogazione delle prestazioni di cura e di assistenza alla persona, ed è previsto che l'operatore erogherà la prestazione, all'utente ammesso all'assistenza, sotto il

diretto controllo della ASL, la quale in generale assicura l'analisi dell'appropriatezza ed il controllo della gestione complessiva delle cure domiciliari.

8. Neapolisanit ed Altri si sono costituiti in giudizio ed hanno controdedotto puntualmente.

In particolare, hanno eccepito l'inammissibilità dell'appello principale per difetto di specificità dei motivi, risolvendosi questi nella riproposizione delle difese di primo grado.

Nel merito, hanno sottolineato che la delibera annullata non prevedeva la somministrazione di lavoro per reperire all'occorrenza determinate figure professionali per l'erogazione di determinate prestazioni sanitarie e socio-sanitarie, bensì una vera e propria esternalizzazione dell'assistenza sanitaria domiciliare che travalica i confini delineati dal d.lgs. 502/1992, e che la sentenza appellata non fa cenno alla d.G.R. n. 41/2011 (che, in ogni caso, non può essere interpretata nel senso di derogare al principio che impedisce di porre a carico del SSR prestazioni erogate da soggetti privati non accreditati – cfr. TAR Campania, n. 2652/2014, resa tra alcuni degli appellati e la stessa ASL Napoli 3 sud).

In definitiva, ribadiscono che, dalla legge 328/2000, dalla l.r. Campania 11/2007 e dai regolamenti attuativi 16/2009 e 4/2014, si desume che non possono partecipare al sistema integrato privati erogatori non autorizzati, né essere remunerati dal SSR privati erogatori non accreditati. E aggiungono che oggi, per l'assistenza domiciliare integrata in Campania, è richiesta al privato una doppia qualificazione, data dall'accreditamento per i servizi sociali in base al regolamento regionale 4/2014, in aggiunta all'accreditamento per le prestazioni sanitarie richiesto dall'art. 8-quater, del d.lgs. 502/1992; con l'unica eccezione, stabilita dall'art. 9, comma 4, del predetto regolamento, in favore delle strutture sanitarie in possesso dell'accreditamento istituzionale, le quali "partecipano al sistema integrato di offerta degli interventi e dei servizi sociali disciplinato dalla legge regionale senza necessità di ulteriori

provvedimenti di autorizzazione o di accreditamento da parte degli Ambiti territoriali".

9. Gli appellati hanno anche proposto appello incidentale, censurando la sentenza nella parte in cui non esclude la possibilità di affidare le prestazioni in questione con procedura di gara, e sostenendo che la concessione a privati del pubblico servizio di erogare prestazioni sanitarie e socio-sanitarie tramite il regime dell'accreditamento di cui all'art. 8-bis del d.lgs. 502/1992 è del tutto incompatibile con l'affidamento tramite procedura di gara ad evidenza pubblica, anche se ristretta ai soggetti accreditati. Del resto, la Direttiva 2006/123/CE, recante le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, ha escluso espressamente dal suo ambito di applicazione i servizi sanitari: il che significa che i servizi sanitari non sono collocabili nel libero mercato, data evidentemente la loro delicata funzione.

10. Hanno proposto intervento *ad adiuvandum* della ASL "a valere come opposizione di terzo", Gesco Consorzio di Cooperative Sociali, che erogano servizi socio-sanitari (compresa la c.d. assistenza domiciliare integrata) e Legacoop Campania.

Prospettano, in quanto interessati a partecipare alla gara per l'affidamento del servizio, la erroneità della sentenza impugnata, laddove richiede, quale requisito di partecipazione, l'accreditamento istituzionale ex d.lgs. 502/1992, senza considerare che la Regione Campania, con il regolamento 4/2014, ha disciplinato ex novo la procedura per l'erogazione dei servizi domiciliari e territoriali, prevedendo una diversa e autonoma forma di accreditamento.

11. Ha altresì proposto intervento *ad adiuvandum* della ASL "a valere come opposizione di terzo", Medicasa Italia s.p.a., parimenti attiva nel servizio di assistenza domiciliare integrata ed interessata a partecipare alla gara.

Prospetta l'inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di legittimazione ad agire e difetto di interesse, per mancanza di una posizione soggettiva differenziata, non avendo i ricorrenti dimostrato la capacità di

svolgere le (distinte, seppure in parte sovrapponibili all'attività che svolgono in regime di accreditamento) prestazioni di assistenza domiciliare integrata, nel rispetto delle modalità e condizioni previste dal disciplinare; e comunque per mancanza di attualità della lesione, essendo quello impugnato un atto endoprocedimentale.

Sotto altro profilo, difetterebbe l'interesse in quanto l'annullamento della deliberazione n. 193/2016 determinerebbe la reviviscenza del precedente disciplinare tecnico approvato con determina n. 13/2014, che già prevedeva l'affidamento del servizio mediante procedura di gara ad evidenza pubblica, e senza necessità del possesso dell'accreditamento istituzionale quale requisito necessario per concorrere alla procedura di gara.

Nel merito, sostiene che i servizi sociali e sanitari integrati di assistenza domiciliare possano essere affidati in regime di concorrenza secondo procedure ad evidenza pubblica anche al di fuori del sistema di affidamento esclusivo a soggetti accreditati.

12. E' intervenuta ad *adiuvandum* della ASL, la Nuova Sair coop. soc. Onlus, la quale, come esposto, nel periodo 2011-2016 ha svolto in a.t.i. all'esito di apposita gara le prestazioni socio assistenziali e sanitarie domiciliari in questione, ed è anch'essa interessata a partecipare ad una nuova gara.

13. Gli appellanti incidentali hanno depositato memoria, con cui ribadiscono le proprie tesi ed eccepiscono:

- la tardività dell'opposizione di terzo di Gesco e Legacoop, in quanto proposta oltre il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 92, cod. proc. amm., decorrente dalla pubblicazione della delibera n. 405/2017 (all'albo pretorio, avvenuta in data 10 giugno 2017) nella quale si era preso atto della sentenza e del suo contenuto e si era disposta la revoca della delibera n. 193/2016, e che quindi ha determinato la piena conoscenza della sentenza gravata;
- l'inammissibilità della medesima per carenza di interesse, in quanto la sentenza non ha inciso direttamente su una situazione di vantaggio di Gesco,

non essendosi mai resa concreta ed attuale la possibilità di divenire parte di un rapporto contrattuale con la ASL, né avendo dimostrato di possedere tutti i requisiti previsti dal disciplinare tecnico impugnato per partecipare all'ipotetica gara futura; per quanto riguarda Legacoop, non è stato precisato e tanto meno dimostrato se tra gli aderenti risultino cooperative operanti nel settore dei servizi domiciliari, e comunque si configurerebbe un conflitto di interessi tra soggetti accreditati ai sensi del regolamento regionale 4/2014 e soggetti privi anche di detta qualificazione;

- l'inammissibilità dell'opposizione di terzo, in ogni caso, per assenza di autonome censure rispetto all'appello principale della ASL;
- l'inammissibilità dell'atto di Gesco e Legacoop a valere anche come atto di intervento ai sensi dell'art. 97 cod. proc. amm., per mancanza di un interesse alla rimozione degli effetti prodotti dalla sentenza gravata;
- l'inammissibilità dell'intervento di Nuova Sair, per mancanza di una posizione soggettiva dipendente da quella dell'appellante, o comunque di un interesse diretto alla rimozione degli effetti della sentenza.

14. Con memoria di replica, Gesco e Legacoop affermano:

- la tempestività della loro opposizione di terzo, in quanto il termine ex art. 92 si riferisce solo alle ipotesi ex art. 108, comma 2, cioè al caso di dolo o collusione; e, in ogni caso, poiché la pubblicazione all'albo pretorio non costituisce per essi prova della conoscenza effettiva;
- l'ammissibilità della stessa, in quanto sussiste l'interesse al gravame; del resto, se la lesione non fosse stata concreta ed attuale, stante la natura del disciplinare tecnico impugnato, allora sarebbe fondato il primo motivo di appello della ASL; d'altro canto, non è stato dimostrato che vi sia un conflitto di interessi all'interno della categoria degli iscritti di Legacoop.

15. Con memoria di replica, Nuova Sair prospetta l'ammissibilità del proprio intervento in applicazione degli artt. 97 e 109, comma 2, cod. proc. amm., essendo già state proposte altre impugnazioni avverso la sentenza, e sottolinea

che non è un litisconsorte necessario (la gara non era stata neanche pubblicata) e quindi non aveva obbligo di proporre opposizione di terzo.

16. Con memoria di replica, Neapolisanit ed Altri sostengono che:

- anche l'opposizione di terzo di Medicasa è tardiva, in quanto il termine previsto dall'art. 92 riguarda anche quella ordinaria ex art. 108, comma 1, cod. proc. amm., e la pubblicazione all'albo pretorio assolve gli obblighi legali ponendo a carico degli interessati un onere di conoscenza;
- il gravame di Medicasa è anche inammissibile per carenza di interesse, posto che anche in caso di accoglimento dell'appello, resterebbe efficace la previgente delibera n. 405/2017, mai impugnata da Medicasa; e che, comunque, manca un interesse qualificato legittimante l'opposizione.

17. Il Collegio deve anzitutto affrontare le eccezioni preliminari dedotte.

Le opposizioni di terzo proposte da Gesco/Legacoop e da Medicasa Italia sono opposizioni c.d. ordinarie, ai sensi dell'art. 108, comma 1, cod. proc. amm., non rivestendo gli opponenti la qualità di creditore o avente causa delle parti, e dunque al termine di impugnazione non si applica l'art. 92, comma 2, che si riferisce all'opposizione c.d. straordinaria.

Quanto al termine applicabile, la giurisprudenza di questo Consiglio afferma che, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, ed in assenza di una espressa disposizione sul punto, deve restare fermo l'orientamento giurisprudenziale formatosi sull'assetto normativo previgente, secondo cui il ricorso per opposizione di terzo ordinaria è soggetto al generale termine di decadenza di sessanta giorni (applicabile all'impugnazione degli atti amministrativi), decorrente dal giorno nel quale l'opponente ha avuto conoscenza legale o comunque piena conoscenza della sentenza ritenuta pregiudizievole (cfr. Cons. Stato, IV, n. 3956/2017; VI, n. 322/2015).

La giurisprudenza afferma altresì che il termine decadenziale per l'impugnazione di un provvedimento decorre dalla data di notifica o comunicazione dell'atto o di quella della piena conoscenza con riferimento ai

soggetti direttamente contemplati nell'atto o che siano immediatamente incisi dai suoi effetti anche se in esso non contemplati, mentre, per quanto concerne i terzi, decorre dalla data di pubblicazione (cfr. Cons. Stato, IV, n. 5864/2014 e n. 1863/2014, con riferimento alla pubblicazione all'albo pretorio dei provvedimenti comunali).

Nel caso in esame, è evidente che gli opponenti non sono contemplati negli atti oggetto del contenzioso, non risultano da essi immediatamente incisi, e comunque non avrebbero avuto titolo ad una comunicazione o notificazione individuale della sentenza o dell'atto con cui si manifesta la necessità di darvi esecuzione. Essi sono dunque terzi, e dunque nei loro confronti la conoscenza idonea a far decorrere il termine può essere effettiva e concretamente dimostrata, oppure legale, derivante dalla pubblicazione, nelle forme istituzionalmente previste per l'Amministrazione interessata, di un atto che sia idoneo a rendere conoscibile l'esistenza della decisione ed il suo contenuto lesivo.

Tanto deve ritenersi essere avvenuto mediante la pubblicazione della delibera n. 405/2017 - nella quale si era preso atto della controversia, della sentenza e del suo contenuto e, in dichiarata esecuzione di essa, era stata disposta la revoca della delibera n. 193/2016 - all'albo pretorio della ASL Napoli 3 sud, avvenuta in data 10 giugno 2017.

Ciò determina la tardività delle opposizioni di terzo, in quanto proposte nel giugno-luglio 2018, vale a dire ad un anno di distanza dalla scadenza del periodo di pubblicazione, comunque ben oltre il termine ordinario di sessanta giorni, ex art. 92, comma 1, cod. proc. amm.

18. Le opposizioni di terzo sono state proposte basilarmente come atto di intervento *ad adiuvandum* della ASL appellante principale.

La presenza tra gli associati di Legacoop di soggetti interessati all'imposizione del requisito dell'accreditamento, perché in loro possesso, determinerebbe per essa l'inammissibilità dell'intervento, ma l'onere di dimostrare che ciò avvenga in concreto spetta a chi ha sollevato l'eccezione.

L'art. 97, cod. proc. amm., dispone che "Può intervenire nel giudizio di impugnazione, con atto notificato a tutte le parti, chi vi ha interesse", e costituisce *ius receptum* che, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento adesivo dipendente *ad adiuvandum* nel giudizio amministrativo, l'iniziativa processuale debba essere espressione di un interesse qualificabile (a seconda delle formulazioni) connesso, derivato, dipendente o almeno accessorio o riflesso rispetto a quello proprio della parte principale (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, n. 3378/2016 e n. 4509/2015; vedi anche, A.P. n. 3/2017).

Peraltro, l'interveniente *ad adiuvandum*, proprio in ragione della sua posizione, non è legittimato a proporre domande nuove rispetto a quelle fatte valere dal ricorrente (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, n. 1687/2015; VI, n. 4121/2013).

Il Collegio osserva che, a quanto sembra (la formulazione del gravame non è univoca come quella puntualizzata in memoria), la pretesa di Gesco e Legacoop si differenzia rispetto a quella della ASL appellante principale in quanto ammette la necessità di un accreditamento, ritenendo tuttavia sufficiente quello di cui al regolamento regionale 4/2014.

Il rilievo rende inammissibile l'intervento.

E' opportuno aggiungere che, tuttavia, la rilevanza dell'accreditamento predetto rientra comunque, a prescindere dalla prospettazione delle parti, nell'ambito della individuazione della disciplina normativa applicabile all'affidamento dei servizi oggetto di controversia, e quindi nella valutazione affidata a questo giudice.

Anche l'intervento di Medicasa, nella misura in cui prospetta eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo non prospettate dalla ASL appellante principale, risulta inammissibile.

19. Per il resto, l'appello della ASL Napoli 3 sud non può ritenersi generico in quanto, anche se sintetico, non omette di censurare le argomentazioni svolte dal TAR a supporto della decisione gravata.

20. Può aggiungersi che le eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo dedotte dagli intervenienti non sarebbero comunque fondate.

Infatti, non può ritenersi lo schema di disciplinare tecnico, in quanto atto endprocedimentale, non fosse direttamente lesivo e quindi impugnabile, posto che con esso la ASL si era autovincolata ad adottare per l'indizione delle gare di appalto una disciplina che non teneva in debito il requisito posseduto dalle ricorrenti.

Sempre in ordine alla sussistenza della legittimazione in capo alle ricorrenti, sembra poi innegabile che vi sia, almeno in parte, una sovrapposizione tra le attività oggetto dell'accreditamento istituzionale da esse posseduto e dell'attività conseguentemente svolta e quelle del servizio di assistenza domiciliare integrata comprese nello schema di disciplinare. D'altra parte, a valle dell'annullamento dello schema di disciplinare non è ipotizzabile la reviviscenza dello schema previgente, posto che l'eventuale effetto conformativo dell'annullamento comporterebbe la necessità di una sostanziale rideterminazione della ASL in ordine alle modalità di erogazione del servizio.

21. La valutazione imposta dalla controversia, così delimitata, deve partire dalla precisazione dell'oggetto dello schema di disciplinare annullato dal TAR.

Si tratta (art. 1) delle "prestazioni psicologiche, infermieristiche, riabilitative, dietetiche e di tipo sociosanitario (OSS) e servizi correlati (trasporto protetto), erogate nell'ambito delle Cure Domiciliari Aziendali" rivolte ad anziani non autosufficienti/autonomi ed a soggetti dipendenti/disabili.

La definizione delle caratteristiche e modalità di espletamento del servizio (art. 2) fa riferimento alle Cure domiciliari di I, II, II livello e alle Cure Palliative per malati terminali e ad eventuali Cure Domiciliari Prestazionali (in Campania, disciplinate dalla d.G.R. n. 41/2011). Il fabbisogno stimato degli accessi viene distinto con riferimento all'assistenza infermieristica, riabilitativa, socio-sanitaria, ed alle prestazioni di psicologia e dietistiche.

Le figure di operatori richieste appartengono (art. 3) ai profili professionali di operatore socio sanitario, infermiere professionale, terapista della riabilitazione, dietista e psicologo.

22. Al riguardo, con la d.G.R. n. 41/2011 è stato approvato il documento "Il sistema dei servizi domiciliari in Campania", che illustra (1.1.) la "Nuova caratterizzazione delle cure domiciliari in ambito sanitario", articolate in tre tipi: Cure domiciliari di tipo prestazionale (prestazioni sanitarie), Cure domiciliari integrate di primo e secondo livello e Cure domiciliari integrate di terzo livello e palliative per malati terminali. In particolare, le seconde "comprendono quelle già definite in precedenza ADI. … La gamma di prestazioni che riguardano questa tipologia di intervento professionale comprende prestazioni medico infermieristiche, riabilitative mediche, medico specialistiche e socio-assistenziali: tali prestazioni sono integrate tra loro in un mix all'interno di un Progetto Personalizzato, frutto di un processo di valutazione multidimensionale".

In sintesi, la c.d. attività di assistenza domiciliare integrata, fermo restando il suo carattere unitario, si sostanzia nell'erogazione di prestazioni diverse, sia di natura sanitaria che di natura socio-assistenziale, rese in forma integrata e variamente modulabili a seconda dei progetti personalizzati di intervento (punti 1.1. e 1.2., allegati 2 e 3 della d.G.R. n. 41/2011).

23. E' utile ricordare che, nella disciplina derivante dagli artt. 8-bis, 8-quater e 8-quinquies, del d.lgs. 502/1992 (e delle leggi regionali in materia), ai privati è consentito di erogare prestazioni sanitarie e sociosanitarie rientranti nel servizio pubblico alla duplice condizione del possesso dell'autorizzazione sanitaria, rilasciata previo accertamento dell'esistenza di requisiti di carattere organizzativo, igienico e tecnico-sanitario, e dell'inserimento del soggetto privato nel servizio sanitario, in regime di concorrenza amministrata con le strutture pubbliche, mediante accreditamento; quest'ultimo è il presupposto di un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche, mediante il quale l'offerta di prestazioni sanitarie da parte della struttura privata viene inserita nell'ambito della programmazione sanitaria pubblica, previa fissazione di tariffe remunerative e delimitazione del tetto massimo di spesa.

Non sembra pertanto contestabile il principio secondo il quale non è consentito erogare prestazioni sanitarie rientranti nel pubblico servizio da parte di soggetti privati se non da parte di soggetti in possesso di un accreditamento. In tale prospettiva, resta tuttavia da stabilire se il sistema dell'accreditamento – sulla base del quale, l'erogazione delle prestazioni avviene in posizione paritaria con le strutture pubbliche ed in regime di "libera scelta", da parte dei cittadini, del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali – sia, in presenza di prestazioni (anche) sanitarie, l'unico praticabile, o se invece la natura mista e necessariamente integrata delle prestazioni di assistenza domiciliare comporti una disciplina specifica, ed in particolare la rilevanza dell'accreditamento previsto dal regolamento regionale 4/2014, appresso esaminato.

24. Deve infatti considerarsi che la legge 328/2000 ha istituito (art. 22) un "sistema integrato di interventi e servizi sociali", da realizzarsi mediante politiche e prestazioni coordinate nei diversi settori della vita sociale, integrando servizi alla persona e al nucleo familiare con eventuali misure economiche, comprendente, tra gli altri, interventi per le persone anziane e disabili e per contrastare dipendenze da droghe, alcol e farmaci, assicurati, tra l'altro, attraverso prestazioni di "assistenza domiciliare".

In Campania, la legge 308/2000 è stata attuata con la l.r. 11/2007, il cui articolo 8, comma 1, lettera d), prevede la "disciplina, con regolamento di attuazione da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le procedure, le condizioni, i requisiti soggettivi e strutturali, i criteri di qualità, per l'autorizzazione, l'accreditamento e la vigilanza delle strutture e dei soggetti che provvedono alla gestione e all'offerta degli interventi e dei servizi del sistema integrato (…)".

Il regolamento oggi in vigore, 4/2014, disciplina (art. 3) "le procedure, le condizioni, i requisiti comuni e i criteri di qualità per l'esercizio dei servizi del sistema integrato [vale a dire: il sistema integrato degli interventi e dei servizi

sociali] nonché l'esercizio delle funzioni di controllo e di vigilanza riservate ai comuni associati negli ambiti territoriali", e rimanda, per i "requisiti specifici dei servizi" ad un "catalogo redatto sulla base del Nomenclatore interregionale degli interventi e dei servizi sociali approvato dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome il 29 ottobre 2009", da approvare con d.G.R. nel rispetto, anzitutto, del criterio di "garantire la omogeneità dei servizi residenziali e semiresidenziali, territoriali e domiciliari".

Mentre per i servizi residenziali e semiresidenziali è richiesta (artt. 5 e 6) una specifica autorizzazione espressa, per l'esercizio delle attività dei servizi domiciliari e territoriali l'effetto autorizzatorio si consegue mediante una s.c.i.a. (art. 7). In entrambi i casi è altresì richiesto un provvedimento di accreditamento (art. 9), che, per "l'offerta di servizi territoriali e domiciliari può essere richiesto dai prestatori, ad esclusione delle organizzazioni di volontariato, che possiedono i requisiti comuni previsti dall'articolo 7, i requisiti specifici indicati nel catalogo e quelli previsti dalla normativa comunitaria, statale e regionale per la partecipazione a procedure di l'affidamento di contratti pubblici".

Ciò, coerentemente con quanto indicato all'art. 2, lettera e), secondo cui è "accreditamento il provvedimento che abilita all'esercizio dei servizi il cui costo si pone, in tutto o in parte, a carico della pubblica amministrazione".

Il suddetto catalogo dei servizi è stato approvato con d.G.R. n. 107/2014.

25. Quanto alle modalità di erogazione delle prestazioni, la giurisprudenza di questa Sezione ha affermato che la possibilità, riconosciuta alle aziende sanitarie, di attivare forme di partenariato pubblico-privato (anche di tipo puramente contrattuale) per l'esercizio di compiti strumentali allo svolgimento dei compiti di istituto (cfr. Cons. Stato, V, n. 4594/2003) nonché per l'esercizio delle stesse attività di cura e di assistenza alla persona (cfr. Cons. Stato, V, n. 5587/2007) rientra nell'ambito delle sperimentazioni gestionali disciplinate dall'articolo 9-bis del d.lgs. 502/1992; ed ha ritenuto che, al di fuori della sperimentazione delle nuove forme gestionali, nessuna

esternalizzazione di alcune attività di cura ed assistenza sanitaria istituzionalmente spettanti alle ASL poteva realizzarsi in favore di privati, salvo il ricorso al tradizionale istituto dell'accreditamento, che consente l'erogazione delle prestazioni in posizione paritaria con le strutture pubbliche ed in regime di "libera scelta" da parte dei cittadini (cfr. Cons. Stato, III, n. 1698/2011 – che, sulla base di tale principio di esclusività, ha ritenuto legittima la revoca di una gara per l'affidamento di cure odontoiatriche).

Va tuttavia considerato, riguardo alle prestazioni di assistenza domiciliare integrata, che l'art. 10 della l.r. n. 11/2007 prevede che i Comuni "sono titolari della programmazione, della realizzazione e valutazione a livello locale degli interventi sociali e, di concerto con le ASL, degli interventi socio sanitari, nonché delle funzioni amministrative inerenti l'erogazione dei servizi e delle prestazioni del sistema integrato locale". In questa prospettiva, i comuni adottano peraltro "i regolamenti di ambito necessari alla gestione del sistema integrato locale con particolare riguardo: 1) ai criteri di scelta delle procedure di affidamento dei servizi al terzo settore e agli altri soggetti privati (...)". Lo stesso concetto è ribadito dall'art. 44.

Al fine di individuare una disciplina organica per l'affidamento dei servizi sociali in questione, l'ANAC ha adottato la delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 recante "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali".

In tale delibera si legge espressamente che "l'erogazione dei servizi alla persona può avvenire mediante diversi strumenti, rimessi alla scelta discrezionale, ma motivata dell'amministrazione: a) Autorizzazione e accreditamento (art. 11, l. 328/2000); [...] b) Acquisto di servizi e prestazioni (art. 5, DPCM 30 marzo 2001); c) Affidamento ai soggetti del terzo settore (art. 6, dpcm 30 marzo 2001). Attraverso l'autorizzazione e l'accreditamento vengono individuati gli operatori economici (appartenenti al terzo settore) che possono erogare il servizio, mentre è l'utente finale che sceglie la struttura cui rivolgersi, sulla base della qualità del servizio offerto (concorrenza nel

mercato). Per le altre tre tipologie di affidamento, in deroga al Codice dei contratti, l'amministrazione deve selezionare, sulla base del progetto presentato, l'operatore economico che eroga il servizio e la concorrenza si svolge per entrare nel mercato. Anticipando quanto verrà detto sui controlli, per queste ultime tre modalità di erogazione dei servizi è essenziale che l'amministrazione attribuisca una rilevanza maggiore alla verifica della qualità del servizio effettivamente reso, non operando i meccanismi di selezione tipici del mercato".

Dunque, seppur limitatamente ai servizi sociali da affidarsi a soggetti del terzo settore, l'affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica è stato ritenuto alternativo all'affidamento mediante il meccanismo autorizzazione – accreditamento, rimesso all'autonoma scelta degli utenti.

Tale impostazione sembra trovare generale e più ampio avvallo nel nuovo codice dei contratti pubblici.

Come evidenziato da questo Consiglio (cfr. Comm. Spec. n. 855/2016, parere sullo schema poi confluito nel d.lgs. 50/2016; Comm. Spec., parere n. 2052/2018, reso ad ANAC in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del codice dei contratti e del d.lgs. 117/2017 recante codice del terzo settore), il vigente codice dei contratti pubblici prevede plurime disposizioni – artt. 35, 70, 72, 127, 130, 95, 140, 142, 143 e 144 - che rendono evidente la sottoposizione anche dei servizi sociali alla normativa codicistica.

Soprattutto, con riferimento ai "Servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi" inclusi nell'allegato IX, il codice prevede ormai espressamente (art. 142, commi 5-bis – 5-sexties) che debbano essere adottate le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65 (ed anche prima del correttivo di cui al d.lgs. 56/2017, era comunque previsto un regime di evidenza pubblica "alleggerito").

26. La questione dell'affidabilità di servizi di assistenza domiciliare integrata mediante procedure di evidenza pubblica è stata specificamente affrontata da

questa Sezione, in una controversia nella quale soggetti gestori di centri di riabilitazione lamentavano la sovrapponibilità della propria attività svolta in regime di accreditamento nella Regione Abruzzo all'attività di assistenza riabilitativa che un'A.S.L. intendeva affidare mediante gara. E' stato, in particolare, affermato che: "E' vero, e anzi è ovvio, che se talune delle prestazioni rese nell'ambito del servizio di assistenza domiciliare integrata sono finalizzate alla riabilitazione del paziente queste sono sovrapponibili a quelle erogate dai centri rappresentati dall'Associazione odierna appellante. Peraltro, l'osservazione non coglie il fulcro della controversia, incentrata sul problema se l'inserimento delle suddette prestazioni insieme ad altre nel servizio di assistenza domiciliare integrata consenta di sottrarle al sistema dell'affidamento esclusivo a soggetti accreditati. Osserva, anzi, il Collegio che l'appellante affermando la necessità di erogare sempre il servizio domiciliare mediante operatori accreditati, quanto meno per il settore riabilitativo che le interessa, di fatto pretende di rendere impossibile la gestione del medesimo servizio integrando fra di loro le diverse prestazioni che è necessario erogare al domicilio del paziente. L'appellante non si fa carico di tale problematica, e anzi la sfugge, e ciò impone di disattendere le sue argomentazioni, volte a scardinare il sistema impostato dalla A.S.L. senza affermarne espressamente la contrarietà globale all'ordinamento sanitario. [...] Giova osservare, inoltre, come l'appellante non contesti, quanto meno espressamente, la rispondenza all'interesse pubblico della gestione integrata del servizio domiciliare. L'appellante sostiene che negli atti di gara non sono adeguatamente distinte le prestazioni riabilitative da rendere in assistenza domiciliare integrata da quelle da rendere mediante accreditamento ma neanche questa prospettazione può essere condivisa. E' ovvio, deve essere ribadito, che le prestazioni riabilitative sono le stesse tanto se svolte in assistenza domiciliare quanto se svolte al di fuori di questa; la specificità di quelle di cui ora si tratta è costituita dall'essere inserite in un contesto coordinato con altre prestazioni, da erogare in favore

di quanti abbiano diritto a riceverle al proprio domicilio anziché in struttura ospedaliera o ambulatoriale" (Cons. Stato, n. 111/2017).

Tale precedente presenta strette analogie con l'odierna controversia.

Analogie presenta anche il giudizio nel quale, con riferimento ad una gara per l'assistenza domiciliare integrata nella Regione Lazio, è stato affermato (cfr. Cons. Stato, n. 1279/2018) che, trattandosi di soggetti che devono operare – in qualità di aggiudicatari del servizio - con oneri a carico del SSN, devono essere muniti, ai sensi dell'art. 8-quater, del d.lgs. 502/1992, di accreditamento istituzionale; e che, non essendo ancora definita la disciplina dell'accreditamento specifico necessario per erogare tali attività (in quel caso, previsto dal d.c.a. n. 136/2016), è legittimo prevedere che l'istituto della autorizzazione regionale abiliti, in via del tutto provvisoria, alla partecipazione a gare aventi un arco temporale assai limitato.

27. Per quanto esposto, deve dunque ritenersi che la deroga alla normativa ordinaria concerne, in ambito socio-sanitario, solo l'individuazione dei soggetti che possono partecipare alla gara (intendendosi l'accreditamento quale prerequisito), mentre per i servizi da affidare vale la disciplina della procedura ad evidenza pubblica di cui al codice dei contratti (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, V, n. 454/2017 e n. 4325/2017, quest'ultima concernente una gara, analoga a quella in esame, ma indetta dalla ASL Napoli 2 nord).

28. L'inserimento delle prestazioni sanitarie, per le quali è previsto l'accreditamento (cure mediche a domicilio), insieme ad altre, di natura, invece, prettamente socio-assistenziale, in un unico contesto coordinato di assistenza domiciliare integrata (per espressa disposizione normativa), consente dunque l'affidamento del servizio unitariamente inteso mediante gara pubblica, ferme restando la necessità per parteciparvi di un accreditamento che sottenda la verifica preventiva del possesso in capo al soggetto erogatore di determinati requisiti idoneativi.

Si tratta a questo punto di stabilire se, stante l'esistenza nella Regione Campania di uno specifico accreditamento previsto dal regolamento regionale

4/2014, questo sia utile ad integrare il requisito di partecipazione.

In altri termini, se l'accreditamento previsto dal regolamento 4/2014 possa supplire a quello previsto dal d.lgs. 502/1992 e dalle relative norme regionali di attuazione; oppure, come sostenuto da Neapolisanit ed Altri, esso potrebbe abilitare i soggetti beneficiari di tale provvedimento unicamente all'erogazione ed offerta delle prestazioni di natura socio-assistenziale, con possibilità di integrarle con quelle di natura sanitaria o socio-sanitaria solo subordinatamente all'acquisizione anche dell'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8 quater del d.lgs. n. 502/92.

In definitiva, secondo quest'ultima tesi, il regolamento di attuazione prevederebbe un accreditamento di tipo aggiuntivo a quello richiesto per svolgere le prestazioni sanitarie ex art. 8 quater del d.lgs. 502/1992. Ne discenderebbe, aggiunge il Collegio, che alle relative procedure di gara potrebbero partecipare pro-quota i soggetti in possesso dei diversi accreditamenti, mediante r.t.i. di tipo orizzontale.

29. Al riguardo, va considerato che la disciplina regolamentare è prevista dall'art. 8 della l.r. 11/2007, e l'accreditamento è previsto dall'art. 3 del regolamento 4/2014, con riferimento all'insieme dei "servizi del sistema integrato".

Inoltre, come esposto, l'art. 9, comma 4, del regolamento consente alle strutture in possesso dell'accreditamento istituzionale ex d.lgs. 502/1992, di partecipare al sistema integrato (vale a dire, di erogare le prestazioni di assistenza domiciliare integrata, tutte, anche quelle non aventi carattere sanitario, bensì socioassistenziale) senza ulteriori titoli abilitativi. Ora, la natura contenutistica non omogenea delle prestazioni, sociosanitarie e socioassistenziali, purtuttavia da rendere in forma integrata, è tale da rendere in astratto non sovrapponibili i requisiti previsti per l'uno e per l'altro accreditamento; l'esistenza di una previsione che, viceversa, dichiara espressamente la fungibilità dell'accreditamento istituzionale a quello specifico di settore conduce (pena, altrimenti, una inspiegabile asimmetria) alla

conclusione che l'accreditamento specifico di settore sia sufficiente ad erogare tutte le prestazioni dell'assistenza domiciliare integrata.

Del resto, va osservato che quelle sanitarie consistono in prestazioni mediche che il personale impiegato deve svolgere, raggiungendolo con mezzi propri, presso il domicilio del paziente, sulla base di un Piano di Intervento Personalizzato elaborato dalle equipe della ASL ed utilizzando un format di cartella clinica/diario clinico predisposto nei contenuti dalla ASL; e che quindi prescindono da particolari requisiti strutturali, impiantistici e tecnologici, in capo al soggetto cui fa capo il personale impiegato, il quale viene essenzialmente onerato della predisposizione di una centrale operativa per le funzioni di coordinamento delle attività, oltre che del reperimento di personale professionalmente adeguato ed attrezzato per i compiti da svolgere (artt. 3 e 4 del disciplinare).

In ogni caso, nelle argomentazioni delle appellanti incidentali (o delle altre parti in causa) non si rinvengono specifici rilievi critici basati sull'inadeguatezza dei requisiti o delle verifiche preventive sulla qualità della prestazione che conseguono a detta ricostruzione del quadro normativo.

Né osta ad essa la previsione dell'art. 37, comma 5, della l.r. 11/2007 – evidenziata dal TAR - secondo la quale "I servizi, le prestazioni e gli interventi a contenuto sanitario o i cui contenuti riabilitativi sono riconducibili all'area sanitaria sono a carico del fondo sanitario regionale, nei limiti dei livelli essenziali di assistenza sanitaria attualmente definiti dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 novembre 2001. I servizi, le prestazioni e gli interventi a contenuto sociale o i cui contenuti sono riconducibili all'area dell'inclusione sociale sono a carico del fondo sociale regionale, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza sociale". Infatti, l'imputazione degli oneri finanziari, come anche la distribuzione dei compiti organizzativi e di coordinamento del servizio integrato, non sono condizionati dai requisiti abilitativi richiesti agli operatori.

30. Per quanto esposto, deve conclusivamente ritenersi che per le prestazioni di assistenza domiciliare integrata previste dallo schema di disciplinare impugnato in primo grado sia consentito l'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica, alla quale siano ammessi a partecipare i soggetti in possesso dell'accreditamento ex art. 8-bis del d.lgs. 502/1992 e quelli in possesso dell'accreditamento ex art. 9 del regolamento regionale 4/2014.

Ne discende l'infondatezza sia dell'appello incidentale di Neapolisanit ed Altri, sia dell'appello principale della ASL Napoli 3 sud, che pertanto devono essere respinti.

La motivazione della sentenza impugnata va pertanto parzialmente modificata nel senso predetto, risultando la deliberazione n. 193/2016 contraria alla normativa in quanto non prevede che la partecipazione alla gara richieda il possesso dei predetti (alternativi) requisiti di accreditamento.

31. Le spese del doppio grado di giudizio, stante la complessità e novità di alcuni aspetti delle questioni affrontate, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sui gravami, come in epigrafe proposti: dichiara irricevibili le opposizioni di terzo, dichiara inammissibili *in parte qua* gli interventi *ad adiuvandum* di Gesco Consorzio Cooperative Sociali e Lega delle Cooperative e Mutue della Campania Legacoop Campania, nonché di Medicasa Italia S.p.a., respinge l'appello incidentale e l'appello principale, e, per l'effetto, conferma con motivazione parzialmente diversa la sentenza appellata.

Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO