

Numero: 1 del 2017

Autore: **Antonio Nicodemo**

Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso la “Sapienza” – Università di Roma e Docente di Diritto Amministrativo e Diritto Processuale Amministrativo presso la SSPL della Luiss – G. Carli;

Damiano Ciarniello

Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo Europeo dell’Ambiente presso la “Sapienza” – Università di Roma

Sull’obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. per gli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale

Sommario: 1. Gli acquisti centralizzati tra le esigenze di risparmio e la compressione dell’autonomia contrattuale; 2. L’attuale assetto normativo; 3. L’autonomia negoziale potenzialmente frustrata dalle politiche di spending review; 4. Il gioco dei valori: autonomia negoziale e riduzione della spesa; 5. Conclusioni.

1. Gli acquisti centralizzati tra le esigenze di risparmio e la compressione dell’autonomia negoziale

Da oltre un quinquennio ormai il legislatore interviene in materia di spesa nel settore sanitario elevando progressivamente l’obbligatorietà degli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, come individuate dallo stesso legislatore, avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip S.p.A.

Quanto appena detto è confermato dalla circostanza che oggi la violazione degli adempimenti previsti dal legislatore costituisce illecito disciplinare ed è causa di responsabilità per danno erariale, e i singoli contratti relativi alle categorie merceologiche individuate non possono essere prorogati oltre la data di attivazione del contratto aggiudicato dalla centrale di committenza. Le proroghe sono nulle e costituiscono illecito disciplinare nonché causa di responsabilità amministrativa.

I costanti interventi del legislatore (che con il paragrafo che segue saranno specificatamente descritti), costituiscono, infatti, il tentativo di canalizzare la spesa degli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale in una direzione unica riducendone l’entità e contrastando, al tempo stesso, fenomeni come quello delle proroghe che la centralizzazione degli acquisti ha inevitabilmente ingenerato.

L’ambito disciplinare in cui ci muoviamo è quello dei contratti pubblici da sempre oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore dell’Unione europea. Tale ambito è stato, infatti, individuato quale volano per la crescita dell’economia dell’Unione europea e per l’apertura dei

mercati dei singoli Paesi membri. A tal riguardo è necessario rilevare che il principio che informa la materia dei contratti pubblici è quello della concorrenza – altrimenti ricordato come principio del *favor participationis* – che impone la massima apertura del mercato dei contratti pubblici alle imprese (soprattutto alle piccole e medie imprese) e che si colloca sempre ad un livello superiore rispetto ad altre esigenze, quale potrebbe essere quella di contenimento della spesa pubblica.

In tale ottica va subito rilevato che l'obbligo di approvvigionamento mediante una centrale di committenza era inizialmente previsto per le amministrazioni statali proprio al fine di garantire la razionalizzazione della spesa pubblica, mentre le restanti amministrazioni pubbliche erano tenute soltanto a rispettare i parametri prezzo e qualità contenuti nelle convenzioni – quadro concluso dalla centrale di committenza nazionale. Tali vincoli sono stati prima rafforzati ed estesi anche agli enti pubblici e privati interamente partecipati dallo Stato, successivamente limitati prevedendo l'obbligo di utilizzo delle convenzioni di Consip S.p.A. unicamente per l'acquisto di beni e per l'approvvigionamento di pubblici servizi caratterizzati dall'alta qualità dei servizi stessi e dalla bassa intensità di lavoro e poi ai beni e servizi a rilevanza nazionale e nuovamente ampliati ricomprendendo nel novero dei soggetti obbligati a ricorrere alla centrale di committenza nazionale anche gli Enti pubblici del servizio sanitario nazionale¹, gli istituti e scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative ed universitarie e agli enti locali.

Si è assistito nel corso degli anni alla generalizzazione dell'obbligo di ricorrere all'attività svolta da tali soggetti, con la conseguente limitazione dei casi in cui le amministrazioni pubbliche possono realizzare autonome procedure di scelta del contraente. Tale circostanza, come anticipato, è particolarmente evidente nel settore sanitario ove, peraltro, in attesa della determinazione annuale di costi standardizzati, l'obbligo di ricorrere agli strumenti di acquisto e negoziazione telematica messi a disposizione da Consip S.p.A. o dalle centrali di committenza regionali è requisito per poter accedere al finanziamento integrativo del Servizio Sanitario Nazionale.

Tuttavia, perché il meccanismo previsto possa avere una effettività, è necessario che vi siano stretti contatti e una programmazione adeguata delle gare tra le diverse centrali di committenza.

Nel corso degli anni, infatti, a dispetto delle precise indicazioni fornite dal legislatore, si è registrata una vera e propria fuga dalla centralizzazione degli acquisti, in ragione del fatto che pressoché nessuna gara centralizzata risponde pienamente in concreto alle esigenze della singola Amministrazione, tanto che acquisti di beni o servizi “oltre convenzione” rientrano nella prassi assolutamente comune di tutti gli enti.

Dunque, se da un lato il processo di centralizzazione degli acquisti ha portato (*rectius*, porterebbe portare) ad una sensibile riduzione della spesa pubblica, dall'altro, il *deficit* di organizzazione e programmazione ha ridotto al minimo, almeno in questa prima fase, la concreta utilità del “modello di centralizzazione” determinando al tempo stesso una compressione dell'autonomia negoziale degli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale.

Con i paragrafi che seguono si cercherà dunque di riordinare l'attuale assetto normativo al fine di comprendere quali obblighi gravano in capo agli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale in materia di centralizzazione, individuando e sviluppando gli effetti collaterali che scaturiscono dall'indicato fenomeno.

¹ d.l. 6 luglio 2012, n. 95, Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, art. 13, c. 15, lett. d), convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135; in giurisprudenza C. St., Sez. III, 18 gennaio 2013, n. 288, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Cagliari, (Sardegna), Sez. I, 8 maggio 2013, n. 361, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina: P. AMOVILLI, *Obbligatorietà delle convenzioni Consip e nullità del contratto*, in *Urb. e app.*, 2014, 269.

2. L'attuale assetto normativo

Il complesso *iter* normativo inizia a muoversi nella direzione della centralizzazione a partire dal 2006.

A seguito di un lungo percorso legislativo sviluppatosi in materia di centralizzazione² dei contratti pubblici³, ad oggi gli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale, rientrano tra i soggetti tenuti ad acquistare beni e servizi tramite le centrali di acquisto regionali o nazionale.

Più nel dettaglio, in base al combinato disposto degli artt. 1 comma 449 della l. n. 296 del 2006 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria 2007), art. 1 comma 7, d.l. n. 95 del 2012 e il successivo art. 15 comma 13, lett. d) viene sancito un vero e proprio obbligo per il servizio sanitario nazionale di utilizzare gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione da Consip S.p.A.

Infatti, il richiamato art. 1 comma 449 della l. n. 296 del 2006, impone l'obbligo a tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, di «approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro», precisando che gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.⁴

Viene dunque ad essere sancito una sorta di criterio di sussidiarietà. Fermo restando l'obbligo di approvvigionamento tramite centrali d'acquisto, ove non siano già state approvate convenzioni con centrali di committenza regionali devono essere stipulate convenzioni con Consip S.p.A.

Le primigenie istanze nel senso della centralizzazione sono state valorizzate più di recente quando la cd. *spending review* ha assunto a livello ordinamentale un ruolo di assoluto e preminente rilievo.

Il comma 13 lett. d) dell'art. 15 del d.l. n. 95 del 2012, conv. in l. n. 135 del 2012 (c.d. *Spending Review*), infatti, stabilisce che gli Enti del SSN (ovvero, per essi, le Regioni e le Province autonome) per acquistare beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella "piattaforma Consip" (vale a dire per tutte le categorie merceologiche presenti nelle Convenzioni stipulate dalla Consip S.p.A.), devono avvalersi degli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa Consip S.p.A. (cioè SDA e del MEPA), ovvero, se disponibili, dalle CRA di riferimento, pena la nullità dei contratti stipulati in violazione di detto obbligo e la conseguenza della responsabilità amministrativa e dell'illecito disciplinare⁵.

² In tema di aggregazione in dottrina si segnalano i seguenti lavori W. GASPARRI, *L'evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell'amministrazione pubblica*, in SORACE D. (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, 2013; G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *Aperta Contrada* (www.apertacontrada.it), 2014.

³ Cfr. l. 23.12.1999 n. 488 art. 26 c. 3 sostituito prima dall'art. 3 comma 166, l. 24 dicembre 2003, n. 350 e poi dall'art. 1, d.l. 12 luglio 2004, n. 168, come modificato dalla relativa legge di conversione; l. 27.12.2006 n. 296 art. 1 comma 449, modificato prima dal comma 1 dell'art. 7 d.l. 7 maggio 2012, n. 52, come sostituito dalla legge di conversione 6 luglio 2012, n. 94, e poi dal comma 150 dell'art. 1, l. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1 comma 561, della medesima legge n. 228/2012.

⁴ In giurisprudenza sul punto si v. T.A.R. Torino, (Piemonte), Sez. I, 03/04/2015, n. 573, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵ La richiamata norma così recita <<d) fermo restando quanto previsto dall'articolo 17, comma 1, lettera a), del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Il rispetto di quanto disposto alla presente lettera costituisce adempimento ai fini dell'accesso al finanziamento integrativo al Servizio sanitario nazionale. Alla verifica del predetto adempimento provvede il Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti di cui all'articolo 12 dell'Intesa Stato-regioni del 23 marzo 2005, pubblicata nel supplemento alla Gazzetta Ufficiale n. 105 del 7 maggio 2005, sulla base dell'istruttoria congiunta effettuata dalla CONSIP e dall'Autorità nazionale anticorruzione. Le regioni e

La norma, conclusivamente, specifica che *«il rispetto di quanto disposto alla presente lettera costituisce adempimento ai fini dell'accesso al finanziamento integrativo al Servizio sanitario nazionale»*.

È proprio in queste righe che è possibile valutare l'importanza fondamentale attribuita dal legislatore alle istanze di centralizzazione.

La sanzione della nullità dei contratti stipulati in violazione dei suddetti obblighi è quella più grave che potrebbe astrattamente ipotizzarsi in un rapporto contrattuale.

La nullità, infatti, incide in maniera più radicale che non l'annullabilità sull'efficacia del contratto, conseguendo quando il vizio risulti più grave.

Autorevole dottrina ha rimarcato come spetti al legislatore valutare la gravità del vizio e graduare la risposta⁶, sicché con riferimento alla disposizione in esame non può negarsi che il legislatore abbia inteso attribuire all'obbligo primaria importanza.

Tutto quanto sopra premesso, appare all'uopo opportuna una disamina delle principali fonti di riferimento relative alle acquisizioni di beni e servizi tramite Consip S.p.A. per comprendere come la diversa terminologia utilizzata dal Legislatore assuma un valore dirimente rispetto agli obblighi dei soggetti pubblici afferenti al Servizio Sanitario Nazionale.

La l. 23 dicembre 1999, n. 488, all'art. 26 comma 3, così sostituito prima dall'art. 3 comma 166, l. 24 dicembre 2003, n. 350 e poi dall'art. 1, d.l. 12 luglio 2004, n. 168, come modificato dalla relativa legge di conversione, espressamente recitava: *«Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101. La stipulazione di un contratto in violazione del presente comma è causa di responsabilità amministrativa; ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni e quello indicato nel contratto»*.

Successivamente, la l. 27 dicembre 2006 n. 296, all'art. 1, c. 449, ha stabilito che *«Nel rispetto del sistema delle convenzioni di cui agli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, e 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del presente articolo ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti. Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento»*.

Successivamente, il sopra citato comma è stato modificato prima dal c. 1 dell'art. 7, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, come sostituito dalla l. di conversione 6 luglio 2012, n. 94, e poi dal c. 150 dell'art. 1, l. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 561, della medesima l. n. 228 del 2012, introducendo al termine dello stesso le seguenti parole *«ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.»*.

le province autonome di Trento e di Bolzano mettono a disposizione della CONSIP e dell'Autorità nazionale anticorruzione, secondo modalità condivise, tutte le informazioni necessarie alla verifica del predetto adempimento, sia con riferimento alla rispondenza delle centrali di committenza regionali alle disposizioni di cui all' art. 1 comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 , sia con riferimento alle convenzioni e alle ulteriori forme di acquisto praticate dalle medesime centrali regionali>>.

⁶ Cfr. A.CATAUDELLA, *I contratti*, Torino 2009, 293.

Si tratteggia, quindi, un panorama che il legislatore ha fondato su due perni. Da un lato, come si è detto, la nullità dei contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionamento; dall'altro, la responsabilità amministrativa per la violazione di tali obblighi.

Una responsabilità la cui decodificazione in termini pratici va ravvisata non nella mera violazione di un obbligo formale ma nella violazione di una sostanziale e precettiva indicazione di approvvigionarsi mediante le centrali di committenza in ragione dei vantaggi economici che esse garantiscono alle amministrazioni.

Da un punto di vista letterale, come si può agevolmente constatare, il Legislatore nazionale ha sempre usato la terminologia letterale di “convenzioni” e di “convenzioni quadro”, imponendo sostanzialmente alle amministrazioni di stipulare contratti per adesione che, ove non confacenti con le specifiche necessità dell'Ente appaltante obbligato alla stipula, potevano determinare per lo stesso verso l'indizione di una gara propria (utilizzando, ove possibile, i parametri di prezzo-qualità previsti nella convenzione di riferimento).

La disciplina di riferimento è stata completamente stravolta con l'innovazione legislativa scaturente dal richiamato d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 comma 1, l. 7 agosto 2012, n. 135. L'art. 15, invero, recante “*Disposizioni urgenti per l'equilibrio del settore sanitario e misure di governo della spesa farmaceutica*”, al comma 13 non ha più utilizzato la dizione “convenzioni” e di “convenzioni quadro” ma quella, ben diversa, di “categorie merceologiche”.

Più precisamente il citato comma 13 alla lett. d), così recita «*Al fine di razionalizzare le risorse in ambito sanitario e di conseguire una riduzione della spesa per acquisto di beni e servizi:*

(.....) d) fermo restando quanto previsto dall'articolo 17, comma 1, lettera a), del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Il rispetto di quanto disposto alla presente lettera costituisce adempimento ai fini dell'accesso al finanziamento integrativo al Servizio sanitario nazionale. Alla verifica del predetto adempimento provvede il Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti di cui all'articolo 12 dell'intesa Stato-regioni del 23 marzo 2005, pubblicata nel supplemento alla Gazzetta Ufficiale n. 105 del 7 maggio 2005, sulla base dell'istruttoria congiunta effettuata dalla CONSIP e dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici» .

Il dato letterale è di non poco conto e induce palesemente alle seguenti conclusioni: non vi è più solo l'obbligo di aderire alle convenzioni bensì di utilizzare gli strumenti di acquisto messi a disposizione dalla Consip S.p.A. per le categorie merceologiche presenti sulla piattaforma.

Un tale diverso e strutturale obbligo posto in capo agli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale (sanzionato con la nullità del contratto e con la responsabilità amministrativa del dirigente), oltre che essere evidente nella suo lessico, ha una incontestabile e chiara finalità. Il Legislatore, con la nuova formulazione, ha inteso evitare quei comportamenti elusivi possibili e derivanti dalla mera adesione alle convenzioni Consip S.p.A.; in precedenza sarebbe, invero, bastato per un Ente evidenziare la necessità (anche fittizia) di servizi appena diversi per facultizzare lo stesso Ente all'indizione di una gara propria, con ciò eludendo la finalità di razionalizzazione della spesa sottesa alla obbligatorietà del ricorso alla Consip S.p.A..

Nell'attuale quadro legislativo di riferimento, invece, è sufficiente che la Consip S.p.A. ponga a disposizione degli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale una determinata

categoria merceologica per far sorgere in capo agli stessi Enti l'obbligo di utilizzare gli strumenti Consip S.p.A. e, in caso di necessità ulteriori (ma non prevalenti) di concordare con l'aggiudicatario "atti aggiuntivi" anch'essi previsti in fase di gara dalla Consip S.p.A. stessa.

Che il sistema voluto dal Legislatore produca gli effetti di contenimento dei costi appare indubitabile. Il legislatore ha quindi inteso operare un rafforzamento in chiave sostanzialistica dell'obbligo di acquisto tramite Consip S.p.A. derubricando alla minima rilevanza le ipotesi in cui sia consentito alle amministrazioni sanitarie di procedere autonomamente all'indizione della gara.

Quanto infine alla instaurazione del rapporto contrattuale, l'orientamento prediletto dal Legislatore è andato nel senso di stabilire la contrattualizzazione presso la P.A. aderente.

Tale indirizzo ha trovato conforto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato⁷.

Inoltre, il singolo contratto che vincola il fornitore scelto dalla Centrale di committenza e la P.A. che aderisce alla convenzione, è suscettibile di aggiustamenti ed estensioni utili ad adeguare le caratteristiche generali della stessa alle specifiche esigenze.

Ciò al fine di garantire delle eminenti e fisiologiche esigenze di flessibilità nell'ambito di un rapporto obbligatorio di durata.

Con la medesima pronuncia sopra richiamata, il Consiglio di Stato ha stabilito che è legittima la delibera con la quale un Policlinico Universitario, sul presupposto degli obblighi nascenti dalla l. n. 135/2012 sulla c.d. *spending review* ed al fine di regolarizzare la critica situazione contrattuale, ha aderito ad una convenzione stipulata da Consip S.p.A. per ottenere un risparmio di spesa, esprimendosi in termini di "opportunità" e non di obbligatorietà dell'adesione alla convenzione.

Viene quindi ammessa una sorta di sanatoria riguardo al mancato rispetto degli obblighi di acquisto mediante centrale di committenza.

La ragione è stata rinvenuta e, in generale deve ravvisarsi nella duplice circostanza che, diversamente opinando, si costringerebbe l'Amministrazione non solo a violare la normativa nazionale in materia di *spending review* ma anche a sostenere ulteriori spese per l'indizione di una nuova gara.

La *ratio* che ispira l'obbligo di aderire al sistema di approvvigionamento Consip – espressamente previsto dal legislatore nazionale come si è visto *supra* – va individuata nella riduzione della spesa pubblica oltre che nel controllo e nel monitoraggio sugli acquisti che sono effettuati dalle singole Amministrazioni nazionali e periferiche.

In questi termini va precisato che le amministrazioni aderenti alle "convenzioni Consip", stipulano singoli contratti di fornitura o di servizi con imprese (operatori economici più in generale) già selezionate attraverso pubbliche gare dalla centrale di committenza di Stato (Consip).

Lo scenario rappresentato dal Consiglio di Stato conferisce tutta una serie di parametri che consentono di stabilire quando le modalità di acquisto poste in essere dalle amministrazioni possano dirsi ossequiose della normativa nazionale che negli anni è stata prodotta in materia di centralizzazione degli acquisti e conforme principio di buon andamento costituzionalmente garantito che deve ispirare l'azione dell'amministrazione in ogni momento.

Senza dimenticare che lo "spacchettamento" dei servizi oltre ad essere elusivo della normativa comunitaria in materia di appalti, favorirebbe, altresì, interessi di soggetti terzi (ed è proprio questo che la normativa in materia di centralizzazione degli acquisti vuole evitare).

⁷ Cfr. C. St., Sez. III, 26 settembre 2013, 4803, in www.giustizia-amministrativa.it.

3. L'autonomia negoziale potenzialmente frustrata dalle politiche di spending review

Come può chiaramente evincersi dalle considerazioni esposte con i paragrafi che precedono, la problematica oggetto del presente contributo trae origine dalle difficoltà che incontrano oggi i principali attori del mercato (amministrazioni pubbliche e imprese) nel districarsi tra gli innumerevoli vincoli che incidono sull'autonomia contrattuale degli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale⁸. Accanto ad essi si pone ulteriormente la necessità di garantire una spesa sanitaria efficiente. L'**autonomia contrattuale**⁹, propria di tale categoria di soggetti pubblici, non può oggi dirsi piena in ragione dei vincoli posti dalle regole dell'evidenza pubblica. Essa, infatti, è condizionata anzitutto con riferimento all'aspetto riguardante la scelta del contraente¹⁰.

⁸ Con riferimento agli Enti appartenenti dal Servizio sanitario nazionale (SSN) è d'uopo fare subito le precisazioni che seguono. Il SSN italiano è un sistema pubblico di carattere universalistico e solidaristico, cioè garantisce l'assistenza sanitaria a tutti i cittadini senza distinzioni di genere, residenza, età, reddito, lavoro. Il SSN assicura un accesso ai servizi nel rispetto dei principi della dignità della persona, dei bisogni di salute, di equità, qualità, appropriatezza delle cure e economicità nell'impiego delle risorse. I cittadini esercitano la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito delle strutture pubbliche e private accreditate. Tutte le strutture che operano nell'ambito del SSN o per conto del SSN devono possedere specifici requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi come individuati dal D.P.R. 14 gennaio 1997. A tal riguardo, recentemente, la sezione III – Quater del Tar Lazio, Roma, con la sentenza n. 10510, pubblicata il 21/10/2016 ha avuto modo di precisare che gli ospedali pubblici rappresentano la vera e propria struttura del servizio sanitario nazionale, e il vero e proprio intervento diretto del servizio sanitario nazionale nei confronti della collettività, così come espressamente previsto dalla riforma del sistema attuata con la l. n. 833 del 1978, mentre tutte le altre strutture che in qualche modo confluiscono nello stesso sistema sono tutte in misura maggiore o minore complementari dello stesso sistema, per cui non può non rilevarsi che le strutture pubbliche, tenute comunque a rendere il **servizio**, debbono essere per quanto possibile messe in condizione di operare.

⁹ Sull'istituto dell'autonomia contrattuale sono doverosi i riferimenti ai privatisti B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione della teoria del negozio giuridico*, Napoli 1958; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova 2000, 14; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano 1970. Si v. inoltre U. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, IX, Roma 1988, 10 ss.; Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 159; A. PACE, *Libertà « del » mercato e « nel » mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 327 ss. Oltre ai richiamati pilastri della scienza giuridica, sul tema dell'autonomia contrattuale si rinvia ai recenti scritti A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016 2 2, 141 – a150; C. CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 11, 1221 – 1227; S. M. CARBONE, *Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche ed un'unica funzione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, 11, 2, 591 – 607; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e impresa*, 2013, 1, 69 – 90; A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, 6, 2, 573 – 614. In generale con riferimento all'istituto dell'autonomia contrattuale si segnala la recente pronuncia del giudice amministrativo che, sebbene con riferimento al tema dei contratti atipici, fornisce all'interprete utili indicazioni nell'attività di studio. Per la sez. VI del Consiglio di Stato (sentenza 16 luglio 2015, n. 3571), infatti, <<Un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è d'altra parte estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'Amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione. Il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti – anche attraverso esternalizzazione di alcuni servizi – non richiede quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari, eventualmente misti, benchè col minore possibile di scostamento, rispetto ad analoghe fattispecie tipizzate e, comunque, nel rispetto dei concorrenti parametri legislativi (di natura mista, a titolo esemplificativo, sono stati ritenuti i contratti, rispondenti a criteri di housing sociale, nonché i contratti di sponsorizzazione: cfr., per il principio, C. St. Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 1; id. V, 1 luglio 2014, n. 4358; id. VI, 31 luglio 2013, n. 4034 e 12 novembre 2013, n. 5378)>>. Dunque si può certamente affermare che il principio della libertà di contratto, codificato nell'art. 1322 c.c., non è specificamente garantito per se stesso dalla Costituzione italiana. Infatti, se da un lato gli artt. 41 e 42 della Costituzione, garantiscono la libertà dell'iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, dall'altro consentono che a tali libertà siano imposti limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e render possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva. È così giustificata l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, mediante la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale, così, sul punto, C. cost., 27 febbraio 1962, n. 7.

¹⁰ Con riferimento a questo specifico aspetto si ritiene opportuno richiamare una significativa pronuncia della sezione V Consiglio di Stato, la n. 6281, del 13 novembre 2002 in www.giustizia-amministrativa.it che con riferimento agli enti pubblici in generale così ha specificato: «per gli enti pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'Ente ma, invece, è strettamente correlata allo svolgimento da parte degli organi competenti di procedure definite in modo compiuto dal legislatore siano

In generale, con riferimento all'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, in dottrina è stato sostenuto che norme e principi pubblicistici rappresentano elementi derogatori rispetto alla disciplina comune¹¹. Tali connotati di specialità non valgono, tuttavia, a mutare la natura del contratto che conserva la propria matrice privatistica anche in presenza di una Amministrazione pubblica, come parte contraente, almeno per ciò che concerne la fase esecutiva dello stesso (contratto). Trovano, infatti, applicazione, con riguardo allo sviluppo del rapporto contrattuale, le norme di diritto comune¹².

Al ricorrere di determinati presupposti prescritti dalla legge, le pubbliche amministrazioni sono tenute ad agire in ossequio al corredo di regole imposte dall'evidenza pubblica. In questi termini, sono, infatti, obbligate ad individuare il contraente osservando i precisi canoni fissati dalla legge, a tutela del principio del buon andamento di natura costituzionale (*ex art. 97 della Costituzione*), e della concorrenza, di matrice comunitaria¹³, entrambi invernantesi nei principi di efficienza ed efficacia dell'attività funzionale amministrativa. Entrano in gioco dunque le regole dei cd. *public procurement*, preordinate ad esternare il procedimento di scelta del contraente, con il fine di garantirne il sindacato¹⁴.

L'autonomia contrattuale, di fonte privatistica, consistente nella facoltà di autoregolamentare i propri interessi, subisce una significativa limitazione derivante dalla condizione soggettiva del contraente che accede all'istituto privatistico del contratto per perseguire un fine specifico.

Il concetto di autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c. si muove in una duplice direzione: sia libertà di determinare i propri interessi e le precipue modalità della loro soddisfazione, sia come libertà di scegliere il soggetto ritenuto maggiormente idoneo ad assumere le vesti, nell'ambito del rapporto obbligatorio discendente dal contratto, di controparte negoziale.

Queste libertà compendiate nel concetto di autonomia contrattuale, in presenza di una pubblica amministrazione soffrono delle limitazioni dovute proprio alla natura pubblicistica di una delle due parti contraenti. La principale limitazione è determinata dalle regole dell'evidenza pubblica da osservare per la scelta del contraente, il cui rispetto è condizione necessaria perché l'Amministrazione pubblica possa efficacemente obbligarsi e perseguire l'interesse che è chiamata a dare soddisfazione.

esse concorsuali o, come accade in alcune ipotesi eccezionali individuate specificatamente dall'ordinamento, non concorsuali. L'attuazione di tali procedure sostituisce il procedimento logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente riservato nei rapporti interprivativi alla libera autonomia negoziale e che si concreta nelle singole manifestazioni di volontà dei soggetti privati. In altri termini nel nostro ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli enti pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti enti le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati».

¹¹ Così V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 243.

¹² Su questo specifico punto si ritiene opportuno riportare la riflessione che ebbe a fare A. BONOMI, voce *Contratto Amministrativo*, in *Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1898 – 1900. Secondo l'A. richiamato «*Il diritto comune regola questi rapporti e da esso si devia in parte, solo in quanto è necessario per adattarlo ad una persona che agisce per mezzo di rappresentanti, che è regolata da leggi speciali e nella quale si confondono interessi di ordine diverso, e più o meno generale, come sarebbero lo Stato, il Comune l'Opera pia*».

¹³ Su questo specifico punto in dottrina di sicuro interesse risulta essere il contributo offerto da S. S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano 2008. L'Autore con l'opera ora richiamata considera i rapporti tra evidenza pubblica e contratto successivamente stipulato dalle P.P.AA. Dallo studio del testo si traggono significativi spunti per l'esame dell'argomento oggetto della presente dissertazione.

¹⁴ Anche su questo punto giova richiamare lo scritto di A. BONOMI (*op. cit.*) – come opportunamente già fatto in precedenza da altri autori come R. CARANTA, *I Contratti pubblici*, Torino, 2004 – nella parte in cui afferma «*Così, allo stesso modo che un minore non può efficacemente obbligarsi se non con l'assistenza di chi integra la sua giuridica capacità, lo Stato, le Province, i Comuni, non possono obbligarsi se non con il consenso di altri corpi, di consessi speciali, che esercitano sopra di essi un ufficio di controllo e di tutela. In questo modo sono stabilite le norme perché possa manifestarsi in modo sicuro il consenso dei contraenti, e si esigono, a pena di nullità, le formalità che devono servire a rendere manifesto tale consenso*».

Con riferimento specifico agli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale, il discorso generale incontra delle ulteriori limitazioni. La contrazione dell'autonomia contrattuale è, infatti, ancora più marcata ed orientata nel senso di privilegiare - ed, anzi, di imporre l'approvvigionamento di beni e servizi, anche per preminenti e cogenti esigenze di razionalizzazione della spesa sanitaria e di maggior efficienza del sistema – un duplice *modus operandi*.

Da un lato, viene valorizzata la centralizzazione dell'acquisto; dall'altro, il trend è orientato nel senso di estendere i contratti già stipulati da centrali di acquisto¹⁵.

Si propone dunque una modalità di approvvigionamento che *ab origine* o *in itinere* si svolga attraverso centrali di committenza.

A ben vedere, la *ratio* degli affidamenti degli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale tramite centrale di committenza, consistente nel contenimento e nella razionalizzazione della spesa per i servizi sanitari, è la stessa che si rinviene nella successiva adesione di altre Amministrazioni sanitarie all'affidamento effettuato dall'Amministrazione aggregatrice che ha indetto la gara richiamando nella *lex specialis* la clausola di adesione e menzionando espressamente i soggetti che avrebbero potuto avvalersene.

A tal riguardo non appare inutile precisare che anche la direttiva n. 2014/24/UE, ai considerando nn. 59 e 60, evidenzia che «*nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti*» e che l'individuazione della committenza pubblica può avvenire, ad esempio, con «*un riferimento a una determinata categoria di amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di un'area geografica chiaramente delimitata, in modo che le amministrazioni aggiudicatrici possano essere facilmente e chiaramente individuate*».

In quest'ottica il legislatore nazionale con il d. lgs. n. 50 del 2016¹⁶ ha dedicato l'art. 37 al tema dell'aggregazione della domanda e delle centrali di committenza rafforzando, di fatto, un fenomeno che aveva trovato sino ad oggi una regolamentazione a livello di normativa finanziaria e di spending review.

Alla luce delle considerazioni che precedono, al fine di giungere ad una definizione della problematica oggetto del presente lavoro che sia comunque in linea con le esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica da un lato e di apertura del mercato dei contratti pubblici dall'altro, occorre contemperare i valori che entrano in gioco considerare il percorso che ha compiuto il legislatore nel corso degli ultimi anni.

Si pone, allora, la necessità di soffermarsi sulla disamina della autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni sanitarie alla luce degli obblighi insiti nelle principali innovazioni normative al fine di vagliare l'incidenza pratica delle istanze di risparmio della spesa sanitaria.

4. Il gioco dei valori: autonomia negoziale e riduzione della spesa sanitaria

Dinanzi alla tematica oggetto di disamina nel presente contributo, dopo aver preliminarmente delimitato il campo di indagine, ed aver considerato il panorama normativo così come risultante dai recenti interventi di modifica che compendiano il sistema di regole che gli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale sono tenuti a rispettare, è necessario procedere con un approccio analitico.

¹⁵ C. St., sez. III, 4 febbraio 2016, n. 445, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ Attuativo delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Come si è visto il legislatore ha inteso presidiare in tre modi l'obbligo di approvvigionamento mediante centrali di committenza in capo alle amministrazioni sanitarie: nullità del contratto stipulato in violazione dei suddetti obblighi; responsabilità amministrativa in capo a chi abbia violato gli obblighi normativamente sanciti; possibilità di non ricorrere all'acquisto tramite centrale di committenza nelle sole ipotesi in cui ricorrano i presupposti fissati dalla legge in maniera rigida per evitare facili elusioni dell'obbligo.

Per comprendere tali regole e per definirne la loro portata teorica è necessario soffermarsi ad approfondire gli interessi in gioco per compiere un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, per considerare il contemperamento che nella valutazione ponderativa abbia inteso operare il legislatore; secondariamente, per esaminarne i risvolti pratici ed operativi.

A tal fine, ciò sui cui conta maggiormente soffermarsi concerne il modo di atteggiarsi dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. nei riguardi della già limitata autonomia contrattuale della P.A..

In altre parole occorre verificare se esso rappresenti o meno una ulteriore compressione della libertà di autonomia negoziale stabilita in via generale dall'art. 1322 c.c. poiché in linea generale benché anche nei rapporti tra privati si parli di autonomia essa non pare potersi considerare come un valore assoluto. L'autonomia privata, infatti, anche quando viene attuata tra soli soggetti privati incontra dei condizionamenti.

Condizionamenti che non sono tanto ravvisabili nell'interesse del legislatore a stabilire il modo in cui debba essere superato il "conflitto di interessi" alla base del contratto (in quanto, ad esempio, in un contratto di compravendita, se Tizio venditore di un immobile potesse avere il denaro senza privarsi dell'immobile, e Caio, acquirente, potesse avere l'immobile senza procedere all'esborso, i loro interessi troverebbero massima soddisfazione) quanto piuttosto a che la disciplina si atteggi in un certo modo, come spiega il ricollegarsi, sovente, di effetti giuridici al negozio che prescindono dall'effettivo intento delle parti.

Si pensi, a tal riguardo, a tutti gli ambiti imperativamente normati e soprattutto a quello oggetto della presente trattazione che vede la presenza di finalità di pubblico interesse insita nelle esigenze che la procedura ad evidenza pubblica mira a soddisfare e nell'efficienza della finanza pubblica.

In linea tendenziale, come d'altro canto rilevato da autorevole dottrina¹⁷, l'autonomia contrattuale ha perso di incisività, per l'aumento dei condizionamenti pubblici, ed ha guadagnato in estensione.

Non appare, conseguentemente dato di particolare rilevanza il fatto che il legislatore, con riferimento agli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario abbia inteso enucleare un ulteriore condizionamento consistente nell'obbligo di approvvigionamento tramite centrale di committenza.

Procedendo ordinatamente, ogni volta che un Ente Pubblico appartenente al Servizio sanitario nazionale svolge una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di un appalto che abbia ad oggetto beni e servizi direttamente o indirettamente riferibili all'attività che essa svolge in via primaria è rinvenibile un collegamento funzionale che attribuisce un rilievo primario all'interesse alla salute.

Senonché accanto all'interesse alla concorrenza, che anima il sistema del *public procurement* viene a porsi un ulteriore interesse pubblico che, decodificato in termini di specificità, è rappresentato dall'interesse alla salute, la cui tutela passa, in modo particolare, per lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica che mediante l'acquisizione di beni e servizi in ambito sanitario garantiscano all'utenza la profferta di un servizio efficiente.

Dalla lettura della Costituzione si evince che l'interesse-diritto alla salute è fatto oggetto di espressa previsione.

All'art. 32 Cost., infatti, si afferma che "*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*"¹⁸.

¹⁷ Cfr. in particolare M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in Scritti minori, Napoli 1988, 441 ss.

La formulazione dell'articolo 32 Cost., riassumendo i tratti di una secolare evoluzione in cui si sono condensati i principi diventi patrimonio universale e permanente dell'uomo, compendia in sé un linguaggio della storia ed al contempo un linguaggio del diritto, trattandosi di una prescrizione che vale a conformare l'amministrazione pubblica a livello di attività e di organizzazione¹⁹ incidendo in maniera pervasiva.

Rimandando alle opportune ed approfondite trattazioni sul dettato costituzionale²⁰, ciò che in definitiva conta evidenziare è che nella distinzione che tradizionalmente si è soliti fare sulla natura delle disposizioni costituzionali, e dunque all'interrogativo relativo al se l'art. 32 Cost. debba considerarsi come una disposizione avente carattere precettivo o programmatico, la soluzione interpretativa che appare più coerente con le finalità perseguite dallo Stato, è proprio la prima.

Una natura precettiva che, d'altro canto, trova conferma nella stessa natura inviolabile del diritto che, in quanto tale, utilizzando una terminologia civilistica, impone in capo alla P.A., obblighi positivi di "facere".

Il diritto alla salute presenta delle interferenze e si occupa dei cosiddetti fini sociali dello Stato: nell'articolo 32 Cost., infatti, il costituente ha inteso fissare le linee del programma cui il legislatore deve attenersi. Si tratta di un programma che deve ritenersi obbligatorio in ogni sua parte, tanto in ordine ai limiti fissati quanto alle sue linee e direttive generali²¹.

L'esperimento di gare ad evidenza pubblica per implementare o comunque consentire alla P.A. di assolvere alle proprie funzioni rappresenta, dunque, un precipuo ed imprescindibile obbligo di *facere* assolto dall'amministrazione sanitaria in ossequio al dettato costituzionale in esame.

Qualunque ne sia l'oggetto, direttamente o indirettamente, è rinvenibile un collegamento funzionale alla soddisfazione di un interesse pubblico alla salute che riguarda, ad un tempo, sia il singolo cittadino sia la collettività.

Si pensi alla costruzione di una nuova struttura ospedaliera, alla fornitura dell'ossigeno terapia ovvero alla prestazione del servizio di lavanderia ospedaliera. In tutte queste ipotesi vi è alla base un pubblico interesse riconducibile all'ambito sanitario e, dunque, alla tutela dell'interesse di cui all'art. 32 Cost.

Lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica in questo specifico settore configura una *funzionalizzazione* rispetto all'interesse alla salute proprio perché rivolta a rendere effettivo tale diritto.

La realizzazione dell'interesse pubblico deve, tuttavia, pur sempre essere attuata tenendo in debita considerazione i vincoli di natura legislativa e soprattutto economica.

¹⁸Cfr. C. cost. 21 giugno 1966, n. 75 secondo cui "Le misure disposte dall'articolo 32 della Costituzione a tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività riguardano tutti i cittadini e quindi anche i soggetti obbligati a soggiornare in un determinato comune". Oggi ha assunto particolare importanza l'opportunità di garantire anche ai soggetti che hanno fatto ingresso clandestinamente in Italia le cure sanitarie. Sul punto cfr. M. BOMBI, *Curarsi in Italia: possibilità negata per chi è entrato nel Paese clandestinamente*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 2016, 23 che nell'analisi di un caso sottoposto alla giurisprudenza ha rilevato come "Ai sensi dell'art. 36, comma 1, t.u. n. 286/1998, lo straniero che intende ricevere cure mediche in Italia può ottenere uno specifico visto di ingresso ed il relativo permesso di soggiorno, presentando una dichiarazione della struttura sanitaria italiana prescelta che indichi il tipo di cura, la data di inizio della stessa e la durata presunta del trattamento terapeutico. Inoltre, deve essere presentata una attestazione dell'avvenuto deposito di una somma a titolo cauzionale, tenendo conto del costo presumibile delle prestazioni sanitarie richieste, secondo modalità stabilite dal regolamento di attuazione della legge; nonché la documentazione che dimostri la disponibilità in Italia di vitto e alloggio per l'eventuale accompagnatore e per il periodo di convalescenza dell'interessato".

¹⁹ V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna 2004, 42 e ss.

²⁰ Cfr. *ex multis*, G. CANNELLA, *La tutela della salute nelle direttive costituzionali*, in *Probl. sic. soci.* 1962, 381; LESSONA S., *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, (a cura di) CALAMANDREI-LEVI, vol. 1 p. 333; MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione Italiana*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.* 1961 I; per comprendere le origini dello sviluppo della politica sanitaria italiana si consiglia PAPPALARDO U., *Una politica sanitaria per l'Italia*, in *Riv. Amm. Sanità* 1963; CARANTA R., *Alti e bassi del diritto alla salute nella giurisprudenza del giudice ordinario*, Torino 1993; NEGRI S., *La tutela della salute pubblica internazionale tra governance globale, "sovranià sanitaria" e diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, p. 335- 366.

²¹ Cfr. E. NASO, *La Costituzione Italiana: Commentario sistematico art. 24-54*, 780.

Fermi gli obblighi legislativamente previsti, al cui mancato rispetto sono ricollegate le sanzioni di cui si è detto, diviene allora fondamentale fare in modo che la spesa sanitaria possa attestarsi su elevati livelli di efficienza e di efficacia.

I concetti di efficacia e di efficienza, considerati la decodificazione in chiave concreta dei principi di buon andamento ed imparzialità indicati all'art. 97 Cost., rappresentano i criteri guida dell'intera attività amministrativa e, con specifico riguardo all'ambito sanitario, può affermarsi che una spesa sanitaria che non tenga in debita considerazione tali parametri prospetterà delle difficoltà operative di non poco conto sia rispetto alla necessità di far fronte alle contingenze del momento, sia in termini di sostenibilità futura.

Ciò che in definitiva si vuole affermare è che nel dettare le disposizioni oggetto della presente trattazione il legislatore ha avuto ben chiaro il concetto secondo cui la spesa sanitaria deve categoricamente essere ancorata a parametri di efficienza ed efficacia.

Il primo concetto indica la necessità di misurare il rapporto tra il risultato conseguito e le risorse concretamente impiegate mentre l'efficacia ha riguardo al rapporto tra quanto si è effettivamente realizzato e quanto si sarebbe dovuto realizzare sulla base di un piano o di un programma.

In questo trinomio, obiettivi prefissati- mezzi impiegati- obiettivi raggiunti trovano una compiuta sintesi l'interesse di cui all'art. 32 Cost., nella sua ottica individuale e collettiva, e le istanze di razionalizzazione della spesa.

L'efficientamento della spesa sanitaria, infatti, implica almeno tre ordini di interessi in gioco, con risvolti particolarmente significativi.

In primo luogo viene in rilievo l'effettività della tutela del diritto fondamentale di cui all'art. 32 Cost. che deve essere tale da garantire adeguate cure agli indigenti²².

Secondariamente, assume preminenza il concetto di sostenibilità della spesa sanitaria eliminando gli sprechi ed attuando modelli efficienti di risparmio in modo da poter garantire una programmazione efficace in chiave futura.

In terzo luogo, la necessità di fare in modo che le spese sostenute consentano effettivamente di raggiungere gli obiettivi prefissati rendendo proficui gli investimenti di risorse pubbliche ed evitando una duplicazione delle spese²³.

Attesa la necessità di operare un efficientamento della spesa sanitaria, è possibile allora, prima di considerare segnatamente gli obblighi di approvvigionamento tramite Consip S.p.A., porre un primo punto fermo nella disamina del rapporto tra autonomia negoziale dell'amministrazione sanitaria e risparmio della spesa. Benché, in generale, l'evidenza pubblica di fatto vada a limitare l'autonomia contrattuale della P.A., essa è funzionale a garantire una spesa efficiente.

Il principio della concorrenza ha assunto a livello ordinamentale un'importanza di primario rilievo e la sua applicazione nell'ambito degli appalti pubblici comporta il corollario del cd. *favor participationis*, volto a garantire che la P.A. possa selezionare come contraente - tra un ampio ventaglio di operatori economici - il soggetto che abbia presentato l'offerta che in termini economici si presenti come la più efficiente.

Insite a tale sistema sono dunque le ragioni di risparmio della spesa che richiamano la mai superata concezione contabilistica degli appalti pubblici. Il contraltare della limitazione all'autonomia

²² I recenti orientamenti interpretativi affermano la necessità di svolgere una lettura in chiave relativa dell'indigenza "per cui essa deve essere valutata di volta in volta in rapporto al costo ed all'importanza delle cure oltre che in base alla capacità finanziaria dell'utente. Occorre, infatti, contemperare i diversi interessi costituzionalmente protetti: se il soggetto che ha bisogno della prestazione non è assolutamente in grado di sopportarne gli oneri allora occorre che il cittadino partecipi, in base alle proprie capacità fiscali, al pagamento dell'importo" in E. RUFFINO - E. G.M. SALZA, Dizionario della Sanità, Milano 2010.

²³ Si verifica una duplicazione delle spese pubbliche ogni qual volta l'iniziale investimento si sia rivelato inefficiente. Alla spesa inutilmente sostenuta vanno, infatti, ad aggiungersi i costi dovuti ad eventuali contenziosi che si siano sviluppati sull'appalto e la necessità di stanziare *ex novo* delle somme di denaro per perseguire un interesse pubblico rimasto *medio tempore* insoddisfatto.

negoziale è rappresentato dalla possibilità di stipulare un contratto al miglior prezzo ed alle migliori condizioni a livello di competitività.

La valorizzazione delle istanze di risparmio e razionalizzazione della spesa sanitaria è quindi risultata in linea con la tendenza già in atto nell'ambito della attività di spesa della P.A.

Individuati sulla tavola valoriale tutti gli interessi che rilevano nell'ambito dello svolgimento di una gara ad evidenza pubblica diventa più agevole comprendere l'ottica del legislatore impositiva di ulteriori specifici obblighi in tema di spesa sanitaria.

Oggi le conclamate esigenze di *revisione della spesa* permeano pressoché ogni ambito della spesa pubblica nessuno eccettuato²⁴. Si è molto discusso sulle origini di questo problema che ha imposto anche l'istituzione di organismi istituzionali *ad hoc*; secondo un indirizzo prevalente le relative problematiche sarebbero da ricondurre alla inadeguatezza del controllo parlamentare sulla spesa pubblica ed alla debolezza della funzione di controllo svolta dalle altre istituzioni.

Inoltre, si è rilevato come, a livello regionale, l'adozione di atti comportanti un impegno di spesa, avviene sovente in assenza di una particolare attenzione sulla presenza delle coperture e della sostenibilità finanziaria determinando acclamate situazioni di squilibrio economico contabile.

Il Servizio sanitario nazionale è, infatti, di competenza delle Regioni che sono al contempo responsabili della spesa pur essendo il Servizio in gran parte finanziato dallo Stato. Non in tutti i casi questa autonomia di spesa è stata valorizzata. Non è un caso, infatti, che in otto regioni italiane sia stato imposto il piano di rientro per la Sanità²⁵.

In questo senso il Ministero della Salute è impegnato, sia tramite l'azione delle strutture commissariali attivate nelle Regioni in *deficit*, sia nella formulazione del Patto per la salute per gli anni 2014-2016, ovvero di un accordo tra Governo e Regioni basato su una programmazione triennale finalizzato a migliorare la qualità dei servizi, a promuovere l'appropriatezza delle prestazioni e a garantire l'unitarietà del sistema, definendo i tetti di spesa.

Proprio in queste istanze è ravvisabile la *ratio* della imposizione degli obblighi di approvvigionamento tramite Consip S.p.A.

A ben vedere, il rapporto che si instaura tra autonomia negoziale, limitata per effetto dell'imposizione dell'obbligo di approvvigionamento tramite centrale di committenza e riduzione della spesa non si pone in termini di contraddizione né dà luogo ad un'incompatibilità tra i due principi.

La tematica del meccanismo operativo dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A., tuttavia, costituisce uno degli aspetti di maggiore complessità; complessità che all'atto pratico, come accennato in apertura, ha comportato una fuga dalla centralizzazione da parte delle amministrazioni. Causa di ciò è senza dubbio l'eccesso di sinteticità e la conseguente non esaustività della disciplina di diritto positivo.

Tali problematiche hanno impedito di raggiungere nell'immediato quegli standards di efficienza programmati tanto che lo stesso Ministro della Salute, nei propri atti di indirizzo, evidenzia sempre con maggiore vigore la necessità di compiere delle scelte strategiche che attuino delle politiche per l'efficienza gestionale anche per il tramite della promozione di costi e fabbisogni standard nel settore sanitario²⁶.

²⁴ Per approfondimenti giuridici sul risparmio della spesa, cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1940, secondo cui la legislazione finanziaria rappresenta una parte del diritto amministrativo e riguarda i mezzi cd. "dinamici" dell'azione pubblica che dimostrano "la naturale posizione dell'attività finanziaria entro il più vasto campo dell'attività amministrativa". Sempre sul punto, di particolare interesse quanto scritto da E. D'ALTERIO, *Finanza Pubblica e Amministrazione: "verifiche" e "bollino" della Ragioneria Generale dello Stato*, in *Rivista Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 4, 2016 p. 1009.

²⁵ Lazio, Abruzzo, Campania, Molise, Sicilia, Calabria, Piemonte e Puglia.

²⁶ "Per il conseguimento degli obiettivi programmati di finanza pubblica sono state introdotte, nel corso degli anni, diverse disposizioni normative finalizzate in primo luogo al controllo della spesa sanitaria e successivamente alla razionalizzazione e contenimento della stessa (es. blocco dei contratti collettivi nazionali di lavoro, interventi in materia di contenimento della spesa farmaceutica). Negli ultimi anni, l'attenzione è stata focalizzata, in particolare,

La scelta operata per rendere efficiente l'investimento in ambito sanitario ha fondamentalmente riguardato, come si è approfondito nei paragrafi di apertura del presente saggio, l'obbligo di acquistare tramite Consip S.p.A.: la P.A. sarà obbligata a procedere al proprio acquisto tramite la piattaforma Consip S.p.A. (SDA o MEPA).

In linea teorica l'impianto congegnato dal legislatore non presenta alcuna imperfezione. Senonchè non appare di secondaria rilevanza sottolineare come il legislatore abbia dettato una disciplina limitata all'*an* dell'obbligo di approvvigionamento difettando, in tal modo, di compendiare una serie di elementi che sarebbero risultati fondamentali per armonizzare una disciplina che, al momento, di certo non può dirsi organica ed esaustiva.

In modo particolare, dalle prassi attuate a fronte dell'obbligo di acquistare mediante le centrali di committenza ciò che appare doveroso evidenziare è la carenza di una sinergia tra Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale e centrali di committenza in ordine all'aspetto della programmazione della spesa sanitaria.

Tale carenza finisce per limitare in maniera significativa la piena potenzialità operativa dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. ostacolando un pieno perseguimento delle esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica in materia sanitaria.

In linea teorica, infatti, acquistando tramite Consip, gli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale sono in grado di beneficiare di un significativo risparmio di spesa in ragione del meccanismo operativo delle Centrali di Committenza che aggregando la domanda consente di ottenere dei significativi risparmi. Detta in termini gergali è come se un identico prodotto si acquistasse in piccola quantità in una boutique oppure in ingenti quantitativi dal fornitore grossista. È evidente che le differenze di prezzo saranno consistenti e consentiranno di ottenere un risparmio ed una razionalizzazione della spesa pubblica.

sulla necessità di potenziare gli strumenti di governo della spesa per l'acquisto dei beni e servizi (norme della "spending review" in materia di acquisti dei beni e servizi)⁷. Con l'intesa del 2 luglio 2015, Governo e Regioni hanno condiviso la necessità di introdurre misure di governance, che concorreranno all'efficientamento del sistema e dovranno essere sviluppate nell'ambito dei lavori della Spending review. Nel 2016 proseguirà l'attività per l'individuazione degli strumenti di governance indicati nell'Intesa citata, di seguito specificati: a) Riorganizzazione e ripensamento del sistema aziendale pubblico in una logica di valutazione e miglioramento della produttività, intesa quale rapporto tra il valore prodotto (in termini quantitativi ed economici) ed i fattori produttivi utilizzati (in termini quantitativi ed economici); ^{[LSEP]b} Individuazione ed utilizzo di indicatori standard relativi alla gestione degli immobili, strumentali e non, delle aziende sanitarie pubbliche; ^{[LSEP]c} Valutazione e valorizzazione delle esperienze ed iniziative in ambito di servizi sovra- aziendali, allo scopo di diffondere rapidamente ed efficacemente le migliori pratiche; ^{[LSEP]d} Valutazione della possibilità di realizzazione di un centro di competenza nazionale in materia di stesura dei capitolati per l'acquisizione di beni e servizi. ^{[LSEP]e} I lavori proseguiranno nell'ambito di appositi gruppi di lavoro che vedranno coinvolti, oltre agli attori istituzionali, anche esperti di settore con il compito di cercare gli strumenti più idonei per il perseguimento della efficienza produttiva e per il potenziamento degli strumenti di monitoraggio e di valutazione della performance degli enti. Le attività dei Gruppi di lavoro sono state articolate nelle seguenti tematiche per ciascuna delle quali sono stati già attivati nel 2015 dei sottogruppi tecnici operativi tra loro correlati: 1) Produttività degli Enti del SSN – In particolare l'attività sarà focalizzata sull'analisi del fabbisogno di personale core, rispetto all'attività erogata dagli enti del servizio sanitario nazionale e la definizione dei parametri necessari per determinare l'adeguatezza del personale. 2) Gestione del Patrimonio Immobiliare – l'obiettivo sarà, in una fase di breve periodo, quello censire il patrimonio immobiliare del SSN al fine di mettere a disposizione delle aziende le informazioni necessarie per l'individuazione degli strumenti di governo dello patrimonio e di definire misure di efficientamento dei servizi energetici; Ricavi – Analisi del valore della produzione, con particolare riferimento alle fonti di remunerazione delle prestazioni e ai ricavi da produzione; analisi della remunerazione delle funzioni assistenziali; in particolare con riferimento alle fonti di remunerazione, il dettato normativo (art. 8-sexies, d. lgs. n. 502/1992 e s.m.i.) prevede che le fonti di remunerazione delle aziende ospedaliere siano costituite esclusivamente dalla valorizzazione delle prestazioni erogate e dalle funzioni assistenziali (entro il limite massimo del 30%). Saranno pertanto individuati adeguati strumenti per l'individuazione del "finanziamento eccedente". Questa determinazione del "finanziamento eccedente" sulla base dei ricavi desunti dal modello CE avviene nelle more dell'emanazione del decreto interministeriale, d'Intesa con la Conferenza Stato-regioni, del nuovo modello di rilevazione economica "conto economico del presidio ospedaliero (CP)" che renderà trasparenti i ricavi di tutte le strutture ospedaliere, ivi incluse le aziende ospedaliere ed IRCCS; 4) Beni e servizi – L'attività seguirà due percorsi principali nei quali saranno poste in essere le attività necessarie alla classificazione dei beni e servizi e alla razionalizzazione dei processi di acquisizione degli stessi". Fonte: www.salute.gov.it

A livello quantitativo e qualitativo, poi, trattandosi di beni succedanei non si verifica alcuna riduzione. Ciò che si riduce è il prezzo che la P.A. deve corrispondere per acquisire il bene o servizio. Questo aspetto, relativo al risparmio rappresenta al contempo un indubbio vantaggio che si allinea alle politiche di gestione efficiente della spesa sanitaria.

Quanto agli altri profili che devono essere considerati al fine di avere una panoramica chiara ed esprimere un giudizio critico sull'intervento legislativo in esame, nonché sulla sua incidenza sull'autonomia contrattuale, va dato atto che mediante il ricorso a Consip S.p.A. non si verificano delle lesioni del fondamentale principio della concorrenza.

L'espletamento degli obblighi ad evidenza pubblica non viene superato ma ascende ad un livello superiore rispetto alla singola P.A. in quanto viene ascritto in capo a Consip S.p.A.

È proprio quest'ultima, infatti, che è tenuta ad espletare una gara ad evidenza pubblica per individuare i soggetti che successivamente diventeranno fornitori di prodotti o prestatori di servizi.

Permangono, conseguentemente, i vantaggi derivanti dalla scelta dell'operatore economico conseguente ad una selezione tra un ampio numero di partecipanti che abbiano presentato delle offerte in ragione della loro capacità organizzativa, gestionale, economico e finanziaria.

Potrebbe eccepirsi che in tal modo verrebbe ad essere violato un sostanziale principio di sussidiarietà, disciplinato all'art. 118 Cost. secondo cui, sostanzialmente, chiamato a tutelare gli interessi dei cittadini è l'ente istituzionale ad essi più vicino.

Anche sotto questo profilo, però, non possono rilevarsi vere eccezioni al suddetto principio. Tale contestazione avrebbe avuto rilievo ove le amministrazioni sanitarie locali ove fossero state private del loro potere decisionale in ordine ai bisogni da soddisfare²⁷. Ciò invero non è accaduto. L'avocazione alla sfera di operatività di Consip S.p.A. ed il relativo di obbligo per l'approvvigionamento lasciano impregiudicati, in primo luogo, il potere dell'amministrazione locale ad individuare i bisogni da soddisfare nell'ambito della programmazione sanitaria e finanziaria; in secondo luogo la possibilità di approvvigionamento a prezzi vantaggiosi.

Viene dunque a realizzarsi in questo modo, un modello teorico che attua una semplificazione ed una razionalizzazione. La semplificazione è rinvenibile nella circostanza che autonomamente l'azienda sanitaria locale può acquistare secondo le sue esigenze senza dover passare per l'esperimento di una gara ad evidenza pubblica con in risvolti che ne conseguono sia in termini di tempo che in termini di efficacia.

La razionalizzazione, invece, nella misura in cui diventa possibile accedere a quanto necessario a prezzi il cui vantaggio è insito nel prezzo derivante dall'adesione al sistema della Centrale di committenza.

5. Conclusioni

In esito a quanto si è avuto modo di esaminare nel presente contributo, una certezza vale a confortare l'interprete. Quello dell'efficientamento della spesa sanitaria è un tema caro al legislatore che non è intervenuto sugli ordinari meccanismi intaccandone il funzionamento ma, avvedutosi dell'esigenza di dover attuare delle forme di risparmio ha indirizzato la spesa sanitaria verso efficienti soluzioni di politica gestionale. Alla luce della disamina degli aspetti di principale interesse, si può affermare – anche qui supportati da un buon grado di certezza – che il meccanismo di acquisto congegnato per il tramite di Consip S.p.A. sia conforme alle fortemente avvertite esigenze di razionalizzazione e semplificazione del sistema.

È fenomeno generalizzato a livello ordinamentale quello relativo ai condizionamenti dell'autonomia privata quindi non c'è da stupirsi se il legislatore, per un interesse meritevole di tutela come la cd.

²⁷ Per un approfondimento sul principio di sussidiarietà in materia sanitaria cfr. A. CATTELANI, *La Sanità Pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di) G. SANTANIELLO, Padova 2010, p. 63.

spending review abbia inteso imporre agli Enti pubblici appartenenti al Sistema sanitario nazionale degli obblighi specifici che apparentemente finiscono per apporre ulteriori condizionamenti alla loro autonomia.

Ciò che invece appare opportuno rilevare è come la disciplina risulti in definitiva connotata da un eccesso di sinteticità e da una fisiologica non esaustività.

Tali lacune della disciplina hanno consentito alle amministrazioni, spinte dall'esigenza di dare un'adeguata soddisfazione ai propri bisogni in termini di approvvigionamento, di eludere gli obblighi, cosa che non sarebbe stata effettivamente garantita ove si fosse creata a livello legislativo una sinergia tra gli Enti pubblici appartenenti al SSN e le centrali di committenza fin dalle fasi di programmazione della spesa pubblica in materia sanitaria.

In tale ottica, infatti, intervenendo già nella fase della programmazione si getterebbero le basi per una migliore operatività di un meccanismo che implica imprescindibilmente un'azione congiunta tra Ente pubblico appartenente al Servizio sanitario nazionale e centrale di committenza.

È questa la ragione per cui si prospetta l'opportunità ed al contempo la necessità che il legislatore intervenga dissipando i dubbi e le incertezze applicative che si prospettano per garantire, in concreto, un adeguato funzionamento ed un effettivo risparmio della spesa pubblica indicando degli aspetti operativi che trascendano la mera enucleazione dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. e diventino un efficace strumento di razionalizzazione della spesa pubblica.

L'apparato normativo approntato dal legislatore, seppur con i limiti prospettati, offre interessanti spunti per una riflessione conclusiva sulla portata dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. ed i suoi risvolti sulla autonomia negoziale.

Formalmente si tratta di un vincolo ulteriore. Su questo *nulla quaestio*. Sotto un profilo sostanziale, invece, a ben vedere l'imposizione di un ulteriore obbligo accanto al necessario espletamento di una gara ad evidenza pubblica, così come è congegnato il sistema, non si pone in termini limitativi ma vale a configurare e caratterizzare un innovativo concetto di autonomia.

L'innovatività è da ravvisarsi nella circostanza che l'amministrazione sanitaria, prima di giungere alla conclusione del contratto di appalto rimane libera di determinare i propri bisogni, programmarne la soddisfazione sulla base delle risorse economiche e finanziarie disponibili ed ottenere i beni e servizi necessitati da un soggetto sostanzialmente pubblico, Consip S.p.A. che garantisce un risparmio di spesa ed una semplificazione ed un'efficienza procedimentale.

In tal modo il legislatore ha di fatto risolto, il problema che riguarda l'efficienza allocativa della spesa sanitaria ferma restando la necessità che il legislatore, oltre a colmare le evidenziate lacune detti una regolamentazione relativa anche alla responsabilità di Consip S.p.A. che allinei la disciplina a quanto disposto all'art. 28 Cost. ed impedisca che attraverso un *demandare responsabilità* possa finire per esser vanificate sia le esigenze di razionalizzazione della spesa che di tutela dell'interesse alla salute di cui all'art. 32 Cost.

*** Il presente lavoro è il frutto della comune riflessione e degli studi condotti dai due Autori. Tuttavia i §§ 1, 2 e 3 sono da ricondurre ad Antonio Nicodemo; i §§ 4 e 5 sono da ricondurre a Damiano Ciarniello.**