



R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 114 del 2022, proposto dalla Cooperativa Sociale Auxilium, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia, PEC angelo.clarizia@pec.it, e Andrea Bonanni, PEC andrea.bonanni@pec.it, domiciliata ai sensi dell'art. 82 R.D. n. 37/1934 presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

-Regione Basilicata, in persona del Presidente della Giunta Regionale p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Anna Carmen Possidente, PEC anpossid@cert.regione.basilicata.it, con domicilio eletto in Potenza Via Vincenzo Verrastro n. 4 presso l'Ufficio Legale dell'Ente;
-Azienda Sanitaria locale di Potenza (ASP), in persona del Direttore generale p.t., non costituita in giudizio;
-Azienda Sanitaria locale di Matera (ASM), in persona del Direttore generale p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

-della Determinazione n. 22 del 22.2.2022, con la quale il Dirigente dell'Ufficio Centrale di Committenza e Soggetto Aggregatore della Regione Basilicata ha indetto una procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare sanitaria, farmacologica, infermieristica, riabilitativa, medico, psicologica e di aiuto infermieristico nel territorio delle Aziende Sanitarie locali di Potenza (ASP) e di Matera (ASM);
-del bando, pubblicato il 25.2.2022, e di tutti gli altri atti, costituenti la lex specialis di gara, compresi il Capitolato speciale descrittivo e prestazionale, le Condizioni contrattuali, la Relazione descrittiva ed il Disciplinare di gara;
-dei seguenti atti presupposti, richiamati nella suddetta Determinazione n. 22 del 22.2.2022: 1) Piano gare per la fornitura di beni e servizi per le Aziende Sanitarie ed Ospedaliere regionali per l'anno 2018, approvato con Del. G.R. n. 296 del 13.4.2018, comprendente il suindicato servizio; 2) nota ASP prot. n. 56057 del 31.5.2021, di trasmissione della documentazione tecnica, relativa alla citata gara; 3) verbale del Tavolo tecnico dell'8.9.2021, che apportato aggiornamenti alla predetta documentazione tecnica; 4) nota dell'Ufficio Centrale di Committenza e Soggetto Aggregatore della Regione Basilicata prot. n. 155029 del 21.9.2021, di indizione della Conferenza di servizi decisoria della suddetta gara; 5) e verbale della Conferenza di servizi del 27.9.2021, con il quale è stata approvata la documentazione tecnica, attinente alla citata gara;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Basilicata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2022 il Cons. Pasquale Mastrantuono e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Determinazione n. 22 del 22.2.2022, con la quale il Dirigente dell'Ufficio Centrale di Committenza e Soggetto Aggregatore della Regione Basilicata ha indetto una procedura aperta telematica per l'affidamento, avente al durata di 36 mesi con riserva di rinnovo per ulteriori 24 mesi, del servizio di assistenza domiciliare sanitaria, farmacologica, infermieristica, riabilitativa, medico, psicologica e di aiuto infermieristico nel territorio delle Aziende Sanitarie locali di Potenza (ASP) e di Matera (ASM) ed ha approvato tutti atti, costituenti la lex specialis di gara, ed anche quelli preparatori della predetta gara.

Il bando di gara, pubblicato il 25.2.2022, ha previsto:

A) l'importo a base di gara di € 49.319.998,18 ed il valore massimo stimato dell'appalto di € 91.983.389,51, relativo ai fabbisogni dell'ASP e dell'ASM;

B) la suddivisione dell'appalto nei seguenti 4 lotti: Lotto n. 1 "Servizio di Cure Domiciliari dell'ASP" con l'importo a base di gara di € 22.130.140,55 "di cui € 0,00 per oneri di sicurezza"; Lotto n. 2 "Servizio di Cure Domiciliari dell'ASM" con l'importo a base di gara di € 11.716.697,63 "di cui € 0,00 per oneri di sicurezza"; Lotto n. 3 "Servizio di Cure Palliative Domiciliari dell'ASP" con l'importo a base di gara di € 10.135.080,00 "di cui € 0,00 per oneri di sicurezza"; Lotto n. 4 "Servizio di Cure Palliative Domiciliari dell'ASM" con l'importo a base di gara di € 5.338.080,00 "di cui € 0,00 per oneri di sicurezza"; al riguardo, va specificato che il punto 3 del Disciplinare di gara ha stabilito che il limite dell'aggiudicazione di massimo 2 Lotti, specificando: a) l'incompatibilità dell'aggiudicazione del Lotto n. 1 con l'aggiudicazione del Lotto n. 4, eccetto il caso in cui l'aggiudicatario del Lotto n. 1 è l'unico offerente per il Lotto n. 4); b) l'incompatibilità dell'aggiudicazione del Lotto n. 2 con l'aggiudicazione del Lotto n. 3, eccetto il caso in cui l'aggiudicatario del Lotto n. 2 è l'unico offerente per il Lotto n. 3;

C) il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

D) il termine perentorio di presentazione delle offerte delle ore 13,00 del 4.4.2022.

La Cooperativa Sociale Auxilium, attuale gestore del servizio, con il presente ricorso, notificato il 10.3.2022 presso l'indirizzo di posta elettronica RegInde ufficio.legale@cert.regione.basilicata.it e presso gli indirizzi di posta elettronica IPA protocollo@pec.aspbasilicata.it e asmbasilicata@cert.ruparbasilicata.it e depositato nella stessa giornata del 10.3.2022, ha impugnato la suddetta Determinazione n. 22 del 22.2.2022 ed il predetto bando di gara ed anche tutti gli altri atti, costituenti la lex specialis di gara (Capitolato speciale descrittivo e prestazionale, Condizioni contrattuali, Relazione descrittiva e Disciplinare di gara) e gli atti presupposti, richiamati nella Determinazione n. 22 del 22.2.2022, indicati in epigrafe, deducendo:

1) la violazione dell'art. 1, comma 406, L. n. 178/2020, di modifica degli artt. 8 ter, comma 2, 8 quater, comma 1, e 8 quinquies, comma 2, D.Lg.vo n. 502/1992 con l'inserimento delle cure domiciliari nell'ambito dei servizi assistenziali assoggettati al regime di autorizzazione, di accreditamento e di contrattualizzazione, e dell'Intesa ex art. 8, comma 6, L. n. 131/2003 tra Governo e Regioni del 4.8.2021, nella parte in cui le Regioni si sono impegnate ad attivare, entro 12 mesi, il sistema di autorizzazione e di accreditamento per l'erogazione delle cure domiciliari, da cui discende l'illegittimità della gara impugnata, in quanto reitera il pregresso modello di gestione delle cure domiciliari mediante l'affidamento del pubblico appalto ad un solo operatore per un periodo di 36 mesi dalla stipula del contratto, rinnovabili per altri 24 mesi, tenuto pure conto dell'art. 36 L.R. n. 59/2021, con il quale la Regione Basilicata ha confermato i servizi di assistenza domiciliare "in essere presso le Aziende Sanitarie locali della Basilicata" "nelle more dell'attivazione delle procedure amministrative di autorizzazione, accreditamento e convenzionamento, previste rispettivamente dal comma 2 dell'art. 8 ter, dal comma 1 dell'art. 8 quater e dal comma 2 dell'art. 8 quinquies D.Lg.vo n. 502/1992 e comunque non oltre il 28.2.2022";

2) l'eccesso di potere per illogicità e/o irragionevolezza, in quanto, anche se la durata dell'appalto di cui è causa è di 36 mesi dalla stipula del contratto, rinnovabili per altri 24 mesi, gli ultimi due capoversi dell'art. 10 delle Condizioni contrattuali, hanno previsto "la facoltà unilaterale ai sensi dell'art. 1373 C.C." delle Aziende Sanitarie "di recedere dal contratto in qualsiasi momento lo ritenesse opportuno con semplice preavviso, da notificarsi alla ditta con raccomandata a.r. almeno 60 giorni prima", oltre che "in conseguenza di eventi discendenti da modificazioni istituzionale dell'assetto aziendale", anche "in caso di sopravvenute disposizioni normative e/o regolamentari che dovessero modificare le modalità di accreditamento e/o di autorizzazione all'attività di erogazione di cure domiciliari, nonché le modalità di approvvigionamento dei servizi in appalto", specificando che "nei suddetti casi di recesso la ditta non avrà nulla a pretendere se non il pagamento delle prestazioni effettuate, rinunciando espressamente a qualsiasi ulteriore ed eventuale pretesa, anche di natura risarcitoria, ed a ogni ulteriore compenso o indennizzo o rimborso delle spese" (sul punto cfr. i commi 2 e 4 dell'art. 1373 C.C.), introducendo "un elemento di assoluta aleatorietà in relazione ad una componente essenziale del rapporto (la durata), rendendo sostanzialmente impossibile la formulazione di un'offerta seria e ponderata", "in funzione del necessario ammortamento dei costi e degli investimenti necessari all'organizzazione ed all'avvio del servizio, ponderazione impossibile a fronte dell'incertezza sull'effettiva durata del contratto e dell'espressa esclusione di ulteriori forme di compensazione", evidenziando, altresì, che non "sussistono profili di criticità sotto il profilo della continuità dei servizi di assistenza domiciliare, attualmente erogati dalla ricorrente";

3) la violazione dell'art. 21 D.P.C.M. 12.1.2017, di inserimento delle cure domiciliari nell'ambito dei Livelli Essenziali di Assistenza, nella parte in cui prevede che devono essere avviati percorsi assistenziali integrati, riconducendo ad unitarietà le cure domiciliari ed evitando la frammentazione del bisogno (cfr. comma 2, con riferimento alla "presa in carico della persona" ed alla valutazione multidimensionale dei bisogni"; e comma 3, relativo al Progetto di Assistenza Individuale, che definisce i bisogni terapeutico-riabilitativi e assistenziali della persona), mentre l'impugnata gara ha suddiviso le prestazioni in Cure Domiciliari ed in Cure Palliative Domiciliari.

Si è costituita in giudizio la Regione Basilicata, sostenendo l'infondatezza del ricorso.

Con memorie dell'11.4.2022 e del 15.4.2022 la società ricorrente ha evidenziato che la Regione Basilicata avrebbe potuto transitoriamente, anziché indire la gara impugnata, erogare il servizio di assistenza domiciliare "anche tramite concessione di licenze o autorizzazioni provvisorie".

All'Udienza Pubblica del 27.4.2022 il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso è infondato.

Infatti, ai sensi del tuttora vigente art. 44 L. n. 724/1994 "è vietato il rinnovo tacito dei contratti della Pubblica Amministrazione per la fornitura di bene e servizi", specificando espressamente che "i contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli".

Da tale norma si evince chiaramente che, quando i contratti di appalti pubblici di servizi sono scaduti e le lex specialis delle gare, in base alle quali sono stati aggiudicati, non hanno previsto la proroga e/o il rinnovo del contratto per un ulteriore periodo di tempo prestabilito, le Pubbliche Amministrazione devono indire un nuovo procedimento di evidenza pubblica ed è consentita esclusivamente la proroga dei contratti per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti all'esito delle relative gare, come prescritto dal tuttora vigente art. 23, comma 2, L. n. 62/2005, ai sensi del quale "i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi".

Pertanto, il suddetto art. 36 L.R. n. 59/2021, di conferma dei servizi di assistenza domiciliare "in essere presso le Aziende Sanitarie locali della Basilicata" "nelle more dell'attivazione delle procedure amministrative di autorizzazione, accreditamento e convenzionamento, previste rispettivamente dal comma 2 dell'art. 8 ter, dal comma 1 dell'art. 8 quater e dal comma 2 dell'art. 8 quinquies D.Lg.vo n. 502/1992 e comunque non oltre il 28.2.2022", va interpretato nel senso che tali contratti non possono essere prorogati oltre il 28.2.2022, senza peraltro escludere la stipula di nuovi contratti per assicurare lo svolgimento dei servizi in questione qualora risultino ancora non conclusi i relativi procedimenti di accreditamento e convenzionamento.

La ricorrente non ha provato che i contestati ultimi due capoversi dell'art. 10 delle Condizioni contrattuali rendono impossibile la formulazione dell'offerta.

Va, altresì, precisato che la ricorrente non ha interesse a contestare la suddivisione delle prestazioni in Cure Domiciliari ed in Cure Palliative Domiciliari, in quanto tale frammentazione può ledere esclusivamente i pazienti, bisognevoli di tali cure.

Infine, va parimenti rilevato che l'interesse, perseguito dalla ricorrente con il presente ricorso, di continuare a svolgere in regime di proroga l'appalto di cui è causa, si pone in contraddizione con quanto evidenziato dalla ricorrente nelle memorie dell'11.4.2022 e del 15.4.2022, cioè che la Regione Basilicata avrebbe potuto transitoriamente, anziché indire la gara impugnata, erogare il servizio di assistenza domiciliare "anche tramite concessione di licenze o autorizzazioni provvisorie", in quanto, prescindendo dall'ampia discrezionalità regionale nella gestione della fase transitoria del passaggio al sistema di autorizzazione e di accreditamento per l'erogazione delle cure domiciliari, anche l'attuazione della predetta ipotesi presuppone la cessazione degli effetti dell'appalto di servizi, ancora eseguito dalla stessa ricorrente.

A quanto sopra consegue la reiezione del ricorso in esame.

Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 26, comma 1, e 29 cod. proc. amm. e artt. 91 e 92, comma 2, c.p.c. le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la società ricorrente al pagamento, in favore della Regione Basilicata, delle spese di giudizio, liquidate in complessivi € 2.000,00 (duemila).

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

Paolo Mariano, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pasquale Mastrantuono

IL PRESIDENTE
Fabio Donadono

IL SEGRETARIO