

Il Consiglio di Stato prosegue il dialogo con la Corte di giustizia UE al fine di delimitare l'ambito soggettivo e oggettivo della disciplina europea in materia di appalti, portando all'attenzione della Corte una peculiare vicenda inerente i cc.dd. ospedali classificati.

[Cons. St., sez. III, sentenza 4 ottobre 2017, n. 4631 - Pres. Lipari, Est. Atzeni](#)

Appalti – Finanziamento di scopo – Ospedali privati classificati – Disciplina europea - Applicabilità - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Vanno rimesse alla Corte di giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali:

1) se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli artt. 1 e 2 della Direttiva 2004/18/CE, comprenda nel proprio ambito applicativo anche le operazioni complesse mediante le quali un'amministrazione pubblica aggiudicatrice intenda attribuire direttamente ad un determinato operatore economico un finanziamento di scopo, interamente finalizzato alla realizzazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente, senza ulteriore procedura di gara, a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di un qualsiasi corrispettivo al predetto soggetto fornitore; se, di conseguenza, la citata normativa europea osti ad una disciplina nazionale che consenta l'affidamento diretto di un finanziamento di scopo finalizzato alla realizzazione di prodotti destinati ad essere forniti, senza ulteriore procedura di gara, a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di un qualsiasi corrispettivo al predetto soggetto fornitore;

2) se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli artt. 1 e 2 della Direttiva 2004/18/CE, e gli artt. 49, 56, 105 ss. del Trattato UE, ostino ad una normativa nazionale che, equiparando gli ospedali privati "classificati" a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, in assenza dei requisiti per il riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico e dei presupposti dell'affidamento diretto, secondo il modello dell'in house providing, li sottrae alla disciplina nazionale ed europea dei contratti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di realizzare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, ricevendo contestualmente un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione di tali forniture (1).

(1) I.- Con una articolata sentenza, la terza sezione del Consiglio di Stato - sulla scia di altre precedenti rimessioni concernenti *latu sensu* l'individuazione del campo di applicazione della disciplina europea in tema di contratti pubblici - affida alla Corte di

giustizia dell'UE due quesiti in ordine all'estensione di tale disciplina ad una peculiare ipotesi di attribuzione diretta di finanziamenti di scopo destinati a prodotti da fornire alle pp.aa. nonché all'equiparazione degli ospedali privati classificati a quelli pubblici.

La fattispecie controversa.

Il giudizio principale ha ad oggetto una controversia avviata da una impresa del settore sanitario avverso i provvedimenti e gli atti convenzionali con i quali due strutture sanitarie pubbliche, senza il previo esperimento di una gara pubblica, hanno affidato direttamente ad una struttura sanitaria formalmente privata - ancorché inserita nel sistema pubblico della programmazione sanitaria della Regione sulla base di apposita convenzione nella sua qualità di ospedale classificato equiparato - la fornitura gratuita di un radio farmaco per la durata di tre anni, prevedendo che solo il costo del trasporto del prodotto fosse a carico delle amministrazioni destinatarie della fornitura.

La sentenza di primo grado ha respinto il gravame escludendo la sussistenza di un illegittimo affidamento diretto della fornitura ad un operatore economico. In proposito, il rapporto giuridico contestato riguarderebbe una particolare modalità organizzativa del servizio sanitario pubblico, afferendo al fisiologico sviluppo delle relazioni istituzionali tra le amministrazioni regionali e gli ospedali classificati o equiparati.

II.- Le ragioni della rimessione alla Cge.

Sulla base della predetta ricostruzione la sentenza, dopo aver esaminato e respinto i motivi di appello non rilevanti rispetto alla disciplina europea, ha individuato alcuni dubbi pregiudiziali sulla compatibilità della normativa nazionale con il diritto dell'Unione riassunti nella massima di cui in epigrafe.

In primo luogo, il finanziamento orientato alla produzione del radio farmaco utilizzato da altre strutture pubbliche risulta del tutto estraneo all'originario nucleo del rapporto convenzionale, che attribuiva agli ospedali classificati una precisa funzione assistenziale; in tale ottica, l'asserita gratuità del rapporto non potrebbe collegarsi alla mera circostanza che, prima della concessione del finanziamento di funzione, preesistesse un rapporto convenzionale con un diverso e più circostanziato oggetto. Invero, la legislazione speciale attribuisce una posizione differenziata agli ospedali classificati in relazione alla sola tipica attività assistenziale e terapeutica che contrassegna l'essenza dell'attività ospedaliera, senza comprendere la produzione di farmaci destinati ad altri presidi pubblici.

Ritenendo pertanto che, in concreto, il complesso rapporto giuridico in contestazione abbia dato vita, nella sua concreta sostanza economica, ad un appalto oneroso di fornitura, viene sollevata la questione interpretativa riassunta nel primo punto della massima. La sentenza prende espressa posizione ritenendo preferibile la tesi interpretativa secondo cui nella direttiva n. 18/2014 la nozione di onerosità debba essere intesa in senso sostanziale, comprendendo anche i vantaggi economici che il fornitore riceva da altra amministrazione

pubblica interessata alla esecuzione del rapporto, in ragione delle sue finalità istituzionali. Tuttavia, poiché la proposta interpretazione sistematica della direttiva potrebbe risultare in contrasto con la formulazione letterale della medesima, in relazione a questo aspetto della vicenda è parso indispensabile proporre una questione pregiudiziale interpretativa alla Corte del Lussemburgo.

In secondo luogo, è controversa la natura giuridica dell'ospedale privato classificato.

Secondo il T.a.r., dovrebbe essere pienamente equiparato ad una amministrazione pubblica aggiudicatrice, pur essendo pacifico tra le parti che tale soggetto non abbia i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, né che esso possa qualificarsi come soggetto operante in regime di *in house providing*, essendo un ente privato, estraneo all'amministrazione e legato a questa da un rapporto convenzionale in base a una norma eccezionale di legge.

Viceversa, nella ricostruzione operata dalla sentenza in esame, si evidenzia che viene in rilievo un affidamento, ad un ospedale classificato convenzionato, dell'erogazione di una prestazione estranea all'ambito della originaria convenzione; in quest'ottica, atteso che la questione interpretativa incide sulla portata delle direttive del 2004, applicabili alla vicenda in contestazione, nonché sugli orientamenti espressi dalla giurisprudenza euro unitaria sulla esatta definizione dell'ambito applicativo della normativa europea in materia di contratti pubblici, si richiede un definitivo chiarimento da parte della Corte di giustizia, riassunto nel punto due della massima.

III.- Per completezza si segnala quanto segue:

a) in generale, su tutte le questioni affrontate nella sentenza, analizzate in chiave storica attraverso il raffronto fra la vecchia e la nuova disciplina europea e nazionale degli appalti, v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, Zanichelli, 2017, 169 ss., 185 ss. (specie per la nozione di stazione appaltante, soggetto aggiudicatore, organismo diritto pubblico), 219 ss. (specie per la ricomprensione della *joint venture* nel novero delle stazioni appaltanti), 221 e 299 ss. (specie per quanto riguarda la figura del partenariato pubblico - pubblico in tutte le sue forme), 2113 ss. (specie per quanto riguarda la figura del partenariato pubblico - privato in tutte le sue forme);

b) sulla nozione di appalto pubblico in relazione alle direttive del 2004, cfr. [Corte di giustizia dell'UE, Sez. III, 21 dicembre 2016, C-51/15](#) (oggetto della [News US in data 3 gennaio 2017](#), cui si rinvia per ogni approfondimento); [Corte di giustizia dell'UE, Sez. V, 2 giugno 2016, C-410/14](#) (oggetto della [News US in data 6 luglio 2017](#) cui si rinvia per ogni approfondimento); [Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 8 dicembre 2016, C-553/15](#) (oggetto della [News US in data 14 dicembre 2016](#), cui si rinvia per ogni approfondimento);

c) sull'estensione della nozione di appalto in materia sanitaria, cfr. Corte giustizia UE, sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13, Asl n. 5 Spezzino, in *Foro it.*, 2015, IV, 145, con note di PALMIERI ed ALBANESE, cui si rinvia per ogni approfondimento;

d) in tema di accordi fra enti pubblici per la fornitura di prodotti cfr. Corte giust. UE, sez. V, sentenza 8 maggio 2014, C-15/13, in *Foro it.*, 2015, IV, 40, con nota di CASORIA;

e) in tema di partenariato pubblico – privato, in materia di *housing* sociale cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7 in *Foro it.* 2014, III, 429 con nota di TRAVI e SIGISMONDI, cui si rinvia per ogni approfondimento;

f) nel sistema del vecchio codice dei contratti pubblici, sulla nozione di accordo quadro, v. artt. 3, co. 13, e 59, d.lgs. n. 163 del 2006; nonché artt. 122, co. 1 e 287 co. 1, del regolamento di esecuzione; sulla nozione di centrale di committenza che conclude anche accordi quadro, v. art. 3, co. 34, d.lgs. n. 163 cit.; nel sistema del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, per la nozione di appalto pubblico v. l'art. 3, lett. ii); per la nozione e disciplina dell'accordo quadro, v. gli artt. 3, lett. iii) e 54; per la nozione e disciplina della centrale di committenza e dell'attività di centralizzazione della committenza (anche attraverso la stipula di accordi quadro), v. gli artt. 3, lett. i) e l), 37, 38, 39, 40, 41 e 43.