Pubblicato il 21/09/2020

**N. 03945/2020 REG.PROV.COLL.**

**N. 00726/2020 REG.RIC.**

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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 726 del 2020, proposto da Sisifo Consorzio di Cooperative Sociali, soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Arturo Merlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

A.S.L. Napoli 2 Nord, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Sorrentino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento:***

- del provvedimento, contenuto nel verbale del 9 dicembre 2019, conosciuto attraverso comunicazione via pec del 16 gennaio 2020, relativo alla procedura aperta indetta dall'ASL Napoli 2 Nord per l'Affidamento del servizio di Cure Domiciliari, di I e II livello, per anni 3, nel territorio di competenza (CIG 8035112030), con il quale il Seggio di gara, all'esito dell'esame della documentazione amministrativa

prodotta dai concorrenti, si è determinato ad escludere dalla procedura stessa il Consorzio ricorrente;

- ove occorra, della determinazione assunta a verbale del 13 febbraio 2020, con la quale, preso atto della nota del Consorzio Sisifo, di contestazione dell'esclusione dalla gara disposta con precedente verbale del 9 dicembre 2019, ha confermato detta esclusione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.L. Napoli 2 Nord;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio nell'udienza del giorno 21 luglio 2020, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 5, D.L. n. 18/2020, e trattenuta la causa in decisione sulla base degli atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente proposto, il Consorzio di Cooperative Sociali Sisifo, soc. coop. a r.l., ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, recanti la sua esclusione della gara europea a procedura aperta, bandita dall'ASL Napoli 2 Nord per l'affidamento del Servizio di Cure Domiciliari, di I e II livello, per anni 3, nel territorio di competenza (in G.U. 5a serie speciale – contratti pubblici n. 116 del 2 ottobre 2019), per l'importo di €. 14.430.000,00, più €. 54.000,00 per costo presunto di trasporto in ambulanza, oltre Iva, imposte ed oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

1.1 Alla base degli atti gravati la S.A. ha posto la mancanza dell'accreditamento, quale requisito specifico di ammissione espressamente richiesto dall'art. 7.1 del disciplinare di gara in capo a ciascuna delle imprese consorziate/consorziande indicate come effettive esecutrici del servizio, ritenendo non sufficiente il suo

possesso in capo al Consorzio medesimo, a nulla rilevando che si trattasse di Consorzio di cooperative sociali costituito ai sensi dell'art. 45, secondo comma, lett. b), d.lgs. 50/2016.

1.2 A sostegno del gravame parte ricorrente ha dedotto, in un unico articolato motivo in diritto, la violazione, per falsa ed erronea applicazione, degli artt. 45, secondo comma, e 47 del d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.; violazione, per erronea applicazione, degli artt. 7.5 e 7.6 del Disciplinare di gara; eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti e dell'inidoneità dell'istruttoria, segnatamente, per errore di ricognizione istruttoria in ordine alla natura e tipologia del consorzio concorrente.

Secondo la prospettazione articolata dalla difesa attorea, essendo dimostrato il possesso del requisito speciale dell'accreditamento in capo al Consorzio Sisifo - in tesi unico interlocutore della stazione appaltante, in quanto rientrante nella tipologia di cui all'art. 47, secondo comma, lett. b) D.lgs. 50/2016 - nessuna ulteriore dimostrazione al riguardo poteva essere legittimamente pretesa dalle S.A. in capo alle cooperative indicate per l'esecuzione del servizio.

2. Si è costituita per resistere al ricorso l'A.S.L. Napoli 2 Nord, insistendo per la reiezione del gravame, assunto come infondato in fatto e in diritto.

3. Respinta l'istanza cautelare per mancanza di *fumus,* all'udienza pubblica del 21 luglio 2020 la causa è stata trattenuta per la decisione sulla base degli atti.

4. Il ricorso è infondato.

4.1 Gioverà in premessa ricordare che, come espressamente chiarito dalla L. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 8 *bis* (oltre che dalle leggi regionali in materia), le attività di assistenza e cura che la legge ha attribuito al Servizio Sanitario Nazionale possono essere direttamente svolte da quest'ultimo oppure da soggetti accreditati *ex* art. 8 *quater* L. n. 502 cit., ovvero strutture già in possesso di autorizzazione che, attraverso il rilascio di detto provvedimento abilitativo, acquistano lo *status* di

potenziali erogatori di prestazioni sanitarie nell'ambito e per conto del Servizio Sanitario Nazionale, cosicché l'accreditamento costituisce titolo abilitativo indispensabile per l'erogazione di servizi sanitari da parte dei privati con inserimento continuativo e sistematico nell'organizzazione della P.A. e con costi a carico della sanità pubblica.

In forza dell'accreditamento, dunque, che consente di acclarare l'appropriatezza e qualità delle prestazioni rese, in coerenza con gli indirizzi della programmazione regionale e sulla base della verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati ottenuti, secondo quanto previsto degli artt. 8-*bis*, 8-*quater* e 8-*quinquies,* d.lgs. n. 502 del 1992, l'operatore economico assume la qualifica di soggetto erogatore di un servizio pubblico.

La natura ibrida dell'accreditamento, insieme concessoria e abilitativa, più volte sottolineata dalla giurisprudenza (*cfr. ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 23 luglio 2019, n. 5216), comporta, infatti, che le suddette funzioni di assistenza e cura svolte dai soggetti accreditati sono quelle stesse del SSN, concretizzandosi, per questa via, su base concessoria, un rapporto di servizio in senso lato, cioè un rapporto di servizio che, pur prescindendo dall'organico inserimento del soggetto nella pubblica amministrazione, ha l'essenziale caratteristica dello svolgimento di funzioni pubbliche (*cfr.* Cassazione civile sez. un., 15 aprile 2020, n.7838, che, in conseguenza di tale qualificazione del rapporto, afferma sussistere la giurisdizione della Corte dei conti per il danno cagionato dall'operatore economico in regime di accreditamento).

4.2 La speciale normativa che consente lo svolgimento delle prestazioni sanitarie direttamente riferibili al Servizio Sanitario Nazionale a soggetti privati accreditati acquista un significativo valore nell'ambito delle gare pubbliche afferenti al settore socio-sanitario.

In tal caso, infatti, la possibilità per le amministrazioni di pervenire alla sperimentazione di forme gestionali di partenariato pubblico-privato, attraverso il

ricorso al mercato e su base contrattuale, va coniugata con l'imprescindibile esigenza di non derogare alla necessità di un utilizzo efficiente e razionale delle risorse pubbliche, oltre che di elevati livelli prestazionali di tutela della salute e di cura; esigenza che è soddisfatta, appunto, attraverso l'istituto dell'accreditamento, il cui conseguimento da parte delle imprese concorrenti si configura quale presupposto di un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche e, pertanto, come ineludibile prerequisito di partecipazione, in deroga alla normativa ordinaria (*cfr.*, in termini, Consiglio di Stato, sez. III, 22 novembre 2018, n. 6617).

L'accreditamento, sotto tale profilo, costituisce, dunque, strumento di preselezione dei soggetti che possono partecipare alle gare pubbliche per l'affidamento a terzi dei servizi sanitari necessari per il fabbisogno dell'amministrazione che, pertanto, deve essere posseduto da tutte le imprese che vi partecipano, quale che sia la forma di aggregazione prescelta.

4.3 Non giova, pertanto, al ricorrente, onde avvalorare la tesi dell'illegittimità della sua esclusione, invocare la disciplina dei consorzi di cui all'art. 4, l. 25 giugno 1909 n. 422, da cui si evince che i consorzi di società cooperative di produzione e lavoro sono soggetti giuridici a sé stanti, distinti, dal punto di vista organizzativo e giuridico, dalle cooperative consorziate che ne fanno parte; sicché concorrente, secondo consolidata giurisprudenza, è solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l'esecuzione della commessa, che all'occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6632).

Tali principi giurisprudenziali, infatti, sono pacificamente affermati in relazione alla verifica del possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. c, D.lgs. 50/2016, essendo in tal caso indifferente che essi siano posseduti in proprio e direttamente dal consorzio ovvero risultino dalla sommatoria

dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti in base al sistema del cumulo dei requisiti c.d. "alla rinfusa" (*cfr.* Consiglio di Stato sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024).

Nel caso all'esame, tali principi risultano affatto inconferenti, atteso che ciò che è in discussione è il possesso di un requisito di natura soggettiva che si consegue con il rilascio del titolo abilitativo all'esercizio di attività di assistenza e di cura il cui costo è posto, in tutto o in parte, a carico del SSN.

Dunque, si tratta di un requisito soggettivo relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 - imposto dalla speciale e cogente normativa vigente in *subiecta materia*, che integra *in parte qua* la disciplina del codice degli appalti - e che costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività, sì che esso si pone a monte dell'attività di erogazione di servizi sanitari, pacificamente rientrando nell'ambito dei prerequisiti di partecipazione e non di esecuzione (in termini, *cfr.* Consiglio di Stato, Sez. III, 22 novembre 2018, n. 6617).

Dunque, è in ragione della natura stessa dell'accreditamento che risulta conseguentemente indifferente il carattere stabile del Consorzio, in quanto l'accreditamento deve essere posseduto da tutte le imprese partecipanti alla effettiva esecuzione dell'appalto, quale che sia la forma giuridica dell'aggregazione prescelta dalle imprese partecipanti.

4.4 Peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa ricorrente, la necessità che anche la consorziata indicata quale esecutrice delle prestazioni sanitarie debba dichiarare, ai fini della partecipazione, il possesso di detto requisito ben si giustifica nel settore dei contratti pubblici, in quanto misura conforme all'immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità, in specie, quanto a necessarietà e adeguatezza; in tal modo consentendosi di evitare che soggetti non titolati, di cui non sia stata preverificata la capacità di assicurare appropriatezza e qualità delle

prestazioni sanitarie da erogare, possano eseguire, attraverso lo schermo del Consorzio, prestazioni nell'ambito e per conto del Servizio Sanitario Nazionale, in violazione della speciale normativa innanzi richiamata.

4.5 A tanto va anche soggiunto che, nel caso all'esame, era espressamente evincibile dalla *lex specialis* della gara che l'accreditamento costituisse requisito specifico di ammissione, il cui possesso era richiesto in capo a tutte le imprese consorziate indicate per l'esecuzione del servizio, non essendo evidentemente sufficiente l'accreditamento da parte del solo Consorzio di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) D.lgs. 50/2006, non essendo qualificabile, si ribadisce, alla stregua di mero requisito di idoneità tecnica e di carattere organizzativo-strutturale.

5. Alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso è dunque respinto.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sez. V, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Consorzio ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore dell'A.S.L. Napoli 2 Nord, che liquida in €. 2.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**
**Maria Grazia D'Alterio**

**IL PRESIDENTE**
**Maria Abbruzzese**

IL SEGRETARIO