

Pubblicato il 27/10/2022

N. 09148/2022REG.PROV.COLL.

N. 06972/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6972 del 2022, proposto dalla Cooperativa Sociale e di Lavoro - Operatori Sanitari Associati - O.S.A. soc. coop. sociale - ONLUS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Renna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

***contro***

l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Contieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Salvatore Napolitano in Roma, corso Trieste, n. 16,

***nei confronti***

- del Consorzio Luna e di Boetheia Società Cooperativa Sociale ONLUS, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- della Regione Campania e della Società Regionale per la Sanità - So.Re.Sa. S.p.a., non costituite in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sezione Quinta, n. 4384/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud, del Consorzio Luna e di Boetheia Società Cooperativa Sociale ONLUS;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2022, il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La Cooperativa Sociale e di Lavoro Operatori Sanitari Associati – O.S.A. ha agito dinanzi al T.A.R. per la Campania contro l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud, la Regione Campania e la Società Regionale per la Sanità – So.Re.Sa. S.p.a. per l'annullamento del bando con il quale l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud ha indetto una gara finalizzata alla stipula di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. 50/2016, del servizio di cure domiciliari per i pazienti residenti nel territorio della medesima ASL, per la durata di 36 mesi e per un valore stimato di € 48.266.788,42, nonché, sulla scorta dei successivi motivi aggiunti, per l'annullamento della deliberazione n. 207 del 10 marzo 2022, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud ha

proceduto all'esclusione della ricorrente dalla gara e disposto l'aggiudicazione della stessa.

2.- L'art. 8.1 del disciplinare di gara prescriveva quale requisito di idoneità necessario per la partecipazione alla selezione il possesso del provvedimento di Accreditamento per l'Assistenza Domiciliare Integrata rilasciato dall'Ambito Sociale di appartenenza *ex art. 9 del Regolamento Regionale n. 4 del 7 aprile 2014*, di cui alla DGRC n. 107 del 23 aprile 2014, in corso di validità alla data di scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, o, in alternativa, dell'accREDITamento ai sensi del Regolamento Regionale 22 giugno 2007, n. 1 (“Regolamento recante la definizione dei requisiti ulteriori e le procedure per l'AccREDITamento istituzionale dei soggetti pubblici e privati che erogano attività di Assistenza Specialistica in regime ambulatoriale, in regime di ricovero ed in regime residenziale”), in corso di validità alla data di scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte.

3.- La cooperativa ricorrente – che si dichiara in possesso di accREDITamento (*recte*, di sette titoli di accREDITamento) per l'erogazione dell'Assistenza Domiciliare Integrata, rilasciato dalla Regione Lazio - contestava quindi, con il ricorso introduttivo del giudizio, la suddetta clausola della *lex specialis*, ravvisandone il carattere escludente e lamentandone il contrasto con l'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, con i principi di matrice euro-unitaria posti a presidio della massima concorrenza nel settore delle commesse pubbliche nonché con i principi di parità di trattamento, imparzialità e proporzionalità.

La ricorrente domandava anche al giudice adito, in via subordinata, di sollevare questione di rinvio pregiudiziale, *ex art. 267 T.F.U.E. Corte di Giustizia Europea*, nei seguenti termini: “*se è compatibile con l'art. 58, par. 1 della Direttiva 26 febbraio 2014 n. 2014/24/UE e con l'art. 83, commi 2 e 8 del D.lgs. n. 50/2016, la previsione contenuta in un disciplinare di gara, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di cure domiciliari, che*

*limiti la partecipazione alla procedura ai soli operatori economici accreditati presso la Regione nel cui territorio ha sede la Stazione appaltante”.*

4.- Con successivi motivi aggiunti, come anticipato, l'impugnativa veniva estesa al provvedimento escludente di cui la ricorrente diveniva di fatto destinataria, nonostante si fosse utilmente collocata (precisamente in quinta posizione, nell'ambito delle dieci concorrenti ammesse alla stipulazione dell'accordo quadro) nella graduatoria conclusiva.

5.- Il T.A.R., prescindendo dall'esame dell'eccezione di inammissibilità formulata dalle parti resistenti, dopo aver richiamato i principi vigenti in materia di delimitazione delle clausole escludenti (e, come tali, immediatamente impugnabili) e di limiti posti al potere della stazione appaltante di individuare discrezionalmente i requisiti partecipativi, ha rilevato che *“la richiesta del possesso alternativo degli accreditamenti ex art. 9 del Regolamento Regionale n. 4 del 07/04/2014, di cui alla DGRC n. 107 del 23/04/2014 ovvero ex Regolamento Regionale 22/06/2007, n. 1, specificamente rilasciati dalla Regione Campania, non appare né eccedente in rapporto alle caratteristiche delle prestazioni richieste, né ingiustificatamente limitativa della concorrenza”.*

5.1.- A giustificazione dell'assunto, il T.A.R. ha evidenziato che *“con specifico riferimento all'accreditamento istituzionale quale requisito di idoneità professionale, 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., vale a dire 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)".*

5.2.- Il T.A.R. ha quindi osservato che *“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*".

5.3.- La sentenza prosegue rilevando che *"il requisito di natura soggettiva, idoneo ai fini della partecipazione alle pubbliche gare, si consegue con il rilascio del titolo abilitativo, quale presupposto imprescindibile 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, integrante in parte qua la disciplina del codice degli appalti, così da costituire il necessario titolo autorizzatorio per lo svolgimento delle prestazioni sanitarie. In altri termini, l'accreditamento 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)"*.

5.4.- Il T.A.R. ha quindi ritenuto che *"il predetto requisito professionale, per abilitare alla partecipazione alle pubbliche gare, debba necessariamente essere rilasciato dalla Regione nel cui ambito territoriale l'operatore sanitario è chiamato a svolgere il servizio oggetto dell'appalto, così escludendosi la sua fungibilità con l'accreditamento concesso da un'altra Regione. Il Giudice delle Leggi (Corte Costituzionale, 09/05/2022, n.113) ha recentemente ricostruito il sistema dell'accreditamento istituzionale nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale, evidenziando come a ciascuna Regione sia rimessa la discrezionalità di fissare i requisiti per il rilascio del titolo concessorio de quo rispetto a quelli minimi indicati dalla normativa nazionale, desumendosi da ciò l'impossibilità di sostenere un'indiscriminata fungibilità fra gli accreditamenti rilasciati da ciascuna singola Regione. Invero, occorre ricordare che la riforma realizzata - in forza della delega di cui all'art. 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421 (Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale) - dal d.lgs. n. 502 del 1992, superando l'assetto delineato dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), ha prefigurato una concorrenza tra le*

prestazioni offerte da strutture pubbliche e private munite dell'accreditamento cosiddetto istituzionale. Detto accreditamento è mirato al riconoscimento del possesso da parte di un soggetto o di un organismo di prescritti specifici requisiti. Nell'assetto originario del d.lgs. n. 502 del 1992, l'accreditamento cosiddetto istituzionale era subordinato al possesso, da parte delle strutture sanitarie, sia pubbliche che private, di determinati standard di qualificazione e si riteneva avesse valenza autorizzatoria vincolata al ricorrere degli stessi. In seguito, l'art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992, introdotto in una prospettiva di riduzione della spesa dal decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 (Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419), ha subordinato, al comma 1, l'accreditamento anche alla funzionalità della struttura richiedente «agli indirizzi di programmazione regionale». Pertanto, nell'assetto attuale, l'accreditamento è strettamente connesso anche alle scelte programmatiche che governano la funzione di contingentamento e di selezione all'ingresso nel Servizio sanitario nazionale (SSN) e più specificamente regionale. Di conseguenza, non tutti i privati in possesso dei requisiti tecnici richiesti hanno diritto a ottenerlo, ma solo quelli la cui attività si inserisce in modo appropriato nella programmazione predisposta dalla singola Regione: sussiste, dunque, una sfera di discrezionalità, attribuita a ciascuna amministrazione regionale, in ordine all'amministrazione nella concessione dell'accreditamento, in considerazione della valutazione circa la rispondenza e l'adeguatezza agli obiettivi della programmazione. L'accreditamento postula oggi non solo una valutazione, di carattere vincolato, circa la sussistenza in capo alla struttura sanitaria dei richiesti standard di qualificazione, ma ne implica, altresì, un'altra, avente carattere discrezionale, correlata alla programmazione regionale, come tale di competenza di ciascuna Regione. In proposito, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che l'accreditamento è un provvedimento di carattere non già autorizzativo, bensì abilitativo-concessorio (Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza 27 febbraio 2018, n. 1206), che si colloca a metà strada tra la concessione di servizio pubblico e l'abilitazione tecnica idoneativa (ex multis, Consiglio di Stato, sezione terza, sentenze 18 ottobre 2021, n. 6954, 30 aprile 2020, n. 2773 e 3 febbraio 2020, n. 824). Mediante l'accreditamento le strutture

*autorizzate acquisiscono lo status di soggetto idoneo a erogare prestazioni e servizi sanitari per conto del SSN nell'ambito della singola Regione concedente. L'abilitazione a fornire, in concreto, prestazioni a carico del SSN segue, invece, solo alla stipula di accordi contrattuali che, ai sensi dell'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992, definiscono programmi di attività, con indicazione dei volumi e delle tipologie di prestazioni erogabili. L'effetto dell'accreditamento, quindi, è quello di abilitare il singolo operatore ad erogare prestazioni sanitarie "per conto" del SSN, il che prelude all'esercizio di attività sanitarie anche "a carico" dello stesso per il tramite della stipula dei successivi accordi contrattuali (Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza 18 ottobre 2021, n. 6954). Ciascuna Regione, in qualità di amministrazione titolare del servizio pubblico di assistenza sanitaria, è il soggetto che concede l'accreditamento ed è chiamata dallo stesso art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992 a stabilire i requisiti, ulteriori a quelli minimi, individuati in via generale da un atto di indirizzo e di coordinamento statale, costituito, ancora all'attualità, dal d.P.R. 14 gennaio 1997 (Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private). Alle Regioni sono pertanto demandate la disciplina delle modalità di accertamento e verifica sul rispetto dei requisiti minimi, l'individuazione di standard addizionali di qualità, che costituiscono requisiti ulteriori per l'accreditamento, nonché la definizione delle procedure per il rilascio dell'accreditamento, per le ipotesi di revoca e per l'esercizio dei controlli. È la stessa legislazione statale a prevedere, infatti, che la Regione, quale soggetto deputato al rilascio del provvedimento di accreditamento delle strutture sanitarie, possa introdurre requisiti di qualificazione ulteriori rispetto a quelli a tal fine contemplati dall'art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992. Come è stato più volte sottolineato dalla Corte Costituzionale, l'individuazione di detti requisiti deve avvenire nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato (sentenze n. 195 e n. 36 del 2021 e n. 161 del 2016). Costituiscono in particolare principi fondamentali in materia di tutela della salute le disposizioni dettate dagli artt. 8-ter, 8-quater e 8-quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992 in tema di autorizzazioni e accreditamenti, con le quali il*



*legislatore statale ha inteso vincolare le strutture socio-sanitarie private all'osservanza di requisiti essenziali, da cui far dipendere l'erogazione di prestazioni riferite alla garanzia di un diritto fondamentale come quello alla salute (sentenza n. 106 del 2020). Alla stregua di quanto già evidenziato, l'art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992 demanda proprio alle Regioni l'individuazione di requisiti ulteriori, sia sul piano tecnico che su quello organizzativo, modulati anche secondo la tipologia delle prestazioni erogate dalle singole strutture. È quindi la stessa normativa statale a limitarsi a dettare i principi generali, consentendo per il resto l'autonomo esplicarsi delle competenze normative regionali negli aspetti di dettaglio riguardanti (anche) l'organizzazione del servizio. In definitiva, il quadro normativo sopra delineato, attribuendo un'ampia discrezionalità a ciascuna Regione nell'individuazione dei requisiti richiesti al fine di conseguire l'accreditamento, mina la fondatezza della sostenuta impostazione censoria, dovendosi escludere che l'accreditamento rilasciato da altre Regioni – nel caso di specie, dalla Regione Lazio – possa reputarsi pienamente e pianamente abilitante allo svolgimento dei servizi sanitari, e quindi alla partecipazione alle gare per l'affidamento in appalto, in un diverso ambito regionale”.*

5.5.- Infine, il T.A.R. ha ritenuto di non accogliere la domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE della questione innanzi delineata, sul rilievo che “è costante l'affermazione nella giurisprudenza unionale secondo cui il sistema dell'accreditamento, tenuto conto della peculiarità de servizi de quibus, è, in parte qua, compatibile con i principi del trattato dell'unione europea. Invero, l'azione unionale nel settore della sanità pubblica è rispettosa di quanto stabilito a livello di Stati membri, benché l'accreditamento si configuri come un sistema di “quasi-mercato”, non essendo ispirato alla concorrenzialità pura e non potendo comunque assurgere all'unico sistema possibile di erogazione dei servizi sanitari, proprio in ragione sia della loro operata qualificazione come “servizi”, sia dell'ampia discrezionalità consentita al legislatore nazionale (da ultimo si veda Corte giustizia UE, sez. IX, 20/06/2019, n. 424)”.

6.- La sentenza costituisce oggetto della domanda di riforma presentata, con l'appello in esame, dalla originaria ricorrente.

6.1.- Questa, premesso che il Disciplinare di gara prescriveva all'art. 8.1 che i concorrenti dovessero attestare, tra i "Requisiti di idoneità", quello consistente nel «b) *Possesso del provvedimento di Accredimento per l'Assistenza Domiciliare Integrata rilasciato dall'Ambito Sociale di appartenenza ex art. 9 del Regolamento Regionale n. 4 del 07/04/2014, relativamente all' "Assistenza Domiciliare Integrata con Servizi Sanitari" di cui alla DGRC n. 107 del 23/04/2014 "Approvazione Catalogo dei Servizi di cui al Regolamento di esecuzione della L.R. 23 ottobre 2007, n. 11", in corso di validità alla data di scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte; ovvero c) possesso di accreditamento ai sensi del Regolamento Regionale 22/06/2007, n. 1 (Regolamento recante la definizione dei requisiti ulteriori e le procedure per l'Accreditamento istituzionale dei soggetti pubblici e privati che erogano attività di Assistenza Specialistica in regime ambulatoriale, in regime di ricovero ed in regime residenziale), in corso di validità alla data di scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte*», deduce che le citate previsioni della *lex specialis*, richiedendo il possesso del titolo di accreditamento rilasciato dalla Regione Campania, risultano prive di ragionevolezza e proporzione rispetto alle finalità perseguite dall'Azienda appellata e agli interessi sottesi alla gara, oltre ad introdurre illegittime e ingiustificate restrizioni su base territoriale, violative dei principi di libera concorrenza e massima partecipazione, di matrice anche euro-unitaria.

6.2.- Essa richiama, a sostegno della sua tesi, la giurisprudenza secondo cui le c.d. clausole di territorialità «*violano in modo non proporzionato i principi di libera concorrenza e di massima partecipazione, di matrice anche eurounitaria, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti razione loci*», dal momento che «*i limiti prima indicati di localizzazione territoriale incidono sulla par condicio della procedura "consentendo la partecipazione solo a imprese che risultino avere una sede entro un ristrettissimo perimetro, con l'effetto di favorire determinati operatori a discapito di altri, senza che detto discrimine appaia giustificato o proporzionato in relazione ad un qualche interesse ritenuto prevalente"*» (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147).

6.3.- Aggiunge la parte appellante che le censurate previsioni della *lex specialis* non sono adeguate, ragionevoli e proporzionate rispetto alla finalità, sottesa all'istituto dell'accreditamento, di garantire che le prestazioni siano rese da operatori qualificati e professionali, tenuto conto del coinvolgimento di un bene fondamentale quale la salute dei cittadini, in quanto tale finalità è soddisfatta mediante la previsione della partecipazione di soggetti che, da un punto di vista sostanziale, siano in possesso delle necessarie capacità professionali e tecniche, attestate dal rilascio dell'accreditamento.

6.4.- La parte appellante rileva altresì che lo stesso Consiglio di Stato, chiamato ad esprimersi sull'analogo affidamento del servizio di "*cura ed assistenza sanitaria in sede domiciliare*", ha statuito che *«deve conclusivamente ritenersi che per le prestazioni di assistenza domiciliare integrata previste dallo schema di disciplinare impugnato in primo grado sia consentito l'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica, alla quale siano ammessi a partecipare i soggetti in possesso dell'accreditamento ex art. 8-bis del d.lgs. 502/1992 e quelli dell'accreditamento ex art. 9 del regolamento regionale 4/2014»* (Consiglio di Stato, Sez. III, 22 novembre 2018, n. 6617, con la quale, precisa la parte appellante, sono stati affermati principi ribaditi in sede di ottemperanza da Consiglio di Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 1985, oltre che con la pronuncia del medesimo giudice del 14 dicembre 2021, n. 8353).

6.5.- Allega quindi la parte appellante che un conto è che l'operatore economico eroghi direttamente i servizi in regime di accreditamento, richiedendosi in tale fattispecie che esso debba essere in possesso del titolo rilasciato dalla Regione in cui opera, un conto è che, come nel caso di specie, l'Amministrazione bandisca una gara ad evidenza pubblica per l'assegnazione dei servizi al miglior offerente, dovendo in tal caso la procedura di gara essere conforme alla normativa e ai principi euro-unitari e nazionali vigenti in materia e, pertanto, prevedere – tra gli altri requisiti di partecipazione – il possesso del titolo di accreditamento senza

limitazioni territoriali di sorta, tanto più che l'affidabilità dell'operatore, nel caso di specie, era attestata dal possesso degli (ulteriori) specifici requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale richiesti dal disciplinare di gara, connessi allo svolgimento di «*servizi analoghi a quelli del settore di attività oggetto dell'appalto (CPV 85141210-4 – Servizi di cure mediche a domicilio)*», fermo restando che, se l'ASL avesse ravvisato la necessità di selezionare esclusivamente operatori in possesso di eventuali requisiti tecnici e organizzativi specificamente previsti dalla normativa regionale della Campania, ben avrebbe potuto farlo prevedendo ulteriori requisiti di capacità tecnica e professionale nel disciplinare di gara.

6.6.- Lamenta ancora la parte appellante che il T.A.R. non ha in alcun modo considerato che l'Azienda appellata ha previsto di aggiudicare l'Accordo Quadro secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del Codice, modulando in maniera stringente le modalità di erogazione del servizio, e che la selezione dell'operatore economico sarebbe stata effettuata sulla base di una relazione tecnica presentata dai concorrenti, la quale avrebbe dovuto essere predisposta sulla base delle caratteristiche richieste negli atti di gara e sarebbe stata valutata in base ai puntuali criteri di valutazione delle offerte tecniche contenuti nel disciplinare di gara.

6.7.- Infine, con riferimento alla mancata devoluzione della questione interpretativa al giudice europeo, deduce la parte appellante che il T.A.R. non avrebbe correttamente inteso la portata della stessa, che non atteneva alla possibilità per i singoli Stati membri di ricorrere all'affidamento dei servizi sanitari in regime di accreditamento, bensì alla possibilità o meno di restringere la partecipazione a una gara pubblica mediante la prescrizione del possesso del titolo di accreditamento

rilasciato da un solo ente territoriale, nonostante l'uniformità della disciplina a livello nazionale.

A fondamento della sua istanza, la parte appellante richiama la giurisprudenza europea in base alla quale *“la giustificazione di una restrizione alle libertà fondamentali garantite dal Trattato presuppone che la misura in questione sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto è necessario per il suo raggiungimento (sentenza Attanasio Group, cit., punto 51 e la giurisprudenza citata). Inoltre, una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico (v., in particolare, sentenze del 10 marzo 2009, Hartlauer, C-169/07, Racc. pag. I-1721, punto 55, e Attanasio Group, cit., punto 51)” (Corte di Giustizia UE 10 maggio 2012, in C-357/10 e C-359/10)”*.

Essa quindi ripropone, in via subordinata, la richiesta di rinvio *ex art. 267 T.F.U.E.* affinché la Corte di Giustizia si pronunci in merito alla compatibilità della censurata previsione di gara con l'art. 58, par. 1, della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE e con l'art. 83, commi 2 e 8, del D. Lgs. n. 50/2016, nonché con i sottesi principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

6.8.- La parte appellante ripropone infine la domanda di risarcimento dei danni proposta in primo grado, allegando, quali profili di pregiudizio meritevoli di ristoro, il lucro cessante, il danno emergente, il danno da perdita di *chance* nonché il danno curriculare e le altre occasioni di lavoro perse, riservandosi di quantificarli in corso di causa.

7.- Si sono costituiti in giudizio, nell'ordine, il Consorzio LUNA, in proprio e quale mandatario della costituenda ATI con la mandante Boetheia Società Cooperativa Sociale Onlus, e l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud.

8.- L'esame dei motivi di appello presuppone il superamento delle plurime questioni processuali sollevate dalle parti resistenti ed intese a conseguire la

declaratoria della inammissibilità/improcedibilità dell'appello ovvero del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e dei relativi motivi aggiunti.

8.1.- Premesso che, per effetto della recente sentenza del T.A.R. per la Campania n. 6064 del 3 ottobre 2022, con la quale è stata annullata la deliberazione aziendale n. 763 del 29 agosto 2022, con la quale la stazione appaltante aveva disposto, per motivi attinenti alla sua correntezza contributiva, la revoca dell'aggiudicazione disposta a favore del Consorzio LUNA, non può negarsi la legittimazione di quest'ultimo a resistere nel presente giudizio al fine di vedere confermata la posizione da esso conseguita nella graduatoria impugnata, e ferma restando la rilevanza *ex officio* delle questioni processuali da esso sollevate, viene in rilievo in primo luogo l'eccezione di inammissibilità, formulata dal suddetto Consorzio, incentrata sulla mancata impugnazione della citata deliberazione ASL n. 763/2022, rettificata con deliberazione n. 775/2022.

L'eccezione è infondata.

A prescindere dalla mancata produzione della delibera n. 775/2022, deve osservarsi che la deliberazione n. 763/2022 - oltre ad avere contenuto meramente confermativo (insieme a quello dichiarativo dell'efficacia) dell'aggiudicazione disposta con la delibera n. 207 del 10 marzo 2022, con la quale l'odierna appellante è stata esclusa dalla gara e da essa impugnata con i motivi aggiunti proposti in primo grado, essendo circoscritto il contenuto dispositivo innovativo della citata delibera n. 763/2022, come si è visto, alla revoca della posizione di aggiudicataria acquisita, per effetto della delibera n. 207/2022, dal predetto Consorzio LUNA - è stata annullata con la citata sentenza n. 6064/2022, rimuovendo ogni ipotetico ostacolo processuale all'esame dell'appello da essa derivante.

In ogni caso, non può non osservarsi, *ad abundantiam*, che la delibera n. 763/2022, essendo priva, per quanto appena detto, di alcun effetto lesivo *ex novo* nei confronti della appellante - ma essendo anzi caratterizzata dalla "riduzione" della ipotetica

portata lesiva della stessa, in conseguenza della revoca dell'aggiudicazione già disposta in favore del Consorzio LUNA (peraltro, coincidente proprio con il concorrente che, essendosi originariamente collocato in sesta posizione nella graduatoria conclusiva redatta dalla stazione appaltante, mediante l'inversione procedimentale da essa attuata, prima della verifica del possesso dei requisiti di ammissione, era subentrato alla odierna appellante, classificatasi in quinta posizione) – non era idonea, fin dalla sua adozione ed a prescindere dal suo postumo travolgimento *ex tunc*, a generare alcun autonomo onere di impugnazione in capo alla ricorrente Cooperativa OSA.

8.2.- Con ulteriore eccezione, comune alle parti resistenti, si contesta alla cooperativa appellante di avere omesso di attivarsi, nelle more della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (ed in particolare nel lasso temporale intercorrente tra la pubblicazione della deliberazione n. 696/2020, di indizione della gara, da un lato, e la data di scadenza del suddetto termine, dall'altro lato, così come in quello intercorso tra la pubblicazione del bando e la suddetta scadenza), ai fini del conseguimento dell'accreditamento nella Regione Campania: ciò nonostante, ai sensi dell'art. 10 del Regolamento Regionale n. 4 del 7 aprile 2014, l'istanza di accreditamento vada presentata con una semplice autodichiarazione ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, corredata da un'ulteriore autocertificazione in ordine al possesso dei requisiti richiesti dagli artt. 7 e 9, prevedendo inoltre il comma 5 che *“l'amministrazione competente rilascia il provvedimento di accreditamento entro sessanta giorni dal ricevimento della istanza...”*.

Aggiungono le parti eccepenti che la mancata attivazione da parte dell'appellante al fine di conseguire il suddetto accreditamento sarebbe indicativo del mancato possesso dei requisiti espressamente previsti dalla disciplina regionale e che comunque il requisito contestato non integra una clausola di territorialità,

considerato che non è richiesto alcun requisito geografico per ottenere l'accreditamento in Campania.

Nemmeno la suddetta eccezione è meritevole di accoglimento.

Deve premettersi che l'eccezione in esame attiene al requisito alternativo di partecipazione alla gara relativo al possesso dell'accreditamento *ex art. 9 Reg. Reg. n. 4/2014*: ciò che si spiega, evidentemente, col fatto che quello cd. istituzionale *ex art. 8-bis ss d.lvo n. 502/1992 e Reg. Reg. n. 1 del 22 giugno 2007* è subordinato, tra l'altro, alla compatibilità con la programmazione regionale, la quale non consente di dare per scontato il suo rilascio a seguito della eventuale presentazione della relativa istanza da parte del soggetto interessato.

Ciò premesso, deve osservarsi che non è affatto dimostrato che il conseguimento dell'accreditamento regionale *ex art. 9 Reg. Reg. n. 4/2014* fosse ottenibile dalla parte appellante attraverso la semplice presentazione di una istanza corredata delle prescritte autocertificazioni, con la conseguenza che la mancata presentazione della stessa da parte della appellante sarebbe spiegabile solo con la consapevolezza della carenza in capo alla stessa dei requisiti all'uopo previsti dalla disciplina regionale.

Basti osservare che l'art. 7 del reg. reg. n. 4/2014, cui rinvia l'art. 9 (*“Requisiti per l'accreditamento”*), contempla tra l'altro la presentazione di una SCIA, destinata a documentare *inter alia* il *“rispetto delle norme generali in materia di urbanistica, edilizia, barriere architettoniche, sicurezza del lavoro, igiene e prevenzione incendi”*, il quale sottende necessariamente, a sua volta, la disponibilità di una sede operativa in relazione alla quale condurre le relative verifiche.

Alla stessa conclusione, in ordine al carattere affatto *“cartolare”* e, quindi, ragionevolmente esigibile, degli adempimenti necessari all'ottenimento dell'accreditamento regionale deve pervenirsi alla luce della prescrizione, contenuta nel medesimo art. 7, secondo cui alla suddetta SCIA deve essere allegato, tra gli altri documenti, l'*“elenco del personale”*, il quale, essendo destinato alla erogazione di



servizi localizzati in ambito regionale, non potrebbe che avere una corrispondente caratterizzazione territoriale: requisito che trova la sua *ratio*, evidentemente, nel fatto che l'accreditamento è destinato a creare un rapporto sistematico con gli Enti preposti alla erogazione dei servizi sociali, attraverso lo stabile inserimento del soggetto accreditato nel relativo sistema organizzativo integrato, che giustifica il possesso di un assetto organizzativo stabile e strutturato, preesistente ai singoli affidamenti.

Né potrebbe sostenersi che la appellante abbia inteso "by-passare" i suddetti requisiti, di cui non sarebbe in possesso, atteso che, da un lato, non è comprovato dalle parti appellate che essi siano richiesti anche per il concorrente accreditamento cd. istituzionale, dall'altro lato, la prima non sostiene di essere esonerata dal possesso dei requisiti necessari all'esecuzione del servizio *de quo*, ma solo che essi non dovrebbero essere mediati dal possesso *a priori* di un corrispondente accreditamento, ma modulati in relazione allo specifico servizio da espletare all'esito della gara di cui si tratta.

I rilievi che precedono consentono anche di affermare che la clausola contestata non è sganciata, come vorrebbero le resistenti, da ogni collegamento di carattere territoriale, essendo sottesa alla stessa, almeno per quanto concerne l'accreditamento ex Reg. Reg. n. 4/2014 (cui, come si è detto, si riferisce l'eccezione esaminata), il possesso, quantomeno, di una struttura organizzativa stabilmente insediata sul territorio regionale.

8.3.- Con ulteriore eccezione, il Consorzio LUNA deduce che l'appellante non dimostra che l'autorizzazione ottenuta in altra Regione consegua ad un accertamento coincidente con quello propedeutico al rilascio del titolo richiesto dalla legge di gara, anche alla luce del fatto che questo ha carattere discrezionale, essendo il suo rilascio correlato e subordinato alla programmazione regionale.

Nemmeno la suddetta eccezione – e la sottostante questione di inammissibilità, rilevabile come si è detto anche *ex officio* – è meritevole di essere condivisa, considerando che sarebbe stato onere della controinteressata allegare gli specifici elementi differenziatori tra l'accreditamento posseduto, come si vedrà, dalla appellante e quello campano, atti a giustificare, ai fini della valutazione della ragionevolezza e del carattere proporzionato della relativa previsione alla luce delle specifiche finalità sottese alla procedura di gara in esame, la prescrizione censurata: differenze che, come si dirà meglio in seguito, non sono risolvibili nella necessaria e biunivoca coerenza dell'accreditamento con la specifica programmazione operata dalla Regione che lo rilascia, trattandosi di esigenza estranea alla procedura di evidenza pubblica in esame.

8.4.- Eccepisce ancora il Consorzio LUNA che il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti sono inammissibili in quanto, pur avendo la ricorrente rilevato di possedere l'accreditamento presso la Regione Lazio, non ha specificato durante la fase procedimentale di quale titolo specifico fosse in possesso, producendo lo stesso solo in fase processuale (in allegato ai motivi aggiunti) e dunque tardivamente.

L'eccezione è infondata, sia perché la parte ricorrente ha prodotto il titolo di accreditamento da essa posseduto già in allegato al ricorso introduttivo (cfr. all. 9 dello stesso), sia perché, come si evince dall'all. 6 della produzione in primo grado di parte ricorrente del 25 marzo 2022, i provvedimenti di accreditamento rilasciati alla Cooperativa OSA dal Commissario *ad acta* per la gestione emergenziale della sanità della Regione Lazio sono stati dalla stessa prodotti, in riscontro alla richiesta della stazione appaltante, già in sede procedimentale (precisamente in data 10 marzo 2022, coincidente con quella del provvedimento di esclusione): né comunque è sostenibile la sussistenza di un onere di produrle in sede procedimentale sanzionabile con l'inammissibilità del gravame, atteso che, alla

stregua della *lex specialis*, gli accreditamenti rilasciati da altre Regioni non avevano rilievo ai fini della partecipazione alla gara.

Né sono condivisibili le ulteriori argomentazioni formulate dalla difesa della ASL appellata al fine di corroborare la tesi della genericità dell'impugnazione, sia nel primo grado che in appello, in quanto non sarebbero indicati i titoli di accreditamento in possesso della ricorrente né le ragioni della loro sovrapposibilità a quello richiesto dalla disciplina di gara.

Invero, il nucleo dell'impugnazione ruota intorno alla tesi della illegittimità della clausola della *lex specialis* prescrivente il possesso dell'accredito regionale valido nella Regione Campania, laddove il possesso di altro accreditamento regionale attiene alla dimostrazione dell'interesse al ricorso, in quanto tale desumibile anche dai documenti prodotti in giudizio a corredo dello stesso: ciò che impone di richiamare, quale documento rilevante ai fini della suddetta verifica, il decreto del Commissario *ad acta* n. U00468 del 27 novembre 2018 di cui all'all. 9 del ricorso introduttivo, il quale, disponendo di “*accredito il servizio di assistenza domiciliare rivolto a persone parzialmente, temporaneamente o totalmente non autosufficienti*”, consente agevolmente di apprezzare la coincidenza del servizio accreditato con quello oggetto di gara (basti osservare che l'oggetto del predetto accreditamento riguarda proprio le “*cure domiciliari*” ex art. 22 D.P.C.M. 12 gennaio 2017, destinate “*alle persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità, con patologie in atto o esiti delle stesse*” e rappresentate da “*percorsi assistenziali a domicilio costituiti dall'insieme organizzato di trattamenti medici, riabilitativi, infermieristici e di aiuto infermieristico necessari per stabilizzare il quadro clinico, limitare il declino funzionale e migliorare la qualità della vita*”).

8.5.- Con ulteriore eccezione, il Consorzio LUNA deduce che il ricorso è divenuto improcedibile in conseguenza della sua mancata notifica ai controinteressati successivamente alla emanazione della determina dirigenziale n. 396 del 6 aprile 2021, recante l'elenco dei soggetti ammessi e non ammessi al prosieguo delle

operazioni di gara, evidenziando che alcuni concorrenti, i quali si sono premuniti dell'accreditamento presso la Regione Campania, avrebbero interesse a conservare la disciplina della *lex specialis* contestata dalla parte ricorrente.

Nemmeno la suddetta eccezione è meritevole di accoglimento.

In primo luogo, il rispetto degli oneri processuali, compresi quelli finalizzati alla garanzia della pienezza e della integrità del contraddittorio, deve essere verificato con riferimento alla data della introduzione del giudizio, non essendo previsti dall'ordinamento adempimenti notificatori successivi e correlati al verificarsi di ulteriori eventi e progressioni procedimentali.

In secondo luogo, la veste di soggetto ammesso alla gara non è idonea a fondare il capo allo stesso alcun interesse qualificato, tale da richiedere il suo necessario coinvolgimento processuale, non essendo foriero della acquisizione nel relativo patrimonio giuridico di alcuna utilità sostanzialmente – *recte*, non solo proceduralmente – afferrabile: né tale utilità potrebbe ravvisarsi nel predicato interesse alla “*conservazione della disciplina di gara*”, come assume il Consorzio resistente, tanto più in quanto la Coop Nuova SAIR Onlus ed il Consorzio di Libere Imprese Società Cooperativa Consorzio Sociale Onlus, che secondo la prospettazione della parte resistente ne sarebbero portatori, si sono collocati in graduatoria in posizione peggiore rispetto alla ricorrente.

8.6.- Sostiene ancora il Consorzio LUNA che il ricorso per motivi aggiunti sarebbe inammissibile per violazione del principio di autosufficienza, non avendo riportato i motivi con i quali la ricorrente ha censurato la *lex specialis*.

L'eccezione è infondata, essendo sufficiente osservare che i motivi aggiunti non sono esenti dalla critica, sostanzialmente ripropositiva di quella formulata con il ricorso introduttivo, avverso le contestate previsioni del disciplinare di gara (cfr., ad es., pag. 9 dei motivi aggiunti, laddove si afferma che “*una simile previsione di gara da cui è scaturita la decisione della ASL di escludere OSA dalla procedura sia del tutto priva di*

*ragionevolezza e proporzione rispetto alle finalità perseguite dall'Azienda Sanitaria procedente e agli interessi sottesi alla gara*").

9.- Nel merito, l'appello, e quindi il ricorso introduttivo del giudizio così come i successivi motivi aggiunti, sono meritevoli di accoglimento, in tale direzione dovendo riformarsi la sentenza appellata.

10.- Deve premettersi che è controversa la legittimità della clausola della *lex specialis* della gara indetta dalla ASL Napoli 3 Sud in vista della stipula di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di cure domiciliari per i pazienti residenti nel territorio della medesima ASL, con la quale viene richiesto, alternativamente (cfr. art. 8.1 del disciplinare), quale "*requisito di idoneità*", il possesso del provvedimento di Accreditamento per l'Assistenza Domiciliare Integrata rilasciato dall'Ambito Sociale di appartenenza ex art. 9 del Regolamento Regionale n. 4 del 7 aprile 2014, di cui alla DGRC n. 107 del 23 aprile 2014, in corso di validità alla data di scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, ovvero dell'accREDITAMENTO ai sensi del Regolamento Regionale 22 giugno 2007, n. 1 ("*Regolamento recante la definizione dei requisiti ulteriori e le procedure per l'AccREDITAMENTO istituzionale dei soggetti pubblici e privati che erogano attività di Assistenza Specialistica in regime ambulatoriale, in regime di ricovero ed in regime residenziale*"), in corso di validità alla data di scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte.

11.- La *res iudicanda* attiene, in particolare, al secondo dei requisiti alternativamente previsti dalla *lex specialis*, rappresentato dall'accREDITAMENTO istituzionale ex art. 8-bis d.lvo n. 502/1992 e specificato dalla Regione Campania, quanto alle procedure da seguire ed ai "*requisiti ulteriori*" da possedere al fine di conseguirlo, con il Reg. regionale n. 1 del 22 giugno 2007: ciò in quanto, imperniando la parte ricorrente le sue allegazioni difensive sulla tesi secondo cui l'accREDITAMENTO sarebbe sì

necessario ai fini idoneativi, ma senza limitazioni di carattere territoriale-regionale, presupposto logico della stessa è la ammissibilità ai fini partecipativi, oltre che il possesso in concreto, di un titolo di accreditamento rilasciato da altra Regione (nella specie, dalla Regione Lazio), quale non potrebbe evidentemente configurarsi (e comunque non viene allegato) relativamente allo speciale accreditamento regionale disciplinato dall'art. 9 del Reg. reg. n. 4 del 7 aprile 2014, attuativo *in parte qua* dell'art. 8, comma 2, lettera *d*), l.r. Campania 23 ottobre 2007, n.11 (“Legge per la dignità e la cittadinanza sociale. Attuazione della legge 8 novembre 2000, n. 328”), ai sensi del quale il regolamento disciplina *“le procedure, le condizioni, i requisiti soggettivi e strutturali, i criteri di qualità, per l’autorizzazione, l’accreditamento e la vigilanza delle strutture e dei soggetti che provvedono alla gestione e all’offerta degli interventi e dei servizi del sistema integrato, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi...”*.

12.- Deve premettersi, sul piano sistematico, che l’attività sanitaria o socio-sanitaria è erogabile in regime privatistico (*recte*, autorizzatorio) ovvero, quando sia funzionale ad assicurare i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, diretto (allorché vi provvedano i *“presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico”*, ex art. 8-*bis*, comma 1, d.lvo n. 502/1992) o *“per conto”*, allorquando sia espletata dai soggetti accreditati ex art. 8-*quater* d.lvo n. 502/1992, eventualmente *“a carico”* del Servizio Sanitario Nazionale sulla base degli *“accordi contrattuali”* di cui all’art. 8-*quinqies* d.lvo n. 502/1992 (art. 8-*bis*, comma 3, d.lvo cit.).

13.- L’accreditamento, in particolare, costituisce un titolo – o, in chiave oggettiva, una modalità di esecuzione del servizio - di carattere abilitativo-concessorio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 27 febbraio 2018, n. 1206), mediante il/la quale un soggetto privato viene *“attratto”* entro la sfera organizzativa pubblicistica del servizio pubblico sanitario, acquisendo la conseguente legittimazione ad operare *“in luogo”* dell’Amministrazione, originaria ed istituzionale titolare della

funzione assistenziale, e riversando i costi del servizio a carico della stessa, secondo i criteri ed entro i limiti prefissati a livello contrattuale (*“L’effetto dell’accreditamento, quindi, è quello di abilitare il singolo operatore ad erogare prestazioni sanitarie “per conto” del SSN, il che prelude all’esercizio di attività sanitarie anche “a carico” dello stesso per il tramite della stipula dei successivi accordi contrattuali”*: Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 18 ottobre 2021, n. 6954).

14.- Esso, da un punto di vista funzionale, istituisce un rapporto privilegiato, sebbene non esclusivo, tra l’Amministrazione concedente e l’erogatore privato, che, dal punto di vista della qualità del servizio e della sua rispondenza ai relativi obiettivi di efficacia ed appropriatezza, viene ad essere alla stessa completamente equiparato, creando le premesse per il corretto esercizio da parte dei cittadini, ai sensi dell’art. 8-bis, comma 2, d.lvo cit., della loro *“libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell’ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali”*.

15.- Il sistema dell’accreditamento risponde altresì ad esigenze di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa, esonerando l’Amministrazione dall’onere di verificare, in occasione della concreta erogazione delle prestazioni (sulla scorta, si ripete, delle intese contrattuali intervenute con i soggetti accreditati) e fermo restando il suo potere di controllo e vigilanza sulle modalità di svolgimento del servizio, la sussistenza dei relativi requisiti qualitativi, tecnici ed organizzativi.

16.- L’intima connessione che l’accreditamento è idoneo ad istituire tra Amministrazione e soggetti privati che ne sono titolari si evince dal fatto che la stipulazione degli accordi contrattuali di cui all’art. 8-*quinquies* d.lvo n. 502/1992 non presuppone lo svolgimento di procedure di evidenza pubblica strettamente intese, sia alla luce dell’accertamento “a monte” dei requisiti di qualificazione che esso è idoneo ad attestare, sia per il carattere intrinsecamente limitato della partecipazione alle eventuali gare da esso derivante: conclusione, questa,

meritevole di (parziale) rimeditazione a seguito dell'introduzione nel citato articolo, per effetto dell'art. 15, comma 1, lett. b), n. 1), l. 5 agosto 2022, n. 118, del comma 1-bis, ai sensi del quale *“i soggetti privati di cui al comma 1 sono individuati, ai fini della stipula degli accordi contrattuali, mediante procedure trasparenti, eque e non discriminatorie, previa pubblicazione da parte delle regioni di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione, che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare. La selezione di tali soggetti deve essere effettuata periodicamente, tenuto conto della programmazione sanitaria regionale e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta; a tali fini si tiene conto altresì dell'effettiva alimentazione in maniera continuativa e tempestiva del fascicolo sanitario elettronico (FSE) ai sensi dell'articolo 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, secondo le modalità definite ai sensi del comma 7 del medesimo articolo 12, nonché degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e monitoraggio per la valutazione delle attività erogate, le cui modalità sono definite con il decreto di cui all'articolo 8-quater, comma 7”*.

17.- Deve solo aggiungersi che il sistema dell'accreditamento, essendo destinato a definire il perimetro soggettivo delle strutture, pubbliche e private, deputate alla erogazione dei servizi sanitari in forma diretta o *“per conto”*, risponde necessariamente ad una logica di contingentamento e razionalizzazione, come è fatto evidente dal disposto dell'art. 8-quater, comma 1, primo periodo d.lvo n. 502/1992, ai sensi del quale esso viene assentito in favore dei richiedenti *“subordinatamente alla loro rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti”* (cfr., sul punto, Corte Costituzionale, 9 maggio 2022, n.113: *“nell'assetto attuale, l'accreditamento è strettamente connesso anche alle scelte programmatiche che governano la funzione di contingentamento e di selezione all'ingresso nel Servizio sanitario nazionale (SSN) e più specificamente regionale. Di conseguenza, non tutti i*



*privati in possesso dei requisiti tecnici richiesti hanno diritto a ottenerlo, ma solo quelli la cui attività si inserisce in modo appropriato nella programmazione regionale: sussiste, dunque, una sfera di discrezionalità dell'amministrazione nella concessione dell'accreditamento, in considerazione della valutazione della rispondenza e adeguatezza agli obiettivi della programmazione").*

18.- Proprio da tale annotazione devono prendersi le mosse al fine di marcare la distinzione tra accreditamento (e relativi susseguenti accordi contrattuali) e procedure di evidenza pubblica quali sistemi di erogazione di servizi sanitari o socio-sanitari.

Deve infatti rilevarsi che, con riferimento a tale seconda (pacificamente ammessa, e comunque non contestata nel presente giudizio) modalità di fornitura dei suddetti servizi, non ricorra l'esigenza di contingentamento – funzionale a garantire la coerenza con il fabbisogno di assistenza – propria dell'accreditamento, quantomeno nella sua prospettiva regionale (cui la verifica di compatibilità con le esigenze di programmazione è strettamente correlata), la quale anzi si rivela stridente con la connotazione essenziale del procedimento di gara, siccome finalizzato a stimolare ed accrescere la concorrenza in vista del rafforzamento del mercato e della tutela dell'interesse dell'Amministrazione alla acquisizione del servizio massimizzandone le caratteristiche di efficacia, qualità ed economicità.

19.- A diversa conclusione deve pervenirsi in relazione alla componente propriamente "*idoneativa*" dell'accreditamento, siccome finalizzato all'accertamento del possesso in capo all'accreditando dei necessari requisiti tecnici, organizzativi e qualitativi, la cui definizione "*ulteriore*", rispetto agli *standards* nazionali, compete alle Regioni nell'esercizio della loro competenza (legislativa) concorrente in materia sanitaria, *ex art. 117, comma 3, Cost.*

20.- Tuttavia, anche a non voler aderire alla tesi (estrema) secondo la quale la previsione del requisito dell'accreditamento regionale non si impone, ai fini della

partecipazione alle gare aventi ad oggetto servizi sanitari o socio-sanitari, quale requisito *ex lege* – come invece indubitabilmente avviene laddove venga in rilievo quale atto presupposto per la valida stipulazione degli accordi contrattuali *ex art. 8-quinquies* d.lvo n. 502/1992, costituendo un elemento indefettibile della relativa serie procedimentale – è difficile sottrarsi a quella (mediana) in base alla quale esso non deve necessariamente riflettere, allorché venga in rilievo nella suddetta funzione selettiva, le esigenze sottese alla specifica programmazione della Regione nel cui ambito opera la stazione appaltante.

21.- In tale ambito, infatti, la prescrizione di gara avente ad oggetto lo specifico accreditamento regionale può trovare fondamento legittimante solo nel corretto esercizio da parte della stazione appaltante della discrezionalità di cui è investita ai fini della configurazione della disciplina di gara, conformemente ai criteri dettati dall'art. 83, comma 2, d.lvo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), a mente del quale *“i requisiti e le capacità di cui al comma 1 (quindi, anche i “requisiti di idoneità professionale” di cui alla lett. a), tra i quali a tenore dello stesso disciplinare di gara si iscrive quello di cui si tratta, n.d.e.) sono attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”*.

22.- Tale conclusione interpretativa si fonda sul rilievo che, se la valutazione della coerenza con la programmazione regionale del fabbisogno assistenziale costituisce il *proprium* della potestà dispositiva delle Regioni, allorquando invece l'accreditamento venga in rilievo quale requisito idoneativo per la partecipazione alle gare, esso non può essere inteso nella sua ristretta dimensione territoriale, se non altro perché, essendo la salute un bene meritevole di essere tutelato, nel suo nucleo essenziale, secondo *standards* qualitativi uniformi sull'intero territorio nazionale, deve ragionevolmente presumersi che esso sia adeguatamente realizzato laddove la capacità di soddisfare quegli *standards* sia stata accertata sulla base dei

requisiti di accreditamento previsti a livello nazionale e nella ulteriore eventuale declinazione, specificativa o integrativa, che ne abbia dato ognuno degli Enti che compongono il quadro istituzionale regionale.

23.- Così inquadrato il *thema decidendum*, ne discende che l'accreditamento rilasciato da altra Regione – e, nella specie, dalla Regione Lazio, dalla cui autorità commissariale promanano i n. 7 titoli di accreditamento conseguiti dalla appellante OSA relativamente alle cure domiciliari *de quibus*, i quali si differenziano, come si evince dalla relativa documentazione (cfr. all. n. 6 dei motivi aggiunti), esclusivamente in relazione alle sedi operative di pertinenza della appellante – deve quantomeno presumibilmente ritenersi avere la necessaria attitudine idoneativa, in mancanza di congrue allegazioni contrarie delle parti resistenti – non assumendo rilievo per quanto detto, da questo punto di vista, la verifica di compatibilità con il fabbisogno, esso sì necessariamente differenziato in relazione all'ambito regionale considerato – intese ad evidenziare i profili differenziali (tra l'accreditamento rilasciato dalla Regione Campania e quello promanante da altre Regioni, ed in particolare, nella specie, dalla Regione Lazio) e la loro eventuale rilevanza, nel rispetto dei menzionati criteri dettati dal Codice dei contratti pubblici, ai fini della corretta esecuzione delle prestazioni assistenziali di cui si tratta.

24.- Peraltro, come evidenziato dalla Corte Costituzionale con la sentenza citata, “è la stessa legislazione statale a prevedere, infatti, che la Regione, quale soggetto deputato al rilascio del provvedimento di accreditamento delle strutture sanitarie, possa introdurre requisiti di qualificazione ulteriori rispetto a quelli a tal fine contemplati dall'art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992. Come è stato più volte sottolineato da questa Corte, l'individuazione di detti requisiti deve avvenire nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato (sentenze n. 195 e n. 36 del 2021 e n. 161 del 2016). Costituiscono in particolare principi fondamentali in materia di tutela della salute le disposizioni dettate dagli artt. 8-ter, 8-quater e 8-quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992 in tema di autorizzazioni e accreditamenti, con le quali il legislatore

*statale ha inteso vincolare le strutture socio-sanitarie private all'osservanza di requisiti essenziali, dai quali far dipendere l'erogazione di prestazioni riferite alla garanzia di un diritto fondamentale come quello alla salute (sentenza n. 106 del 2020). Alla stregua di quanto già evidenziato, l'art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992 demanda proprio alle Regioni l'individuazione di requisiti ulteriori, sia sul piano tecnico che su quello organizzativo, modulati anche secondo la tipologia delle prestazioni erogate dalle singole strutture. È quindi la stessa normativa statale a limitarsi a dettare i principi generali, consentendo per il resto l'autonomo esplicarsi delle competenze normative regionali negli aspetti di dettaglio riguardanti (anche) l'organizzazione del servizio":* ciò a dimostrazione del fatto che l'accreditamento, così come disciplinato a livello nazionale, è di per sé idoneo a garantire la tutela del diritto alla salute nel suo nucleo essenziale, assumendo i requisiti di qualificazione previsti in sede regionale il ruolo di specificazione "ulteriore" di quelli nazionali, la cui rilevanza al fine di garantire la corretta esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento deve costituire per quanto detto, a tutela dell'esigenza di garantire la più ampia partecipazione alle gare ed il conseguente più efficace funzionamento della dinamica concorrenziale, oggetto di verifica puntuale da parte della stazione appaltante, coerentemente con i richiamati principi di cui all'art. 83, comma 2, d.lvo n. 50/2016.

25.- Peraltro, se così non fosse, la procedura di evidenza pubblica si rivelerebbe un duplicato del sistema di affidamento mediante accreditamento, riproducendo i limiti di contingentamento ad esso, come si è detto, connaturati.

26.- Non riveste rilievo decisivo, in senso contrario, la nota del Direttore Regionale della Salute e Politiche Sociali della Regione Lazio prot. n. 0511197 dell'11 ottobre 2017, richiamata da entrambe le parti resistenti, avente ad oggetto "Precisazioni in ordine al contenuto del DCA 283/2017 in materia di accreditamento per le attività di cure domiciliari ex art. 22 LEA", laddove afferma che "il soggetto che richiede l'accreditamento deve essere in possesso di idonea e valida autorizzazione all'esercizio di Attività di assistenza

*domiciliare integrata rilasciata dalla Regione Lazio” (risposta al quesito n. 17) e che “il presupposto ai fini dell’accreditamento è il titolo autorizzativo rilasciato dalla Regione Lazio alla stregua di requisiti prefissati” (risposta al quesito n. 22).*

Premesso che l’assunto secondo cui *“l’accreditamento, rilasciato da ciascuna Regione, ha valenza nel solo territorio regionale in cui è stata rilasciato, non potendo ritenere valido l’accreditamento rilasciato da altre Regioni”* è una interpolazione difensiva delle parti resistenti, non rinvenendosene traccia testuale nella nota suindicata, deve osservarsi che essa si limita ad affermare il principio secondo cui il rilascio dell’accreditamento regionale è subordinato al possesso dell’autorizzazione assentita dalla medesima Regione, laddove nella specie l’accreditamento non viene in rilievo quale presupposto (esclusivo ed auto-sufficiente, salva la stipula degli accordi contrattuali *ex art. 21-quinquies* d.lvo n. 502/1992 ai fini dell’esecuzione *“a carico”* del SSN) per lo svolgimento dell’attività sanitaria all’interno della Regione, ma quale *“requisito idoneativo”* ai fini della partecipazione alla gara, il cui esito favorevole (e non il mero accreditamento) costituisce il titolo legittimante l’erogazione delle prestazioni socio-sanitarie.

27.- Ulteriore conferma di quanto esposto si ricava dall’art. 1 Reg. Reg. n. 1/2007, laddove prescrive che *“l’accreditamento istituzionale ha come obiettivo la regolazione dell’ingresso nel mercato sanitario dei soggetti che intendano erogare prestazioni per conto del Servizio Sanitario Nazionale, attivando un processo permanente di promozione e miglioramento della qualità dei servizi sanitari e socio sanitari. Esso costituisce parte integrante di una articolata sequenza di istituti, strettamente collegati e da considerare in modo unitario, disciplinati dagli articoli da 8-bis a 8-quinquies e dall’art.8-octies del D.Lgs 30 dicembre 1992, n°502, così come introdotti dal D.Lgs19 giugno 1999, n°229; in tale sequenza le diverse fasi concernono l’autorizzazione delle strutture sanitarie alla realizzazione ed all’esercizio, l’accreditamento istituzionale, la stipula degli accordi contrattuali, l’attivazione di un sistema di monitoraggio e controllo sul mantenimento dei requisiti, sulla qualità dell’assistenza e sull’appropriatezza delle*

*prestazioni rese, nonché sul rispetto degli accordi contrattuali?*”: si evince infatti da tale previsione uno stretto collegamento, per quanto di interesse, tra accreditamento ed accordi contrattuali, da cui deve invece ritenersi estranea la modalità di affidamento incentrata sul ricorso a procedure di evidenza pubblica.

28.- A diverse conclusioni dovrebbe pervenirsi per quanto concerne l’accreditamento *ex Reg. reg. n. 4/2014*, il cui art. 2 (“*Definizioni*”) prevede, alla lett. e), che si intende per accreditamento “*il provvedimento che abilita all’esercizio dei servizi il cui costo si pone, in tutto o in parte, a carico della pubblica amministrazione*”, individuandolo quale requisito abilitante indipendentemente dalle modalità di affidamento (le quali, ai sensi dell’art. 44 l.r. Campania 23 ottobre 2007, n. 11, “*Legge per la dignità e la cittadinanza sociale. Attuazione della legge 8 novembre 2000, n. 328*”, devono ispirarsi ai principi europei e nazionali in tema di evidenza pubblica): tuttavia, come si è detto, la *lex specialis* della gara in esame configura la suddetta tipologia di accreditamento come requisito di idoneità alternativo a quello di tipo istituzionale, il quale quindi, nella versione non territorialmente limitata, riveste il ruolo di requisito idoneativo sufficiente ai fini della partecipazione alla gara in esame, per le ragioni in precedenza illustrate.

29.- Deve solo aggiungersi che le conclusioni cui è pervenuto il Collegio sono conformi ai principi già affermati dalla Sezione *in subiecta materia*, come enucleati in particolare dalla sentenza 14 dicembre 2021, n. 8353, laddove si afferma (cfr. par. 13.8.) che “*il possesso dell’accreditamento rilasciato da altre Regioni - nel caso di specie, dalla Regione Lombardia - si pone quale requisito di affidabilità ulteriore, pienamente e pianamente abilitante anche in altre Regioni (...) essendo la previsione del possesso di accreditamento istituzionale regionale collegata anche alla presupposta autorizzazione regionale, un soggetto autorizzato ed accreditato in Lombardia - come è nel caso di specie - deve essere necessariamente ammesso alla partecipazione alla gara per l’affidamento dell’appalto, di cui si controverte, perché i*

*requisiti per ottenere l'autorizzazione sanitaria e l'accreditamento non differiscono da Regione a Regione".*

Minor peso assumono invece, ai fini della presente controversia, le pronunce della Sezione nn. 1985 del 20 marzo 2020 e n. 6617 del 22 novembre 2018, con le quali è stato affermato il (diverso e qui non risolutivo) principio della equiparabilità dell'accreditamento *ex Reg. reg. n. 4/2014* a quello istituzionale ai fini partecipativi alle gare aventi ad oggetto le cure domiciliari.

30.- La domanda di annullamento proposta in primo grado deve quindi essere accolta.

Può conseguentemente prescindersi dalla questione pregiudiziale indicata, in via peraltro subordinata, dalla parte appellante.

31.- Deve essere invece respinta la domanda di condanna al risarcimento del danno, non essendo comprovata la sussistenza di pregiudizi non rimossi dalla presente statuizione caducatoria.

32.- La complessità interpretative delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sull'appello n. 6972/2022, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e dei successivi motivi aggiunti, ai fini della riammissione alla gara della società cooperativa ricorrente.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Ezio Fedullo**

**IL PRESIDENTE**

**Raffaele Greco**

**IL SEGRETARIO**