

Sull'assoggettamento degli ospedali cd. "classificati" all'obbligo di gara.

di Daniela Dell'Oro

Data di pubblicazione: 20-3-2019

1. È a titolo oneroso l'affidamento diretto ad un determinato operatore economico, senza gara, di un finanziamento interamente finalizzato alla fabbricazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente da detto operatore a diverse amministrazioni.

2. Gli "ospedali classificati" - anche se non sono soggetti al regime dell'accreditamento e operano nell'ambito del servizio sanitario nazionale direttamente erogando le prestazioni - non si possono ritenere, a tutti gli effetti, nell'ordinamento nazionale equiparati ad un soggetto pubblico, con riferimento al rapporto di lavoro dei dipendenti e alla inapplicabilità del diritto europeo e nazionale sugli appalti pubblici in caso siano essi stessi committenti di contratti di lavori, servizi e forniture.

I precedenti:

C.G.U.E., sentenza del 18 ottobre 2018 C 606/17, sentenza n. 159/11 del 12 dicembre 2012; sentenza n. 107/98 del 18 novembre 1999; sentenza n. 26/03 dell'11 gennaio 2005, C.S., Sez. III, sentenza n. 4631 del 2017.

Guida alla lettura

La controversia esaminata dal Consiglio di Stato prende le mosse dall'impugnazione dell'affidamento diretto di un contratto di fornitura a titolo oneroso ad un ospedale proposta da un'impresa operatrice del settore ed ha condotto all'approfondimento, anche in base all'orientamento della giurisprudenza eurounitaria, della duplice questione della natura onerosa dell'affidamento della fornitura del radio farmaco e della sussistenza dell'obbligo di gara a carico della struttura ospedaliera cd. classificata.

Discostandosi dall'impostazione seguita dal giudice di prime cure, che ha qualificato in termini totalmente pubblicistici l'ospedale classificato e ha definito gratuito l'affidamento della fornitura del radio farmaco, la III Sezione ne ha affermato la natura onerosa, anche sulla base di una interpretazione sostanziale della nozione di onerosità, comunque comprensiva anche dei vantaggi economici che il fornitore riceve da altra amministrazione pubblica interessata alla esecuzione del rapporto, in ragione delle sue finalità istituzionali.

Inoltre, ha sollevato le seguenti questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, per chiarire se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

(articoli 1 e 2 della Direttiva 2004/18/CE):

1. *“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; e se sia illegittima “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. *“osti 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”.*

La Corte di Giustizia ha rilevato che:

1. *la nozione di «**contratti a titolo oneroso**» ricomprende la decisione mediante la quale un’amministrazione aggiudicatrice attribuisce ad un determinato operatore economico direttamente, e dunque senza previo esperimento di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, un finanziamento interamente finalizzato alla fabbricazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente da detto operatore a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di qualsiasi corrispettivo a favore dell’operatore stesso, ad eccezione del versamento, a titolo di spese di trasporto, di un importo forfettario;*
2. ***È illegittima “una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, la quale, 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, li sottrae alla disciplina nazionale e a quella dell’Unione in materia di appalti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell’attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti”.***

Di conseguenza, il Collegio ha risolto la questione relativa all'affermazione di legittimità del mancato esperimento di una procedura ad evidenza pubblica applicando l'impostazione della Corte di Giustizia, che, come accennato, si è pronunciata su entrambe le questioni poste dal giudice nazionale nel senso dell'applicazione alla fattispecie oggetto della controversia della disciplina comunitaria sugli appalti pubblici.

E sinteticamente:

1. Si afferma l'onerosità del contratto, sulla base della esistenza di un finanziamento, ritenendo irrilevante che tale finanziamento sia di gran lunga inferiore al costo della fornitura, valorizzando la circostanza che "i costi di fabbricazione e di distribuzione del suddetto prodotto non siano interamente compensati dalla sovvenzione" ovvero "dalle spese di trasporto che possono essere fatturate" dalle amministrazioni per il trasporto.
2. Data la contrarietà alla disciplina comunitaria degli appalti di una normativa nazionale che equiparando gli ospedali classificati agli ospedali pubblici li escluda dall'applicazione della disciplina nazionale e comunitaria sugli appalti pubblici, si considera illegittimo l'affidamento diretto di una fornitura, anche nei casi in cui gli ospedali classificati siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti.

La Sezione, per completezza di esame, richiama la propria giurisprudenza che **esclude la applicazione della disciplina sugli appalti solo** in presenza di **contratti stipulati:**

- tra due "entità pubbliche" al fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi)

- o tra un'entità pubblica che soddisfa le condizioni stabilite dall'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18 per essere qualificata come **«amministrazione aggiudicatrice» e un soggetto giuridicamente distinto dall'entità suddetta**, qualora quest'ultima eserciti su tale soggetto **un controllo analogo** a quello che essa esercita sui propri servizi e questo soggetto realizzi **la parte essenziale** delle proprie attività con l'entità o le entità che la detengono escludendo che gli ospedali classificati, in base alla disciplina nazionale, possano ritenersi a tali fini soggetti pubblici.

In linea con i principi affermati dalla Corte di Giustizia, dev'essere, quindi, esclusa la completa equiparazione degli ospedali cd. "classificati" al regime degli ospedali pubblici, a prescindere dall'inserimento nella programmazione del servizio sanitario regionale della Regione.

Gli ospedali classificati, dunque, anche se non sono soggetti al regime dell'accreditamento e operano nell'ambito del servizio sanitario nazionale direttamente erogando le prestazioni, sulla base di accordi con le regioni - ai sensi dell'art. 8 *quinquies* comma 2 *quater* del d.lgs. n. 502 del 1992 - non si possono ritenere, a tutti gli effetti, nell'ordinamento nazionale **equiparati ad un soggetto pubblico**, con riferimento al rapporto di lavoro dei dipendenti e alla inapplicabilità del diritto europeo e nazionale sugli appalti pubblici in caso siano essi stessi

committenti di contratti di lavori, servizi e forniture.

Ne consegue l'illegittimità dell'affidamento diretto della fornitura in questione, senza l'esperimento delle prescritte procedure di gara, perché disposta in violazione della disciplina nazionale ed eurounitaria sugli appalti.

REPUBBLICA ITALIANA

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 6767 del 2016, proposto da IBA Molecular Italy S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu, Mauro Turrini, con domicilio eletto presso lo studio Bird & Bird in Roma, via Flaminia 133;

contro

Regione Veneto, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristina Zampieri, Ezio Zanon, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5;

Azienda Ulss n.3 già Azienda Ulss 12 Veneziana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Cacciavillani, con domicilio eletto presso l'avv. Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello 55;

Ministero della Salute, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ospedale dell'Angelo di Mestre non costituito in giudizio;

nei confronti

Ospedale Classificato Sacro Cuore - Don Calabria di Negrar, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Chiara Cacciavillani, con domicilio eletto presso lo studio Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello 55;

Azienda Ulss 22 di Bussolengo non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo del Lazio, sede di Roma, Sezione III quater n. 4772/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura triennale del radiofarmaco 18-FDG (fluorodesossiglucosio) per la durata di tre anni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ulss n.3 già Azienda Ulss 12 Veneziana, della Regione Veneto, del Ministero della Salute e dell'Ospedale Classificato Sacro Cuore - Don Calabria di Negrar;

Vista la sentenza parziale n. 4631 del 4 ottobre 2017 con cui sono state respinte alcune censure ed è stata rimessa una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea;

Vista la sentenza della Corte di Giustizia C 606/2017 del 18 ottobre 2018;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2019 il Cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti gli avvocati Federico Marini Balestra su delega di Simone Cadeddu, Chiara Cacciavillani, Andrea Manzi e l'Avvocato dello Stato Carla Colelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso di primo grado, proposto al Tribunale Amministrativo del Lazio, sede di Roma, la società IBA Molecular Italy s.r.l., attuale appellante, deducendo di essere una società specializzata nella produzione del radiofarmaco e di avere sottoscritto contratti di fornitura anche con aziende ospedaliere della Regione Veneto, impugnava i provvedimenti e gli atti convenzionali (non conosciuti) con i quali la Unità Sanitaria Locale USLL n. 12 di Venezia e l'Ospedale dell'Angelo di Mestre (entrambe strutture sanitarie pubbliche) avevano affidato direttamente all'Ospedale Classificato Sacro Cuore – Don Calabria di Negrar (struttura sanitaria di ispirazione religiosa, formalmente privata, ancorché inserita nel sistema pubblico della programmazione sanitaria della Regione Veneto, sulla base di apposita convenzione, nella sua qualità di ospedale classificato equiparato, riconosciuto Presidio Ospedaliero dell'Azienda ULSS di Bussolengo), senza il previo esperimento di una gara pubblica, la fornitura gratuita del radiofarmaco 18F-FDG – fluorodesossiglucosio - per la durata di tre anni, con il solo costo del trasporto del prodotto a carico delle amministrazioni destinatarie della fornitura. Impugnava, altresì, le delibere della Giunta Regionale del Veneto n. 286 del 10 marzo 2015; n. 2122 del 19 novembre 2013 e n. 1334 del 28 luglio 2014. In particolare, con la delibera n. 286/2015, la Regione Veneto aveva approvato la convenzione tipo del contratto di fornitura e destinato all'Ospedale Sacro Cuore di Negrar un finanziamento di funzione di € 700.000 a fronte dell'impegno da questo assunto di fornire gratuitamente a tutte le aziende

sanitarie venete il radiofarmaco F18F-FDG, oltre al rimborso, da parte dei singoli ospedali aderenti, delle spese di trasporto (€ 180 per singolo invio).

La delibera n. 1334 del 2014 “autorizzazione ad Aziende ULSS e ad Aziende ospedaliere delle richieste sottoposte a parere di congruità della Commissione regionale per l’investimento in tecnologie edilizie” è stata impugnata nella parte relativa all’autorizzazione rilasciata all’ospedale di Negrar alla installazione di un ciclotrone; la delibera n. 2122 del 2013 “adeguamento delle schede di dotazione ospedaliera delle strutture pubbliche e private accreditate di cui alla legge regionale 39/93 e definizione delle schede di dotazione territoriale delle unità organizzative e delle strutture di ricovero intermedie ”è stata impugnata nella parte relativa all’inserimento dell’Ospedale di Negrar nella rete ospedaliera del Veneto.

L’impugnativa proposta da IBA si estendeva anche al decreto del 19 novembre 2003 del Ministero della Salute relativo all’autorizzazione alla produzione del radiofarmaco.

Pertanto, l’IBA, nella sua qualità di soggetto operatore economico del mercato di riferimento, dichiarava di avere un preciso e attuale interesse all’annullamento del contestato affidamento diretto all’ospedale di Negrar, nonché degli altri provvedimenti regionali e statali connessi, e al conseguente svolgimento di una selezione pubblica del fornitore del prodotto, secondo le regole imposte dalla direttiva 2004/18 e della disciplina nazionale di cui al codice dei contratti pubblici n. 163/2006, all’epoca vigenti; deduceva che la combinazione degli atti adottati dalle amministrazioni intime si configurava, nella sua sostanza economica, come un illegittimo affidamento diretto oneroso di una fornitura ad un soggetto privato, poiché era evidente il collegamento tra il disposto finanziamento regionale e la produzione del radiofarmaco; inoltre, a rafforzare il prospettato carattere oneroso del rapporto, IBA sottolineava che le strutture sanitarie destinatarie della fornitura erano comunque tenute al pagamento, in favore dell’ospedale Sacro Cuore- Don Calabria, delle spese di trasporto del prodotto.

La ricorrente proponeva una pluralità di censure, incentrate, fra l’altro, sulla violazione dell’art. 2 della Direttiva 2004/18, degli artt. 49, 56, 105 ss. del Trattato UE, degli artt. 2 e 27 del d.lgs. n. 163/2006, dei principi di concorrenza, economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, nonché di tutti i principi generali in materia di evidenza pubblica.

IBA aggiungeva, in subordine, che anche l’asserita natura gratuita della fornitura non avrebbe consentito, in ogni caso, di procedere mediante il censurato affidamento diretto, considerando i vantaggi in termini di immagine e pubblicitari conseguibili dal fornitore del radiofarmaco.

IBA deduceva, poi, ulteriori motivi di censura, riferiti alla disciplina statale della produzione del radiofarmaco.

Il Tribunale respingeva il ricorso, affermando che la fornitura in contestazione doveva ritenersi essenzialmente gratuita, poiché non vi era nesso di diretta corrispettività tra il finanziamento e l’assegnazione dei prodotti ai singoli presidi ospedalieri pubblici, mentre il rimborso dei costi di trasporto, oltre tutto di importo modesto, “*naturaliter*, va accollato al soggetto beneficiario della fornitura gratuita.” Non si era in presenza, dunque, di un illegittimo affidamento diretto della

fornitura ad un operatore economico, in quanto il rapporto giuridico contestato da IBA si atteggiava come una particolare modalità organizzativa del servizio sanitario pubblico, attenendo al fisiologico sviluppo delle relazioni istituzionali tra le amministrazioni regionali e gli Ospedali Classificati o equiparati, i quali, nonostante la loro natura formalmente privata, collegata alla loro origine assistenziale religiosa, sono stabilmente inseriti nel sistema del servizio sanitario pubblico, sulla base di apposite convenzioni previste dalla speciale legislazione statale sanitaria, che, tradizionalmente, intende valorizzare la vocazione assistenziale di interesse generale svolta da qualificate istituzioni ospedaliere private, anche di ispirazione religiosa. “L’inserimento funzionale dell’Ospedale Sacro Cuore di Negrar nella rete pubblica del S.S.R (Servizio Sanitario Regionale). vale a collocare tale struttura, per quanto qui interessa, al di fuori del sistema concorrenziale tra aziende private accreditate nonché dalle regole e dagli interessi che lo connotano, assegnandole invece un ruolo di autoproduzione e fornitura non onerosa del radiofarmaco, coerente con la funzione sovra provinciale assegnata in sede di programmazione regionale, del tutto interno al sistema sanitario pubblico e in un rapporto di sostanziale equiordinazione esclusivamente con le altre strutture aventi analoga natura. Proprio per tale ragione, nessun vantaggio, neppure indiretto, l’Ospedale Sacro Cuore potrebbe ritrarre dall’attività di fornitura in questione, non potendo questo procedere...alla commercializzazione del farmaco e, comunque, al suo collocamento sul mercato o, comunque, all’esterno del sistema pubblico con criteri di economicità e di remunerazione.” La sentenza respingeva, con analitica motivazione, tutte le ulteriori censure prospettate dalla parte ricorrente relative alla mancanza di autorizzazione all’immissione in commercio e condannava l’appellante al pagamento delle spese di giudizio.

Con l’atto di appello la IBA Molecular ha riproposto le censure del ricorso di primo grado.

In particolare:

-erroneità della sentenza nella parte in cui ha equiparato l’ospedale di Negrar ad un ospedale pubblico;

-erroneità della sentenza nella valutazione della gratuità della fornitura e rispetto alla violazione dell’art. 12 della legge n. 241 del 1990 e alla violazione del divieto di aiuti di stato;

-insufficienza e contraddittorietà della motivazione relativamente all’affermazione di legittimità del mancato esperimento di un procedura ad evidenza pubblica;

-erroneità, insufficienza e contraddittorietà della motivazione nella parte relativa alla produzione del radio farmaco da parte dell’ospedale di Negrar senza Autorizzazione alla immissione in commercio.

Si sono costituiti il Ministero della Salute con atto di stile; la Azienda Ulss n.3 già Azienda Ulss 12 Veneziana, la Regione Veneto, e l’Ospedale Classificato Sacro Cuore - Don Calabria di Negrar, che hanno eccepito l’improcedibilità dell’appello, essendo sopravvenuta una nuova deliberazione della Giunta Regionale del Veneto (n. 1737 del 2 novembre 2016, depositata nel presente giudizio) che ha riorganizzato la fornitura del radiofarmaco, attribuendola sia all’ospedale Sacro Cuore Don Calabria che alla Ulss di Asolo in base all’ambito territoriale di

riferimento (Veneto occidentale per l'ospedale Don Calabria; Veneto orientale per l'azienda sanitaria di Asolo) e ha previsto un finanziamento di 700.000 euro per l'Ulss Asolo per l'anno 2017; hanno poi, comunque, contestato la fondatezza dell'appello.

Con ordinanza cautelare del 23 settembre 2016 è stata respinta la domanda di sospensione della sentenza impugnata, in relazione alla prevalenza dell'interesse pubblico alla prosecuzione del servizio.

All'udienza pubblica del 6 luglio 2017 la parte appellante ha depositato copia del ricorso proposto al Tribunale amministrativo regionale del Lazio avverso tale delibera del 2016 inviato alla notifica il 5 luglio 2017 e l'appello è stato trattenuto in decisione.

Con la sentenza parziale n. 4631 del 4 ottobre 2017 la Sezione in via preliminare ha respinto l'eccezione di improcedibilità dell'impugnazione, sollevata dalle parti appellate, affermando che la sopravvenuta delibera regionale del 2 novembre 2016 ha, comunque, confermato il ruolo dell'Ospedale Classificato Sacro Cuore di Negrar in ordine alla fornitura diretta del radiofarmaco, pur estendendola anche ad altri soggetti del servizio sanitario regionale; inoltre, in quanto la delibera regionale del 2 novembre 2016 risulta impugnata in primo grado. Ha, poi, respinto le censure indipendenti dalla disciplina eurounitaria di riferimento e ha sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

In particolare con la sentenza parziale sono state respinte le seguenti censure:

- il motivo con cui IBA Molecular aveva dedotto che il contestato finanziamento a funzione sarebbe stato attribuito in violazione dell'art. 12 della l. n. 241/1990, "posto che la disciplina di tale erogazione va integralmente attinta dalle diverse ed esclusive fonti normative evocate dalle amministrazioni appellate (art. 8-sexies d.lgs. n. 502/1992, D.G.R. n. 4855/1998 e n. 4081/2000), concernenti la disciplina del rapporto convenzionale in atto";

- il motivo relativo alla produzione e la distribuzione del radiofarmaco in assenza della prescritta Autorizzazione all'immissione in commercio, non essendo necessariamente richiesta l'autorizzazione anche per effettuare la fornitura gratuita in questione esclusivamente per la finalità di autoproduzione del sistema pubblico; inoltre, poiché l'attività di preparazione del radiofarmaco può essere autorizzata, come avvenuto nel caso di specie, ai sensi dell'art. 1 del d.m. 19 novembre 2003, norma ritenuta applicabile e che prevede che "la preparazione del radiofarmaco [18F] FDG può essere effettuata presso i centri di medicina nucleare delle strutture sanitarie pubbliche e private accreditate che risultano dotati di tomografo PET, di ciclotrone con annesso ambiente adibito all'allestimento di preparazioni radio farmaceutiche, di servizio di farmacia e di personale in possesso dei titoli di specializzazione, nel rispetto delle vigenti disposizioni normative in materia" (comma 1) e che "la disponibilità del radio farmaco, preparato secondo le indicazioni di cui al comma 1, è assicurata nei centri di medicina nucleare in questione, nonché nei centri PET, a condizione che questi ultimi siano forniti di tomografo già in attività o in via di sviluppo, tramite una rete di distribuzione diretta, nel rispetto dei previsti requisiti di qualità e di sicurezza, con particolare riferimento a quelli previsti dall'art. 5 della legge 31 gennaio 1962, n. 1860, e successive modificazioni" (comma 4).

La Sezione, ritenendo la natura onerosa dell'affidamento della fornitura del radio farmaco - anche sulla base di una interpretazione sostanziale della nozione di onerosità, comunque comprensiva anche dei vantaggi economici che il fornitore riceve da altra amministrazione pubblica interessata alla esecuzione del rapporto, in ragione delle sue finalità istituzionali- e non condividendo la qualificazione operata dal giudice di primo grado in termini totalmente pubblicistici dell'ospedale classificato, ha sollevato le seguenti questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia:

“se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli articoli 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”;

“se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli articoli 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”; ha, dunque, sospeso il presente giudizio.

La Corte di Giustizia si è pronunciata con la sentenza (C 606/17) del 18 ottobre 2018 affermando:

-sulla prima questione, che “ l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «contratti a titolo oneroso» ricomprende la decisione mediante la quale un'amministrazione aggiudicatrice attribuisce ad un determinato operatore economico direttamente, e dunque senza previo esperimento di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, un finanziamento interamente finalizzato alla fabbricazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente da detto operatore a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di qualsiasi corrispettivo a favore dell'operatore stesso, ad eccezione del versamento, a titolo di spese di trasporto, di un importo forfettario di EUR 180 per ciascun invio;

- sulla seconda questione che “l’articolo 1, paragrafo 2, lettera a), e l’articolo 2 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, la quale, 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, li sottrae alla disciplina nazionale e a quella dell’Unione in materia di appalti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell’attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti”.

Su istanza dell’appellante è stata, quindi, fissata l’udienza pubblica per la definizione del giudizio, in vista della quale la Regione Veneto nella memoria ha insistito per il rigetto dell’appello; la Azienda sanitaria e l’ospedale Don Calabria hanno rilevato il residuo interesse solo ad una pronuncia di mero accertamento, avendo perso efficacia le delibere e gli atti impugnati; la appellante ha concluso per l’accoglimento dell’appello con accertamento della illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Come sopra evidenziato, con la sentenza n. 4631 del 2017, sono stati già respinti i motivi di appello relativi alla erroneità, insufficienza e contraddittorietà della motivazione nella parte relativa alla produzione del radio farmaco da parte dell’ospedale di Negrar e alla violazione dell’art. 12 della legge n. 241 del 1990 e del divieto di aiuti di stato.

Residuano, dunque, quale motivi d’appello da esaminare quelli relativi alla erroneità della sentenza nella parte in cui ha equiparato l’ospedale di Negrar ad un ospedale pubblico e alla insufficienza e contraddittorietà della motivazione relativamente all’affermazione di legittimità del mancato esperimento di un procedura ad evidenza pubblica.

Tali questioni non possono che essere risolte sulla base delle indicazioni rese dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 18 ottobre 2018.

La Corte si è pronunciata su entrambe le questioni poste dal giudice nazionale nel senso dell’applicazione alla fattispecie oggetto della controversa della disciplina comunitaria sugli appalti pubblici.

In particolare, sulla prima questione posta con la sentenza della Sezione n. 4631 del 2017, la Corte ha espressamente qualificato il contratto a titolo oneroso, sulla base della esistenza di un finanziamento, ritenendo irrilevante, sotto tale profilo, che tale finanziamento sia di gran lunga inferiore al costo della fornitura; ha, infatti, espressamente operato tale qualificazione facendo riferimento alla circostanza che “i costi di fabbricazione e di distribuzione del suddetto prodotto non siano interamente compensati dalla sovvenzione” ovvero “dalle spese di trasporto che possono essere fatturate” dalle amministrazioni per il trasporto.

L’applicazione di quanto affermato dalla Corte di Giustizia comporta che con la delibera n. 286 del 2015 la Regione ha proceduto all’affidamento diretto di un contratto di fornitura a titolo

oneroso a favore dell'ospedale Sacro Cuore Don Calabria di Negrar.

Rispetto alla seconda questione, la Corte ha espressamente affermato la contrarietà alla disciplina comunitaria degli appalti di una normativa nazionale che equiparando gli ospedali classificati agli ospedali 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", li escluda dall'applicazione della disciplina nazionale e comunitaria sugli appalti pubblici (anche nei casi in cui gli ospedali classificati siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti).

Ha infatti richiamato la propria giurisprudenza che esclude la applicazione della disciplina sugli appalti solo in presenza di contratti stipulati tra due "entità pubbliche" al fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi (sentenza Câ€159/11 del 12 dicembre 2012) o tra un'entità pubblica che soddisfa le condizioni stabilite dall'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18 per essere qualificata come «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi di tale direttiva e un soggetto giuridicamente distinto dall'entità suddetta, qualora quest'ultima eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e questo soggetto realizzi la parte essenziale delle proprie attività con l'entità o le entità che la detengono (sentenza del 18 novembre 1999, Câ€107/98; sentenza dell'11 gennaio 2005, , Câ€26/03), escludendo che gli ospedali classificati, in base alla disciplina nazionale, possano ritenersi a tali fini soggetti pubblici.

Non rimane al Collegio, dunque, che dare applicazione a tali principi affermati dalla Corte di Giustizia, con la conseguenza di escludere la completa equiparazione degli ospedali cd. "classificati" al regime degli ospedali pubblici sostenuta dal giudice di primo grado e desunta, in particolare dall'inserimento nella programmazione del servizio sanitario regionale della Regione Veneto 2012-2016 con la legge regionale n. 23 del 2012 ed attuata con la D.G.R. n. 2122/2013.

Gli ospedali classificati, dunque, anche se non sono soggetti al regime dell'accreditamento e operano nell'ambito del servizio sanitario nazionale direttamente erogando le prestazioni, sulla base di accordi con le regioni ai sensi dell'art. 8 *quinquies* comma 2 *quater* del d.lgs. n. 502 del 1992, non si possono ritenere, a tutti gli effetti, nell'ordinamento nazionale equiparati ad un soggetto pubblico, come peraltro, già evidenziato nella sentenza n. 4631 del 2017, con riferimento al rapporto di lavoro dei dipendenti e alla inapplicabilità del diritto europeo e nazionale sugli appalti pubblici in caso siano essi stessi committenti di contratti di lavori, servizi e forniture.

Diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado, quindi, in applicazione di quanto affermato dalla Corte di Giustizia, si deve ritenere che la qualifica di ospedale classificato e l'inserimento dell'ospedale di Negrar nella rete ospedaliera del Servizio sanitario regionale non consentivano la possibilità di attribuire a tale ospedale la fornitura di un prodotto nei confronti di altri ospedali e aziende sanitarie della Regione, senza l'esperimento delle

prescritte procedure di gara. Tale attribuzione, operata con la delibera della Regione Veneto n. 286 del 2015 e con gli atti convenzionali a valle stipulati, ha integrato l'affidamento diretto di una fornitura in violazione della disciplina nazionale ed eurounitaria sugli appalti.

L'appello è, quindi, fondato e deve essere accolto con annullamento degli atti impugnati, nei limiti dell'interesse fatto valere dall'appellante ovvero allo svolgimento di una procedura concorsuale per l'affidamento della fornitura del radiofarmaco.

Ne consegue l'annullamento della sola delibera regionale n. 286 del 2015.

La delibera n. 2122 del 2013 riguarda, infatti, la organizzazione del servizio sanitario regionale del Veneto ed è stato impugnato nella parte relativa all'inserimento dell'ospedale di Negrar nella rete ospedaliera della Regione Veneto; la delibera n. 1334 del 28 luglio 2014 riguarda il rilascio all'ospedale Sacro Cuore dell'autorizzazione alla installazione di un ciclotrone per la produzione del radiofarmaco.

Si tratta, dunque, di atti, rispetto ai quali non sussiste l'interesse dell'appellante, quale impresa operante nel settore della produzione del radiofarmaco.

Quanto alle Convenzioni stipulate dall'Ospedale Sacro Cuore- Don Calabria con la Unità Sanitaria Locale USLL n. 12 di Venezia e l'Ospedale dell'Angelo di Mestre (peraltro non depositate nel presente giudizio), per l'affidamento triennale della fornitura, si tratta di atti sottoscritti, secondo quanto dedotto nel ricorso di primo grado, in data anteriore alla proposizione del ricorso stesso (inviato quindi alla notifica il 30 aprile 2015), che hanno, dunque, integralmente esaurito i loro effetti contrattuali.

In considerazione della particolarità e complessità della questione, che ha comportato anche la rimessione alla Corte di Giustizia, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati in primo grado nei limiti di cui in motivazione.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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