

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana

Prot. n. 4396 /105/11/2016 del 28 FEB. 2017 Pos. Coll. e Coord. n. 10

Assessorato regionale della Salute
Dipartimento regionale per la pianificazione
strategica
Area 3 - Affari giuridici
Palermo
(rif. note 30/8/2016, n. 69411 e 14/02/2017, n. 13673)

Oggetto: *Fondazione Maugeri – convenzione con ARNAS Civico.*

1. Con la nota in riferimento si rappresenta che con D.A. 19 dicembre 2003, n. 2377 l'Assessore regionale per la sanità "ha approvato il protocollo di intenti stipulato in data 12.02.2003 con la Fondazione 'Maugeri' di Pavia (Clinica del Lavoro e della Riabilitazione – I.R.C.S.S), nonché il progetto di massima presentato dalla stessa Fondazione il primo luglio 2003 per l'erogazione di prestazioni di riabilitazione presso alcuni presidi ospedalieri pubblici della Sicilia".

Il Dirigente generale pro-tempore di codesto Dipartimento, con nota del 14 dicembre 2015, poi reiterata da altre "in riscontro ad una richiesta dell'ARNAS Civico, ha ritenuto di poter prendere in considerazione la possibilità di procedere ad una convezione tra quest'ultima e la Fondazione Maugeri, nonostante il sopravvenuto art. 21 comma 1 della l.r. n. 5/2009 che fa divieto alle Aziende del Servizio sanitario regionale e agli enti pubblici del settore di affidare mediante appalto di servizio consulenze esterne l'espletamento di funzioni, il cui esercizio rientra nelle competenze di uffici o di unità produttive aziendali, fatte salve ... eventuali deroghe al divieto ...".

Nel dicembre del 2015 la Fondazione ha avanzato la richiesta di nulla osta alla stipula della

convenzione con l'ARNAS Civico, richiamando il protocollo di intenti approvato con il citato D.A. n. 2377/03, finalizzata alla realizzazione e gestione dei posti di riabilitazione in dotazione alla stessa Azienda.

Al quadro di riferimento si aggiunge che il TAR Palermo, ha rigettato con sentenza n. 1237/05 *“un ricorso presentato da AIOP e da diverse strutture riabilitative accreditate con il S.S.R. avverso il protocollo di intenti del 2003, ha escluso che nella fattispecie la scelta del soggetto prestatore avvenisse con l'osservanza delle regole di evidenza pubblica, trattandosi di erogazione di prestazioni di alta specialità nel campo della riabilitazione”*.

Il TAR ha altresì riconosciuto che nel caso specifico ricorre la *“tipologia dell'accordo atipico che trova la sua giustificazione nella generale capacità degli enti pubblici interessati, nonché in riscontri normativi specifici rinvenibili sia nelle disposizioni sugli I.R.C.C.S., a cui appartiene Maugeri, sia nella previsione di cui all'art. 9 bis del D.Lgs. n. 502/1992 e s.m.i. che ammette la possibilità di sperimentazioni gestionali, a cui invero non si è fatto ricorso in sede di stipula dell'accordo”*.

Avverso detta sentenza è stato proposto appello al C.G.A., che con sentenza n. 89/07 *“ha condiviso il quadro argomentativo del giudice di primo grado”*.

Ciò posto, *“avuto riguardo al tempo trascorso dei predetti pronunciamenti e ai diversi orientamenti giurisprudenziali in materia”* tra cui diverse recenti pronunce del TAR Palermo *“che hanno ritenuto applicabile al settore sanitario la normativa comunitaria in tema di libero mercato”*, si chiede l'avviso di questo Ufficio *“al fine dell'estensione del protocollo di intenti del 2003 - sia pure alle diverse condizioni economiche di cui al D.A. n. 285 del 21 febbraio 2011 e s.m.i. - ad una struttura in esso non originariamente contemplata, ferma restando ... l'attualità dei profili attinenti alla didattica e alla ricerca scientifica, i soli profili che possono giustificare il rapporto di convenzionamento diretto con l'I.R.C.C.S.”*.

Su indicazione di codesto Assessorato l'esame del parere è stato sospeso, e a seguito della nota di questo Ufficio 2 febbraio 2017, n. 2306, il Dipartimento in indirizzo ha confermato, con nota 14 febbraio 2017, n. 13673, che la richiesta riveste ancora carattere di attualità, facendo ulteriormente presente che *“con rogito notarile 28 giugno 2016 (allegato in copia) ... la Fondazione Salvatore Maugeri Clinica del Lavoro e della Riabilitazione ha conferito alla società Istituti Clinici Scientifici s.p.a. l'Azienda rappresentata nel suo complesso di attività, passività, contratti e rapporti giuridici in genere, afferenti l'attività sanitaria e di*

ricerca e, in generale, l'attività commerciale presso le strutture ospedaliere e di laboratorio".

Si evidenzia, in particolare, che l'art. 4 dell'atto notarile di conferimento prevede il subentro della società conferita ~~ria~~ in tutti i rapporti e contratti tipici o atipici "eseguiti o da eseguire o in corso di esecuzione ... esistenti alla data di efficacia ... 1 ottobre 2016".

Infine, fa presente che "in riscontro ad una specifica richiesta delle A.SS.PP. di Messina ed Agrigento ... e formulata a seguito del subentro della Società Istituti Clinici Scientifici alla Fondazione Maugeri, è intendimento dell'Assessorato comunicare alle stesse Aziende di non ravvisare in atto la sussistenza di motivi ostativi alla prosecuzione dei rapporti in essere nei termini contrattualmente previsti".

2. Va preliminarmente osservato che questo Ufficio è istituzionalmente competente a rendere pareri sulla interpretazione o sull'applicazione di norme regionali (di fonte legislativa o regolamentare), e non anche ad esprimersi in ordine alla legittimità e/o correttezza di atti o provvedimenti gestionali, riconducibili esclusivamente alla potestà discrezionale del richiedente. Nell'ottica di una fattiva collaborazione tra Dipartimenti, vengono rappresentate, tuttavia, le seguenti considerazioni utili all'assunzione di decisioni di esclusiva competenza.

3. Con D.A. 19 dicembre 2003, n. 2377, è stato approvato il protocollo di intenti stipulato, in data 12.2.2003, tra l'Assessorato regionale della sanità (ora Assessorato regionale della salute) e la Fondazione 'Maugeri' di Pavia (Clinica del Lavoro e della Riabilitazione - I.R.C.S.S), nonché il progetto di massima presentato dalla stessa Fondazione il primo luglio 2003 per l'erogazione di prestazioni di riabilitazione presso alcuni presidi ospedalieri pubblici della Sicilia.

Il protocollo di intenti del 2003 è stato poi integrato e parzialmente modificato con i decreti assessoriali 21 febbraio 2011, n. 285 e 19 aprile 2013.

La legittimità del suddetto accordo è stata sottoposta al vaglio del giudice amministrativo a seguito del ricorso presentato dall'AIOP (Associazione Italiana Ospedalità Privata) e da altri soggetti privati.

Il ricorso è stato affidato a diverse censure, tra cui quella di "violazione delle norme in materia di appalti di servizi ed in particolare degli artt.1,2, e 3 del D.L.vo n. 157/1995,

come richiamato dall'art. 7 della L.r. n. 7/2002".

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione 2^a di Palermo, con sentenza n. 1237/05 del 18 luglio 2005 ha respinto il suddetto ricorso, ed il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con decisione n. 89/07 del 2 marzo 2007, ha integralmente rigettato il successivo appello, in quanto infondato.

In particolare il C.G.A. ha condiviso il quadro argomentativo del giudice di primo grado, ritenendo preferibile *“come esattamente rilevato dal TAR, ricondurre il modello contrattuale allo schema dell'accordo atipico, frutto dell'autonomia negoziale di diritto privato di cui sono titolari anche le amministrazioni pubbliche, ma d'altro canto connotato (anche sul piano degli interessi pubblici) da peculiari ed indeclinabili profili di intuitus personale, legati al livello qualitativo delle prestazioni dedotte, nonché all'inerenza alle stesse di profili attinenti alla didattica e alla ricerca scientifica, tali da giustificare (questi ultimi) il ricorso ad un rapporto di convenzionamento diretto con Istituto di Ricovero e Cura a carattere scientifico (I.R.C.S.S.), secondo un modello scrivibile anche alla disciplina di cui all'art. 42¹ delle legge n. 833/1978 e dell'art. 1 del D.Lgs. n. 269/1993².*

¹ Legge n. 833/1978 - Art. 42 (Istituti di ricovero e di cura a carattere scientifico) (51)



Le disposizioni del presente articolo si applicano agli istituti che insieme a prestazioni sanitarie di ricovero e cura svolgono specifiche attività di ricerca scientifica biomedica.

Il riconoscimento del carattere scientifico di detti istituti è effettuato con decreto del Ministro della sanità di intesa con il Ministro della pubblica istruzione, sentite le regioni interessate e il Consiglio sanitario nazionale.

Detti istituti per la parte assistenziale sono considerati presidi ospedalieri multizonali delle unità sanitarie locali nel cui territorio sono ubicati.

Nei confronti di detti istituti, per la parte assistenziale, spettano alle regioni le funzioni che esse esercitano nei confronti dei presidi ospedalieri delle unità sanitarie locali o delle case di cura private a seconda che si tratti di istituti aventi personalità giuridica di diritto pubblico o di istituti aventi personalità giuridica di diritto privato. Continuano ad essere esercitate dai competenti organi dello Stato le funzioni attinenti al regime giuridico-amministrativo degli istituti.

Per gli istituti aventi personalità giuridica di diritto privato sono stipulate dalle regioni convenzioni per assistenza sanitaria, sulla base di schemi tipo approvati dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della sanità, sentito il Consiglio sanitario nazionale, che tengano conto delle particolarità di detti istituti. I rapporti tra detti istituti e le regioni sono regolati secondo quanto previsto dagli articoli 41, 43 e 44 della presente legge. (49)

Il controllo sulle deliberazioni degli istituti aventi personalità giuridica di diritto pubblico, per quanto attiene alle attività assistenziali è esercitato nelle forme indicate dal primo comma dell'articolo 49. L'annullamento delle deliberazioni adottate in deroga alle disposizioni regionali non è consentito ove la deroga sia stata autorizzata con specifico riguardo alle finalità scientifiche dell'istituto, mediante decreto del Ministro della sanità di concerto con il Ministro della ricerca scientifica.

[Il Governo è delegato ad emanare, entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge uno o più decreti aventi valore di legge, per disciplinare:

a) la composizione degli organi di amministrazione degli istituti con personalità giuridica di diritto pubblico, che dovrà prevedere la presenza di rappresentanti delle regioni e delle unità sanitarie locali competenti per territorio;

b) i sistemi di controllo sugli atti relativi all'attività non assistenziale, sia per gli istituti aventi personalità giuridica di diritto pubblico che per quelli aventi personalità giuridica di diritto privato, nel rispetto della loro autonomia;

c) le procedure per la formazione dei programmi di ricerca biomedica degli istituti di diritto pubblico e le modalità di finanziamento dei programmi stessi, prevedendo in particolare il loro inserimento in piani di ricerca, coordinati a livello nazionale e articolati per settore di ricerca, definiti di intesa tra i Ministri della sanità, della pubblica istruzione e per la ricerca scientifica, sentito il Consiglio sanitario nazionale, anche con riferimento agli obiettivi indicati nel piano sanitario nazionale; con riferimento a detti piani, il Ministro della sanità potrà stipulare apposite convenzioni con gli istituti di diritto privato per l'attuazione dei programmi di ricerca;

d) la disciplina dello stato giuridico e del trattamento economico del personale degli istituti aventi personalità giuridica di diritto pubblico in coerenza con quello del personale del servizio sanitario nazionale. (48) (50)]

[Sino all'adozione dei decreti ministeriali di cui ai successivi commi non è consentito il riconoscimento di nuovi istituti di ricovero e cura a carattere scientifico. (48)]

[Entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge il Ministro della sanità, di concerto con il Ministro della pubblica istruzione, previa verifica dell'attività di ricerca scientifica svolta, sentiti il Consiglio sanitario nazionale e la Commissione composta da 10 deputati e 10 senatori prevista all'art. 79, provvede con proprio decreto al riordino degli istituti di cui al presente articolo in relazione alle finalità e agli obiettivi del servizio sanitario nazionale, confermando o meno gli attuali riconoscimenti. (48)]

[Gli istituti a carattere scientifico aventi personalità giuridica di diritto pubblico, ai quali non viene confermato il riconoscimento, perdono



Successivamente alle suddette decisioni, l'art. 21 della l.r. 14 aprile 2009, n. 5 ha introdotto un generale divieto per le Aziende del Servizio sanitario regionale e per gli enti pubblici del settore di esternalizzazione di funzioni, disponendo, al comma 1, che *“È fatto divieto alle Aziende del Servizio sanitario regionale ed agli enti pubblici del settore di affidare mediante appalto di servizi o con consulenze esterne l'espletamento di funzioni il cui esercizio rientra nelle competenze di uffici o di unità operative aziendali”*.

Il secondo comma prevede che *“Nei casi di comprovata necessità derivante da carenza di organico degli uffici o unità operative ovvero per cause non ascrivibili a scelte della direzione generale, è possibile derogare al divieto di cui al comma 1, con provvedimento del direttore generale adeguatamente motivato e nel rispetto delle modalità previste dal comma 6 dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche ed integrazioni, da sottoporre alla preventiva approvazione dell'Assessorato regionale della sanità e da comunicare successivamente alla Corte dei conti.*

Infine, il terzo comma, prevede che *“la violazione delle disposizioni di cui ai commi precedenti comporta diretta responsabilità, anche patrimoniale, del direttore generale”*.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 1/2008 ha specificato, poi, che anche per le prestazioni sociosanitarie, intese come attività atte a soddisfare bisogni di salute della persona, ossia di cura e assistenza di persone assistite dal S.S.N. (art. 3 septies commi 1 e 2, D.lgs n. 502 del 1992) resta la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario.

L'affidamento di servizi socio-sanitari, prosegue il Consiglio di Stato, ancorché non

la personalità giuridica; con lo stesso decreto di cui al precedente comma i beni, le attrezzature ed il personale, nonché i rapporti giuridici in atto, sono trasferiti ai sensi degli articoli 66 e 68. Ove gli istituti ai quali non è confermato il riconoscimento abbiano personalità giuridica di diritto privato, gli stessi sono disciplinati ai sensi del successivo articolo 43. (48)]

(48) Comma abrogato dall'art. 8, comma 1, D.Lgs. 30 giugno 1993, n. 269, con efficacia dalla entrata in vigore dei regolamenti previsti dal predetto decreto, in relazione alle materie di rispettiva competenza, ai sensi di quanto disposto dal comma 2 del medesimo art. 8, D.Lgs. 269/1993.

(49) Con D.P.C.M. 12 dicembre 1986 è stato approvato lo schema-tipo di convenzione tra regioni ed istituti di ricovero e cura a carattere scientifico aventi personalità giuridica di diritto privato.

(50) Vedi il D.P.R. 31 luglio 1980, n. 617.

(51) Per il rinnovo delle deleghe previste dal presente articolo, vedi l'art. 2, L. 29 febbraio 1980, n. 33.

2

D.Lgs. 30-6-1993 n. 269

Riordinamento degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera h), della L. 23 ottobre 1992, n.

421.

Art. 1 - Natura e finalità.

1. Gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico sono enti nazionali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, e perseguono finalità di ricerca nel campo biomedico ed in quello della organizzazione e gestione dei servizi sanitari, insieme con prestazioni di ricovero e cura.

2. Gli istituti hanno personalità giuridica di diritto pubblico o di diritto privato.

3. Le strutture ed i presidi ospedalieri degli istituti sono qualificati ospedali di rilievo nazionale e di alta specializzazione e assoggettati alla disciplina per questi prevista, compatibilmente con le finalità peculiari di ciascun istituto.

4. Gli istituti forniscono agli organi ed enti del Servizio sanitario nazionale il supporto tecnico ed operativo per l'esercizio delle loro funzioni e per il perseguimento degli obiettivi del piano sanitario nazionale in materia di ricerca sanitaria, nonché di formazione continua del personale.

riconducibili immediatamente alla disciplina comunitaria e nazionale specificamente riferita ai contratti pubblici di servizi, deve seguire in ogni caso la procedura ristretta di cui codice dei contratti pubblici, nonchè rispettare i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Posto il quadro normativo e giurisprudenziale sopra rappresentato, si evidenzia che, da un lato, il protocollo di intenti in esame, nella sua formulazione originaria, ha esplicitamente superato il vaglio del giudice amministrativo, poiché, come visto, l'accordo sarebbe riconducibile allo schema dell'accordo atipico, legato al livello qualitativo delle prestazioni dedotte, nonché all'inerenza alle stesse di profili attinenti alla didattica e alla ricerca scientifica, tali da giustificare (questi ultimi) il ricorso ad un rapporto di convenzionamento diretto con Istituto di Ricovero e Cura a carattere scientifico (I.R.C.S.S.).

Dall'altro lato, tuttavia, la legislazione regionale adottata successivamente all'emanazione delle suddette sentenze, e la giurisprudenza costante formatasi in materia di affidamento di prestazioni sanitarie, *in primis* la riportata decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, suscitano perplessità e dubbi, e suggeriscono, ad ogni modo, particolare cautela, ad estendere l'accordo in esame a soggetti non originariamente contemplati nello stesso.

Non secondaria, infine, appare, nell'ambito di attività sempre riconducibili esclusivamente alla competenza degli Organi di amministrazione attiva, un'attuale verifica del carattere scientifico, delle aree di ricerca, nonché di provvedimenti autorizzativi ministeriali riferiti alla Fondazione in argomento e del trasferimento della qualifica di IRCSS dalla medesima Fondazione alla odierna società subentrata, anche relativamente alle sedi delle strutture siciliane, con cui si intenderebbero proseguire i rapporti in essere.

Le perplessità manifestate inducono lo Scrivente Ufficio a sottoporre, infine, a codesto Dipartimento l'opportunità di estendere la presente consultazione al Consiglio di giustizia amministrativa, atteso che lo stesso Consesso, come più volte riportato, seppur in sede giurisdizionale, ha esaminato e vagliato gli effetti dell'accordo in esame.

Nelle superiori considerazioni è l'avviso dello Scrivente.

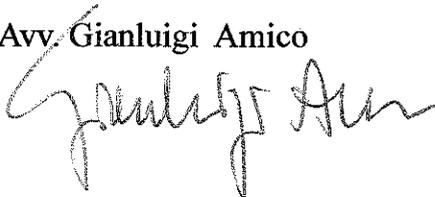
Ai sensi dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P. Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande

GA

di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti al medesimo.

Si ricorda poi che, in conformità alla circolare presidenziale n.16586/66.98.12 dell'8 settembre 1998, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere, senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

Avv. Gianluigi Amico



L'AVVOCATO GENERALE
(Cons. Romeo Palma)

