



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8499 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

LegaCoop Servizi-Associazione Nazionale Cooperative di Servizi, ANGEM-Associazione Nazionale della Ristorazione Collettiva e Servizi Vari, Federlavoro e Servizi-Confcooperative, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

***contro***

Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***e con l'intervento di***

ad adiuvandum:

FISE-Federazione Imprese di Servizi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Mazzini, 33;

***per l'annullamento, previa sospensione,***

- dell'elenco dei "prezzi di riferimento" per i servizi di ristorazione, pulizia e lavanolo, predisposto dall'Osservatorio per la Vigilanza sui Contratti Pubblici istituito presso l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, pubblicato da detta Autorità il 1 luglio 2012 ed integrato il successivo 1 agosto 2012;
- delle linee guida che accompagnano detto elenco;
- di ogni atto connesso, correlato, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, con i relativi allegati;

Visto l'atto di intervento "ad adiuvandum" di FISE-Federazione Imprese di Servizi, con i relativi allegati;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 68/2013 del 10.1.2013;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 2 ottobre 2013 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come

specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 15 ottobre 2012 e depositato il 22 ottobre successivo, le associazioni in epigrafe chiedevano l'annullamento, previa sospensione, dell'elenco dei "prezzi di riferimento" per i servizi di ristorazione, pulizia e lavanolo, predisposto dall'Osservatorio presso la competente Autorità e pubblicato il 1 luglio 2012, con successiva integrazione del 1 agosto 2012.

Le ricorrenti, richiamando la normativa di cui all'art. 17, comma 1, lett. a), d.l. n. 98/11 che aveva previsto la formazione da parte dell'Osservatorio di un elenco contenente l'indicazione di massima dei prezzi di riferimento di servizi sanitari da fornire alle regioni, come acquisiti dalle aziende del Servizio Sanitario Nazionale, evidenziavano la procedura seguita relativamente ai servizi di loro interesse e rappresentavano la circostanza che i relativi prezzi individuati erano stati successivamente elevati, in virtù dell'entrata in vigore del d.l. n. 95/12, a parametro intangibile ed insindacabile su cui operare la rinegoziazione dei contratti in corso, senza alcun diritto per l'appaltatore.

Le ricorrenti lamentavano, quindi, in sintesi, quanto segue.

*"1. Violazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 241 del 7 agosto 1990. Difetto ed erroneità di istruttoria. Sviamento. Violazione dell'art. 41 della Costituzione. Violazione dell'art. 97 della Costituzione".*

L'istruttoria che aveva condotto a determinare tali specifici prezzi di riferimento era non rispettosa delle indicazioni e delle finalità dettate dal legislatore.

Risultava in primo luogo che l'Osservatorio aveva avviato le rilevazioni dei prezzi solo nel mese di aprile 2012 pur essendo stato investito della relativa funzione dal 6 luglio 2011; inoltre, vi era stata la totale assenza del parametro valutativo della "maggiore efficienza dei servizi", contrariamente a quanto richiesto dall'art. 17 cit., e l'osservatorio avrebbe dovuto quantomeno valutare prima il livello di ciascun servizio e solo successivamente individuare, in termini di eccellenza e di efficienza, il prezzo di riferimento. Era stata invece effettuata un'analisi di contenuto meramente economico-statistico che aveva preso a riferimento come unico parametro da valutare il "prezzo" del servizio, senza alcuna indagine sull'efficienza dello stesso.

In secondo luogo, l'indagine era stata svolta su base campionaria casuale e in un lasso di tempo ristretto all'aprile 2012, nonostante l'ampio margine di tempo concesso dal legislatore dal luglio 2011, senza neanche considerare la differenza sostanziale dei servizi esaminati né la diversità delle tipologie di utenza e del livello delle derrate e senza considerare le possibilità correlate al servizio di ristorazione a carico delle stesse stazioni appaltanti che potevano dare luogo a prezzi più bassi.

Inoltre, risultava che l'Osservatorio aveva provveduto a correggere i dati ricevuti in riferimento a ritenuti "prezzi anomali" ma tale attività, oltre a non essere consentita, non teneva conto della possibilità che particolari tipologie di servizi comportavano diversità tra prassi di raffronto, tenuto anche conto che l'indagine svolta era limitata sia nei soggetti di riferimento sia nelle relative modalità, dato che risultavano unicamente contatti via telefonica o via e-mail. Nelle linee guida che accompagnavano i prezzi, poi, l'Osservatorio stesso aveva specificato che i prezzi rilasciati dovevano essere interpretati "con cautela" in considerazione dell'eterogeneità che spesso caratterizzava i beni e servizi acquistati. Tale conclusione, però, rilevava sulla successiva normativa intervenuta da parte del d.l. n. 95/12 che aveva invece reso vincolanti tali prezzi, pur in presenza di un'istruttoria sommaria e carente.

*"2. Violazione dell'art. 17 del D.L. n. 98 del 6 luglio 2011. Difetto di motivazione".*

L'Osservatorio era andato oltre i limiti imposti dal legislatore in quanto si era posto in un'ottica di risparmio di

spesa in relazione alla quale non aveva alcuna competenza, dovendosi limitare ad individuare unicamente dei prezzi di riferimento di acquisto dei servizi indicati dall'Agenas. Risultava invece individuato come prezzo di riferimento non già il prezzo medio o mediano bensì un valore inferiore, discrezionalmente e immotivatamente individuato nel 25° percentile per il servizio di ristorazione e nel 20° percentile per i servizi di pulizia e lavanolo, senza che fosse individuabile nella legge di riferimento alcuna indicazione sul punto.

*“Illegittimità costituzionale dell’art. 15, comma 13 lettera b), del D.L. n. 95 del 6 luglio 2012, convertito con Legge n. 135 del 17 agosto 2012; comma che ha modificato l’art. 17, comma 1 lettera a), del D.L. n. 98 del 6 luglio 2011, convertito con Legge n. 111 del 25 luglio 2011, per violazione degli artt. 3, 41, 97 e 117 della Costituzione”.*

Le ricorrenti ritenevano che la normativa in rubrica era rilevante nel giudizio pendente, in quanto aveva fatto assurgere a dati intangibili i prezzi di riferimento di cui all’elenco impugnato e ne lamentavano l’incostituzionalità, sia per la natura sostanzialmente retroattiva, perchè andava ad incidere negativamente su situazioni di affidamento legate all’intervenuta stipula dei contratti con le singole stazioni appaltanti, sia per l’incisione nei confronti del principio di libera iniziativa economica, sia per la violazione dei principi generali di origine comunitaria regolanti il procedimento di selezione dei contraenti, dato che alla imposta rinegoziazione doveva seguire la conclusione di un nuovo contratto, tuttavia non affidato all’esito di una procedura di gara pubblica.

Sotto tale ultimo profilo le ricorrenti chiedevano anche, in ipotesi di mancata individuazione di una chiara e diretta violazione della normativa comunitaria, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E., anche in relazione alla compatibilità con i principi comunitari di libera concorrenza e libera prestazione dei servizi e merci.

In seguito all’accesso agli atti assentito dall’A.V.C.P. nel novembre 2012, le ricorrenti notificavano ritualmente motivi aggiunti con i quali sviluppavano ulteriormente le censure già proposte nel ricorso introduttivo.

In sintesi, lamentavano quanto segue.

*“1. Primo motivo aggiunto (in relazione al primo motivo di ricorso) – Violazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 241 del 7 agosto 1990. Difetto ed erroneità di istruttoria. Sviamento. Violazione dell’art. 41 della Costituzione. Violazione dell’art. 97 della Costituzione.”*

Le ricorrenti ribadivano quanto dedotto con il primo motivo di ricorso, insistendo nel rilevare, anche dopo l’esperito accesso, che non risultava considerato il grado di efficienza del servizio, come confermato dall’esame dei questionari inviati alle stazioni appaltanti che non facevano alcun riferimento alla qualità del servizio e alle eterogeneità delle tipologie di questi, agli ulteriori servizi aggiuntivi per quelli di ristorazione ed alle tipologie di struttura di riferimento (per i servizi di pulizia e lavanolo).

Erano stati quindi considerati dati ridotti sotto il profilo quantitativo e mancanti di elementi fondamentali in tra cui anche quelli dell’ambito territoriale di riferimento, non risultando tra le strutture sanitarie prese in considerazione quelle di Roma, Milano o Torino e di altre porzioni considerevoli del territorio nazionale.

*“2. Secondo motivo aggiunto (in relazione al secondo motivo di ricorso) - Violazione dell’art. 17 del D.L. n. 98 del 6 luglio 2011. Difetto di motivazione”.*

Le ricorrenti richiamavano il secondo motivo di ricorso, ribadendo che l’Osservatorio si era illegittimamente fatto influenzare dalla necessità di razionalizzare e ridurre la spesa sanitaria pubblica, funzione, quest’ultima, che la norma invece riservava unicamente alle regioni e alle singole aziende sanitarie.

*“Terzo motivo aggiunto: Violazione dell’art. 17 del D.L. n. 98 del 6 luglio 2011, sotto altro profilo. Contraddittorietà. Difetto di motivazione”.*

Risultava che l’Autorità di vigilanza aveva dapprima richiesto la collaborazione dell’Agenas ma poi non aveva tenuto nella debita considerazione le indicazioni dei parametri determinati dall’Agenzia medesima al fine di individuare i servizi tra quelli di maggiore impatto in termini di costo per il S.S.N., ritenendo non statisticamente

significativi i dati emergenti dalle risposte.

Con un ulteriore atto recante motivi aggiunti, le ricorrenti proponevano le seguenti censure.

*“4. Quarto motivo aggiunto - Violazione dell’art. 17 del D.L. n. 98 del 6 luglio 2011. Violazione dell’art. 3 della legge n. 241 del 7 agosto 1990 per difetto di motivazione”.*

Le ricorrenti ribadivano l’illegittimità dell’individuazione del “percentile” quale prezzo di riferimento, per il quale erano assenti elementi idonei a ricostruire l’iter logico giuridico seguito, tenendo conto della specificità della fattispecie che vedeva la fissazione di un prezzo molto basso nella scala dei valori pervenuti e della sopravvenuta obbligatorietà di tali prezzi al fine del disposto obbligo di rinegoziazione da parte delle stazioni appaltanti.

Proponeva rituale intervento in giudizio “ad adiuvandum” la FISE-Federazione Imprese di Servizi, insistendo particolarmente nella rilevata illegittimità dell’impugnato elenco in riferimento ai servizi di pulizia.

Si costituiva in giudizio l’Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, chiedendo la reiezione del ricorso.

In prossimità della camera di consiglio parte ricorrente depositava una memoria in cui sottolineava sostanzialmente la legittimazione a ricorrere delle associazioni di categoria.

Con l’ordinanza indicata in epigrafe, questa Sezione rigettava la domanda cautelare e la relativa statuizione risultava confermata in sede di appello da parte del Consiglio di Stato.

Nelle more, parte ricorrente depositava in atti una specifica “Istanza per la proposizione della questione di Costituzionalità”, ove censurava la sopravvenuta norma di cui all’art. 15 bis d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189, qualora si rilevasse efficacia retroattiva alla disposizione introdotta, la quale, in sostanza, aveva individuato per “prezzo di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza” di cui all’art. 17 cit. specifiche unità di percentile.

In particolare le ricorrenti, ritenendo la rilevanza della questione nel giudizio “a quo”, lamentavano che il legislatore fosse intervenuto, “ a posteriori”, al fine di sanare un precedente provvedimento amministrativo palesemente illegittimo, come quello impugnato nella presente sede, con efficacia retroattiva e violazione di vari principi costituzionali in contrasto con gli artt. 3, 11, 24, 41, 97 e 113 della Costituzione.

In prossimità della pubblica udienza sia l’A.V.C.P. che le ricorrenti depositavano memorie ad ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 2 ottobre 2013, la causa era trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Il Collegio, anche al non più sommario esame proprio della fase di merito, rileva l’infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti.

Per quel che riguarda il primo motivo, ripreso sostanzialmente nel primo motivo aggiunto, il Collegio evidenzia che, in base alla documentazione depositata in giudizio dall’Autorità intimata, l’attività istruttoria non si è svolta in tempi ristrettissimi, come lamentato, ma ha visto il suo inizio nel luglio 2011, con richiesta all’Agenas dell’indicazione dei servizi su cui effettuare l’individuazione dei prezzi di riferimento, cui seguiva la relativa comunicazione dell’Agenas nel settembre-novembre 2011, la successiva individuazione delle stazioni appaltanti che avevano bandito le relative gare, ai sensi dell’art. 7, comma 8, d.lgs. n. 163/06, la predisposizione di questionario e il relativo invio nel marzo 2012, la raccolta dei dati anche mediante verifica della procedura telematica adoperata e il loro raffronto con quanto già contenuto nella “banca dati” nazionale dei contratti pubblici, ex art. 62 bis, d.lgs. n. 82/05, al fine di dare luogo ad un’analisi statistica e alla relativa pubblicazione avvenuta il 1 luglio 2012.

Non si riscontra quindi la “sommarietà” dei tempi di indagine o la loro eccessiva ristrettezza, in relazione alla

complessità dell'indagine affidata all'Osservatorio.

Per quel che riguarda la censura relativa alla considerazione del solo elemento legato al "prezzo" dei servizi, il Collegio rileva che nella nota del 3 novembre 2011 indirizzata dall'Osservatorio all'Agenas si chiedevano ulteriori elementi per implementare l'istruttoria che, per quel che riguardava i "servizi", erano individuati nelle relative caratteristiche utili alla quantificazione e alla confrontabilità del servizio tra le diverse stazioni appaltanti, tra cui erano richiamati esplicitamente l'unità di misura da considerare e la tipologia del servizio. Non si evince, quindi, che l'Osservatorio abbia dato luogo alla sua indagine considerando che i servizi siano "tutti uguali", come invece lamentato dalle ricorrenti. A tale nota, l'Agenas rispondeva in data 24 novembre 2011, trasmettendo specifiche schede relative proprio alle "variabili influenti sui prezzi di acquisizione dei servizi" di mensa, pulizie, lavanderia, sterilizzazione e gestione delle cartelle cliniche, specificando poi, in data 28 dicembre 2011, che per la complessità della modalità di gestione dei servizi era condivisibile limitare la rilevazione dei prezzi di acquisizione ai soli servizi di mensa, pulizie e lavanderia.

In particolare, risultano acquisiti, per il servizio mensa, dati sulle modalità di posizionamento del servizio cucina (esterno o interno alla struttura), sulle opzioni del menù giornaliero, sulla presenza di applicativi gestionali, per il servizio di pulizia - anche in relazione alle deduzioni della Federazione interveniente - dati sulle strutture di riferimento (pulizia pareti verticali parametrata sulla proiezione di quelle orizzontali, canalizzazioni e sottoaree), sulla superficie e sulla frequenza periodica della pulizia da valutare con parametri omogenei, sulle modalità di smaltimento dei rifiuti ordinari e speciali, sui servizi accessori e sul pronto intervento a richiesta, per il servizio di lavanderia dati su eventuali forniture monouso e sulla presenza di oneri accessori, eventuali magazzini e servizi aggiuntivi.

Alla luce di tali elementi, quindi, risulta valutato, ai fini imposti dal legislatore, l'elemento "efficienza" del servizio unitamente a quello legato al costo né risulta da quanto fornito dalle ricorrenti una palese illogicità e incongruità dei prezzi individuati secondo il metodo seguito dall'Osservatorio, tali da potere configurare l'annullamento del provvedimento impugnato, secondo i parametri propri del presente giudizio di legittimità.

In secondo luogo, sempre seguendo la prospettazione del primo motivo di ricorso e del primo motivo aggiunto, non risulta che vi sia stata un'operazione di correzione di dati su prezzi ritenuti "anomali" pur se originati da pubbliche gare, ma solo un'indagine di approfondimento che ha portato a non considerare i soli dati non corretti e non rettificabili rispetto alla precedente fase istruttoria che aveva portato a ricontattare le stazioni appaltanti al fine di verificare la presenza di dati solo formalmente comportanti scostamenti significativi ma in realtà confermati ovvero espressi in unità di misura diversa da quella di riferimento nel questionario ovvero rettificabili in quanto relativi a modalità alternativa di valutazione ma coincidente nell'oggettività di raffronto.

Risulta, quindi, effettuato un approfondimento istruttorio e non si è dato luogo ad un'inammissibile operazione di rielaborazione autonoma di dati successiva alla loro ricezione, come lamentato dalle ricorrenti.

Né si rilevano elementi oggettivi forniti dalle ricorrenti e idonei a considerare illogiche e inattendibili le modalità di contatto telefonico o via e-mail, atteso che quel che rilevava era la natura dei dati acquisiti, anche con metodologia propria dell'indagine statistica, e la loro sufficiente rispondenza al quadro di specifica indagine svolta secondo quanto previsto dal legislatore.

Per quel che riguarda poi l'avviso dell'Osservatorio, secondo cui i prezzi rilasciati dovevano essere interpretati "con cautela", il Collegio ritiene che tale affermazione non sia idonea a configurare una scarsa attendibilità degli stessi ma evidenzia proprio la conformazione a quanto richiesto dal legislatore con la normativa vigente al momento di pubblicazione dell'elenco prezzi.

Si ricorda, infatti, che la redazione dell'elenco in questione è stata originariamente prevista dall'articolo 17, comma

1, lett. a), d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, secondo cui: *“al fine di garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, il livello del finanziamento del Servizio sanitario nazionale a cui concorre lo Stato per il 2013 è incrementato dello 0,5% rispetto al livello vigente per il 2012 ed è ulteriormente incrementato dell'1,4% per il 2014. Conseguentemente, con specifica Intesa fra lo Stato e le regioni, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, da stipulare entro il 30 aprile 2012, sono indicate le modalità per il raggiungimento dell'obiettivo di cui al primo periodo del presente comma. Qualora la predetta Intesa non sia raggiunta entro il predetto termine, al fine di assicurare per gli anni 2013 e 2014 che le regioni rispettino l'equilibrio di bilancio sanitario, sono introdotte ... le seguenti disposizioni negli altri ambiti di spesa sanitaria: a) nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale di costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e anche al fine di potenziare le attività delle Centrali regionali per gli acquisti, il citato Osservatorio, a partire dal 1° luglio 2012, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, fornisce alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento, ivi compresi quelli eventualmente previsti dalle convenzioni Consip, anche ai sensi di quanto disposto all'articolo 11, alle condizioni di maggiore efficienza dei beni, ivi compresi i dispositivi medici ed i farmaci per uso ospedaliero, delle prestazioni e dei servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del Servizio sanitario nazionale. Ciò, al fine di mettere a disposizione delle regioni ulteriori strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa. Le regioni adottano tutte le misure necessarie a garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati, intervenendo anche sul livello di spesa per gli acquisti delle prestazioni sanitarie presso gli operatori privati accreditati”*.

Come si vede, la redazione e pubblicazione dell'elenco dei prezzi di riferimento era prevista nell'ipotesi in cui non fosse raggiunta nel termine del 30 aprile 2012 l'intesa tra lo Stato e le Regioni prevista dal primo comma dell'articolo e la finalità dell'elenco era quella di fornire alle regioni uno strumento operativo di controllo e razionalizzazione della spesa sanitaria.

Questa disciplina è rimasta in vigore sino al 5 luglio 2012, quindi in data posteriore alla pubblicazione dell'elenco in questa sede impugnato, e l'Osservatorio aveva formulato le sue conclusioni dando luogo ad una mera elaborazione dei prezzi di riferimento. L'interpretazione “con cautela” dei medesimi, quindi, ad opinione del Collegio deve essere letta in correlazione con la normativa allora vigente, nel senso che l'Osservatorio si era premurato di specificare che la sua attività era di mera elaborazione di dati al fine di mettere a disposizione delle regioni ulteriori strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa e non di individuare un parametro assoluto relativo ai singoli beni e servizi.

Che poi – successivamente alla pubblicazione dell'elenco in data 1 luglio 2012 (essendo quella del 1 agosto 2012 una mera integrazione) – il legislatore abbia ritenuto di riconoscere un'efficacia vincolante a quei prezzi è circostanza che nella presente sede di legittimità non può essere considerata come rilevante in quanto l'Osservatorio si era mosso nei limiti dell'indagine a lui affidata per quel che era la normativa vigente al momento di adozione dell'elenco prezzi impugnato.

Sempre nell'alveo del presente giudizio di legittimità, quindi, non sono condivisibili le osservazioni delle ricorrenti secondo cui la carenza di istruttoria sarebbe ancora più grave alla luce delle novità introdotte dal d.l. n. 95/12 proprio perché tale normativa è posteriore all'adozione dell'elenco impugnato.

Come noto, tale normativa, di cui all' art. 15, comma 13, lett. b), d.l. n. 95/12 cit., all'originario testo dell'articolo 17, comma 1, lett. a), aggiungeva i seguenti periodi (quarto e quinto): *"...qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile. Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento"*.

In sede di conversione del d.l. n. 95/12 ad opera della legge 7 agosto 2012, n. 135 il testo delle disposizioni all'esame era modificato ma ne restava confermato l'impianto generale.

Questa disciplina restava in vigore dal 15 agosto al 14 settembre 2012, data di entrata in vigore del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189.

Per quanto interessa va segnalato che la legge di conversione del decreto introduceva una nozione di prezzo di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza qualificandolo come *"il 5° percentile, ovvero il 10° percentile, ovvero il 20° percentile, ovvero il 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrate"* dall'Osservatorio e aggiungendo che *"il percentile è tanto più piccolo quanto maggiore risulta essere l'omogeneità del bene o del servizio. Il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni"*.

Quest'ultima versione della disposizione restava però a sua volta in vigore per un periodo di tempo limitato, in quanto l'articolo 17, comma 1, lett. a) del d.l. n. 98/11 era nuovamente modificato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228. Il testo vigente dal 1° gennaio 2013 (che si riporta per intero) è quindi il seguente: *"...nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale di costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e anche al fine di potenziare le attività delle Centrali regionali per gli acquisti, il citato Osservatorio, a partire dal 1° luglio 2012, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, fornisce alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento, ivi compresi quelli eventualmente previsti dalle convenzioni Consip, anche ai sensi di quanto disposto all'articolo 11, alle condizioni di maggiore efficienza dei beni, ivi compresi i dispositivi medici ed i farmaci per uso ospedaliero, delle prestazioni e dei servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del Servizio sanitario nazionale, nonché la pubblicazione sul sito web dei prezzi unitari corrisposti dalle aziende sanitarie locali per gli acquisti di beni e servizi. Per prezzo di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza si intende il 5° percentile, ovvero il 10° percentile, ovvero il 20° percentile, ovvero il 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrate dal predetto Osservatorio. Il percentile è tanto più piccolo quanto maggiore risulta essere l'omogeneità del bene o del servizio. Il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni. Ciò, al fine di mettere a disposizione delle regioni ulteriori strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa. Le regioni adottano tutte le misure necessarie a garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati, intervenendo anche sul*

*livello di spesa per gli acquisti delle prestazioni sanitarie presso gli operatori privati accreditati. Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché, in sua assenza, sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile. Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento ...Le aziende sanitarie che abbiano proceduto alla rescissione del contratto, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di assicurare comunque la disponibilità dei beni e servizi indispensabili per garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture”.*

Come si vede, quindi, a partire dalla legge di conversione del d.l. n. 128/12 (e quindi dalla data del 11 novembre 2012), la norma, oltre a definire la nozione di “differenza significativa” che costituisce il presupposto della rinegoziazione, ha anche individuato un criterio per l'identificazione del prezzo di riferimento prevedendone la fissazione al 5° percentile, ovvero al 10° percentile, ovvero al 20° percentile, ovvero al 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrate dall'Osservatorio, con la precisazione che il percentile è tanto più piccolo (o meglio basso) quanto maggiore risulta essere l'omogeneità del bene o del servizio e che il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni.

Dato però che nella presente sede risulta contestato il solo elenco prezzi, formulato in epoca anteriore all'entrata in vigore del meccanismo di “rinegoziazione” in questione, non si ritiene che tale normativa sopravvenuta possa essere richiamata come parametro di legittimità legato alla specifica domanda di annullamento presentata in questa sede.

Per quanto specificamente dedotto con il primo motivo aggiunto, poi, relativamente all'ambito territoriale di riferimento che non avrebbe considerato alcune città metropolitane o intere parti del territorio nazionale, il Collegio rileva che risultano prese in considerazione 66 amministrazioni quali centrali di committenza regionale localizzate in ogni regione italiana che generavano circa il 60% del valore complessivo della spesa nazionale nei tre servizi presi in considerazione.

Non vi era infatti un criterio territoriale imposto dal legislatore ma un criterio di rilevazione nei termini di maggior impatto in termini di costo e, sotto tale profilo, la considerazione delle centrali di committenza regionale non appare criterio illogico o contraddittorio rispetto alle finalità di rilevazione previste dal legislatore.

Parimenti infondato si palesa anche il secondo motivo di ricorso come integrato dal secondo motivo aggiunto.

Per quel che riguarda la prima censura, relativa alla considerazione per la quale l'Osservatorio si sarebbe illegittimamente posto in un'ottica di risparmio di spesa nell'elaborare i prezzi di riferimento, sovrapponendosi al compito invece demandato alle singole regioni e aziende sanitarie, il Collegio osserva che in realtà la norma di cui all'art. 17 cit. precisava che l'attività dell'Osservatorio era comunque finalizzata a “...mettere a disposizione delle regioni ulteriori strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa”. Nel richiamare la necessità di formare uno strumento di “razionalizzazione della spesa”, quindi, ben poteva l'Osservatorio, nel rispetto delle



indicazioni del legislatore di cui all'intero comma 1 dell'art. 17 cit., che evidenziava come le misure ivi previste fossero tutte rivolte alla "realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica", dare luogo ad un'attività istruttoria basata su metodi statistici tesi ad individuare i prezzi di maggiore impatto a carico del S.S.N. in relazione all'efficienza del servizio di riferimento, con individuazione del "fattore prezzo", quindi, come quello di principale riferimento al fine dell'indagine affidata, che era tesa – dal contesto legislativo di inserimento della normativa applicata – certamente al fine di individuare la maggior "efficienza", da intendersi in senso economico quale orientata all'utilizzo delle minori risorse possibili (e quindi sostanzialmente al risparmio di spesa) per ottenere il servizio migliore. Che poi lo strumento originato dall'attività dell'Osservatorio sia stato concepito a beneficio di regioni e aziende sanitarie affinché adottino tutte le misure necessarie "a garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati, intervenendo anche sul livello di spesa per gli acquisti delle prestazioni sanitarie presso gli operatori privati accreditati" testimonia proprio che il (contenimento/riduzione del) livello di spesa per gli acquisti era il fattore primario (quale indicatore di "efficienza" economica) di sbocco dell'indagine di rilevamento dei prezzi che ha tal fine appare legittimamente effettuata, salvi gli interventi applicativi propri delle regioni e delle aziende sanitarie.

Per quel che riguarda l'individuazione del percentile al 20-25% in riferimento ai servizi considerati, il Collegio non individua illogicità e irrazionalità nella scelta dell'Osservatorio – secondo i parametri propri del presente giudizio di legittimità – dato che le risultanze dell'indagine istruttoria, come sopra evidenziato, avevano consentito di individuare dei nuclei di omogeneità nelle caratteristiche dei servizi, rapportati alle dimensioni territoriali delle centrali di committenza interpellate che praticavano i prezzi valutati, che rendevano idonea la scelta discrezionale di ricorrere al 20-25% percentile e non alla media o mediana che avrebbe potuto imporre la considerazione di prezzi più alti in termini assoluti senza perseguire il grado di "efficienza" nel senso voluto dal legislatore e sopra evidenziato.

Né le ricorrenti forniscono elementi, quantomeno indiziari e oggettivi in termini statistici, che, fondandosi sui medesimi parametri individuati dall'Osservatorio, siano idonei ad evidenziare che la scelta della media o mediana o di altri strumenti di valutazione ovvero che la scelta di un percentile maggiore del 20-25% avrebbero dato luogo a parità di efficienza e razionalizzazione della spesa nel senso inteso dal legislatore. Quest'ultimo, d'altro canto, con l'art. 15-bis, comma 2, lett. a), d.l. n.158/12 cit., ha ritenuto nella sua discrezionalità - fermo restando quanto sarà evidenziato in prosieguo sui dubbi di legittimità costituzionale delle ricorrenti – che l'individuazione del percentile è strumento idoneo al fine di individuare "condizioni di maggior efficienza" ai sensi della normativa di cui all'art. 17 d.l. n. 98/11 cit.

Per concludere l'esame del ricorso introduttivo, il Collegio rileva che le ricorrenti lamentano l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 41, 97 e 117 della Costituzione, dell'art. 15, comma 13, lett. b), d.l. n. 95/12, conv. in l.n. 135/12.

Tale norma, modificando il ricordato art. 17, comma 1, d.l. n. 98/11, come sopra già riportato, prevedeva che: "*...qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile.*"

*Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento”.*

Come evidenziato dalle stesse ricorrenti, però, tale norma incide direttamente sui contratti in essere. Si pone quindi “a valle” dell’elenco prezzi in questa sede impugnato e non incide in alcun modo sulle modalità di rilevazione poste in essere dall’Osservatorio.

Il Collegio deduce perciò l’irrelevanza della questione di costituzionalità posta dalle ricorrenti, in quanto la normativa indicata non risulta applicata quale presupposto del provvedimento impugnato (risultando entrata in vigore successivamente alla sua pubblicazione) ma solo in un momento successivo e in relazione a distinte conseguenze sui rapporti contrattuali pendenti.

Questa Sezione, sul punto, si è già pronunciata (per tutte: Tar Lazio, Sez. III, 9.5.13, n. 4603), confermando quanto ora evidenziato laddove ha rilevato l’irrelevanza della normativa in questione sul contenzioso instaurato solo nei confronti del provvedimento di predisposizione dell’elenco prezzi, ferma restando la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo in merito alle singole impugnative delle note delle ASL che comunicavano la rinegoziazione e la possibilità di dedurre eventualmente la questione di costituzionalità come prospettata avanti al giudice dotato di giurisdizione avverso i singoli provvedimenti di imposizione dei nuovi prezzi a seguito di tale rinegoziazione.

Di conseguenza, irrilevante è anche la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE della medesima normativa, pure contenuta nel ricorso introduttivo, perché tale normativa è riferita esclusivamente alle conseguenze sul contratto in essere e sulle singole posizioni giuridiche soggettive dei contraenti.

Passando all’esame del terzo motivo aggiunto, il Collegio rileva che non emerge dalla lettura della normativa sopra riportata di cui all’art. 17 cit. che l’Agenas avrebbe dovuto indicare (e vincolare l’Osservatorio al rispetto di tali) specifiche caratteristiche dei servizi da ritenere statisticamente rilevanti.

In realtà nel caso di specie, come si rileva dalla documentazione sopra richiamata, l’Agenas doveva indicare i servizi di riferimento, secondo la lettera dell’art. 17 cit., mentre l’Osservatorio ben poteva elaborare metodi statistici per pervenire all’obiettivo sopra evidenziato in termini di “efficienza” economica richiesto dal legislatore.

Come sopra evidenziato, poi, non risultano modifiche arbitrali dei dati pervenuti ma solo mere correzioni al fine di uniformare i parametri di riferimento.

In riferimento al quarto motivo aggiunto, il Collegio richiama quanto sopra già illustrato in ordine alla non rilevata illegittimità del metodo basato sullo specifico percentile.

Né può essere condivisibile l’ulteriore argomento illustrato dalle ricorrenti, secondo cui era richiesta una motivazione più dettagliata sulla scelta proprio del 20/25° percentile a causa dell’entrata in vigore dell’art. 15 d.l. n. 95/12, in quanto tale norma, come detto, è successiva alla pubblicazione dell’elenco impugnato in data 1 luglio 2012 e comunque si pone “a valle” dell’elaborazione contestata in questa sede ed incide esclusivamente sui singoli rapporti contrattuali.

Da ultimo, il Collegio deve esaminare la diversa questione di costituzionalità proposta dalle ricorrenti con separato atto e relativa alla ritenuta violazione degli artt. 3, 24, 41, 97 e 113 della Costituzione ad opera del richiamato art. 15 bis, comma 2, d.l. n. 158/12, conv. in l.n. 189/12.

Tale norma, come rilevato in precedenza, inserisce nel corpo dell’art. 17, comma 1, lett. a), d.l. n. 98/11 una disposizione che prevede sostanzialmente che il prezzo di riferimento alle condizioni di maggior efficienza deve intendersi quale percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio.

Le stesse ricorrenti, però, formulano le loro censure in forma dubitativa ritenendo in via principale che le modifiche introdotte non possano che avere effetto esclusivo sulla predisposizione futura dei prezzi di riferimento elaborati e

solo in via subordinata evidenziano che, qualora dovessero essere attribuiti invece effetti retroattivi, si prospetterebbero le violazioni della Carta costituzionale come illustrate.

Ebbene, anche in questo caso il Collegio esclude la rilevanza della questione, sia perché relativa a normativa sopravvenuta all'adozione del provvedimento impugnato sia perché la norma stessa, come riconosciuto dalle stesse ricorrenti, non è formulata in modo tale da ritenere una sua applicazione retroattiva, non facendo alcun richiamo all'elenco prezzi già predisposto e pubblicato il 1 luglio 2012.

La norma, anzi, attesta come anche lo stesso legislatore abbia ritenuto, nella sua discrezionalità, il metodo del percentile come quello più idoneo a qualificare le condizioni "di maggior efficienza" richieste, con conseguente valutazione di non illogicità o irrazionalità dello stesso parametro individuato autonomamente dall'Osservatorio nella predisposizione dell'elenco prezzi in questa sede impugnato, senza alcuna disparità di trattamento o violazione dei principi di irretroattività, di libertà di iniziativa economica e di affidamento contrattuale.

Alla luce di quanto dedotto, quindi, il ricorso ed i motivi aggiunti non possono trovare accoglimento.

Le spese del giudizio possono comunque eccezionalmente compensarsi, attesa la novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso ed i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 2 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Francesco Brandileone, Consigliere

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)