



Oggetto:

Affidamento in appalto dei servizi medici e infermieristici ai sensi dell'articolo 10, comma 5 bis, del d.l. 34/2023, conv. in Legge 56/2023- richiesta parere.

UPREC-CONS-0076-2024

FUNZ. CONS. 35/2024

In esito a quanto richiesto con l'istanza prot. n. 33551 del 12 marzo 2024, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 24 giugno 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente, si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la citata istanza,OMISSIS..... in qualità di centrale unica di committenza, ha rappresentato di aver indetto nel 2023 una procedura di gara per l'affidamento del servizio di guardia medica attiva nei Pronto Soccorso di cinque ASL. La durata dell'appalto era fissata in 12 mesi. L'esternalizzazione del servizio si era resa necessaria per l'insufficienza di medici di pronto soccorso dipendenti delle diverse Aziende Sanitarie, pur essendo state espletate diverse procedure concorsuali. Permanendo la citata criticità, le ASL hanno chiesto di appaltare lo stesso servizio per ulteriori 12 mesi. Tuttavia, con l'entrata in vigore del d.l. 34/2023, il legislatore ha introdotto una serie di limiti e condizioni per l'affidamento in appalto dei servizi sanitari; tra questi,OMISSIS..... cita la durata dei contratti, fissata dall'art. 10, comma 2, del d.l. 34/2023 in un periodo non superiore a 12 mesi. Al contempo, però, il comma 5 bis dell'art. 10, introdotto in sede di conversione del d.l., sembrerebbe stabilire l'inoperatività dei suddetti limiti allorché la determinazione a contrarre, o altro atto equivalente, sia pubblicata entro dodici mesi successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto. Di qui, la necessità di stabilire seOMISSIS..... possa affidare il servizio di guardia medica attiva esternalizzata per ulteriori 12 mesi, qualora l'autorizzazione a contrarre della nuova gara fosse approvata prima dei dodici mesi dall'entrata in vigore della Legge n.56/2023 (quindi entro il 25.05.2024).

La centrale unica di committenza chiede, altresì, se esistano dei tariffari o prezzi nazionali di riferimento ovvero se la remunerazione delle prestazioni mediche debba formarsi nel libero confronto con gli operatori economici nella gara d'appalto.

La risposta al quesito richiede di svolgere un esame della normativa recata dall'art. 10 del decreto-legge 30 marzo 2023, n. 34, conv. nella Legge 26 maggio 2023, n. 56.

L'art. 10 del d.l. 34/2023, rubricato "*Disposizioni in materia di appalto, di reinternalizzazione dei servizi sanitari e di equità retributiva a parità di prestazioni lavorative, nonché di avvio di procedure selettive comprensive della valorizzazione dell'attività lavorativa già svolta*" ha introdotto una disciplina specifica per gli affidamenti a terzi dei servizi medici ed infermieristici. Il comma 1 della citata disposizione stabilisce che le aziende e gli enti del SSN, per fronteggiare lo stato di grave carenza di organico del personale sanitario, possono affidare a terzi i servizi medici ed infermieristici solo in caso di necessità e urgenza, in un'unica occasione e senza possibilità di proroga, solo dopo aver verificato l'impossibilità di utilizzare personale già in servizio, sia dipendente sia in regime di convenzione con il SSN, di assumere gli idonei collocati in graduatorie concorsuali

in vigore, di avvalersi in regime di convenzione del personale iscritto nelle graduatorie per l'assistenza specialistica ambulatoriale interna, nonché di espletare le procedure di reclutamento del personale medico e infermieristico autorizzate.

Il successivo comma 2 prevede che tali affidamenti non possano avere durata superiore ai 12 mesi e che possano essere disposti solo in favore di operatori economici che si avvalgono di personale medico ed infermieristico in possesso dei requisiti di professionalità prescritti per l'accesso a posizioni equivalenti all'interno degli enti del SSN e che dimostrino il rispetto delle disposizioni in materia d'orario di lavoro di cui al d.lgs. 66/2003. Il comma 3, al dichiarato fine di favorire l'economicità dei contratti e la trasparenza delle condizioni di acquisto e di garantire l'equità retributiva a parità di prestazioni lavorative, demanda ad un decreto del Ministro della salute, da adottare entro 90 giorni, sentita l'ANAC, l'elaborazione di linee guida recanti le specifiche tecniche, i prezzi di riferimento e gli standard di qualità dei servizi medici ed infermieristici oggetto degli affidamenti.

Dell'osservanza delle previsioni e delle condizioni fissate nei commi 1 e 2, compresa la durata dell'affidamento, la Stazione appaltante è tenuta a dare espressa motivazione nella determina a contrarre (art. 10, comma 4).

Infine, il comma 5 dell'art. 10 del d.l. 34/2023, prevede che l'inosservanza delle disposizioni previste nei commi 1, 2 e 4 è valutata anche ai fini della responsabilità del dirigente della struttura sanitaria appaltante il servizio per danno erariale.

Dalla lettura dell'articolato normativo appare chiaro l'intento del legislatore di confinare l'esternalizzazione dei servizi medici ed infermieristici ad *extrema ratio*, percorribile solo in tassativi e straordinari casi. Le ragioni di tale scelta sono facilmente intuibili: l'affidamento in appalto dei servizi medici, fenomeno che ha visto con l'evento pandemico una notevole espansione, comporta, di norma, costi molto elevati e una minore qualità del servizio, diretta conseguenza della devoluzione ad un soggetto terzo del processo di selezione del personale medico ed infermieristico.

Tuttavia, per la probabile consapevolezza delle gravi carenze in organico non facilmente sopperibili e risolvibili dagli enti del S.S.N. e della necessità di assicurare continuità ai servizi sanitari, il legislatore ha introdotto, in sede di conversione del d.l. 34/2023, il comma 5 bis, che contiene una disciplina transitoria e di coordinamento ed individua un periodo per l'affidamento dei suddetti servizi in deroga alle ordinarie previsioni recate dei commi precedenti. L'art. 10, comma 5 bis, stabilisce, infatti, che: "*Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 non si applicano agli affidamenti in atto e alle procedure di affidamento in corso di svolgimento o per le quali sia stata pubblicata la determinazione di contrarre, o altro atto equivalente, entro dodici mesi successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. La durata degli affidamenti di cui al presente comma non può in ogni caso eccedere dodici mesi dalla data di sottoscrizione del relativo contratto ovvero, per i contratti in corso, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.*"

L'inapplicabilità delle disposizioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 si estende a tre casi: il primo è quella degli affidamenti in atto, ovvero dei contratti in corso di esecuzione, che vengono fatti salvi, con l'unico aggiustamento relativo alla durata del contratto che, laddove fissata in un termine superiore, deve essere ridotta a 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

La seconda ipotesi concerne, invece, le procedure di appalto in corso di svolgimento: anche in relazione ad esse, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, il legislatore ha ritenuto di fare salva la procedura di gara, limitando anche in tal caso la durata del successivo contratto a 12 mesi dalla sua sottoscrizione.

In ultimo, il legislatore ha previsto l'inapplicabilità delle disposizioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 anche alle procedure di affidamento per le quali la determina a contrarre, o altro atto equivalente, sia adottata entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge. Anche per le procedure di affidamento successive all'entrata in vigore della legge, quindi, non si applicano i limiti e i presupposti tassativamente individuati dai commi 1 e 2 dell'art. 10, se non per quanto concerne la durata del contratto, fissata in 12 mesi, allorché la determina a contrarre sia adottata entro un certo lasso temporale. In relazione a tale ipotesi, nonostante la formulazione letterale della norma non lasci margini di opinabilità circa l'applicazione della deroga, nondimeno appare difficile individuarne la *ratio*, soprattutto in ragione del lungo periodo (12 mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge) concesso alle Stazioni

appaltanti per l'adozione della determina a contrarre/atto equivalente e, dunque, per l'esonero dalla disciplina generale recata dai commi precedenti dell'art. 10.

Deve osservarsi, poi, che le tre casistiche individuate dalla norma possono coesistere tra loro. La deroga al regime ordinario tracciato dall'art. 10, commi 1, 2, 4 e 5 del d.l. 34/2023 può, quindi, trovare applicazione cumulativa in relazione *i)* ai contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione; *ii)* alle procedure in corso di svolgimento alla data di entrata in vigore della legge di conversione; *iii)* alle procedure per le quali la determinazione di contrarre, o altro atto equivalente, venga pubblicata entro dodici mesi successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge.

Pertanto, con riferimento al primo quesito posto, si ritiene che l'art. 10, comma 5 bis, consenta di avviare una nuova procedura di gara per l'affidamento in appalto dei servizi medici/infermieristici allorquando la determina a contrarre venga adottata entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della L. 56/2023 anche quando, alla data di entrata in vigore della legge, fosse già in corso una procedura di gara per l'affidamento del servizio ovvero fosse stato già stipulato e in corso di esecuzione un contratto di appalto.

E', tuttavia, necessario sottolineare che l'inapplicabilità delle disposizioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 dell'art. 10 non esonera la Stazione appaltante dalla previa verifica che l'esternalizzazione dei servizi medici costituisca la scelta migliore, ovvero quella maggiormente rispettosa dei principi di buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità, oltretutto del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. 36/2023, tenendo presente, in particolare, le criticità che l'esternalizzazione dei predetti servizi hanno rilevato sul piano economico e qualitativo e che, in ogni caso, l'affidamento in appalto presuppone la previa verifica della indisponibilità di personale interno e dell'impossibilità di assumere vincitori o idonei di graduatorie concorsuali.

Per quanto concerne la seconda questione, ovvero se esistano dei tariffari o prezzi nazionali di riferimento, si rappresenta, preliminarmente, che non risultano ancora adottate le linee guida recanti le specifiche tecniche, i prezzi di riferimento e gli standard di qualità dei servizi medici ed infermieristici oggetto degli affidamenti, previste dall'art. 10, comma 3, del d.l. 34/2023. Inoltre, i prezzi di riferimento attualmente approvati dall'Autorità in ambito sanitario concernono esclusivamente le diverse categorie dei farmaci, dei dispositivi medici, dei servizi di pulizia e sanificazione, lavanderia e lavoio e ristorazione.

Si richiama, tuttavia, l'attenzione della Stazione appaltante sulla corretta valutazione del costo della manodopera ai fini della definizione del prezzo da porre a base di gara. A tal fine, si ricorda che:

- l'art. 11 del d.lgs. 36/2023 prevede, al comma 1, che "Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.". Il successivo comma 2 stabilisce l'obbligo per la stazione appaltante di indicare, nei bandi di gara, il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto; laddove l'operatore economico indichi, nella propria offerta, un diverso contratto collettivo, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione, la Stazione appaltante acquisisce, ai sensi dell'art. 11, comma 4, "*la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110*". Si segnala che, in caso di partecipazione alla gara da parte di cooperative sociali o enti profit, accanto al personale dipendente, per il quale trovano applicazione gli istituti e le retribuzioni previste dal CCNL di categoria, l'appaltatore potrebbe avvalersi, per l'esecuzione dell'appalto, anche di personale libero professionale, il cui compenso è liberamente definitivo dalle parti (appaltatore e medico/infermiere libero professionale) nel contratto individuale. In tal caso, sarà opportuno che la Stazione appaltante acquisisca il suddetto contratto, al fine di verificare che il costo della manodopera indicato dal concorrente nell'offerta, ai sensi dell'art. 108, comma 9, del Codice, consenta la adeguata remunerazione del personale. Resta inteso che in caso di partecipazione alla gara da parte di associazioni tra liberi professionisti non vi sarà alcun CCNL applicabile.

- l'art. 41, comma 13, del d.lgs. 36/2023 stabilisce che " *Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione....*" e il successivo comma 14 prevede che " *Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*";

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque adOMISSIS..... ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente