

La struttura aziendale delle Unità sanitarie non si riflette sul loro agire nell'ambito del mercato che deve essere improntato, ove normativamente previsto, a criteri pubblicistici: sono a tutti gli effetti

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La circostanza che il rapporto di lavoro dei dipendenti di un' unità sanitaria sia regolato di criteri privatistici, anche per quanto riguarda la scelta del direttore generale e degli altri organi di vertice non vale a svincolare il loro operato dagli ordinari criteri che la legge impone, il cui sindacato è devoluto al giudice ordinario o amministrativo in base agli ordinari criteri di giurisdizione.

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 1638 del 12 aprile 2005 ci insegna che le unità sanitarie locali e le aziende ospedaliere debbano essere considerate <organismi di diritto pubblico> e come tali, soggette alla norme di procedura ad evidenza pubblica

Si legge infatti nell'emarginata decisione che:

<Tra le le amministrazioni aggiudicatrici gli organismi di diritto pubblico, dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi: ambito nel quale rientrano sicuramente le unità sanitarie locali (e le aziende ospedaliere), che nonostante il loro carattere aziendale derivano la maggior parte dei loro finanziamenti dalla regioni secondo il piano sanitario regionale, sono sottoposte ai controlli finanziari ad opera delle medesime, che concorrono altresì alla scelta degli organi di gestione>

a cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

i

l

Consiglio

di

Stato

in

sede

giurisdizionale,

Quinta

Sezione

ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 2357/2004, proposto dall'Azienda Ospedaliera Senese, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliata presso lo studio del dott. *****, in Roma, ***** n. 46;

CONTRO

La società ***** Italia S.p.A., con sede in Milano, in persona del Presidente e Amministratore Delegato pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e ***** ed elettivamente domiciliato presso il loro studio, in Roma, *****, n. 3;

PER L'ANNULLAMENTO

della sentenza 15 gennaio 2004 n. 30 del Tar della Toscana, Sez. II, che ha respinto il ricorso nei confronti della lettera di invito, a procedura selettiva per la fornitura di medicinali, nella parte in cui impone, a pena di esclusione, che l'offerta debba essere corredata da atto di accettazione di determinate clausole;

Visto il ricorso e la relativa documentazione;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio degli intimati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla Camera di consiglio del 16 novembre 2004, relatore il Consigliere ***** e uditi, altresì, gli avvocati *****, per delega dell'avv. *****, e ***** per delega dell'avv. ***** come specificato nel verbale d'udienza.

FATTO

La società farmaceutica "***** Italia S.p.A." è stata invitata a presentare la migliore offerta per la fornitura di medicinali di sua produzione, l'***** e la ***** nella procedura selettiva indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese. Facendone preventiva espressa riserva al momento dell'accettazione del bando, la società ha impugnato le seguenti clausole contenute nella lettera d'invito: "i pagamenti saranno effettuati, tramite il servizio di tesoreria, entro 90 (novanta) giorni dalla data di ricevimento delle fatture, fatto salvo il buon esito del collaudo o l'attestazione di regolare esecuzione delle forniture, se previsti dalle vigenti norme delle legge. Si precisa al riguardo che per la decorrenza dei termini di pagamento fa fede l'apposizione da parte dell'ente ricevente del timbro a calendario sulle fatture od altra documentazione di addebito. Si precisa che l'Ente è in grado di provvedere al pagamento delle somme dovute solo in presenza di risorse disponibili che derivano dall'approvvigionamento attraverso le varie fonti di "finanza derivata". Pertanto, l'impossibilità di provvedere tempestivamente al pagamento delle fatture per le ragioni esposte rappresenta "causa di forza maggiore e condizione di non imputabilità al debitore", ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs n. 231/2002, è normale clausola di fornitura come tale valutata in termini di rischio dal fornitore nell'accertare il rapporto commerciale di scambio e nel determinare il relativo prezzo. In caso di anticipo del pagamento rispetto al termine previsto (entro 90 giorni dalla data di ricevimento della fattura), la Ditta è tenuta a riconoscere uno sconto non inferiore allo 0,85% mensile, mentre, in caso di ritardo non ascrivibile alla suddetta causa di forza maggiore, l'Ente è tenuto a riconoscere un tasso a remunerazione pari alla media del tasso Euribor 3 mesi (360) del mese precedente a quello di cui si calcolano gli interessi aumentato di 0,74 punti, in deroga all'art. 5 del D.Lgs

n. 231/2002. Con due distinti motivi di violazione degli artt. 3 e 7 D.Lgs. n. 231/2000, la ricorrente deduceva la nullità delle clausole perché formulate con abuso di posizione dominante e ad onta della libertà di autodeterminazione nel partecipare alla gara, nel caso di nullità per la mancata accettazione. Nel giudizio di primo grado si è costituita l'Azienda resistendo all'impugnativa ed eccependo il difetto di giurisdizione del giudice adito. La società ha poi proposto le medesime censure motivi con aggiunti avverso l'aggiudicazione della fornitura relativamente al solo prodotto *****, ribadendo l'illegittimità delle clausole. Con la decisione impugnata, il Tar della Toscana ha dichiarato improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, nella parte relativa alle censure in origine spiegate contro il bando prima dell'aggiudicazione. Ha accolto il ricorso quanto ai motivi aggiunti. La sentenza è stata appellata dall'Azienda Universitaria senese che ha ribadito il difetto di giurisdizione e l'infondatezza del ricorso. Resiste la società ricorrente con memoria e controricorso. All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I. La questione di cui è causa impinge talune clausole della lettera d'invito alla procedura selettiva indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria di Siena, pervenuta alla ***** Italia S.p.A. a presentare la migliore offerta per la fornitura di medicinali di sua produzione. In accoglimento del ricorso della società, le clausole sono state ritenute contrarie al D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 recante attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Nell'appello l'Azienda ripropone la questione della giurisdizione del giudice adito e contesta, nel merito, la fondatezza della decisione.

II. L'eccezione di difetto di giurisdizione viene riproposta sotto tre distinti aspetti: 1) gli istituti ospedalieri, al pari delle unità sanitarie locali, hanno natura aziendale e sono pertanto soggette alla giurisdizione ordinaria in quanto emettono atti di natura privatistica; 2) la fornitura oggetto della lettera d'invito sfugge alle regole pubblicistiche perché sotto la soglia comunitaria e trova disciplina nel regolamento aziendale sull'attività contrattuale; 3) le regole seguite dall'Azienda ospedaliera nell'invito a formulare la migliore proposta sono quelle squisitamente privatistiche dell'offerta al pubblico di cui all'art. 1336 c.c. L'eccezione è infondata sotto tutti e tre i profili adottati.

II.1. Sotto il primo aspetto non può essere riconosciuta alcuna valenza all'evoluzione normativa subita dalla struttura e natura delle unità sanitarie, che nella configurazione da ultimo loro impressa dal D.Lgs.

n. 229/1999 avrebbero perduto il carattere di ente strumentale della regione per assumere quello di azienda con organizzazione e funzionamento disciplinati dall'atto aziendale di diritto privato. Anche nella formulazione della "riforma *****" l'autonomia imprenditoriale è espressamente equiordinata alla personalità giuridica pubblica di siffatti organismi, che operano nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni delle regioni, cui spetta assicurare i livelli essenziali di assistenza. Nell'art. 3 D.Lgs. n. 502/1992 come modificato dall'art. 3, D.Lgs. n. 229/1999, l'aziendalizzazione assolve alla funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali: ha pertanto carattere strumentale, circoscritto al potere-dovere di individuare (con l'atto aziendale) le strutture operative e di operare in base a contabilità imprenditoriale e criteri di gestione improntati ad economicità attraverso l'equilibrio di costi e ricavi. Tali conclusioni non sono suscettibili di modifica con richiamo ai rapporti di lavoro del personale anche a livello apicale: la circostanza che il rapporto di lavoro dei dipendenti sia regolato di criteri privatistici, anche per quanto riguarda la scelta del direttore generale e degli altri organi di vertice non vale a svincolare il loro operato dagli ordinari criteri che la legge impone, il cui sindacato è devoluto al giudice ordinario o amministrativo in base agli ordinari criteri di giurisdizione. La struttura aziendale delle Unità sanitarie non si riflette pertanto sul loro agire nell'ambito del mercato che deve essere improntato, ove normativamente previsto a criteri pubblicistici. L'assunto trova conferma nell'art. 33, comma 1, lett. e) D.Lgs. n. 80/1998, che assoggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversie sulle attività e prestazioni di ogni genere rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale.

II.1. Per quanto attiene al secondo aspetto dell'eccezione, l'appellante richiama l'art. 3 comma 1 ter D.Lgs. 502/1992, che nell'emendamento introdotto dal D.Lgs. n. 229/1999 prevede che i contratti di fornitura di valore inferiore alla normativa comunitaria in materia siano appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale. Sotto il profilo della giurisdizione la norma è però derogata dall'art. 24, l. n. 289/2002, in vigore al momento in cui la gara è stata indetta, che (come ribadito nella memoria della società ***** Italia) assoggettava, senza alcuna limitazione di soglia minima alle modalità previste dalla normativa nazionale di recepimento di quella comunitaria le pubbliche forniture e gli appalti pubblici di servizi delle amministrazioni aggiudicatrici individuate nell'art. 1 D.Lgs. n. 358/1992 nell'art. 2 D.Lgs. n. 157/1995. Il comma 1, lett. b) della disposizione annovera fra le amministrazioni aggiudicatrici gli organismi di diritto pubblico, dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi: ambito nel quale rientrano sicuramente le unità sanitarie locali (e le aziende ospedaliere), che nonostante il loro carattere aziendale derivano la maggior parte dei loro finanziamenti dalla regione secondo il piano sanitario regionale, sono sottoposte ai controlli finanziari ad opera delle medesime, che concorrono altresì alla scelta degli organi di gestione.

III.3 Nulla prova, sotto il terzo aspetto, il richiamo (pag. 7 dell'atto di appello) alla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 17635 del 20 novembre 2003, ricognitiva della giurisdizione ordinaria sugli appalti pubblici di servizi di un'azienda (l'Azienda elettrica consorziale delle città di Bolzano e Merano) priva del requisito del soddisfacimento di bisogni di interesse generale e pertanto esclusa dall'ambito di amministrazione aggiudicatrice ex art. 2 D.Lgs. n. 157/1995. Altrettanto inidoneo a sorreggere nella specie la devoluzione della controversia all'A.G.O. è il precedente delle Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass. SS.UU. 30 marzo 2000, n. 71), nella quale la giurisdizione ordinaria è affermata con riguardo al pagamento di forniture di prodotti sanitari e farmaceutici effettuate da case farmaceutiche all'unità sanitaria locale e non già alle modalità di scelta del contraente, oggetto della presente causa.

II.4. L'eccezione deve essere conclusivamente respinta ed affermata la giurisdizione del giudice adito.

III. Nel merito l'appello è infondato e va confermata la sentenza del Tar della Toscana che ha annullato le clausole contenute nella "richiesta di offerta per la gara per la fornitura di prodotti vari" bandita dall'Azienda Ospedaliera sulla scorta del contrasto con il D.Lgs. n. 231/2002.

III.1. La sentenza va anzitutto confermata per l'illegittimità dell'aumento a novanta giorni del termine per pagare le forniture: la relativa clausola introduce un indebito vantaggio per l'Amministrazione dato l'automatismo della decorrenza degli interessi di mora stabilito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231/2002. Va precisato, al proposito, che il riferimento ivi contenuto al termine di pagamento stabilito dal contratto concerne l'automatica decorrenza degli interessi di mora e non al termine di pagamento in sé considerato, la cui congruità va valutata parametrando con la corretta prassi commerciale, con la natura dei beni o servizi, con la condizione dei contraenti ed i rapporti commerciali tra i medesimi di cui al successivo art. 7 del D.Lgs., che stabilisce la nullità del relativo accordo se gravemente iniquo perché ingiustificato da ragioni oggettive. Siffatte ragioni non possono essere ravvisate nell'art. 50 della legge regionale Toscana n. 22/2000 che stabilisce in novanta giorni il termine massimo per la dilazione nei pagamenti delle forniture. La legge ha infatti carattere cedevole rispetto alla direttiva 2000/35/CE, di cui il decreto legislativo in esame rappresenta attuazione e pertanto non giustifica l'imposizione di termini più lunghi rispetto ai trenta giorni dal ricevimento della fattura o richiesta di pagamento prescritto dall'art. 4, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 231/2002. Oltre ad essere contrari al buon funzionamento del mercato interno salvaguardato dall'art. 14 del Trattato, il ritardo nel pagamento del prezzo rispetto ai trenta giorni non trova nessuna giustificazione nella circolare del Ministero dell'economia e delle finanze 14 gennaio 2003,

n. 1, la cui salvaguardia delle amministrazioni dalle conseguenze dell'indisponibilità della provvista finanziaria non si concilia con le regole del mercato che ai fini della correttezza nei pagamenti parificano gli organismi pubblici a quelli privati.

III.2.

La sentenza è corretta anche con riferimento alla dichiarata nullità della riduzione del tasso di interesse dovuto dall'Azienda ospedaliera per il ritardo nel pagamento della fornitura, e allo sconto imposto al creditore in caso di pagamento anticipato da parte della Azienda. Ambedue le clausole sono state riconosciute prive di giustificazione e sperequative fra le posizioni delle parti in sede esecuzione del rapporto, da improntare alla parità contrattuale. A fronte delle considerazioni dell'appellante in merito alla parità contrattuale, alla possibilità di non presentare offerte negli appalti non remunerativi e al numerus clausus delle nullità negoziali, appaiono sicuramente più congrue le considerazioni dell'appellata a sostegno della decisione, laddove sottolineano la carenza di giustificazione della modifica, in caso di responsabilità del debitore, del tasso d'interesse previsto dalla legge, che viene ridotto notevolmente, e dello sconto dello 0,85%

mensile qualora il pagamento venga anticipato rispetto al termine di novanta giorni. Rispetto alla portata generale dall'art. 1 D.Lgs. n. 231/2002 lo sconto qualora sia rispettato il termine di legge è di per sé iniquo e ingiustificato al pari dello sconto sul tasso d'interesse dovuto in caso d'inosservanza del termine, sicuramente indice di sperequazione tra le parti in sede di esecuzione del rapporto. L'appellante sottolinea come anche nei rapporti

di carattere paritetico tra privato e pubblica amministrazione, debba essere salvaguardato il principio di parità contrattuale connesso ai canoni più

squisitamente civilistici di correttezza ed equità tra tutti i soggetti, oltre ai

principi di imparzialità, legalità ed efficienza, che debbono comunque

improntare i rapporti tra pubblici poteri e soggetti privati. Del tutto incongrua è l'affermazione circa l'illegittimità della sentenza per non avere rilevato che le ipotesi di nullità delle clausole contrattuali costituiscono un numero clausus: nella specie infatti la nullità risale espressamente alla legge e precisamente all'art. 7, comma 3, D.Lgs. n. 231/2002, che attribuisce al giudice, anche d'ufficio, di dichiarare la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di applicare i termini legali e ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo medesimo.

IV. L'appello deve essere conclusivamente respinto e confermata la prima decisione. Le spese del presente grado sono a carico del soccombente e vengono liquidate in € 2.500 complessivamente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo sull'appello in premesse, lo respinge. Spese del grado a carico dell'appellante Azienda ad a favore della *****à ***** Italia S.p.A. liquidate in € 2.500.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 16 novembre 2004 con l'intervento dei Sigg.ri:

Presidente

Consigliere

Consigliere

Chiarenza Millemaggi Cogliani
Consigliere

Consigliere est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to*****i

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12 aprile 2005

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL
DIRIGENTE

f.to *****

N°. RIC.2357-04

RA

<https://www.diritto.it/la-struttura-aziendale-delle-unita-sanitarie-non-si-riflette-sul-loro-agire-nell-ambito-d-el-mercato-che-deve-essere-improntato-ove-normativamente-previsto-a-criteri-pubblicistici-sono-a-tutti-gli-e/>