

CONCORSO

COLLABORATORE

e **ASSISTENTE**

AMMINISTRATIVO ASL

nelle Aziende sanitarie locali

Edizione interamente ripensata alla luce
delle prove somministrate negli ultimi concorsi

MANUALE COMPLETO

NLD
CONCORSI

Capitolo 6

I principali contratti atipici e gli appalti nel settore sanitario alla luce del nuovo Codice del 2023

SOMMARIO

1. I contratti atipici e il vincolo di scopo. - 2. Il contratto di brokeraggio. - 3. Il contratto di sponsorizzazione. - 4. Il contratto di tesoreria. - 5. Il leasing pubblico. - 6. Gli appalti nel settore sanitario

1. I contratti atipici e il vincolo di scopo

Come si è visto, la piena e generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione e l'autonomia negoziale riconosciutale, oggi espressamente indicata dal **nuovo Codice del 2023**, all'**art. 8**, determinano indubbiamente la possibilità per la P.A. di stipulare anche **contratti atipici**, ossia contratti il cui schema-tipo non è previsto dalla legge (o anche, in questo caso, i contratti che il legislatore prevede senza però attribuire alla P.A. il potere di stipularli) ma è comunque dalla stessa "autorizzato", purché "*siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*", come recita l'art. 1322 co. 2 c.c. e, per il caso delle P.A. purché però essi siano **strettamente funzionali alla realizzazione del fine pubblico perseguito dall'ente**. E', infatti, ormai principio pacifico che nel nostro ordinamento, la funzionalizzazione del ruolo del soggetto pubblico comporta che tutta l'attività privatistica della P.A., esplicata attraverso contratti tipici o atipici, presuppone che venga **rispettato il cd. vincolo di scopo**, ossia la strumentalità del contratto rispetto al fine pubblico che deve essere perseguito dall'ente.

Ciò detto, i principali contratti atipici stipulabili dalla P.A. sono: il **contratto di brokeraggio**, i **contratti di sponsorizzazione e di tesoreria**, il **contratto di leasing finanziario**.

2. Il contratto di brokeraggio

Il **contratto di brokeraggio** si instaura tra l'assicurando (che non si esclude possa essere una P.A.) e un professionista-imprenditore, per lo svolgimento di una **prestazione di contenuto misto**, in parte di consulenza e in parte di intermediazione **nel mercato assicurativo**, individuato all'art. 106, D.Lgs. 209/2005 (come modificato dal d.lgs. 68/2018), per il quale il professionista si impegna a svolgere un'**attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa**, consistente nel proporre prodotti assicurativi e riassicurativi, nel prestare assistenza o consulenza, nel compiere altri atti preparatori relativi alla conclusione di tali contratti, nella conclusione di tali contratti, ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati.

Si tratta, come pacificamente indicato da dottrina e giurisprudenza, di un **contratto oneroso**, essendo posta a carico della P.A., sotto forma di compenso indiretto – attraverso un caricamento nel premio assicurativo della provvigione del broker – la percentuale dovuta al broker per la sua attività di intermediazione; lo stesso è quindi assoggettato alle **regole pubblicistiche** dettate per l'affidamento degli appalti di servizi dal Codice dei contratti pubblici; allo stesso modo, guardando alla **natura dell'attività del broker**, essa è (altrettanto) pacificamente considerata di **carattere imprenditoriale**, come tale può essere inquadrata come oggetto di un **appalto di servizi** (di consulenza, mediazione ed assicurativo) e sottoposta alla relativa procedura di evidenza pubblica.

3. Il contratto di sponsorizzazione

Il **contratto di sponsorizzazione** è un particolare accordo, in base alla quale un soggetto, cosiddetto **sponsorizzato** o *sponsee*, assume, **normalmente dietro corrispettivo**, l'obbligo di

associare a proprie attività il nome o il segno distintivo di altro soggetto, detto **sponsorizzatore** o *sponsor*, divulgandone così l'immagine o il marchio presso il pubblico. Per le sue caratteristiche, tale contratto è qualificato in dottrina e giurisprudenza come **atipico, consensuale, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive**.

Il **quadro normativo** di riferimento in materia di contratti di sponsorizzazione prevede che le Pubbliche amministrazioni possano stipulare contratti di sponsorizzazione con soggetti privati, purché però sussistano i presupposti della **finalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico**, dell'**esclusione di conflitti di interessi** tra attività pubblica e privata e della realizzazione di un **risparmio di spesa**.

Guardando al **ruolo rivestito dalla pubblica amministrazione**, si distingue tra **due tipi di sponsorizzazione**:

- si avrà **sponsorizzazione passiva**, quando la P.A. è il soggetto sponsorizzato e lo sponsor pubblica la propria immagine o marchio attraverso l'attività dell'amministrazione, pagandole un corrispettivo o partecipando alle spese dell'iniziativa pubblica. In tale ipotesi, la P.A. ottiene un **vantaggio economico** quantificabile nel **risparmio di spesa**, conseguito attraverso il corrispettivo pagato dallo sponsor. Tale contratto, non essendo catalogabile tra i contratti passivi quanto piuttosto tra quelli attivi, in quanto comporta un vantaggio economico e patrimoniale direttamente quantificabile per la P.A., che realizza un risparmio di spesa, **resta fuori dalla disciplina comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici**;
- si avrà **sponsorizzazione attiva**, invece, quando la P.A. riveste il ruolo dello *sponsor*, promuovendo un'attività o una persona ed ottenendone a vantaggio un **ritorno di immagine**. Anche in questo caso si esclude che possa imporsi all'amministrazione il ricorso a procedure concorsuali.

Quanto alla normativa di riferimento, l'art. 43, L. 449/1997 già consentiva alle pubbliche amministrazioni di stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni, senza fini di lucro, al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati. In tale contesto, le iniziative da realizzare devono essere dirette al perseguimento di interessi pubblici, devono escludere forme di conflitto di interesse tra l'attività pubblica e quella privata e devono comportare risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti (ad esempio, rientrano tra le iniziative perseguibili quelle finalizzate a favorire l'assorbimento delle emissioni di anidride carbonica dall'atmosfera). Con l'entrata in vigore del **d.lgs. n. 50/2016**, il contratto di sponsorizzazione non ha mutato il suo carattere di contratto atipico, tuttavia, **l'art. 19** lo ha espressamente preso in considerazione, sancendo che l'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture per importi superiori **a quarantamila euro**, mediante dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti, è soggetto esclusivamente alla **previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante di apposito avviso**. Trascorso il periodo di pubblicazione, il contratto può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'articolo 80. Nel caso in cui lo *sponsor* invece intenda realizzare i lavori, prestare i servizi o le forniture direttamente a sua cura e spese, impone di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori alla stregua dei principi e dei limiti europei in materia. In tal caso non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori.

La disciplina prevista dall'art. 19 è estesa dall'art. 151, d.lgs. n. 50 del 2016 anche ai contratti di **sponsorizzazione in materia di beni culturali**. Medesima disposizione si ritrova oggi nel **nuovo Codice del 2023**, che all'art. 134, si occupa della collaborazione tra pubblico e privato nello svolgimento di attività finalizzate alla **tutela e alla valorizzazione dei beni culturali**, di regola svolte nelle forme della sponsorizzazione e del partenariato e nella formulazione proposta, queste forme di collaborazione vengono ricondotte dal co. 1, tramite rinvio alla disciplina comune, all'ampia categoria dei **contratti gratuiti** recepita nel codice (art. 8, co. 1).

4. Il contratto di tesoreria

Il **servizio di tesoreria**, definito dall'art. 209 d.lgs. n. 267/2000 è dato dal **complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale** e finalizzate, in particolare, alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi. Per quanto attiene all'affidamento del servizio di tesoreria, questo viene effettuato mediante le **procedure ad evidenza pubblica** stabilite nel regolamento di contabilità di ciascun ente, con modalità che rispettino i principi della concorrenza; ciò anche in considerazione delle peculiarità e della delicatezza delle funzioni del Tesoriere, che è un **agente contabile esterno**, tenuto a rendere il conto giudiziale inerente alla propria gestione.

Nel silenzio del legislatore, **natura giuridica** e conseguente disciplina applicabile a tale tipologia di contratti sono state enucleate dalla giurisprudenza che, nella vigenza del vecchio Codice dei contratti del 2006, ha qualificato l'affidamento del servizio di tesoreria come una **concessione di servizi**, assoggettata alla disciplina del Codice dei contratti pubblici solo nei limiti specificati dall'art. 30 ossia nel rispetto dei soli principi desumibili dal Trattato e dalla normativa generale in materia di contratti pubblici.

Anche nella vigenza del codice del 2016, il contratto *de quo* ha continuato ad essere qualificato come **concessione di servizi**, *"in quanto il sottostante contratto è gratuito, nulla l'amministrazione essendo tenuta a corrispondere quale corrispettivo delle prestazioni rese dal tesoriere. Gli istituti bancari, normalmente, partecipano alle gare per l'aggiudicazione dei servizi di tesoreria, non per trarre benefici direttamente dalla gestione del servizio di tesoreria, quanto piuttosto per ampliare la propria clientela, per sviluppare i propri servizi e la propria attività nelle aree in cui si svolge il servizio stesso e per le conseguenti ricadute positive in termini pubblicitari e di immagini, ciò traducendosi, ancorché in via mediata ed indiretta, in indubbi benefici strutturali, oltre che di natura economica, questi ultimi derivanti dalla gestione dei flussi finanziari dell'ente"* (T.A.R. Campania sez. I - Salerno, 04/12/2017, n. 1700). Si ricorda tuttavia, che altra parte della giurisprudenza ha riqualeficato l'affidamento in questione anche come **appalto di servizi** nell'ipotesi in cui sia previsto un compenso diretto della stazione appaltante verso chi svolge il servizio di tesoreria e non sia previsto il coinvolgimento di soggetti terzi (gli utenti); nel qual caso il sistema di gara non può essere più inquadrato nella concessione ma deve essere qualificato come autentico appalto di servizi.

5. Il leasing pubblico

Il **leasing** o **locazione finanziaria** è il contratto con il quale una parte, dietro corrispettivo di un canone periodico determinato in relazione al recupero del prezzo ed al conseguimento di un utile, concede il godimento di un bene all'altra, con facoltà di questa, alla scadenza del termine fissato, di restituirlo o di acquistarlo per una specificata somma residua. Si suole distinguere tra **leasing operativo**, in cui si realizza un'operazione bilaterale, venendo a coincidere nello stesso soggetto le figure di produttore e locatore e **leasing finanziario**, in cui si attua, invece, un rapporto trilaterale, essendo coinvolte, oltre al soggetto utilizzatore, l'impresa venditrice del bene e la società di leasing, che, dopo aver acquistato il bene da quest'ultima, lo concede in godimento all'utilizzatore.

Quando si parla di **leasing pubblico** in realtà non si discute di una *species* diversa rispetto all'ordinario **contratto di leasing**, risultando il termine "pubblico" conseguenza della circostanza che il contratto in questione è applicato da una pubblica amministrazione, e confronti della quale, tuttavia, la sfera applicativa del contratto di *leasing* risulta più ristretta rispetto a quanto si registra nell'attività imprenditoriale privata, essendo limitata alla fattispecie di **leasing finanziario**. La sua applicazione, inoltre, risulta ulteriormente circoscritta nella prassi ai **beni immobili**, riguardando prevalentemente opere pubbliche da realizzare ed integrando così la figura del cd. **leasing in costruendo**, che si ha quando la società di *leasing* costruisce l'opera pubblica e contestualmente l'affitta, concedendo alla Pubblica amministrazione, che quindi

assume la veste di locataria-utilizzatrice, la facoltà di riscattare, al termine della locazione, il bene fatto costruire.

Ammessa la possibilità per la P.A. di stipulare un contratto di *leasing*, la relativa procedura per la scelta del contraente dovrà essere organizzata come **procedura ad evidenza pubblica**, posto che il Codice dei contratti pubblici ha ricondotto alla nozione di “**appalti pubblici**” quelli “*aventi ad oggetto l’acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l’acquisto a riscatto, con o senza opzione per l’acquisto, di prodotti*”.

Anche in **nuovo Codice del 2023** ha riconosciuto espressamente la locazione finanziaria, cui è dedicato l’**art. 196** prevede, infatti, che (co. 1) “*per finanziare la realizzazione, l’acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria (leasing), con ciò confermando che la stipulazione di un contratto di leasing può perseguire lo scopo di reperire il finanziamento non solo per la realizzazione (c.d. leasing in costruendo) ma anche per l’acquisizione ovvero il completamento di opere già esistenti* che assumono la qualificazione di opere pubbliche o di pubblica utilità. Per come si legge nella Relazione illustrativa, il contratto in esame ha, infatti, la sua ragione economico-sociale nell’**obiettivo di realizzare lavori pubblici avvalendosi della possibile sinergia tra un soggetto costruttore e un soggetto finanziatore**”. In conformità alle suddette finalità, il co. 2 reca la definizione del contratto di locazione finanziaria, che è quell’accordo mediante il quale “*la società di locazione finanziaria acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori*”.

Se lo schema di contratto prevede il trasferimento del rischio operativo, ai sensi dell’art. 177, si applicano, per quanto non previsto, le norme sulle **concessioni e sugli altri contratti di partenariato pubblico-privato**; la corretta allocazione dei rischi, infatti, è un elemento cruciale del *leasing immobiliare in costruendo* sia sotto il profilo della qualificazione dell’operazione come partenariato pubblico-privato sia per assicurare l’esecuzione e la fruizione dell’opera nei tempi e secondo le modalità pattuite. Il contratto dovrà disciplinare, pertanto, in maniera espressa detto profilo. Diversamente trovano applicazione le disposizioni sugli **appalti**. Si conferma, altresì, la necessità che per l’aggiudicazione del contratto di locazione finanziaria l’ente concedente debba porre a base di gara almeno un **progetto di fattibilità**, comprensivo del piano finanziario. L’aggiudicatario predisporre i successivi livelli progettuali ed esegue l’opera”. Ai sensi del comma 10 del citato art. 196, “*il contratto prevede la facoltà di riscatto anticipato*”.

Una peculiare disposizione è quella contenuta al co. 6. dell’art. 196, ove per agevolare e incentivare il contratto di locazione finanziaria, è stata inserita una più precisa formulazione della disciplina delle sostituzioni per inadempimento o apertura della liquidazione giudiziale, stabilendo che il dissenso dell’ente concedente può essere motivato solo con riferimento alla non idoneità o mancanza di qualificazione del soggetto indicato in sostituzione, e quindi solo per ragioni obiettive, concretamente verificabili.

Quanto al regime da applicare all’opera oggetto della locazione finanziaria, viene ribadito che essa segue il regime di **opera pubblica a tutti gli effetti** (cioè a fini “**urbanistici, edilizi ed espropriativi**”); ciò per evitare che l’opera rimanga in capo ad un soggetto privato che, alla scadenza del contratto ed in assenza di riscatto, possa poi liberamente disporne, specie se i canoni già pagati coprono quasi integralmente il valore delle opere. Ovviamente in questi casi, il canone di *leasing* andrà modulato in maniera adeguata alla natura e alla funzione del bene, e alla necessità del suo riscatto al termine del periodo di locazione. In alternativa, è possibile che la stazione appaltante individui *ex ante* un’area di sua proprietà ovvero un’area da sottoporre ad esproprio, sulla quale far costruire l’opera, prevedendo la successiva costituzione del diritto di superficie in favore dell’aggiudicatario.

Quanto alla **facoltà di riscatto** è, infine, previsto (co. 10) che il contratto debba prevedere l’esercizio della **facoltà di riscatto anticipato**, in tal modo, risultando meglio garantiti gli interessi pubblici connessi al contratto di locazione finanziaria.

6. Gli appalti nel settore sanitario

Le ASL e gli altri enti del Servizio sanitario nazionale, in quanto pubbliche amministrazioni, sono tenute al rispetto delle **disposizioni del codice dei contratti pubblici** nella scelta del contraente. Il nuovo Codice, approvato con **d.lgs n. 36 del 2023**, rappresenta l'ennesimo tentativo di fornire agli operatori una regolamentazione tendenzialmente organica e completa della materia, al fine di "adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (art. 1, co. 1 della legge delega).

In sostanziale continuità col previgente Codice (d.lgs n. 50 del 2016), il quale conteneva disposizioni specifiche che prefiguravano un regime peculiare per le ipotesi in cui la procedura di affidamento avesse ad oggetto i servizi di cui all'allegato IX, tra i quali rientravano i servizi sanitari, il nuovo testo normativo prevede innanzitutto, all'art. 127, che, fermo quanto previsto dall'articolo 6 del codice (il quale disciplina le condizioni alle quali si può procedere all'affidamento diretto del servizio ad enti del terzo settore), per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi assimilati di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, per valori pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1 lettera d), le stazioni appaltanti procedono, alternativamente:

- mediante bando o avviso di gara che comprende le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera E;
- mediante avviso di pre-informazione, pubblicato con cadenza continuativa per periodi non superiori a ventiquattro mesi, recante le informazioni di cui allegato II.6, Parte I, lettera F, con l'avvertenza che l'aggiudicazione avverrà senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara.

Tali disposizioni non si applicano quando è utilizzata, in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 76, una procedura negoziata senza pubblicazione di bando.

A norma dell'art. 128, sono considerati servizi alla persona, tra gli altri, i **servizi sanitari**, servizi sociali e servizi connessi.

L'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti. In applicazione dell'articolo 37, le stazioni appaltanti approvano gli strumenti di programmazione nel rispetto della legislazione statale e regionale di settore. Le finalità di cui agli articoli 62 e 63 sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore, con particolare riguardo ai **distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe**. Si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 32 a 34, all'articolo 59 e agli articoli da 71 a 76. Si applicano, altresì, le disposizioni di cui agli articoli 79, 80, 84, 85, 89, 94, 95, 98, 99, 100, 101 e 110, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), si applicano i principi e i criteri di cui al comma 3 dell'art. 128.

Ai sensi dell'art. 129, le stazioni appaltanti hanno facoltà, con bando predisposto a norma delle disposizioni che seguono, di **riservare** agli enti di cui al co. 2 il diritto di partecipare alle procedure per l'affidamento dei **servizi sanitari**, sociali e culturali individuati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 (c.d. **appalti riservati**). Le condizioni sono le seguenti: