



IUS et SALUS
RIVISTA DI DIRITTO SANITARIO
E FARMACEUTICO



Rivista IUS et SALUS

Roma, 4.5.2020

Le pronunce cautelari del Giudice amministrativo ai tempi del Covid-19

di Vincenza Di Martino, Avvocato

e

di Domenico Andracchio, Avvocato

* * *

Nel presente documento vengono annotate alcune delle pronunce cautelari con cui il Giudice amministrativo ha trattato questioni concernenti l'organizzazione e l'azione amministrativa funzionalmente preordinate a fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19. Per assicurare una «coerenza tematica» con le finalità della Rivista, si è scelto di annotare le sole pronunce – sebbene non molte – nelle quali vengono in rilievo profili concernenti le strutture (pubbliche e private) del Servizio Sanitario Nazionale (S.S.N.), nonché gli aspetti relativi alla contrattualistica pubblica.

Trattandosi di provvedimenti cautelari – precisamente decreti monocratici adottati ai sensi dell'art. 84, del Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. «Cura Italia») – risultano contraddistinti da un allestimento concettuale e da una parabola motivazionale assai asciutta. Pertanto, per annotare tali pronunce è stato del tutto inevitabile andare incontro ad alcune difficoltà nel cogliere l'essenza della quaestio iuris trattata e nel cercare di ricostruire – talvolta dovendo ricorrere a «meccanismi di presunzione logica» e a «tecniche di narrazione deduttiva» – il ragionamento giuridico posto alla base della decisione monocratica. Da qui, possibili “incertezze” descrittive, che solo la sentenza di merito (al più l'ordinanza cautelare) permetterà, eventualmente, di superare.

È questo, del resto, il prezzo da pagare per quanti – con l'intento di voler assicurare un costante aggiornamento sui temi affrontati dalla giurisprudenza nell'attuale situazione di emergenza – decidano prometicamente di misurarsi con la «loquace silenziosità» di quelle pronunce (le c.d. cautelari) per loro natura rare e preziose. Esse non hanno la pretesa dell'immortalità concessa dal crisma del giudicato. In quanto pronunce interinali, «che subiscono le sorti del giudizio nel cui ambito sono adottate, la loro efficacia viene meno: a) a seguito di una pronuncia di rigetto del giudizio; b) nel caso di successiva ordinanza di revoca del provvedimento cautelare res melius perpensa; c) per la sopravvenienza di situazioni incompatibili con il mantenimento degli effetti della sospensione; d) in conseguenza di qualunque vicenda processuale abbia effetti estintivi sul processo cautelare o sull'intero giudizio» (cfr., Cons. St., Sez. III, 29 agosto 2018, n. 5084). Vivono giusto il tempo di evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa. Strumentali e serventi alla definizione del giudizio, tutte proiettate all'effettività della tutela giurisdizionale, si astengono dall'atteggiarsi a determinazioni verbose e solenni; snellezza e sinteticità sono il loro “marchio di fabbrica”. E poi? Poi hanno un'alternativa: sparire definitivamente dal mondo del diritto (in caso di pronunce di segno contrario) oppure ottenere il privilegio (l'unico concessogli) di continuare a vivere artificialmente sotto le mutate vesti di una ordinanza cautelare conforme, prima, e di una sentenza conforme, poi.

V.DM. e D.A.

INDICE

LA SANITÀ

1. *Violazione delle misure di lockdown e ruolo degli operatori del Servizio Sanitario Nazionale* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 24 marzo 2020, n. 471).
2. *I test diagnostici COVID-19 nelle strutture private accreditate: inibita l'attività di laboratorio in assenza di sintomi* (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 27 marzo 2020, n. 235).
3. *Il ricovero ospedaliero al tempo del Covid-19: nessuna disparità di trattamento in base al «luogo di provenienza»* (T.A.R. Molise, 30 marzo 2020, n. 62).
4. *La chiusura delle Casa di Cura per nuovi contagi da Covid-19* (T.A.R. Napoli, Sez. V, 14 aprile 2020, n. 779).
5. *Emergenza Covid-19 e «assunzione in deroga» nelle Residenze Sanitarie Assistenziali* (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15 aprile 2020, n. 212).
6. *La sospensione dei ricoveri nei Presidi ospedalieri impegnati a fronteggiare l'emergenza Covid-19* (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 27 aprile 2020, n. 321).

I CONTRATTI PUBBLICI

7. *Le indagini di mercato finalizzate all'individuazione dei laboratori privati specializzati nell'effettuazione di analisi dei tamponi oro-faringei* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 11 aprile 2020, n. 776).
8. *Principi in materia di contratti pubblici e accordi stipulati dalle Fondazioni - Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico: quale connubio?* (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 22 aprile 2020, n. 596).

LA SANITÀ

VIOLAZIONE DELLE MISURE DI *LOCKDOWN* E RUOLO DEGLI OPERATORI DEL SERVIZIO
SANITARIO NAZIONALE

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 24 marzo 2020, n. 471.

L'applicazione della domiciliazione fiduciaria, misura fissata in relazione a determinate evenienze ad esito di specifiche valutazioni proprie del particolare settore medico di riferimento, segue anche precauzionalmente al fatto in sè, comunque e da qualunque autorità riscontrato, non potendosi ritenere che un tale effetto segua unicamente ad accertamenti provenienti dalle forze dell'ordine.

1. Premessa — Con la pronuncia annotata, il T.A.R. Campania ha affrontato – sia pure con la sinteticità propria dei provvedimenti cautelari – un profilo di sicuro interesse quanto al funzionamento della c.d. «amministrazione dell'emergenza» attivata allo scopo (tristemente noto) di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sull'intero territorio nazionale. La questione giuridica degna d'essere segnalata può essere stringatamente esposta con quest'interrogativo: la quarantena domiciliare (o, se si preferisce, la domiciliazione familiare) può essere disposta dagli operatori delle articolazioni del Servizio Sanitario Nazionale soltanto qualora la violazione delle misure di *lockdown* sia accertata dalle forze dell'ordine?

2. Il caso — La vicenda trae origine dal ricorso proposto avverso il provvedimento con il quale una Azienda Sanitaria Locale ha disposto l'obbligo di quarantena domiciliare nei confronti di una persona residente in Campania. Il provvedimento è stato adottato in virtù della inottemperanza delle misure previste dall'ordinanza del Presidente della Regione Campania del 13 marzo 2020, n. 15, la quale ha disposto il *lockdown* su tutto il territorio regionale; ciò in conformità con le prime misure del Governo centrale che facevano salvo il potere regionale di ordinanze (art. 3, comma 2, del decreto legge del 23 febbraio 2020, n. 6, ora abrogato dal decreto legge del 25 marzo 2020, n. 19).

La precitata ordinanza regionale, nel premettere che «con decorrenza immediata e fino al 25 marzo 2020, su tutto il territorio regionale è fatto obbligo a tutti i cittadini di rimanere nelle proprie abitazioni. Sono consentiti esclusivamente spostamenti temporanei ed individuali, motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute», stabiliva che «la trasgressione dei compiti di cui alla presente ordinanza comporta, altresì, per l'esposizione al rischio di contagio del trasgressore, l'obbligo di segnalazione al competente Dipartimento di Prevenzione dell'ASL e l'obbligo immediato per il trasgressore medesimo di osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario,

mantenendo lo stato di isolamento per 14 giorni, con divieto di contatti sociali e di rimanere raggiungibile per ogni eventuale attività di sorveglianza». Malgrado il *lockdown*, l'interessato si è però allontanato dalla propria abitazione; circostanza desunta, in positivo, da un articolo di giornale pubblicato durante il periodo di *lockdown* e, in negativo, dalla mancata deduzione di alcuna delle circostanze idonee a giustificare gli spostamenti (motivi di lavoro, necessità o salute).

La succinta motivazione del provvedimento non permette di cogliere, con puntualità, quelle che sono state le dinamiche che hanno caratterizzato la vicenda fattuale. Tuttavia, è ragionevole credere che l'ASL – venuta a conoscenza dell'inosservanza delle misure di *lockdown* – abbia disposto la quarantena domiciliare per 14 giorni, giusta l'ordinanza regionale n. 15/2020.

Avverso il provvedimento dell'ASL è stato quindi proposto ricorso, con annessa domanda cautelare. L'interessato – per quanto di stretto interesse ai fini che qui rilevano – ha contestato la legittimità del provvedimento sul presupposto che la violazione dell'ordinanza del Presidente della Regionale Campania n. 15/2020 potesse essere accertata dalla sole forze dell'ordine e non anche dal personale delle articolazioni territoriali del Servizio Sanitario Nazionale.

3. La decisione — L'istanza cautelare è stata rigettata, perché non sorretta da *fumus boni iuris*. Il Giudice amministrativo ha chiarito, infatti, che «l'applicazione della domiciliazione fiduciaria, misura fissata in relazione a determinate evenienze ad esito di specifiche valutazioni proprie del particolare settore medico di riferimento, segue anche precauzionalmente al fatto in sé, comunque e da qualunque autorità riscontrato, non potendosi ritenere che un tale effetto segua unicamente ad accertamenti provenienti dalle forze dell'ordine».

Degno di segnalazione è poi il passaggio con il quale è stata riconosciuta la legittimità dell'atto presupposto (ordinanza regionale n. 15/2020) del provvedimento dell'ASL. Tant'è che, dopo essere stato escluso il contrasto di detto provvedimento regionale con le misure adottate sull'intero territorio nazionale, ne viene positivamente apprezzata la motivazione posta a giustificazione, con la quale l'amministrazione ha dato conto del rischio di contagio sull'intero territorio regionale, dal momento che i dati dimostrano come, nonostante le misure in precedenza adottate, i numeri di contagio sono in continua e forte crescita nella Regione.

I TEST DIAGNOSTICI COVID-19 NELLE STRUTTURE PRIVATE ACCREDITATE: INIBITA
L'ATTIVITÀ DI LABORATORIO IN ASSENZA DI SINTOMI

T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 27 marzo 2020, n. 235.

Non va sospeso il provvedimento con il quale una Azienda Sanitaria Provinciale (A.S.P.) ha inibito ad una struttura privata accreditata la prosecuzione dell'attività di laboratorio relativa all'esecuzione di test diagnostici per Coronavirus effettuati in assenza di sintomi, dal momento che il test, non risultando sostenuto da un razionale valore scientifico, potrebbe essere fuorviante per la popolazione, la quale potrebbe essere indotta ad abbassare la guardia, non rispettando le disposizioni ministeriali con grave danno per la tutela della salute pubblica.

1. Premessa — Con il decreto monocratico in commento, il T.A.R. Sicilia è stato chiamato a decidere in ordine alla sospensione del provvedimento con il quale l'Azienda Sanitaria Provinciale (A.S.P.) di Catania ha disposto l'inibizione nei confronti di una struttura privata accreditata ad effettuare i *test* per escludere la presenza del virus COVID-19. La pronuncia costituisce un interessante esempio di contemperazione tra due valori costituzionali: la salute pubblica (art. 32 Cost.) e l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), la quale è notoriamente libera fintantoché non contrasti con l'utilità sociale o non arrechi danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

2. La decisione — La motivazione è perspicua nel chiarire la ragione in base alle quale è stata negata la sospensione cautelare. Il Giudice amministrativo ha evidenziato, anzitutto, l'adeguatezza della motivazione posta alla base del provvedimento inibitorio. Nella pronuncia viene chiarito, infatti, che l'A.S.P. ha ancorato il provvedimento di inibizione: *a)* alla circostanza che, in assenza di sintomi, il *test* non appare sostenuto da un razionale scientifico, in quanto non fornisce un'informazione indicativa ai fini clinici e potrebbe essere fuorviante per la popolazione; *b)* alla circostanza che la negatività non è in grado di escludere l'infezione, con la conseguenza che il *test* potrebbe fare abbassare la guardia in un soggetto negativo, non facendo rispettare le disposizioni ministeriali con grave danno per la tutela della salute pubblica. Sicché, nel procedere alla comparazione degli interessi coinvolti (la salute pubblica e l'iniziativa economica privata), le esigenze di interesse pubblico sono stati considerati prevalenti; da qui il rigetto dell'istanza cautelare.

IL RICOVERO OSPEDALIERO AL TEMPO DEL COVID-19: NESSUNA DISPARITÀ DI TRATTAMENTO
IN BASE AL «LUOGO DI PROVENIENZA»

T.A.R. Molise, 30 marzo 2020, n. 62

Non appaiono sorretti da adeguata motivazione i provvedimenti con i quali l'ASREM – Azienda Sanitaria Regionale del Molise, ai fini del ricovero presso strutture ospedaliere regionali, ha disposto un differente trattamento per i pazienti provenienti da strutture ospedaliere di altre Regioni (ricovero, subordinato all'effettuazione del tampone per escludere la presenza del coronavirus) rispetto a quello riservato ai pazienti provenienti da strutture ospedaliere del Molise (ricovero, senza previa effettuazione del tampone).

1. Premessa — Con il decreto in epigrafe, il T.A.R. Molise ha disposto la sospensione dei provvedimenti con i quali l'ASREM – Azienda Sanitaria Regionale del Molise ha inteso disciplinare il ricovero presso strutture ospedaliere (pubbliche e private accreditate) di pazienti provenienti da strutture di altre Regioni, prevedendo che il ricovero fosse subordinato al preventivo tampone. Di contro, per i pazienti provenienti da strutture ospedaliere del Molise, il ricovero avrebbe potuto aver luogo senza previo tampone. L'analisi della pronuncia impone alcune, brevissime, considerazioni preliminari. Ognun sa che il diritto dell'emergenza nasce come diritto derogatorio (o diritto dell'eccezione). Le misure e i provvedimenti — per dirla così — adottati sotto “copertura dell'emergenza” possono derogare all'ordinario assetto normativo, spingendosi sino al punto di comprimere, se del caso, anche quei diritti e quei valori di rango costituzionale su cui poggia lo Stato di diritto. Se così è, com'è, un interrogativo sorge spontaneo: le misure e i provvedimenti adottati per far fronte ad emergenze possono spingersi sino al punto da derogare al fondamentale principio costituzionale di eguaglianza e non discriminazione *ex art. 3 Cost.*?

La risposta non può essere netta e draconiana, a meno di voler giungere a conclusioni bizzarre, perché non aderenti alla trama costituzionale. Per pacifica giurisprudenza, il principio summenzionato postula l'obbligo dello Stato di assicurare eguaglianza di trattamento quando eguali siano le condizioni oggettive e soggettive (cfr., C. cost., n. 3/1975), potendosi, invece, apprestare un trattamento diverso allorché ci si trovi in presenza di situazioni intrinsecamente eterogenee (cfr., C. Cost., n. 111/1981) ovvero di situazioni che, pur derivanti da basi comuni, differiscano tra di loro per aspetti distintivi particolari (cfr., C. cost., n. 100/1976). È in un tale quadro di cose che si inserisce la questione affrontata dal T.A.R. Molise.

2. Il caso — Come già anticipato, al fine di contenere il diffondersi del Covid-19 sul territorio regionale, l'ASREM ha adottato due provvedimenti in forza dei quali consentiva alle strutture sanitarie (pubbliche e private accreditate) di prestare ricovero alle persone provenienti da altre strutture mediante due distinti «meccanismi procedurali»: *a*) ricovero subordinato alla previa effettuazione dei tamponi per escludere il contagio da Covid-19, per i pazienti provenienti da strutture ospedaliere di altre Regioni; *b*) ricovero, senza previa effettuazione dei tamponi per escludere il contagio da Covid-19, per i pazienti provenienti da strutture ospedaliere del Molise.

Sicché, una struttura ospedaliera molisana ha presentato all'ASREM un'istanza volta ad ottenere l'assenso al fine di sottoporre a tampone tutti i pazienti, senza distinguere in base al luogo di provenienza. La ragione posta alla base dell'istanza è agevolmente intuibile: evitare che, a causa del ricovero di pazienti non sottoposti a tampone (quale che fosse il loro luogo di provenienza) potesse diffondersi il Covid-19 tra gli altri pazienti (per lo più anziani) già ricoverati nella struttura. All'istanza l'ASREM ha serbato silenzio; da qui, la proposizione dal ricorso.

3. La decisione — Il Giudice amministrativo — all'esito di una equilibrata ponderazione degli interessi in gioco — ha disposto l'accoglimento dell'istanza cautelare, sospendendo l'esecuzione dei provvedimenti dell'ASREM. Lo snodo motivazionale della pronuncia cautelare è incentrato su un duplice profilo argomentativo. In primo luogo, il pericolo di un danno grave e irreparabile (potenziale contrazione del coronavirus e possibili pregiudizievoli conseguenze sulle condizioni di salute dei pazienti già ricoverati nella struttura ospedaliera) che deriverebbe dal ricovero, senza previo tampone, dei pazienti proveniente dal Molise. In secondo luogo, l'accertata carenza di una motivazione capace di giustificare, adeguatamente, la disparità di trattamento riservata dall'ASREM ai pazienti provenienti da strutture ospedaliere del Molise (ricovero senza preventivo tampone), rispetto ai pazienti provenienti da strutture ospedaliere di altre Regioni (ricovero, previo tampone).

LA CHIUSURA DELLE CASA DI CURA PER NUOVI CONTAGI DA COVID-19

T.A.R. Napoli, Sez. V, 14 aprile 2020, n. 779.

Non deve essere sospesa l'ordinanza del Sindaco che ha disposto la chiusura temporanea di una Casa di cura nella quale, all'interno della quale nonostante le procedure impartite dalla Azienda sanitaria per il contenimento di casi Covid-19, si sono verificati ulteriori casi di Covid-19, essendo prevalente la funzione preventiva e precauzionale, sottesa a tutte le misure disposte.

1. Premessa — Con il decreto annotato, il T.A.R. Campania si è pronunciato in ordine alla sospensione cautelare di una ordinanza contingibile e urgente con la quale è stata disposta (sulla base degli accertamenti e delle valutazioni compiute dall'ASL territorialmente competente) la chiusura di una Casa di cura al cui interno si sono registrati nuovi casi di contagio da COVID-19, malgrado l'asserita applicazione delle procedure e delle misure di sicurezza prescritte dall'ASL.

2. Il caso — L'ordinanza sindacale e le note dell'ASL sono state impugnate dalla Casa di cura, la quale ne ha chiesto, anzitutto, la sospensione cautelare. Come ogni pronuncia cautelare anche quella annotata è caratterizzata da una motivazione asciutta e concisa. Tuttavia, sembra consentito evincere alcune delle censure e delle argomentazioni difensive sviluppate dalla Casa di cura al fine di ottenere la sospensione cautelare. Quanto al *fumus boni iuris*, è ragionevole ritenere che i provvedimenti e gli atti amministrativi siano stati impugnati (deducendo violazione di legge, violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza, eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e del travisamento dei fatti, etc.), sull'assunto che i nuovi casi di contagio da COVID-19 si fossero verificati per fatti ad essa non imputabili e, in quanto tali, inidonei a giustificarne la disposta chiusura; la parte ricorrente ha infatti dedotto il rispetto delle procedure e delle misure di sicurezza prescritte dall'ASL. Quanto al *periculum in mora*, è stato dedotto che la mancata sospensione dell'ordinanza di chiusura avrebbe arrecato un pregiudizio all'immagine.

3. La decisione — La domanda cautelare è stata rigettata dal Giudice amministrativo, avendo ritenuto prevalente, rispetto alla prosecuzione all'esercizio dell'attività socio-assistenziale e socio-sanitaria della Casa di cura, la funzione preventiva e precauzionale sottesa a tutte le misure disposte.

Nell'essere teleologicamente preordinati a tutelare il supremo valore costituzionale della salute pubblica, gli atti impugnati sono stati considerati giustificati, sebbene il verificarsi dei nuovi casi di contagio, all'interno della Casa di cura, non fosse imputabile alla mancata osservanza delle procedure e delle misure indicate dall'ASL. Nondimeno, è stata esclusa anche la sussistenza del pericolo di un danno grave e irreparabile, indentificato dalla parte ricorrente nel danno all'immagine che la chiusura gli avrebbe comportato. Nella pronuncia si afferma, infatti, che «non può sicuramente apprezzarsi, in termini di estrema gravità ed urgenza, il pregiudizio all'immagine che potrebbe subire la ricorrente» nel mentre e con riguardo ai «quattro pazienti le cui condizioni di salute non ne consentono le immediate dimissioni».

EMERGENZA COVID-19 E «ASSUNZIONE IN DEROGA» NELLE RESIDENZE SANITARIE ASSISTENZIALI

T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15 aprile 2020, n. 212.

Non appare illogica e sproporzionata la deliberazione della Regione Piemonte che consente alle Residenze Sanitarie Assistenziali (RSA) di procedere — dopo avere attinto dalle graduatorie degli idonei con qualifica professionale di Operatore socio-sanitario o aver indetto i relativi concorsi — all’assunzione di personale (di supporto agli Operatori socio-sanitari) che: a) stia frequentando un corso per Operatori socio-sanitari; b) abbia conseguito l’attestato di qualifica professionale di assistente familiare; c) abbia svolto, con regolare contratto di lavoro, per almeno 6 mesi anche non consecutivi, mansioni di assistenza al domicilio di anziani non autosufficienti o disabili; d) a conclusione di un corso di studio di istruzione superiore della durata di 5 anni che si conclude con il rilascio di un diploma di maturità, abbia conseguito il diploma di Tecnico dei Servizi Socio-Sanitari; e) abbia conseguito la laurea triennale in Educazione Professionale; f) sia in possesso del titolo di infermiera volontaria.

1. Premessa — Con la pronuncia in esame, il T.A.R. Piemonte si è espresso sulla deliberazione con la quale la Regione Piemonte, al fine di far fronte all’epidemia da COVID-19, ha consentito l’assunzione presso le Residenze Sanitarie Assistenziali (RSA) di persone prive della qualifica professionale di Operatore socio-Sanitario (OSS). Il giudice ha escluso che la determinazione regionale possa considerarsi illogica o sproporzionata in un contesto di emergenza, qual è quello attuale, capace di giustificare deroghe alla ordinaria disciplina di settore. Il commento alla pronuncia è bene che sia preceduto da un sintetico inquadramento di alcuni dei principali concetti giuridici che vengono in rilievo: *id est*, Residenza Sanitaria Assistenziale (RSA), Operatori socio-sanitari (OSS) e assistenti famigliari.

La normativa nazionale sulle Residenze Sanitarie Assistenziali (RSA) — come noto — è labirintica e disorganica, essendo rimessa alla potestà legislativa regionale la disciplina di dettaglio dell’organizzazione e degli *standard* per l’erogazione delle «prestazioni residenziali e semiresidenziali»: cioè a dire il complesso integrato di interventi, procedure e attività sanitarie e socio-sanitarie erogate a soggetti non autosufficienti, non assistibili a domicilio all’interno di idonei “nuclei” accreditati per la specifica funzione. Non è questa la sede per procedere ad una ordinata sistematizzazione dei numerosi atti che si sono occupati di RSA. Sia qui sufficiente rammentare che, a livello nazionale, i principali riferimenti normativi si rinvengono

nell'articolo 20, della Legge 11 marzo 1988, n. 67 (finanziaria 1988), nel D.P.R. 14 gennaio 1997, recante atto di indirizzo e coordinamento in materia di requisiti strutturali tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie), nel Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 ss.mm.ii., nonché nei D.P.C.M. 14 Febbraio 2001 (Decreto sulla integrazione socio-sanitaria) e 29 novembre 2001 (Definizione dei Livelli Essenziali di Assistenza).

Le Residenze Sanitarie Assistenziali – come chiarito dal D.P.R. 14 gennaio 1997 – sono quei «presidi che offrono a soggetti non autosufficienti, anziani e non, con esiti di patologie, fisiche, psichiche, sensoriali o miste, non curabili a domicilio, un livello medio di assistenza medica, infermieristica e riabilitativa, accompagnata da un livello alto di assistenza tutelare ed alberghiera, modulate in base al modello assistenziale adottato dalle Regioni e Province autonome». Ma definizioni, in certo senso più puntuali ed esaustive, si rinvengono nella legislazione regionale. Così, per esempio, nel Regolamento 6 settembre 1994, n. 1, della Regione Lazio si legge che «le residenze sanitarie assistenziali sono strutture sanitarie residenziali gestite da soggetti pubblici o privati, organizzate per nuclei, finalizzate a fornire ospitalità, prestazioni sanitarie, assistenziali, di recupero funzionale e di inserimento sociale nonché di prevenzione dell'aggravamento del danno funzionale per patologie croniche nei confronti di persone non autosufficienti, non assistibili a domicilio e che non necessitano di ricovero in strutture di tipo ospedaliero o nei centri di riabilitazione di cui all'articolo 26 della L. 23 dicembre 1978, n. 833».

Ora, all'interno delle RSA si trovano ad operare, tre le altre figure, gli Operatori socio-sanitari (OSS). Come affermato dall'Accorso tra Stato, Regioni e Province autonome del 22 febbraio 2001, si tratta dei soggetti che, a seguito dell'attestato di qualifica conseguito al termine di specifica formazione professionale, svolgono attività indirizzata a soddisfare i bisogni primari della persona nell'ambito delle proprie aree di competenza, in un contesto sia sociale che sanitario, nonché a favorire il benessere e l'autonomia dell'utente. Alla figura dell'operatore socio-sanitario compete: *a)* assistere la persona, in particolare non autosufficiente o allettata, nelle attività quotidiane e di igiene personale; *b)* realizzare attività semplici di supporto diagnostico e terapeutico; *c)* collaborare ad attività finalizzate al mantenimento delle capacità psico-fisiche residue, alla rieducazione, riattivazione, recupero funzionale; *d)* realizzare attività di animazione e socializzazione di singoli e gruppi; *e)* coadiuvare il personale sanitario e sociale all'assistenza al malato anche terminale e morente; *f)* osservare e collaborare alla rilevazione dei bisogni e delle condizioni di rischio-danno dell'utente; *g)* collaborare alla attuazione degli interventi assistenziali; *h)* valutare, per quanto di competenza, gli interventi più appropriati da proporre; *l)* collaborare alla attuazione di sistemi di verifica degli interventi, etc. Tali attività possono essere svolte sia nel settore sociale che in quello sanitario, in servizi di tipo socio-assistenziale e socio-sanitario, residenziali o semiresidenziali, nonché in ambiente ospedaliero e al domicilio dell'utente.

Dalla figura dell'Operatore socio-sanitario differisce quella dell'assistente familiare, che trova il suo fondamento nell'articolo 12, del Legge del 8 novembre 2000, n. 328, ma soprattutto nell'Intesa Stato, Regioni e Autonomie locali del 20 settembre 2007. L'assistente familiare è colui il quale svolge attività di cura ed accudimento di persone con diversi livelli di auto-sufficienza psico-fisica, contribuendo al mantenimento dell'autonomia e del benessere dell'utente mediante la presenza continuativa presso il domicilio della persona accudita. A differenza dell'Operatore socio-sanitario, l'assistente familiare non deve eseguire un corso dal contenuto squisitamente professionalizzante. Tale figura, quindi, non è dotata delle conoscenze tecnico-specialistiche e operative dell'OSS e, in quanto tale, può prestare l'attività di accudimento e sostegno esclusivamente presso il domicilio dell'utente e non anche presso strutture residenziali, semiresidenziali o addirittura in ambiente ospedaliero.

3. Il caso — Nonostante le differenze esistenti tra le due figure che si è cercato di tratteggiate, la Regione Piemonte ha adottato la deliberazione del 20 marzo 2020 n. 4-1141, con la quale ha ammesso la possibilità, in deroga alla disciplina di settore, di procedere all'assunzione presso le Residenze Sanitarie Assistenziali (RSA) di persone che, pur senza l'attestato professionale di Operatore socio-sanitario, siano comunque in possesso di altre requisiti, tra cui la qualifica di assistente familiare.

La determinazione regionale ha stabilito, invero, che nelle RSA nelle quali sia previsto un monte ore assegnato al personale OSS, sia possibile assolvere parte di tale monte ore con operatori che lavorino in affiancamento ad un OSS e che: *i*) stiano frequentando un corso OSS; *ii*) abbiano conseguito l'attestato di qualifica professionale di assistente familiare; *iii*) abbiano svolto, con regolare contratto di lavoro, per almeno 6 mesi anche non consecutivi, mansioni di assistenza al domicilio di anziani non autosufficienti o disabili; *iv*) a conclusione di un corso di studio di istruzione superiore della durata di 5 anni che si conclude con il rilascio di un diploma di maturità, abbiano conseguito il diploma di Tecnico dei Servizi Socio-Sanitari. Le ragioni (indubbiamente emergenziali) poste a fondamento del provvedimento sono costituite dalla presa d'atto che «l'evolversi della situazione epidemiologica, il carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia, nonché l'incremento dei casi sia sul territorio nazionale che su quello regionale ha anche determinato notevole difficoltà di reperimento delle qualifiche professionali di ambito socio-sanitario, rendendo difficile il mantenimento dei necessari *standard* gestionali dei servizi nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza, quali residenzialità anziani, disabilità, minori», nonché dalla necessità di assicurare che «le strutture territoriali pubbliche e private che erogano prestazioni sociosanitarie e socio-assistenziali in regime residenziale e semiresidenziali proseguano la loro attività, nel rispetto delle misure precauzionali di contenimento del rischio, garantendo ai pazienti la continuità dell'assistenza nelle condizioni di massima sicurezza e al personale di operare al minor livello di rischio».

4. La decisione — Avverso la deliberazione regionale ha proposto ricorso la Federazione Nazionale MigeP delle Professioni Sanitarie e Sociosanitarie e il Sindacato Professionale Human Caring Sanità, i quali hanno chiesto l’annullamento del provvedimento regionale, previa sospensione cautelare dello stesso.

La domanda di tutela cautelare è stata, però, rigettata dall’adito Giudice amministrativo, sull’assunto che non appare illogico o sproporzionato in una condizione di emergenza ed in deroga alla disciplina di settore *anche* consentire di assumere operatori a supporto, ovvero che lavorino sempre in affiancamento a un OSS, che: stiano frequentando un corso OSS; abbiano conseguito l’attestato di qualifica professionale di assistente familiare; abbiano svolto, con regolare contratto di lavoro, per almeno 6 mesi anche non consecutivi, mansioni di assistenza al domicilio di anziani non autosufficienti o disabili; a conclusione di un corso di studio di istruzione superiore della durata di 5 anni che si conclude con il rilascio di un diploma di maturità, abbiano conseguito il diploma di Tecnico dei Servizi Socio-Sanitari; abbiano conseguito la laurea triennale in Educazione Professionale (classe di laurea L/SNT2); siano in possesso del titolo di infermiera volontaria.

Gli aggettivi impiegati dal giudice («non appare *illogico*» o «*sproporzionato*») appaiono condivisibili, perché ben calibrati. Per vero, la “illogicità” (declinabile anche come di irragionevolezza e arbitrarietà) sembra potersi escludere in virtù di una equilibrata valutazione compiuta dal governo regionale, il quale ha inteso derogare alla disciplina ordinaria — che richiederebbe l’assunzione di soggetti in possesso dell’attestato professionale di OSS per assicurare prestazioni socio-assistenziali all’interno di RSA — limitatamente al fine di fronteggiare la crisi epidemiologica da COVID-19 ed assicurare, contestualmente, adeguati livelli di prestazione in favore dei pazienti, così come i necessari *standard* protezione agli operatori socio-sanitari. La “sproporzionalità” sembra, poi, potersi escludere per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché la deliberazione regionale consente alle RSA di procedere all’assunzione di personale privo del titolo di OSS soltanto qualora le stesse non riescano a soddisfare il fabbisogno di personale dopo aver proceduto allo scorrimento delle graduatorie degli idonei con qualifica di OSS oppure, una volta esaurite dette graduatorie, dopo aver indetto un concorso *ad hoc* per Operatori socio-sanitari. In secondo luogo, perché la suddetta deliberazione regionale non compie affatto una ingiustificata e pericolosa «sovrapposizione-sostituzione» tra la figura dell’OSS e la figura dell’assistente familiare, dal momento che questi ultimi non andrebbero ad esercitare i compiti propri dell’OSS, essendo piuttosto chiamati a prestare supporto in favore del personale OSS.

LA SOSPENSIONE DEI RICOVERI NEI PRESIDII OSPEDALIERI IMPEGNATI A FRONTEGGIARE
L'EMERGENZA COVID-19

T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 27 aprile 2020, n. 321.

Non va accolta l'istanza, proposta da un Comune, di sospensione della determina di una Asl nella parte in cui, per far fronte all'emergenza Covid-19 ed avere maggiore disponibilità di posti letto, ha disposto che non siano effettuati ricoveri nei reparti di Chirurgia Generale e Ortopedia e Traumatologia di un Presidio ospedaliero e che la relativa attività sia trasferita presso altro Presidio ospedaliero, non essendo configurabile un danno grave e irreparabile tale da non consentire la dilazione fino alla prima camera di consiglio utile per la trattazione collegiale della domanda cautelare.

1. Premessa — Con il decreto annotato, il T.A.R. Puglia ha rigettato la domanda di tutela cautelare monocratica proposta da un Comune per ottenere la sospensione della determinazione adottata da una Azienda Sanitaria Locale al fine di fronteggiare l'emergenza da COVID-19.

2. Il caso — Stante la situazione di *stress* cui le strutture sanitarie sono state (e continuano ad essere) sottoposte a causa della diffusione del virus COVID-19, una Azienda Sanitaria Locale ha ritenuto di adottare adeguate misure organizzative. E tra queste, quella di disporre la sospensione dei ricoveri nei reparti di Chirurgia Generale e Ortopedia e Traumatologia di un determinato Presidio ospedaliero, con conseguente trasferimento dei pazienti (non affetti da coronavirus) presso altro Presidio.

3. La decisione — Il Giudice amministrativo ha rigettato la domanda cautelare proposta dal Comune. Non è consentito evincere quali siano state le ragioni poste alla base della determinazione dell'ASL, ma è probabile che il Presidio ospedaliero per il quale sia stata disposta la sospensione del ricovero nei reparti di Chirurgia Generale e Ortopedia e Traumatologia fosse interessato da un notevole numero di pazienti affetti da COVID-19, con conseguente necessità di destinare anche detti reparti alla cura di tali pazienti. Fatto sta che, il Giudice amministrativo, nel premettere la necessità di «acquisire una documentata relazione sui fatti di causa», ha ritenuto di non disporre la misura cautelare monocratica, sul presupposto che «non sussistano i presupposti richiesti per la concessione di misure cautelari *inaudita*

altera parte, rappresentati dall'estrema gravità e urgenza tali da non consentire la dilazione fino alla prima camera di consiglio utile».

I CONTRATTI PUBBLICI

LE INDAGINI DI MERCATO FINALIZZATE ALL'INDIVIDUAZIONE DEI LABORATORI PRIVATI
SPECIALIZZATI NELL'EFFETTUAZIONE DI ANALISI DEI TAMPONI ORO-FARINGEI

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 11 aprile 2020, n. 776.

Non va sospesa la determina dell'indagine di mercato finalizzata all'individuazione dei laboratori/consorzi per l'analisi dei tamponi oro-faringei volti all'attività di screening per le Aziende Sanitarie della Regione Campania nell'ambito della gestione dell'emergenza legata al Covid-19, nella parte in cui non ha incluso la società ricorrente tra gli idonei, non essendo ravvisabile il presupposto della "estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio" attesa la prevedibile lunga durata della situazione di emergenza sanitaria e la conseguente eventuale, ma possibile, reintegrabilità delle sue aspettative.

1. Premessa — Con il decreto in epigrafe, il T.A.R. Campania si è pronunciato sulla domanda di tutela cautelare proposta da un operatore economico escluso dalla graduatoria degli idonei pubblicata all'esito di una indagine di mercato volta ad individuare laboratori/consorzi per l'analisi dei tamponi oro-faringei per le Aziende Sanitarie della Regione Campania nell'ambito dell'emergenza COVID-19.

2. Il caso — L'indagine di mercato è stata indetta dalla Società Regionale per la Sanità (So.Re.Sa. S.p.A.), quale società strumentale istituita dalla Regione Campania per la gestione delle procedure finalizzate alla realizzazione degli acquisti di prodotti destinati alle aziende del sistema sanitario regionale e la realizzazione del ripiano del debito maturato negli anni passati.

Con determina del 2 aprile 2020, n. 140, dopo essere stato premesso che «la Regione Campania, valutata la necessità di processazione dei tamponi dei soggetti positivi al covid-19, intende avvalersi della collaborazione di primari laboratori privati per l'effettuazione di diagnosi molecolari su campioni clinici respiratori», e dopo essere stato specificato che «l'Unità di crisi regionale ha inviato la So.re.sa. ad attivare una manifestazione di interessi destinati a laboratori privati», la So.re.sa. S.p.A. ha pubblicato l'avviso dell'indagine di mercato, invitando gli operatori in possesso dei relativi requisiti a trasmettere manifestazione di interessi. L'indagine di mercato si è conclusa con la determina So.re.sa. del 5 aprile 2020, n. 151, con la quale è stata pubblicata la lista degli idonei; lista dalla quale è stata esclusa la società ricorrente, che, pertanto, agiva in giudizio per chiedere l'annullamento, previa sospensione d'efficacia: a) della determina n. 151/2020 concernente la lista dei laboratori degli idonei; b) della determina n. 140/2020 di

indizione dell'indagine di mercato; c) dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione in favore dei laboratori inclusi nella lista degli idonei; d) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

3. La decisione — Il Giudice amministrativo ha disposto il rigetto della domanda cautelare, rilevando l'assenza – sotto il profilo del pregiudizio imprenditoriale lamentato dalla parte ricorrente – della «estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio». In particolare, il pericolo di danno grave e irreparabile è stato escluso in ragione della prevedibile lunga durata della situazione di emergenza sanitaria e della conseguente eventuale, ma possibile, reintegrabilità delle aspettative dell'operatore.

Nessun sindacato giurisdizionale è stato compiuto, invece, quanto al pregiudizio degli interessi pubblici coinvolti; è probabile che l'operatore abbia dedotto, infatti, il possibile pregiudizio alla tutela della salute pubblica derivante dal mancato impiego delle capacità di analisi che lo stesso avrebbe potuto mettere a disposizione, ove inserito nella lista dei laboratori idonei, delle Aziende sanitarie regionali per la gestione dell'emergenza Covid-19. Il decreto, con formula laconica e draconiana, finisce con l'invocare la riserva di amministrazione, stabilendo che il «pregiudizio dedotto con riferimento alla cura degli interessi pubblici deve rimanere attribuito alle valutazioni delle amministrazioni competenti».

PRINCIPI IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI E ACCORDI STIPULATI DALLE FONDAZIONI -
ISTITUTI DI RICOVERO E CURA A CARATTERE SCIENTIFICO: QUALE CONNUBIO?

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 22 aprile 2020, n. 596

Anche a voler ricondurre l'Accordo quadro per valutazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2 stipulato da una Fondazione I.R.C.C.S. nel novero delle ipotesi di collaborazione delineate dall'art. 8, comma 5, D.lgs. n. 288 del 2003, resta fermo che tale dato non sottrae l'Accordo stesso al rispetto dei principi interni ed eurounitari in materia di contratti pubblici; specie ove esso non sembra esaurirsi in un puro accordo di collaborazione scientifica, presentando piuttosto contenuti sinallagmatici con precisi vantaggi economici per la controparte contrattuale e conseguente valore di mercato sottratto al confronto concorrenziale.

1. Premessa — Con il decreto monocratico annotato, il giudice lombardo si è pronunciato sulla domanda di tutela cautelare proposta da un operatore economico al fine di ottenere la sospensione di Accordo quadro per la valutazione di *test* sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2 stipulato – senza previo svolgimento di una procedura informata al rispetto dei principi in materia di contratti pubblici – da una Fondazione - Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (I.R.C.C.S.) con un operatore economico.

Gli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (I.R.C.C.S.) sono enti a rilevanza nazionale, dotati di autonomia e personalità giuridica, che perseguono finalità di ricerca, prevalentemente clinica e traslazionale, nel campo biomedico e in quello dell'organizzazione e gestione dei servizi sanitari, unitamente a prestazioni di ricovero e cura di alta specialità. Per effetto del Decreto Legislativo 16 ottobre 2003, n. 288, molti di tali istituti sono stati trasformati *ex art. 2* del citato Decreto legislativo in Fondazioni pubbliche, aventi come enti fondatori il Ministero della salute, la Regione ed il Comune in cui l'Istituto ha la sede effettiva di attività.

Per quanto di stretto interesse, ai sensi dell'art. 8, comma 5, del Decreto Legislativo n. 288/2003, tali Istituti (trasformati o meno in Fondazioni), al fine di trasferire i risultati della ricerca in ambito industriale e salvaguardando comunque la finalità pubblica della ricerca, possono stipulare accordi e convenzioni, costituire e/o partecipare a consorzi, società di persone o di capitali, con soggetti pubblici e privati di cui sia accertata la qualificazione e l'idoneità.

2. Il caso — La vicenda trae origine dalla scelta di una Fondazione - IRCCS di accettare la proposta di collaborazione avanzata da una società privata per la valutazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2; ciò senza che venisse indetta alcuna procedura evidenziale. La stipula dell'Accordo è stata quindi impugnata da un operatore economico, che ha lamentato la violazione dei principi in materia di contratti pubblici.

3. La decisione — Il giudice lombardo, pur rinviando alla sede collegiale ogni più ampio esame, lascia trasparire l'adesione alla tesi per cui l'Accordo quadro stipulato dalla Fondazione I.R.C.C.S. (plausibilmente ascrivibile nella categoria degli «organismi di diritto pubblico») possa presentare i caratteri propri di un contratto pubblico di servizi che, seppure escluso dall'ambito oggettivo di applicazione del D.lgs. n. 50/2016, debba essere preceduta da una procedura ispirata al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Il ragionamento del giudice prende le mosse dalla considerazione che l'Accordo quadro per valutazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2 stipulato dalla Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia «non sembra esaurirsi in un puro accordo di collaborazione scientifica, ma presentare contenuti sinallagmatici con precisi vantaggi economici e conseguente valore di mercato sottratto al confronto concorrenziale», dal momento che, lungi dall'aver ad oggetto la valutazione clinica di un dispositivo diagnostico già pronto, sembra essere piuttosto finalizzato all'elaborazione di nuovi test molecolari e sierologici per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2, sulla base di un prototipo della società contraente. Da ciò giungendo ad affermare che pur a voler ricondurre l'accordo di cui trattasi nel novero delle ipotesi di collaborazione delineate dall'art. 8, comma 5, D.lgs. n. 288 del 2003, resta fermo che tale dato non sottrae l'accordo stesso al rispetto dei principi interni ed eurounitari in materia di contratti pubblici.