

Tar Lombardia: illegittima la collaborazione tra il San Matteo e la Diasorin S.p.A. per la valutazione dei test sierologici.

Con la **sentenza n.1006/2020**, pubblicata in data 8 giugno 2020, il TAR Lombardia annulla la determinazione della Fondazione I.R.C.C.S. Policlinico San Matteo del 23 marzo 2020 con cui è stata accettata “la proposta di collaborazione avanzata dalla Diasorin S.p.A. per la valutazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2” e il relativo accordo.

*

La pronuncia - al di là della rilevanza mediatica legata al ruolo di spicco assunto, nella ricerca, nella diagnostica e nel supporto sanitario, dal Policlinico San Matteo nel corso della recente emergenza sanitaria - si esprime su temi giuridici di non poco momento che potranno avere, ove confermati in grado di appello, un peso nel settore sanitario e nella ricerca scientifica.

Secondo il TAR lombardo, l'accordo stipulato tra il Policlinico e la Diasorin S.p.A. **non può essere ricondotto tra gli accordi di collaborazione scientifica tra le Fondazioni Irccs e gli Istituti con soggetti privati**, preordinati a trasferire i risultati della ricerca in ambito industriale salvaguardandone la finalità pubblica e previsti dall'art. 8, comma 5, del D.L.vo 16.10.2003, n. 288.

L'oggetto dell'accordo, letto secondo le regole ermeneutiche fissate dal codice civile in tema di interpretazione del contratto, paleserebbe, infatti, l'intenzione dei contraenti di dar vita ad un rapporto negoziale diretto a consentire non la produzione su scala industriale di un risultato scientifico conseguito dal Policlinico nell'ambito della sua attività di ricerca, ma **la creazione di prodotti nuovi e nuove invenzioni**, partendo da alcuni prototipi, la cui titolarità e commercializzazione resterà riservata all'operatore economico privato, da approntare sulla base delle attività di ricerca e sperimentazione affidate al Policlinico San Matteo, tramite il suo personale, dipendente e non, i suoi laboratori, il suo *know how*.

Pur nei limiti (anche istruttori) tipici di una procedura semplificata quale quella di cui all'art.60 del c.p.a., il Giudice lombardo si spinge a sostenere che la mancata classificazione dell'accordo in esame quale accordo di collaborazione scientifica porti a ritenere che lo stesso rientri -

seppur non negli appalti o concessioni di lavori, servizi o forniture - nei **“contratti attivi”**, con cui l’amministrazione pone *“a favore di un particolare operatore economico privato una specifica utilità, fornita direttamente dall’amministrazione e consistente nel complesso di beni, materiali ed immateriali, necessari per raggiungere gli obiettivi dell’accordo”*, in quanto tale pur sempre soggetto al rispetto dei principi generali di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e alla necessità di un confronto competitivo tra i diversi operatori del settore.

A tale ultimo corollario si perviene, secondo il TAR, anche avendo a mente la **natura di ente pubblico delle Fondazioni Irccss**, destinatarie di una privatizzazione solo formale, che consente all’ente di perseguire le proprie finalità istituzionali mediante un’attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato, senza alterazione della natura propria di soggetto pubblico, chiamato a svolgere un pubblico servizio e una pubblica funzione, integrati da attività assistenziali di ricovero e cura degli infermi e da ricerca scientifica bio-medica mediante risorse finanziarie pubbliche.

Infatti, dalla natura degli Irccs discenderebbe che, qualora dette Fondazioni intendano destinare beni facenti parte del patrimonio indisponibile aventi rilevanza economica ad un uso particolare, si debba procedere alla costituzione di **un rapporto concessorio**, con il conseguente rispetto della disciplina pubblicistica, tanto per la gestione dei beni e l’individuazione della loro concreta destinazione, con i relativi limiti, quanto per l’individuazione della controparte in favore della quale i beni vengono messi a disposizione, sicché deve ciò avvenire all’esito di una procedura comparativa, pur nel solo rispetto dei principi generali enunciati dall’art. 4 del codice dei contratti pubblici, che garantisca l’apertura al mercato e il confronto competitivo tra gli operatori del settore.

Il Tar, quindi, chiosa affermando la fondatezza delle censure sollevate: *“il contratto è stato affidato in violazione dei principi interni e comunitari, a mente dei quali i rapporti di cui si tratta, **ancorché attivi per l’amministrazione**, devono essere affidati sulla base di una procedura coerente con i principi di trasparenza, proporzionalità, pubblicità, imparzialità, parità di trattamento che sostanziano il proprium delle procedure ad evidenza pubblica; principi del tutto disattesi nel caso di specie, con acquisizione di un indebito vantaggio competitivo, con conseguente disparità di trattamento e alterazione della concorrenza”*.

*

Al di là della speditezza propria di un percorso processuale semplificato come quello di cui all'art.60 del c.p.a., di cui ci si è avvalsi per la definizione del giudizio in esame, e delle esigenze di celerità legate allo specifico periodo storico in cui versiamo, vale la pena ricordare che la norma sugli accordi di collaborazione scientifica di cui all'art. 8, D.L.vo n.288/2003 è stata concepita in un particolare momento storico in cui il ricorso al modello gestorio della società pubblica mista, figlio del periodo di "privatizzazione" della P.A., era ampiamente ammesso e non ancora circoscritto dal legislatore in ragione degli abusi e dei costi eccessivi poi verificatisi.

Si riteneva allora che una forma di partenariato pubblico-privata, implicante se del caso la costituzione di un soggetto societario a capitale misto, ove caratterizzata da una buona *governance*, consentisse una più efficiente ed economica gestione dell'oggetto sociale e, quindi, del perseguimento dell'interesse pubblico, stante il ricorso anche a capitali privati e, quindi, ad una maggiore disponibilità di risorse.

Il rimando a questo "piccolo mondo antico" emerge anche dalla contrapposizione effettuata dal D.L.vo n.288/2003 fra accordi preordinati al conseguimento di obiettivi legati ad "attività istituzionali" (art. 8) e accordi preordinati al conseguimento di obiettivi legati ad "attività strumentali" (art. 9), stante il vincolo del requisito dell'attività prevalente o esclusiva, rispetto alle attività secondarie, che tanto caratterizzò le vicissitudini delle forme di partenariato di prima generazione.

Anche qualora quindi l'accordo in esame non integri tutti i requisiti propri degli accordi di collaborazione scientifica, in ragione ad esempio del supposto mancato rispetto del vincolo di destinazione dei profitti, l'esternalizzazione dello svolgimento di attività istituzionali a soggetti privati, interessati ad avvalersi del patrimonio umano e strumentale degli Irccs, con conseguente possibilità di trarre profitto da tale collaborazione tramite la brevettazione dei risultati e il loro sfruttamento in ambito industriale, consente piuttosto il rimando a tutte quelle forme di collaborazione quali gli accordi, i convenzionamenti, i consorzi, le società di persone o di capitali che trovano il loro *humus* nel partenariato pubblico privato, oggi presidiato da altre norme e altri principi rispetto alle sue prime declinazioni degli anni '90 e 2000.

L'interpretazione evolutiva e sistematica del diritto fa quindi ritenere stridente la riconducibilità di tali collaborazioni pubblico-private nell'alveo del "contratto attivo", che, invece, consente di realizzare un'entrata (e non un'uscita, come in caso di contratto di appalto) a favore del soggetto pubblico quale corrispettivo del godimento del bene attribuito al privato, pretermettendosi in tal modo, vien da dire, l'elemento essenziale della causa dell'accordo e cioè la cooperazione – tramite condivisione di mezzi, risorse, conoscenze e rischi - tra la parte pubblica e la parte privata coinvolte.

Ad ogni modo, si immagina, la pronuncia passerà al vaglio del sindacato del Consiglio di Stato, il quale si vedrà chiamato a pronunciarsi **direttamente** sulla vicenda del Policlinico di Pavia, ma **indirettamente** su un settore e sulle sue forme di collaborazione e sviluppo, qual è quello della ricerca scientifica in ambito sanitario, che, sul territorio nazionale, è già notoriamente soggetto a limiti angusti e a risorse limitate, nonostante l'eccellenza dei suoi risultati.

Il tutto senza considerare che i principi enunciati dalla sentenza rischiano di scontrarsi inevitabilmente anche con i tempi e le esigenze concrete di un'emergenza sanitaria, con conseguente possibile frustrazione della "dimensione attiva" della tutela dell'interesse legittimo legato, per quanto possibile, all'interesse sostanziale sotteso.

a cura di Carola Ragni