

L'accreditamento nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione

Edoardo Caruso

Il rapporto pubblico-privato nel sistema sanitario è stato per lungo tempo tema di interesse dottrinale e giurisprudenziale, anche con l'obiettivo di una ricostruzione dogmatica secondo le categorie classiche degli atti amministrativi. L'apertura del settore sanitario a principi e regole di mercato incentrate sulla libertà di iniziativa economica ha messo in discussione assunti consolidati sul ruolo degli operatori privati nel contesto di un sistema a forte caratterizzazione di servizio pubblico. Per contro, proprio l'inerenza pubblicistica del settore (strettamente riconducibile alla primaria esigenza di tutela della salute) ha trovato rafforzamento in correlazione a ulteriori interessi prioritari, di recente qualificati dall'emergenza (contenimento della spesa pubblica). Di qui l'interesse a una rilettura della posizione della sanità privata all'interno del Servizio sanitario nazionale e degli istituti disciplinanti il rapporto pubblico-privato. In questo quadro, l'apertura a logiche di mercato non sembra aver implicato né il superamento della "funzionalizzazione" dell'attività dei privati rispetto ai preminenti obiettivi del Servizio sanitario, né una completa allocazione nella sola fase della programmazione del potere pubblico, trovando questo espressione, di norma, in forme non unilaterali bensì negoziali.

1. Premesse di inquadramento

Sin dall'attività di beneficenza degli istituti privati e/o religiosi, il settore sanitario è sempre stato caratterizzato dalla presenza di operatori privati, dando vita a un rapporto con la sfera pubblica che, ancor più che in altri settori, sembra lontano da una condizione di stabile equilibrio.

È stato, infatti, da sempre riconosciuto un ruolo ai privati nell'erogazione di prestazioni sanitarie: prima in funzione sostanzialmente sostitutiva degli apparati pubblici quando la tutela della salute rilevava in chiave meramente strumentale rispetto alla tutela dell'ordine pubblico; successiva-

mente con un ruolo residuale e/o integrativo allorché, con l'entrata in vigore della Costituzione, la tutela della salute è diventata uno degli obiettivi fondamentali dello Stato sociale.

La costante presenza di erogatori privati ha anche un fondamento costituzionale. Se per un verso, infatti, la Costituzione non definisce in modo preciso le forme e le modalità dell'intervento pubblico nel settore in questione, lasciando in tal modo alla discrezionalità/libertà politica del legislatore la scelta di come regolare il rapporto fra pubblico e privato, per altro verso essa garantisce l'attività privata rispetto a eventuali riserve in favore di soggetti pubblici.

Ma sul punto pare opportuno distinguere fra le diverse forme che l'attività privata di erogazione di prestazioni sanitarie può assumere¹: se pochi dubbi sussisterebbero sull'incostituzionalità di una disciplina che disponga il monopolio pubblico sull'attività sanitaria tale da impedire le prestazioni meramente private², meno certa sembra, a parere di chi scrive, la possibilità di desumere dalla Costituzione l'obbligo di includere gli operatori privati nell'attività di erogazione di prestazioni sanitarie a carico del servizio pubblico³.

(1) Come è noto l'offerta sanitaria va distinta in "offerta privata pura", erogata da soggetti privati senza gravare sul bilancio pubblico, ma soggetta a controllo pubblico affinché non contrasti con l'utilità sociale, e "offerta pubblica", erogata nell'ambito del servizio pubblico; in questa seconda categoria si deve poi distinguere fra l'offerta "pubblica pura" (le prestazioni erogate da soggetti pubblici o da soggetti a questi equiparati) e l'offerta "pubblica mista", posta cioè materialmente in essere da operatori privati.

(2) I servizi sociali intesi in senso ampio, fra cui rientrano le attività sanitarie, presentano, infatti, coordinate costituzionali peculiari rispetto agli altri servizi pubblici: una di queste è costituita proprio dalla garanzia per i privati di poter intraprendere tali attività che, quindi, non possono essere oggetto di trasferimento o riserva alla mano pubblica; sul tema, si v. E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 1986, *passim*, in part. p. 92 ss. e 172 ss.; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 193 e G. CAIA, *La disciplina dei pubblici servizi*, in L. MAZZAROLLI *et al.* (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2001, pp. 945-995, in part. p. 975. Per vero, sebbene tale garanzia per l'attività dei privati trovi espresso riconoscimento costituzionale solo con riguardo a istruzione e assistenza (artt. 33 e 38 Cost.) ma non per l'assistenza sanitaria, si argomenta la possibilità di superare in via interpretativa l'assenza di analoga previsione in tal senso nell'art. 32.

(3) A dire il vero si è ritenuto, in dottrina, di poter ricavare dalla Costituzione una garanzia ulteriore per l'attività degli operatori privati, quale il loro necessario coinvolgimento nell'erogazione di prestazioni per conto del servizio pubblico. In tal senso cfr. E. FERRARI, *I servizi sociali*, cit., p. 92; N. AICARDI, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 550 e, almeno così pare, anche G. BERTI, V. ANGIOLINI, *Difesa della salute e organizzazione sanitaria*, in

Anche a prescindere dall'effettiva presenza di un obbligo costituzionale in tale senso, appare comunque significativo, nel quadro regolatorio attuale, il ricorso ai privati per l'erogazione di prestazioni sanitarie di servizio pubblico.

In tale contesto il nesso organizzativo di servizio pubblico può essere instaurato attraverso istituti differenti, quali: classificazione, accreditamento, convenzione, sperimentazione e, entro certi limiti, l'attività sanitaria *intra moenia*; si è in presenza, quindi, di una varietà di soluzioni che, nonostante la prevalenza dell'accREDITAMENTO quale soluzione "ordinaria" per le prestazioni di assistenza specialistica, ospedaliera e socio-sanitaria, consiglia particolare prudenza nel giungere a conclusioni di carattere generale sul rapporto pubblico-privato.

Prudenza, peraltro, imposta dal doversi confrontare con soluzioni regionali che, per quanto rientranti nel modello del Servizio sanitario nazionale (SSN), presentano tra loro differenze, talvolta anche significative, tali da far addirittura supporre l'esistenza di una pluralità di sistemi sanitari regionali tra loro differenziati⁴; d'altronde, come si dirà, non solo il Costituente, ma nemmeno il legislatore statale ordinario, nel precisare i "principi fondamentali" della materia, ha definito in modo coerente, puntuale e completo il ruolo degli operatori privati e il confine con quello del "pubblico"⁵.

Se poi, a ciò, si aggiunge la scarsa coerenza, ai limiti della contraddittorietà, dei diversi interventi regolativi del legislatore statale⁶, non deve stupire che, a livello regionale, nonché sul versante giurisprudenziale, siano state prospettate ulteriori variabili nella configurazione del rapporto fra pubblico e privato⁷.

Amministrare, 1998, p. 235 ss., in part. p. 236; *contra*, G. FARES, *La retroattività dei tetti di spesa dopo l'adunanza plenaria*, in *www.treccani.it*, Libro dell'anno del Diritto, 2013.

(4) Cfr. R. BALDUZZI, *Esiste ancora un servizio un Servizio sanitario nazionale?*, in AA.VV., *Il governo della salute. Regionalismo e diritti di cittadinanza*, Roma, Formez, 2005, pp. 23-34, in part. p. 27.

(5) *Infra*, § 2.1.

(6) Cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., in part. p. 211 ss.

(7) M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, Giuffrè, 2012, in part. p. 249 ss.; si v. anche A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 551

Per vero, sono in ogni caso rintracciabili profili del rapporto “pubblico-privato” in ordine ai quali il legislatore statale pare aver mantenuto una posizione più netta e decisa alla luce della quale sono emersi profili di contrasto con segmenti regolativi substatali; è il caso, come si dirà, del ruolo della programmazione e, nello specifico, del suo rilievo nel momento del rilascio dell’accreditamento.

Le riflessioni del presente lavoro si dipartono proprio da una linea di frattura tra regolazione nazionale e regionale che ha trovato, anche di recente, espressione nella impostazione caratterizzante l’intervento del legislatore regionale della Lombardia il quale – con legge n. 23 del 2015 – pare aver inteso superare gli assetti organizzativi del SSN, liberalizzando l’accreditamento e facendo gravare sul solo momento contrattuale il legame con le scelte (anzitutto in termini di *budget*) operate nella precedente fase programmatica. È per l’appunto in ragione della portata normativa e della sua attualità che si opererà riferimento al modello lombardo per desumerne spunti ricostruttivi e riflessioni di carattere generale.

2. Descrizione del quadro normativo nazionale. Il sistema delle tre A (autorizzazione-accreditamento-accordo) negli artt. 8-bis ss. del d.lgs. 502/1992

Dopo la “riforma della riforma” operata dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229⁸, la sequenza “autorizzazione-accreditamento-accordo/contratto” di cui agli artt. 8-bis ss. del d.lgs. 502/1992 ss.mm.ii. regola l’erogazione, per conto del servizio sanitario pubblico, di prestazioni sanitarie di assistenza specialistica e ospedaliera e di prestazioni socio-sanitarie, mentre la sola autorizzazione è necessaria per chi vuole erogare prestazioni al di fuori

ss., in part. p. 590, secondo cui in settori come quello sanitario, in cui la qualità del servizio pubblico rimane particolarmente legata alla sua organizzazione, la giurisdizione amministrativa e costituzionale rimane «il luogo di tutela delle scelte più complessive».

(8) Decreto adottato sulla base della legge delega 30 novembre 1998, n. 419. Si tratta di interventi già peraltro anticipati negli anni precedenti: si fa riferimento, in particolare, all’art. 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662; all’art. 32, comma 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 e al d.P.R. 14 gennaio 1997 (cd. linee guida sull’accreditamento). Per un quadro completo di tali interventi cfr., per tutti, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, p. 58 ss.; cfr. anche F. MAINO, *La regolamentazione dell’accesso al Servizio sanitario nazionale: autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali*, in *questa Rivista*, 2000, p. 905 ss.

del servizio pubblico; per l'assistenza medico-generica, pediatrica e farmaceutica, invece, l'art. 8 prevede la stipula di convenzioni fra le Asl e soggetti terzi che vengono così legittimati ad operare per conto del Ssn. Invero, l'art. 8-ter del d.lgs. 502/1992 considera due distinte *autorizzazioni* (rispettivamente per la realizzazione o l'ampliamento delle strutture e per l'esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie) che devono essere ottenute, come anticipato, da chiunque voglia erogare prestazioni sanitarie e socio-sanitarie⁹.

L'art. 8-*quater* disciplina l'istituto dell'*accreditamento*, il cui ottenimento – necessario ma non sufficiente per poter erogare prestazioni per conto del servizio pubblico – è subordinato a requisiti tecnici ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'autorizzazione¹⁰, nonché alla funzionalità della struttura richiedente «agli indirizzi di programmazione regionale» e alla «verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti».

Secondo l'impostazione di principio della disciplina statale, l'accreditamento sanitario e socio-sanitario è strettamente connesso alle scelte programmatiche, quale istituto che governa la funzione di contingentamento e di selezione all'ingresso nel Ssn. In altri termini, non tutti gli operatori privati in possesso dei requisiti tecnici richiesti hanno diritto a ottenerlo, ma solo quelli la cui attività si inserisce appropriatamente nella programmazione regionale.

Il vincolo fra accreditamento e programmazione implica, quindi, uno spazio di scelta discrezionale dell'amministrazione in termini di valutazione della rispondenza e adeguatezza agli obiettivi della programmazione¹¹. Anche se è dato oggettivo che, nel prevedere l'accreditamento delle

(9) Mentre il rilascio dell'autorizzazione relativa all'esercizio dell'attività è subordinato al possesso di requisiti minimi strutturali, tecnologici e organizzativi, quella relativa alla realizzazione o all'ampliamento di strutture sanitarie e socio-sanitarie presuppone una verifica di compatibilità effettuata in rapporto al "fabbisogno complessivo" e alla "localizzazione territoriale" delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di favorire l'accessibilità ai servizi.

(10) Sul punto si v., oltre al d.P.R. 14 gennaio 1997, il disciplinare per la revisione dei requisiti essenziali dell'accreditamento approvato il 20 dicembre 2012 dalla Conferenza Permanente Stato-Regioni; tali discipline vanno integrate con quanto previsto dal d.m. 2 aprile 2015, n. 70.

(11) Da cui il riferimento, da parte della prevalente giurisprudenza, al sorgere di situazioni giuridiche di interesse legittimo in capo al richiedente; cfr. Corte cost. 94/2009 e Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1740 e 5 maggio 2008, n. 1987. Sulla discrezionalità legata alla programmazione si v., per tutti, U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, p. 125.

strutture precedentemente convenzionate¹² e nel delineare la procedura di rilascio dell'accreditamento a nuove strutture, distinguendo fra provvisorio e definitivo¹³, l'art. 8-*quater* riflette non solo una generale *ratio* pianificatoria, ma anche un effettivo *favor* per le strutture già inserite nel sistema pubblico¹⁴.

Infine, va fatto riferimento alla figura del *contratto* (*accordo* se stipulato con una struttura pubblica) di cui all'art. 8-*quinquies*.

Invero, alla concessione dell'accreditamento, che comunque crea il nesso organico e funzionale di servizio pubblico, non consegue un immediato diritto/dovere del soggetto che è stato accreditato di erogare prestazioni per conto e con spese (in parte) a carico del bilancio pubblico; ai sensi dell'art. 8-*quater*, comma 2, l'operatività del soggetto accreditato consegue infatti alla stipulazione, fra tale soggetto e l'autorità competente, di un "contratto di servizio" cui spetta la puntuale regolamentazione delle caratteristiche e del volume massimo delle prestazioni «che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza» (art. 8-*quinquies*, c. 2).

Tuttavia, tale disciplina negoziale non discende da una vera e propria contrattazione atteso che, non solo il volume massimo di prestazioni è stabilito unilateralmente dall'amministrazione al momento delle scelte programmatiche, ma anche il territorio di riferimento e la categoria delle prestazioni richieste sono fattori esterni non suscettibili di essere negoziati¹⁵. Invero, la definizione del Piano preventivo annuale rappresenta momento attuativo ed esecutivo di scelte unilaterali della Regione alla quale spetta, ai sensi dell'art. 32, comma 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, l'individuazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile

(12) Si v. l'art. 8-*quater*, co. 6, che richiama l'art. 6, c. 6, della legge 23 dicembre 1994, n. 724.

(13) Art. 8-*quater*, comma 7.

(14) Cfr. M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., p. 162; sul tema si veda anche *infra*, sub § 4.

(15) Cfr. M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, Maggioli, 2012, p. 260 ss.

con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni¹⁶. Si tratta, infatti, di previsione che, pur ponendosi in continuità con altre effettuate negli anni precedenti, ha accentuato i profili autoritativi dell'azione regionale¹⁷; in particolare, nell'esprimere la «necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nella cornice di una pianificazione finanziaria»¹⁸ al fine di razionalizzare il sistema delle prestazioni sanitarie sul territorio, ha delineato un *modello bifasico* di programmazione nel quale il momento di negoziazione su base territoriale è vincolato dalla precedente fase autoritativa regionale¹⁹.

Sempre con riguardo a tale momento convenzionale, alquanto controversa è risultata l'ammissibilità in capo all'amministrazione di ulteriori margini di valutazione discrezionale dopo la concessione dell'accreditamento. Non si è registrata, infatti, uniformità di vedute circa la sussistenza di un obbligo per la parte pubblica di perfezionare rapporti contrattuali con tutti i soggetti accreditati; in altri termini, a fronte di una ricostruzione della sequenza accreditamento-contratto in termini di mera presupposizione (in senso a-tecnico) del primo, è stata infatti prospettata una diversa lettura della stessa sequenza in termini di necessaria consequenzialità. La prima soluzione ha comunque trovato definitiva conferma nella novella introdotta dalla legge 133/2008²⁰ all'art. 8-*quinquies*, co. 2-*quinquies*,

(16) Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014, n. 1582; sez. V, 19 novembre 2009, n. 7237; Cass. civ., sez. lav., 11 gennaio 2007, n. 403.

(17) Il principio della necessaria programmazione era alla base dell' art. 6, co. 5, legge 23 dicembre 1994, n. 724; tale disposizione prevedeva la necessità di adottare un piano annuale preventivo, ma lo limitava alle sole aziende ospedaliere. Tale piano preventivo annuale è stato poi esteso – dall'art. 2, c. 8, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 – a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati; e successivamente confermato – come, in generale, il principio della programmazione preventiva – seppur con significative modifiche, dall'art. 1, c. 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662; sul tema si v. anche art. 12, comma 3, d.lgs. 502/1992 ss.mm.ii. In giurisprudenza, per tutti, TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 2004, n. 6508.

(18) Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418 e Cass. civ., sez. lav., 11 gennaio 2007, n. 403, cit.

(19) *Ex multis*, Cons. Stato, ad. pl., 12 aprile 2012, n. 3 e 4 e Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6135; 15 gennaio 2014, n. 113; in dottrina si v., per tutti, E. STICCHI DAMIANI, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e le posizioni delle imprese private*, in *San. pubbl. priv.*, 2003, p. 929 ss., in part. p. 943 ss.

(20) Nel senso che, prima della riforma, all'accreditamento dovesse seguire il contratto cfr. M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., pp. 188-189; sul tema, anche per una completa ricostruzione delle diverse posizioni, C. CORBETTA, *I rapporti tra la sanità privata e*

del d.lgs. 502/1992, secondo cui, «in caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente articolo, l'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-*quater* delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale interessati è sospeso»²¹.

2.1. Segue. *Brevi considerazioni sul ruolo del principio di programmazione e su quello di parità fra strutture pubbliche e strutture private*
Rispetto al *modello aperto* delineato dalla versione originaria del d.lgs. 502/1992, il *sistema chiuso* – introdotto con la riforma del 1999 e basato sullo stretto legame tra fase della programmazione da un lato e accreditamento-contratto dall'altro – ha sostanzialmente limitato la libertà di scelta degli utenti e, in parte, anche la concorrenzialità tra operatori: la loro attività è risultata, infatti, maggiormente funzionalizzata alle esigenze pubblicistiche di contenimento della spesa.

Rinviando a una successiva parte del lavoro l'analisi circa l'incidenza di tale evoluzione normativa sulla qualificazione degli istituti giuridici, va dato atto fin d'ora di come sia ricorrente l'affermazione secondo cui gli interventi della seconda metà degli anni '90 abbiano affiancato il principio della programmazione – funzionale al contenimento della spesa pubblica e a una razionalizzazione efficientista del sistema sanitario – a quelli della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private e della facoltà di libera scelta dell'utente²².

Se la direzione intrapresa da tali interventi è evidente e del tutto comprensibile rimangono, comunque, diversi aspetti del rapporto pubblico-privato rispetto ai quali la disciplina statale di principio lascia profili di incertezza che finiscono per giustificare, se non per promuovere, prospet-

l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accreditamento nell'attuale disciplina, in *San. pubbl. priv.*, 2005, p. 7 ss., in part. p. 25 e C. BOTTARI, *Dai servizi sanitari ai servizi socioassistenziali*, in C. BOTTARI (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 3 ss., in part. p. 7.

(21) Sulla *ratio* che avrebbe ispirato tale novella, cfr. P. DE ANGELIS, *Accreditamento, accordi e contratti: profili giuridici e questioni applicative*, in *Ragiusan*, 2011, p. 13 ss., in part. pp. 27-28.

(22) Molto chiara in tal senso è stata la Corte costituzionale; sul punto si v. la sent. 200/2005, pt. 2, in parte ripresa dalla successiva 387/2007, nonché la sent. 94/2009, pt. 7.1. Nella giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, Cons. Stato, ad. pl., 12 aprile 2012, n. 3 e 4, cit.; sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6135 e sez. V, 19 novembre 2009, n. 7237.

tazioni e soluzioni eterogenee a livello giurisprudenziale e a livello normativo e amministrativo regionale.

Appare pertanto utile a questo punto della trattazione accennare al rapporto pubblico-privato nel Servizio sanitario nazionale muovendo, però, da alcuni aspetti che sembrano maggiormente consolidati.

Come anticipato, il sistema delineato dalla prima versione del d.lgs. 502/1992, quale risultante anche a seguito di alcuni specifici interventi correttivi degli anni successivi, ruotava attorno al valore della libertà di scelta degli utenti e ai principi strumentali di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private²³. In tale contesto, il controllo della spesa pubblica era obiettivo da raggiungere esclusivamente per il tramite del controllo della domanda, realizzato principalmente mediante la prescrizione del medico di base (cd. *gatekeeping*).

Con la cd. “controriforma” del 1999 è stato dato rilievo, invece, alla programmazione dell’offerta per assicurare controllo e contenimento della spesa, sacrificando in parte la libertà di scelta dell’utente²⁴, riconosciuta solo entro gli ambiti delle prestazioni oggetto di programmazione²⁵.

La scelta del legislatore statale sul punto appare tetragona, non sembrando lasciare margini di manovra ai singoli sistemi sanitari regionali. In questa prospettiva, del resto, non appare casuale che, fino alle recenti novità introdotte dalla richiamata legge regionale della Lombardia n. 23 del 2015, tutte le Regioni avessero confermato lo stretto legame della sequen-

(23) Cfr. d.lgs. 30 dicembre 1993, n. 517, ma anche le leggi finanziarie per gli anni 1995 (legge 23 dicembre 1994, n. 724) e 1996 (legge 28 dicembre 1995, n. 549).

(24) Il diritto di scelta dell’utente tra strutture sanitarie pubbliche e private non è qualificabile come diritto costituzionalmente garantito. Sul punto si v. N. AICARDI, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, cit., p. 529; F. LIGUORI, *La concorrenza amministrata tra innovazioni legislative e resistenze burocratiche*, in *San. pubbl.*, 1997, p. 511 ss., in part. p. 518 e la giurisprudenza ivi richiamata; cfr. anche Corte cost. 387/2007 e 248/2011 sulla non riconducibilità di tale principio ai livelli essenziali delle prestazioni. Dal punto di vista, invece, dell’inquadramento del diritto di scelta degli utenti nel quadro regolamentare di settore, esso non gode più di un’intangibilità assoluta, ma deve essere coniugato con i principi di programmazione e razionalizzazione/contenimento della spesa sanitaria pubblica; cfr., fra le tante, Corte cost. nn. 111/2005, 200/2005, 387/2007, 94/2009 e, da ultimo, n. 203/2016.

(25) V. in particolare, art. 2, c. 2, lett. *d*), della legge delega 30 novembre 1998, n. 419 e l’art. 8-bis del d.lgs. 502/1992; cfr. anche Corte cost. n. 200/2005. Inoltre, è stato confermato il principio del controllo della domanda attraverso prescrizione del *medico gatekeeper* (art. 8-bis, c. 2, d.lgs. 502/1992).

za accreditamento-contratto con le decisioni assunte in fase di programmazione²⁶. L'affermazione del principio di programmazione dell'offerta sanitaria pubblica e la sua prevalenza rispetto alla libertà di scelta dell'utente (quando, al momento della sua concreta applicazione, sorgono situazioni di frizione) sembrano, quindi, poter essere annoverate fra i punti fermi del sistema.

Più complessi, invece, possono risultare altri profili del rapporto pubblico-privato quali, ad esempio, la piena o parziale concorrenzialità fra strutture pubbliche e strutture private, sia con riguardo alla fase di accesso al sistema pubblico, sia relativamente al regime dell'attività nell'ambito del SSN; d'altro canto, nella legislazione statale di principio non si rinvencono indicazioni univoche e dirimenti al riguardo²⁷.

Appare quindi naturale che l'assenza di chiari riferimenti di principio nella disciplina statale, nel legittimare differenti prospettazioni ricostruttive, abbia favorito finanche impostazioni differenziate a livello regionale: in alcuni casi dando più enfasi alla parità fra pubblico e privato, in altri riconoscendo invece il carattere prioritario dell'offerta pubblica²⁸.

Correlato a tali profili si rivela pure il ruolo riconosciuto alle Asl, quali persone giuridiche pubbliche cui sono demandati sia compiti di regolazione e acquisto, sia compiti di produzione di prestazioni sanitarie; con una duplicità di funzioni che, caratterizzando il sistema complessivo di *governance*, è stata ritenuta tra i principali "nodi irrisolti" della nostra organizzazione sanitaria²⁹.

(26) M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., p. 166 ss.

(27) In tal senso anche M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, cit., pp. 110-111.

(28) Sul punto si rinvia all'interessante ricerca di M. CONTICELLI, F. GIGLIONI, *L'accreditamento degli erogatori*, in C. DE VINCENTI, R. FINOCCHI GHERSI, A. TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 177 ss., dalla quale sembra potersi evincere come rientrino nella seconda categoria i sistemi sanitari delle Regioni Toscana ed Emilia-Romagna, nella prima il SSR del Veneto (oltre che quello della Regione Lombardia di cui si dirà *sub* § 3).

(29) *Ex multis*, sul tema, R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 200, ma anche V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione* (nota a TAR Lombardia, sez. I, 20 ottobre 2003, 4899), in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 1271 ss. e E. STICCHI DAMIANI, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e le posizioni delle imprese private*,

In proposito sembrano pertinenti due considerazioni di cui una prima di carattere obiettivo, una seconda invece di ordine ricostruttivo, ricollegabile al tema generale di fondo riguardante l'impostazione istituzionale del rapporto pubblico-privato.

In primo luogo, a fronte dell'ampio margine di esercizio della potestà regionale concorrente riconosciuto dal d.lgs. 502/1999 (e dalle disposizioni ancora in vigore della legge 833/1978) in merito a ruoli e funzioni proprie delle Asl³⁰, mentre la maggior parte delle Regioni sembra aver formalizzato una soluzione di commistione fra funzioni di regolazione e compiti di gestione del servizio, solo la Regione Lombardia ha nettamente separato le attività di programmazione, acquisto e controllo da quelle di erogazione³¹. In secondo luogo, la circostanza che la disciplina statale di principio non vieti tale commistione di funzioni in capo alle Asl sembrerebbe suffragare la non riconducibilità, fra i principi fondamentali del servizio sanitario, di una piena concorrenzialità fra strutture pubbliche e strutture private e, quindi, di una parità di posizione nelle dinamiche di mercato. D'altro canto, non si vede come possa assumersi un'assoluta garanzia di concorrenzialità ove si ammetta una potenziale e permanente situazione di conflitto di interessi in capo alla parte pubblica, legittimata sia a disporre sulla distribuzione delle risorse, sia a essere allocatarie di tutte o di parte delle stesse³².

Tale osservazione trova, tra l'altro, conforto nella giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto il principio di equiordinazione fra strutture pubbliche e private non dotato di valenza generale, ma riferibile soltanto a profili specifici³³.

cit., p. 496; sull'argomento è nuovamente intervenuta anche l'AGCM nella segnalazione AS1137 del 4 luglio 2014, cit.

(30) M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, cit., p. 101; *contra*, Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2003, n. 499 e 20 marzo 2004, n. 1663.

(31) Sul tema cfr. V. MAPELLI, *I sistemi di governance dei servizi sanitari regionali*, Roma, Formez, 2007.

(32) Sul punto si v. AGCM, segnalazione AS145 del 26 giugno 1998, p. 57.

(33) In particolare, dagli art. 8-bis ss. del d.lgs. 502/1992 si ricaverebbe che tale equiordinazione vale con riguardo alla "remunerazioni delle prestazioni", ma è priva di portata generale in quanto a ciò osterebbe la «doverosa peculiarità connessa alla natura pubblica della struttura

Tale impostazione sembra caratterizzare, inoltre, la prevalente giurisprudenza amministrativa, risultando ormai datate le pronunce che hanno prestato maggior attenzione alla necessità di salvaguardare il principio di piena concorrenzialità³⁴. E infatti, così come è stata ritenuta legittima la scelta dell'amministrazione regionale di traslare alle strutture pubbliche una parte delle prestazioni prima assegnate alle strutture private, o comunque di dare preferenza alle prestazioni erogate dagli operatori pubblici al fine di far aumentare la loro efficienza³⁵, è stata ritenuta espressiva di potere discrezionale la scelta operata dall'amministrazione sulla ripartizione delle risorse (in assenza, ovviamente, di una diversa prescrizione legislativa regionale)³⁶.

Peraltro, come comprovato anche dalla più recenti misure legislative, il necessario obiettivo di contenimento della spesa sanitaria può essere raggiunto non solo attraverso il rafforzamento del controllo della domanda o la riduzione/razionalizzazione delle strutture pubbliche e dei loro costi³⁷, ma anche ricercando l'efficientamento di queste ultime attraverso l'incremento della loro "capacità erogativa diretta" di prestazioni sanitarie, così da evitare la loro sottoutilizzazione; ciò anche se tale soluzione comporti *ex se* un'allocazione delle risorse meno favorevole per gli operatori privati³⁸.

comporta che su di essa grava l'obbligo di prestare i servizi, anche oltre il tetto di spesa assegnato»; si v. Corte cost. 111/2005 (p. 5) e 94/2009 (p. 7.3).

(34) Si v. Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2004, n. 1663 e 31 gennaio 2003, n. 499, ma anche TAR Lombardia, Milano, sez. I, 29 ottobre 2003, n. 4899. Nella stessa direzione si v. anche TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 1° luglio 2004, n. 666 in materia di tempi di adeguamento ai requisiti tecnici legislativamente richiesti, che però pare anch'essa superata dalla giurisprudenza più recente (cfr. Cons. Stato, sez. III, 8 ottobre 2014, n. 4997, cit.).

(35) Fra le tante, si v., sul punto, Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 566; 12 dicembre 2014, n. 6135; 3 luglio 2013, n. 3572; 11 febbraio 2013, n. 771; 13 settembre 2012, n. 4880 e 1° febbraio 2012, n. 518.

(36) Sull'ampio potere discrezionale in capo all'amministrazione nel decidere come ripartire le risorse, oltre alle sentenze richiamate nella precedente nota, cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2014, n. 1925; TAR Campania, Napoli, sez. I, 28 aprile 2014, n. 2342; TAR Molise, sez. I, 6 dicembre 2013, n. 739.

(37) Si v. *infra*, sub § 2.2.

(38) *Ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3572 e 11 febbraio 2013, n. 771, cit.; sez. V, 19 novembre 2009, n. 7237.

Il che, a ben vedere, nel rappresentare – sia pure in via indiretta – limitazione del principio/valore della libertà di scelta dell'utente³⁹, può indurre a rivedere parzialmente lo stesso assunto di fondo al quale si è prima accennato, secondo cui a livello di legislazione statale di principio non sarebbe stata assunta una posizione netta circa la piena o parziale concorrenzialità fra strutture pubbliche e private.

Invero, se si annoverano tra le esigenze pubblicistiche della “controriforma” del 1999 anche quelle di «razionalizzare le strutture e le attività connesse alla prestazione di servizi sanitari, al fine di eliminare sprechi e disfunzioni»⁴⁰ e di programmare il numero e le attività dei soggetti erogatori «in modo da evitare il rischio di una sottoutilizzazione delle strutture pubbliche»⁴¹, si può forse rinvenire nella stessa legislazione statale una presa di posizione, sia pure indiretta, sulla sanità privata con attribuzione alla stessa di un ruolo succedaneo e di supporto alla sanità pubblica⁴². Di guisa che, a fronte della necessità primaria di evitare la sottoutilizzazione delle strutture pubbliche⁴³, risulta logico e naturale non garantire condizioni di piena concorrenzialità fra strutture pubbliche e private, poiché solo alle prime è assicurato un regime di precedenza, ma sempre a condizione che ciò non perpetui inefficienze da rendita di posizione⁴⁴. Tali riflessioni, discendenti dalla convinzione del ruolo indefettibile delle

(39) V. *supra*, *sub* nota 24.

(40) Art. 2, c. 1, lett. *f*), della legge di delega 30 novembre 1998, n. 419.

(41) Corte cost. 94/2009.

(42) In tal senso, sebbene seguendo percorsi argomentativi in parte diversi, M. LOTTINI, *Il concorso dei privati al Servizio sanitario nazionale: alternativi al pubblico o succedanei al pubblico?* (nota a TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 2051/2008), in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 2553 ss. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6135; 3 luglio 2013, n. 3572; sez. V, 20 novembre 2011, n. 6130.

(43) Si ricordi, al riguardo, che l'organizzazione pubblica costituisce un costo pressoché fisso, comunque non espungibile dal mercato secondo le normali regole della concorrenza, di guisa che una sottoutilizzazione delle strutture pubbliche «comporta un aumento del margine specifico di costo perché a fronte di una minore ospedalizzazione vengono mantenuti gli stessi parametri di costo correlati al normale funzionamento del presidio»; così Corte dei Conti, sez. giur. per la Regione Calabria, del 25 gennaio 2012, n. 3.

(44) Sui rischi per l'intero sistema dell'inefficienza degli operatori pubblici, cfr. G. FARES, *La retroattività dei tetti di spesa dopo l'adunanza plenaria*, cit.

strutture pubbliche⁴⁵, sono strettamente connesse con un ulteriore aspetto centrale del rapporto pubblico-privato, quale quello del regime dei tetti di spesa; ovvero con la possibilità di ottenere remunerazioni per le prestazioni *extra-budget* da cui dipende, di fatto, il volume di servizi che ciascun operatore eroga a carico della finanza pubblica⁴⁶.

E infatti, se per le strutture private pare naturale prefissare un limite per le prestazioni erogabili, dato che queste non hanno né titolo né obbligo di rendere prestazioni agli assistiti oltre il tetto preventivato, per le strutture pubbliche – o meglio per quelle cd. “necessitate o forti”⁴⁷ – non sembra neppure ipotizzabile l’interruzione del servizio in ragione del raggiungimento di un limite eteronomamente fissato⁴⁸. In altri termini, le prestazioni che gli erogatori privati – e, dopo il 2008, anche quelli pubblici non necessitati – possono e devono erogare a carico del sistema pubblico sono solo quelle individuate nel contratto/accordo, mentre per le strutture pubbliche tale determinazione non risulta invalicabile⁴⁹.

Anche a prescindere dalle novità introdotte in tema di tetti di spesa dalla legge 6 agosto 2008, n. 133⁵⁰, il relativo regime giuridico pare ancor og-

(45) V. *infra* sul punto.

(46) Sull’efficacia dei provvedimenti sui tetti di spesa, sugli elementi che la rafforzerebbero e sulle limitazioni alle garanzie dei privati, cfr. G. BOCALE, *Il contenimento della spesa sanitaria. Osservazioni critiche sugli elementi rafforzativi dei provvedimenti in tema di «tetti di spesa»*, in *Giust. amm.*, 2014.

(47) L’espressione è usata da M. D’ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell’organizzazione del servizio sanitario in Italia*, cit., p. 110, con riferimento alle aziende ospedaliere e ai presidi delle ASL.

(48) In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2008 n. 1858; cfr., fra le tante, anche Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2013, n. 598; TAR Campania, Napoli, sez. I, 23 marzo 2016, n. 1498; TAR Milano, sez. I, 20 dicembre 2004, n. 6509.

(49) Oltre alla revoca dell’accreditamento espressamente prevista dall’art 8-*quater* del d.lgs. 502/1992, per “sanzionare” gli operatori privati in caso di sfioramento dei tetti di spesa le Regioni hanno fatto ricorso alla *regressione tariffaria*, ossia all’abbattimento delle tariffe in misura direttamente proporzionale all’entità dello sfioramento. Tale meccanismo è stato ritenuto legittimo dalla giurisprudenza; *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2013, n. 679.

(50) La legge 133/2008, quanto al profilo soggettivo, ha ristretto il regime di non invalicabilità dei tetti di spesa alle sole aziende ospedaliere e ai presidi delle unità sanitarie locali, così ponendo tutti i restanti erogatori pubblici sullo stesso livello dei soggetti privati accreditati. Quanto al profilo oggettivo, dovrebbe aver sancito l’assoluta inderogabilità di tali tetti di spesa, prima superabili con apposito titolo legittimante; di guisa che un’eventuale variazione del volume delle prestazioni contrattualmente determinato può avvenire solo a “*budget* invariato”.

gi determinante per escludere che, nell'attuale ordinamento sanitario, le strutture pubbliche possano considerarsi equiparate a quelle private, come d'altro canto evincibile dalla stessa giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto l'obbligo dei soggetti pubblici di erogare prestazioni sanitarie anche oltre i tetti di spesa, elemento dirimente proprio per dedurre l'impossibilità di attribuire valenza generale e assoluta al principio di equiordinazione⁵¹.

Ciò dal momento che l'impossibilità di fissare alle strutture pubbliche limiti di spesa invalicabili è direttamente ricavabile dall'art. 32 della Costituzione laddove richiede che a ogni individuo siano garantite le prestazioni sanitarie necessarie per la tutela del diritto alla salute (i cd. LEA sanitari)⁵². Infatti, essendo sia la programmazione sanitaria sia la conseguente individuazione dei tetti di spesa basate su mere previsioni, al fine di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni è *ex se* necessaria, e finanche doverosa, la possibilità di un loro adeguamento le cui modalità, attualmente, sono incentrate sul ruolo primario delle strutture pubbliche e, in particolare, delle aziende ospedaliere e dei presidi ASL. Così che queste ultime assumono il ruolo di "valvola del sistema", funzionale ad assicurare che lo stesso metodo della programmazione non risulti in contrasto con l'art. 32 della Costituzione.

Ciò in astratto, in concreto potrebbero individuarsi soluzioni differenti qualora si accedesse alla conclusione che, facendo ricorso al meccanismo della *regressione tariffaria*, il decisore pubblico sia comunque in grado di distribuire il *surplus* prestazionale tra tutti gli attori del sistema, pubblici e privati, imponendo a chi li accetta riduzioni remunerative progressive oltre i tetti⁵³. Ma, a tutto concedere, tale soluzione finirebbe per de-

Sul tema, si v. Cons. Stato, sez. III, 8 febbraio 2013, n. 735; 6 febbraio 2013, n. 697 e, soprattutto, le ricostruzioni di Cons. Stato, ad. gen., parere del 20 dicembre 2013, n. 4949 e TAR Puglia, Bari, 29 febbraio 2012, n. 453, cit.

(51) Corte cost. n. 94/2009, pt. 7.3.

(52) Sul tema, per tutti, C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna, BUP, 2008, in part. p. 211 ss.

(53) In tale senso si sono orientate alcune Regioni, nonché una proposta di legge il cui *iter* parlamentare (atto C-4269) è stato interrotto dal cambio di legislatura. Sul meccanismo in questione, v. *supra* nota 49.

potenziare il ruolo centrale e indefettibile delle strutture pubbliche, con appiattimento delle loro stesse funzioni istituzionali. Il che, a parere di chi scrive ed anche in ragione di quanto sopra rilevato, non pare rispondente né all'impostazione delineata dal Costituente⁵⁴, né a ragioni di ordine operativo⁵⁵.

2.2. Segue. *Il Servizio sanitario nazionale tra libertà economiche e "funzionalizzazione" a interessi pubblici*

Le annotazioni svolte in merito al ruolo meramente integrativo e sussidiario della sanità privata nel SSN, alla possibilità di posizioni di privilegio delle strutture pubbliche rispetto a quelle private, nonché alla rilevanza assegnata al metodo della programmazione anche ai fini di regolazione del mercato pubblico, toccano singolarmente e nell'insieme profili che, in modo più o meno marcato, incidono sulle libertà economiche degli operatori privati; come tali possono essere considerate alla luce del principio, costituzionalmente garantito, di libera iniziativa economica e dei principi europei sulla libera concorrenza e sulle libertà economiche di circolazione⁵⁶.

Il rapporto tra diritto alla salute e libertà economiche, che costituisce il filo conduttore di tali questioni, è certamente tema complesso che meriterebbe più ampia trattazione; in questa sede si intende ovviamente prospettare soltanto alcune indicazioni di massima⁵⁷.

In via generale va considerato che l'attività del SSN è ascrivibile alla nozio-

(54) In tal senso, cfr. R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, XIII, Torino, p. 520; *contra*, G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. CORSO, P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 17-18. Sul tema, cfr. anche la bibliografia richiamata *supra*, *sub* note 2 e 3.

(55) In tal senso vanno ricordati gli oneri impropri che le strutture sanitarie pubbliche sono tenuti a sopportare per il perseguimento di obiettivi di pubblico interesse, non remunerabili secondo lo schema delle tariffe perché non consistenti in prestazioni erogate agli utenti; essi danno il senso del maggior perimetro di copertura dei bisogni assistenziali affidati alle strutture pubbliche; una loro elencazione in N. AICARDI, *I soggetti erogatori*, cit., p. 516. Sul ruolo indefettibile delle strutture pubbliche si v. Cons. Stato, sez. III, 16 giugno 2015, n. 3011 e 3012; 8 ottobre 2014, n. 4997, cit.; sez. V, 20 novembre 2011, n. 6130, cit.

(56) Ma pure alla luce di principi correlati, quali il legittimo affidamento e la certezza dei rapporti giuridici.

(57) *Amplius*, sul tema, R. FERRARA *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 88 ss.

ne di servizio pubblico e in quanto tale soggetta al regime delle attività economiche, temperato da possibilità di deroghe e/o di non applicazione di talune regole di mercato in ragione delle specificità dei singoli servizi. Invero il settore sanitario presenta peculiarità connesse, in primo luogo, alla compresenza negli interessi coinvolti di profili di indubbia rilevanza sociale e di accentuata personalizzazione; tanto che non appare casuale che lo stesso diritto alla salute sia notoriamente considerato preminente nella gerarchia dei diritti costituzionalmente garantiti e soggetto soltanto a rigorose operazioni di bilanciamento da parte della Corte costituzionale⁵⁸. Altra specificità è rappresentata dal forte legame finanziario pubblico caratterizzante il funzionamento del SSN, peraltro fortemente influenzato da fattori tecnologici, scientifici, demografici e sociali per molti aspetti indipendenti da scelte di *policy*⁵⁹.

Si tratta, a ben vedere, di elementi che depongono per una relativa minor centralità delle stesse libertà economiche (iniziativa economica e concorrenza). In altri termini, la rilevanza dell'interesse primario tutelato (diritto alla salute) e la diretta incidenza sulla finanza pubblica legittimano la prevalenza della regolazione pubblicistica rispetto alla tutela delle libertà economiche⁶⁰.

(58) Sulla natura inviolabile del diritto alla salute e sul rigore che il legislatore deve utilizzare nelle operazioni di bilanciamento da ultimo Corte cost. n. 235/2014; sul caso Ilva e sul bilanciamento tra diritto all'ambiente salubre, diritto al lavoro e diritto alla salute, Corte cost. n. 85/2013.

(59) Né vanno dimenticate altre peculiarità che caratterizzano il settore in questione, quali la rigidità della domanda e l'asimmetria informativa del destinatario finale delle prestazioni sanitarie, non in grado di influenzare l'offerta in modo significativo.

(60) Cfr. M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., p. 226 e p. 257 ss.; l'inquadramento teorico di tale posizione è ben esplicito da R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 88 ss., in part. pp. 91 e 99, secondo cui la libertà economica si configura come un diritto non primario e incondizionato come, invece, è il diritto alla salute; di guisa che nel caso di insanabile conflitto fra i due, è il primo – gerarchicamente subordinato – a dover essere relativamente sacrificato nelle operazioni di bilanciamento e ponderazione. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3572, cit.; TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 19 dicembre 2013, n. 10981; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2939 e 20 dicembre 2004, n. 6508; sez. III, 16 giugno 2010, n. 1891. Questo non significa, tuttavia, circondare il diritto alla salute di un'aurea di assoluta: la sua natura primaria e incondizionata appare tale nei confronti di una libertà altrettanto individuale come la libertà di iniziativa economica. Il diritto individuale alla salute se, invece, rapportato all'interesse pubblico alla sua sostenibilità finanziaria, appare esso stesso condizionato, relazionale e bilanciabile; proprio perché tale diritto individuale si confronta con la responsabilità collettiva e il dovere di solidarietà sociale

D'altronde nel settore in questione l'introduzione di un *minimum* di concorrenzialità fra operatori pubblici e privati è stata in prevalenza dettata da esigenze di efficienza e economicità, piuttosto che da obiettivi di merito mercato⁶¹. Con ciò, peraltro, seguendo l'impostazione – caratterizzante l'intera riforma del 1992 – del ricorso a strumenti per lungo tempo avulsi dalla regolamentazione di stampo propriamente pubblicistico (si pensi alla cd. "aziendalizzazione" delle persone giuridiche pubbliche) non tanto in chiave di liberalizzazione quanto, piuttosto, per adeguare l'assetto organizzativo e funzionale a parametri di efficienza⁶².

Più specificamente va detto che, nella regolazione di settore, il livello di "funzionalizzazione" dell'attività privata agli interessi pubblici è ben "oltre lo standard" vigente in altri servizi: i soggetti privati – lungi dal poter essere considerati semplici fornitori di servizi che, nell'ambito di un rapporto puramente contrattualistico, perseguono obiettivi di massimizzazione del profitto – assumono specifiche responsabilità rispetto al perseguimento dell'obiettivo pubblico primario (tutela della salute), nonché rispetto alla tenuta economico-finanziaria dello stesso Ssn⁶³.

Tale linea di ricostruzione del rapporto pubblico/privato – che, come sopra rilevato, pare essersi accentuata negli interventi normativi degli ultimi anni dettati dall'esigenza di tempestivo adeguamento ai vincoli europei di bilancio⁶⁴ – trova conferma anche nella giurisprudenza am-

(ex art. 2 Cost.), esso partecipa della natura bidirezionale dei diritti sociali e in quanto tale assoggettabile a operazioni di bilanciamento. Sul tema si rinvia a F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERRONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 42 e V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Dir. ec.*, 2004, p. 95 ss. Per il diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato, per tutti, F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 28 ss.

(61) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4361.

(62) Cfr. A. PIOGGIA, *La gestione della sanità fra pubblico e privato: funzione pubblica e organizzazione privata delle Aziende sanitarie*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERRONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., p. 58.

(63) Si v. da ultimo Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207; TAR Campania, Napoli, sez. I, 21 aprile 2016, n. 2101.

(64) A titolo di esempio, si v. l'art. 15 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 che – per far fronte all'eccezionale situazione di criticità della finanza pubblica – ha da un lato offerto al contraente pubblico la possibilità di ottenere la riduzione dei contratti

ministrativa. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ammissione della determinazione dei tetti di spesa e dei volumi massimi di prestazioni in via retroattiva, reputata legittima nonostante l'evidente compressione dei principi di legittimo affidamento e di certezza del diritto⁶⁵, ovvero di principi coesenziali all'attività imprenditoriale in senso proprio⁶⁶. Come pure si vedano quelle pronunce che, data l'eccezionale crisi della finanza pubblica e la temporaneità delle misure⁶⁷, hanno validato procedure derogatorie e semplificate per il calcolo delle tariffe di prestazioni sanitarie, ospedaliere e ambulatoriali; e ciò ancorché le stesse procedure non siano parse, in via di principio, tali da assicurare misure tariffarie in grado garantire l'effettiva remunerazione delle prestazioni erogate dai privati accreditati⁶⁸.

Su questa linea possono assumere rilievo anche quelle decisioni con cui il giudice amministrativo ha ritenuto la legittimità:

- dell'imposizione, quale condizione per la stipula del contratto, di una "clausola di salvaguardia" con cui il contraente privato si impegnava a ri-

in essere, sia quelli relativi all'acquisto di beni e servizi, sia quelli riguardanti propriamente prestazioni sanitarie (disposizioni del medesimo tenore sono state introdotte anche dagli artt. 9 ss. della legge 6 agosto 2015, n. 125 di conversione, con modificazioni, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78); dall'altro, introdotto una procedura derogatoria per la determinazione delle tariffe per le prestazioni ospedaliere e ambulatoriali, caratterizzata da un *iter* semplificato rispetto a quanto previsto dall'art. 8-*sexies* del d.lgs. 502/1992, nonché da criteri di calcolo che non assicurano con certezza la remuneratività delle prestazioni: il riferimento, infatti, è ai "costi disponibili" invece che ai "costi standard". Si v., infine, anche il d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68 (in part. art. 25 ss.) e l'art. 79 della legge 6 agosto 2008, n. 133, su cui si è espressa Corte cost. 248/2011.

(65) Si v. Cons. Stato, ad. pl., 12 aprile 2012, nn. 3 e 4, cit., in cui si ricostruisce anche l'indirizzo interpretativo più risalente che, al contrario, considerava illegittima tale determinazione tardiva e retroattiva dei tetti di spesa. Da ultimo, il "carattere fisiologico" nel settore in questione della tardività dell'atto determinativo della spesa è stato di recente confermato da Corte cost. n. 203/2016 (*infra*, nota 72); in dottrina, per tutti, G. FARES, *La retroattività dei tetti di spesa dopo l'adunanza plenaria*, cit.

(66) Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *'Il principio di concorrenza': proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 15 ss.

(67) In realtà, il carattere temporaneo della misura è stato quantomeno attenuato dalle continue proroghe; inoltre, è stata abrogata l'art. 17-*bis* della legge 135/2012 che prevedeva l'istituzione di una Commissione per la formulazione di proposte per l'aggiornamento delle tariffe calcolate secondo la procedura semplificata di cui all'art. 15.

(68) Si tratta degli interventi di cui all'art. 15, c. 15 ss., della legge 7 agosto 2012, n. 135 cui si è fatto riferimento alla nota 64; cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 luglio 2014, n. 3920; TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 19 dicembre 2013, n. 10981, cit.

nunciare ai contenziosi già in atto o futuri relativi ai tetti di spesa (e/o ad atti collegati)⁶⁹;

- di un provvedimento regionale che, limitando l'autonomia già riconosciuta all'operatore privato nella gestione dei posti letto accreditati, aveva di fatto ridotto unilateralmente le prestazioni erogabili per conto del servizio pubblico⁷⁰.

Nella medesima direzione si muove anche la giurisprudenza costituzionale, ove si ponga mente alla già richiamata sentenza 94/2009 con cui la Corte ha ritenuto legittima una previsione legislativa statale che aveva imposto, in pendenza di un rapporto contrattuale, la riduzione delle tariffe delle prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio erogate dalle strutture private accreditate per conto del SSN⁷¹; nonché alla sentenza 203/2016 che ha respinto le questioni di legittimità costituzionale riguardanti una disposizione statale che – al fine di contenere la spesa complessiva annua delle Regioni – aveva disposto la riduzione dell'importo (e dei corrispondenti volumi di acquisto) di contratti in corso, stipulati *ex art. 8-quinquies* del d.lgs. 502/1992⁷².

Ci si trova in presenza di assunti giurisprudenziali che, nel mettere in risalto il senso ultimo della funzionalizzazione dell'attività economica privata agli interessi pubblici, ne rinvergono però anche i limiti intrinseci:

(69) Cfr. Cons. Stato, ordinanza della sez. III, 26 febbraio 2015, n. 906; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 29 luglio 2015, n. 585; TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 2 febbraio 2014, n. 1446.

(70) Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2939, cit.

(71) Oltre l'art. 1, c. 796, lett. o), della l. 27 dicembre 2006, n. 296, la pronuncia n. 94 ha riguardato anche la legge della Regione Puglia (art. 33, c. 2, della l. r. 16 aprile 2007 n. 10); sul tema, si v. anche l'ordinanza 243/2010.

(72) Si fa riferimento all'art. 15, c. 14, del già citato d.l. 95 del 6 luglio 2012, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135. La Consulta, dopo aver escluso che la disposizione impugnata produca effetti retroattivi in senso proprio, ne ha negato l'illegittimità costituzionale per lesione dell'affidamento degli operatori privati. In tal senso, la Corte ha in primo luogo ribadito che il far fronte al crescente *deficit* di bilancio della sanità e al necessario e urgente contenimento della spesa pubblica costituisce una "causa normativa adeguata", non irrazionale e arbitraria, che giustifica limitazioni al legittimo affidamento dei privati sia alla luce della giurisprudenza costituzionale, sia di quella della Corte EDU (in part. p. 6.1 e 6.2). In secondo luogo, si è sofferma sulla ragionevolezza – intesa come proporzionalità – dell'intervento pubblico, prendendo quindi in considerazione le modalità da rispettare affinché una limitazione dell'affidamento dei privati possa ritenersi legittima; a tal riguardo escludendo che, nel caso di specie, la mutazione del rapporto di durata sia stata improvvisa e imprevedibile (p. 6.3) e ritenendo proporzionato il bilanciamento fra interessi pubblici e interessi privati posto in essere dal legislatore (p. 6.4).

da un lato, nel rispetto del nucleo essenziale delle libertà economiche e dell'affidamento dei privati, dall'altro, nel principio fondamentale di buona amministrazione⁷³.

In questo senso, per riassumere, può affermarsi che nel contesto dell'attuale Servizio sanitario nazionale le libertà economiche degli operatori privati ricevano una tutela soltanto mediata in quanto recessive rispetto all'obiettivo di tutela della salute e alle esigenze di programmazione, contenimento e razionalizzazione della spesa. Ma ciò sempre a condizione che le scelte rimesse al potere pubblico siano allocate in via di principio nella fase della programmazione e che laddove, per esigenze conclamate di economicità e di efficienza, si renda necessario rivedere o effettuare nuove scelte in fase attuativa, ciò non possa che avvenire comprovando la sussistenza di conclamati interessi pubblici, da garantire secondo canoni di proporzionalità e ragionevolezza, rapportati anche alla tutela dell'affidamento del privato.

D'altronde, pare naturale che la marcata funzionalizzazione dell'attività degli operatori accreditati conduca a rinvenire nel peculiare regime dei cd. *accordi amministrativi* la disciplina di rapporti in cui si registra necessariamente la permanenza della pubblicità del potere dell'amministra-

(73) Oltre a Corte cost. n. 203/2016 sulle possibili limitazioni alla libertà di iniziativa economica (p. 7), si v. Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2012, nn. 3 e 4, cit., che ha ritenuto legittima la fissazione retroattiva dei tetti di spesa se vengono rispettate alcune condizioni, fra cui la possibilità per i privati di prevedere, entro certi limiti, il *quantum* della riduzione dei volumi di prestazioni. Proprio il mancato rispetto di tale condizione è una delle ragioni fatte proprie da Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2015, n. 1358 con commento di E. MARIANI, *Il legittimo affidamento nel bilanciamento giudiziale tra interessi contrapposti in materia di tetti di spesa sanitaria*, in *Federalismi.it*, 2015; nello stesso senso, Cons. Stato, sez. III, 10 dicembre 2014, n. 6065. Non sempre, tuttavia, tali garanzie trovano effettivo riscontro: v. Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207, cit., che ha ritenuto legittima una regressione tariffaria effettuata oltre tre anni dopo il periodo di riferimento; su tale pronuncia si v. il commento di F. SPANICCIATI, *Pubblico e privato nell'accreditamento sanitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, p. 673 ss., in part. p. 680 ss. Sempre a titolo esemplificativo di come la giurisprudenza abbia individuato dei limiti alla funzionalizzazione dell'attività dei privati, si v. TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 20 agosto 2015, n. 2081; 3 dicembre 2013, n. 2343 e 2345. In tali pronunce si affronta la questione del rispetto del criterio della "soglia minima di efficienza" imposto dal legislatore statale, da realizzare attraverso i processi di riorganizzazione regionale delle reti di prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio; in argomento, v. art. 8-*quater*, c. 3, lett. b) del d.lgs. 502/1992 così come modificato nel 2008 e art. 1, c. 796, lett. o), della legge 27 dicembre 2006, n. 296; cfr. anche l'accordo raggiunto in sede di Conferenza Stato-Regioni, il 2 marzo 2011, nonché il d.m. 2 aprile 2015, n. 70.

zione, ancorché lo stesso si manifesti in via principale (ma non esclusiva) in forma bilaterale⁷⁴. Non si sarebbe avuta, in altri termini, nel settore in questione quella privatizzazione del rapporto fra amministrazione titolare e affidatario del servizio pubblico che, anche sotto l'influenza del diritto UE, sembra invece caratterizzare altri servizi, in particolare quelli propriamente economici.

Per altro, tale fisionomia del settore sanitario sembra trovare riscontro anche nell'ordinamento europeo, tanto a livello legislativo che giurisprudenziale⁷⁵.

Senza pretesa di completezza e sistematicità, si pensi, da un lato, all'esclusione dei servizi sanitari dall'ambito di applicazione della Direttiva *Bolkestein*⁷⁶, all'applicazione ad essi di un numero molto ridotto di previsioni delle direttive in materia di contratti pubblici⁷⁷, nonché al particolare regime di salvaguardia previsto dalla disciplina sugli aiuti di Stato⁷⁸.

Dall'altro, alla più ristretta nozione di *attività di rilevanza economica* sviluppata dalla CGUE in tale settore⁷⁹, così come a quella giurisprudenza che, in ambiti a forte valenza sociale quale quello in esame, ha ammesso che fra i *motivi imperativi di interesse generale*, legittimanti deroghe alle libertà economiche di movimento, possano anche rientrare considerazioni di carattere economico⁸⁰.

(74) Sul tema, *infra sub.* § 5.

(75) Sul progressivo interessamento dell'Ue per i servizi sanitari, per tutti, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del sistema sanitario. Un primo bilancio*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 361 ss.

(76) Cfr. art. 2, lett. *f*), della Direttiva 2006/123/CE.

(77) Si v., in part., l'art. 75 della Direttiva 2014/24/UE e gli artt. 19, 31 par. 3 e 32, della Direttiva 2014/23/UE.

(78) Cfr. art. 2, c. 1, lett. *b*) e *c*), della Decisione del 20 dicembre 2011 (2012/21/UE).

(79) In particolare, invece che a un approccio cd. "astratto" volto ad accertare l'esistenza anche ipotetica di un mercato, la CGUE sembra dare rilievo a *elementi concreti* quali indici della prevalenza del principio di solidarietà rispetto a quello di competitività/remuneratività; ciò al fine di restringere la nozione di rilevanza economica e, quindi, limitare l'applicazione delle regole di mercato. In dottrina, per tutti, cfr. A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 89 ss.; F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, ESI, 2011, p. 27 ss.

(80) Sul tema, si v. L. NISTOR, *Public Services and the European Union. Healthcare, Health*

In tutti i casi accennati, si tratta di ipotesi in cui la disciplina europea, finalizzata alla costruzione di un mercato unico e concorrenziale, trova un'applicazione temperata per i servizi sanitari, anche in virtù delle peculiarità che li caratterizzano rispetto alle attività tipicamente mercantili⁸¹.

3. Liberalizzazione dell'accreditamento e rapporto pubblico-privato nel Servizio sanitario lombardo: un'analisi di sistema

In relazione alle considerazioni svolte, si rilevano di interesse gli spunti desumibili dal Sistema sanitario regionale (SSR) della Regione Lombardia che, come si è detto, è tradizionalmente caratterizzato da una maggiore apertura a logiche e regole di mercato⁸². Ciò anche a dimostrazione di come il rafforzamento a livello regionale di dinamiche concorrenziali, non precluso dalla legislazione statale di principio, trovi in quest'ultima un limite invalicabile. Tale limite è rappresentato, in ultima analisi, dalla necessaria funzionalizzazione dell'attività degli operatori privati agli interes-

Insurance and Education Services, L'Aia, Springer, 2011, p. 86 ss. e J. SNELL, *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, in A. SCHRAUWEN (a cura di), *Rule of Reason. Retbinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005, pp. 39-47.

(81) Su tali argomenti sia consentito il rinvio a E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, in corso di pubblicazione. Diverso è, invece, il discorso con riguardo all'assistenza sanitaria transfrontaliera (cd. *mobilità dei pazienti*) che consente – a determinate condizioni – a chiunque sia iscritto a un sistema sanitario di uno Stato dell'Unione di chiedere il rimborso delle spese sostenute in un altro Paese membro, con esclusione di alcune prestazioni (es. i trapianti). Tale disciplina presuppone, infatti, un'equiparazione dei servizi sanitari alle ordinarie attività economiche, da cui l'esigenza di eliminare ogni vincolo alla libera prestazione di servizi; si pensi alle autorizzazioni preventive cui gli Stati subordinavano la rimborsabilità delle spese mediche sostenute in altro Paese membro, ora ammesse in casi eccezionali dalla Direttiva 2011/24/UE e dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38 di recepimento. In altri termini, si tratta di una rimozione degli ostacoli alla creazione del mercato interno piuttosto che del perseguimento di esigenze di carattere sociale. Di guisa che, anche se tale disciplina produce un rafforzamento del diritto individuale alla salute, essa è persa – almeno nell'iniziale evoluzione giurisprudenziale – eccessivamente polarizzata sulla dimensione della libertà economica e individuale di accesso alle prestazioni sanitarie, rischiando di rimanere sullo sfondo la dimensione sociale e collettiva del diritto in questione; dimensione rappresentata, in primo luogo, dalla sostenibilità finanziaria ed economica dei sistemi sanitari pubblici degli Stati membri; *amplius* sul punto, F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, cit., p. 135 ss.

(82) Sulle peculiarità che hanno tradizionalmente caratterizzato il modello sanitario lombardo, si v. E. GRIGLIO, *L'esperienza della Lombardia: il ruolo della Regione*, in C. DE VINCENTI, R. FINOCCHI GHERSI, A. TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia*, cit., p. 247 ss.

si pubblici derivante sia dai fini sociali del settore sanitario, sia dalla rilevante incidenza del SSN sul bilancio pubblico.

Con legge 11 agosto 2015, n. 23 “Evoluzione del sistema sociosanitario lombardo (...)”, la Regione Lombardia è intervenuta in modo significativo sulla disciplina del sistema sanitario e socio-sanitario, modificando al contempo anche quella dei servizi socio-assistenziali⁸³.

Nello sviluppare i principi riassunti nel “Libro Bianco sullo sviluppo del sistema sociosanitario in Lombardia”, il legislatore regionale ha inciso sia sul profilo organizzativo sia su quello funzionale, interessando aspetti rilevanti nell’economia del presente lavoro.

In primo luogo, risulta ulteriormente enfatizzato uno dei tratti da tempo caratterizzante il welfare lombardo, ovvero la ripartizione dei ruoli fra i vari attori del sistema in ragione della separazione delle funzioni di programmazione, acquisto e controllo da quelle di erogazione. Si prevede, infatti, che le *Agenzie di tutela della salute* (Ats), persone giuridiche di diritto pubblico succedute alle Asl, attuino la programmazione regionale e assicurino i LEA non con erogazione diretta, bensì acquisendo servizi e prestazioni da operatori – pubblici e/o privati – accreditati e contrattualizzati⁸⁴.

In secondo luogo, risultano confermati, come capisaldi del sistema, i principi di concorrenzialità e di parità di diritti e di doveri fra tutti gli operatori, funzionali a garantire la libertà di scelta dei cittadini.

Sia in un caso che nell’altro ci si trova in presenza di un sistema compatibile con l’impianto di principio del d.lgs. 502/1992 ss.mm.ii.

Relativamente alla separazione delle funzioni di programmazione, acquisto e controllo da quelle di erogazione e, in particolare, al ruolo da attribuire alle strutture pubbliche, si è detto come il legislatore statale non imponga e non precluda alcun preciso modello di *governance*⁸⁵.

Anche con riguardo alla parità fra strutture pubbliche e private, la flessi-

(83) Cfr. rispettivamente l.r. 30 dicembre 2009, n. 33, “Norme sul servizio sanitario, sociosanitario e sociale regionale integrato lombardo” e l.r. 12 marzo 2008, n. 3, “Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale e sociosanitario”.

(84) Ciò ad eccezione, almeno così pare, di casi residuali; cfr. art. 7-*bis*, comma 7, della legge regionale.

(85) Si v. *supra*, § 2.1.

bilità della normativa statale di principio non dovrebbe ostare alla richiamata soluzione regionale. Ciò anche se, come in precedenza rilevato, il contesto normativo statale sembra prefigurare un ruolo non propriamente paritario tra gli erogatori, bensì il mantenimento di una posizione privilegiata delle strutture pubbliche rispetto a quelle private.

Per vero, se a rigore tale ultima osservazione potrebbe indurre a prospettare un possibile contrasto sul punto fra il Ssn e il Ssr lombardo, un più approfondito sguardo non esclude prospettive differenti.

Dall'analisi svolta è possibile desumere, infatti, come misure di *favor* per gli erogatori pubblici possano giustificarsi, in ultima analisi, al fine di evitare la loro sottoutilizzazione funzionale. Tale rischio non sembra, però, riguardare il sistema regionale oggetto di analisi che, anche storicamente, è caratterizzato da una ridotta presenza di strutture pubbliche produttrici di servizi sanitari. Così che, in conclusione, potrebbe risultare irragionevole impedire alla Regione Lombardia di aumentare il livello di concorrenzialità interno al sistema, in assenza di quelle ragioni che hanno spinto il legislatore statale alla controriforma pubblicistica del 1999.

Più problematico appare invece un ulteriore aspetto caratterizzante la legge regionale 23/2015, sempre diretto a rafforzare l'assetto concorrenziale del Ssr, quale quello inerente alla liberalizzazione dell'accREDITAMENTO.

Tale istituto viene trasformato in uno strumento meramente idoneativo/abilitativo rilasciato dalle Agenzie di tutela della salute a tutte le strutture – pubbliche e private – richiedenti, purché già autorizzate e in possesso di requisiti tecnici ulteriori normativamente previsti, senza che assuma rilievo diretto il rispetto delle scelte di programmazione; di guisa che, essendo ristretti – se non azzerati – gli spazi di valutazione discrezionale, risultano naturalmente rafforzate le situazioni soggettive degli operatori richiedenti⁸⁶.

Tuttavia, sebbene risulti affievolita la funzione di controllo e selezione dell'offerta tradizionalmente svolta dall'accREDITAMENTO istituzionale, la legge regionale 23/2015 non delinea un sistema completamente aper-

(86) Cfr. art. 15, c. 3, e art. 8 della legge regionale 23/2015; cfr. anche DGR n. X/4072 ("Determinazioni in ordine alla gestione del servizio sociosanitario per l'esercizio 2016") del 29 dicembre 2015, in part. p. 38 ss.

to simile a quello predisposto dalla prima versione del d.lgs. 502/1992 in cui il flusso della spesa dipendeva dalle decisioni degli utenti e dalla capacità del sistema di tenere sotto controllo la domanda; nell'attuale sistema lombardo, infatti, queste funzioni sono semplicemente trasferite sulla fase contrattuale⁸⁷.

Tale figura convenzionale, non riconducibile al contratto di diritto civile in senso stretto, assicura che l'offerta sanitaria pubblica risulti in linea con le scelte programmatiche e di stanziamento dei *budget*; è attraverso tale strumento, infatti, che l'amministrazione individua gli operatori, pubblici e privati, fra i quali gli utenti possono esercitare la loro libertà di scelta, che si esplica quindi sempre entro i confini della programmazione.

Pertanto, è in questo momento convenzionale, e solo in questo, che trova manifestazione il potere pubblico rimasto in capo all'amministrazione, così determinandosi quella funzionalizzazione dell'attività privata agli interessi pubblici che caratterizza il SSN.

Sembra potersi concludere, quindi, che il SSR lombardo, quale risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla legge regionale 23/2015, sia basato sul principio di programmazione dell'offerta sanitaria e sulla permanenza di un potere pubblicistico in capo all'amministrazione, in linea con quanto delineato dalla disciplina statale dopo la controriforma della seconda metà degli anni '90.

Nonostante ciò, la previsione di un accreditamento liberalizzato, ossia di per sé slegato dalla programmazione, non pare tale da far escludere *a priori* profili di incostituzionalità del sistema stesso⁸⁸.

La disciplina statale – nel caso di specie quella sull'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8-*quater* del d.lgs. 502/1992 – opera, infatti, quale limite inderogabile all'autonomia legislativa delle Regioni.

Invero, la Corte Costituzionale in più occasioni⁸⁹ si è pronunciata nel senso di qualificare tali previsioni quali principi fondamentali che le Regioni sono tenute a rispettare in una materia a potestà legislativa concorrente

(87) Cfr. art. 15, c. 6, e art. 8 della legge regionale 23/2015.

(88) Ad essere violato sarebbe l'art. 117, co. 3, Cost., che funge da norma interposta.

(89) In particolare, si v. Corte cost. nn. 59/2015, 245/2010 e 150/2010 in tema di autorizzazione; nonché le sentenze nn. 124/2015, 209/2014, 132/2013, 292/2012 e 200/2005 in tema di accreditamento.

come la tutela della salute⁹⁰. Peraltro, non è da escludere a priori la possibilità di ricondurre la disciplina di cui all'art. 8-*quater* alla competenza statale trasversale del coordinamento della finanza pubblica, idonea a limitare l'autonomia legislativa regionale nella gestione del servizio sanitario⁹¹. Sul punto non rileva, invece, l'auto-qualificazione compiuta dal legislatore statale all'art. 19, co. 1⁹², come è noto non suscettibile di ripartire le competenze fra Stato e Regione.

Se sotto il profilo del contenuto non sembrano, quindi, esservi dubbi circa la prevalenza delle disposizioni statali dell'art. 8-*quater* sulla legislazione regionale, il loro livello di dettaglio potrebbe metterne in dubbio la natura di principi fondamentali. Anche sul punto, tuttavia, è intervenuta la Corte costituzionale che ha superato tali incertezze escludendo un'interpretazione ristretta di tale nozione, riferibile ai soli obiettivi di fondo d.lgs. 502/1992 e non alle specifiche previsioni in esso contenute⁹³.

Per riassumere, a causa della possibile frizione fra la disciplina statale di principio (che richiede un legame fra rilascio dell'accreditamento e programmazione) e la previsione regionale sull'accreditamento liberalizza-

(90) Ciò tenendo sempre in considerazione l'evoluzione elastica dei criteri di riparto della potestà legislativa concorrente che, nella specifica materia tutela della salute, ha registrato, da un lato, una dettagliata fissazione da parte statale dei principi fondamentali; dall'altro, il naturale riflesso di altre materie di potestà esclusiva statale – quali, ad esempio, «il coordinamento della finanza pubblica» – di per sé tali da ridurre ulteriormente gli spazi rimessi ai legislatori regionali. Sul tema, cfr. C. TUBERTINI, *Stato, Regioni e tutela della salute*, in A. PIOGGIA, L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 209 ss., in part. p. 229 ss. Inoltre, va comunque considerato che proprio l'immanenza e l'incidenza delle politiche statali sulla spesa pubblica hanno indotto i livelli istituzionali a ricercare forme di concertazione sulla disciplina del settore sanitario, principalmente attraverso l'utilizzo dello strumento della Conferenza Stato-Regioni; ciò anche al fine di temperare al meglio gli ambiti dell'organizzazione del sistema sanitario di più diretta competenza regionale.

(91) Cfr. Corte cost. nn. 79/2013, 91/2012 e 193/2007.

(92) Secondo cui le «disposizioni del presente decreto costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione». Nella stessa direzione va richiamato l'art. 2, c. 1 e 2, dello stesso d.lgs. 502/1992.

(93) In diverse pronunce, infatti, il giudice delle leggi ha riconosciuto che le previsioni di cui agli artt. 8-*bis* ss. del citato decreto rappresentano principi fondamentali in quanto tali prescrizioni sono «molto ampie e richiedono sia un'attività normativa di attuazione, precisazione e adattamento alle singole realtà territoriali, sia un'attività amministrativa di valutazione». Così Corte cost. n. 387/2007 con riguardo alle all'art. 8-*ter* sui requisiti tecnici per ottenere l'autorizzazione, ma nella stessa direzione, *ex multis*, si v. Corte cost. nn. 132/2012 e 292/2012.

to, si è ipotizzato un profilo di potenziale incostituzionalità della legge 23/2015 della Regione Lombardia.

Tale ricostruzione sembrerebbe, tuttavia, trovare smentita nell'atteggiamento tenuto dal Governo che ha rinunciato a sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge regionale in questione⁹⁴.

In realtà, la bontà del ragionamento seguito pare confermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha cassato un precedente tentativo di liberalizzare l'accreditamento realizzato – con delibera di Giunta – dalla stessa Regione Lombardia⁹⁵.

In quest'ottica, alla base della decisione del Governo di non impugnare la legge regionale 23/2015 potrebbe desumersi la volontà di verificare quali risultati sarà in grado di raggiungere il SSR lombardo, soprattutto in termini di qualità delle prestazioni e di contenimento della spesa⁹⁶.

Anche per tali ragioni merita spazio una riflessione su come la liberalizzazione dell'accreditamento, unita alla separazione fra le funzioni di regolazione, finanziamento e controllo, possa incidere sul sistema sanitario pubblico e, in particolare, sulla sua capacità di garantire il nucleo irriducibile della tutela della salute, senza al contempo metterne a rischio la tenuta finanziaria.

4. L'istituto dell'accreditamento fra liberalizzazioni e policy pubbliche

Alla luce delle precedenti considerazioni, e quindi muovendo dalla funzione assegnabile all'accreditamento istituzionale e al suo legame con le scelte di programmazione, può rivelarsi di interesse una riflessione su un'ipotetica estensione dell'accreditamento liberalizzato, quale configurato dalla legge della Regione Lombardia, anche sotto il profilo dell'adeguatezza di tale soluzione rispetto agli obiettivi caratterizzanti la svolta pubblicistica del 1999.

(94) Con decisione adottata nella seduta del Consiglio dei Ministri n. 86 del 12 ottobre 2015.

(95) Cons. Stato, sez. II, 25 giugno 2014, n. 3219 riguardante, nello specifico, l'accreditamento delle Residenze sanitarie per anziani non autosufficienti di cui alla delibera 937 del 1° dicembre 2010, avente ad oggetto "Determinazioni in ordine alla gestione del servizio socio sanitario regionale per l'esercizio 2011".

(96) In tal senso vanno le informazioni ricavabili dagli organi di stampa (www.ilcittadino.it), secondo cui Governo avrebbe rinunciato all'impugnazione per il carattere fortemente sperimentale di alcune previsioni contenute nella nuova legge regionale che, in caso di risultati positivi, potrebbero essere riprodotte nella legge statale.

Con ciò ponendo mente alla circostanza che l'accreditamento chiuso o istituzionale, quale disciplinato dagli artt. 8-*bis* ss. del d.lgs. n. 502/1992, sembra essere contrassegnato da tre finalità primarie: 1. il controllo dell'offerta o della spesa diretta; 2. una funzione conservativa di costante verifica dell'affidabilità dei soggetti privati, legittimati a operare all'interno del sistema pubblico; 3. una funzione conservativa di controllo della non lievitazione e, possibilmente, di riduzione della spesa indiretta.

4.1. *Accreditamento istituzionale e controllo dell'offerta*

Fra le ragioni per cui il sistema aperto delineato nel 1992 abbia operato solo sulla carta fino al suo definitivo superamento nel 1999, quella principale è derivata dalla incapacità di assicurare un effettivo controllo della spesa sanitaria. In quella fase si è assistito, infatti, a un eccessivo sbilanciamento sul versante della domanda in quanto, come puntualmente rilevato dall'AGCM nella segnalazione AS145 del 26 giugno 1998, il flusso della spesa risultava essere il «prodotto della sola domanda, con la conseguenza che l'obiettivo del contenimento della spesa sanitaria risultava(va) difficilmente conseguibile»⁹⁷; inoltre, l'estensione dei potenziali soggetti erogatori rappresentava un fattore di «aumento dei costi – non solo di natura economica – derivanti soprattutto dalla contrattazione con un maggior numero di erogatori da parte dell'Asl».

In realtà, il sistema delineato dalla Regione Lombardia con la legge regionale 23/2015 non dovrebbe presentare tali criticità emerse nella disciplina vigente a livello statale fra il '92 e il '99; come ricordato, infatti, nell'attuale sistema lombardo il controllo della spesa dovrebbe avvenire sempre sul versante dell'offerta, con la peculiarità che la funzione di filtro degli operatori che operano per conto del sistema pubblico si realizzerebbe al momento del contratto e non dell'accreditamento; inoltre, con specifico riferimento al secondo aspetto di criticità segnalato dall'AGCM, la contrattazione non dovrebbe riguardare un numero indefinito di erogatori, ma solo quelle strutture la cui presenza nell'offerta pubblica venga ritenuta funzionale alle scelte di programmazione.

Va segnalato, tuttavia, come il Consiglio di Stato, con specifico riferimento

(97) Si veda, in part., il p. 57 della richiamata segnalazione. In dottrina, per tutti, cfr. V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza*, cit., p. 1275.

all'accredimento liberalizzato delle residenze sanitarie assistenziali predisposto proprio dalla Regione Lombardia nel 2010, abbia messo in dubbio la capacità di un siffatto sistema di garantire lo stesso controllo della spesa⁹⁸.

A tale riguardo, le osservazioni del massimo organo di giustizia amministrativa appaiono *tranchant* nella loro stringatezza e assertività, specie in punto di ritenuta inidoneità dello strumento contrattuale a svolgere la funzione di filtro all'accesso degli operatori privati nell'ambito del sistema pubblico; in tal modo suffragando una sorta di irrinunciabilità al cd. accreditamento chiuso per il controllo della spesa.

Tale rilievo critico alla decisione del giudice amministrativo pare ancor più calzante ove si consideri tale posizione alla luce della previsione di cui all'art. 8-*quater*, co. 3, del d.lgs. 502/1992 che ammette il rilascio di più accreditamenti rispetto all'effettivo fabbisogno individuato nella fase della programmazione⁹⁹.

Per quanto tale possibilità non sia configurata in termini assoluti, tali da superare completamente il collegamento funzionale fra accreditamento e programmazione¹⁰⁰, parrebbe trattarsi di disposizione legittimante anche una situazione per certi versi analoga a quella che il Consiglio di Stato ha ritenuto non idonea ad assicurare il controllo della spesa. Di guisa che potrebbe risultare dirimente valutare se, rispetto alla capacità del momento contrattuale di assicurare il rispetto delle scelte fatte nella fase della programmazione, rilevi in qualche modo la quantità – più o meno elevata – di strutture accreditate in eccesso rispetto al fabbisogno.

In altri termini, una volta che il momento contrattuale deve svolgere una

(98) Cons. Stato, sez. II, 25 giugno 2014, n. 3219 ha osservato che «le specifiche e primarie esigenze della domanda sanitaria e un oculato regime di spesa (...) senza un'adeguata fase programmatica preceduta da un'analisi del fabbisogno, non possono essere adeguatamente soddisfatte, a valle, dalla sola fase della contrattualizzazione».

(99) È infatti ammessa la possibilità per l'amministrazione di «accreditare quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato, in modo da assicurare un'efficace competizione tra le strutture accreditate» (art. 8-*quater*, c. 3, lett. *b*)) attraverso l'espletamento di «valutazioni comparative della qualità e dei costi» che precedono la stipula dei contratti (art. 8-*quinquies*, c. 2).

(100) L'art. 8-*quater*, co. 3, lett. *b*), prevede, infatti, che vengano individuati dei limiti entro i quali accreditare quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato.

funzione di filtro degli operatori che possono erogare prestazioni per conto e a carico del servizio pubblico, potrebbe non aver rilievo la provvista complessiva di strutture accreditate rispetto alla quale tale funzione di filtro debba essere svolta.

Se così fosse, la posizione assunta dal Consiglio di Stato potrebbe risultare opinabile anche in punto di merito contrastando, infatti, con la dimostrata idoneità della valvola contrattuale di farsi carico di “compensare” le pressioni provenienti dalla molteplicità dei privati accreditati, con ciò consentendo di superare il congegno di selezione progressiva “a cannocchiale” attualmente previsto dalla disciplina statale di principio¹⁰¹.

Peraltro, tale possibilità sembrerebbe suffragata dai rilievi svolti in ordine a rapporti obbligatori che, a ben vedere, riflettono funzione e carattere propri degli accordi pubblicitici, nei termini canonizzati dall’art. 11 della legge 241/1990, piuttosto che elementi contrattuali in senso stretto¹⁰². Si pensi non solo alla evidente funzionalizzazione dell’iniziativa e dell’attività degli operatori privati agli obiettivi della programmazione pubblica, ma anche alla indubbia permanenza in capo alla parte pubblica di poteri di incidenza sul rapporto di chiara genesi e ambientazione pubblicitica: entrambi gli elementi sono facce della stessa medaglia, ossia della permanenza in capo all’amministrazione di un potere¹⁰³. Il che potrebbe costituire di per sé garanzia dell’autosufficienza selettiva dello strumento contrattuale.

In questi termini, al contrario di quel che sembra emergere dalla richiamata pronuncia del Consiglio di Stato, lo strumento negoziale non sembra *ex se* idoneo a “regolare il traffico” delle strutture accreditate.

Quel che, forse, la decisione 3219/2014 pare riflettere è, invece, una concreta preoccupazione di *policy* pubblica. Infatti, come osservato in dottrina, fra le finalità della riforma del 1999 vi sarebbe stata anche quella di contenere il sovradimensionamento produttivo dell’offerta circoscrivendo a monte – sul versante dell’offerta e, quindi, già con il solo accreditamento – il numero delle aziende private di produzione di servizi sanita-

(101) L’espressione è di G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, cit., p. 27.

(102) V. *supra*, § 2.1 e 2.2.

(103) V. *infra*, § 5.

ri; e ciò in quanto la semplice esistenza di un numero illimitato di centri di produzione accreditati potrebbe finire per generare *ex se* effetti inflativi della spesa in ragione dei possibili condizionamenti sulle stesse scelte operative della parte pubblica¹⁰⁴.

4.2. La funzione “conservativa” e “protezionistica” dell’accreditamento istituzionale

Sempre nell’ottica di valutare se le funzioni discretime dell’accreditamento chiuso possano essere rimesse al solo strumento contrattuale, devono essere presi in considerazione profili ulteriori rispetto a quelli connessi e derivanti dal controllo della spesa pubblica.

In primo luogo, occorre tener conto della eventualità che l’amministrazione si rivolga a una platea di operatori privati che abbiano già mostrato un’acclarata e riconosciuta affidabilità (una sorta di reputazione tecnico-funzionale).

Per vero, non sono mancate pronunce giurisprudenziali che, sebbene con toni e sfumature diversi, hanno riconosciuto la possibilità di tenere distinte le posizioni giuridiche degli operatori già presenti nel mercato pubblico rispetto a quelle dei cd. *new comers*¹⁰⁵, fintantoché ciò non si traduca in una totale chiusura del mercato pubblico ai nuovi operatori¹⁰⁶.

(104) Tale osservazione, fondata sulla convinzione che in Italia non esiste(va) un mercato sanitario veramente privato, cioè in grado di sopravvivere senza gravare sulle finanze pubbliche, è di R. RUSSO VALENTINI, *Commento agli artt. 8-bis, 8-ter, 8-quater, 8-quinquies, 8-sexies, 8-septies, 8-octies*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, Maggioli, 2000, p. 305 ss., in part. pp. 322 e 332; essa è svolta con specifico riferimento all’autorizzazione contingentata di cui all’art. 8-ter del d.lgs. 502/1992, ma può essere estesa all’accreditamento, soprattutto alla luce degli ingenti investimenti che i privati devono affrontare per ottenerlo. Resta fermo, ovviamente, che ai sensi dell’art. 8-quater, c. 2, del d.lgs. 502/1992 la qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo giuridico di corrispondere alcunché a carico del SSN fuori da quanto previsto nei contratti (*supra*, § 2); cfr. sul tema anche Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2015, n. 1353 sul quale si v. il commento di G. BOCALE, *Il divieto di nuovi accreditamenti sanitari. Osservazioni critiche alla luce di una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*, 2015.

(105) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2010, n. 7074; TAR Campania, Salerno, sez. II, 3 novembre 2016, n. 2386; Napoli, sez. I, 13 maggio 2015, n. 2638; 4 dicembre 2013, n. 5398.

(106) Deve trattarsi, ovviamente, di operatori in possesso dei requisiti di idoneità tecnico-strutturale richiesti per ottenere l’accreditamento. Diverso il discorso per quelle situazioni create da misure regionali che hanno disposto il blocco di nuovi accreditamenti e il consolidamento della presenza nel mercato pubblico di soggetti transitoriamente e/o provvisoriamente

In altri termini, il cd. dato storico – spesso previsto dalla legislazione regionale quale criterio di selezione degli operatori privati, oltre che quale criterio per determinare il volume di prestazione delle singole strutture¹⁰⁷ – è stato ritenuto legittimo nella misura in cui l'accesso al sistema a nuovi operatori sia comunque garantito, se pur con gradualità¹⁰⁸.

Tale parziale limitazione dell'accesso al mercato troverebbe giustificazione, ovviamente, nelle peculiarità che caratterizzano lo stesso settore. Si realizzerebbe, infatti, in tale segmento di mercato amministrato, un virtuoso bilanciamento tra i diversi interessi in gioco attinenti, da un lato, alla qualità prestazionale (verificata nella prassi e corroborata dall'esperienza storica, che induce ad affidarsi a “chi c'è già e ha ben operato”), dall'altro, al graduale ricambio degli operatori per favorire chi è in grado di proporre standard ulteriori e superiori in termini di innovazione ed efficacia/efficienza delle prestazioni; ciò sempre con riguardo a obiettivi pubblici del settore ritenuti preminenti (per esempio riduzione delle liste di attesa o applicazione di nuove tecnologie e modelli organizzativi innovativi, ecc.).

D'altronde è la stessa legislazione statale di principio¹⁰⁹ che, nel delineare in modo bifasico la struttura della procedura di accreditamento (prov-

accreditati. Su tali previsioni – che hanno permesso a soggetti non verificati sotto il profilo qualitativo di erogare prestazioni per conto del servizio pubblico – sono intervenuti sia la Corte costituzionale (sent. n. 361/2008), sia il giudice amministrativo (cfr. TAR Abruzzo, sez. I, 13 febbraio 2014, n. 139 e Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2015, n. 1353, cit.). V., da ultimo, Tar Catania, sez. IV, 9 ottobre 2017, n. 2345 che ha dichiarato illegittimo un provvedimento regionale in quanto riconosceva il diritto di ingresso di nuovi operatori in termini meramente astratti ed eventuali.

Va dato conto, inoltre, che la giurisprudenza ha valutato positivamente l'introduzione di procedure comparative basate su criteri alternativi a quello del cd. dato storico; si v. Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2012, nn. 1289 e 1291.

(107) Sul tema, per tutti, Corte cost. 111/2005 e 257/2007; TAR Campania, Napoli, sez. I, 25 maggio 2015, n. 2907; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 2004, n. 6508 per cui il volume di prestazioni che ogni operatore riesce a erogare rappresenta «il più sicuro indice della capacità ... di stare nel mercato e del livello di gradimento dell'utenza».

(108) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2014, n. 3338 e 16 settembre 2013, n. 4574 riguardante il sistema socio-sanitario lombardo, su cui si veda il commento di V. MOLASCHI, *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2014, p. 675 ss.

(109) Art. 8-*quater*, c. 7, d.lgs. 502/1992.

visorio e definitivo)¹¹⁰, pare riconoscere l'importanza che l'ingresso e la permanenza nel sistema pubblico vengano consentiti a operatori che hanno dimostrato la loro affidabilità non solo sotto il profilo qualitativo, ma anche sotto quello relativo alla quantità di prestazioni svolte.

È ovvio che tale modello presuppone un certo grado di "funzionalità discrezionale" dello schema "a cannocchiale" (il trinomio autorizzazione, accreditamento, contratto), da alcuni messo in discussione con riguardo ai suoi risultati effettivi (*todos caballeros*)¹¹¹; esso implica, cioè, una capacità del decisore istituzionale di applicare con rigore filtri selettivi che rinviano non solo a valutazioni astrattamente tecniche, ma anche funzionali-operative: l'efficienza di un servizio pubblico è, infatti, la risultante di un mix di capacità organizzativa, fattività manageriale, responsabilità nei confronti dei bisogni dell'utenza, innovazione e sperimentazione imprenditoriale, economicità della gestione.

E proprio in tale delineata prospettiva nulla sembra escludere, in astratto, che tale momento valutativo/selettivo possa essere concentrato nella sola fase contrattuale, e da essa veicolato.

In secondo luogo, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto al legame fra accreditamento e programmazione un ruolo di "virtuoso protezionismo", necessario per garantire la continuità assistenziale nell'erogazione delle prestazioni.

Nello specifico, si fa riferimento alla funzione di preservare «l'equilibrio

(110) Cfr. Corte cost. n. 132/2013, su cui il commento di D. GANGEMI, P. DE POLLI, *Accreditamento con il Servizio sanitario regionale*, in *San. pubbl. priv.*, 2014, p. 55 ss. Sul rapporto fra accreditamento definitivo e provvisorio, cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 16 dicembre 2010, n. 1718; sul tema v. anche AGCM, AS1137, 4 luglio 2014, cit. In tale segnalazione l'AGCM ha inoltre proposto di eliminare l'istituto dell'accREDITAMENTO provvisorio per quanto, è bene precisarlo, l'art. 1, comma 796, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 abbia già introdotto misure per far cessare gli accreditamenti "transitori" e "provvisori" che non siano stati confermati dal rilascio del definitivo.

Va ricordato, infine, come anche l'accREDITAMENTO transitorio – introdotto dall'art. 6, c. 6, della legge 23 dicembre 1994 per evitare la paralisi del SSN consentendo la permanenza nel sistema degli operatori precedentemente convenzionati – abbia svolto una funzione "protezionistica".

(111) In tal senso F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, cit., p. 53, secondo cui «né l'autorizzazione, né l'accREDITAMENTO sono stati pressoché mai negati, ed i privati convenzionati, tutti immediatamente accREDITATI, hanno definitivamente saturato un mercato rimasto ben ingessato e del pari sbarrato l'accesso ai nuovi ingressi; si v. anche G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, cit., p. 27.

economico del settore privato, e con esso la funzionalità complessiva del servizio sanitario¹¹², nell'assunto che un'apertura eccessiva alla concorrenza nel settore si porrebbe in contrasto con l'ottimo paretiano in quanto non garantirebbe l'equilibrio economico delle imprese private ivi operanti: un caso di scuola, quindi, di concorrenza distruttiva se non regolata e limitata.

Trattasi di affermazione che, a una prima lettura, sembrerebbe legittimare posizioni in astratto protezionistiche e corporative, in quanto tali contrarie alla libertà di stabilimento; proprio per questo induce ad alcune considerazioni.

Una prima considerazione attiene alla già rilevata importanza che i concessionari di servizio pubblico siano operatori privati che hanno dimostrato la loro affidabilità in termini sia di qualità sia di quantità di prestazioni: una sorta di necessaria valutazione *ex ante*, non lasciata al giudizio *ex post* del mercato, della effettiva capacità concorrenziale e operativa dei singoli attori scrutinati.

La seconda considerazione si ricollega all'opportunità di un'ampia riflessione, di stampo economico prima ancora che giuridico, volta ad accertare l'effettiva capacità della sanità *tout court* privata di sopravvivere senza gravare, anche indirettamente, sulle risorse pubbliche. Se è vero, infatti, che scelte attuali di *policy* pubblica – per esempio quella di incentivare il *welfare mix*, attraverso il sostegno a schemi di *welfare aziendale* e contrattuale che spesso privilegiano il ricorso individuale alla sanità privata integrativa¹¹³ – potrebbero indurre a considerazioni prospettiche sull'autosufficienza di mercato delle imprese sanitarie private, è pur vero che si tratta di una tendenza sul cui consolidamento solo il tempo dirà.

Se così non fosse, invece, si giustificherebbe l'esigenza di garantire la sopravvivenza dei privati accreditati, e ciò anche a parziale detrimento della concorrenzialità del sistema: le strutture pubbliche, infatti, non sono da sole in grado di assicurare quel livello minimo del diritto fonamen-

(112) Così Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1071 e 9 maggio 2013, n. 2527.

(113) In generale, sul tema, si rinvia a M. FERRERA, *Neowelfare liberale: nuove prospettive per lo Stato sociale in Europa*, in *Stato e Mercato*, 2013, p. 3 ss.; sui recenti provvedimenti normativi a sostegno del welfare aziendale, si rinvia a T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, Padova, IPSOA, 2016.

tale alla salute concretizzato nei LEA e il concorso integrativo (e indirettamente sostenuto) del settore privato appare, per ora, funzionalmente necessitato.

Va osservato, infine, che l'accreditamento istituzionale svolge una funzione protezionistica anche nei confronti dell'offerta pubblica, stavolta certamente auspicabile alla luce di quanto detto in precedenza: si tratta, infatti, di uno strumento funzionale a preservare le strutture pubbliche evitando così il rischio della loro sottoutilizzazione e i costi indiretti che questa comporterebbe¹¹⁴.

Anche di questa funzione dell'accreditamento chiuso, come delle altre sopra esposte, si deve tenere conto quando, al fine di dar vita a un sistema maggiormente concorrenziale, si riflette sull'opportunità di spostare il legame con la programmazione sul solo momento contrattuale.

5. Accredimento liberalizzato e natura giuridica del rapporto pubblico-privato nel settore sanitario: per un primo, provvisorio, inquadramento giuridico

L'inquadramento giuridico del rapporto fra amministrazione titolare e privato gestore del servizio pubblico, nonché degli strumenti (convenzione, accreditamento, contratto/accordo) attraverso cui tale rapporto viene istituito e regolato è tema complesso.

In questa sede è possibile accennare solamente a un aspetto specifico, vale a dire come la eventuale liberalizzazione dell'accreditamento possa incidere su tali profili, ripercorrendo sinteticamente i principali assunti dottrinali e giurisprudenziali che hanno contraddistinto l'evoluzione di tale rapporto; nel far ciò rifacendosi alla distinzione di tre periodi cui corrispondono altrettanti modelli di relazioni giuridiche fra il settore pubblico e quello privato¹¹⁵.

Quanto al *primo periodo*, da collocare orientativamente durante la vigen-

(114) *Supra*, § 2.1.

(115) Cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., p. 149 che fa riferimento: 1. a un modello a marcata "filosofia" pubblicistica, di cui alla legge 23 dicembre 1978, n. 833; 2. a un modello caratterizzato da una parziale ritrazione della "mano pubblica" nella fase della gestione, quale quello delineato dalla versione originaria del d.lgs. 502/1992 e vigente, anche se solo sulla carta, nella prima metà degli anni '90; 3) a un modello a "carattere misto" così come risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 229/1999.

za della legge 23 dicembre 1978, n. 833, i rapporti fra amministrazione e operatori privati venivano di norma regolati mediante convenzione¹¹⁶; a detti rapporti, mentre la giurisprudenza riconosceva carattere pubblicistico in ragione della assunta natura concessoria¹¹⁷, la dottrina non attribuiva qualificazioni omogenee, in parte riconducendoli anche al novero di meri rapporti contrattuali di diritto privato¹¹⁸.

Il *secondo periodo* coincide con l'apertura alla concorrenza fra strutture pubbliche e private e con la separazione fra la funzione di erogazione e quelle di finanziamento e regolazione, realizzate dal d.lgs. n. 502/1992 e successivi interventi correttivi¹¹⁹.

(116) In sostanziale continuità con il ruolo subalterno che la legge 17 agosto 1974, n. 386 riconosceva alla sanità privata convenzionata rispetto a quella pubblica (sul punto, v. G. SANVITI, *Le convenzioni in materia ospedaliera*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 10 ss.), si è posto l'art. 44 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 secondo cui «il piano sanitario regionale (...) accerta la necessità di convenzionare le istituzioni private (...) tenendo conto prioritariamente di quelle già convenzionate». Tale aspetto è stato poi rafforzato dall'art. 3 del d. l. 26 novembre 1981, n. 678, che ha modificato la legge istitutiva del SSN rafforzando il controllo della domanda; in particolare, l'accesso degli utenti ad ambulatori e strutture private convenzionate veniva subordinato a un'autorizzazione che l'USL poteva rilasciare solo in caso di insufficienza delle strutture pubbliche. Su tali argomenti, compresi i successivi sviluppi che sono andati nel senso di una maggiore apertura ai privati, cfr. F. LIGUORI, *La concorrenza amministrata tra innovazioni legislative e resistenze burocratiche*, cit., p. 514.

(117) Tale posizione, già prevalente in giurisprudenza, ha trovato definitiva consacrazione in Cass., sez. un., 21 febbraio 1987, n. 1869 che, in motivazione, fa riferimento al legame fra convenzionamento e programmazione regionale e alla valutazione discrezionale in ordine alla necessità di farvi ricorso per sopperire alle lacune della rete ospedaliera pubblica; al gravare dell'onere economico in capo all'amministrazione; alla conservazione in capo questa di poteri autoritativi di vigilanza e di controllo; all'obbligo in capo agli operatori privati convenzionati di garantire standard qualitativi delle prestazioni e delle strutture nonché al trattamento del personale tendenzialmente uguali a quelli delle strutture pubbliche; alla predeterminazione amministrativa/unilaterale delle condizioni della convenzione. Si è da più parti sostenuto, però, come la posizione della Suprema Corte sia stata incentrata principalmente sulla spettanza pubblicistica dell'attività e, quindi, sulla natura pubblicistica dell'oggetto delle convenzioni sanitarie. Sul tema, in termini critici, F. TRIMARCHI BANFI, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazione e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 71 ss.

(118) Sul tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. C. CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Rimini, Maggioli, 2004, p. 72 ss.; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 679, nota 165; G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi – Convenzioni in materia ospedaliera*, in *Enc. giur.*, XI, Torino, 1998, p. 7 e F. LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, ESI, 1996, p. 151 ss.

(119) Si veda *amplius* § 2.1.

Il *terzo periodo* corrisponde, invece, alla controriforma pubblicistica del 1999; esso è stato caratterizzato dall'importanza attribuita alla programmazione nel senso che le scelte compiute in tale fase vincolano i successivi momenti del rilascio dell'accreditamento e della stipula dell'accordo e/o del contratto, oltre che quello relativo al rilascio dell'autorizzazione¹²⁰. Salvo alcune posizioni minoritarie¹²¹, anche in questo caso è risultato prevalente l'inquadramento dell'accreditamento e del conseguente rapporto quale concessione (*ex lege*) di pubblico servizio¹²²; inoltre, si è dato rilievo alla funzione di abilitazione tecnico-discrezionale volta all'accertamento dei requisiti richiesti, ulteriori a quelli previsti per l'autorizzazione¹²³, tanto che in dottrina si è detto di una "doppia natura" dell'accreditamento¹²⁴.

(120) Anche in questo caso, si v. *supra*, § 2.1.

(121) In dottrina cfr. C. CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, cit., p. 215 ss.; R. RUSSO VALENTINI, *Commento agli artt. 8-bis, 8-ter, 8-quater, 8-quinquies, 8-sexies, 8-septies, 8-octies*, cit., p. 335; con specifico riferimento al momento contrattuale, M. MAZZAMUTO, *S.s.n. e strutture private accreditate. Procedure di evidenza pubblica e contratto*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2167 ss., che prende le mosse dall'ordinanza Cass. civ., sez. un., 5 aprile 2012, n. 5446. In giurisprudenza, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 16 giugno 2010, n. 1901, cit.; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 18 luglio 2005, n. 1237; TAR Campania, Napoli, sez. I, 17 aprile 2000, n. 1069 e 5 settembre 2000, n. 3367.

(122) In dottrina, per tutti, N. AICARDI, *La sanità*, cit., p. 679, ma si v. anche R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 192 ss. e A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 229 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2016, n. 436 e 27 aprile 2015, n. 2143, cit.; Cass. civ., sez. un., 29 ottobre 2015, n. 22094 e, soprattutto, 14 gennaio 2015, n. 473; Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2014, n. 1925, cit.; 11 luglio 2013, n. 3741; 29 luglio 2011, n. 4529; Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2010, n. 2828, cit. e 2 febbraio 2010, n. 454, cit.; Cass., sez. un., 8 luglio 2005, n. 14355 e Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7188 che sottolinea la continuità fra il precedente sistema delle convenzioni e quello dell'accreditamento. Nella stessa direzione si v. anche la nota sentenza della Corte cost. n. 204/2004.

(123) Lo descrive come istituto a metà strada fra la concessione di servizio pubblico e l'abilitazione tecnica idoneativa, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207, cit.; nello stesso senso anche TAR Sicilia, Catania, sez. II, 13 maggio 2005, n. 812 e 19 settembre 2005, n. 1426; TAR Campania, Salerno, sez. I, 7 aprile 2003, n. 311; TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 dicembre 2002, n. 7845. Diverse conclusioni ha tratto da Cons. Stato 207/2016 F. SPANICCIATI, *Pubblico e privato*, cit., p. 679, secondo cui tale pronuncia finirebbe «per allontanare il privato dallo schema puro della concessione di pubblico servizio», assicurandogli «una maggiore garanzia per l'ottenimento dell'accreditamento (...) sottratto ad una attribuzione ampiamente discrezionale»; in tal modo avvicinando la posizione soggettiva del privato richiedente alla titolarità di un diritto soggettivo.

(124) Così V. MOLASCHI, *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali*, cit., p. 678.

Ai fini del discorso intrapreso, l'attenzione va concentrata soprattutto sul secondo periodo nel quale – con l'obiettivo funzionale, sopra richiamato, di delineare un sistema maggiormente concorrenziale – si procedeva al progressivo superamento del sistema delle convenzioni e all'affermarsi dell'accreditamento per la regolazione del rapporto fra pubblico e privato.

Si trattava di un accreditamento quale mero strumento di garanzia qualitativa, completamente slegato da una funzione di contingentamento, che veniva concesso a tutti gli istanti che rispettavano determinati requisiti tecnici e che accettavano il sistema di remunerazione a prestazione¹²⁵; infatti, sia la possibilità per i privati di erogare prestazioni per conto del servizio pubblico, sia il *quantum* di tali prestazioni non erano direttamente connessi al dato programmatico poiché, come già ricordato, il controllo della spesa era veicolato interamente dal controllo della domanda. Nonostante questi rapporti fondati su un accreditamento liberalizzato siano rimasti, come ricordato, sostanzialmente sulla carta, le relative ricostruzioni dogmatiche sono apparse meno consolidate rispetto a quelle registrate nel primo e nel terzo momento.

Al riguardo, si pensi in primo luogo alla posizione assunta dalla Corte di Cassazione, in seguito ripresa anche dal Consiglio di Stato, secondo cui la riforma del 1992 non avrebbe modificato la natura del rapporto esistente tra struttura privata ed ente pubblico preposto all'attività sanitaria, che restava di natura concessoria¹²⁶.

In particolare, la posizione della prevalente giurisprudenza si fondava su una sorta di necessaria inerenza pubblicistica dell'attività delle strutture private, trattandosi di prestazioni mediante le quali lo Stato persegue il fondamentale compito di tutela della salute, nonché sulla valenza organizzativa di tali rapporti di pubblico servizio¹²⁷. Di qui, conseguentemen-

(125) Requisiti tecnici che corrispondevano con quelli richiesti per svolgere l'attività in regime meramente privatistico, di guisa che l'ottenimento dell'accreditamento era, di fatto, subordinato alla sola l'accettazione del sistema di remunerazione a prestazione.

(126) Cass., sez. un., 20 febbraio 1999, n. 88, ma si vedano anche Cass., sez. un., 22 ottobre 2001, n. 12940; Cass., sez. un., 25 giugno 2002, n. 9284; Cons. Stato., sez. IV, 26 gennaio 2004, n. 241; Cass., sez. un., 22 dicembre 2005, n. 28501.

(127) In generale, sulla valenza organizzativa delle concessioni, F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica: caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, Cedam, 1990, p. 187 ss.

te, il riconoscimento e il fondamento dei poteri di vigilanza e controllo rimessi alla parte pubblica.

Per contro, va rilevata la sussistenza, in dottrina, di posizioni non aderenti alla qualificazione concessoria in relazione al riconoscimento di una prevalente connotazione civilistica di siffatti rapporti; tali posizioni deponevano, infatti, per la riconduzione dell'accreditamento nell'ambito dei provvedimenti autorizzatori di natura abilitativa, a contenuto vincolato e ad oggetto certificativo¹²⁸.

Tali posizioni, che sembrano trovare indiretto conforto nella sentenza 416/1995 della Corte costituzionale, muovono dall'osservazione secondo cui per aversi concessione sarebbe necessario il trasferimento di un'*utilitas* al privato con conseguente ampliamento della sua sfera giuridica, tale da attribuirgli una condizione di privilegio rispetto agli altri privati¹²⁹ consistente nella *quota di mercato* della pubblica amministrazione¹³⁰; diversamente, allorché l'operatore privato – come previsto dalla versione originaria del d.lgs. 502/1992 – possa svolgere il servizio per conto del SSN per il solo fatto di essere idoneo sotto il profilo tecnico, senza che sia riservato all'amministrazione alcun apprezzamento discrezionale, la legittimazione a erogare prestazioni per conto del servizio pubblico discenderebbe direttamente dalla legge¹³¹.

A ben vedere, si tratta di posizioni che, ancorché differenziate e riflettenti la dibattuta qualificazione giuridica dei rapporti concessori, non sembrano tali da generare incertezze sull'inquadramento delle relazioni pubblico-privato ad "accreditamento aperto" quale emergente dal sistema sanitario lombardo.

(128) Cfr. F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Milano, 2007, p. 250 ss., in part. p. 263, nota 87; G. BARCELLONA, *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie: dal sistema delle convenzioni a quello dell'accreditamento*, in *San. pubbl.*, 1998, p. 114 ss., in part. pp. 119 e 122; F. LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, cit., *passim*.

(129) F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 500 ss.

(130) In tal senso R. CAVALLO PERIN, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 113 ss., in part. p. 119, e A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., pp. 235-236.

(131) In tal senso F. LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, cit., in part. p. 223 ss.

Infatti, come in precedenza rilevato, con la legge n. 23/2015 la Regione Lombardia, pur liberalizzando l'accREDITamento, non ha delineato un sistema aperto, atteso che la possibilità per gli operatori privati di erogare prestazioni per conto del sistema pubblico è sempre rimessa ad una valutazione discrezionale – riferita al contingentamento e al controllo della spesa – concentrata sul solo momento contrattuale¹³².

Il rapporto fra amministrazione e operatori privati mantiene, pertanto, una connotazione pubblicistica. Tale contratto – che, forse non casualmente, la stessa Giunta regionale lombarda ha definito quale *contratto di diritto pubblico*¹³³ – pare riconducibile, come già anticipato, agli accordi pubblicistici di cui all'art. 11 della legge generale sul procedimento amministrativo: con esso, infatti, l'amministrazione – agendo come autorità – esercita (in via bilaterale e non unilaterale) sempre e comunque una funzione pubblicistica per inerenza oggettuale e funzionale¹³⁴.

Di qui, semmai, un riflesso sulla configurazione dell'istituto dell'accREDITamento suscettibile, ora, di essere ricondotto alla categoria dei provvedimenti autorizzatori di carattere abilitativo¹³⁵.

Tale diversa impostazione, che a una prima valutazione potrebbe apparire priva di risvolti sostanziali, non rilevando sulla connotazione pubblicistica del rapporto, potrebbe invece incidere sull'esercizio del potere spet-

(132) Cfr. *supra*, § 3.

(133) Cfr. DGR n. X/4072 del 29 dicembre 2015, cit., p. 59.

(134) Per la natura pubblicistica degli accordi, per tutti, F. PELLIZZER, *Gli accordi pubblico-privato nel governo del territorio*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 131 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, in part. p. 99 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996; E. STICCHI DAMIANI, *Attività consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè, 1992. Si v. anche il fondamentale lavoro di G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984. *Contra*, per tutti, G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1996; nella medesima direzione v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo: contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1964.

(135) Sul tema A.M. SANDULLI, *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pub.*, 1958, p. 1 ss.

tante all'amministrazione di consentire l'accesso al servizio pubblico da parte degli operatori privati; infatti, lo stesso potere, una volta riallocato nella sola fase contrattuale, verrebbe a perdere, almeno in parte, la primigenia connotazione discrezionale a fronte di un assorbimento delle sue stesse modalità di esercizio all'interno degli schemi procedurali propri del confronto concorrenziale.

In altri termini, il rispetto di procedure selettivo-concorsuali sembra una sorta di "veicolo privatistico" dell'esercizio della discrezionalità amministrativa: con una metafora che può farsi risalire ad un Insigne Maestro¹³⁶, nel corpo della procedura selettiva, e in particolar modo al momento della predisposizione del bando di gara, si intravede in controluce l'anima dell'esercizio della valutazione amministrativa.

Con questo per essere ottimisti. Si tratta, infatti, di vedere fino a che punto regole e modalità di esercizio di funzioni pubbliche in chiave di mercato – incidenti anche nella formazione degli accordi pubblicitici – siano effettivamente in grado di riflettere e garantire, unitamente alle valutazioni prettamente pubbliche proprie della fase programmatoria, interessi da sempre strutturalmente rimessi all'esercizio della discrezionalità.

(136) Si fa riferimento a Carnelutti, il quale, riferendosi al contratto corporativo, ne rilevava l'anima della legge nel corpo del contratto. La citazione è tratta da M. RUSCIANO, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in AA.Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, Cacucci, 2008, p. 59 ss.