



A.I.O.P.
ASSOCIAZIONE ITALIANA
OSPEDALITÀ PRIVATA

**Audizione 10^a Commissione permanente
Industria, commercio, turismo**

Senato della Repubblica

“Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”

S. 2469 – Cd. DdL Concorrenza

Associazione Italiana Ospedalità Privata

Dott.ssa Barbara Cittadini
Presidente Nazionale Aiop

17 febbraio 2022

1. Premessa

L'Associazione Italiana Ospedalità Privata (AIOP) rappresenta **577 strutture** sanitarie di diritto privato (Istituti a Carattere Scientifico, strutture di alta specialità quali cardiocirurgia, neurochirurgia ed altro, strutture per acuti, strutture di riabilitazione, strutture per lungodegenza post-acuzie, strutture per anziani non autosufficienti, RSA, strutture per recupero funzionale per handicap, strutture per riabilitazione neuropsichiatrica e altro) **con 63.000 posti letto**.

Il **92% delle strutture (533) e l'89% dei posti letto (56.000) attualmente risultano essere accreditati con il Servizio sanitario nazionale**, ricoverando annualmente un milione di degenti, per un totale di più 8 milioni di giornate di degenza, con un'incidenza del 14% sull'intero monte di giornate di degenza ospedaliera, che assorbono il 6,8% della spesa ospedaliera pubblica.

Con il cd. **DdL Concorrenza (A. S. 2469)**, "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*", il Legislatore ha deciso di intervenire, nella Sezione V del provvedimento dedicata alla "Concorrenza e tutela della salute" per la "**Revisione e trasparenza dell'accreditamento e del convenzionamento delle strutture private**" (art. 13) con il quale si recano modifiche all'art. 8-quater, comma 7 del d.lgs. 502/1992 (il "Decreto 502"), si introduce il comma 1-bis all'art. 8-quinquies del Decreto 502 e si modifica il comma 2 del medesimo articolo.

Le richiamate disposizioni del DdL Concorrenza intervengono, per quanto di interesse in questa sede, sull'attuale disciplina dell'accreditamento e del convenzionamento delle strutture di diritto privato, con l'obiettivo di promuovere la concorrenza tra i soli erogatori privati in un settore che, si anticipa sin d'ora, è di **concorrenza imperfetta o di quasi mercato**.

Tali elementi di potenziale discontinuità rispetto all'attuale quadro normativo, specie alla luce della persistenza dei vincoli stringenti posti dal D.l. 6 luglio 2012, n. 95, art. 15, co. 14 ("DL 95"), destano **preoccupazione** in relazione **all'impatto sulla componente di diritto privato del SSN dell'introduzione**, quale conseguenza dell'obbligo introdotto dal DdL Concorrenza di subordinare la sottoscrizione degli accordi ex art. 8-quinquies al previo esperimento di periodiche procedure di selezione, **di nuovi ed ulteriori elementi di instabilità nei rapporti concessori in essere, con evidenti conseguenze anche in relazione all'ulteriore incremento del vulnus concorrenziale** già oggi esistente **tra erogatori pubblici ed erogatori privati**.

2. L'erogazione dei servizi sanitari: libero mercato e servizio pubblico

Sebbene il **diritto alla salute**, quale diritto fondamentale della persona, presenti un collegamento strutturale con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, assegnando alla Repubblica significativi compiti nel settore della salute in adempimento dei propri doveri inderogabili di solidarietà sociale, esso **non implica una riserva dell'erogazione dei servizi sanitari in capo alla pubblica amministrazione**.

Al contrario, i principi costituzionali e comunitari della **libera iniziativa economica**, letti in **combinato disposto con i principi di adeguatezza, sussidiarietà e differenziazione** (art. 118 Cost.), spingono **per una visione dinamica che vede pubblico e privato, servizio pubblico e libero mercato, in rapporto di reciproca interazione e costante mutamento** in funzione dell'evolversi dei fabbisogni di salute, dei vincoli di natura finanziaria e della costante revisione

degli assetti organizzativi in funzione del massimo godimento possibile di un diritto fondamentale della persona quale è il diritto alla salute .

Dobbiamo quindi evidenziare, in via preliminare, l'inesistenza di una riserva costituzionale in capo ai pubblici poteri nell'erogazione dei servizi sanitari e **rilevare**, al contrario, **la natura necessariamente dinamica del rapporto tra pubblico e privato** nel settore Salute.

E, ancora, se fosse pur astrattamente possibile parlare di concorrenza tra gli operatori privati nell'erogazione dei servizi sanitari al di fuori del SSN, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, sarebbe invece improprio parlare di concorrenza nell'ambito della partecipazione dei privati all'erogazione del servizio pubblico.

Ciò in quanto *“il rapporto di accreditamento, a metà strada tra concessione di servizi pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, non è strutturato in base a criteri di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni sanitarie a carico dell'erario pubblico”*¹ con la conseguenza che *“nel complesso sistema pubblico-privato, gli operatori privati accreditati sono soggetti accomunati dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale, qual è il diritto alla salute, e non semplici fornitori di servizi sanitari operanti in un ambito puramente contrattuale, come tale sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore”*².

2.1 L'assetto del SSN: una concorrenza imperfetta

Il SSN, sia nella configurazione originaria, stabilita dalla l. 833/1978, sia nella configurazione attuale, prevista dal D. Lgs. 502/1992 e dalle successive modifiche, opera attraverso una rete mista di erogatori, la componente di diritto pubblico e quella di diritto privato, che va letta in chiave di potenziamento dell'offerta sanitaria e di reale esercizio del principio della libera scelta del medico e del luogo di cura.

La componente di diritto privato del SSN, in particolare, ai sensi dell'art. 8-*quater* del d.lgs. 502/1992 (come modificato dal D. Lgs 229/1999), opera previo rilascio da parte della Regione dell'accreditamento istituzionale, subordinato al possesso da parte delle strutture di requisiti “ulteriori” di qualificazione, strutturali, tecnologici e organizzativi, e alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale nonché alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti.

Il rilascio dell'accreditamento istituzionale, tuttavia, è necessario ma non sufficiente per operare in nome e per conto del SSN.

La stessa normativa al riguardo precisa che i “requisiti ulteriori costituiscono presupposto per l'accreditamento e vincolo per la definizione delle prestazioni previste nei programmi di attività delle strutture accreditate” (art. 8-*quater*, comma 2, D. Lgs 502/1992).

La componente di diritto privato del SSN, dunque, una volta ottenuto l'accreditamento istituzionale dalla Regione può erogare prestazioni a carico del SSN solo a seguito della stipula di specifici accordi con la Regione stessa o con la ASL di appartenenza, nell'ambito dei quali vengono definiti, tra l'altro, ai sensi dell'art. 8-*quinquies* del d.lgs. 502/1992, il “volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della ASL, si impegnano ad assicurare distinto per tipologia e modalità di assistenza”

¹ Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2016 n. 2017, recentemente ripresa da Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824.

² Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824; in senso conforme Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529; 14 giugno 2011, n. 3611; 13 aprile 2011, n. 2290. Cfr. anche Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416.

(lett. b) e il “corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate, globalmente risultate dalla applicazione dei valori tariffari e della remunerazione extra-tariffa delle funzioni incluse nell'accordo, da verificare a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti e delle attività effettivamente svolte” (lett. d).

Le strutture sanitarie di diritto privato, in altre parole, sono chiamate ad erogare prestazioni a tutela della salute pubblica nei limiti, in termine di volumi e corrispettivi, che gli vengono imposti a livello regionale, indipendentemente dalle loro potenzialità.

Non sono mancati, del resto, meccanismi diretti a disincentivare l'erogazione di prestazioni da parte della componente di diritto privato del SSN oltre i volumi stabiliti a livello contrattuale (es. regressione tariffaria, mancato pagamento delle prestazioni), a dimostrazione della potenzialità inespressa delle strutture contrattualizzate.

Il **contesto di quasi mercato o di concorrenza imperfetta** nel quale operano le due componenti del SSN è evidente nel fatto che gli erogatori di diritto pubblico, invece, operano senza limiti di volumi di prestazioni e con un sistema di remunerazione, c.d. a pie' di lista, indipendentemente dalle prestazioni effettuate.

Tale sistema di quasi-mercato, aperto e concorrenziale, oltre a non essere mai stato compiutamente realizzato per le ragioni poc'anzi evidenziate, è stato poi abbandonato per effetto dell'entrata in vigore del Decreto Bindi (d.lgs. 229/1999) che, nel ricondurre l'intero sistema all'interno di valutazioni programmatiche e organizzative discrezionali delle amministrazioni coinvolte, ha fortemente ridimensionato l'ambito di esercizio della libera scelta dell'utente.

3. La segnalazione dell'AGCM

In questa sede è altresì opportuno registrare la posizione critica espressa in più occasioni dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e, successivamente, recepita nella segnalazione inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri il 23 marzo 2021 e avente ad oggetto *“proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021”*.

Come si legge nella suddetta segnalazione,

“per garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico, si ribadisce la necessità di un intervento che aumenti le condizioni di concorrenza nell'accesso delle strutture private all'erogazione delle prestazioni sanitarie. Nel settore sanitario, l'apertura alla concorrenza deve, infatti, essere perseguita come strumento che, incentivando la libera scelta dei medici, assistiti e terzo pagante, consente l'allocazione efficiente delle risorse, sia sotto il profilo dell'efficacia delle prestazioni sanitarie che sotto quello del rispetto del vincolo di spesa”.

Secondo l'AGCM l'apertura alla concorrenza *“in grado di aumentare l'offerta dei servizi sanitari e la loro efficienza”* dovrebbe realizzarsi:

- eliminando gli ostacoli che limitano l'accesso dei privati all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN (e dunque quello che è stato prima definito l'ambito di libero mercato);

- riformando il sistema di accreditamento, eliminando il regime dell'accREDITamento provvisorio;
- prevedendo selezioni periodiche regionali ed adeguatamente pubblicizzate ai fini della sottoscrizione degli accordi ex art. 8-quinquies del Decreto 502;
- garantendo un'informazione piena sulle *performance* delle strutture pubbliche e private.

Appare opportuno mettere in discussione la fondatezza dell'apodittica affermazione dell'AGCM secondo cui l'introduzione dei suddetti elementi di concorrenzialità nell'ambito del servizio sanitario varrebbe a garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico.

A tali risultati, semmai, sarebbe possibile pervenire instaurando un regime di reale concorrenza tra erogatori pubblici e privati, non certo introducendo elementi tali da accrescere la pressione competitiva nell'ambito dell'offerta privatistica di servizi sanitari.

Essa, al contrario, rischierebbe di dare luogo a dinamiche anticoncorrenziali tali da provocare una compressione dell'offerta privatistica di servizi sanitari a vantaggio degli operatori più grandi, in grado di fare economie di scala, nonché una potenziale riduzione della qualità dei servizi offerti a diretto vantaggio degli erogatori pubblici che potrebbero così consolidare la propria posizione privilegiata di erogatore nell'ambito del servizio pubblico.

Le attuali limitazioni alla libertà di scelta dell'erogatore sono giustificate dall'esigenza di programmazione su cui si regge l'intero sistema, con la conseguenza che **è solo per effetto di un eventuale allentamento dei vincoli finanziari che potrebbe derivare un incremento dell'offerta concorrenziale dei servizi e, dunque, indirettamente una maggiore libertà di scelta da parte dell'utente.**

4. Superare la logica dei tetti di spesa. Il vincolo sine die

L'assetto fin qui descritto è ulteriormente irrigidito dall'art. 15, comma 14, primo periodo, del DL 95/2012 (cd. Spending Review) che prevede un **limite massimo all'acquisto di prestazioni sanitarie di assistenza ambulatoriale ed ospedaliera da soggetti privati accreditati**, limite che attualmente – per effetto della rideterminazione operata dall'articolo 45 comma 1-ter, del decreto-legge 124/2019 – è pari al valore della spesa consuntivata nell'anno 2011.

Per effetto di questa disposizione normativa, le Regioni si sono viste limitare il potere di programmazione dell'acquisto di prestazioni dalle strutture private; queste ultime, a loro volta, hanno dovuto subire un limite alla loro possibilità di erogare prestazioni, indipendentemente dal fabbisogno regionale.

Peraltro, che si tratti di una **norma emergenziale** meritevole di un superamento è un'**esigenza già nota al Legislatore.**

La Legge di Bilancio per l'anno 2019 (articolo 1, commi 514-516, Legge 30 dicembre 2018, n. 145) ha previsto che l'accesso delle Regioni ai maggiori incrementi del FSN per gli anni 2020 e 2021 fosse subordinato ad un accordo Stato-Regioni in cui prevedere, tra l'altro, anche un aggiornamento del limite di spesa previsto per l'acquisto di prestazioni sanitarie dal privato

accreditato (comma 516, lett. f). Questa disposizione è rimasta inattuata, verosimilmente a causa dell'emergenza da Covid-19 iniziata a marzo 2020.

Inoltre, proprio **durante la pandemia** il Legislatore ha avvertito la necessità di apportare una **deroga espressa al suddetto limite di spesa**, a dimostrazione che questo meccanismo provoca un blocco di prestazioni a discapito della salute dei cittadini.

In tal senso, il DL n. 18/2020 (**c.d. DL Cura Italia**) e il DL n. 73/2021 (**c.d. DL Sostegni-bis**) hanno introdotto una deroga espressa al limite di spesa di cui all'articolo 15, comma 14 del DL 95/2012.

Grazie a queste deroghe le Regioni e le Province Autonome hanno potuto dapprima contrattualizzare con le strutture sanitarie private accreditate l'erogazione di ulteriori prestazioni sanitarie – oltre il budget prefissato - destinate, nell'immediato, ad affrontare l'emergenza sanitaria, potenziando l'assistenza territoriale (art. 3, DL. n. 18/2020) e, successivamente, hanno potuto recuperare le prestazioni di ricovero ospedaliero per acuti in regime di elezione e delle prestazioni di specialistica ambulatoriali non erogate nel 2020 (art. 26, comma 2, DL n. 73/2021).

Da ultimo, l'articolo 1, co. 277 della **Legge di bilancio 2022-2024**, ha prorogato al 31 dicembre 2022 le misure straordinarie già introdotte dall'art. 29 del D.L. n. 104 del 2020 in materia di abbattimento delle liste di attesa, prevedendo che per il raggiungimento delle finalità di cui al comma 276, le regioni e le province autonome possono coinvolgere anche le strutture private accreditate, in deroga all'articolo 15, comma 14, primo periodo, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95.

Le misure di cui sopra, quindi, muovono dalla impossibilità delle strutture sanitarie pubbliche di garantire, nonostante le misure emergenziali ad esse dedicate, l'erogazione delle prestazioni necessarie a garantire i livelli essenziali di assistenza e dimostrano quanto sia importante la componente di diritto privato per sopperire a questa impossibilità.

Occorre svolgere altre due considerazioni:

- 1) il **superamento del limite di spese non comporterebbe una deregolamentazione tout court della materia o una esplosione della spesa pubblica**: la conseguenza, sul piano normativo, sarebbe il ritorno alle previsioni del D. Lgs. N. 502/1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della Legge 23 ottobre 1992, n. 421) e si darebbe nuovamente alle Regioni la possibilità di determinare, a seconda delle proprie e reali esigenze, i limiti di spesa per l'acquisto di prestazioni sanitarie da soggetti privati accreditati.
- 2) Il limite di spesa all'acquisto di prestazioni dal privato accreditato è stato introdotto dal Governo Monti al fine di fronteggiare la grave crisi economica di quel momento storico ed ha assunto un carattere "*sine die*". A tal riguardo, si ricorda che la **Corte costituzionale** (pronuncia n. 43 del 3 marzo 2016) ha precisato che "**gli interventi statali sull'autonomia di spesa delle Regioni sono consentiti purché transitori. In caso contrario (...) trasmoderebbero in direttive strutturali sull'allocazione delle risorse finanziarie di cui la regione è titolare**".

5. È possibile migliorare tramite la competizione tra gli erogatori?

In questo contesto di “non mercato”, fortemente amministrato e soggetto, da molti anni, a progressiva riduzione delle risorse assegnate, con blocco delle tariffe e con l’attività della componente privata ferma ai valori del 2011 (o, addirittura, al 2006 per le regioni in piano di rientro, collocate prevalentemente al Sud), l’individuazione di fattori di competizione concretamente applicabili, senza disestare ulteriormente il precario livello complessivo di erogazione, risulta oggettivamente complesso.

Qualunque opzione, infatti, richiede alcune premesse di modifica e intervento sulle regole generali di sistema, rappresentate almeno da:

A) abrogazione del vincolo posto dal DL 95/2012, consentendo così alle Regioni di assegnare eventuali budget aggiuntivi alla componente di diritto privato, laddove il fabbisogno di offerta sanitaria lo richiedesse;

B) riprendere il percorso di aziendalizzazione della componente di diritto pubblico, rendendo disponibili quote di attività oggi prodotte ed erogate con elevati livelli di inefficienza (in concreto laddove non si riesce a raggiungere un ragionevole equilibrio costi/ricavi);

C) individuare strumenti adeguati per riconoscere il valore competitivo di un erogatore rispetto a un altro che, sostanzialmente, possono essere ricondotti a due:

1) la valutazione della qualità delle prestazioni erogate utilizzando i dati del PNE-Programma Nazionale Esiti, gestito da Agenas;

2) valorizzando la libera scelta del luogo di cura da parte del cittadino, che determina flussi interni al sistema di riconoscimento della qualità delle prestazioni, oggi bloccati dai vincoli normativi.

6. Conclusioni e proposte

Il DdL Concorrenza pone delle criticità sul piano dell’equilibrio tra diritto alla salute, diritto di libera scelta, libertà di iniziativa economica e sostenibilità finanziaria.

La concorrenza non è tutelabile in via assoluta e diretta nell’ambito del SSN, ma solo in via indiretta in quanto funzionale alla tutela del diritto alla salute, all’esercizio del diritto di libera scelta da parte del paziente e alla preservazione e sostenibilità nel tempo del servizio pubblico.

Criticità, quindi, emergono sul piano della compatibilità del nuovo comma 1-bis dell’art. 8 quinquies con le norme in materia di accreditamento e convenzionamento: in particolare, impossibilità sul piano normativo di delineare un mercato degli accreditati per l’aggiudicazione dei budget.

La mancata stipula degli accordi, infatti, come evidenziato e approfondito nel **parere dello Studio Legale Lipani Catricalà&Partners che si allega**, da un lato è stata ritenuta illegittima dal giudice amministrativo, dall’altro comporta la sospensione dell’accreditamento e, in caso di offerta accreditata maggiore rispetto a programmazione, la revoca dell’accreditamento.

La previsione di procedure competitive per l’assegnazione dei budget non è in grado di generare efficienza della spesa, in quanto la remunerazione sulla base di tariffe definite a livello regionale impedisce la possibilità di improntare le selezioni sugli oneri delle prestazioni a carico del SSN e, per questa ragione, si propone di **armonizzare il comma 1-bis dell’art. 8-quinquies attualmente in discussione al quadro**

normativo vigente, rendendolo più coerente con un bilanciamento costituzionalmente orientato tra i diversi interessi in gioco.

Si comprende, in via puramente teorica, l'esigenza di allargare la platea dei potenziali erogatori e di definire, a tal fine, nuovi criteri di accreditamento che ne certifichino la qualità, per erogare un maggiore numero ed una diversa tipologia di prestazioni sanitarie per conto del SSN, consentendo di valorizzare efficienza e qualità delle prestazioni in uno scenario concorrenziale, aprendo spazi di competitività comuni alla totalità delle aziende di diritto pubblico e di diritto privato e, soprattutto, tenendo presente che **l'abrogazione del vincolo posto dal DL 95/2012**, per la componente di diritto privato, in un mercato che potremmo definire "bloccato" dal punto di vista economico-finanziario, da tanti anni, costituisce un passaggio obbligato per poter assumere determinazioni corrette, in base a dinamiche virtuose sia dal punto di vista sanitario che da quello della razionalità economica, che non arrechino danni ad aziende.

Queste, in virtù di budget e tariffe datate, hanno equilibri finanziari sempre più difficili ma, nonostante ciò, continuano a svolgere una funzione determinante per il SSN e hanno un potenziale inespresso che risolverebbe problemi come le liste d'attesa, la mobilità sanitaria (sovente di natura quantitativa e di bassa qualità, perché proveniente dalle regioni in piano di rientro dove l'offerta è insufficiente perché i finanziamenti sono tali) e la rinuncia alle cure.

Le proposte emendative:

MODIFICA ART. 13

AS. 2469
Articolo 13
Emendamento

All'art. 13, co. 1, lett. b), il n. 1) è sostituito dal seguente:

“1) dopo il comma 1, è inserito il seguente:

“1-bis. I soggetti privati di cui al comma 1 sono individuati, ai fini della stipula degli accordi contrattuali, nel rispetto dei principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza di cui all'art. 1, comma 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, valorizzando prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare, tra quelli in possesso dell'accreditamento di cui all'art. 8 quater all'esito di periodiche valutazioni dell'ulteriore fabbisogno tenuto conto della programmazione sanitaria regionale e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta.”

MOTIVAZIONE

La soluzione prospettata dall'AGCM e recepita nel DDL Concorrenza, laddove prevede delle procedure competitive ai fini del convenzionamento, non pare in linea né con i cardini dell'impianto normativo vigente, né con la giurisprudenza amministrativa che dice chiaramente che chi è accreditato non può non ottenere l'accordo (vantando una aspettativa giuridicamente tutelata in tal senso, fatta salva l'eventuale revoca dell'accreditamento).

Essa si fonda su una erronea equiparazione del modulo organizzativo che vede la partecipazione dei privati all'erogazione dei servizi nell'ambito del SSN al sistema degli appalti/concessioni, laddove invece la giurisprudenza ha da tempo chiarito che la vicenda concessoria disciplinata dal Decreto 502 configura una fattispecie peculiare che resta impermeabile, nei limiti di quanto evidenziato nel presente parere, rispetto i principi e alle regole europee poste a tutela della concorrenza.

L'esigenza di promuovere la concorrenza nel settore sanitario evitando la chiusura anticoncorrenziale del sistema, si riduce piuttosto all'esigenza di ribadire l'obbligo per le amministrazioni regionali di rivalutare periodicamente il proprio fabbisogno e, pertanto, di concedere nel rispetto di principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza di cui alla l. 241/1990, nuovi accreditamenti alla luce di eventuali maggiori esigenze non coperte dall'attuale offerta pubblico-privata e nei limiti delle risorse disponibili, evitando in tal modo situazioni di eventuale saturazione della maggiore domanda sanitaria ad opera dei soli operatori già accreditati.

Al fine di tradurre gli spunti che emergono dalla presente analisi in un possibile emendamento al DdL Concorrenza, si suggerisce pertanto di modificare il comma 1-bis dell'art. 8-quinquies attualmente in discussione, allo scopo di renderlo più rispondente al quadro normativo vigente e più coerente con un bilanciamento costituzionalmente orientato tra i diversi interessi in gioco.

ABROGAZIONE LIMITE DI SPESA EX ART. 15, co. 14, DL N. 95/2012

AS. 2469
Articolo 13
Emendamento

Dopo l'articolo 13 inserire il seguente articolo:

Articolo 13-bis
(Disposizioni in materia di tetti di spesa per l'acquisito di prestazioni da privato accreditato)

A decorrere dall'anno 2022, il comma 14 dell'articolo 15 del decreto-legge 6 luglio 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, è abrogato.

MOTIVAZIONE

L'abrogazione proposta mira a cancellare dall'ordinamento una disposizione che crea un vincolo alle Regioni e alle Province autonome non conforme ai dettami della Corte costituzionale.

L'abrogazione, soprattutto, è conforme alla *ratio* che sottende tutta la legislazione sanitaria adottata per fronteggiare l'epidemia da Covid-19. In questa direzione, gli incrementi del Fondo Sanitario Nazionale introdotti dalla normativa più recente e da ultimo dalla Legge di Bilancio 2022-2024 rischiano di non essere realmente soddisfattivi se restano bloccate immotivatamente alcune voci di costo sulla base di vincoli legislativi introdotti durante una fase di grave crisi economica oramai distante nel tempo.

Senza considerare che durante la pandemia sono emerse tutte le criticità del SSN legate alla precedente stagione di tagli alla Sanità (di cui il DL 95/2012 è esempio paradigmatico), ulteriore dimostrazione che queste norme vanno rimosse per abbracciare una nuova vision del sistema all'insegna degli investimenti in sanità a beneficio dei cittadini.

Se ci deve essere concorrenza, che questa sia vera e non limitata da tetti di spesa.

AVV. PROF. FABIO G. ANGELINI

*Straordinario di Diritto Amministrativo
nell'Università Uninettuno di Roma*

RISERVATO E CONFIDENZIALE

Spett.le

ASSOCIAZIONE ITALIANA OSPEDALITÀ PRIVATA - AIOP

Via Lucrezio Caro, 67

00193 ROMA

Alla c.a. Presidente Dott.ssa Barbara Cittadini

Milano, 16 febbraio 2022

Oggetto: DDL Concorrenza – Sezione V “Concorrenza e tutela della salute” (Art. 13). Disposizioni in materia di accreditamento e convenzionamento degli erogatori privati.

Parere *pro veritate*

Egregi Signori,

in vista dell'imminente audizione dell'Associazione Italiana Ospedalità Privata (“**AIOP**”) innanzi alla 10^a Commissione “Industria, Commercio, Turismo” del Senato della Repubblica, ci è stato chiesto di esprimere un parere *pro veritate* in ordine alla compatibilità sul piano costituzionale e con le norme in materia di programmazione, organizzazione e finanziamento delle prestazioni sanitarie a carico del servizio sanitario nazionale (“**SSN**”), delle previsioni dell'art. 13 del Disegno di legge “Legge attuale per il mercato e la concorrenza

2021” (A.S. 2469) (“**DDL Concorrenza**”) che recano modifiche all’art. 8-
quater, comma 7 del d.lgs. 502/1992 (il “**Decreto 502**”), introducono il comma
1-bis all’art. 8-quinques del Decreto 502 e modificano il comma 2 del medesimo
articolo.

Le richiamate disposizioni del DDL Concorrenza intervengono, per
quanto di interesse in questa sede, sull’attuale disciplina dell’accreditamento e del
convenzionamento delle strutture private con l’obiettivo di promuovere la
concorrenza tra i soli erogatori privati, prevedendo che l’individuazione di questi
ultimi ai fini della stipula degli accordi contrattuali di cui all’art. 8-quinques
avvenga “*mediante procedure trasparenti, eque e non discriminatorie, previa pubblicazione
da parte delle regioni di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione, che valorizzino
prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare*” e che “*la selezione
di tali soggetti deve essere effettuata periodicamente tenuto conto della programmazione sanitaria
regionale e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in
convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell’attività svolta*”,
introducendo in tal modo elementi di potenziale forte discontinuità rispetto alle
attuali modalità di partecipazione della componente privatistica del SSN al
raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico sottesi al servizio in
questione.

La suddetta previsione, si legge nella relazione tecnica al DDL
Concorrenza, è tesa a “*consentire ipoteticamente un accesso equo e non discriminatorio degli
operatori privati nel circuito del SSN*” mediante “*selezioni periodiche regionali tramite
procedure trasparenti adeguatamente pubblicizzate, che facciano seguito a verifiche sistematiche
degli operatori già convenzionati ed alla conseguente razionalizzazione della rete in
convenzionamento*”. Come evidenziato dall’Autorità Garante della Concorrenza e
del Mercato nella segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. 287/1990 in
merito a “*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la
Concorrenza anno 2021*”, la previsione di tali modalità concorrenziali di accesso
delle strutture private accreditate all’erogazione delle prestazioni sanitarie a

carico del SSN dovrebbe così “*garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e riconoscere una maggiore tutela alla libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico*”.

Come evidenziato da AIOP, tuttavia, tali elementi di potenziale discontinuità rispetto all’attuale quadro normativo, specie alla luce della persistenza dei vincoli stringenti posti dal d.l. 6 luglio 2012, n. 95, art. 15 (“**DL 95**”), destano preoccupazione in relazione all’impatto sulla componente privatistica del SSN dell’introduzione, quale conseguenza dell’obbligo introdotto dal DDL Concorrenza di subordinare la sottoscrizione degli accordi ex art. 8-quinquies al previo esperimento di periodiche procedure di selezione, di nuovi ed ulteriori elementi di instabilità nei rapporti concessori in essere, con evidenti conseguenze anche in relazione all’ulteriore incremento del *vulnus* concorrenziale già oggi esistente tra erogatori pubblici ed erogatori privati.

Ci è stato dunque chiesto di valutare, alla luce delle caratteristiche organizzative e finanziarie del servizio sanitario e dei vincoli esistenti sul piano dell’erogazione dei livelli essenziali di assistenza, del rispetto del principio della libera scelta degli utenti e delle esigenze di stabilità finanziaria, la compatibilità in astratto di tali previsioni – asseritamente *pro* concorrenziali – con l’assetto normativo vigente, nonché i possibili rimedi che potrebbero essere adottati per giungere ad un più corretto bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti su cui il DDL Concorrenza incide.

1. Gli spazi dell’iniziativa economica privata nell’erogazione dei servizi sanitari tra libero mercato e servizio pubblico.

La presenza dei privati nell'erogazione dei servizi sanitari rileva sul piano costituzionale alla luce di plurimi profili che vanno dalla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. fino al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., passando per il principio di libera scelta da parte dell'utente e per le imperanti esigenze di stabilità finanziaria che impongono ai pubblici poteri di assicurare la compatibilità del servizio pubblico con il principio di equilibrio dei bilanci e di sostenibilità del debito pubblico (artt. 81 e 97 Cost.).

Come è stato ampiamente evidenziato dalla dottrina¹, sebbene il diritto alla salute, quale diritto fondamentale della persona, presenti un collegamento strutturale con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, assegnando alla Repubblica significativi compiti nel settore della salute in adempimento dei propri doveri inderogabili di solidarietà sociale, esso non implica una riserva dell'erogazione dei servizi sanitari in capo alla pubblica amministrazione. Al contrario, proprio l'art. 41 della Costituzione e gli artt. 101 ss. del TFUE², in combinato disposto con i principi di adeguatezza, sussidiarietà e differenziazione di cui all'art. 118 della Costituzione, spingono per una visione dinamica che vede pubblico e privato, servizio pubblico e mercato, in rapporto di reciproca interazione³ e costante mutamento in funzione dell'evolversi dei fabbisogni di salute, dei vincoli di natura finanziaria⁴ e della costante revisione degli assetti organizzativi

¹ R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2020, p. 196; N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, I*, Milano, 2003, p. 625 ss.; C. Corbetta, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Rimini, 2005; F. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità*, Milano, 1990; C.E. Gallo, *Pubblico e privato nel servizio sanitario nazionale: i presidi sanitari privati*, in *Sanità pubblica*, n. /1997, p. 383 ss.

² E. Jorio, *La salute e la Costituzione europea*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 4/2006, p. 5 ss; C.E. Gallo, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 3/2003, p. 255 ss.; E. Sticchi Damiani, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi e le posizioni delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 3/2003, p. 929 ss.

³ Nel senso di ritenere l'esistenza di un vero e proprio diritto all'accreditamento in capo agli erogatori privati v. Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416.

⁴ 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*, in *Foro amm. – TAR*, 2004, p. 1271 ss.

in funzione del massimo godimento possibile di un diritto fondamentale della persona quale è il diritto alla salute⁵.

Una volta chiarita in via preliminare l'inesistenza di una riserva costituzionale in capo ai pubblici poteri nell'erogazione dei servizi sanitari e rilevata, al contrario, la natura necessariamente dinamica⁶ del rapporto tra pubblico e privato nel settore in questione, occorre ulteriormente sottolineare come gli spazi dell'iniziativa economica privata nell'erogazione dei servizi sanitari si sviluppino in due ambiti che presentano, sia sul piano strutturale e competitivo che su quello del regime giuridico applicabile, notevoli differenze.

Il primo, che interessa i privati non convenzionati con il SSN, è quello propriamente di libero mercato, nell'ambito del quale le strutture private esercitano liberamente – pur in presenza di una specifica regolamentazione pubblicistica e di un'attività di carattere conformativo posta in essere dai pubblici poteri a tutela degli interessi pubblici sottesi all'esercizio di tali servizi⁷ – le attività sanitarie al di fuori di qualsivoglia legame con il servizio pubblico, in virtù di un titolo autorizzatorio rilasciato dall'ente competente ai sensi dell'art. 8-ter del Decreto 502.

Il secondo, che interessa i privati convenzionati (o la quota parte di attività convenzionata) con il SSN, è invece quello in virtù del quale gli operatori

⁵ F.G. Angelini, *Amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, P.A. Persona e Amministrazione, n. 1/2021.

⁶ R. Ferrara, *cit.*, p. 199 il quale sottolinea come “*le procedure di selezione e di coinvolgimento degli operatori privati accreditati – e conseguentemente, la loro presenza, più o meno massiccia e qualificata, per quantità e qualità, nei modelli regionali – giocano un ruolo assolutamente generale e sistemico al punto da orientare e fortemente plasmare l'intero modello, in tutti i suoi gangli vitali e persino nei segmenti e negli angoli più riposti e periferici. E non solo sul versante della spesa sanitaria [...] ma anche per la straordinaria – e forse persino inattesa – capacità di rimodulare sul piano funzionale la presenza sul territorio delle principali strutture istituzionali del servizio pubblico (unità sanitarie locali e aziende ospedaliere) il cui ruolo, nel concreto al di là delle formule legislative, spesso enfatiche e suggestive, non potrà non risultare condizionato dal dispiegamento, nello stesso bacino di utenza, di una rete più o meno massiccia e attiva di operatori privati accreditati?*”.

⁷ Dello stesso avviso, R. Ferrara, *cit.*, p. 205, il quale evidenzia come l'autorizzazione ex art. 8-ter del Decreto 502 rappresenti un “*provvedimento conformativo del diritto d'impresa, nel solco dell'art. 41, ultimo comma, Cost., non dissimile da tanti altri seppure qualificato dalla specialità e dalla natura sensibile degli interessi di vita coinvolti?*”.

privati erogano le prestazioni sanitarie non in regime di libero mercato bensì all'interno del perimetro del servizio pubblico (operando “*per conto*” e “*a carico del Servizio sanitario nazionale*”⁸), risultando tali soggetti legati da un nesso di collegamento funzionale ai pubblici poteri in forza del regime di accreditamento/accordo disciplinato dagli artt. 8-quater e 8-quinquies del Decreto 502.

2. La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie tra libera concorrenza ed esigenze di programmazione.

Venendo alle complesse questioni oggetto del presente parere, occorre preliminarmente chiarire in quali termini e a che condizioni sia possibile, nel nostro ordinamento, parlare di concorrenza nell'ambito dell'erogazione dei servizi sanitari, tanto nell'ambito degli spazi di libero mercato quanto del servizio pubblico. Il tema, come è stato già sottolineato da alcuni autori⁹, non è di facile soluzione posto che l'evoluzione del sistema legislativo che interessa la materia sanitaria evidenzia un rapporto variabile e non privo di conflittualità tra i diversi interessi in gioco, tra i quali il diritto alla salute, la libertà di scelta del singolo utente, la libertà di iniziativa economica, il rispetto del livello delle prestazioni e la compatibilità finanziaria delle stesse.

Alla luce dell'assenza di qualsivoglia esplicito richiamo alla concorrenza nell'ambito della disciplina positiva, a fronte invece dell'affermazione, nelle fonti

⁸ v. Cons. Stato, 10 febbraio 2021, n. 1252 “*deve rilevarsi che l'attività sanitaria “per conto”, in particolare, presuppone che la struttura privata, ai fini della realizzazione dei livelli di assistenza che fanno carico al SSN, instauri la relazione diagnostica o curativa direttamente con l'utente che la elegge, nell'esercizio di una sua libera facoltà di scelta, quale fornitrice della prestazione medica di cui abbisogna e che ha titolo all'ottenimento della stessa, ponendone il costo a carico del SSN: l'accreditamento, da questo punto di vista, legittima la struttura privata a “proporsi” quale esecutrice della prestazione medica e garante della sua diretta esecuzione, con il trasferimento degli oneri alla sfera pubblica*”.

⁹ C.E. Gallo, cit., p. 253.

di rango primario, del principio della libera scelta del soggetto erogatore¹⁰, quale diretta emanazione dell'art. 32 Cost., sembrerebbe lecito ritenere che nel settore dei servizi sanitari – coerentemente con le tesi che ricostruiscono la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. non quale diritto assoluto bensì in funzione e nei limiti del perseguimento dell'utilità sociale¹¹ – la concorrenza venga promossa e tutelata non in quanto valore assoluto meritevole di tutela in quanto tale, bensì solo in quanto strumentale all'esercizio della libera scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie da parte del consumatore (nel caso di prestazioni non erogate dal SSN) e/o dell'utente (nel caso di prestazioni a carico del SSN) e pur sempre nel rispetto della programmazione e dei vincoli di finanza pubblica¹².

Intesa in termini di strumentalità rispetto all'esercizio del principio di libera scelta dell'erogatore, dovendosi altresì escludere qualsivoglia rilevanza sul piano dell'efficienza della spesa¹³ alla luce dello specifico regime che disciplina la remunerazione delle prestazioni sanitarie sulla base di tariffe predefinite in via amministrativa, la tutela della concorrenza nel settore dei servizi sanitari non presenta dunque carattere assoluto¹⁴, dovendo essere temperata con altri

¹⁰ Per una ricostruzione si rinvia a P. Masala, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti. Una ricostruzione critica a partire dalla giurisprudenza europea in materia di "libera circolazione dei pazienti"*, in *Federalismi.it*, 26 novembre 2014.

¹¹ M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, p. 45 ss.

¹² Cfr. Corte Cost., 26 ottobre 2012, n. 236 secondo cui “il diritto alla libertà di scelta del luogo della cura in tutto il territorio nazionale non ha carattere assoluto, dovendo essere temperato con altri interessi costituzionalmente protetti, anche in considerazione dei limiti oggettivi derivanti dalle risorse finanziarie disponibili (*ex multis*, sentenze n. 248 del 2011, n. 94 del 2009, n. 200 del 2005). Dunque, non è vietato al legislatore sacrificare la libertà di scelta del paziente, a condizione che il sacrificio risulti necessitato dall'esigenza di preservare altri beni di rango costituzionale, quale ad esempio un'efficiente ed efficace organizzazione del sistema sanitario”.

¹³ Con riferimento a tale accezione della tutela della concorrenza quale strumento del benessere collettivo nell'ottica dell'efficienza economica si v. in senso critico M. Manetti, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, p. 326.

¹⁴ In questo senso Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416 secondo cui la libertà di scelta “pur rafforzata per accentuare il regime di competizione cui devono essere sottoposte anche le strutture pubbliche, in una logica applicazione della qualificazione aziendale già attribuita” non è affatto illimitata perché la “libertà di scegliere da parte dell'assistito chi chiamare a fornire le prestazioni non comporta affatto una libertà sull'an e sull'esigenza delle prestazioni, restando confermato il principio fondamentale secondo cui l'erogazione delle

interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse finanziarie disponibili.

Se con riferimento all'area del libero mercato – ferme restando le esigenze di pianificazione che anche in tale ambito rilevano a tutela del diritto alla salute e della stessa tutela della concorrenza¹⁵ – sembrerebbe pur astrattamente possibile parlare di concorrenza tra gli operatori privati nell'erogazione dei servizi sanitari al di fuori del SSN, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, sarebbe invece improprio parlare di concorrenza nell'ambito della partecipazione dei privati all'erogazione del servizio pubblico. Ciò in quanto *“il rapporto di accreditamento, a metà strada tra concessione di servizi pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, non è strutturato in base a criteri di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni sanitarie a carico dell'erario pubblico”*¹⁶ con la conseguenza che *“nel complesso sistema pubblico-privato, gli operatori privati accreditati sono soggetti accomunati dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale, qual è il diritto alla salute, e non*

prestazioni soggette a scelte dell'assistito è subordinata a formale prescrizione a cura del servizio sanitario nazionale”.

¹⁵ Come recentemente evidenziato dal Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589 *“lo strumento di pianificazione, previsto dall'art. 8-ter, comma 3, d.lgs. 502 del 1992, assolve alla funzione di garantire la corretta distribuzione, sul territorio, delle apparecchiature in modo che siano adeguatamente servite tutte le zone, anche quelle a bassa redditività, che in mancanza di tale strumento non sarebbero coperte. Come la costante giurisprudenza di questo Consiglio non smette di ripetere, infatti «il sistema, per essere in equilibrio, presuppone la garanzia di una certa redditività che discende dal contingentamento delle apparecchiature: ove vi fosse la liberalizzazione vi sarebbe una distorsione del mercato in quanto gli operatori economici che operano privatamente sarebbero indotti a moltiplicare gli impianti nelle zone a maggiore redditività, lasciando di conseguenza scoperte le zone meno remunerative, con pregiudizio per la popolazione ivi residente» (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 21 febbraio 2017, n. 792). Proprio per queste essenziali ragioni, che attengono non solo alla tutela della salute, quale irrinunciabile interesse della collettività (art. 32 Cost.), ma anche alla tutela della concorrenza, questa Sezione non può che ribadire come l'autorizzazione per la realizzazione delle strutture sanitarie e socio-sanitarie, ai sensi dell'art. 8-ter, comma 3, del d. lgs. n. 502 del 1992, debba necessariamente – e si rimarca necessariamente – restare inserita nell'ambito della programmazione regionale, in quanto la verifica di compatibilità, effettuata dalla Regione, ha proprio il fine di accertare l'armonico inserimento della struttura in un contesto di offerta sanitaria rispondente al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di garantire meglio l'accessibilità ai servizi e di valorizzare le aree di insediamento prioritario delle nuove strutture (Cons. St., sez. III, 4 settembre 2017, n. 4187; Cons. St., sez. III, 11 ottobre 2016, n. 4190)”*.

¹⁶ Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2016 n. 2017, recentemente ripresa da Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824.

semplici fornitori di servizi sanitari operanti in un ambito puramente contrattuale, come tale sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore”¹⁷.

Se di concorrenza si deve parlare in tale ambito occorre, infatti, piuttosto fare riferimento ad un concetto di “concorrenza amministrata” tra erogatori pubblici e privati funzionale all’esercizio da parte dell’utente del diritto di libera scelta¹⁸, inizialmente introdotto dal Decreto 502 e nel tempo fortemente ridimensionato per effetto – in particolare ad opera del d.lgs. 229/1999 (“**Decreto Bindi**”) – della riconduzione di tale sistema nell’ambito della programmazione sanitaria¹⁹.

Se il Decreto 502, così come modificato dal d.lgs. 517/1993 e dalla l. 724/1994, aveva infatti inizialmente delineato un sistema potenzialmente aperto (non a caso detto di “quasi-mercato”), improntato sul diritto dell’assistito alla libera scelta dell’erogatore e sulla tendenziale equiordinazione degli erogatori

¹⁷ Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824; in senso conforme Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529; 14 giugno 2011, n. 3611; 13 aprile 2011, n. 2290. Cfr. anche Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416.

¹⁸ In questo senso, sottolineando la profonda differenza tra il sistema delle tre “A” di cui al Decreto 502 e l’affidamento in “service” dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica, si v. Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 1252, che rileva come “l’accreditamento – con le stringenti verifiche circa il possesso dei necessari requisiti organizzativi, tecnologici e qualitativi che il suo rilascio presuppone – è appunto funzionale a garantire che la scelta dell’esecutore della prestazione sanitaria da parte dell’utente finale avvenga a favore di soggetti preventivamente selezionati al fine di offrire le più ampie garanzie di idoneità, sicurezza e appropriatezza, tenuto conto del coinvolgimento nell’attività di un bene fondamentale quale la salute dei cittadini: tale verifica di idoneità, non potendo essere compiuta in maniera episodica dall’utente, viene infatti operata “a monte” e da parte dell’Amministrazione concedente, trovando espressione, appunto, nell’accreditamento della struttura sanitaria privata interessata ad agire nell’ambito del SSN ed ai fini del perseguimento dei suoi obiettivi”.

¹⁹ Rileva in proposito C.E. Gallo, *La concorrenza nell’erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, cit., p. 253, “la prevalenza del settore pubblico, poi, è ancor più evidente nella disciplina successiva, allorché il meccanismo dell’accreditamento viene perfezionato, con l’introduzione di tre livelli: un primo livello, che è quello dell’autorizzazione sanitaria, indispensabili per qualsivoglia attività; un secondo livello che è quello dell’accreditamento, che significa riconoscimento della idoneità della struttura a poter operare a vantaggio del servizio sanitario nazionale, un terzo livello che è quello dell’accordo, e cioè dell’assegnazione a ciascuna struttura di un volume di affari effettuabile nei confronti del servizio nazionale. Con questo meccanismo viene in realtà introdotta e fatta prevalere l’esigenza di programmazione, e cioè l’esigenza che l’attività della struttura privata venga inserita nelle scelte di carattere programmatico compiute dall’amministrazione pubblica”. Nel senso di ritenere ormai le prestazioni erogate in regime di accreditamento, sottoposte a programmazione e tetti di spesa, un sistema chiuso v. Cons. Stato, 30 agosto 2021, n. 6066.

pubblici e privati operanti nel perimetro del servizio pubblico, fondata sulla separazione tra i soggetti che governano e finanziano il servizio e quelli che erogano le prestazioni²⁰, come puntualmente evidenziato dalla dottrina, a tale risultato non si è mai potuti giungere pienamente alla luce della *“commistione, in seno alle unità sanitarie locali, fra compiti e funzioni di programmazione, di governo, di finanziamento e di indirizzo-controllo e compiti di gestione concreta, ossia di erogazione di prestazioni sul territorio”*²¹.

Il sistema inizialmente delineato dal Decreto 502, fortemente incentrato sul riconoscimento del diritto di libera scelta da parte dell'utente²² e sul rilascio dell'accreditamento agli operatori economici privati previo accertamento del mero possesso dei requisiti minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie e l'accettazione del sistema della remunerazione a prestazione secondo le tariffe predeterminate da ciascuna Regione, si presentava certamente come aperto e concorrenziale, ponendo tuttavia alcuni seri problemi di sostenibilità finanziaria in ragione del fatto che *“un numero di operatori non programmabile dal soggetto titolare del servizio (i presidi delle USL e tutti i soggetti esterni che avessero richiesto l'accreditamento) sarebbe stato abilitato ad erogare prestazioni automaticamente a carico del SSN e ciascuno di essi sarebbe stato indotto a fornire prestazioni di qualità elevata per attirare gli utenti e così accrescere la quota di risorse corrisposta dallo stesso titolare, commisurata alla quantità di prestazioni erogate”*²³.

Tale sistema di quasi-mercato, aperto e concorrenziale, oltre a non essere mai stato compiutamente realizzato per le ragioni poc'anzi evidenziate, è stato poi definitivamente abbandonato – con l'avallo della giurisprudenza

²⁰ Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2003, n. 499 e, più di recente, Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589.

²¹ R. Ferrara, cit., p. 203; in senso conforme V. Molaschi, cit. e E. Sticchi Damiani, cit.

²² L'art. 6, comma 6, l. 724/1994 prevedeva infatti che *“la libera scelta da parte dell'assistito si esercita nei confronti di tutte le strutture e dei professionisti accreditati dal Servizio sanitario nazionale in quanto risultino effettivamente in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente e accettino il sistema della remunerazione a prestazione”*.

²³ P. Masala, cit., p. 9-10; cfr. N. Aicardi, cit., p. 670.

costituzionale²⁴ – per effetto dell’entrata in vigore del Decreto Bindi che, nel ricondurre l’intero sistema all’interno di valutazioni programmatiche ed organizzative discrezionali delle amministrazioni coinvolte, ha fortemente ridimensionato l’ambito di esercizio della libera scelta dell’utente (e, insieme ad essa, alla luce del noto principio secondo cui un eccesso di offerta genera un eccesso di domanda, i confliggenti profili di concorrenzialità del sistema) riservandone una tutela esclusivamente nei limiti della programmazione sanitaria e, dunque, di valutazioni discrezionali connesse all’analisi del fabbisogno e delle risorse disponibili cui è, non a caso, subordinato il rilascio dell’accreditamento e la sottoscrizione degli accordi ex art. 8-quinquies del Decreto 502.

Dall’analisi della giurisprudenza costituzionale²⁵ si rileva, altresì, come le limitazioni della libertà di scelta dell’erogatore e della corrispondente limitazione della libertà di iniziativa economica da parte degli operatori privati risultano giustificabili nella misura in cui esse siano funzionali ad assicurare la continuità del soddisfacimento del diritto alla salute mediante il mantenimento di un servizio pubblico nell’interesse dell’individuo e della collettività e nell’adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà²⁶. Ne consegue, pertanto, che al pari del principio di libera scelta, anche la promozione della concorrenza all’interno del servizio pubblico, la quale a sua volta, risulta strumentale tanto all’esercizio di tale libertà degli utenti quanto della libertà di iniziativa economica, deve ritenersi da un lato un interesse estraneo al contenuto essenziale del diritto alla salute e, dall’altro, sacrificabile in presenza di interessi antagonisti concernenti la preservazione e la sostenibilità nel tempo del servizio pubblico.

²⁴ Cfr. Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 200; 2 aprile 2009, n. 94; 27 luglio 2011, n. 248.

²⁵ Cfr. Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 200; 2 aprile 2009, n. 94; 27 luglio 2011, n. 248; 26 ottobre 2012, n. 236.

²⁶ P. Masala, *cit.*, p. 21.

Anche dal punto di vista del diritto europeo occorre altresì rilevare come, secondo l'orientamento costante della Corte di Giustizia UE – pur valendo il principio generale secondo cui gli Stati, nell'esercizio degli ampi margini di discrezionalità riconosciuta dai Trattati in relazione all'organizzazione della sanità pubblica²⁷, non possono introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali²⁸ – l'introduzione di limitazioni alla libera prestazione dei servizi può risultare pienamente giustificata e compatibile con l'ordinamento eurounitario se sorretta da una ragione imperativa di pubblico interesse qual è *“l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti”* il quale *“può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute”*²⁹ e, più in generale, l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure sanitarie di qualità, ovvero, di garantire un controllo dei costi e di evitare ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane³⁰.

3. La posizione critica dell'ACGM e i recenti richiami giurisprudenziali in tema di libertà di accesso al servizio pubblico.

In questo contesto deve tuttavia registrarsi la posizione critica espressa in più occasioni dall'AGCM e, successivamente, recepita nella segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. 287/1990 inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri avente ad oggetto *“proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021”*.

²⁷ CGUE, 5 dicembre 2013, C-159/12 e C-162/12; 17 giugno 1997, C-70/95.

²⁸ CGUE, 11 settembre 2008, C-141/07; 1 giugno 2010, C-570/07 e C-571/07.

²⁹ CGUE, 11 dicembre 2014, C-113/13.

³⁰ CGUE, 11 settembre 2008, C-141/07.

Come si legge nella suddetta segnalazione, “*per garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico, si ribadisce la necessità di un intervento che aumenti le condizioni di concorrenza nell’accesso delle strutture private all’erogazione delle prestazioni sanitarie. Nel settore sanitario, l’apertura alla concorrenza deve, infatti, essere perseguita come strumento che, incentivando la libera scelta dei medici, assistiti e terzo pagante, consente l’allocazione efficiente delle risorse, sia sotto il profilo dell’efficacia delle prestazioni sanitarie che sotto quello del rispetto del vincolo di spesa*”. Secondo l’AGCM l’apertura alla concorrenza “*in grado di aumentare l’offerta dei servizi sanitari e la loro efficienza*” dovrebbe realizzarsi: *i)* eliminando gli ostacoli che limitano l’accesso dei privati all’esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN (e dunque quello che è stato prima definito l’ambito di libero mercato); *ii)* riformando il sistema di accreditamento, eliminando il regime dell’accreditamento provvisorio; *iii)* prevedendo selezioni periodiche regionali ed adeguatamente pubblicizzate ai fini della sottoscrizione degli accordi ex art. 8-quinquies del Decreto 502; *iv)* garantendo un’informazione piena sulle *performance* delle strutture pubbliche e private.

Si noti che tale segnalazione fa seguito sia ad un parere (AS1522 – Regione Basilicata – Accreditamento delle strutture sanitarie) reso in data 18 aprile 2018, sia ad alcuni contenziosi promossi dall’AGCM nei confronti della Regione Basilicata e della Regione Puglia, nell’ambito dei quali veniva contestata la legittimità, nel primo caso, delle previsioni che impedivano la presentazione delle istanze di accreditamento nelle more della ridefinizione dei criteri di determinazione del fabbisogno delle prestazioni e, nel secondo caso, delle delibere che vincolavano il rilascio delle autorizzazioni ex art. 8-ter all’esercizio di un potere di pianificazione regionale.

Ciò su cui si sofferma l’AGCM nell’ambito di tali interventi è, da un lato, la prassi seguita da talune Regioni di bloccare gli accreditamenti a tempo indeterminato in ragione della mancata mappatura del fabbisogno che, come tale, determinerebbe una ingiustificata barriera all’ingresso, consolidando in tal modo

la posizione di quegli erogatori privati già accreditati e convenzionati nell'ambito del SSR; e, nel caso della Regione Puglia, la compatibilità con i principi e le regole UE del regime autorizzatorio configurato dalla normativa nazionale e regionale con riferimento al rilascio dei titoli per la costruzione di nuove strutture sanitarie e l'esercizio dell'attività.

Quanto alla prima questione, concernente la legittimità del blocco degli accreditamenti di nuovi erogatori privati, la posizione espressa dall'AGCM sembrerebbe essere stata recepita da alcuni recenti interventi giurisprudenziali nella misura in cui è stato affermato che *“il vizio di fondo della posizione regionale, nella interpretazione delle norme in materia e della loro “ratio”, è quello di considerare il fabbisogno regionale, statico e potenzialmente immutato per lungo tempo, quale condizione necessaria e sufficiente per “congelare” la situazione degli accreditamenti già concessi, e quindi precludere l’indizione dei bandi per l’accredimento; questi ultimi, in effetti, non possono essere considerati recessivi rispetto alla mera reiterata conferma dei soggetti già accreditati, giacché, al contrario, un sistema basato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori pubblici e privati accreditati non può sfuggire alle regole, operanti per qualunque settore del mercato, della concorrenzialità volta sia a valutare l’ingresso di nuovi operatori, sia a verificare periodicamente gli operatori già accreditati, sia, conseguentemente, a valutare eventualmente il livello, e gli eventuali necessari miglioramenti, dell’efficientamento e della razionalizzazione della rete. Non a caso, osserva ancora il Collegio, l’accredimento istituzionale ha durata limitata nel tempo, e cioè cinque anni; la rinnovabilità, pure consentita dalla legge regionale 32/2007, non è incondizionata bensì subordinata sia alle esigenze di programmazione, sia al rispetto di ulteriori requisiti orientati al miglioramento continuo della qualità dell’assistenza. Ciò è coerente con il principio per cui l’accredimento attribuisce al suo titolare una posizione concorrenziale di plusvalore rispetto agli altri operatori privati – definita dall’art. 8 quater D.Lgs. 502/1992 come “qualità di soggetto accreditato” – e dunque con il principio, da applicare anche in questa materia, per cui il mero, reiterato rinnovo dell’accredimento finisce con il rappresentare il consolidamento della stessa posizione di plusvalore concorrenziale a scapito della necessaria verifica, periodica e trasparente, della eventuale maggiore efficienza e*

*qualità di soggetti aspiranti, alla luce della necessità che l'offerta sanitaria sia costantemente verificata, aggiornata e rinnovata*³¹.

Tale posizione del Consiglio di Stato, nel suggerire l'introduzione di elementi di instabilità nel rapporto concessorio che si instaura con l'erogatore privato in funzione dell'esigenza di rendere contendibile – specularmente a quanto avviene in altri settori dell'ordinamento pubblicistico (es. appalti e concessioni) – l'accreditamento di nuovi soggetti potenzialmente interessati a erogare prestazioni a carico del SSN³², superando di fatto l'esistente modello basato sullo stabile inserimento della struttura privata *“in modo continuativo e sistematico nell'organizzazione della pubblica amministrazione”*³³ e sul riconoscimento degli operatori privati non quali *“semplici fornitori di servizi sanitari operanti in un ambito puramente contrattualistico”* bensì quali soggetti accomunati dal raggiungimento di fini di pubblico interesse risultando in tal modo responsabilizzati circa il governo del settore³⁴, si presta a diverse critiche.

Da un lato essa si discosta da taluni condivisibili precedenti giurisprudenziali che, con maggiore equilibrio e capacità di bilanciamento dei diversi interessi in gioco, avevano evidenziato come *“se è vero che il regime dell'accreditamento limitato non può garantire “una rendita da posizione” e un inammissibile privilegio alle strutture già accreditate, come questo Consiglio ha già rilevato nella sopra citata sentenza n. 4574/2013, è anche vero che l'accesso di nuove strutture al sistema*

³¹ Cons. Stato, 4 febbraio 2021, n. 1043; cfr. V. Padovani, *La “concorrenza” in sanità tra staticità del fabbisogno assistenziale e discrezionalità amministrativa. I vincoli all'accesso di nuovi erogatori*, in *Federalismi.it*, n. 13/2021.

³² Nel senso di negare che l'accreditamento sanitario comporti l'attribuzione in sé per sé di un vantaggio economico, dato che l'obbligo di erogare prestazioni sanitarie per conto del SSR, e il correlativo diritto di esigerne la remunerazione, discende solo dal successivo contratto con l'Amministrazione, previa definizione del budget v. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432.

³³ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2021, n. 783.

³⁴ È proprio valorizzando tale aspetto, del resto, che la giurisprudenza ha potuto ritenere pienamente legittime le norme che, con effetto retroattivo, hanno tagliato i tetti di spesa e ridotto i corrispettivi per le prestazioni già erogate (cfr. Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416; Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2012, n. 3; Cons. Stato, Sez. III, 30 agosto 2021, n. 6066; Sez. III, 12 luglio 2021, n. 5245; Sez. III, 28 febbraio 2018, n. 1256; Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529.

*dell'accreditamento non può essere, a monte, aperto, incontrollato e indiscriminato, poiché in questa materia il cogente vincolo del fabbisogno, da un lato, e la impellente necessità di contenere la spesa pubblica, dall'altro, costringono necessariamente la logica concorrenziale e gli interessi particolari dei soggetti aspiranti all'accreditamento ad un ruolo subalterno rispetto alle specifiche e primarie esigenze della domanda sanitaria e ad un oculato regime di spesa*³⁵.

Dall'altro, essa sembra ispirata al perseguimento di un modello di promozione della concorrenza nel settore dei servizi sanitari che, per un verso, risulta estraneo al quadro normativo e al modello "politico programmatico"³⁶ che caratterizza il sistema vigente il quale, come rilevato in precedenza, non essendo "strutturato in base a criteri di mercato a ma criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni a carico dell'erario pubblico"³⁷, tutela la concorrenza non quale valore assoluto ma in quanto funzionale all'esercizio della libera scelta dell'utente e, per altro verso, non trova giustificazione alcuna nell'ordinamento eurounitario³⁸ se non nei limiti della generale esigenza di garantire che eventuali limitazioni all'esercizio della libertà economica risultino pur sempre ragionevoli e proporzionate rispetto all'interesse pubblico perseguito dal legislatore nazionale.

Sotto questo profilo, pertanto, ciò che merita di essere condiviso della posizione dell'AGCM e della tesi recentemente espressa dal Consiglio di Stato è semplicemente il fatto che le amministrazioni regionali sono tenute a rivalutare

³⁵ Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2014, n. 3219.

³⁶ Così Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2020, n. 2773.

³⁷ Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2020, n. 2773; Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824; Sez. II, 11 dicembre 2019, n. 8412; Sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7426; Sez. III, 23 luglio 2019, n. 5216; Sez. III, 13 agosto 2018, n. 4936; Sez. III, 18 luglio 2018, n. 4378; Sez. III, 20 giugno 2018, n. 3810; Sez. III, 19 marzo 2018, n. 1739; Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207.

³⁸ Cfr. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432 il quale rileva come "da quanto sopra esposto si evince che, allo stato attuale della legislazione vigente, né a livello statale né a livello regionale il rilascio del provvedimento di accreditamento sia subordinato all'esperimento di procedure ad evidenza pubblica di sorta o, men che meno, alla specifica disciplina introdotta dal d.lgs. 50 cit. A giudizio del collegio, tale situazione costituisce una legittima decisione degli organi sovrani della Repubblica Italiana, oltre che si quelli della Regione Lazio, che si fonda sull'applicazione delle suddette esclusioni dagli istituti pro-concorrenziali di matrice europea di cui all'art. 168, comma 7, TFUE, al punto 53, dir. n. 2014/23/UE e all'art. 2, comma 2, lett. f), dir. n. 2006/123/CE. Del resto in materia sanitaria 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 economiche, cui il principio di concorrenza è strumentale".

con cadenza regolare il proprio fabbisogno e, pertanto, a concedere nuovi accreditamenti alla luce di eventuali maggiori esigenze non coperte dall'attuale offerta pubblico-privata e nei limiti delle risorse disponibili, risultando pertanto censurabili in sede di legittimità – e ferma restando l'ampia discrezionalità che connota l'esercizio del potere in questione – esclusivamente quelle situazioni di eventuale saturazione della maggiore domanda sanitaria ad opera dei soli operatori già accreditati, laddove tali da determinare una irragionevole e sproporzionata chiusura anticoncorrenziale del sistema e, più in generale, tali da porsi in contrasto con i principi dell'attività amministrativa.

Quanto alla seconda questione concernente l'auspicata abolizione dei vincoli esistenti ai fini del rilascio delle autorizzazioni ex art. 8-ter con riferimento al fabbisogno regionale, non recepita nell'ambito del DDL Concorrenza, deve invece rilevarsi come in questo caso il Consiglio di Stato – all'esito di un'ampia ricostruzione del quadro normativo vigente e della ricognizione dei diversi interessi in gioco – ha avuto modo di riaffermare il proprio costante orientamento secondo cui *“il legislatore, nel sottoporre anche il rilascio della mera autorizzazione sanitaria alla previa valutazione di compatibilità con la programmazione regionale, ha certamente privilegiato la tutela dei profili pubblicistici, ontologicamente connessi alla attività sanitaria, quali il diritto alla salute ed alla accessibilità a cure di standard qualitativo adeguato, e quindi, ha ritenuto che il vincolo della programmazione di tale attività fosse il mezzo più idoneo, da un lato, a garantire la equa distribuzione sul territorio di varie tipologie di centri di cura e, dall'altro, ad evitare il fenomeno di un'offerta di prestazioni sanitarie con alta remunerazione, che risulti sovradimensionata rispetto al fabbisogno effettivo della collettività e, quindi, dia luogo anche a processi di eccessiva concorrenza, che potrebbero portare ad una inaccettabile caduta del livello della prestazione*

sanitaria o, comunque, alla utilizzazione di tecniche non virtuose di orientamento della scelta dell'assistito, parimenti non compatibile con la tutela del diritto alla salute del cittadino”³⁹.

Infine sembra doveroso porre in discussione, alla luce delle considerazioni poc'anzi riportate della giurisprudenza amministrativa, la fondatezza dell'apodittica affermazione dell'AGCM secondo cui l'introduzione dei suddetti elementi di concorrenzialità nell'ambito del servizio sanitario varrebbe a garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico. Sotto il primo profilo, alla luce del peculiare sistema di remunerazione delle prestazioni sanitarie, non pare che l'introduzione di elementi di contendibilità dell'accreditamento degli erogatori privati e/o degli accordi ex art. 8-quinquies che questi ultimi concludono con gli enti del SSN possa dar luogo a risparmi di spesa per l'erario e/o permettere il raggiungimento di obiettivi di razionalizzazione della spesa. A tali risultati, semmai, sarebbe possibile pervenire instaurando un regime di reale concorrenza tra erogatori pubblici e privati, non certo introducendo elementi tali da accrescere la pressione competitiva nell'ambito dell'offerta privatistica di servizi sanitari. Essa, al contrario, rischierebbe di dare luogo a dinamiche anticoncorrenziali tali da provocare una compressione dell'offerta privatistica di servizi sanitari a vantaggio degli operatori più grandi, in grado di fare economie di scala, nonché una potenziale riduzione della qualità dei servizi offerti a diretto vantaggio degli erogatori pubblici che potrebbero così consolidare la propria posizione privilegiata di erogatore nell'ambito del servizio pubblico.

Sotto il secondo profilo, anche alla luce di tali segnalati effetti anticoncorrenziali delle misure in parola, pare doversi mettere in dubbio il fatto che dall'introduzione di queste ultime potrebbe derivare una maggiore libertà di

³⁹ Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589; in senso conforme, v. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 10 settembre 2018, n. 5310.

scelta. Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, le attuali limitazioni alla libertà di scelta dell'erogatore sono giustificate dall'esigenza di programmazione su cui si regge l'intero sistema, con la conseguenza che è solo per effetto di un eventuale allentamento di tali vincoli finanziari che potrebbe derivare un incremento dell'offerta concorrenziale dei servizi e, dunque, indirettamente una maggiore libertà di scelta da parte dell'utente. Al contrario, l'introduzione di regole volte a rendere periodicamente contendibili i budget assegnati ai singoli erogatori privati, laddove non corrispondente ad un maggiore fabbisogno e non accompagnato da un ampliamento delle risorse disponibili, pare del tutto ininfluenza ai fini dell'esercizio del diritto in parola ed anzi tale da ridurre progressivamente la presenza degli erogatori privati nell'ambito del servizio pubblico.

4. Le selezioni di cui all'art. 13 del DDL Concorrenza come potenziale alterazione della fattispecie concessoria disciplinata dal Decreto 502.

Ai sensi degli artt. 8-bis, 8-ter, 8-quater e 8-quinquies del Decreto 502 ai privati è consentito erogare prestazioni sanitarie rientranti nel servizio pubblico alla duplice condizione del possesso dell'autorizzazione sanitaria (rilasciata previo accertamento dell'esistenza di requisiti di carattere organizzativo, igienico e tecnico-sanitario) e dell'inserimento del soggetto privato nel servizio sanitario, in regime di "concorrenza amministrata" con le strutture pubbliche mediante accreditamento e successiva sottoscrizione dell'accordo a mezzo del quale viene assegnato un budget inderogabile secondo le previsioni dell'art. 32, comma 8 della l. 449/1997.

In particolare l'accREDITAMENTO disciplinato dall'art. 8-quater e il successivo accordo ex art. 8-quinquies configurano una vicenda concessoria che

implica l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale consistente in un duplice vaglio di natura tecnica e di carattere politico programmatico, vincolato sia al fabbisogno sanitario che alle risorse disponibili⁴⁰.

Non essendo questa la sede per approfondire la natura del potere e delle situazioni giuridiche che vengono in rilievo nell'ambito del suddetto rapporto concessorio, limitatamente a quanto di interesse ai fini del presente parere, al fine cioè di porre in luce le criticità del DDL Concorrenza, vale la pena soffermarsi in particolare sull'inscindibilità del nesso esistente tra provvedimento di accreditamento e accordo contrattuale.

L'art. 8-quater del Decreto 502 prevede che *“la qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate, al di fuori degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies”*. Se, come è stato evidenziato dalla giurisprudenza, tale disposizione deve essere intesa nel senso che *“nessuna erogazione di prestazione sanitaria finanziariamente coperta dalla mano pubblica è possibile ove non sussista un provvedimento amministrativo di competenza regionale che riconosca alla struttura la qualità di soggetto accreditato e al di fuori di singoli, specifici rapporti contrattuali”*⁴¹, essa non pare legittimare letture tese a ritenere possibile l'apertura del sistema dell'accREDITAMENTO in favore di strutture private pure in assenza del successivo accordo. Da un lato, una simile interpretazione farebbe venir meno il carattere concessorio del sistema, sganciandolo dall'analisi del fabbisogno e delle risorse disponibili, circoscrivendo il rilascio dell'accREDITAMENTO entro il perimetro del mero giudizio di idoneità tecnico-abilitativa; dall'altro essa si porrebbe in contrasto con l'espressa previsione del comma 2-quinquies dell'art. 8-quinquies che espressamente prevede che *“in caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente*

⁴⁰ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 11 novembre 2021, n. 7534 ; Sez. III, 6 settembre 2021, n. 6224.

⁴¹ Cass., Sez. Un., n. 17591/2018.

articolo, l'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8-quater delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale interessati è sospeso”.

Una conferma in tal senso si rinviene anche nella recente giurisprudenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana il quale, nel sindacare una fattispecie di mancata contrattualizzazione di un erogatore privato già accreditato, richiamando l'orientamento più risalente espresso dal Consiglio di Stato (n. 4574/2013), ha avuto modo di rilevare l'esistenza di un vero e proprio “*diritto alla convocazione per la contrattualizzazione (laddove non vi ostino plausibili e giustificati impedimenti connessi all'esercizio della pianificazione regionale)*” con la conseguenza che “*la scelta dell'amministrazione regionale di impedire nei fatti (o di rendere estremamente difficoltoso) l'accesso alla contrattualizzazione deve essere dichiarata illegittima*” in quanto “*non vi è dubbio che una volta individuati i soggetti accreditati tali operatori devono essere messi in condizione di stipulare contratti con l'amministrazione non potendo la Regione rivolgersi a tempo indefinito solo ai soggetti che per anni hanno avuto accesso al mercato e fare riferimento solo al criterio della spesa storica che evidentemente avvantaggia solo coloro che operano in un mercato chiuso all'accesso di nuovi operatori?*”, “*fermo restando infatti il tetto di spesa, la ripartizione dei budget tra i soggetti accreditati dovrebbe essere operata in base ad appositi criteri idonei a garantire condizioni di parità tra i soggetti*”⁴².

Se, come correttamente sostiene il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, il soggetto accreditato vanta un'aspettativa giuridicamente tutelata non tanto al conseguimento del bene della vita consistente nell'attribuzione di un determinato budget di prestazioni da erogare agli utenti, che rimane pur sempre rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione contraente, bensì alla convocazione per la stipula dell'accordo ex art. 8-quinquies deve, da un lato, negarsi la possibilità per le amministrazioni regionali di provvedere all'accreditamento di un numero maggiore di erogatori privati rispetto alla programmazione dei fabbisogni e delle

⁴² CGARS, 5 giugno 2019, n. 520; più recentemente ripresa da CGARS, 23 luglio 2021, n. 745.

risorse destinate alla copertura degli stessi e, dall'altro, di conseguenza, dubitare che sia astrattamente configurabile la possibilità di operare, ai fini della selezione degli erogatori privati con cui stipulare gli accordi, una selezione competitiva tra più soggetti accreditati posto che ciascuno di essi, per il sol fatto di aver ottenuto l'accreditamento (fermo restando il potere di revoca di cui al comma 8 dell'art. 8-quater del Decreto 502 in presenza di una capacità produttiva superiore al fabbisogno stimato ai fini del rilascio dell'accreditamento), vanta una aspettativa giuridicamente tutelata alla stipula del contratto e alla successiva erogazione delle prestazioni pur nei limiti di quanto assegnato alla singola struttura sanitaria.

La natura delle situazioni giuridiche vantate dai soggetti titolari dell'accreditamento rispetto alla successiva stipula degli accordi contrattuali e l'esistenza di un nesso di accessorietà esistente tra provvedimento di accreditamento e accordo ex art. 8-quinquies, evidentemente non considerata o sottovalutata dall'estensore del DDL Concorrenza, paiono tali – a parere di chi scrive – da mettere seriamente in discussione la loro compatibilità con il nuovo testo del comma 1-bis dell'art. 8-quinquies del Decreto 502, nella parte in cui sembra subordinare la stipula degli accordi al previo esperimento di procedure competitive tra più soggetti accreditati, interessati ad aggiudicarsi una parte del budget regionale, secondo le logiche – che non rilevano, neppure in linea di principio e/o astratta, in relazione alle peculiari fattispecie concessorie rinvenibili nell'ordinamento amministrativo sanitario – più propriamente disciplinate dalla Direttiva 23/2014 e dalla normativa di recepimento (d.lgs. 50/2016)⁴³.

⁴³ Si noti come il par. 13 della premesse della Direttiva 23/2014 – conformemente a quanto in precedenza previsto dalla Direttiva 123/2006 (c.d. Direttiva Bolkestein) al par. 22 e all'art. 2, comma 2, lett. f) – escluda espressamente dal proprio ambito di applicazione “*i regimi in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito, senza selettività, come i sistemi basati sulla libera scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio [...] compresi quelli fondati su accordi giuridici tra l'autorità pubblica e gli operatori economici. Tali sistemi si basano generalmente su una decisione dell'autorità pubblica che definisce le condizioni trasparenti e non discriminatorie applicabili all'accesso continuo da parte degli operatori economici alla fornitura di servizi specifici, quali i servizi sociali, consentendo ai clienti di scegliere tra tali operatori?*”.

5. Conclusioni.

Il DDL Concorrenza, raccogliendo le recenti sollecitazioni dell'AGCM, nel tentativo di avviare il processo di riforme pro-concorrenziali nella sanità indicato nel PNRR, introduce alcune modifiche all'attuale sistema di accreditamento e convenzionamento delle strutture private introducendo il principio (che spetterà poi alle singole Regioni declinare in concreto) del previo esperimento di procedure selettive tra la fase di accreditamento e la stipula degli accordi ex art. 8-quinquies del Decreto 502. Creando così un mercato artificiale tra le strutture sanitarie private accreditate ai fini della contendibilità delle risorse del SSN.

Una maggiore concorrenza nel settore sanitario è certamente auspicabile in quanto potenzialmente funzionale sia all'incremento della qualità dell'offerta pubblico-privata attualmente esistente, sia ad una maggiore efficienza allocativa della spesa sanitaria, specie con riferimento agli erogatori pubblici. Infine, l'eventuale incremento delle dinamiche concorrenziali all'interno del perimetro del servizio pubblico, se realizzato attraverso un allentamento degli attuali vincoli finanziari di cui al DL 95, determinerebbe un ampliamento della libertà di scelta dell'utente nell'ottica dell'originario modello disciplinato dal Decreto 502.

Le previsioni del DDL Concorrenza, tuttavia, non sembrano andare nella direzione auspicata in quanto si concentrano solo sul meccanismo dell'accREDITAMENTO-accordo previsto ai fini dell'erogazione dei servizi a carico del SSN introducendo meccanismi potenzialmente distorsivi della concorrenza, che disincentivano gli investimenti, favoriscono le concentrazioni a discapito degli operatori privati di dimensioni più contenute e rischiano di ridurre anziché aumentare la qualità dell'offerta dei servizi offerti dalle strutture private (a vantaggio di quelle pubbliche).

Come si è avuto modo di evidenziare, la soluzione prospettata dall'AGCM e recepita nel DDL Concorrenza, laddove prevede delle procedure

competitive ai fini del convenzionamento, non pare in linea né con i cardini dell'impianto normativo vigente, né con la giurisprudenza amministrativa che dice chiaramente che chi è accreditato non può non ottenere l'accordo (vantando una aspettativa giuridicamente tutelata in tal senso, fatta salva l'eventuale revoca dell'accreditamento). Essa si fonda su una erronea equiparazione del modulo organizzativo che vede la partecipazione dei privati all'erogazione dei servizi nell'ambito del SSN al sistema degli appalti/concessioni, laddove invece la giurisprudenza ha da tempo chiarito che la vicenda concessoria disciplinata dal Decreto 502 configura una fattispecie peculiare che resta impermeabile, nei limiti di quanto evidenziato nel presente parere, rispetto ai principi e alle regole europee poste a tutela della concorrenza.

L'esigenza di promuovere la concorrenza nel settore sanitario evitando la chiusura anticoncorrenziale del sistema, si riduce piuttosto all'esigenza di ribadire l'obbligo per le amministrazioni regionali di rivalutare periodicamente il proprio fabbisogno e, pertanto, di concedere nel rispetto dei principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza di cui alla l. 241/1990, nuovi accreditamenti alla luce di eventuali maggiori esigenze non coperte dall'attuale offerta pubblico-privata e nei limiti delle risorse disponibili, evitando in tal modo situazioni di eventuale saturazione della maggiore domanda sanitaria ad opera dei soli operatori già accreditati.

Al fine di tradurre gli spunti che emergono dalla presente analisi in un possibile emendamento al DDL Concorrenza si suggerisce pertanto di modificare il comma 1-bis dell'art. 8-quinquies attualmente in discussione, allo scopo di renderlo più rispondente al quadro normativo vigente e più coerente con un bilanciamento costituzionalmente orientato tra i diversi interessi in gioco, come segue:

“I soggetti privati di cui al comma 1 sono individuati, ai fini della stipula degli accordi contrattuali, nel rispetto dei principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di

pubblicità e di trasparenza di cui all'art. 1, comma 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, valorizzando prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare, tra quelli in possesso dell'accreditamento di cui all'art. 8 quater all'esito di periodiche valutazioni dell'ulteriore fabbisogno tenuto conto della programmazione sanitaria regionale e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta".

* * *

Nel restare a disposizione per eventuali chiarimenti e/o integrazioni occorrer possano, si porgono distinti saluti.


Avv. Prof. Fabio G. Angelini