

Servizi sanitari e concorrenza: la prospettiva comunitaria e il caso delle sperimentazioni gestionali*

di Stefano Civitarese Matteucci e Melania D'Angelosante

1. Lo stato dell'arte: luci ed ombre della prospettiva comunitaria

L'interesse per il tema del rapporto fra servizi sociali (e sanitari) e concorrenza si è manifestato soprattutto a partire dal 2006, vale a dire da quando in ambito comunitario si è formalmente riconosciuto, sia pure con fasi alterne e non senza più di una contraddizione, il carattere economico dei servizi di interesse generale (categoria cui vengono normalmente ricondotti, appunto, i servizi sociali e sanitari).

Al carattere economico delle attività di interesse generale consegue infatti la necessità di garantirne una organizzazione conforme ai principi ed alle regole in materia di concorrenza e di mercato interno, mentre la deroga a tale regime può essere ammessa solo in via eccezionale, e unicamente nel caso in cui il mercato concorrenziale osti alla specifica missione loro affidata.

Consegue altresì l'applicazione delle norme sulle libertà di stabilimento, di circolazione delle merci e di prestazione e dei servizi (quali predicati del più ampio principio di concorrenza), nella misura in cui le attività considerate siano ricondotte a quelle di cui agli artt. 43 e 49 TCE (come in effetti la Commissione europea ha fatto¹, con due distinte comunicazioni del 2006, sia per i servizi resi nel campo sociale - in quanto forniti dietro remunerazione - sia in particolare per quelli sanitari), e ferma restando, in materia di libertà di stabilimento, l'esclusione della sua applicazione, ai sensi dell'art. 45 TCE, «per [...] le attività che [...] partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri». Ulteriore deroga è poi prevista dall'art. 46, che consente l'introduzione di un regime speciale per motivi connessi alla sanità pubblica. Le riferite considerazioni determinano poi la necessità di aprire un confronto anche con gli artt. 50 ss., contenenti indicazioni sulla definizione della nozione di «servizi» ai sensi del Trattato (come attività normalmente prestate dietro retribuzione) e prescrizioni a tutela della loro libera prestazione, e comunque la necessità di rinvio, anche per essi, all'applicazione dell'art. 45 cit.

Nel 2000 era stata tuttavia la stessa Commissione, nella Comunicazione sui servizi di interesse generale in Europa, a precisare che i servizi di interesse economico generale si differenzierebbero dai «servizi ordinari» contemplati dall'art. 50 «per il fatto che le autorità pubbliche ritengano che debbano essere garantiti anche quando il

* Paper per il 3° sottogruppo “Regolazione pubblica e provider pubblici e privati” del gruppo di studio di Astrid su “Le politiche sanitarie”, coordinato da Claudio De Vincenti, Renato Finocchi Gherzi e Andrea Tardiola.

¹ Anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (secondo la quale ogni prestazione erogata a fronte di retribuzione è qualificabile alla stregua di attività economica, e così pure qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un'impresa, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento).

mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo». Con ciò lasciando intendere che «il mercato non sia, in molti casi, il miglior meccanismo per ottenere tali servizi». La Corte di giustizia ha invece ritenuto che le attività mediche costituiscono servizi ai sensi dell'art. 50, anche se la prestazione non venga pagata da chi ne usufruisce, ma purchè sussista il requisito della retribuzione del servizio. Questo a riprova delle fasi alterne e spesso contraddittorie che negli ultimi anni hanno caratterizzato la posizione delle istituzioni e della giurisprudenza comunitaria in materia.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulle cure fruite in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza ha poi espresso, a sua volta, l'idea dei servizi sanitari come servizi economici ai sensi dell'art. 49 del Trattato sulla libera prestazione dei servizi. Considera inoltre normalmente come economiche ai sensi degli artt. 43 e 49 TCE le prestazioni fornite dietro retribuzione, ivi inclusi i servizi erogati nel settore sociale.

Al riconoscimento del carattere economico dei servizi sociali e sanitari consegue infine il rilievo della materia, in via di principio di signoria dei singoli Stati membri, per l'ordinamento comunitario, essenzialmente sotto i profili dell'accesso degli operatori al mercato, delle regole di funzionamento del mercato esistente, dei sistemi di raccordo fra i *providers* in esso operanti e dei sistemi di finanziamento e di retribuzione delle prestazioni.

La nuova prospettiva sin qui brevemente descritta suggerisce pertanto:

- a) in primo luogo, di adeguare per quanto possibile i moduli organizzativi e di erogazione presenti nell'ordinamento interno al parametro concorrenziale, con riferimento sia all'accesso dei competitori al mercato dei servizi sanitari, sia alle regole nel rispetto delle quali essi possono e/o sono tenuti ad operarvi, sia alla scelta – da parte degli utenti – del presidio e del luogo di cura;
- b) in secondo luogo, di valutare la riconducibilità degli eventualmente rilevati scollamenti dal regime concorrenziale alla ipotesi di deroga ammessa dall'art. 86 comma 2 TCE, nonché di capire se e come l'Azienda sanitaria possa essere considerata impresa ai sensi del diritto comunitario;
- c) infine, di ricavare, dall'analisi delle esperienze ritenute più virtuose e rispettose del parametro imposto a livello comunitario, possibili suggerimenti per il miglioramento del modello esistente, nella prospettiva del raggiungimento del rapporto ottimale fra aderenza al regime concorrenziale e garanzia della specifica missione di servizio pubblico e/o generale.

2. Il caso delle sperimentazioni gestionali nell'ordinamento interno

Nel quadro sin qui delineato il modello delle sperimentazioni gestionali assume un peculiare profilo di interesse (e pertanto ad esso si può dedicare specifica attenzione), in quanto si inserisce nel panorama delle tradizionali formule organizzative ammesse prevedendo, per gli operatori del settore, la possibilità di introdurre delle nuove parzialmente connotate in termini di atipicità.

La possibilità di optare per forme di sperimentazione gestionale è stata per la prima volta contemplata, nel settore sanitario, dall'art. 9 *bis* del d. lgs. 502/92, introdotto dall'art. 11 del d. lgs. 517/93 e successivamente sostituito dall'art. 11 del d. lgs. 229/99.

L'art. 9 *bis* pone peraltro dei limiti allo strumento della gestione sperimentale. Esso consente infatti alle regioni ed alle Province autonome, in conformità ai Piani sanitari, di autorizzare «programmi di sperimentazione aventi a oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato» (comma 1). Precisa però che i «limiti percentuali alla partecipazione di organismi privati» devono essere fissati «in misura non superiore al quarantanove per cento» e che il rapporto è in ogni caso disciplinato, anche ove non si adotti il modello societario, da apposita «convenzione di sperimentazione» (comma 2). Dispone infine che, al di fuori dei programmi di sperimentazione gestionale, «è fatto divieto alle aziende del Servizio sanitario nazionale di costituire società di capitali aventi per oggetto sociale lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute» (comma 4).

Il modello eterogeneo delineato dall'art. 9 *bis* si affianca, come già accennato, alle forme di gestione dirette (assunzione del servizio da parte della struttura pubblica oppure da parte di altre strutture, talvolta facendo uso ancora dello strumento della convenzione e talaltra all'esito di procedimenti quali l'accreditamento istituzionale seguito dall'accordo contrattuale) ed indirette (esercizio della prestazione da parte di strutture prive di nesso organizzativo con l'amministrazione titolare del servizio, all'esito di procedimenti quali l'autorizzazione all'esercizio).

Ma è con specifico riferimento alle sperimentazioni gestionali, proprio in ragione del parametro tendenzialmente atipico delineato dall'art. 9 *bis*, che assumono particolare rilievo una serie di questioni problematiche, le quali a loro volta devono indurre ad interrogarsi, nella prospettiva e per le ragioni sin qui definite:

1. sulla natura del potere di assenso del programma di sperimentazione;
2. sulla fungibilità/equivalenza dei soggetti privati accreditati e non accreditati quali *partners* ammissibili alla sperimentazione;
3. sul rapporto fra principio concorsuale e modalità di individuazione del soggetto privato con cui avviare la sperimentazione e/o fra principio concorsuale e modalità di affidamento del servizio, anche in relazione alla distinzione fra appalto pubblico di servizio e concessione di pubblico servizio ed alle conseguenti distinzioni in materia di disciplina applicabile (regole generali dell'evidenza pubblica, specifiche norme del codice dei contratti pubblici applicabili ai servizi sociali e sanitari, art. 30 del codice medesimo, art. 13 del c.d. decreto Bersani), nonché in relazione alla natura della attività oggetto di sperimentazione;
4. sul rapporto fra principio concorsuale, modulo della società mista, modulo dell'affidamento *in house* e categoria del partenariato pubblico-privato;
5. sugli ambiti di attività per l'esercizio dei quali sia utilizzabile il modello delle sperimentazioni.

A partire dagli elementi di disciplina desumibili, in via immediata o attraverso la risposta agli interrogativi poc'anzi elencati, dal citato art. 9 *bis*, si potrebbe quindi cercare di analizzare la relazione sussistente fra il parametro organizzativo delle sperimentazioni e gli ulteriori elementi:

i) delle caratteristiche del mercato della gestione/erogazione dei servizi sanitari in relazione all'accesso;

ii) delle caratteristiche del medesimo mercato in relazione alle condizioni per operarvi dopo l'accesso (anche con riferimento al finanziamento delle attività ed alla retribuzione delle prestazioni, ai provvedimenti di secondo grado aventi ad oggetto i trasferimenti economici e gli atti di 'abilitazione' all'accesso, al rapporto fra

caratteristiche del mercato e principio pattizio nella definizione delle condizioni per operarvi, alla libertà di scelta - da parte degli utenti - degli attori presenti nel mercato considerato).

La risposta ad alcuni degli accennati interrogativi può in qualche modo essere suggerita dalle riflessioni che seguono.

Assumendo di nuovo quale parametro il citato art. 9 *bis*, dalla sua lettura si evince che: a) i programmi di sperimentazione gestionale sono funzionali a favorire la collaborazione pubblico-privato nell'esercizio dei compiti riconducibili al Ssn; b) il loro scopo è quello dell'efficienza, da intendersi in questo caso come miglior rapporto fra convenienza economica e qualità della prestazione; c) il coinvolgimento di soggetti privati può essere strumentale sia a realizzare ciò che il soggetto pubblico da solo non riuscirebbe a realizzare sia a realizzare meglio ciò che il soggetto pubblico da solo riuscirebbe a realizzare ma in modo meno efficiente; d) la costituzione di società miste rappresenta solo una delle possibili modalità di sperimentazione (diversamente peraltro da quanto sembra aver da ultimo sostenuto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 1 del 2008²); e) la sperimentazione gestionale può coinvolgere sia soggetti privati accreditati sia soggetti privati non accreditati.

Quanto alle modalità di individuazione del soggetto privato con cui avviare la sperimentazione sarebbe però preferibile ritenere - anche alla luce dei principi da ultimo ribaditi dal codice dei contratti pubblici³, e sempre se ne sia ravvisabile l'applicabilità, pur tacendo l'art. 9 *bis* sul punto - che la scelta debba avvenire tramite procedure ad evidenza pubblica.

Vero è che, in relazione a questo aspetto, sussistono evidenti profili di differenziazione fra le dimensioni dell'appalto pubblico di servizi, della concessione di servizio pubblico e delle altre relazioni di servizio pubblico (si pensi alle varie forme di affidamento), vale a dire - più in generale - fra la disciplina dei servizi pubblici e quella dei contratti pubblici; ma pure è vero che le riferite discipline esprimono frequentemente principi comuni, almeno quanto alla necessità di osservare le regole fondamentali dell'evidenza pubblica⁴.

² Il relativo passaggio della motivazione non consente però di seguire nel loro sviluppo logico le ragioni della posizione assunta. Il punto n. 14 si limita infatti ad affermare che «l'art. 9-bis, comma 1, del d. lgs. n. 502/1992 - secondo cui "Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, autorizzano programmi di sperimentazione aventi a oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato" - [...] consente solo la costituzione di società miste; possibilità che, altrimenti, sarebbe vietata (ai sensi del comma 4 del citato art. 9-bis, "Al di fuori dei programmi di sperimentazione di cui al presente articolo, è fatto divieto alle aziende del Servizio sanitario nazionale di costituire società di capitali aventi per oggetto sociale lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute")».

³ D. lgs. 163 del 2006, emanato in attuazione della legge delega n. 62 del 2005 e delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, come modificate dai regolamenti della Commissione europea 28 ottobre 2004, n. 1874, e 19 dicembre 2005, n. 2083, e dalla direttiva 2005/51/CE della Commissione del 7 settembre 2005.

⁴ In proposito si v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla non riconducibilità all'appalto di servizi del rapporto fra la regione (o la asl) ed il soggetto erogatore accreditato, a fronte invece della sua riconducibilità alle relazioni di servizio pubblico, con ogni ulteriore conseguenza in termini di inapplicabilità della disciplina interna e comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, si v. poi, in dottrina, *ex multis*, N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di dir. amm.*, Milano, Giuffrè, 2003, 678 ss. Sulla soggezione degli atti amministrativi di concessione di servizio pubblico, nella misura in cui aventi ad oggetto prestazioni di

Inoltre, nel caso delle sperimentazioni gestionali, l'eterogeneità del modello profilato dall'art. 9 *bis* (che richiama i contratti associativi come una delle modalità attraverso cui potere avviare le sperimentazioni stesse) impone di utilizzare quale costante parametro di verifica ambedue le categorie di disciplina, differenziandone poi di volta in volta la rilevanza in ragione del modulo che sia stato concretamente prescelto.

Quanto però al rapporto fra il d. lgs. 163/2006 e lo specifico settore dei servizi sociali e sanitari, che compaiono nell'elenco contenuto all'allegato II B del d. lgs. 163 cit., l'art. 20 del codice dei contratti pubblici precisa che l'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto prestazioni riferibili a tali servizi è disciplinata esclusivamente dagli artt. 68, 65 e 225, aventi rispettivamente ad oggetto le specifiche tecniche, l'avviso dei risultati della procedura di affidamento e gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati, ferma restando, in ogni caso, ai sensi dell'art. 27, la necessità di osservare i principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, efficacia, economicità, proporzionalità (invitando ad esempio alla procedura almeno cinque concorrenti), se ciò è compatibile con l'oggetto del contratto.

La Conferenza Stato-regioni, con atto di indirizzo del 2 febbraio 2000, ha comunque fatto riferimento, quanto alle sperimentazioni gestionali, a possibilità di

attività economiche, se non all'obbligo di gara contemplato in materia di appalti pubblici sopra soglia, quanto meno ai principi comunitari sul divieto di discriminazione e sulla trasparenza, i quali richiedono a loro volta la predisposizione di adeguate forme di pubblicità prima dell'affidamento, si v. S. GOBBATO, *Regole di concorrenza e gestione in house dei servizi socio-assistenziali*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 575 ss. Per l'approfondimento del rapporto fra le nozioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di pubblico servizio nella dialettica fra ordinamento interno ed ordinamento comunitario si v., da ultimo, L. BERTONAZZI – R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte spec., IV, Milano, Giuffrè, 2007, 1845 ss., nonché la Comunicazione della Commissione europea sulle concessioni del 15 novembre 2005 e la direttiva n. 37 del 1993. Quanto al codice dei contratti pubblici, occorre infine evidenziare che esso ha qualificato gli *appalti pubblici* come quei «contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi» (art. 3). Ha invece qualificato la *concessione di servizi* (da intendersi verosimilmente quale *concessione-contratto* e non quale *concessione-provvimento*) come quel «contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo» (art. 3). Ha infine precisato (art. 30) che: 1. «le disposizioni» in esso contenute «non si applicano alle concessioni di servizi»; 2. «la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi»; 3. «sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza»; 4. «restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario», «le discipline specifiche che prevedono, in luogo della concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici»; 5. «se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico», l'atto di concessione deve prevedere, «per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività», il rispetto da parte di tale soggetto del «principio di non discriminazione in base alla nazionalità»; 6. si applicano le disposizioni della Parte IV (vale a dire quelle sul contenzioso) e, in quanto compatibile, l'art. 143 co. 7 (ai sensi del quale «l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione»).

scelta del contraente differenti in ragione del ruolo che il privato sarebbe chiamato ad assumere nella sperimentazione: sono state nel dettaglio indicate la gara per il privato finanziatore e la individuazione in via diretta per il privato fornitore di *know how* (gestionale o scientifico).

Parte della giurisprudenza (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 luglio 2005, n. 1237) ha invece sostenuto che la gara potrebbe non essere necessaria. In tale ottica si è ad esempio ritenuto legittimo l'accordo concluso in via diretta fra la regione ed un Irccs di diritto privato: il mancato ricorso alle regole dell'evidenza pubblica è stato nel caso di specie giustificato sulla base della circostanza che l'oggetto dell'accordo non consistesse «nella erogazione [...] di prestazioni [...] per conto del servizio sanitario regionale, quale soggetto accreditato o quale appaltatore o concessionario del servizio, ma nella gestione, nell'ambito di strutture pubbliche, di posti letto [...] pubblici», nonché sulla base della ulteriore circostanza che la copertura normativa fosse al riguardo predisposta dall'art. 9 *bis*. Al di là della condivisibilità o meno di tale conclusione va tuttavia segnalato che nel caso di specie è lo stesso Collegio giudicante, a distanza di un solo capoverso, a dare atto della estensione della prestazione dedotta nell'accordo anche alla formazione del personale della struttura pubblica ed alla cura dei pazienti.

Più recentemente la giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 4 giugno 2007, n. 2539), ha invece applicato ad una ipotesi di affidamento diretto a società mista (partecipata da una Asl) di compiti diretti ed eterogenei di tutela della salute, ex art. 9 *bis* del d. lgs. 502/92 s.m.i., l'art. 113 co. 5 Tuel, dandone una interpretazione restrittiva, vale a dire sostenendo che, laddove l'attività oggetto dell'affidamento sia articolata e complessa, non possa ritenersi sufficiente ricorrere all'evidenza pubblica per la scelta del socio privato con cui avviare la sperimentazione, essendo altresì necessario ricorrervi per l'affidamento del servizio, che non potrebbe dunque avvenire in via diretta. Il Consiglio di Stato (Sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, in sede di definizione dell'appello proposto avverso la citata decisione del TAR piemontese), dopo aver rilevato che ai servizi sanitari non può applicarsi il testo unico per l'ordinamento degli enti locali, ha tuttavia rimesso all'Adunanza Plenaria, in ragione dei rilevati contrasti giurisprudenziali sul punto⁵, la valutazione delle condizioni legittimanti gli affidamenti diretti (c.d. *in house*)⁶ nelle ipotesi in cui l'affidataria sia una società a capitale misto (pubblico-privato).

Con riferimento alle società integralmente pubbliche tali condizioni erano peraltro già state individuate dal comma 5 del citato art. 113 nonché dalla Corte di

⁵ All'orientamento più restrittivo, che richiede l'evidenza pubblica sia per la scelta del socio sia per il successivo affidamento del servizio, si affianca infatti quello secondo il quale alla società a prevalente capitale pubblico nella quale il socio privato sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica il servizio può essere affidato in via diretta.

⁶ Per l'approfondimento del tema si v. D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003, ed ivi riferimenti anche alla qualificazione dell'affidatario *in house* come organismo di diritto pubblico, con ogni ulteriore conseguenza in termini di assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica per il reperimento di beni e/o servizi sul mercato, nonché di assoggettamento delle controversie sulla fase dell'evidenza al g.a. Sulla necessità di interpretare in senso restrittivo i requisiti dell'affidamento *in house*, stante il loro carattere eccezionale rispetto alle regole generali del diritto comunitario e interno, si v. C. giust. CE, 6 aprile 2006, in C. 410/04; Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

giustizia⁷ negli elementi: 1) della *qualificabilità del controllo* su di esse esercitato dai titolari del capitale pubblico *in termini di analogia* rispetto a quello esercitato dai titolari medesimi sui propri servizi; 2) dello svolgimento, da parte della società affidataria, della *quota prevalente della propria attività* con i soggetti pubblici controllanti.

Solo l'art. 113 ha peraltro attribuito autonoma attenzione al profilo della compagine societaria integralmente pubblica⁸, mentre la Corte di giustizia gli ha conferito rilievo in modo indiretto, vale a dire qualificandolo come elemento essenziale del controllo analogo, il quale è a sua volta considerato insussistente in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato⁹.

La Sezione V del Consiglio di Stato, pur avendo dato atto della già avvenuta definizione dei criteri legittimanti da parte della Corte di giustizia, ha dunque deciso di rimettere alla Plenaria la determinazione dell'ampiezza dei criteri dell'analogia del controllo¹⁰ e della prevalenza della attività¹¹ nel particolare caso in cui si controverta dell'affidamento diretto a società mista (in cui il capitale pubblico rappresenti il 51% delle quote ed il socio privato sia stato già scelto con procedura ad evidenza pubblica).

La Plenaria¹², investita della questione, ha preliminarmente escluso la riconducibilità della società mista al modulo dell'*in house providing*, sussumendola invece nel modello del partenariato pubblico-privato (PPP). Ha quindi precisato che, per l'affidamento ad essa del servizio, è richiesto il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, anche se il medesimo procedimento (del resto in conformità all'art. 1 comma 2 del codice dei contratti pubblici) sia stato seguito per la scelta del socio privato. Ciò in ossequio ai principi espressi dall'ordinamento comunitario, cui consegue che una diversa interpretazione dell'art. 9 *bis* cit. dovrebbe condurre alla sua disapplicazione proprio per contrasto con le norme comunitarie. Un rilievo marginale assumerebbe invece l'art. 13 del decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006 (convertito, con

⁷ Si v., *ex multis*, C. giust. CE, 21 luglio 2005, in C. 231/03; *Id.*, 13 ottobre 2005, in C. 458/03; *Id.*, 11 gennaio 2005, in C. 26/03; *Id.*, 6 aprile 2006, in C. 410/04; *Id.*, 11 maggio 2006, in C. 340/04.

⁸ L'art. 113 co. 5 cit., oltre a consentire l'affidamento diretto della gestione e dell'erogazione del servizio al ricorrere delle tre riferite condizioni, consente altresì l'affidamento della gestione ad imprese idonee tramite apposita gara, nonché l'affidamento dell'erogazione a società di capitali individuate con gara, oppure in via diretta a società a capitale misto pubblico-privato il cui socio privato sia scelto sempre all'esito di gara.

⁹ C. giust. CE, 11 gennaio 2005, in C. 26/03.

¹⁰ Sul controllo analogo si era peraltro già espressa la Sezione VI, con la sentenza n. 168 del 25 gennaio 2005, facendo riferimento «ad un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica», nonché ad un «controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario». Si era altresì espressa la Corte di giustizia, con la citata sentenza 11 maggio 2006, in C. 340/04, facendo riferimento ad un potere assoluto di influenza dell'ente (o degli enti in forma associata) sulla società. Questo potere, ritenuto compatibile anche con il modulo della *holding* posseduta integralmente dall'ente pubblico (pur se in questo caso più debole), viene a sua volta normalmente ricondotto a parametri quali la facoltà dell'ente di effettuare controlli di qualità e controlli sulle attività del CDA, di esercitare funzioni ispettive, di influenzare in qualche modo le strategie aziendali, di vagliare preventivamente le decisioni della società, di sindacare scelte come l'espansione dell'oggetto sociale e del mercato geografico, nonché l'apertura ad altri capitali (cfr. C. giust. CE, 10 novembre 2005, in C. 29/04; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

¹¹ Secondo la Corte di giustizia non sussiste però una predeterminata percentuale di attività ai fini della valutazione del raggiungimento della soglia, dovendosi semplicemente considerare, caso per caso, se le prestazioni dell'impresa siano destinate in via principale all'ente pubblico e solo marginalmente ad altri *partners*, dal punto di vista sia quantitativo sia qualitativo sia geografico (C. giust. CE, 11 maggio 2006, in C. 340/04; CGARS, 4 settembre 2007, n. 719; Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514).

¹² Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

modificazioni, dall'art. 1 della legge n. 248 del 4 agosto 2006), secondo il quale le società a capitale integralmente pubblico o misto, costituite o partecipate da regioni o da enti locali, ed aventi ad oggetto la produzione di beni o di servizi strumentali all'attività di tali enti, devono operare solo con gli enti costituenti, partecipanti od affidanti, e non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né partecipare ad altre società oppure ad altri enti.

Secondo la Plenaria tale previsione si limita infatti a rafforzare «la regola dell'esclusività», «evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro», ma non incide in via escludente sulla necessità di ricorrere alla preventiva evidenza pubblica.

Quanto invece all'oggetto delle sperimentazioni gestionali, l'art. 9 *bis* si limita a prevedere, in negativo, che, al di fuori dei programmi di sperimentazione gestionale, «è fatto divieto alle aziende del Servizio sanitario nazionale di costituire società di capitali aventi per oggetto sociale lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute». Tale assunto ha condotto parte della giurisprudenza a ritenere che i modelli di sperimentazione gestionale possano essere utilizzati solo per l'esercizio di compiti diretti di tutela della salute¹³ (come già accennato, si è ad esempio ricondotto al modello delle sperimentazioni gestionali ex art. 9 *bis* cit. l'accordo concluso fra la regione ed un Irccs di diritto privato per l'affidamento congiunto al secondo non solo della gestione di posti letto appartenenti a struttura sanitaria pubblica e della formazione del personale della struttura pubblica, ma altresì della cura dei pazienti¹⁴), e non anche per le relative attività strumentali (si pensi, ad esempio, ai servizi di lavanderia oppure alle forniture di materiale sanitario, o infine ancora alla gestione di strutture come le officine ortopediche¹⁵).

A ben vedere, però, la citata disposizione introduce il riferito limite solo in relazione allo strumento delle società di capitali. Inoltre il comma terzo dell'art. 9 *bis*, nel prevedere che «la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, [...] verifica annualmente i risultati conseguiti [...], *ivi comprese le forme di collaborazione in atto con soggetti privati per la gestione di compiti diretti di tutela della salute*», può lasciare intendere che le forme di collaborazione con soggetti privati per la gestione di compiti diretti di tutela della salute non siano l'unico possibile oggetto delle sperimentazioni gestionali.

Un quadro sostanzialmente analogo a quello sin qui descritto è offerto dalla legislazione regionale, che tutt'oggi non sembra essersi spinta oltre la mera ricognizione dell'esistente o l'assoluta indifferenza al modulo di cui all'art. 9 *bis*¹⁶.

Quanto infine al ruolo del soggetto pubblico nei progetti di sperimentazione gestionale, se è vero che l'art. 9 *bis* rimette alle regioni ed alle Province autonome l'autorizzazione dei programmi di sperimentazione, non sembra però potersi escludere *a priori* che, dopo il rilascio dell'autorizzazione da parte delle regioni o delle Province autonome, il soggetto pubblico coinvolto direttamente nel progetto possa (ed anzi debba preferibilmente) essere (anche) la asl, cui potrebbero ragionevolmente ricondursi anche facoltà di proposta e di promozione. Non pare invece potersi riconoscere in capo alla asl

¹³ Si v., *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 14 marzo 2003, n. 462.

¹⁴ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 luglio 2005, n. 1237.

¹⁵ Si v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2003, n. 4594.

¹⁶ Si v. la ricostruzione della legislazione sanitaria regionale nel quinquennio 2001-2005 effettuata da R. BALDUZZI, *Cinque anni di legislazione sanitaria decentrata*, in *Le Regioni*, 2005, fasc. 5, 717 ss., spec. 726-727.

il potere di autorizzazione, e ciò tanto in ragione del tenore letterale dell'art. 9 *bis* quanto in ragione della circostanza che la titolarità del servizio spetti all'amministrazione regionale.

Il quadro sin qui descritto consente di formulare qualche riflessione sul rapporto fra il modulo delle sperimentazioni ed il rispetto del principio concorrenziale nella fase di accesso al mercato.

La riconosciuta necessità di osservare in ogni caso i principi e le regole dell'evidenza pubblica sembra fungere a tal fine da adeguata garanzia, tanto più ove si ritenga, come appare preferibile, che essa abbia una forza espansiva, vale a dire che possa riferirsi anche alle eventuali forme di sperimentazione diverse ed ulteriori rispetto al modulo della società mista. Lo stesso è a dirsi con riferimento alla circostanza che la possibilità di accedere ai programmi di sperimentazione sia prevista a beneficio degli operatori senza alcuna distinzione fra quelli accreditati e quelli non accreditati, evitando così la duplicazione funzionale delle barriere all'ingresso in capo a determinati soggetti. Per qualsiasi tipo di sperimentazione è comunque necessaria, oltre alla convenzione di sperimentazione (a valle), la preventiva autorizzazione regionale o della Provincia autonoma, che tuttavia può considerarsi rispettosa del modulo concorrenziale solo nella misura in cui i requisiti per conseguirla siano oggettivamente verificabili sulla base di parametri predefiniti, riducendo al minimo la discrezionalità esercitabile dall'amministrazione. In relazione a questo profilo il quadro normativo vigente risulta invece ancora deficitario, ed andrebbe pertanto opportunamente integrato¹⁷.

Lo stesso è a dirsi con riferimento alla disciplina del rapporto fra le diverse tipologie di operatori astrattamente ammissibili alla erogazione del servizio (aziende ospedaliere, aziende universitarie, Irccs, soggetti accreditati, soggetti coinvolti nelle sperimentazioni), nel momento in cui, con forza e peso spesso differenti, finiscono per contendersi le quote di mercato lasciate disponibili dalle asl.

L'aspetto da ultimo evidenziato rileva peraltro, pur se in misura minore, anche in relazione alle condizioni per operare nel mercato dopo avervi fatto ingresso.

Le riferite condizioni, quanto allo specifico caso delle gestioni sperimentali, risultano peraltro sotto diversi profili lontane dal modulo concorrenziale.

Così è a dirsi, ad esempio, per la circostanza che il diritto degli utenti di scegliere il presidio di cura sia limitato alle strutture accreditate che abbiano stipulato appositi accordi contrattuali con l'amministrazione titolare del servizio (primo limite), sempre che esse non abbiano raggiunto il volume massimo di attività esercitabili per conto del Ssn (secondo limite). Il diritto di scelta risulta altresì in qualche modo limitato in ragione delle tariffe imposte dal regolatore per tipologie di prestazioni (terzo limite). La prima di tali previsioni andrebbe però quanto meno coordinata con il quadro normativo esistente in materia di sperimentazioni, il quale non prevede discriminazioni fra soggetti accreditati e non accreditati con riferimento alle possibilità di accesso al mercato. Non solo, ma la sperimentazione di forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati dovrebbe comportare poteri di controllo sul servizio prestato ben più incisivi di quelli esercitati tramite l'accreditamento. Anche

¹⁷ La stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato, già nell'audizione al Senato n. 175 del 20 maggio 1999, aveva del resto rilevato la necessità di sostituire - in tema di autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali - l'esercizio delle previste valutazioni discrezionali con semplici attività di accertamento fondate su criteri oggettivi, «al fine di assicurare una più ampia tutela della concorrenza tra operatori», di favorire l'ingresso nel sistema di nuovi operatori, e di garantire agli utenti la libertà di scegliere fra gli operatori.

le previsioni sul volume di attività e sulla determinazione delle tariffe andrebbero poste a sistema col quadro normativo previsto per le sperimentazioni, e occorrerebbe domandarsi – o chiarire – se le prime si applichino pure alle seconde. Si è voluto ovviamente omettere ogni notazione critica sulle citate previsioni in punto di scelte di politica legislativa.

La necessità di domandarsi o chiarire se il relativo modello sia applicabile pure alle sperimentazioni gestionali emerge anche per le norme, a più marcata vocazione concorrenziale, in materia di criteri di riparto dei finanziamenti fra le strutture diverse dalle asl eroganti prestazioni sanitarie per conto del Ssn (si pensi a parametri quali l'efficienza della gestione, il numero delle attività svolte nell'ambito e per conto della rete dei servizi di riferimento, il costo *standard* di produzione del programma di assistenza, il numero dei pazienti in assistenza, il raggiungimento degli obiettivi in rapporto ai programmi di attività ed ai livelli di spesa programmati, le caratteristiche della prestazione fornita in termini quali-quantitativi, l'efficienza della organizzazione aziendale e/o personale strumentale alla erogazione della prestazione stessa).

Si pone invece nuovamente ad una certa distanza dal modulo concorrenziale il potere della p.a. di determinare unilateralmente l'uscita dal mercato di alcuni operatori, inclusi i *partners* delle sperimentazioni, i quali possono essere estromessi se l'amministrazione rimuove in via di autotutela l'autorizzazione alla gestione sperimentale. In ipotesi come queste risultano peraltro più difficili la chiara predefinizione delle condizioni di esercizio del potere e la conseguente riduzione al minimo della discrezionalità: la valutazione (discrezionale) della sussistenza di ragioni di interesse pubblico a sostegno della via dell'autotutela si configura infatti quale elemento dal quale è difficile prescindere.