

## Gruppo di studio su “Le politiche sanitarie”

3° sottogruppo

### Regolazione pubblica e *providers* pubblici e privati

*di Melania D’Angelosante*

#### SETTORE DI INTERESSE

**Servizi sanitari e concorrenza nel diritto comunitario e nel diritto interno, con particolare riferimento al caso delle sperimentazioni gestionali**

ATTUALE STATO DELL’ARTE RELATIVO AL SETTORE DI INTERESSE, CON INDIVIDUAZIONE DI PROFILI DI CRITICITÀ E SUGGERIMENTO DI PERCORSI DI STUDIO

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 e di prestazione dei servizi, 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 fatto<sup>1</sup>, 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, la deroga di cui all’art. 45 TCE «per [...] le attività che [...] partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri». Le riferite considerazioni determinano poi la necessità di aprire un confronto anche con gli artt. 50, 52, 53 e 54, contenenti indicazioni sulla definizione della nozione di «servizi» ai sensi del Trattato e sulla loro liberalizzazione, a prescindere dalla relativa qualificazione come attività di interesse generale ai sensi del diritto comunitario. 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 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».

---

<sup>1</sup> 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).

Questo a riprova delle fasi alterne e spesso contraddittorie che negli ultimi hanno caratterizzato la posizione delle istituzioni e della giurisprudenza comunitaria in materia.

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, tenendo presente il parametro del sistema organizzativo previsto dal quadro normativo di riferimento, di effettuare una ricognizione empirica dei modelli organizzativi effettivamente adottati nell'ordinamento interno, trascorrendo dalla dimensione regionale a quella locale;
- b) in secondo luogo, dopo aver preliminarmente tentato di capire se e come l'Azienda sanitaria possa essere considerata impresa ai sensi del diritto comunitario, di valutare la compatibilità dei modelli analizzati rispetto ai principi ed alle regole in materia di concorrenza e di mercato interno, nonché di valutare la riconducibilità degli eventualmente rilevati scollamenti dal regime concorrenziale alla sola ipotesi di deroga ammessa, vale a dire alla ipotesi di cui all'art. 86 comma 2 TCE;
- c) infine, di ricavare, sia dall'analisi delle esperienze interne ritenute più virtuose e rispettose del parametro imposto a livello comunitario, sia dall'analisi di qualche esperienza straniera (sarebbe ad esempio interessante un parallelismo fra le dimensioni del mercato o quasi-mercato in Italia ed in Inghilterra), possibili suggerimenti per il miglioramento del modello esistente nell'ordinamento interno, nella prospettiva del raggiungimento del rapporto ottimale fra aderenza al regime concorrenziale e garanzia della specifica missione di servizio pubblico e/o generale.

\*\*\*\*\*

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». 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». 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».

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 (anche con riferimento alla contendibilità dei mezzi di produzione);
- 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).

\*\*\*\*\*

Per la realizzazione dello studio nei termini sin qui indicati è necessario analizzare, in una prospettiva multilivello, fonti normative e giurisprudenziali comunitarie e interne, con particolare riferimento alla dimensione regionale e locale ed agli atti di pianificazione, nazionali, regionali e locali.

È altresì necessario l'esame degli atti, provvedimentali e convenzionali (verosimilmente attingendo ad un campione ampio e diversificato), cui siano riconducibili le forme di organizzazione dei servizi sanitari esistenti nelle diverse realtà regionali e locali, soprattutto con riferimento al modulo delle sperimentazioni gestionali.

Quanto all'apparato ulteriore di fonti di sostegno, sarebbe ovviamente opportuno attingere non solo alla letteratura giuridica, ma altresì a quella economica.

Allo stesso modo sarebbe utile analizzare, con lo stesso metodo, qualche esperienza straniera, non però al fine di realizzare una mera comparazione, ma per tentare di trarre dal confronto, nei limiti del possibile in relazione alle caratteristiche del sistema interno, eventuali

suggerimenti per il miglioramento del modello da esso proposto, nella prospettiva, come si diceva, del raggiungimento del rapporto ottimale fra aderenza al regime concorrenziale e garanzia della specifica missione di servizio pubblico e/o generale.