

VERSO UN SSN “A TRAZIONE PRIVATA” TRA EQUIVOCI E DOGMI: BREVI RIFLESSIONI SULLA NECESSITÀ DI RIMEDITARE IL RUOLO DEL PRIVATO IN SANITÀ

“Towards a Privately-Led National Health Service between Misconceptions and Dogmas: Brief Reflections on the Need to Rethink the Role of the Private Sector in Healthcare”

Vittorio Pampanin *

Abstract [It]. Con riferimento alla disciplina dell’accreditamento, e più in generale dei rapporti tra pubblico e privato nel contesto dell’erogazione di prestazioni sanitarie, il contributo esamina la rinnovata affermazione di logiche concorrenziali e di mercato che, insieme alla prospettiva annunciata dal Governo di intervenire sulla disciplina in parola, suscita alcune preoccupazioni circa il peso sempre maggiore assunto dai soggetti privati nel SSN e le reali capacità di sopravvivenza di un sistema sanitario di cui deve essere ancora preservata la natura di servizio pubblico.

Abstract [En]. *With regard to the regulation of accreditation, and more generally to the relationship between the public and private sectors in the context of the provision of healthcare services, this contribution examines the renewed affirmation of market-oriented and competitive logics which, together with the Government’s announced intention to intervene in the relevant regulatory framework, raise concerns about the growing weight of private actors within the National Health Service and the actual capacity of the system to survive while preserving its nature as a public service.*

Parole chiave: accreditamento sanitario, programmazione, servizio pubblico, concorrenza, mercato amministrato

Keywords: *healthcare accreditation, healthcare planning, public service, competition, administered market*

SOMMARIO: 1. Premessa -2. Il rinnovato tentativo di instaurare logiche concorrenziali nei rapporti pubblico-privato in sanità e le criticità riscontrate nella sua attuazione -3. La pretesa equivalenza tra operatori pubblici e privati nel mercato amministrato della sanità -4. La questione dirimente della compatibilità tra mercato e servizio pubblico a tutela della salute: programmazione vs. concorrenza -5. (segue) Il rapporto programmazione -concorrenza alla luce della giurisprudenza amministrativa -6. La necessaria valorizzazione degli strumenti di regolazione pubblica a fronte della naturale tendenza espansiva della disciplina concorrenziale

1. Premessa

Il rapporto tra pubblico e privato in ambito sanitario rappresenta un nodo cruciale nell’architettura dei moderni sistemi di *welfare*, caratterizzandosi per l’intreccio di questioni giuridiche, economiche e sociali di grande rilevanza.

Ancora oggi, a distanza di quasi mezzo secolo dalla creazione del Servizio Sanitario Nazionale, la dialettica pubblico-privato in sanità non ha perso la sua centralità, configurandosi come una delle sfide strategiche per la sopravvivenza del nostro sistema di tutela della salute, tanto sotto il profilo della sostenibilità economica, quanto sotto quello della capacità di garantire prestazioni di qualità per tutti.

In questo senso, se per un verso è ormai accettata l'idea che il settore privato possa apportare competenze manageriali, capacità di investimento e flessibilità operativa complementari alle risorse e alle procedure del settore pubblico, dall'altro, rimane ferma la consapevolezza che la regolamentazione e la supervisione pubblica siano imprescindibili per consentire che l'erogazione dei servizi sanitari avvenga in ossequio ai principi di universalità, equità, appropriatezza e qualità, assicurando così il contenuto irrinunciabile del diritto alla salute tutelato dalla Costituzione.

L'analisi di tale interazione non può quindi prescindere dalla considerazione dei principi fondamentali sanciti in materia dalla Carta costituzionale, e in particolare dal suo articolo 32, che, oltre a riconoscere la salute come interesse della collettività, la eleva a diritto fondamentale dell'individuo, garantendo cure gratuite agli indigenti. Tale disposizione, replicando la forma espressiva già adottata all'art. 2, in materia di diritti inviolabili dell'uomo (ma si veda anche l'art. 3, comma 2), pone in capo allo Stato una responsabilità primaria nella tutela della salute, delineando un sistema sanitario a prevalente finanziamento pubblico. D'altra parte, il dettato costituzionale, all'art. 41, non sembra escludere a priori il coinvolgimento di soggetti privati anche nell'erogazione di prestazioni sanitarie, limitandosi a prevedere che l'attività economica non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare a danno alla salute¹.

Come noto, a fronte di queste previsioni di carattere generale, sono emerse in dottrina diverse interpretazioni in merito alla possibilità di ricavare dalla lettura della Costituzione una preferenza per un modello di assistenza sanitaria improntato al carattere pubblico o privato dei soggetti erogatori delle prestazioni.

Secondo un primo orientamento, basato su un'interpretazione letterale del testo, la Carta costituzionale non esprimerebbe alcuna preferenza per un modello di gestione marcatamente pubblicistico del sistema nazionale di tutela della salute², legittimando invero anche la

¹ * Ricercatore in tenure track di Diritto amministrativo - Università degli Studi di Pavia.

Sul rapporto tra utilità sociale ex art. 41 Cost. e attività economica in sanità cfr. E. JONA, *L'utilità sociale come limite all'iniziativa economica privata nell'organizzazione delle strutture private in sanità. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n.113 del 2022*, in *Rivista AIC*, 2023, n. 2, pp. 164-177.

² In tal senso vedi, *ex multis*, F. APERIO BELLA, *Pubblico, privato e comunità in sanità. Un'unificazione di prospettive nel paradigma collaborativo*, in *Diritto e Società*, 2024, n. 3, pp. 419-426; A. GIANNELLI, *Il sistema sanitario della regione Lombardia, tra "sussidiarietà competitiva" e "sussidiarietà partecipativa"*, in *federalismi.it*, 2024, n. 12; nonché E. CARUSO, *L'accreditamento nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2017, n. 1, p. 158, ove si afferma che «la Costituzione non definisce in modo preciso le forme e le modalità dell'intervento pubblico nel settore in questione, lasciando in tal modo alla discrezionalità/libertà politica del legislatore la scelta di come regolare il rapporto fra pubblico e privato, per altro verso essa garantisce l'attività privata rispetto a eventuali riserve in favore di soggetti pubblici». La concorrenza tra pubblico e privato nell'erogazione dei servizi sanitari troverebbe ulteriore riscontro a livello costituzionale nella previsione del principio di sussidiarietà orizzontale da parte dell'art. 118: in tal senso cfr. G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, n. 1, p. 93.

presenza di operatori privati nell'erogazione delle prestazioni sanitarie³.

Una diversa ricostruzione è invece offerta da chi, a partire da una lettura sistematica delle norme costituzionali, sostiene che è riscontrabile una scelta di fondo in favore della prevalenza del diritto alla salute rispetto a quello della libera iniziativa economica, dalla quale sia possibile ricavare anche l'idea che il privato non possa e non debba essere equiparato alla struttura pubblica nell'erogazione delle prestazioni sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale⁴.

Le due posizioni, pur condividendo alcuni elementi, come l'idea che quello sanitario costituisca in effetti «un servizio pubblico obbligatorio ad attivazione necessaria»⁵, sono in evidente contraddizione tra di loro in quanto, se assunte come punto di partenza di una riflessione sul ruolo dei privati nell'ambito del SSN, portano a sostenere soluzioni che si presentano sostanzialmente come contrapposte.

Accogliere l'idea, posta alla base del primo orientamento, che non vi sia alcun diritto costituzionale "tiranno" e che dunque la salute non prevalga sull'iniziativa economica⁶, significa, infatti, non soltanto legittimare la presenza del privato nella gestione pubblica del servizio sanitario, ma escludere in definitiva che il servizio stesso possa avere una caratterizzazione di natura prevalentemente (e soggettivamente) pubblicistica. Al contrario, ammettere la superiorità della previsione costituzionale *ex art. 32* rispetto a quella dell'art. 41, esprime non soltanto la doverosità costituzionale di un SSN pubblico, ma anche la

³ Cfr. R. FERRARA, *Il servizio sanitario nazionale oggi e gli operatori privati nel campo della sanità: qualche semplice spunto di riflessione*, in CERIDAP, 2023, n. 2, p. 178, ove l'Autore sostiene che «ci troviamo pertanto al cospetto di una doppia legittimazione, anche alla luce delle norme, originarie e derivate, del diritto dell'UE: da un lato, il diritto di chi vuole fare impresa, operando come soggetto collettivo nel campo della sanità oppure come professionista (medico, farmacista, infermiere, ecc.); dall'altro lato, sulla base di fondamentali norme della nostra Costituzione, la naturale tensione verso la creazione di modelli organizzati di servizio pubblico capaci di soddisfare le aspettative di prestazione delle persone».

⁴ Sostiene apertamente la superiorità del diritto alla salute rispetto agli altri diritti costituzionalmente garantiti F. PALLANTE, *Diritto alla salute e spesa sanitaria*, in *Diritto amministrativo*, 2024, n. 3, pp. 703-719, spec. 718, secondo il quale il diritto alla salute «è il presupposto logico, ancor prima che giuridico, di tutti gli altri diritti costituzionali: ciò che l'art. 32, co. 1, Cost. sancisce attribuendo al solo diritto alla salute l'espressa qualifica di diritto "fondamentale"», concetto peraltro già espresso e approfondito già in precedenza in ID., *Il diritto alla salute. Soprattutto*, in *Salute internazionale*, 2023, disponibile su www.saluteinternazionale.info, ove l'Autore spiega anche come «diversamente dal diritto alla salute, la libertà d'iniziativa economica privata non solo è invece priva di qualificazione rafforzata da parte della Carta fondamentale, ma è, al contrario, proclamata in forma già limitata nella sua stessa formulazione costituzionale» con la conseguenza che «è la Costituzione per prima, in altre parole, a operare tra diritto alla salute e iniziativa economica privata un bilanciamento ineguale, assicurando all'articolo 32 prevalenza sull'articolo 41». In linea con quanto espresso da Pallante vedi anche M. Geddes de Filicaia, C. Giorgi, *L'espansione del privato in sanità*, in *Politiche sociali*, 2023, n. 3, pp. 441-442 ove gli Autori affermano che «presupposto irrinunciabile resta quanto dettato dall'articolo 3, 2° comma della Costituzione, dedicato al principio di uguaglianza sostanziale e dall'articolo 32. Quest'ultimo qualifica infatti il diritto alla salute come unico diritto sociale espressamente fondamentale. Ne consegue che garantirne l'esigibilità e la tutela comporta un rilancio e potenziamento del servizio sanitario pubblico, universalmente garantito, senza alcuna discriminazione di accesso, finanziato attraverso la fiscalità generale progressiva, volto a intervenire sui fattori che incidono sulla salute individuale e collettiva».

⁵ In questi termini cfr. N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, vol. I, Giuffrè, Milano 2005, p. 630.

⁶ Secondo quanto chiarito dalla stessa Corte costituzionale in occasione delle note pronunce Corte cost. 23 marzo 2018, n. 58; 9 maggio 2013, n. 85.

necessaria preminenza della componente pubblica nella concreta erogazione del servizio⁷.

È stata peraltro evidenziata in dottrina l'esigenza di tenere sempre a mente che «interrogarsi sulla costituzionalità del principio di equivalenza tra pubblico e privato e sulla coerenza di quest'ultimo con il quadro della legislazione statale rischia di condurre l'interprete verso soluzioni che risentono della propria cultura politica di riferimento e più in generale del proprio personale orizzonte assiologico»⁸.

Volendo prestare attenzione a tale monito, si cercherà dunque di ricavare dall'osservazione della disciplina positiva in materia di tutela della salute alcuni elementi significativi della relazione pubblico privato in sanità, che consentano di restituire una maggiore consapevolezza circa le criticità associate alla perdurante trasformazione del SSN in un modello misto di erogazione delle prestazioni.

Le riflessioni che si tenterà di sviluppare presuppongono tutte la comune constatazione di come, alla luce delle significative e perduranti condizioni problematiche del SSN, l'ingresso sempre più massiccio di operatori privati (accreditati) nel servizio sanitario nazionale non abbia comportato l'ottenimento dei vantaggi auspicati in occasione della riforma operata nel 1992, ma, anzi, abbia sostanzialmente perpetuato le difficoltà esistenti (in termini di sostenibilità economica del sistema), con l'aggravante di aver favorito un ulteriore decadimento della qualità dei servizi erogati nelle strutture pubbliche, contribuendo a determinare un sostanziale allontanamento dall'obiettivo di dare effettiva attuazione al modello di tutela della salute previsto in Costituzione⁹.

Se dunque l'apertura del SSN ad un sistema di erogazione misto, in cui il privato ha assunto un ruolo quasi sostitutivo di quello del pubblico per buona parte delle prestazioni erogate a tutela della salute, ha condotto ad uno stato di fatto in cui la salute non è più garantita nella sua pienezza a tutti gli individui, tanto da avere «un SSN annoverato fra i sistemi pubblici di stampo Beveridgeano, fondamentalmente perché alimentato quasi esclusivamente dal gettito fiscale, che presenta una delle quote di spesa privata più elevate in Europa»¹⁰, occorre allora riconsiderare l'importanza del modello originario di SSN sancito

⁷ Cfr. ad esempio F. RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova 1995, ove l'Autore sostiene che una certa interpretazione del principio di solidarietà, letto in connessione con la garanzia costituzionale dei diritti sociali, comporterebbe per lo Stato l'obbligo di intervenire direttamente, tramite istituzioni pubbliche, per assicurare l'erogazione delle prestazioni e dei servizi correlati a tali diritti.

⁸ Cfr. A. GIANNELLI, *Il sistema sanitario della regione Lombardia, tra "sussidiarietà competitiva" e "sussidiarietà partecipativa"*, in *federalismi.it*, 2024, n. 12, p. 256. In tal senso vedi anche F. APERIO BELLA, *Pubblico, privato e comunità in sanità*, cit., p. 417, ove si sottolinea come «il tema del rapporto tra pubblico e privato in sanità è vissuto tradizionalmente in chiave oppositiva, portando con sé un forte carico ideologico, confermato dalla ciclica polarizzazione del dibattito pubblico e politico sul tale snodo».

⁹ Sulle conseguenze negative associate alla cessione di attività pubbliche al privato in un sistema sanitario che, come il nostro, nasce come modello universalistico di erogazione delle prestazioni, cfr. B. GOODAIR, A. REEVES, *Outsourcing health-care services to the private sector and treatable mortality rates in England, 2013-20: an observational study of NHS privatization*, in *Lancet Public Health*, 2022, 7(7), pp. 638-646.

¹⁰ Cfr. F. SPANDONARO, D. D'ANGELA, B. POLISTENA (a cura di), *Senza riforme e crescita, SSN sull'orlo della crisi*, XVIII ed. del Rapporto Sanità elaborato dal Centro per la Ricerca Economica Applicata in Sanità (C.R.E.A. Sanità), 2022, p. 29.

dal legislatore nel 1978¹¹, riportando al centro dell'intervento di riforma del settore sanitario il ruolo delle strutture pubbliche nell'erogazione delle prestazioni¹².

In questa prospettiva, oltre all'osservazione critica dello sviluppo in atto, si cercherà di prospettare alcuni correttivi, utili quantomeno a riconsiderare, se non a ridimensionare, il ruolo degli operatori privati nel SSN, che ormai da anni tende a crescere sempre più nel contesto di una progressiva e, apparentemente inarrestabile, privatizzazione del servizio pubblico¹³.

La sfida giuridica, di non facile soluzione, risiede nella definizione di un quadro normativo che sappia ristabilire il giusto equilibrio tra interessi potenzialmente divergenti, assicurando una dinamica collaborativa tra pubblico-privato, che si traduca in un effettivo beneficio per la collettività senza compromettere i principi fondamentali del nostro sistema sanitario costituzionalmente orientato¹⁴.

Evidentemente le scelte poste in essere sino ad oggi, orientate al rafforzamento della presenza di operatori privati nell'erogazione di prestazioni sanitarie per conto del SSN, hanno ormai ampiamente dimostrato di non aver risolto i problemi, in termini di efficienza e di qualità del sistema, che le aveva a suo tempo giustificate, rischiando, invece, di aggravare la situazione attuale e di rappresentare un ostacolo al possibile cambio di rotta che si rende ormai sempre più necessario.

Appare così condivisibile quanto espresso recentemente da una parte della dottrina sulla necessità «di rimeditare l'approccio di favore per il mercato e di considerare l'intervento pubblico come un'opzione più coerente con la garanzia dell'erogazione universale e necessitata di prestazioni connotate da standard minimi di qualità»¹⁵.

¹¹ Esigenza espressa ad esempio da R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del SSN*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, p. 468, ove l'Autore osserva che «la derivazione della tutela della salute, in quanto diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, dai principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di solidarietà (superando impostazioni paternalistiche e, si direbbe oggi, "compassionevoli"), e lo stretto legame tra la garanzia di tale diritto e l'organizzazione dei servizi sanitari che concorrono ad assicurarne la tutela sono acquisizioni preziose ancora oggi e possono, come vedremo al termine di questo contributo, orientare la riflessione sul futuro».

¹² In merito all'esigenza di «rimettere al centro del processo riformatore l'idea stessa di servizio pubblico e il suo ruolo» cfr. F. GIGLIONI, A. PIOGGIA, *Cosa riformare del servizio sanitario nazionale*, in *Astrid*, 2020, n. 7, p. 1, ove gli Autori sottolineano criticamente come se da un lato «si è ritenuto che fosse sufficiente la definizione dei livelli essenziali di assistenza, affinché le esigenze di servizio pubblico fossero soddisfatte», dall'altro «l'"ossessione" per gli aspetti economico finanziari si è tradotta, soprattutto nell'ultimo decennio, in una serie di tagli orizzontali (essenzialmente su personale e posti letto) che hanno impoverito la sanità nel suo complesso, senza peraltro risolvere gli sprechi».

¹³ In tal senso occorre tenere a mente l'insegnamento di Umberto Pototschnig, per il quale «la riflessione di diritto amministrativo è sempre strumentale rispetto ad un obiettivo concreto collocato nella dimensione sociale; è, cioè, un apporto per uno svolgimento ulteriore, che non può essere relegato nell'ambito del mero fenomeno giuridico, perché preme verso un mutamento più incisivo»: in questi termini cfr. E. CASSETTA, *Il sistema di diritto amministrativo in Umberto Pototschnig*, in *Amministrare*, 2001 (anno XXXI), n. 3, relazione tenuta in occasione del Convegno *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig*, presso l'Università di Pavia il 4 maggio 2001.

¹⁴ In tal senso cfr. C. IAIONE, *Il diritto all'innovazione sostenibile per l'investimento nelle infrastrutture sociali. Un'analisi empirica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, n. 6, p. 301 ss., ove si sottolinea che «la sfida odierna di molti Paesi è quella di assicurare la sostenibilità finanziaria dei propri sistemi sanitari pubblici senza pregiudicare i valori di copertura universale».

¹⁵ C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi alla collettività: il conflitto irrisolto tra mercato e tutela sociale dei bisogni della collettività*, in www.giustizia-

2. Il rinnovato tentativo di instaurare logiche concorrenziali nei rapporti pubblico-privato in sanità e le criticità riscontrate nella sua attuazione

Il controverso rapporto pubblico-privato in sanità è tornato di stretta attualità in particolare negli ultimi anni da quando, con l'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, approvata con la legge 5 agosto 2022, n. 118, il moto oscillatorio, che ha sempre caratterizzato la legislazione statale in materia sanitaria¹⁶, si è spostato nuovamente in favore del polo privato, o meglio del mercato.

Nel recente sviluppo della normativa in ambito sanitario si è invero manifestato un ulteriore tentativo di promuovere logiche di mercato all'interno del SSN, quasi a voler riproporre, seppur in altre vesti e con alcuni accorgimenti, gli stessi principi che avevano ispirato la prima grande riforma del SSN attuata nel 1992¹⁷.

Promotrice di questo rinnovato impulso in favore di un maggiore spazio da assicurare alla concorrenza nelle dinamiche interne al SSN è stata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato -AGCM che, nella sua funzione istituzionale di *advocacy* al Parlamento¹⁸, ha

amministrativa.it, pubblicato il 28 ottobre 2020.

¹⁶ L'immagine del pendolo che oscilla tra gli estremi rappresentati dalla natura pubblica o privata degli soggetti erogatori delle prestazioni nell'ambito del SSN è usata efficacemente da R. FERRARA, *Il servizio sanitario nazionale oggi e gli operatori privati nel campo della sanità*, cit., pp. 181-182, ove si spiega che «il rapporto pubblico-privato viene in un primo momento, ossia nella fase “eroica” di costruzione del servizio sanitario nazionale ad opera della sua legge istitutiva, plasmato e conformato da una logica decisamente pubblicistica, laddove successivamente, nella fase per così dire intermedia rappresentata dal d.lgs. n. 502/1992, sembra affermarsi la regola ordinante della pari dignità e della parità delle armi fra gli operatori pubblici e quelli privati, con la dichiarata, manifesta approvazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per giungere ad un terzo step, con il d.lgs. n. 229/1999, così come successivamente modificato e integrato, contrassegnato dal parziale recupero dei principi e delle opzioni di fondo del primo periodo».

¹⁷ Con riferimento all'impostazione data al SSN dalla riforma del 1992, cfr. 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, n. 5, p. 1271 ss., ove si osserva che «la legislazione degli anni 1992-1994 tratteggia quindi un sistema “aperto”, in cui, fermo restando il rispetto dei requisiti qualitativi, non vi sono “barriere” all'accesso dei privati. Alla base vi è l'idea che la creazione di un meccanismo competitivo tra soggetti pubblici e privati, tra i quali l'utente possa liberamente scegliere, unitamente alla rigidità del sistema di remunerazione a prestazione per tariffe determinate, possa portare ad una crescita dell'efficienza degli erogatori e dei livelli qualitativi delle prestazioni. Non potendo giocare sul “prezzo”, i produttori, pubblici e privati, di servizi sanitari dovrebbero contendersi il favore dell'utenza puntando sulla qualità, avviandosi in tal modo percorsi virtuosi». In senso analogo vedi anche R. CALANNI, *Accreditamento istituzionale delle strutture sanitarie e tetti di spesa tra libertà di scelta e diritto di iniziativa economica - brevi riflessioni*, in *AmbienteDiritto.it*, 2007, § 1, ove si evidenzia che «la *ratio* ispiratrice del nuovo sistema stava nel favore per la concorrenza tra i produttori di prestazioni sanitarie, guardando ai benefici che per tale via avrebbero conseguito d'un canto l'efficienza e la qualità del prodotto sanitario e dall'altro il contenimento della spesa».

¹⁸ Nell'esercizio dei propri poteri di *competition advocacy*, l'Antitrust può segnalare al Parlamento, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti, alle Regioni e agli Enti locali interessate ingiustificate restrizioni della concorrenza che derivino da esistenti provvedimenti legislativi o da atti amministrativi di carattere generale, esprimendo il proprio parere sulle iniziative necessarie per rimuovere o eliminare le rilevate distorsioni concorrenziali (art. 21). L'Antitrust inoltre può, d'ufficio o su istanza di amministrazioni ed enti pubblici interessati, svolgere attività consultiva sulle iniziative legislative e regolamentari e, più in generale, sui problemi riguardanti la concorrenza e il mercato (art. 22). Dal 2010 l'Autorità, per agevolare il legislatore nella definizione del disegno di Legge annuale per la concorrenza, invia periodicamente al Parlamento e al Governo la segnalazione di proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza, nella quale si individuano i principali nodi critici sotto il profilo concorrenziale del quadro normativo nazionale e

proposto alcune modifiche alla disciplina sugli operatori privati esercenti attività di assistenza sanitaria¹⁹.

L'obiettivo sotteso alle proposte era quello garantire un'efficiente allocazione delle risorse economiche e una maggiore libertà di scelta per gli assistiti riguardo al luogo di cura e al medico, attraverso l'incremento del livello di concorrenzialità nell'accesso delle strutture private all'erogazione delle prestazioni sanitarie, nella convinzione che l'apertura alla concorrenza nel settore sanitario rappresenti lo strumento più idoneo per promuovere un migliore sfruttamento dei fondi pubblici, in conformità con i vincoli di spesa²⁰.

A tal fine l'Autorità aveva chiesto di modificare l'articolo 8-ter, comma 3, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, per svincolare l'accesso delle strutture private non convenzionate con il SSN dalla verifica del fabbisogno regionale, nonché di rivedere anche gli artt. 8-quater e seguenti del medesimo decreto, abolendo il regime di accreditamento provvisorio e stabilendo l'obbligo di accreditamento definitivo per nuove strutture o attività.

Questa prima soluzione non ha poi trovato accoglimento da parte del legislatore, che ha dunque ritenuto opportuno mantenere il vincolo del fabbisogno regionale, quale espressione di un principio di programmazione considerato necessario per prevenire possibili distorsioni del mercato connesse all'introduzione incontrollata di soggetti privati, che si sarebbero altrimenti prodotte in sua assenza.

Si è invece tramutata in vera e propria modifica normativa del d.lgs n. 502/1992 l'ulteriore proposta dell'Autorità, tesa a conformare il sistema di convenzionamento delle imprese private secondo parametri di selezione non discriminatoria, periodica e trasparente. A tal fine, era stato suggerito di inserire una norma che prevedesse selezioni periodiche regionali, pubblicizzate e seguite da verifiche sistematiche degli operatori convenzionati per razionalizzare la rete²¹.

Tale modifica ha in effetti trovato riscontro nella previsione dell'art. 8-quinquies dedicata agli accordi contrattuali ove, con l'inserimento del comma 1-bis, è stato sancito che "I soggetti privati di cui al comma 1 sono individuati, ai fini della stipula degli accordi contrattuali, 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. La selezione di

si formulano possibili proposte di riforma. Sul punto cfr. G. MAZZANTINI, *La funzione di "advocacy" dell'Agcm a trent'anni dalla sua istituzione*, in *Merc. conc. reg.*, 2023, n. 1-2, pp. 247-249.

¹⁹ Cfr. AGCM, AS1730 -*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza. Anno 2021*, pp. 46-47, disponibile in www.agcm.it. L'Autorità aveva già posto in evidenza il contrasto tra la disciplina di accreditamento delle strutture sanitarie private in occasione del Parere relativo allo schema del d.lg. del 1999 (di modifica del d.lg. n. 502), AS175, del 19 maggio 1999, Norme per la razionalizzazione del servizio sanitario nazionale. Sul punto vedi anche M. LOTTINI, *Il concorso dei privati al servizio sanitario nazionale: alternativi al pubblico o succedanei al pubblico?*, in *Foro amm. TAR*, 2008, n. 9, p. 2553 ss.

²⁰ In questo senso le motivazioni sono sovrapponibili a quelle che avevano ispirato la riforma del 1992, su cui si vedano i riferimenti riportati *supra* in nota n. 17.

²¹ L'AGCM aveva inoltre sottolineato la necessità di aumentare la disponibilità di informazioni sulle performance delle strutture pubbliche e private, rendendo accessibili bilanci delle ASL e dati qualitativi, come le liste di attesa, in modo da favorire la scelta del luogo di cura da parte degli utenti, al fine di orientare la domanda verso le strutture più efficienti, creando una concorrenza tra strutture pubbliche e private convenzionate.

tali soggetti deve essere effettuata periodicamente”²².

L'intervento di riforma attuato mediante l'art. 15 della legge n. 118/2022, pur avendo introdotto significative innovazioni nella disciplina di selezione degli operatori economici ammessi a stipulare accordi per l'erogazione di prestazioni sanitarie a carico del SSN, non ha comunque comportato il superamento del requisito della programmazione attraverso cui deve essere garantita la compatibilità dell'attività dei soggetti privati con l'interesse pubblico alla tutela della salute²³. In questo senso, infatti, è stabilito che il processo di selezione tenga in considerazione la programmazione sanitaria regionale, le verifiche inerenti alla razionalizzazione della rete convenzionata e, per i soggetti già vincolati da accordi contrattuali, l'attività pregressa²⁴.

A livello nazionale, le disposizioni della Legge Concorrenza si sono concretizzate nel Decreto del Ministero della Salute del 19 dicembre 2022 (noto come D.M. 19 dicembre 2022). All'interno di questo decreto, l'Allegato B illustra i requisiti di sicurezza, appropriatezza e qualità che gli erogatori privati di servizi sanitari sono chiamati a soddisfare, e che devono essere presi in considerazione dalle Regioni e Province Autonome nelle loro selezioni.

Il decreto ministeriale aveva inizialmente concesso alle amministrazioni regionali e provinciali autonome un periodo di nove mesi per calibrare i criteri dell'Allegato B in base al loro contesto territoriale e alle tipologie di strutture sanitarie presenti. Questa tempistica è stata oggetto di ripetute proroghe che hanno spostato la data di scadenza al 31 dicembre 2026²⁵, essendo comunque rimasta ferma la possibilità da parte delle regioni di accreditare nuove strutture sanitarie ai sensi del d.lgs 30 dicembre 1992, n. 502. Successivamente è intervenuta la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023, che ha previsto la sospensione dell'efficacia delle disposizioni di cui agli articoli 8-*quater*, comma 7, e 8-

²² In senso critico su questa soluzione si è espresso F.G. ANGELINI, *La partecipazione dei privati al SSN tra servizio pubblico, concorrenza e discrezionalità amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 2, p. 412, secondo il quale «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 d.lgs. 502/1992 configura una fattispecie peculiare che resta impermeabile, nei limiti di quanto evidenziato nel presente lavoro, rispetto ai principi e alle regole europee poste a tutela della concorrenza».

²³ Cfr. V. CIACCIO, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di concorrenza nel settore sanitario*, in *Rivista AIC*, 2024, n. 3, p. 178, ove si sottolinea come, «dunque, resta ferma la priorità logica e assiologica della programmazione sulla concorrenza e tale impostazione riflette la scelta, compiuta direttamente in Costituzione, di accentramento nella Repubblica della tutela del diritto fondamentale alla salute, anche in un'ottica di superamento delle disuguaglianze».

²⁴ Cfr. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Pubblico e privato nella tutela della salute. Sulle misure introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza e dalle nuove disposizioni in tema di assistenza territoriale*, in *Nuove Autonomie*, 2022, n. 3, p. 785, secondo la quale le disposizioni in esame hanno impresso solo parzialmente nuova linfa alla concorrenza nel servizio sanitario «e comunque non al punto di poter assumere superato il pieno assoggettamento dell'attività privata ad un penetrante controllo preventivo e dunque alla sottoposizione ad un regime contrassegnato dal previo atto amministrativo». Nello stesso senso si esprime anche E. BRUTI LIBERATI, *La legge annuale sulla concorrenza e la sua difficile attuazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, n. 2, p. 150, ove si osserva come tali due disposizioni appaiano «di per sé neutre rispetto al tema - controverso e politicamente sensibile - del rapporto tra sanità pubblica e sanità privata».

²⁵ Termine prorogato dall'art. 4, comma 7-*bis*, D.L. 30 dicembre 2023, n. 215, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 febbraio 2024, n. 18 e, successivamente, così sostituito dall'art. 4, comma 7, lett. c), D.L. 27 dicembre 2024, n. 202, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2025, n. 15.

quinquies, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 502/1992, nonché del decreto del Ministro della salute 19 dicembre 2022, fino agli esiti delle attività del Tavolo di lavoro per lo sviluppo e l'applicazione del sistema di accreditamento nazionale e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2026²⁶.

Questo sostanziale “congelamento” della nuova disciplina, introdotta con la legge n. 118/2022, si spiega in ragione delle numerose criticità che sono state evidenziate, tanto da parte di associazioni di categoria quanto di operatori del settore, in relazione al contenuto della riforma, alla luce delle prime iniziative di attuazione ad opera delle amministrazioni regionali²⁷. Alcune Regioni e Province Autonome avevano infatti avviato i loro processi di attuazione, seppur in modo non omogeneo, con tempistiche e modalità differenti, dovute alla complessità del tema e alla sua natura innovativa²⁸.

In termini generali, regioni come Liguria, Emilia-Romagna e Umbria, hanno aggiornato le loro normative in conformità con la Legge Concorrenza, stabilendo la necessità di attuare procedure di selezione che siano eque e trasparenti per identificare gli operatori privati accreditati da contrattualizzare²⁹. Per quanto riguarda specificamente le procedure di selezione, Toscana ed Emilia-Romagna hanno anche fornito i primi criteri e linee guida per garantire coerenza nell'operato delle aziende sanitarie locali, che dovranno gestire tali procedure³⁰.

Fin dalle prime discussioni sulla riforma, è stata messa in dubbio la sua compatibilità con alcuni principi costituzionali che regolano il nostro servizio sanitario.

Anzitutto, è stata sollevata la preoccupazione che la Legge Concorrenza 2021 potesse invadere le competenze legislative che la Costituzione garantisce a Regioni e Province Autonome in materia di tutela della salute, mettendo in discussione l'equilibrio tra Stato ed enti locali. Un altro aspetto critico ha riguardato una potenziale discriminazione tra strutture sanitarie private e pubbliche, dal momento che la riforma introdurrebbe un sistema basato sulla concorrenza solo per le prime, lasciando le strutture pubbliche al di fuori di questo meccanismo, in contrasto con la logica stessa dell'apertura del mercato alla concorrenza.

Sono poi state evidenziate criticità diverse a seconda della prospettiva di osservazione adottata. Per un verso, nell'ottica degli operatori già accreditati e contrattualizzati, è stata

²⁶ Cfr. art. 36, l. 16 dicembre 2024, n. 193 “Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023”.

²⁷ Cfr. A. ROSI, M. DENICOLÒ, *Sanità e concorrenza. Al via le nuove procedure per il convenzionamento con il servizio sanitario: stato di attuazione, novità, spunti di riflessione*, Focus Team Healthcare & Life Sciences, Studio Bonelli Erede, 18 ottobre 2024, disponibile in www.belex.com/knowledge-sharing/

²⁸ In relazione ad una prima esperienza di attuazione della nuova disciplina cfr. A. SANTUARI, *L'accreditamento sanitario della Regione Sicilia alla luce della legge n. 118/2022 (legge per la concorrenza)*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2024, n. 4, pp. 52-56.

²⁹ Altre Regioni, come l'Abruzzo, hanno avviato dialoghi formali con l'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (AGENAS) per approfondire e definire le modalità di attuazione della riforma. Infine, alcune Regioni, come la Lombardia, hanno recentemente iniziato a censire i posti letto accreditati, un passo fondamentale per la programmazione delle future procedure di selezione: cfr. in tal senso Delibera della Giunta Regionale della Regione Lombardia del 5 agosto 2024, n. 2966.

³⁰ Con riferimento alla Regione Toscana, cfr. la Delibera della Giunta Regionale del 9 ottobre 2023, n. 1150; per la Regione Emilia-Romagna, la Delibera della Giunta Regionale dell'8 luglio 2024, n. 1470 “Attuazione del D.M. del Ministro della salute 19 dicembre 2022. Approvazione criteri di selezione delle strutture private accreditate”.

evocata una potenziale lesione del loro legittimo affidamento³¹: molti di loro hanno infatti sostenuto investimenti significativi per realizzare e accreditare le proprie strutture. La riforma, per di più in assenza di un periodo transitorio, impedirebbe a tali soggetti di recuperare questi investimenti attraverso l'assegnazione di quote di budget non più riconosciute secondo il criterio del "costo storico", idoneo a garantire loro la necessaria stabilità e continuità. Nella stessa prospettiva, occorre peraltro considerare, come già anticipato, che le indicazioni fornite a livello statale riguardo alle modalità e ai tempi delle nuove procedure di selezione si sono dimostrate piuttosto generiche e indeterminate, lasciando così alle Regioni e alle Province Autonome ampi margini di manovra, con la conseguenza di aver determinato la creazione di un quadro di notevole incertezza³².

Nella diversa prospettiva dei reali fruitori del SSN, ossia i cittadini, si è invece riproposta la questione della compatibilità tra le logiche di mercato e la garanzia del diritto alla salute. Quest'ultimo, infatti, nell'interpretazione offerta dall'art. 32 Cost. e dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale chiamato a darne concreta attuazione, dovrebbe essere assicurato a tutti secondo principi di universalità, continuità, sussidiarietà, prossimità delle cure e libertà di scelta, rispetto ai quali ci si è chiesto se un approccio troppo concorrenziale possa minare tali pilastri portando ad una sostanziale disgregazione del servizio pubblico sanitario.

Al momento in cui si scrive è in discussione il Ddl Senato n. 1578 "Legge annuale per il mercato e la concorrenza per il 2025", nell'ambito del quale l'articolo 7 andrebbe a integrare le previsioni di cui agli articoli 8-*quater*, comma 7 e 8-*quinquies*, comma 1-*bis*

del d.lgs. n. 502/92, nella formulazione risultante dall'entrata in vigore dell'articolo 15 della legge n. 118/2021, fissando alcuni indirizzi volti a vincolare in chiave pro-concorrenziale i lavori del tavolo interistituzionale incaricato dell'individuazione dei criteri per l'effettuazione delle gare.

La disposizione in particolare prescrive di preservare la continuità assistenziale articolata per tipologia di paziente/assistito e relativa fragilità, avendo cura di differenziare, con diverse procedure ad evidenza pubblica, la valutazione tra il rinnovo e le nuove richieste volte alla stipula degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies*, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 502/1992. Il senso di tale previsione sarebbe quello di imporre procedure diverse per

³¹ Cfr. ad esempio T.A.R. Toscana, sez. II, 7 luglio 2024, n. 804, punto 3, in cui la società ricorrente «ravvisava altresì un contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione, con riferimento all'affermata disparità di trattamento tra strutture pubbliche e private, e con l'art. 97, posto che la richiesta del confronto concorrenziale tra imprese già accreditate lederebbe il legittimo affidamento di queste ultime all'assegnazione, *sic et simpliciter*, di budget per l'erogazione di prestazioni sanitarie convenzionate». Analogo profilo emerge anche nella sentenza T.A.R. Sicilia -Palermo, sez. I, 31 luglio 2024, n. 2373, ove tuttavia «ad avviso del Collegio, non rileva sul piano giuridico che posizioni, quali quelle dei soggetti già accreditati e contrattualizzati, si siano protratte nel tempo con una certa stabilità anche nell'assegnazione dei budget (nota la questione della cd. spesa storica), in quanto tale posizione -soprattutto alla luce della evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi anni -non può ritenersi una posizione adeguatamente consolidata, e come tale tutelabile, solo per essersi protratta per un tempo ragionevolmente lungo».

³² Infine, non si può ignorare che queste nuove norme stanno determinando costi aggiuntivi irragionevoli per gli operatori privati. Questi costi derivano sia dalla necessità di adeguarsi ai requisiti prescritti dal D.M. di riferimento, sia dalla partecipazione alle nuove procedure di selezione, rappresentando un ulteriore onere per le strutture.

i *newcomers* rispetto ai soggetti già contrattualizzati che aspirano a un rinnovo, al fine di scongiurare il rischio che l'esperienza propria dei soggetti che vantano un rapporto contrattuale preesistente possa costituire un vantaggio competitivo e dunque una barriera all'ingresso.

Nonostante sia ancora in fase di elaborazione, la riforma dell'accreditamento sembra così mostrare, stando al testo di questo ddl, una particolare attenzione per le esigenze espresse dagli operatori economici privati accreditati, assicurando, da un lato, un principio di tutela per i soggetti già contrattualizzati, grazie al riferimento alla necessità di preservare la continuità assistenziale del paziente/assistito; dall'altro, garantendo procedure separate e distinte per i soggetti solamente accreditati che aspirino a diventare concessionari del SSN. Il timore è che queste misure possano produrre un rafforzamento della presenza di operatori nel SSN senza che ciò porti con sé alcun tipo di miglioramento del sistema in termini di efficienza e di qualità dell'offerta di prestazioni per i cittadini. Prevedere due distinti regimi di selezione del contraente, uno per il rinnovo dei contratti in essere e uno per la stipula di contratti con nuovi operatori, sembra infatti una soluzione non propriamente rispondente allo spirito della riforma introdotta con la legge n. 118/2021, non essendo tanto tesa all'individuazione dell'operatore più competitivo nell'erogare le prestazioni sanitarie, in vista di un miglioramento dell'efficienza del servizio pubblico, quanto piuttosto a favorire l'apertura del mercato all'ingresso di ulteriori operatori rispetto a quelli già presenti.

3. La pretesa equivalenza tra operatori pubblici e privati nel mercato amministrato della sanità

Il dibattito sulle modalità di gestione del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) risente della più generale questione di fondo concernente la compatibilità tra l'erogazione di servizi pubblici essenziali e l'introduzione di logiche concorrenziali³³. In questo senso, il problema risiede nella potenziale antitesi tra le dinamiche proprie del mercato -fondate sulla competizione, sull'efficienza economica e sulla massimizzazione del profitto - e i principi ispiratori del servizio pubblico, quali l'universalità, l'equità, l'accessibilità e la solidarietà³⁴.

³³ Cfr. F. MARONE, *Servizi pubblici locali e società pubbliche nel quadro della costituzione economica*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2024, n. 1, p. 741, ove si sottolinea come, consistendo nell'esercizio di una «funzione amministrativa finalizzata alla realizzazione di un interesse collettivo. Questo rende la gestione di un servizio pubblico, in astratto, difficilmente armonizzabile con il principio di concorrenza». Sulla rinnovata valorizzazione a livello nazionale e comunitario dell'intervento pubblico nei mercati si vedano le recenti riflessioni di A. LUCARELLI, *L'articolo 43 della Costituzione: l'attualità dei suoi principi e prisma della forma di Stato*, in *Diritto Pubblico Europeo*, 2024, n. 2, pp. 256-269 e D. GALLO, *La relazione tra servizi pubblici, tutela della concorrenza e solidarietà nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Unione Europea e diritti*, 2025, n. 1, p. 5 ss.

³⁴ Cfr. C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi alla collettività* cit., ove, con riferimento al rapporto tra le esigenze "sociali" connesse alla gestione dei servizi pubblici e le istanze di tutela del mercato, si sostiene che «la configurazione di un assetto regolativo equilibrato risulta, infatti, minata dalla costante (e, per certi versi, non risolvibile) tensione tra la necessità di assicurare i caratteri della universalità, della parità di accesso, della qualità delle prestazioni e della continuità nella loro erogazione e l'esigenza di proteggere, allo stesso tempo, un accesso libero e competitivo degli operatori al mercato della gestione dei servizi di rilevanza economica». In merito all'approccio europeo in relazione al rapporto tra servizio sanitario e principi di mercato, si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in *Merc. conc. reg.*, 2009, n. 1, p. 179 ss.

La sempre più ampia affermazione e promozione delle logiche proprie di un regime di mercato concorrenziale, nell'ambito dell'erogazione di prestazioni sanitarie per conto del SSN, nasconde invero un "equivoco" particolarmente insidioso che consiste nell'idea, spesso riaffermata, secondo cui pubblico e privato possano coesistere nello stesso settore senza che ciò abbia conseguenze negative sul perseguimento dell'interesse pubblico³⁵. Questa convinzione, notoriamente orientata all'efficienza e alla valorizzazione delle risorse pubbliche³⁶, trascura però un elemento fondamentale: la natura solidaristica del servizio sanitario. La struttura organizzativa dell'erogazione delle prestazioni di assistenza sanitaria è infatti, per sua essenza, finalizzata alla realizzazione di un principio di solidarietà sociale, che trascende le mere logiche contrattuali o economiche³⁷.

La solidarietà implica che l'accesso alle cure non sia condizionato dalla capacità di pagare o dalla convenienza economica per l'erogatore, ma sia garantito a tutti in ragione del bisogno. Considerare le prestazioni sanitarie alla stregua di qualsiasi altro servizio di mercato, cercando di sottometerle alle leggi della domanda e dell'offerta, equivarrebbe a snaturare la loro finalità pubblica e a compromettere l'universalità del sistema. In questo senso è stato sottolineato in dottrina che «i noti obiettivi di risultato dell'efficacia e dell'efficienza, dell'equilibrio costi-ricavi, ecc. debbono essere necessariamente apprezzati secondo uno scrutinio di comparazione fra valori che non può essere meccanicisticamente limitato al mero fatto gestionale, alla semplice evidenza di un risultato misurabile secondo i principi dell'analisi costi-benefici o della contabilità analitica, e dunque totalmente a prescindere dall'impatto relazionale e sociale (sulla persona come sulla collettività organizzata) che viene finalmente a prodursi»³⁸.

In altri termini, la natura solidaristica del diritto alla salute impedisce di trattarla come qualunque altro bene, sottoponendola a dinamiche di competizione tali da pregiudicarne la funzione sociale e costituzionale³⁹, con la conseguenza che risulta difficile considerare

³⁵ Cfr. M. GEDDES DA FILICAIA, C. GIORGI, *L'espansione del privato in sanità*, in *Politiche sociali*, 2023, n. 3p. 432, secondo i quali «si è andata così rafforzando la convinzione che la salute sia un bene soggetto -almeno in larga parte -ai criteri di mercato e che in una società "libera" pubblico e privato debbano collocarsi sullo stesso piano e agire competitivamente». In senso critico cfr. G.M. RACCA, voce *Salute*, in *Enc. dir.*, I tematici, III, Funzioni amministrative, Milano, 2022, p. 1006, secondo la quale «occorre superare il preteso principio di equiordinazione tra i presidi pubblici e privati che negli ultimi anni si è tradotto in maggiori oneri per il SSN e ha depotenziato lo "Stato sociale" e i connessi benefici per gli utenti finali».

³⁶ Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, in *Astrid-online*, 2024, n. 9, p. 13, ove si evidenzia che «la progressiva privatizzazione viene attuata con una logica in cui il costo del privato viene pagato dal pubblico con l'ipotesi di garantire la sostenibilità del sistema finanziario».

³⁷ Questo aspetto viene sottolineato anche in R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel Servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in *Foro amm. TAR*, 2003, n. 7-8, p. 2500 ss., ove si sottolinea che «non è soltanto l'art. 32 Cost. a risultare, invero, di necessaria e doverosa applicazione, ma egualmente il principio solidaristico, di cui all'art. 2, e la regola dell'eguaglianza in senso sostanziale di cui all'art. 3 comma 2, Cost. o, per meglio dire, lo stesso art. 32 alla luce degli artt. 2 e 3, Cost.».

³⁸ Così R. FERRARA, *op. cit.*, p. 2500 ss., ove però si precisa anche «che non viene, in questo modo, rimesso in discussione il ruolo dei privati, nel contesto dell'organizzazione complessa e della gestione complessiva del servizio, e men che mai ne viene revocata in dubbio la legittimazione nel sistema, sia in quanto strutture suppletive e di supporto rispetto alle aziende sanitarie pubbliche, sia in quanto imprenditori privati *tout court*, al di fuori di ogni rapporto di accreditamento con il servizio sanitario nazionale».

³⁹ In tal senso cfr. M. NOERA, M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, n. 2, pp. 296-297, ove si chiarisce che «in aree come la sanità (e in generale

pienamente commensurabili/comparabili, e quindi assimilabili tra loro, operatori pubblici e operatori privati (o quantomeno quelli *for profit*)⁴⁰.

Molti dei problemi che si presentano nel sistema sanitario sono in buona parte riconducibili a questo equivoco e al tentativo, sempre più perseguito negli anni, di introdurre canoni tipici delle realtà di mercato in un contesto che naturalmente, se non addirittura costituzionalmente, non può piegarsi alle logiche utilitaristiche che inevitabilmente governano le attività economiche private (salvo che si faccia riferimento agli enti *non profit*)⁴¹⁴².

Questo processo, attuato a partire dalla prima riforma del SSN del 1992, si è concretizzato, come noto, secondo due principali linee di intervento del legislatore, l'una volta a introdurre concetti e criteri di funzionamento tipici del mondo imprenditoriale nel tessuto dell'amministrazione sanitaria secondo i dettami del *New Public Management* (principalmente con la trasformazione in aziende delle strutture ospedaliere e delle ASL)⁴³, l'altra volta invece ad aprire alle logiche del mercato la funzione di erogazione delle prestazioni (con il passaggio dal sistema di convenzionamento a quello di accreditamento di tipo aperto, convertito soltanto nel 1999 nell'attuale sistema di quasi-mercato o mercato amministrato).

di molti altri beni comuni), il mercato fallisce come allocatore sia per la fisiologica impossibilità di realizzare condizioni perfettamente concorrenziali, sia per insopprimibili asimmetrie informative» e «i canoni dell'economia neo-classica del benessere e dunque la maggior efficienza del mercato non reggono quindi neppure in astratto, sia a causa dei fallimenti del mercato, sia perché la filosofica sociale su cui sono basati è incompatibile con l'equa distribuzione dei benefici». Pertanto, sempre secondo gli autori, «proteggere la salute dell'individuo economicamente più debole o meno sano perché la salute individuale e collettiva) è un bene comune che, in quanto tale, attribuisce primariamente allo Stato la responsabilità di garantirla secondo principi di equità ed universalità. È quindi semmai il mercato a dover supplire ove lo Stato fallisca, ma senza derogare agli obiettivi generali di equità e di universalità».

⁴⁰ Cfr. A. PETRETTO, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, in Atti del Convegno "Diritto alla salute tra unità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto", Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Firenze, 2009, p. 6, ove, sotto il profilo economico, si chiarisce che «in *Health care* si possono determinare situazioni di insufficienza di offerta per il prevalere di condizioni monopolistiche, quando l'organizzazione per la fornitura di servizi sanitari si concentra territorialmente laddove maggiori sono i rendimenti privati degli investimenti, per cui si possono generare monopoli locali che sfruttano la posizione di rendita spaziale. In altri territori, dove i rendimenti sono più bassi date le aspettative di domanda, invece, si avrebbe una carenza di presidi e quindi un'offerta di prestazioni carente», ragione, questa, che consente di spiegare «la razionalità di unire alla *public provision* anche la *public production* di prestazioni, secondo cui il settore pubblico non solo finanzia con la fiscalità la prestazione di cure, ma anche è chiamato a effettuarne direttamente l'erogazione».

⁴¹ Con riferimento al ruolo degli operatori sanitari *non profit* si veda in particolare il recente contributo di F. APERIO BELLA, *Pubblico, privato e comunità in sanità*, cit., p. 441 ss.

⁴² Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit., p. 13, ove secondo l'autore «l'idea era che il mercato avrebbe potuto sostituire buona parte della sanità pubblica, magari spendendo di meno, senza tener conto che il privato ha il prevalente obiettivo di generare profitti».

⁴³ Cfr. in argomento, *ex multis*, cfr. A. DI PAOLO, *L'introduzione del New Public Management e della Balanced Scorecard nel processo di riforma dell'Amministrazione pubblica italiana*, in *Economia pubblica*, n. 3-4, 2007, pp. 155-179; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Quadrare il cerchio tra efficienza, qualità e accesso universale alla sanità. La riforma "Tory" del "National Health System" inglese*, in *Munus*, 2011, n. 2, pp. 381-412; L. FRANCESCHETTI, *"New Public Management" e "New Public Governance" per l'innovazione organizzativa in sanità: il caso dell'"Open Meeting" Grandi Ospedali*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2024, n. 3, p. 1 ss.

Tali trasformazioni hanno sostanzialmente indotto a ritenere che si sia ridotta la distanza funzionale tra pubblico e privato nella misura in cui entrambe le tipologie di erogatori agiscono ora in base a criteri di produttività, economicità e rendicontazione.

Ciò emerge anche dalla rappresentazione che parte della dottrina dà del rapporto tra regolazione del servizio pubblico (in veste di programmazione) e concorrenza, nel senso di ritenere ormai inevitabile, pur con diverse sfumature, l'accoglimento dei canoni tipici di un mercato aperto alla competizione anche nel servizio sanitario.

In questo senso vi è da un lato chi sostiene che «pianificazione e concorrenza possono coesistere, nella misura in cui si riconosca alla seconda la capacità di rafforzare la giustizia sociale e alla prima un valore generale ed indicativo»⁴⁴; dall'altro chi afferma «sia necessario superare quella visione contrapposta tra pubblico e privato che, oltre a non operare alcuna distinzione qualitativa all'interno di tale seconda componente, non ha sin qui consentito uno sviluppo sinergico e complementare delle due componenti erogatrici del SSN»⁴⁵.

Altri, invece, evidenziano l'esistenza di una «posizione differenziata (percepita talvolta come di parziale privilegio) che contraddistingue le strutture pubbliche rispetto a quelle private accreditate operanti nell'ambito del servizio sanitario», come conseguenza della mancata completa implementazione delle logiche concorrenziali nel settore sanitario⁴⁶.

⁴⁴ In questi termini si esprime R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Pubblico e privato nella tutela della salute. Sulle misure introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza e dalle nuove disposizioni in tema di assistenza territoriale*, in *Nuove Autonomie*, 2022, n. 3, p. 787, ove sottolinea che «negare i benefici della concorrenza sull'effettività delle scelte pubbliche significa non fornire un contributo utile al dibattito che cerca di intercettare le nuove direttrici lungo cui si muove la scienza del diritto amministrativo», riconoscendo inoltre che, alla luce della modifica introdotta dalla legge concorrenza del 2022, «nella strutturazione del servizio sanitario nazionale, l'apertura ad un mercato definibile concorrenziale sembra più netta rispetto a quanto complessivamente desumibile dalla disciplina previgente».

⁴⁵ Cfr. F.G. ANGELINI, *La partecipazione dei privati al SSN tra servizio pubblico, concorrenza e discrezionalità amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 2, p. 374-775, ove si sottolinea che «l'approccio prevalente della dottrina e della giurisprudenza si è incentrato esclusivamente sugli esiti sociali del processo concorrenziale, guardando perciò alla tutela giuridica della concorrenza rinvenibile nell'art. 41 Cost., da un lato, quale necessaria preconditione per l'esercizio della libertà di iniziativa economica, intesa cioè nel senso di libertà di accedere e rimanere sul mercato (dimensione soggettiva); e, dall'altro, quale necessaria conseguenza di tale dimensione soggettiva, come una specifica struttura del mercato nella quale nessuno degli operatori è in grado di influenzarne le dinamiche (dimensione oggettiva)», così che «il contenuto della tutela giuridica della concorrenza risulta dunque limitato alla mera tutela della libertà di accesso al mercato e, sotto altro profilo, nel dovere di non ostacolare il pieno spiegarsi del processo concorrenziale [...] inteso quale mero fatto in grado di generare progresso economico quale suo esito naturale».

⁴⁶ Cfr. S. PELLIZZARI, L. PARONA, *Il servizio sanitario nazionale alla prova della disciplina europea in materia di aiuti di Stato*, in *Diritto Pubblico*, 2022, n. 3, p. 933 ss. L'attenta analisi dei profili inerenti l'organizzazione e i compiti delle aziende unità sanitarie locali, dai quali viene tratta la constatazione di una posizione di vantaggio delle stesse rispetto alle strutture private accreditate -che si manifesterebbe nella possibilità da parte delle ASL di «poter assegnare alle concorrenti dei propri presidi sanitari (le strutture accreditate) le "quote di mercato" ad esse spettanti nell'ambito delle prestazioni finanziabili dal SSN» -appare, tuttavia, condotta soltanto nei confronti delle strutture pubbliche, senza cioè operare una simile ricostruzione anche con riferimento ai «vantaggi» di cui, per converso, possono godere le strutture private accreditate. Nella prospettiva degli autori «il rischio che la ripartizione avvenga così in modo discriminatorio, o comunque maggiormente vantaggioso per le strutture pubbliche, è solo in parte mitigato dall'obbligo, discendente dai principi generali dell'azione amministrativa, di compiere tale scelta in base ad elementi oggettivi e non arbitrari, quale sarebbe ad esempio l'ingiustificata fissazione di tetti più elevati per le strutture pubbliche, le quali risulterebbero così favorite nel raggiungimento di economie di scala difficilmente realizzabili da parte dei privati accreditati».

Più in generale si osserva una certa “assuefazione” all’idea che strutture pubbliche e strutture private si pongano sullo stesso piano, operando in condizioni analoghe nel mercato dell’erogazione di prestazioni sanitarie per conto del SSN.

La differenza di trattamento giuridico riservata ai soggetti accreditati/contrattualizzati viene quindi messa in discussione in quanto considerata un ostacolo alla corretta esplicazione degli effetti positivi normalmente associati ad una relazione concorrenziale tra pubblico e privato: alcuni di questi trattamenti differenziati sono percepiti come “di favore” per le strutture pubbliche, in quanto lesivi del principio di “parità delle armi”. Ci si riferisce in particolare al limite imposto alle strutture accreditate private rappresentato dai tetti di spesa, che però non valgono per le strutture pubbliche, alle quali è imposto di erogare le prestazioni assistenziali richieste anche qualora ciò comporti il superamento dei budget prestabiliti⁴⁷.

Sulla specifica questione si è espressa da tempo la stessa Corte costituzionale, chiarendo che «la censura riferita all’art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento tra strutture accreditate, pubbliche e private, e tra strutture private che erogano o meno prestazioni per conto del S.s.n., del pari non è fondata», sottolineando che la equiordinazione delle prime «deve infatti essere esclusa, tra l’altro, in quanto la doverosa peculiarità connessa alla natura pubblica della struttura comporta che su di essa grava l’obbligo di prestare i servizi, anche oltre il tetto di spesa assegnato»⁴⁸.

Meno considerati in letteratura appaiono, invece, i numerosi vincoli imposti agli erogatori pubblici, la cui valorizzazione risulta indispensabile per comprendere come l’idea stessa di “parità delle armi”, sottesa al principio di concorrenza spesso richiamato dagli operatori privati accreditati⁴⁹, sia invero evocata per giustificare una maggiore presenza di questi ultimi nel SSN, e non in quanto vi sia una reale e ingiustificata disparità di trattamento tra le due categorie di soggetti erogatori.

⁴⁷ Sul punto, *ex multis*, cfr. A. GIANNELLI, *Il sistema sanitario della regione Lombardia, tra “sussidiarietà competitiva” e “sussidiarietà partecipativa”*, in *federalismi.it*, 2024, n. 12, p. 238. In giurisprudenza, cfr. TAR Calabria, sez. I, 20 aprile 2016, n. 1041, in cui si puntualizza che «le strutture pubbliche, a differenza delle strutture private, sono tenute a rendere la prestazione anche nell’ipotesi di superamento dei tetti di spesa, in chiave di tutela del diritto alla salute dei cittadini». Più in generale, sui diversi profili problematici riguardanti l’istituto dei tetti di spesa in sanità, cfr. B. SCIASCIA, *I tetti di spesa sanitaria tra tutela del cittadino, programmazione finanziaria e rispetto della concorrenza*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2023, n. 3, pp. 87-102.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent., 2/04/2009, n. 94, punto 7.3, ove si afferma inoltre che «la evidente diversità delle situazioni delle strutture private che erogano prestazioni per conto del S.s.n., ovvero di privati, rende inoltre chiara l’insussistenza della denunciata violazione del principio di eguaglianza in riferimento a queste fattispecie in comparazione».

⁴⁹ In giurisprudenza, cfr., per tutte, Decisione Commissione Europea 4 dicembre 2017-7973 *final*, in cui una struttura sanitaria privata, la Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo, ritenendosi lesa dagli aiuti economici pubblici riservati a strutture sanitarie pubbliche, aveva sostenuto che, a seguito delle riforme della sanità del 1992 e del 1999, fosse stata introdotta la piena concorrenza tra strutture sanitarie pubbliche e private nella fornitura di servizi sanitari per conto del S.s.n. o di servizi su richiesta del cittadino. Da ciò, secondo il denunciante, ne sarebbe conseguita l’esistenza di un mercato con operatori economici in concorrenza tra loro, basato sul principio di libertà di scelta degli utenti. Sulle considerazioni espresse dalla Corte di giustizia cfr., tra gli altri, F.G. CUTTAIA, *La concorrenza in sanità e la garanzia della tutela della salute del cittadino*, in *federalismi.it*, 2023, n. 7, p. 45; S. PELLIZZARI, L. PARONA, *Il servizio sanitario nazionale alla prova della disciplina europea in materia di aiuti di Stato*, cit., p. 939 ss.

In questa prospettiva, occorre innanzitutto ricordare che le strutture pubbliche di erogazione delle prestazioni sono tenute, a differenza di quelle private, a istituire obbligatoriamente per legge alcune tipologie di unità specializzate, quali il dipartimento di medicina di emergenza per le aziende ospedaliere⁵⁰; il dipartimento di salute mentale e quello di prevenzione, entrambi nell'ambito dell'ASL⁵¹.

Queste unità organizzative sono funzionali all'erogazione di prestazioni non soltanto riferite a servizi a domanda collettiva (in particolare quelli di prevenzione), che attengono alla più ampia categoria degli interventi di *public health*, per definizione necessariamente garantiti da strutture pubbliche⁵², ma anche a servizi a domanda individuale come, ad esempio, quello di c.d. pronto soccorso, per quanto riguarda la medicina di urgenza, o quelli di cura e riabilitazione dei cittadini che presentano patologie psichiatriche, per quanto concerne la salute mentale. Tali servizi a domanda individuale sono obbligatoriamente resi al cittadino da parte delle strutture pubbliche, le quali non possono dunque rifiutarsi di fornirli, a differenza delle strutture private che invece sono in condizione di scegliere, in fase di stipulazione del contratto, quali prestazioni erogare per conto del SSN. Sotto questo profilo, è stato infatti messo in evidenza come, più in generale, un sistema di quasi-mercato incentivi il prodursi del fenomeno c.d. *cherry picking* (o *cream skimming*), una strategia opportunistica che può essere operata dai soggetti privati accreditati/convenzionati mediante la scelta delle tipologie di prestazione sanitaria per loro più favorevoli (in termini di minor complessità e maggiore margine di profitto) da erogare per conto del SSN⁵³.

⁵⁰ Cfr. art. 4, comma 1-bis, lett. d), d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, in base al quale «nell'ambito della riorganizzazione della rete dei servizi conseguente al riordino del sistema delle aziende previsto dal presente decreto, le regioni possono proporre la costituzione o la conferma in aziende ospedaliere dei presidi ospedalieri in possesso di «dipartimento di emergenza di secondo livello, ai sensi dell'atto di indirizzo e coordinamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica 27 marzo 1992, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 76 del 31 marzo 1992 e successive modificazioni, secondo le specificazioni contenute nell'Atto di intesa tra Stato e regioni di approvazione delle linee guida sul sistema di emergenza sanitaria pubblicate nella Gazzetta Ufficiale n. 114 del 17 maggio 1996».

⁵¹ Per il dipartimento di salute mentale cfr. art. 3-*quinqies*, comma 3, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, relativo alle funzioni e all'organizzazione del distretto, ove si stabilisce che «trovano inoltre collocazione funzionale nel distretto le articolazioni organizzative del dipartimento di salute mentale e del dipartimento di prevenzione, con particolare riferimento ai servizi alla persona»; per il dipartimento di prevenzione, cfr. art. 7-*bis*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, ai sensi del quale «le regioni disciplinano l'istituzione e l'organizzazione del dipartimento della prevenzione secondo i principi contenuti nelle disposizioni del presente articolo e degli articoli 7-*ter* e 7-*quater*. Il dipartimento di prevenzione è struttura operativa dell'unità sanitaria locale che garantisce la tutela della salute collettiva, perseguendo obiettivi di promozione della salute, prevenzione delle malattie e delle disabilità, miglioramento della qualità della vita».

⁵² Come precisato da M. DEL VECCHIO, A. PRENISTINI, V. RAPPINI, *Livelli di integrazione dei dipartimenti di prevenzione*, in CERGAS Bocconi (a cura di), *Rapporto OASI 2015*, Milano, Egea, 2015, p. 443, «si tratta, per la maggior parte di prestazioni che hanno le caratteristiche dei *public goods* (impossibilità di funzionamento dei meccanismi di mercato) o per le quali non vi è una percezione dell'utilità tale da attivare una domanda individuale (quali, per esempio, sorveglianza sanitaria, prevenzione e promozione della salute, controllo delle malattie infettive, controllo dei fattori di rischio in ambienti di vita e lavoro)».

⁵³ Sul punto cfr. A. PETRETTO, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, cit., p. 10, ove si precisa inoltre che, nei Paesi dove si è fatto ricorso ad un mercato a concorrenza amministrata (quasi mercato) per l'erogazione delle prestazioni sanitarie, «contrariamente alle aspettative, si sono manifestati considerevoli aumenti di spesa pubblica, causati da *over-spending* e dal fenomeno dell'induzione della domanda da parte dell'offerta messa in atto dagli erogatori tesi ad accaparrarsi "clientela"». In tal senso vedi anche A. PIOGGIA,

Un altro ambito che contraddistingue il regime giuridico degli operatori pubblici rispetto a quelli privati accreditati/contrattualizzati attiene alla disciplina dei rapporti con il personale e ai vincoli di bilancio, che incidono sulle decisioni in materia di organico della struttura sanitaria.

Anche su questi profili, negli anni, è intervenuta in più occasioni la Corte costituzionale con alcune pronunce da cui è possibile trarre la conferma della netta differenza di condizioni in cui sono chiamate ad operare le strutture pubbliche rispetto a quelle private.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza del 9 maggio 2022, n. 113, in cui veniva censurata una disposizione regionale volta a imporre direttamente l'onere, da parte delle strutture sanitarie accreditate, di assumere personale dedicato ai servizi di cura alla persona con contratto di lavoro dipendente conforme al CCNL del settore, al fine di soddisfare i requisiti di carattere organizzativo necessari per conservare l'accreditamento⁵⁴. Il Consiglio di Stato, giudice rimettente, aveva dubitato anzitutto della compatibilità con gli artt. 3 e 41 Cost., in quanto capace di comprimere eccessivamente l'autonomia privata delle strutture sanitarie accreditate in termini di organizzazione dell'impresa.

Proprio con riferimento a questo profilo, la Corte ha affermato che «l'iniziativa economica privata, come enuncia il primo comma dell'art. 41 Cost., è oggetto di una libertà garantita, nella cui protezione si esprime, quale principio generale di ispirazione liberista, la tutela costituzionale dell'attività d'impresa, pur nel rispetto dell'“utilità sociale” con cui non può essere in contrasto (secondo comma dell'art. 41)», per cui «se è vero, quindi, che la libertà di impresa può essere limitata in ragione di tale bilanciamento, tuttavia, [...] per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale non deve essere arbitraria e, per un altro, gli interventi del legislatore non possono perseguirla con misure palesemente incongrue»⁵⁵.

Tali principi, secondo la Corte, devono essere rispettati anche nella disciplina legislativa di un'attività economica privata integrata in un pubblico servizio, in quanto essa è pur sempre espressione della libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost. e pertanto la previsione di un rigido requisito ulteriore di accreditamento si tradurrebbe in un

Quale sostenibilità per il servizio sanitario italiano?, in *Dir. amm.*, 2024, n. 3, pp. 733-734, ove si sottolinea che «un approccio universalistico ai bisogni di salute sconsiglia, tanto per cominciare, di muoversi su un piano di concorrenza fra pubblico e privato. Questa è possibile e utile solo quando tutti i concorrenti operano con logiche simili. Ma così non è. Il privato, infatti, tenderà ad occupare gli ambiti più redditizi, in cui ad un minore investimento corrisponde una maggiore remunerazione, lasciando impresidiati i servizi più complessi e costosi».

⁵⁴ Nella fattispecie in esame, la disposizione censurata (art. 9, comma 1, della L.R. Lazio n. 13 del 2018) costituiva una specificazione dei “requisiti ulteriori”, necessari, oltre i “requisiti minimi”, affinché le strutture sanitarie private potessero conseguire l'accreditamento; essa prevedeva che il “personale sanitario dedicato ai servizi alla persona” - ossia tutto tale personale, senza né eccezioni né graduazione in relazione alle varie figure professionali e alle relative mansioni e funzioni - dovesse avere con la struttura un “rapporto di lavoro di dipendenza”, connotato quindi dalla subordinazione, per di più regolato da una determinata contrattazione collettiva (quella posta dal CCNL sottoscritto dalle associazioni maggiormente rappresentative nel settore sanitario).

⁵⁵ Cfr. Corte cost. 9 maggio 2022, n. 113, punto 7.1. La Corte richiama a sostegno di questa posizione una serie di pronunce tra cui, *ex plurimis*, le sentenze n. 85 del 2020, n. 151 e n. 47 del 2018, n. 16 del 2017, n. 203 del 2016, n. 56 del 2015, n. 247 e n. 152 del 2010 e n. 167 del 2009.

limite irragionevole alla libertà di iniziativa economica privata, per difetto di ragionevolezza e proporzionalità, rispetto al fine sociale ultimo della tutela della salute⁵⁶.

La decisione assunta dalla Corte appare sintomatica di come il regime delle aziende sanitarie private sia considerato ontologicamente diverso da quello delle strutture pubbliche, venendo per questo “protetto” da eventuali interventi volti a ridimensionare le differenze esistenti sul piano dei rapporti di lavoro del personale sanitario che, incidendo sull’organizzazione interna di operatori economici, rischiano di incidere sulla loro autonomia imprenditoriale, senza un apparente nesso diretto con il fine pubblico di tutela della salute⁵⁷.

In tale prospettiva rileva richiamare anche la recente pronuncia n. 65 del 2025, in occasione della quale è stata vagliata la legittimità costituzionale di una disposizione regionale, che aveva esteso alle strutture private accreditate l’applicazione dell’art. 15-*nonies* del d.lgs. n. 502/1992 in materia di limiti di età per il ruolo di direttore sanitario⁵⁸.

La Corte ha in merito sottolineato che, nonostante le strutture private entrino a far parte del sistema sanitario pubblico⁵⁹, erogando prestazioni sanitarie per conto del SSN, «deve essere esclusa una loro equiparazione a quelle pubbliche, poiché non sussiste “omologia”, stante la evidente diversità delle situazioni delle strutture private che erogano prestazioni per conto del S.s.n.»⁶⁰. Da tale presupposto il giudice delle leggi ricava che le strutture

⁵⁶ In senso marcatamente critico sul merito della decisione e sull’«esplicito ancoraggio a un dato orientamento politico o economico» operato dalla Corte, cfr. M. BENVENUTI, *La Corte enuncia il “principio generale di ispirazione liberista” e la Costituzione si ferma ai cancelli delle cliniche private*, in *Giur. cost.*, 2022, n. 3, p. 1279c ss. Al contrario, si esprime in senso favorevole a una maggiore apertura alle evoluzioni europee in materia di tutela della concorrenza nella sanità S.R. VINCETI, *L’accreditamento istituzionale tra vincoli costituzionali e integrazione europea*, in *Giur. cost.*, 2022, n. 3, pp. 1299-1300, ove, secondo l’autore, «la sentenza in commento avrebbe potuto enfatizzare la tensione tra la disposizione regionale e il complesso di norme comunitarie deputate alla tutela della concorrenza, aprendo così una porta a scenari nuovi e più significativi per l’istituto dell’accreditamento istituzionale», così come «una maggiore enfasi sul profilo della “libera concorrenza” [...] avrebbe aperto il campo a sviluppi più suggestivi per la tutela della concorrenza e l’integrazione pubblico-privato in campo sanitario».

⁵⁷ Diversa è la ricostruzione proposta in merito in E. JONA, *L’utilità sociale come limite all’iniziativa economica privata nell’organizzazione delle strutture private in sanità* cit., pp. 175-176, ove l’Autrice sottolinea, con riferimento alla norma contestata, che «pare evidente il tentativo di parificare la gestione pubblica e privata dell’organizzazione sanitaria con la tutela del lavoro e delle lavoratrici e lavoratori (art.1, Cost., art. 4, Cost., art. 35, 1 comma, Cost.) e con il diritto dei beneficiari del Servizio sanitario nazionale all’erogazione di prestazioni. Tramite la tutela del lavoro si persegue il fine sanitario di avere un’organizzazione delle strutture private accreditate al Servizio sanitario nazionale efficienti che rispettano i diritti di coloro che lavorano nell’ambito dei servizi di cura alla persona».

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent., 16 maggio 2025, n. 65 relativa all’impugnazione da parte del Presidente del Consiglio dei ministri dell’art. 8, comma 1, della L.R. Puglia n. 24 del 2024, nella parte in cui dispone che “[a]lle strutture private accreditate con il Servizio sanitario regionale e a quelle autorizzate all’esercizio non si applica il limite di età massimo per lo svolgimento della funzione di responsabile sanitario previsto per le strutture pubbliche” dall’art. 15-*nonies*, comma 1, del d.lgs. n. 502 del 1992.

⁵⁹ In tal senso cfr. Corte cost., sent., 15 ottobre 2021, n. 195, ove già si evidenziava comunque che «il limite di età fissato dall’art. 15-*nonies* del D.Lgs. n. 502 del 1992 si inserisce nel quadro normativo della disciplina del lavoro pubblico, rispondendo a esigenze di carattere organizzativo/occupazionale, quel limite non può essere esteso alle strutture che operano nel settore privato, cui deve essere riconosciuta una spiccata autonomia gestionale».

⁶⁰ Cfr. Corte cost. n. 65/2025 cit., punto 4.4, ove si chiarisce che «l’accreditamento, infatti, pur attribuendo lo status di soggetto idoneo a erogare prestazioni per conto del SSN, che quindi giustifica la presenza di un potere pubblicistico particolarmente intenso, non è tuttavia in grado di determinare una mutazione ontologica della

private accreditate «non possono ritenersi tout court equiparate a quelle pubbliche, ciò che porta ad escludere che la ratio dell'art. 15-nonies, comma 1, rinvenuta da questa Corte nelle esigenze di carattere organizzativo/occupazionale sottese alla disciplina del lavoro pubblico, ricorra allo stesso modo con riferimento alle strutture accreditate, la disciplina dei cui rapporti di lavoro resta evidentemente attratta al regime privatistico»⁶¹.

Ne emerge nuovamente, e in termini ancora più espliciti, la evidente impossibilità, quantomeno sotto il profilo qui considerato (ma non solo), di considerare le strutture sanitarie pubbliche e quelle private accreditate come soggetti operanti sullo stesso piano, o a parità di condizioni, non potendo dunque le seconde nutrire legittime aspettative di un trattamento equivalente a quello riservato alle prime.

Occorre peraltro chiarire che i limiti relativi al personale, cui sono sottoposte le strutture pubbliche del SSN, sono ben più numerosi e vincolanti di quanto sia possibile qui approfondire⁶²; basti ricordare, tra i più incisivi, quello rappresentato dal Piano Triennale di Fabbisogno del Personale (PTFP), atto di programmazione adottato annualmente dalle amministrazioni pubbliche con una prospettiva triennale e approvato secondo la disciplina prevista dai relativi ordinamenti, che è stato introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 165 del 2001⁶³. In particolare, con riferimento alle aziende e gli enti del SSN, le linee guida definite con il D.M. 8 maggio 2018 prevedono che i PTFP devono essere predisposti in coerenza con i rispettivi atti aziendali, nel rispetto della legislazione vigente in materia di contenimento del costo del personale, essere compatibili con la cornice finanziaria del SSN, nonché essere approvati dalle rispettive regioni e successivamente adottati in via definitiva dalle aziende e dagli enti stessi⁶⁴.

natura delle strutture private accreditate e dei relativi rapporti di lavoro. Pertanto, poiché l'accreditamento assume i caratteri tipici di un atto attributivo di compiti pubblici, si è al cospetto di soggetti che erogano un servizio pubblico e al pubblico, “ma non quali organi delle aziende sanitarie, bensì mantenendo la loro identità”: per le strutture private accreditate, quindi, “non si evidenzia quella prevalenza della funzione pubblicistica [tale da] far scolorare il carattere imprenditoriale dell'attività” svolta». Su quest'ultimo profilo vedi Cass. civ., sez. un., sent. 14 dicembre 2023, n. 35092.

⁶¹ *Ibid.*, ove si richiama quanto già espresso anche nella giurisprudenza amministrativa in Cons. Stato, sez. III, sent. 5 luglio 2024, n. 5988.

⁶² Su alcune delle specificità del settore sanitario anche rispetto alla stessa disciplina del lavoro pubblico di cui al d.lgs. n. 165/2001, cfr. L. DEL VECCHIO, *Il lavoro in sanità tra regolazione giuridica e attualità emergenziale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2024, n. 2, pp. 183-184.

⁶³ Anche questa materia è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale, che con la sentenza del 21 luglio 2025, n. 114, ha dichiarato fondate le questioni di legittimità costituzionale inerenti alla disposizione dell'art. 5, comma 2, del d.l. n. 73 del 2024, come convertito, laddove prevedeva, al secondo periodo, che “[i] piani dei fabbisogni triennali per il servizio sanitario regionale predisposti dalle regioni sulla base della predetta metodologia sono approvati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, ai fini del riscontro di congruità finanziaria”, incidendo illegittimamente tanto sulla competenza legislativa residuale in materia di organizzazione regionale di cui all'art. 117, quarto comma, Cost., quanto sulla competenza legislativa concorrente in materia di tutela della salute di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.

⁶⁴ I vincoli finanziari cui sono sottoposti gli enti pubblici del SSN si ripercuotono, ovviamente, anche sulla remunerazione del personale sanitario, che risulta inferiore rispetto a quanto avviene nel privato: in tal senso cfr. F. SPANDONARO, D. D'ANGELA, B. POLISTENA (a cura di), *Senza riforme e crescita, SSN sull'orlo della crisi*, XVIII ed. del Rapporto Sanità elaborato dal Centro per la Ricerca Economica Applicata in Sanità (C.R.E.A. Sanità), 2022, p. 38, ove si sottolinea come un miglioramento del livello di equità nell'ambito dei servizi erogati

Da ultimo, deve essere sottolineato come l'impossibilità di considerare in competizione diretta le strutture pubbliche rispetto a quelle private, nel mercato amministrato della sanità, sia in parte dovuto anche all'obbligo delle prime di conformarsi alle norme sui contratti pubblici per l'approvvigionamento di attrezzature e servizi. Come noto, infatti, la disciplina del d.lgs. n. 36/2023 si applica principalmente agli enti e organismi pubblici, categorie nelle quali non è possibile ricondurre le strutture sanitarie private, anche se accreditate e contrattualizzate con il SSN⁶⁵.

Occorre peraltro osservare anche che, oltre a non essere soggetti ai vari vincoli cui sono sottoposte le strutture pubbliche, gli operatori privati accreditati godono di un ulteriore vantaggio "competitivo" dovuto alla condizione di evidente conflitto di interessi in cui versano, essendo contestualmente attivi tanto nel mercato delle prestazioni sanitarie private (c.d. spesa *out of pocket*), quanto in quello delle prestazioni sanitarie dispensate per conto del SSN con soldi pubblici. In questo modo essi, sfruttando il principio di libera scelta del paziente e le carenze pubbliche dovute al sottofinanziamento, sono messe in condizioni di indirizzare gli assistiti verso i propri servizi privati (a pagamento)⁶⁶.

4. La questione dirimente della compatibilità tra mercato e servizio pubblico a tutela della salute: programmazione vs. concorrenza

Nello specifico contesto della tutela della salute, la complessa dialettica tra servizio pubblico e mercato si focalizza attorno alla tensione irrisolta tra la programmazione sanitaria, intesa come strumento di pianificazione e indirizzo, e la promozione della concorrenza, in quanto potenziale vettore di efficienza e innovazione.

Da una parte, la programmazione sanitaria, storicamente radicata nel sistema italiano fin dall'istituzione del SSN, mira a razionalizzare l'offerta dei servizi, a distribuire le risorse in modo equo sul territorio e a orientare le politiche sanitarie in funzione dei bisogni della popolazione, al fine di assicurare una copertura universale e omogenea, mitigando le disuguaglianze e garantendo la qualità delle prestazioni⁶⁷. Dall'altra parte, l'apertura alla concorrenza del settore sanitario, sebbene spesso invocata con l'obiettivo di migliorare la

dal SSN possa essere raggiunto «adeguando (o almeno avvicinando) le retribuzioni pubbliche a quelle offerte nel settore privato».

⁶⁵ La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha stabilito che l'accredito con il Servizio Sanitario Nazionale (SSN) non trasforma automaticamente una struttura privata in un organismo di diritto pubblico. L'accredito, infatti, si configura come un atto di idoneità tecnico-professionale che permette l'erogazione di prestazioni per conto del SSN, ma non implica che la struttura sia un "ente strumentale" dello Stato: cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2022, n. 1123, ove si afferma che l'accredito non trasforma la struttura in un soggetto pubblico, ma la abilita a operare nel sistema sanitario, pur restando un soggetto privato; Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2023, n. 8542, ove vengono chiarite le tre condizioni cumulative necessarie per qualificare un soggetto come "organismo di diritto pubblico".

⁶⁶ Cfr. V. MAPELLI, *L'eterna querelle pubblico-privato in sanità*, in *lavoce.info*, 21 gennaio 2025, ove si precisa che «la commistione tra le due aree, nella stessa impresa-ospedale, porta inevitabilmente a incroci di sussidi tra la parte convenzionata e quella *profit* e a tentativi di diversione dei pazienti verso le prestazioni a pagamento».

⁶⁷ Cfr. F.G. CUTTAIA, *La concorrenza in sanità e la garanzia della tutela della salute del cittadino*, in *federalismi.it*, 2023, n. 7, p. 48, ove si sottolinea «come il regime di programmazione non sia fine a sé stesso, ma serva a prevenire possibili distorsioni del mercato, garantendo un efficiente governo del sistema di assistenza pubblica, governo che necessariamente deve essere affidato alla potestà pubblica, stante il supremo interesse generale alla tutela della salute delle persone».

qualità e ridurre i costi attraverso la spinta competitiva tra gli operatori erogatori delle prestazioni, introduce logiche che possono potenzialmente collidere con i principi di equità e universalità, rivelando così una «natura difficilmente conciliabile tra programmazione/pianificazione e l'apertura alla concorrenza»⁶⁸.

Un sistema di programmazione efficace presuppone infatti un certo grado di controllo e indirizzo centrale, una visione strategica che definisca priorità e allocazioni. La concorrenza, al contrario, si basa sulla libertà di iniziativa, sulla pluralità di operatori e sulla capacità di questi ultimi di attrarre "clientela", potendo potenzialmente favorire la concentrazione delle risorse nelle aree più "redditizie" a discapito di quelle meno appetibili dal punto di vista economico ma socialmente necessarie⁶⁹.

Il rischio concreto è che la logica del profitto, intrinseca alla concorrenza, possa prevalere sulla logica del bisogno, compromettendo la capacità del sistema di garantire prestazioni adeguate anche nelle aree meno remunerative o a categorie di pazienti con esigenze più complesse e costose. La programmazione, in questo senso, si configura come un argine a possibili derive di mercato volto a riequilibrare gli interessi economici con le esigenze di salute pubblica, assumendo un ruolo fondamentale nell'ambito della disciplina sui rapporti tra amministrazione pubblica e operatori privati attivi nel settore sanitario.

La normativa di riferimento è data, come noto, dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 che sancisce rispettivamente agli artt. 8-ter, 8-quater e 8-quinquies un sistema di autorizzazioni, accreditamenti e contratti per regolare l'erogazione di prestazioni sanitarie e socio-sanitarie, realizzando così quella che viene comunemente definita una condizione di "mercato amministrato".

In particolare, l'articolo 8-ter prevede che la realizzazione di strutture e l'esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie, relativamente alle ipotesi di costruzione di nuove strutture, adattamento di strutture già esistenti o loro diversa utilizzazione, ampliamento, trasformazione e trasferimento in altra sede, sia subordinata ad autorizzazione rilasciata, sulla base di una compatibilità generale con gli ordinari strumenti urbanistici e di pianificazione del territorio, dal Comune nel quale ha sede la struttura⁷⁰.

La norma impone che la decisione comunale sia assunta tenuto conto della verifica di compatibilità programmatica, vero e proprio sub procedimento di competenza della Regione, con la conseguenza che il rilascio dell'autorizzazione è subordinato ai criteri del

⁶⁸ In questo senso cfr. A. SANTUARI, *La Legge n. 118/2022 sulla concorrenza e le nuove regole sull'accreditamento istituzionale* in *Welforum.it*, 28 dicembre 2023, secondo cui «il ruolo programmatico e la discrezionalità amministrativa riconosciuti in capo alle Regioni escludono, dunque, che l'accreditamento dei servizi e delle prestazioni socio-sanitarie possa essere ricondotto nell'ambito di un mercato concorrenziale».

⁶⁹ Sul punto si è espresso il Consiglio di Stato chiarendo che qualora venisse a mancare la verifica del fabbisogno alla base della programmazione sanitaria e «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»: cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589.

⁷⁰ In relazione alla disciplina del procedimento che coinvolge l'amministrazione comunale e regionale, vedi N. POSTERARO, *Autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, verifica di compatibilità regionale e silenzio assenso tra amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, n. 1, pp. 111-127.

“fabbisogno complessivo” e della “localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale”⁷¹.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come anche l’autorizzazione alla realizzazione debba essere ricondotta al più ampio sistema di pianificazione sanitaria, nel senso che i vincoli da essa imposti non trovano la loro giustificazione nel contenimento dei costi gravanti sulla finanza pubblica (come avviene con riferimento alle strutture accreditate), ma, in una più generale e preliminare «razionalizzazione della rete di strutture sanitarie e riqualificazione della prestazioni erogate anche sotto il profilo della distribuzione sul territorio», che peraltro non risulterebbe contrastante con la tutela della libertà d’impresa garantita dall’art. 41 della Costituzione, tenuto conto che tale libertà non può essere «assoluta nel nostro assetto costituzionale, dovendosi contemperare con la tutela degli interessi pubblici e, quindi, con un interesse generale come quello alla corretta pianificazione sanitaria»⁷².

La funzione di indirizzo pubblico delle attività di erogazione delle prestazioni sanitarie da parte di soggetti privati si manifesta poi nella ulteriore previsione, *ex art. 8-quater*, dell’accreditamento, cioè un atto che attesta il possesso di requisiti tecnici specifici e la conformità ai piani di programmazione regionale, necessario per poter operare nell’ambito del Servizio Sanitario Nazionale (SSN)⁷³. L’ottenimento dell’accreditamento non presuppone,

⁷¹ In merito si esprime criticamente M. SANTANGELI, *Concorrenza e programmazione nel sistema delle autorizzazioni sanitarie: brevi riflessioni sull’adeguatezza del sistema vigente tra regole nazionali ed assetti regionali*, in *Amministrazione in cammino*, 2015, p. 11 ss., ove afferma che «nel caso dell’autorizzazione alla realizzazione [...] la discrezionalità in merito alla verifica del fabbisogno è criticabile sotto numerosi punti di vista, essendo difficile riconoscere (sempre) la funzionalità di tale verifica alla tutela dell’interesse pubblico sotteso». Dubbi di compatibilità del sistema con l’art. 42 Cost. erano già stati espressi da R. RUSSO VALENTINI, *Commento agli artt. 8 bis, 8 ter, 8 quater, 8 quinquies, 8 sexies, 8 septies, 8 octies*, in F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 305 ss.

⁷² Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2011, nn. 6969, 6970, 6971, ove si chiarisce come il fabbisogno preso in considerazione nella valutazione di compatibilità per la realizzazione di una nuova struttura si riferisca al complesso di prestazioni sanitarie in un territorio e come la suddetta verifica riguardi la localizzazione delle strutture già presenti nel territorio e l’omogenea distribuzione delle stesse, in modo che siano adeguatamente servite tutte le zone, anche quelle a bassa redditività, che in mancanza di tale strumento non sarebbero coperte. Più di recente vedi anche T.A.R. Campania -Napoli, Sez. I, 7 novembre 2016, n. 5117, ove si afferma che il sistema trova una giustificazione sul piano costituzionale in ragione dei poteri conformativi che l’art. 41, comma 3 Cost. attribuisce alla legge perché l’attività economica pubblica e privata sia indirizzata e coordinata a fini sociali. Sul punto cfr. anche F. TALLARO, *Le questioni connesse ai cc.dd. ‘tetti di spesa’. La programmazione della spesa e i fabbisogni territoriali Budget contrattuale e sforamenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 21 maggio 2019, p. 10 ss., spec. p. 13, ove ricorda come «anche la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha chiarito che una programmazione che richieda una previa autorizzazione per l’installazione di nuovi prestatori di cure può rendersi indispensabile per colmare eventuali lacune nell’accesso alle cure ambulatoriali e per evitare una duplicazione nell’apertura delle strutture, in modo che sia garantita un’assistenza medica che si adatti alle necessità della popolazione, ricomprenda tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate» (CGUE, Grande Sezione, 10 marzo 2009, in causa C-169/07, §§ 52-53).

⁷³ Cfr. art. 8-quater, comma 1, d.lgs. n. 502/1992 dove si specifica che «Al fine di individuare i criteri per la verifica della funzionalità rispetto alla programmazione nazionale e regionale, la regione definisce il fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, nonché gli eventuali livelli integrativi locali e le esigenze connesse all’assistenza integrativa di cui all’articolo 9». Per un inquadramento dell’istituto vedi G. BOCALE, *Sulla “natura” giuridica dell’accreditamento sanitario*, in *federalismi.it - Osservatorio di diritto sanitario*, 25 luglio

infatti, soltanto il raggiungimento di determinati standard qualitativi e di risultato, ma anche la coerenza delle prestazioni erogate dalla struttura con la programmazione della spesa sanitaria effettuata, previa analisi dei fabbisogni, a livello regionale⁷⁴. Tuttavia, pur essendo un prerequisito fondamentale, esso non garantisce, né determina automaticamente, la stipula di un contratto con il SSN⁷⁵: quest'ultimo, regolato all'art. 8-*quinquies*, è un accordo individuale che assegna alla struttura puntuali obblighi di prestazione, riconoscendo al contempo le risorse economiche pubbliche funzionali all'espletamento delle prestazioni medesime nell'ambito del budget di spesa determinato dalla singola Regione⁷⁶.

In definitiva, come sottolineato dalla Corte costituzionale, «il principio di concorrenzialità tra strutture pubbliche e private di libera scelta non è assoluto e va temperato con gli altri interessi costituzionalmente protetti in considerazione dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore ordinario incontra in relazione alle risorse finanziarie disponibili»⁷⁷.

Occorre peraltro considerare che, come evidenziato in dottrina, l'istituto dell'accREDITAMENTO ha con gli anni assunto una funzione profondamente difforme dalla sua concezione originaria, che mirava a promuovere una sana competizione tra l'offerta di servizi sanitari pubblici e privati al fine di elevare la qualità delle prestazioni erogate.

Col tempo, l'accREDITAMENTO si è infatti trasformato in uno strumento per delegare ai soggetti privati una funzione collaborativa che andasse oltre ciò che era strettamente necessario e indispensabile. In tale contesto, l'accREDITAMENTO «venne, facendo così, ad assumere un valore economico quasi autonomo, requisito negato esplicitamente dallo stesso legislatore (art. 8-*quater*, comma 2), atteso che divenne un titolo usualmente propedeutico alla ricorrente formulazione dei rispettivi successivi contratti di erogazione»⁷⁸.

2018.

⁷⁴ Cfr. A. GIANNELLI, *Il sistema sanitario della regione Lombardia, tra "sussidiarietà competitiva" e "sussidiarietà partecipativa"*, in *federalismi.it*, 2024, n. 12, p. 230.

⁷⁵ In questo senso in giurisprudenza è ormai consolidato l'insegnamento secondo cui «l'art. 8 quater L. n. 502 del 1992, introdotto dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299, il quale dopo aver subordinato l'accREDITAMENTO istituzionale non solo alla rispondenza delle strutture ai requisiti ulteriori di qualificazione ma anche alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione nazionale e regionale, ha precisato che la qualità di soggetto accREDITATO non comporta vincolo per le Aziende sanitarie a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate al di fuori degli accordi contrattuali di cui all'art. 8 *quinquies* (da intercorrere tra la Regione-Unità sanitarie locali e le strutture pubbliche e private). Per cui è stata formalmente stabilita la scissione tra accREDITAMENTO rilasciato e remunerabilità delle prestazioni rese dal soggetto accREDITATO, che è stata comunque condizionata alla sottoscrizione di specifici accordi»: cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2024, n. 174; 27 ottobre 2022, n. 9199; Sez. V, 19 febbraio 2003, n. 910.

⁷⁶ Cfr. E. CARUSO, *L'accREDITAMENTO nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2017, n. 1, pp. 157-198.

⁷⁷ Cfr. Corte cost. 21 luglio, 2016, n. 203, cons. in dir. § 6.2 e, in precedenza, Corte Cost. 2 aprile 2009, n. 94; 17 luglio 1998, n. 267. Sul bilanciamento tra la garanzia della concorrenza, la tutela della salute e l'osservanza dei vincoli di spesa, vedi anche F. TARONI, *Le 3 A: autorizzazione, accREDITAMENTO, accordi contrattuali* in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, p. 427 ss.

⁷⁸ Cfr. C. BOTTARI, E. JORIO, *Azienda Zero, accREDITAMENTO e contratti necessitano di una maggiore cura da parte del legislatore regionale*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2022, n. 4, p. 9, ove si sottolinea inoltre che, conseguentemente, «il binomio accREDITAMENTO-contratto è divenuto un'associazione inscindibile, configurandosi di fatto come una prassi alternativa alle convenzioni di natura tradizionale».

5. (segue) Il rapporto programmazione -concorrenza alla luce della giurisprudenza amministrativa

Detto della prevalenza che la programmazione pubblica conserva, almeno astrattamente, nell'ambito della *governance* del SSN in relazione all'apporto degli operatori privati nell'erogazione delle prestazioni sanitarie⁷⁹, occorre sottolineare come, soprattutto grazie alla elaborazione giurisprudenziale, abbia trovato spazio nella disciplina una particolare attenzione per la tutela della presenza stessa degli operatori economici, mediante l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di tutela della concorrenza, sia nella fase di autorizzazione che di accreditamento e contrattualizzazione. In questo senso «viene altresì in considerazione, nella complessiva regolamentazione dell'assetto dell'offerta sanitaria da parte di privati erogatori, l'esigenza di garantire l'imparzialità e la parità di trattamento della relativa attività amministrativa, la quale non può ritenersi estranea ad un settore che deve coniugare il rispetto del primario interesse alla salute dei cittadini con i principi di concorrenza e di libertà di accesso degli operatori interessati, funzionali anche a stimolare l'innalzamento degli standards qualitativi e di efficienza del servizio, con i quali contrasta l'eventualità che determinate quote di mercato restino appannaggio a tempo indefinito di un ristretto numero di soggetti erogatori»⁸⁰.

Con riferimento al primo momento in cui si esplica la funzione di programmazione in ambito sanitario qui considerata, quello cioè dell'autorizzazione alla realizzazione di una struttura, i giudici hanno chiarito che la corretta ed equilibrata dislocazione sul territorio delle strutture sanitarie (oggetto della verifica di compatibilità prevista dall'art. 8-ter, d.lgs. n. 502 del 1992), proprio per il fatto di non riguardare l'allocazione della spesa sanitaria pubblica, non può risolversi in un diniego immotivato all'esercizio della libertà economica degli operatori privati, né in una salvaguardia di posizioni di privilegio delle strutture già operanti⁸¹, ma deve sempre essere basata su una valutazione in concreto del fabbisogno con riferimento alla localizzazione territoriale della struttura⁸².

In linea con questo orientamento, in recenti pronunce il Consiglio di Stato ha sottolineato che nemmeno la mancanza di un'attività programmatica o pianificatoria regionale può essere addotta come motivazione per negare il rilascio dell'autorizzazione richiesta e che «il potere discrezionale dell'Amministrazione regionale, dunque, non può consentire ingiustificate e sproporzionate restrizioni dell'iniziativa economica, senza trovare una ragionevole e proporzionata giustificazione nella cura in concreto, da parte della pubblica

⁷⁹ Su cui si è espressa anche la Corte costituzionale chiarendo che i «due procedimenti - di autorizzazione e di accreditamento - sono, in base ai richiamati principi fondamentali della legge statale, tra di loro autonomi, essendo ciascuno finalizzato alla valutazione di indici di fabbisogno diversi e non sovrapponibili» (Corte cost. 12 marzo 2021, n. 36), poiché «mentre nel procedimento di autorizzazione è richiesta una valutazione complessiva, che considera anche le prestazioni ulteriori rispetto a quelle rientranti nei livelli essenziali di assistenza (LEA) e le strutture private non accreditate, nel caso, invece, dell'accREDITAMENTO di strutture sanitarie, la valutazione ha ad oggetto unicamente i LEA» (Corte cost. 28 febbraio 2023, n. 32).

⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent., 15 febbraio 2024, n. 1513, punto 10.

⁸¹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent., 10 luglio 2015, n. 3487; 24 maggio 2017, n. 2448; 31 maggio 2018, n. 3279; T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, sent., 22 marzo 2023, n. 1790.

⁸² Cfr., più di recente, T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, 07 luglio 2025, n. 526; T.A.R. Campania - Salerno, sez. III, 07 luglio 2025, n. 1250.

amministrazione decidente, dell'interesse pubblico demandatole. Si richiede, quindi, una valutazione del fabbisogno, accurata ed attualizzata, che sia preceduta e sorretta da una idonea istruttoria sull'esistenza di una determinata domanda sanitaria sul territorio e di una correlativa offerta da parte delle strutture private, senza che ciò si traduca di fatto in un illegittimo blocco, a tempo indeterminato, all'accesso del nuovo operatore sul mercato, con una indebita limitazione della sua libertà economica»⁸³.

Per quanto attiene invece al rilascio dell'accreditamento e al suo rapporto con la successiva fase di contrattualizzazione con il SSN, è stato affermato il principio di diritto secondo cui «le Regioni possono operare scelte autonome per indicare i criteri ritenuti migliori per l'individuazione dei soggetti che, tenendo conto dei limiti delle risorse disponibili, possono erogare prestazioni del servizio sanitario pubblico, ma debbono ritenersi illegittime tutte le disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati, privilegiando i soggetti che già lo sono e facendo esclusivo riferimento alla saturazione dell'offerta», chiarendo inoltre come l'utilizzo del dato storico, abbia sì «il pregio di assicurare la stabilità dei rapporti (stabilità necessaria per consentire ai soggetti privati di affrontare investimenti, talvolta anche elevati)», ma tenda «purtuttavia ad ingessare l'intero settore, creando vere e proprie rendite di posizione che determinano ingiustificati privilegi, non funzionali all'efficienza del servizio sanitario, oltre che palesemente in contrasto con i principi di parità di trattamento tra soggetti potenzialmente interessati ad inserirsi nel settore, di libertà di iniziativa economica ed efficienza dell'amministrazione, principi tutti di rilievo costituzionale»⁸⁴.

⁸³ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 maggio 2025, n. 4450, punto 3. Sulla non necessità di attendere la definizione dei procedimenti di pianificazione regionale ai fini della verifica di compatibilità del progetto con il fabbisogno sanitario vedi anche, tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2024, n. 9155; 11 luglio 2024, n. 6204.

⁸⁴ Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sent., 17/01/2023, n. 59, punto 7.4, ove conclusivamente si affermano ulteriori regole di condotta per l'amministrazione sanitaria: per un verso si sottolinea che «la ripartizione dei budget tra i soggetti accreditati, fermo restando il tetto massimo di spesa, dovrebbe essere operata in base ad appositi criteri idonei a garantire condizioni di parità tra i soggetti»; per l'altro si sostiene che «un sistema basato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori sanitari 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». Si vedano anche Cons. giust. amm. Sicilia, sent., 5 giugno 2023, n. 401, punto 3, ove si ribadisce che «la stessa fase dell'accreditamento non è peraltro estranea all'applicazione dei principi di parità di trattamento e di tutela della concorrenza, evocati a proposito della contrattualizzazione, ogni qual volta quantomeno vi sia uno scarto in eccesso dei soggetti già accreditati e accreditabili rispetto alla misura del fabbisogno» e Cons. Stato, sez. III, sent., 4 gennaio 2024, n. 174, ove si sottolinea che «escludendo dal sistema, automaticamente ed indiscriminatamente, tutti i soggetti che negli anni precedenti non sono già stati parte di un contratto con la competente A., senza tenere conto, in particolare, della posizione degli operatori accreditati che abbiano fatto richiesta di essere ammessi ad erogare prestazioni a carico del Servizio sanitario nazionale si determina una "discriminazione tra gli operatori" che non può ritenersi legittima». In questi termini già Cons. Stato, sez. III, sent., 16 settembre 2013, n. 4574 e 13 luglio 2021, n. 5295. In dottrina, cfr. T. LUZI, *Il Tar Calabria glissa sul convitato di pietra: il fabbisogno assistenziale, questo sconosciuto, nota a T.A.R. Calabria -Catanzaro, Sez. II Sent., 17/06/2020, n. 1071, in Ius et Salus, 2020, n. 2, p. 135, ove si sottolinea che «le Regioni in sede di programmazione - e quindi nelle scelte relative all'utilizzo delle risorse disponibili - beneficiano di un potere ampiamente discrezionale, che, tuttavia, dev'essere esercitato attraverso un adeguato ed oggettivo apprezzamento che tenga conto delle esigenze degli assistiti, dell'efficienza delle strutture pubbliche, nonché delle aspettative degli operatori privati che operano secondo logiche imprenditoriali».*

In altri termini, come evidenziato dalla stessa dottrina, l'ingresso di nuovi operatori nel mercato dell'erogazione delle prestazioni sanitarie «deve rispondere a criteri che non si limitino alla cd. spesa storica, che lascerebbe inalterate le posizioni già acquisite dalle strutture ormai all'interno del sistema, con un consolidamento della stessa posizione a discapito di una eventuale maggiore efficienza e qualità dei soggetti privati; e tanto, proprio nella considerazione -che parrebbe per certi versi ovvia -per cui l'offerta sanitaria deve essere costantemente verificata, aggiornata ed eventualmente modificata sotto l'aspetto della platea degli operatori economici, proprio al fine di conseguire l'obiettivo della migliore prestazione sanitaria»⁸⁵.

Dall'analisi della giurisprudenza amministrativa in materia risulta evidente lo sforzo dei giudici di individuare un punto di equilibrio tra le due istanze sin qui considerate, cercando di valorizzare e garantire i caratteri essenziali di ciascuno strumento di *governance* del sistema di accreditamento/convenzionamento (programmazione e concorrenza), idonei a raggiungere gli obiettivi di qualità, universalità e sostenibilità del servizio sanitario, nel rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità dell'assegnazione di risorse pubbliche del SSN agli operatori privati (accreditati).

Questo approccio "pragmatico" del Consiglio di Stato emerge in modo emblematico in una recente pronuncia in cui il giudice si dimostra consapevole delle esigenze degli erogatori privati, così come di quelle dell'amministrazione, giungendo, peraltro, ad una soluzione apparentemente incline a riconoscere preminente tutela all'interesse pubblico per la tutela della salute rispetto alle istanze degli operatori economici interessati⁸⁶.

Una struttura sanitaria privata accreditata (operante come RSA), ma solo parzialmente contrattualizzata (116 posti su 194 accreditati), lamentava che la Regione Lombardia non avesse provveduto per un lungo periodo (dal 2015 al maggio 2022) a contrattualizzare ulteriori posti, violando le previsioni della legge regionale L.R. n. 33 del 2009, che colloca la programmazione, sub specie di compatibilità con il fabbisogno, a valle della fase di autorizzazione alla realizzazione della struttura e dell'accreditamento (e dunque in diretta connessione con la contrattualizzazione delle strutture e l'assegnazione del budget), sulla base di criteri trasparenti e idonei ad assicurare un equo accesso alle risorse del Fondo sanitario regionale da parte delle strutture accreditate.

Deduceva altresì la ricorrente che tale necessaria attività di programmazione non era mai stata posta in essere dalla Regione, nonostante fosse stata sollecitata in occasione di precedenti pronunce passate in giudicato⁸⁷, con il conseguente blocco della contrattualizzazione dei nuovi soggetti accreditati e il perdurante ricorso al criterio del c.d. costo storico, determinando l'illegittima restrizione della concorrenza tra operatori

⁸⁵ Cfr. M. CAPPELLANO, *Prestazioni sanitarie, diritti fondamentali e giurisprudenza del giudice amministrativo*, Relazione al convegno "Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali", 20 ottobre 2023, T.A.R. Sicilia, Palermo, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 10. La programmazione sanitaria deve cioè fondarsi sulla verifica del fabbisogno effettivo di prestazioni sanitarie e socio-sanitarie nel territorio di riferimento e procedere, poi, con l'analisi della concreta capacità che tali prestazioni siano assicurate, da parte dei soggetti accreditati, secondo criteri di appropriatezza e adeguatezza qualitativa (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1043 e 13 luglio 2021, n. 5295).

⁸⁶ Cons. Stato, sez. III, sent., 27 novembre 2024, n. 9512.

⁸⁷ Cfr. Cons. Stato, n. 4574/2013, e n. 5295/2021 cit.

accreditati e pregiudicando le strutture private che avevano sostenuto notevoli costi di accreditamento senza poi ottenere la contrattualizzazione.

La Regione, attraverso una specifica delibera, aveva quindi giustificato il proprio operato sostenendo che la conferma dei budget esistenti fosse coerente con il fabbisogno assistenziale, data l'elevata saturazione e il consumo del budget delle strutture già contrattualizzate⁸⁸.

Il nucleo delle censure sottoposte al vaglio del giudice amministrativo attiene al mancato compimento da parte dell'Amministrazione regionale di una verifica seria, realistica (cioè non meramente apparente) e fondata su una adeguata istruttoria del fabbisogno relativo alle prestazioni rese dalle RSA, essendosi la stessa limitata a confermare i posti già in precedenza contrattualizzati a favore delle medesime strutture titolari dei corrispondenti budget, incrementando quei posti in misura numericamente esigua e distribuendoli in modo irrazionale tra le strutture presenti negli ambiti deficitari (perché caratterizzati dalla presenza di un numero di posti contrattualizzati inferiore alla media regionale e meritevoli, in quanto tali, di un riequilibrio dell'offerta assistenziale).

Il Collegio ha ritenuto che l'impostazione regionale alla base della delibera impugnata fosse immune dai vizi denunciati (invece ritenuti esistenti in primo grado dal T.A.R.⁸⁹), accogliendo in senso favorevole il fatto «che la Regione Lombardia abbia ispirato la sua attività di programmazione, espressa dalla delibera impugnata, ad una logica di tipo "misto": conservativa per quanto attiene alla preservazione della quota di mercato delle strutture già contrattualizzate ed evolutiva per quanto concerne l'immissione sul mercato di nuovi posti contrattualizzabili, ai fini dell'allineamento dell'offerta assistenziale agli standard regionali»⁹⁰.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, un approccio alternativo, che avesse previsto di tagliare il budget alle strutture già contrattualizzate per creare una riserva da distribuire ai nuovi soggetti accreditati, avrebbe causato gravi conseguenze: non solo avrebbe colpito gli operatori che, facendo affidamento sul livello di produzione e finanziamento, avevano sostenuto investimenti a lungo termine (ad esempio, con mutui) e si erano impegnati con fornitori e personale, ma avrebbe compromesso l'efficienza dell'intero sistema sanitario con

⁸⁸ La delibera individuava preliminarmente le zone carenti di adeguata offerta di RSA, in quanto caratterizzate da un livello di contrattualizzazione di posti al di sotto della media regionale (493,2 posti a contratto ogni 10.000 anziani over 75), per poi analizzare «la rispondenza delle risorse assegnate ai soggetti accreditati e contrattualizzati (budget) agli effettivi bisogni da soddisfare, attraverso gli indicatori relativi alla distribuzione del grado di consumo del budget delle RSA e la distribuzione del livello di saturazione dei posti a contratto, pervenendo ad evidenziare, quanto al primo, "un generale e consolidato livello di utilizzo da parte delle strutture interessate: in tutti gli anni prevale una condizione di utilizzo oltre il 100% del budget", quanto al secondo, che "in tutti gli anni in questione (2017-2019, n.d.e.), la situazione che prevale è quella di un'occupazione prossima al 100%", a conferma che, "nel lungo periodo, non risulta un livello di produzione programmato superiore rispetto ai reali fabbisogni espressi dai territori"».

⁸⁹ Cfr. T.A.R. Milano, sez. V, sent., 3 aprile 2024, n. 1003, su cui, per una ricostruzione più ampia della vicenda, sia consentito rinviare a V. PAMPANIN, *Accreditamento di strutture sanitarie private e allocazione delle risorse regionali (T.A.R. Lombardia - Milano, sez. V, 3 aprile 2024, n. 1003)*, in Centro studi Diritto e Sanità, Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pavia, 15 novembre 2024, disponibile in <https://dirittoesanita.unipv.it/aggiornamenti/>

⁹⁰ Cfr. Cons. Stato n. 9512/2024 cit., punto 14.

ricadute negative anche sugli utenti. Quest'ultimi avrebbero visto inevitabilmente aumentare la retta assistenziale, poiché le strutture che gestiscono servizi con costi a carico di più soggetti, come le RSA, devono coprire le spese unendo la quota sanitaria pagata dal Servizio Sanitario Nazionale a quella versata dall'assistito o dai comuni⁹¹.

L'attenzione dei giudici per una soluzione "mediata" (o di compromesso) della questione si rivela in più passaggi della pronuncia esaminata: per un verso, infatti, secondo il Consiglio di Stato «il *modus procedendi* regionale si iscrive linearmente nel quadro del principio di "gradualità" che, secondo il richiamato giudicato, deve informare il processo di adeguamento del sistema programmatico regionale in materia socio-sanitaria al principio di concorrenzialità, ovvero al *favor* verso l'apertura del mercato all'accesso di nuovi operatori (e, per estensione, alla redistribuzione dei posti contrattualizzati secondo criteri di efficienza, trasparenza e premialità qualitativa)»; per l'altro, si osserva come «la transizione da un assetto di carattere "statico", perché orientato alla conservazione della struttura di mercato esistente, ad uno di segno competitivo, siccome incentrato sulla assegnazione del budget nell'ambito di procedure di tipo comparativo in funzione dell'innalzamento dei livelli qualitativi di erogazione delle prestazioni sanitarie, non possa avvenire *ex abrupto*, sacrificando le aspettative degli operatori già contrattualizzati al mantenimento dei volumi attuali di produttività».

I giudici appaiono dunque aperti alla domanda di adeguamento del modello di *governance* del SSN (in relazione all'apporto dei privati) ai principi di concorrenza e competitività del mercato, in linea con le recenti innovazioni normative in materia, senza però rimettere apertamente in discussione le scelte di programmazione dell'amministrazione che, a fronte di un apparato motivazionale non del tutto coerente con detti principi, risultano comunque assunte in vista del perseguimento della tutela della salute. Ciò si manifesta in modo evidente nel passaggio conclusivo, in cui si osserva come «laddove l'assetto contrattuale esistente si riveli idoneo a garantire in modo efficiente adeguati livelli di assistenza, non vi è ragione per richiedere alle strutture sacrifici non giustificati dall'esigenza di perseguire il miglioramento degli standard di efficienza e qualità assistenziale».

Si ritiene allora di poter riscontrare in questa decisione, e più in generale nell'approccio seguito dalla giurisprudenza amministrativa, l'intento di assumere una posizione coerente con le esigenze di tutela dell'interesse pubblico sottese alla funzione di programmazione, in vista delle quali non possono comunque risultare prevalenti le istanze del mercato rappresentate dai c.d. *newcomers* nel settore dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, che pure il rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento indurrebbe a prendere in considerazione.

Appare dunque condivisibile e riproponibile qui, alla luce di quanto osservato, la considerazione, espressa in dottrina con riferimento ai servizi di interesse generale, secondo cui «per comprendere e definire la responsabilità del "pubblico" si deve [...] muovere dal

⁹¹ I giudici sottolineano in particolare che, «tale secondo profilo giustificativo della delibera impugnata trova del resto plausibile spiegazione nel fatto che la riduzione dei posti contrattualizzati in capo ad una determinata struttura, conseguente al processo di "redistribuzione" perseguito dalla ricorrente, non potrebbe non onerare l'assistito soprannumerario, interessato a permanere presso quella RSA per comprensibili ragioni di continuità assistenziale, di sobbarcarsi i costi del trattamento».

valore sociale della prestazione, nel senso che tanto più esso rileva, tanto maggiore deve essere il ruolo dell'amministrazione pubblica», dovendo esso ricomprendere «le ipotesi in cui il valore "sociale" della prestazione supera ampiamente (e pone in secondo piano) l'aspetto economico»⁹².

In definitiva, la questione della compatibilità tra mercato e servizio pubblico nel SSN rappresenta una sfida concreta che richiede un'attenta ponderazione degli interessi in gioco. Se da un lato l'esigenza di efficienza e la valorizzazione delle risorse possono giustificare un'apertura controllata all'apporto di operatori economici privati, dall'altro lato, la salvaguardia dei principi di universalità, equità e solidarietà impone limiti ben precisi all'estensione delle logiche di mercato.

Un sistema sanitario orientato al cittadino, e non al profitto, deve quindi trovare un equilibrio virtuoso tra l'attività di programmazione e la partecipazione di operatori privati al servizio pubblico, senza mai perdere di vista la intrinseca natura solidaristica del SSN. L'abilità del legislatore e degli attori del sistema nel gestire questa tensione ineludibile determinerà la capacità del sistema di continuare a garantire il diritto fondamentale alla salute a tutti i cittadini, senza distinzioni.

6. La necessaria valorizzazione degli strumenti di regolazione pubblica a fronte della naturale tendenza espansiva della disciplina concorrenziale

Un ulteriore fattore di criticità nel rapporto pubblico-privato in sanità, di cui è opportuno avere adeguata consapevolezza, emerge dalla constatazione di come, una volta aperto il sistema di erogazione delle prestazioni alla concorrenza di operatori privati accreditati/contrattualizzati, sia poi quasi inevitabile che essa eserciti una forza espansiva capace di mettere in secondo piano le esigenze del servizio pubblico: in questo senso si ritiene cioè che la dinamica concorrenziale abbia portato con sé un progressivo decadimento in termini di prestazioni degli operatori pubblici⁹³, con conseguente ulteriore incentivazione del ricorso ad soggetti privati per l'erogazione delle prestazioni sanitarie, in un circolo vizioso che si auto alimenta.

Da quando sono state aperte le porte all'ingresso massivo degli operatori privati accreditati al sistema pubblico di erogazione delle prestazioni sanitarie, in occasione della riforma del SSN del 1992, il loro numero è costantemente cresciuto, giungendo ad assorbire una percentuale della spesa sanitaria pubblica molto rilevante (pari a circa il 40% del totale), senza che ciò abbia però determinato un significativo miglioramento nel lungo periodo delle prestazioni del servizio pubblico⁹⁴. Anzi, è vero il contrario. Progressivamente i problemi

⁹² In questi termini P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2020, n. 3, p. 538.

⁹³ Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit., p. 19, ove si osserva che «mentre gli investimenti in sanità convenzionata crescono diminuiscono quelli in sanità pubblica conseguentemente il servizio pubblico progressivamente degrada proprio nei suoi aspetti più critici non coperti dalla sanità privata. Perciò va impedito il drenaggio di risorse statali da utilizzare al fine di rafforzare la sanità pubblica e non devolverle a quella privata».

⁹⁴ Ci si riferisce, ad esempio, all'annoso problema delle "liste di attesa", su cui da tempo si è concentrata la dottrina: tra molti, vedi S. CASTALDI, *Liste d'attesa: strumenti di controllo della domanda sanitaria o artefici di disuguaglianza nell'accesso alle cure?*, in *Ragiusan*, 2012, n. 333-334, pp. 10-13; M. DE ANGELIS, *Effettività e*

storici del SSN, solitamente attribuiti alle inefficienze di un sistema di erogazione basato su strutture pubbliche, si sono accentuati mettendo in evidenza la questione della sostenibilità economica e qualitativa del servizio sanitario anche e nonostante l'apertura del servizio pubblico all'apporto sempre più ampio degli operatori privati.

Ciò è sostanzialmente riconducibile all'azione combinata di due principali fattori: da un lato, l'assenza o l'inadeguatezza della programmazione pubblica, che lascia libertà d'azione alla componente privata del SSN; dall'altro, la naturale tendenza della concorrenza a espandersi nel mercato.

Quanto al primo aspetto, è stato sottolineato da autorevole dottrina che la sottovalutazione dell'importanza di rilevare correttamente il fabbisogno epidemiologico, inteso come "motore portante della programmazione sanitaria", insieme all'incapacità di molte strutture pubbliche di soddisfare i requisiti strutturali di accreditamento, ha portato «al rilascio degli accreditamenti in favore dei privati a mano libera, senza limiti imposti dalla programmazione mirata assente, rappresentativa dell'offerta pubblica», con la conseguenza di aver determinato la creazione di «un esercito di accreditati privati non già misurati per differenza con le rispettive offerte assicurate dal sistema direttamente gestito dai servizi sanitari regionali»⁹⁵.

In altri termini, anche in ottica futura, se il sistema regionale e, in particolare, le Aziende Sanitarie Locali non assicurano un'analisi prospettica dei bisogni della popolazione e/o non svolgono un'adeguata attività ispettiva e di revisione per garantire la qualità dei servizi nel tempo, si verifica un'eccessiva dilatazione della discrezionalità gestionale dei soggetti privati accreditati, che conduce a una situazione in cui l'offerta prevale sulla domanda di salute delle popolazioni: ove cioè manchi un'adeguata programmazione, l'ente pubblico è soggetto al predominio dell'offerta, sia quella propria che quella dei privati accreditati, secondo una logica "a vasi comunicanti"⁹⁶.

Con riferimento al secondo profilo, quando si introduce in un settore una anche minima quota di concorrenzialità nella dinamica del mercato, è facile rilevare che gli operatori rimasti esclusi dal mercato stesso (in quanto contingentato) esercitano naturalmente una

prestazioni in sanità: il paradigma delle liste d'attesa, in *Munus*, 2018, n. 1, pp. 229-277; P. BARLETTA, D. CROCE, E. CROCE ET AL., *La gestione delle liste di attesa in sanità: analisi del fenomeno e proposte strategiche*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2023, n. 3, pp. 49-56. Per una ricostruzione delle recenti iniziative legislative in materia di gestione delle liste di attesa vedi G. AVANZINI, *Liste d'attesa sanità: nuove regole dal 1 agosto*, in Centro studi Diritto e Sanità, Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pavia, 2 settembre 2024, disponibile in <https://dirittoesanita.unipv.it/aggiornamenti/>

⁹⁵ Cfr. C. BOTTARI, E. JORIO, *Azienda Zero, accreditamento e contratti necessitano di una maggiore cura da parte del legislatore regionale*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2022, n. 4, p. 10.

⁹⁶ Cfr. G. BANCHIERI, *Sanità "pubblica" e "privata": alcune precisazioni necessarie*, in *quotidianosanità.it*, Giovedì 8 febbraio 2024. Considerazioni analoghe sono espresse anche da E. JORIO, *Il privato nella sanità. È ora di rivedere regole e ruoli*, in *quotidianosanità.it*, 14 novembre 2022, secondo il quale l'accreditamento «è oramai divenuto sempre di più strumento creativo di business, rilasciato a mano libera quasi sempre senza la ineludibile programmazione che l'imponga», per cui «non si rileva il fabbisogno epidemiologico e il rischio epidemico e si accontenta un po' tutti, generando una eccessiva sopportazione dei costi fissi alle strutture pubbliche, di frequente carenti di domanda e non raramente di mancato funzionamento (quantomeno, colposo se non doloso) della pratica tecnologica più costosa, "giustificativa" della formazione di insopportabili liste di attesa e, quindi, causa di dirottamento dell'utenza verso il privato erogatore, anche come richiedente solvente (rectius, a pagamento)».

grande pressione verso la sempre maggiore estensione dei canoni concorrenziali, invocando a sostegno proprio la tutela della libera iniziativa economica e la tutela della concorrenza e promuovendo un processo di progressivo “smantellamento” dei vari limiti rimasti ancora in essere. In questo senso la separazione delle fasi di accreditamento e contrattualizzazione, previsto dalla normativa a partire dal d.lgs. n. 502/1992, nonostante la reciproca interdipendenza, ha determinato una condizione in cui le strutture private accreditate sono riconosciute titolari di un’aspettativa qualificata che, pur non comportando alcun obbligo per le amministrazioni sanitarie⁹⁷, tuttavia espone queste ultime a una grande pressione in vista dell’assegnazione dei contratti di erogazione delle prestazioni⁹⁸.

Se è vero, dunque, che «la partecipazione di operatori economici privati all’attività di erogazione di prestazioni sanitarie produce un sicuro impatto sulla loro libertà d’iniziativa economica, necessariamente limitata in ragione e in funzione dell’attività pubblicistica ch’essi sono chiamati a svolgere», per altro verso, «tale partecipazione, inevitabilmente e di riflesso, finisce per plasmare anche i moduli d’azione dell’Amministrazione che dell’attività di tali operatori si avvale»⁹⁹.

Ciò è emerso con evidenza dall’analisi della giurisprudenza amministrativa sul rapporto programmazione-concorrenza, che ha permesso di osservare come l’affermazione dei canoni propri di un confronto competitivo tra gli operatori nel mercato amministrato abbia imposto all’attività pubblica di pianificazione e indirizzo di conformarsi a essi. A livello normativo, invece, si pensi a quanto avvenuto con riferimento alla legge concorrenza 2022, che ha portato alla eliminazione dell’accredimento provvisorio o al recente disegno di legge di riforma del sistema di accreditamento volto a consentire a nuovi operatori economici di concorrere per l’assegnazione dei contratti di erogazione delle prestazioni sanitarie per conto del SSN. In sostanza, una volta avviato il processo di “ibridazione” del settore sanitario in chiave concorrenziale, diventa molto difficile impedirne una sua progressiva e sempre più ampia privatizzazione.

Più in generale, si assiste anche in sanità, alle conseguenze della progressiva espansione

⁹⁷ Cfr. art. 8-*quater*, comma 2, d.lgs. n. 502/1992, per cui la qualità di soggetto accreditato non vincola 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’articolo 8-*quinquies*. Secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente, infatti, la concreta possibilità di stipulare il contratto dipende dalle previsioni finanziarie contenute nel piano previsionale annuale, che rappresenta il momento attuativo ed esecutivo più importante delle scelte discrezionali unilaterali della Regione, alla quale spetta l’individuazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni (*ex multis* Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014 n. 1582; sez. V, 19 novembre 2009, n. 7237; Cass. civ., sez. lav., 11 gennaio 2007, n. 403).

⁹⁸ Sotto questo profilo, anche la qualificazione giuridica dell’accredimento fatta dalla giurisprudenza amministrativa sembra avvalorare questa considerazione, se è vero che esso viene considerato «un provvedimento di carattere non già autorizzativo, bensì abilitativo-concessorio che si colloca a metà strada tra la concessione di servizio pubblico e l’abilitazione tecnica idoneativa»: *ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2023, n. 2064; 18 ottobre 2021, n. 6954; 30 aprile 2020, n. 2773; 3 febbraio 2020, n. 824.

⁹⁹ Cfr. V. CIACCIO, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di concorrenza nel settore sanitario*, cit., p. 183, che chiarisce, in tal senso, come «la possibilità di imporre vincoli più penetranti all’attività dei soggetti privati che erogano (o aspirano a erogare) prestazioni per conto del servizio sanitario nazionale non può comunque eccedere [...] i limiti discendenti dal combinato disposto degli artt. 3 e 41 Cost., che si declina in termini di necessaria ragionevolezza e proporzionalità della compressione della libertà di iniziativa economica anche di tali soggetti» (p. 179).

del “concetto di economico”, che caratterizza da anni la disciplina dell’intervento pubblico nell’economia e mira ad ampliare il numero delle attività umane pienamente sussumibili nelle regole del mercato concorrenziale, giungendo a coinvolgere settori che tradizionalmente erano stati affidati alla cura delle pubbliche amministrazioni; così che «il concetto di economico è stato fatto coincidere con il possibile ambito di operatività del principio, formale, della concorrenza»¹⁰⁰.

Anche volendo ammettere la natura di interesse economico generale del servizio sanitario, secondo la qualificazione adottata dalla disciplina europea, si ritiene debbano essere meglio declinati i c.d. “obblighi di servizio pubblico” a carico delle strutture private accreditate/contrattualizzate, imponendo anche ad esse di erogare tipologie di prestazioni sanitarie predeterminate dall’amministrazione pubblica, comprese, ad esempio, quelle di emergenza-urgenza e le altre considerate poco redditizie. Solo in questo modo la natura economica e imprenditoriale degli operatori privati del SSN potrebbe essere adeguatamente “indirizzata e coordinata a fini sociali”, secondo quanto stabilito dall’art. 41 Cost., comma 3, evitando così fenomeni di *cream skinning* delle prestazioni o inutili duplicazioni dei servizi.

Per quanto riguarda invece il problema del “conflitto di interessi” delle strutture private impegnate nel SSN, sarebbe poi auspicabile un intervento volto a sciogliere tale nodo, imponendo una più netta separazione tra le attività di erogazione delle prestazioni sanitarie svolte con risorse pubbliche, da quelle invece destinate al mercato della spesa privata (*out of pocket*). Dovendo ritenersi esclusa una soluzione radicale volta a vietare ai soggetti privati convenzionati di operare anche nel mercato libero delle prestazioni sanitarie finanziate dalla spesa privata, per evidenti problemi di compatibilità con le previsioni costituzionali a tutela della libera iniziativa economica, si potrebbe immaginare di impedire agli operatori intenzionati a convenzionarsi con il SSN di poter erogare prestazioni incluse nei LEA sul mercato libero: in questo modo si limiterebbe, almeno in parte, il processo di progressiva erosione del ruolo delle strutture pubbliche a favore degli operatori privati, incentivando piuttosto un rapporto di integrazione complementare di questi ultimi rispetto alle prime¹⁰¹.

Più in generale e in conclusione, pare di poter cogliere una progressiva normalizzazione della presenza privata nel SSN, nel senso di imporre ad esso l’applicazione dei canoni di funzionamento tipici del mercato. Anche gli ultimi tentativi di riforma mirano ad accentuare ulteriormente questo aspetto, spingendo per una maggiore affermazione di logiche competitive che rischiano di favorire il rafforzamento della presenza di operatori privati

¹⁰⁰ Cfr. C. IANNELLO, “Impresa”, “mercato” e “concorrenza” fondamenti dell’ordine “costituzionale” neoliberale. Le politiche pro-concorrenziali dall’ambito economico a quello sociale, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2020, n. 1, pp. 129-133, ove si sottolinea inoltre che «si è così veicolata l’idea che la scelta di campo tra pubblico e privato, tra mercato e attività riservata, non sia una decisione di natura politica affidata agli organi rappresentativi, ma che il diritto debba considerare economico tutto ciò che può essere sussunto nel campo di applicazione del principio competitivo», con la conseguenza che questo concetto abbia una possibilità di espansione illimitata, in quanto economica può essere ogni attività umana in grado di essere assoggettata al principio concorrenziale.

¹⁰¹ Una soluzione diversa, e nell’immediato più percorribile, peraltro ben nota nel settore della regolazione dei servizi a rete, potrebbe essere invece quella di imporre una separazione strutturale e/o economico-finanziaria tra attività di erogazione delle prestazioni sanitarie per conto del SSN e attività di erogazione di prestazioni sanitarie nel mercato libero, in modo da rendere evidente la presenza di eventuali sussidi incrociati, insita nella possibilità delle strutture sanitarie accreditate di operare contemporaneamente sul mercato e per conto del SSN.

nell'erogazione delle prestazioni assistenziali del SSN, nella convinzione che essa rappresenti la soluzione ai problemi ancora presenti nel sistema di tutela della salute.

Al contrario, occorre mettere in discussione proprio questo assunto di partenza (spesso concepito come un dogma) e, vista la natura solidaristica del servizio sanitario, l'attenzione andrebbe spostata dalla concorrenza alla fase pubblicistica della *governance* (e dunque sulla programmazione), che rappresenta invero lo snodo nevralgico su cui intervenire per innescare reali cambiamenti e miglioramenti nel sistema, anche e soprattutto in relazione al rapporto con gli operatori privati accreditati.

I potenziali effetti positivi comunemente attribuiti alla presenza di soggetti erogatori privati nel SSN dipendono in realtà dalle scelte di regolazione pubblica operate a monte dalle regioni, e in misura minore dalle ASL: come emerso in precedenza, è infatti la misurazione del fabbisogno di salute della popolazione il parametro fondamentale da cui partire per determinare l'apporto richiesto ai privati nell'erogazione delle prestazioni per conto del SSN, a fronte di quanto garantito direttamente dalle strutture pubbliche. Intervenire esclusivamente a valle, cioè sul rapporto tra accreditamento e contrattualizzazione, rischia così di non cogliere quale sia la reale leva del cambiamento, cioè la programmazione.

In un contesto come quello attuale, in cui i rapporti di forza tra pubblico e privato in ambito sanitario sono cambiati in favore di quest'ultimo, anche nell'ambito dello stesso Servizio sanitario nazionale, la relazione tra soggetti erogatori aventi diversa natura giuridica dovrebbe essere ispirata a principi di collaborazione e di integrazione e non di contrapposizione o sostituzione¹⁰²: ciò è però possibile esclusivamente garantendo non soltanto, come già avviene, una priorità meramente formale alla programmazione pubblica rispetto ai canoni della disciplina della concorrenza, ma anche una sua maggiore effettività¹⁰³. In questa prospettiva potrà risultare decisiva una maggiore valorizzazione dei flussi informativi nel processo di programmazione pubblica¹⁰⁴: l'evoluzione digitale della sanità rappresenta un'occasione importante per soddisfare, almeno in parte, quelle esigenze di

¹⁰² In tal senso cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit., p. 20, ove si sostiene che «il rapporto tra sanità pubblica e privata andrebbe rivisto relegando quest'ultima ad un ruolo esclusivamente integrativo e regolamentandola più rigorosamente».

¹⁰³ Cfr. V. MAPELLI, *L'eterna querelle pubblico-privato in sanità*, cit., ove sottolinea come «in effetti, la collaborazione potrebbe creare sinergie, eliminare doppioni e sprechi, migliorare procedure di cura, ricerca e sviluppo, ma dev'essere governata, dopo quasi trent'anni di pseudo-concorrenza. Il privato deve riconoscere la supremazia del pubblico, in quanto portatore di un interesse generale, e accettare le tre regole basilari della programmazione-committenza-controllo, come già previsto dall'art. 8 *quinquies* D.Lgs. 229/99». In termini analoghi vedi anche A. PIOGGIA, *Quale sostenibilità per il servizio sanitario italiano?*, cit., p. 734, ove si sostiene che «per essere sostenibile la sanità deve allora operare in una logica pubblica ed essere un sistema nel quale il privato entra in funzione collaborativa, non competitiva e all'interno di una stretta programmazione pubblica».

¹⁰⁴ Cfr. G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l'effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, 2022, n. 5, p. 229-230, ove si sottolinea che «la riorganizzazione della sanità digitale, secondo le linee programmatiche del PNRR, appare perseguibile tramite una gestione centralizzata dei flussi informativi per conseguire livelli di cura più elevati sia per determinare le responsabilità connesse alla diffusione dell'Intelligenza Artificiale (IA) nel settore sanitario» e che «la digitalizzazione e l'IA, quali alla base di «metodologie predittive del fabbisogno sanitario» consentono il perseguimento di una pluralità di finalità di interesse generale (statistiche, di cura e amministrative) seppur richiedendo un bilanciamento con le esigenze di tutela dei diritti di personalità degli interessati».

efficientamento della gestione del SSN che da sempre hanno costituito la *ratio* dell'apertura alla concorrenza del servizio sanitario in vista di un migliore sfruttamento delle risorse disponibili.