

## NOTA SULLA “CONCORRENZA” NEI SERVIZI SOCIOSANITARI

A cura dell’Avv. Alberto V. Fedeli

### 1. PREMESSA SUI TERMINI DI ADEGUAMENTO ALLE NUOVE REGOLE DI “CONCORRENZA”

Prima di presentare e commentare le novità introdotte dalla legge sulla concorrenza ([art. 15 della legge 5 agosto 2022 n. 118](#), che modifica gli artt. 8 quater e 8 quinquies del D.lgs. 502/1992) e del decreto attuativo, [DM 19/12/2022](#) (GU n. 305, 31/12/2022), è utile ricordare il termine entro cui le Regioni devono adeguarsi.

*Il termine è fissato dal DM 19/12/2022 entro nove mesi dalla pubblicazione del DM stesso, ossia **entro il 30/09/2023**.* Il DM 19/12/2022, ha stabilito che nelle more dell’attuazione continuano ad applicarsi i precedenti criteri per l’accreditamento e per la stipula degli accordi contrattuali, e che gli accordi contrattuali stipulati prima dell’adeguamento degli ordinamenti regionali alle nuove norme sulla “concorrenza”, restano efficaci fino alla scadenza contrattualmente stabilita.

È più che opportuno, anzi necessario, ottenere **una proroga** del termine di attuazione (la cui competenza spetta al Ministro della salute, dovendosi modificare il decreto ministeriale), tenendo conto del tempo occorrente per le Regioni a:

- addivenire alla **individuazione del fabbisogno** e alla conseguente programmazione regionale, in base alla quale possono essere rilasciati nuovi accreditamenti istituzionali e indire le “selezioni” per la stipula degli accordi contrattuali
- individuare i **criteri per i nuovi accreditamenti** e le selezioni preordinate alla stipula dell’accordo contrattuale in attuazione della nuova normativa e agli all. A e B del DM 19/12/2022, nonché l’adeguamento del proprio sistema di controllo, vigilanza e monitoraggio agli All. A e B del decreto, tenendo conto del contesto territoriale e delle tipologie di strutture e presenti
- tener conto delle **forti criticità attuative** della nuova disciplina, che, se non ben attuata rischia di mettere in crisi l’intero sistema pubblico, tale da intendersi quello costituito da tutti gli operatori accreditati, sia pubblici che privati.

È auspicabile che nelle more del termine di attuazione, si ottenga l’adozione da parte del legislatore di **opportuni correttivi** della nuova disciplina, che superino o chiariscano evidenti criticità, che rischiano di pregiudicare la continuità assistenziale e il pieno rispetto del diritto alla salute, e, certamente non da ultimo, la continuità gestionale e organizzativa delle strutture già accreditate e contrattualizzate, per le quali sussiste un legittimo affidamento sulla continuità.

Regione Lombardia deve tener conto altresì della **sentenza del TAR Lombardia, Milano, 18/04/2023 n. 965**, che ha annullato le regole di sistema

2022 (DGR 16/05/2022 n. XI/6387) nella parte in cui prevedeva di attivare posti a contratto aggiuntivi, oltre che in limitate ipotesi tassative (Udo realizzate mediante finanziamenti pubblici; Udo in piano programma; accordi per spostamento di volumi già contrattualizzati), nelle aree in cui i posti già contrattualizzati sono risultati inferiori alla media regionale, in base a un fabbisogno che tuttavia è stato determinato su indicatori di saturazione ricavato dalle sole strutture contrattualizzate, con conferme del relativo budget (storicizzazione).

Secondo il TAR Lombardia, tale impostazione e relativa istruttoria ha illegittimamente impedito alla ricorrente (ente accreditato ma non contrattualizzato) di accedere all'area della contrattualizzazione, con conseguente annullamento *in parte qua* della DGR ma con salvezza del riesercizio del potere di programmazione regionale da dispiegare rispettando quanto indicato nella motivazione della sentenza.

Si ritiene che l'attuazione dei principi della sentenza (cfr. *infra*) non possa non tener conto del processo avviato per la nuova programmazione regionale, al fine dell'attuazione delle nuove norme della legge sulla concorrenza che hanno modificato il procedimento di contrattualizzazione, coordinandosi con esso.

Si deve certamente trovare un equilibrio nel sistema, tra enti già accreditati e contrattualizzati ed enti accreditati e non contrattualizzati, preservando la programmazione regionale che è, e resta, centrale.

## 2. LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ACCREDITAMENTO ISTITUZIONALE E DELL'ACCORDO CONTRATTUALE

### 2.1. Accreditamento istituzionale (art. 8 quater, D.lgs. 502/1992)

Restano immutate le seguenti previsioni:

- la disciplina dell'accREDITamento si applica alle strutture autorizzate sia pubbliche che private e alle organizzazioni sia pubbliche che private autorizzate per l'erogazione delle cure domiciliari;
- l'accREDITamento è rilasciato agli enti pubblici e privati subordinatamente alla rispondenza:
  - 1) ai *"requisiti ulteriori di qualificazione"* rispetto a quelli autorizzativi;
  - 2) *"alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale"*: la Regione definisce il fabbisogno secondo le funzioni sanitarie individuate nel Piano sanitario regionale per garantire i LEA
  - 3) *"alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti"*
- l'accREDITamento è rilasciato alle strutture pubbliche ed equiparate, alle strutture private non lucrative e alle strutture private lucrative.

La novità è posta per le richieste di **accREDITamento da parte di nuove strutture** o per **l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti**. Si prevede la concessione dell'accREDITamento in base:

- 1) alla *"qualità e ai volumi dei servizi da erogare"*
- 2) ai *"risultati dell'attività eventualmente già svolta"* (nel caso di nuove strutture il requisito si verifica dopo sei mesi dall'accREDITamento, DM 19/12/2022)
- 3) agli *"obiettivi di sicurezza delle prestazioni sanitarie e degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e monitoraggio per la valutazione delle attività erogate in termini di qualità, sicurezza ed appropriatezza"*, così come stabiliti dal DM 19/12/2022 All. A.

Risulta *confermato e rafforzato il limite del fabbisogno e quindi dei volumi accREDITabili*: Regione Lombardia, nella quale vige un regime di accREDITamento liberalizzato, dovrà tenerne conto.

Si aggiungono come requisiti gli obiettivi di sicurezza e gli esiti delle attività di controllo, relativi a qualità, sicurezza, appropriatezza.

Se di "mercato" si può parlare, resta ancora un **"quasi mercato"** o di **"concorrenza amministrata"**, il cui accesso è regolamentato dalla Regione con la sua programmazione. Questo significa che l'accREDITamento rimane strettamente connesso anche alle scelte programmatiche regionali e che, come è

stato ribadito dalla Corte Costituzionale, *“non tutti i privati in possesso dei requisiti tecnici richiesti hanno diritto a ottenerlo, ma solo quelli la cui attività si inserisce in modo appropriato nella programmazione regionale”* (Corte Cost. 9/05/2022 n. 113, in dir. par. 4.1)

La modifica normativa introdotta dalla legge sulla concorrenza (L. 118/2022) NON introduce un termine di durata dell’accreditamento. Che l’accreditamento debba avere durata limitata nel tempo è posto dall’art. 32 del DM 19/12/2022, e sotto tale profilo il decreto si pone *ultra vires*, ossia oltre il dettato legislativo, con una integrazione non ammissibile. L’art. 8 quater prevede, al comma 3, lett. 3), solo *“la verifica periodica dei requisiti ulteriori e le procedure da adottarsi in caso di verifica negativa”*: l’accreditamento cessa per revoca in caso di verifica negativa.

Di *“competitività”* si parla solo al comma 3, lett. b) (norma già presente prima della legge 118/2022). Si tratta di competitività che riguarda peraltro tutte le strutture accreditate, quindi non solo tra privati ma anche tra pubbliche e tra pubbliche e privati. Si stabilisce infatti che nella programmazione sia *“inclusa la determinazione dei limiti entro i quali sia possibile accreditare quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato, in modo da assicurare un’efficace competizione tra le strutture accreditate”*. Si ritiene che la *“competizione”* che si deve realizzare nell’accesso alla contrattualizzazione, possa garantirsi anche attraverso la definizione di detta quota aggiuntiva, perseguendo un equilibrio con le strutture accreditate e già contrattualizzate.

## **2.2. Accordi contrattuali (art. 8 quinquies, D.lgs. 502/1992)**

Qui sta la più rilevante novità, con l’introduzione del comma 1 bis all’art. 8 quinquies del D.lgs. 502/1992.

Salta l’eguaglianza tra strutture pubbliche e private nell’ambito del SSN (che resta, come detto, per l’accreditamento). Mentre prima si stabiliva, senza differenziare la relativa disciplina, che le Regioni definivano accordi con le strutture pubbliche e contratti con quelle private, *“anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi”* (e riguardava sia gli enti pubblici e privati) ora i criteri di (sempre limitata) apertura alla concorrenza sono previsti solo per le strutture private. Emerge tuttavia una apertura alla concorrenza tutto sommato ancor più limitata: si prevedono sì ora procedure selettive periodiche ma non si richiama più esplicitamente la *“valutazione comparativa della qualità e dei costi”*, e anzi, tale valutazione viene abrogata.

Con ancor più forza rispetto al precedente testo, si richiama il *vincolo della programmazione* nonché, elemento non secondario per gli enti già accreditati e contrattualizzati, la *valutazione dell’attività svolta*.

Vediamo la nuova disciplina. Essa prevede:

- l’individuazione dei soggetti accreditati da contrattualizzare mediante *procedure di selezione trasparenti, eque e non discriminatorie*,

- la selezione dei soggetti da contrattualizzare deve essere effettuata *periodicamente* (non si indica la durata, se non ricollegandola alla programmazione, e certamente l'ipotesi di tre anni può essere troppo breve),
- la selezione
  - a) avviene mediante *criteri oggettivi*, che valorizzino prioritariamente la qualità [e i "volumi minimi" aggiunge il DM 19/12/2022] delle specifiche prestazioni da erogare;
  - b) deve tener conto:
    - \* della programmazione sanitaria regionale;
    - \* delle verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento
    - \* dell'attività svolta per i soggetti già titolare di accordi contrattuali
    - \* dell'effettiva alimentazione continuativa e tempestiva del fascicolo sanitario elettronico (FSE)
    - \* degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e monitoraggio per la valutazione delle attività erogate, come definite dall'All. B del DM 19/12/2022

Il DM 19/12/2022, nel citare la norma aggiunge che si debba tener conto delle "specifiche organizzative" ma poi invece dell'espressione "tener conto" utilizza l'espressione "in coerenza" con la programmazione regionale, la razionalizzazione della rete, l'attività svolta dai soggetti già contrattualizzati, l'effettiva alimentazione del FSE, gli esiti dell'attività di controllo, vigilanza e monitoraggio. L'espressione appare più morbida e meno vincolante, ma deve essere letta e interpretata con la disposizione di legge.

Resta dunque il vincolo della programmazione, salvo la quota integrativa di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato da stabilirsi (art. 8 quater, comma 3, lett. b), e la considerazione dell'attività già svolta dai soggetti contrattualizzati. Quest'ultimo riferimento si ritiene valga a individuare meccanismi per garantire la continuità dell'attività già svolta e non solo a dire che si debba ai fini dei criteri di qualità considerare l'attività già svolta. Quanto meno deve ponderarsi con maggiori punteggi il fatto stesso di aver già svolto l'attività, a cui si aggiungono poi i punteggi di qualità

In questo sistema il criterio del *costo storico* potrebbe non essere considerato più compatibile, ma il richiamo alla necessaria considerazione dell'attività svolta può salvaguardarlo, a condizione che non diventi, come ha rilevato la giurisprudenza, un elemento da cui automaticamente far derivare il fabbisogno, divenendo limite quantitativo che ostacola l'ingresso nella contrattualizzazione di nuovi soggetti accreditati.

Diventa decisiva la determinazione dei criteri di qualità, sperando che partano da attuali eccellenze che vedono gli enti gestori non profit garantire qualità dei servizi sotto diversi profili, non ultimo quello del personale (si valutino i minutaggi, la formazione, le tutele contrattuali, ecc.).

### 2.3. La sentenza del TAR Lombardia, Milano, n. 965/2023

I principi espressi dalla recente sentenza del TAR Lombardia vanno letti e attuati tenendo presente la disciplina dell'accREDITamento e degli accordi contrattuali come modificata dalla legge sulla "concorrenza". La sentenza ha affermato che l'incremento dei volumi contrattualizzati in sede di programmazione deve discendere da un *"apprezzamento concreto delle esigenze del territorio in rapporto con il rendimento offerto dalle strutture già contrattualizzate"* e non da meccanismi di predeterminazione dei soggetti favoriti (sentenza, punto 11.3).

Il TAR conferma tuttavia la natura di *"quasi mercato"* o di *"concorrenza amministrata"* del sistema, dove vi è una pluralità di soggetti erogatori, tra i quali i cittadini hanno piena libertà di scelta e le cui prestazioni vengono rimborsate attraverso tariffe standard dall'ente pubblico finanziatore. Il Tribunale così rileva e conferma:

- l'estraneità ai rapporti di accREDITamento e contrattualizzazione della disciplina del Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, sez. III, n. 1739/2018, cit. in sentenza punto 12.1)
- la natura concessoria dell'accREDITamento, con relativo esercizio del potere autoritativo e conformativo dell'Amministrazione di tipo discrezionale, in rapporto ai poteri programmatori e di rispetto dei limiti di spesa, per cui il concorso dei soggetti soggetto accREDITato *"non avviene in un contesto di assoluta libertà di iniziativa e di concorrenzialità, ma - nella misura in cui comporta una ricaduta sulle risorse pubbliche - soggiace alla potestà di verifica sia tecnica che finanziaria della Regione ed a criteri di sostenibilità, nei limiti di spesa annuali"* (Cons. Stato, n. 2143/2015, cit. in sentenza punto 12.1.)
- *"si può dunque affermare che, in base al vigente quadro normativo, si è temperato il regime concorrenziale attraverso i poteri di programmazione propri delle Regioni"*

Affermata la specialità del sistema sanitario, deve garantirsi la "concorrenza", che resta sempre limitata e amministrata, nel senso di consentire l'accesso anche a soggetti non contrattualizzati compatibilmente all'esigenza di assicurare gli adeguati livelli di qualità delle strutture sanitarie, comprensivi anche della necessaria continuità assistenziale, e di garantire il contenimento della spesa sanitaria. Da qui la necessità del vincolo programmatico. Il Consiglio di Stato ha chiarito che qualora venisse a mancare la verifica del fabbisogno 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"* (cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2019 n. 1589), e anche a realizzare solo le prestazioni più redditizie.

Nel ribadire il sistema di "concorrenza amministrata". Il TAR nella sentenza n. 965/2023, esprime le seguenti motivazioni e precisazioni tratte da Cons. Stato, sez. III n. 4574/2013:

- *"la sottoscrizione di un precedente contratto può costituire un criterio (rilevante) per l'assegnazione delle risorse disponibili" ma "ciò non può giustificare, anche nel caso di risorse decrescenti, l'esclusione a tempo indefinito dal mercato di altri soggetti che si è ritenuto di accreditare"*
- *" si deve quindi ritenere che la Regione, tenendo conto delle peculiarità del mercato delle prestazioni sanitarie, possa stabilire criteri per l'assegnazione delle risorse alle diverse strutture accreditate e consentire l'inserimento (anche graduale) nel mercato di nuovi operatori"*
- *"la Regione non può rivolgersi, a tempo indefinito, solo ai soggetti che per primi (con le convenzioni e poi con l'accreditamento) hanno avuto accesso al mercato e far riferimento al criterio della spesa storica che evidentemente avvantaggia solo coloro che operano in un mercato chiuso all'accesso di nuovi operatori", e così sono da "ritenere illegittime ... quelle disposizioni che..... precludono alla sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati facendo esclusivo riferimento alla saturazione dell'offerta"*

Rilevanti sono le pur sottolineate peculiarità e la precisazione che la sottoscrizione di un precedente contratto può costituire un criterio rilevante per l'assegnazione delle risorse disponibili ma resta il giudizio che non può prevedersi un sistema chiuso, dovendosi consentire un ingresso alla contrattualizzazione, anche graduale di nuove strutture accreditate (più avanti nella sentenza, si dice che *"l'apertura ...ai nuovi soggetti debba avvenire secondo criteri di 'gradualità' e che questi siano compatibili con l'attuazione di un processo di revisione della contrattualizzazione 'a geometria variabile' dando priorità ad alcune aree assistenziali rispetto alle altre"*).

A tal fine, secondo il giudice amministrativo, la spesa storica non è accettabile solo se diventa meccanismo di mantenimento a tempo indefinito solo dei soggetti già contrattualizzati su cui stabilire la saturazione dell'offerta per escludere l'ingresso di nuovi soggetti accreditati. Non è illegittimo in sé il riferimento alla spesa storica, lo è solo se diventa una barriera a tempo indefinito dell'ingresso di altri soggetti accreditati nell'area della contrattualizzazione (cfr C. Cost. n. 31/2008, secondo cui l'ingresso di nuovi operatori privati non può essere bloccato a tempo indeterminato, nemmeno se motivato per contenere la spesa sanitarie, violando il principio di uguaglianza). Da qui il rilievo sottolineato dal TAR citando Cons. Stato n. 5284/2021, secondo cui *"alla concorrenza tra strutture nella fase di accesso al settore de quo....non possono non accompagnarsi adeguati presidi atti a preservare il funzionamento nella successiva fase della 'suddivisione' tra i diversi operatori della quote di mercato cui appunto sovrintende il potere programmatico della PA"*.

Si ritiene che, a tal fine, la fissazione di **quote aggiuntive**, ossia di quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato, consentita dall'art. 8 quater, comma 3, lett. b, del D.lgs. 502/1992, possa essere uno dei "presidi" per garantire l'accesso di nuovi soggetti, in uno con l'individuazione del fabbisogno reale e attuale in sede di programmazione che già potrà ampliare il numero di posti accreditabili e contrattualizzabili.

In ogni caso, se si apre la possibilità di giungere a incidere sui budget storici delle strutture già contrattualizzate riducendole, non deve crearsi però un

automatismo opposto, ossia di accogliere comunque nuove istanze di contrattualizzazione, occorrendo infatti, come riconosce il TAR, un "apprezzamento in concreto della qualità dell'offerta, se del caso bilanciando l'esigenza di favorire la concorrenza con l'interesse, pur meritevole, a soddisfare la continuità dell'offerta terapeutica" .

Si riconosce che il diritto alla salute, garantendo la **continuità assistenziale**, deve essere considerato bilanciandolo con il principio di concorrenza.

La tutela della salute, costituisce infatti il parametro rispetto al quale vanno modulate la libertà di iniziativa economica privata e l'osservanza della concorrenza del mercato, le quali, anche in virtù di quanto previsto dall'art. 41 Cost., debbono comunque ritenersi funzionali alla garanzia, in concreto, delle condizioni di benessere delle persone (Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 165, cons. in dir. §7.1., e, prima ancora, Corte Cost. 85/2013; Corte Cost. 28 novembre 2012, n. 264), insieme all'obiettivo del contenimento della spesa pubblica attraverso la programmazione: dunque il principio di concorrenzialità nel settore sanitario e sociosanitario non è assoluto (Corte Cost. 21 luglio 2016 n. 203).

Anche la Corte di Giustizia UE ha precisato che *"la salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e che spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute pubblica e il modo in cui tale livello debba essere raggiunto"* (Corte di Giustizia Ue 13 febbraio 2014, causa C – 367/12 Sokoll – Seebacher): da questa sentenza la Corte costituzionale ha tratto il convincimento che *"le ragioni di tutela della salute, declinate secondo le peculiarità della normativa nazionale, ben consentono di derogare all'ampia nozione di libertà di stabilimento e, di conseguenza, di libertà di impresa"* (Corte Cost. 18 luglio 2014, n. 216)

Ricorrente è nella sentenza del TAR, il rilievo che il sistema lombardo, che ha liberalizzato gli accreditamenti e ha traslato il vincolo programmatico alla contrattualizzazione, è maggiormente esposto all'applicazione dei principi di concorrenza, in quanto *"ne agevola l'applicazione, in ragione della maggiore flessibilità dello strumento utilizzato rispetto a quello concessorio, in cui si risolve l'accreditamento"*. Forse è giunto il momento di riconsiderare il **sistema lombardo**, e tornare a collegare gli accreditamenti al fabbisogno programmato, pur garantendo, come consente il citato art. 8 quater, comma 3, lett. b, del D.lgs. 502/1992 *"una quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato, in modo da assicurare un'efficace competizione tra le strutture accreditate"*.

Occorrerà tornare a rileggere i principi dalla sentenza del *Consiglio di Stato 25/06/2014 n. 3219* (in quel giudizio appellante era UNEBA difesa dall'avv. Bassano Baroni) espressi prima della riforma della L.r. 23/2015, che si era pronunciato per l'illegittimità dei provvedimenti di Regione Lombardia che avevano liberalizzato gli accreditamenti, soggetti alla sola verifica dei requisiti ulteriori. Il Consiglio di Stato aveva giudicato che *"presupposto essenziale per l'accreditamento istituzionale di nuove strutture risiede nell'accertamento dell'effettivo bisogno assistenziale in relazione alla programmazione sanitaria e al tetto massimo di spesa consentito, dovendosi tener conto, inoltre, della esigenza di garantire la continuità assistenziale nella erogazione delle prestazioni ed evitando di minare l'equilibrio economico delle imprese del settore privato..."*

*l'illimitata apertura dell'accreditamento indipendentemente al fabbisogno, risponde a una logica concorrenziale che non può trovare pura applicazione al settore sanitario", con pregiudizio in particolare per gli enti non profit "(IPAB o ex IPAB, Cooperative, Enti religiosi, Fondazioni e Associazioni) che all'atto dell'istituzione del regime di accreditamento dovettero affrontare spese ingenti, con oneri finanziari ancora in corso di ammortamento, a fronte della previsione di poter svolgere attività e forme di ricoveri collegati alla piena utilizzazione della capacità operativa" .*

### **3. MA SIAMO DI FRONTE REALMENTE A UN MERCATO APERTO ALLA CONCORRENZA?**

Come detto, resta fermo nella giurisprudenza e confermato anche dalle modifiche introdotte dalla legge sulla concorrenza, che siamo di fronte non a un mercato totalmente aperto alla concorrenza ma a un "quasi mercato" a "concorrenza amministrata", seppur stressato verso una maggiore concorrenza dalle recenti sentenze del giudice amministrativo, il quale invoca in proposito il diritto eurounitario e la giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

Ma nel settore sanitario e sociosanitario, come delineato nel nostro ordinamento, non è vero che si sia di fronte a un mercato concorrenziale per il quale il diritto eurounitario obbliga a rispettare il principio di concorrenza, salvo deroghe dettate da "ragioni imperative di interesse generale".

*Sussiste un mercato concorrenziale se le attività svolte sono economiche. Come ha rilevato la Commissione Europea in ben due decisioni, **il sistema sanitario italiano "continua a essere di natura non economica", in quanto esso prevede una copertura universale e si basa sul principio di solidarietà.***

Si veda in particolare le **Decisioni della Commissione Europea 19/12/2012 SA 20829 C 26/10** (spec. par. 170) e **4/12/2017 SA.39913 C (2017) 7973**. Il principio per stabilire se si è di fronte a un'"attività economica", quindi imprenditoriale con applicazione della concorrenza, è il seguente: *ove gli ospedali e le strutture sanitarie e sociosanitarie in genere sono direttamente finanziate da contributi pubblici e prestano i propri servizi gratuitamente sulla base di una copertura universale, le relative attività non sono considerate economiche; se invece le attività siano remunerate dagli utenti, direttamente o indirettamente (ossia, anche attraverso meccanismi quali sistemi assicurativi), con un corrispettivo che ne copre integralmente i costi, può sussistere un certo grado di concorrenza, anche tra strutture pubbliche e, pertanto, l'attività può essere considerata economica. La compartecipazione alla spesa prevista dall'ordinamento (nel nostro caso LEA) non fa venir meno la natura non economica del servizio se rispetto al costo è inferiore o comunque non superiore alla copertura pubblica (il LEA per le RSA è al 50% per i servizi disabili al 30%).*

La **Corte di Giustizia UE** ha a sua volta confermato che *in sistemi in cui i servizi sono direttamente finanziati dai contributi di previdenza sociale e da altre risorse statali e forniti gratuitamente, o per un importo che rappresenta una piccola parte delle spese, agli iscritti sulla base di una copertura universale, le*

*pertinenti organizzazioni non esercitano attività di natura economica e pertanto esse non agiscono come imprese ai sensi dell'art. 107, par. 1, del TFUE (Corte Giust. UE, 4/03/2003, Fenin/Commissione, causa T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, punto 39, e 11/07/2006, Fenin/Commissione, causa C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, punti da 25 a 28).*

Siamo anche di fronte a un sistema che integra pubblico e privato, applicando il **principio di sussidiarietà orizzontale** seppur ampliato a soggetti profit, dove tecnicamente non c'è da una parte il pubblico che acquista prestazioni dal privato, ma un unico sistema dove, con l'accreditamento, pubblico e privato vi partecipano, con i medesimi obblighi e la medesima contribuzione pubblica per garantire la copertura universale del servizio. L'ingresso nel sistema certamente può richiedere procedure di trasparenza e non discriminatorie, anche con selezioni, ma non certo gare pubbliche in un confronto concorrenziale di offerte (è infatti pacifico nella giurisprudenza il principio che non si applica al sistema delineato dal D.lgs. 502/1992 il codice dei contratti pubblici).

Ritengo che questi principi vadano ribaditi e che possano ritenersi non contraddetti dalla legge 118/2022 e dalla giurisprudenza, non aprendo a gare ma a mere selezioni sul criterio di qualità, nel rispetto della programmazione, pur se si richiama la concorrenza, in ogni caso limitata e "amministrata" in un contesto di "quasi mercato", come nei precedenti paragrafi si è spiegato.

#### **4. LA SPECIFICITÀ DEGLI ENTI GESTORI NON PROFIT**

In origine il sistema "integrato" pubblico e privato (delle 3 A: autorizzazione, accreditamento, accordo contrattuale) era stato previsto con il coinvolgimento anzitutto degli enti del non profit. L'art. 2, lett. c), della legge delega n. 419/1998, attuata poi con la Riforma ter (D.lgs. 229/1999, che ha modificato il D.lgs. 502/1992 (Riforma bis)) stabiliva tra i criteri: "*regolare e distribuire i compiti tra i soggetti pubblici interessati e i soggetti privati in particolare quelli del privato sociale non aventi scopo di lucro, al fine del raggiungimento degli obiettivi di salute determinati dalla programmazione sanitaria*", prevedendo altresì, alla lett. ii) che il sistema di remunerazione tiene in considerazione, per quanto attiene le strutture private, "*la specificità di quelle non aventi fine di lucro*". Come si sa, queste previsioni non hanno avuto piena attuazione, prevedendosi un sistema di autorizzazione, accreditamento e contrattualizzazione uniforme per enti privati non profit e profit.

Eppure **la specificità degli enti non profit** (attualmente ONLUS e, poi, ETS) resta e non può essere ignorata. Il loro ruolo è comunque riconosciuto e valorizzato, il cui ruolo è riconosciuto dall'art. 1, comma 18, del D.lgs. 502/1992,, nonché dalla L.r. n. 33/2009, come modificata dalla legge 22/2022 (cfr. art. 2, lett. h, k, n nonies e art. 7, c. 3, secondo il quale le ASST chiamate a realizzare l'assistenza territoriale, devono valorizzate il ruolo "*degli enti del terzo settore, quali componenti essenziali per lo sviluppo e la coesione territoriale e assicurano un pieno coinvolgimento degli stessi nell'erogazione dei servizi e delle prestazioni*").

Vi è poi il Codice del Terzo settore che all'art. 55 riconosce l'obbligo del coinvolgimento attivo degli ETS nella coprogrammazione e coprogettazione ("*Amministrazione condivisa*", cfr Corte Cost. n. 131/2020).

Ferma restando la ***coprogrammazione nel settore sociosanitario*** che deve essere attuata (che è ben più di una semplice consultazione), appare più problematico – anche se non del tutto escludibile teoricamente – proporre la coprogettazione come canale alternativo riservato agli ETS rispetto al sistema del D.lgs. 502/1992, che rappresenta il meccanismo ordinario e specifico di coinvolgimento del privato nel settore sanitario e sociosanitario.

È invece ben configurabile una ***coprogettazione*** di interventi e progetti a integrazione dei servizi oggetto di necessaria autorizzazione, accreditamento e contrattualizzazione, volti in particolare al potenziamento della rete integrata dei servizi, anche con azioni innovative e di supporto, e così dare forma e contenuto alla nuova assistenza territoriale e alle case di comunità, anche alla luce dei principi della legge delega in materia di politiche per le persone anziane (legge 23/03/2023 n. 33). A tal fine sarà opportuno che la Regione adotti linee guida per le ATS e ASST, e, quanto a queste ultime, fornisca indicazioni per la redazione dei Piani operativi dei poli territoriali, dove si programmerà (anzi, si coprogrammerà con gli enti del terzo settore) l'assistenza territoriale, esplicitamente indicando come strumento da utilizzare la coprogettazione con gli enti del terzo settore (attualmente ancora Onlus), compresi gli enti del terzo settore erogatori di servizi accreditati. Per la realizzazione poi della rete dei nuovi interventi e servizi integrati e a filiera, sanitari, sociosanitari e sociali delineati dalla legge 33/2023 sulle politiche per le persone anziane non autosufficienti, il ruolo degli enti del terzo settore già gestori di servizi accreditati sarà determinante e si deve giocare nella coprogrammazione e coprogettazione.

Al contempo, per quanto riguarda la ***contrattualizzazione dei servizi accreditati***, è ben possibile considerare tra i criteri di qualità per la selezione periodica, da premiare con significativi punteggi, il valore aggiunto che gli enti del terzo settore erogatori apportano, in considerazione del fatto che istituzionalmente non perseguono scopo di lucro ma l'interesse generale e scopi solidaristici e che sono radicati nel territorio e nella rete dei servizi territoriali, sanitari, sociosanitari e sociali, contribuendo al loro potenziamento e a un welfare di comunità e generativo.

Si creerebbe così un circolo virtuoso tra spazi di coprogettazione ed erogazione di servizi accreditati e contrattualizzati, non solo salvaguardando ma anche valorizzando la specificità degli enti del terzo settore.

*Milano, 5 luglio 2023*