

Concorrenza e valori sociali: dagli obiettivi del PNRR al contemperamento delle discipline in materia affidamento dei servizi.

(Avv. Francesco Marcellino)

1.0 Premessa: uno degli obiettivi del PNRR in materia di promozione della concorrenza in ambito sanitario e le sue conseguenze

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza¹ prevede che *“In ambito sanitario, con riguardo all’erogazione dei servizi a livello regionale, occorre introdurre modalità e criteri più trasparenti nel sistema di accreditamento, anche al fine di favorire una verifica e una revisione periodica dello stesso, sulla base dei risultati qualitativi ed effettivamente conseguiti dagli operatori”*.

La suddetta previsione non è contenuta nella Missione inerente la “Salute”, ma nella sezione 2. “Riforme e investimenti”, nella parte dedicata alla “promozione della concorrenza”² contenente il capitolo dedicato alla “Legge annuale per il mercato e la concorrenza”, nel paragrafo intitolato “concorrenza e valori sociali”³.

Il PNRR prevede di introdurre, quindi, modalità e criteri più trasparenti nel sistema di accreditamento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie in una parte non già dedicata alla “Salute”, ma alla “promozione della concorrenza”.

Il legislatore ha così inteso raggiungere il suddetto obiettivo attraverso specifiche norme previste dal DDL AS 2469 “Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”⁴, attualmente all’esame della Camera dei deputati (AC 3634).

Nella relazione illustrativa dell’AS 2469 lo scopo della disciplina proposta sarebbe determinato dalla necessità di rendere *“più eque e trasparenti le procedure di accreditamento e convenzionamento delle strutture sanitarie private, ora gravate da eccessiva discrezionalità politico-amministrativa: il che consente una maggiore affidabilità di queste strutture private”*⁵.

L’obiettivo di introdurre “Modalità e criteri più trasparenti nel sistema di accreditamento” sanitario verrebbe tradotto dal legislatore in **procedure di accreditamento e convenzionamento più eque e trasparenti** attraverso l’introduzione, nell’ordinamento giuridico italiano, attraverso il d.d.l. in commento, dell’articolo 16 intitolato *“Revisione e trasparenza dell’accreditamento e del convenzionamento delle strutture private nonché monitoraggio e valutazione degli erogatori privati convenzionati”*.

2.0 IL c.d. “D.D.L. Concorrenza”, le sue novità e... qualche perplessità.

Il d.d.l. “concorrenza”, all’art. 16, prevederebbe di sostituire il comma 7 dell’art. 8^{quater} del decreto legislativo 502/92 – che si ricorda essere l’atto normativo di riforma del servizio sanitario nazionale – prevedendo che:

“Nel caso di richiesta di accreditamento da parte di nuove strutture o per l’avvio di nuove attività in strutture preesistenti, l’accreditamento può essere concesso in base alla qualità e ai volumi dei servizi da erogarsi, nonché sulla base dei risultati dell’attività eventualmente già svolta, tenuto altresì conto degli obiettivi di sicurezza delle prestazioni sanitarie e degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e di

¹ Il PNRR è qui consultabile <https://www.camera.it/temiap/2021/06/25/OCD177-4986.pdf>

² Si veda p. 77 e seguenti del PNRR su <https://www.camera.it/temiap/2021/06/25/OCD177-4986.pdf>

³ Si veda p. 79 del PNRR.

⁴ Per ogni approfondimento si rinvia a <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/54618.htm>

⁵ Si legga la relazione su <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01329475.pdf>



monitoraggio per la valutazione delle attività erogate in termini di qualità, sicurezza ed appropriatezza, le cui modalità sono definite con decreto del Ministro della salute, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131"

Inoltre, con specifico riferimento alle modalità di affidamento del servizio in convenzione (o la sua periodica verifica) all'art. 8 *quinquies* del d. lgs. 502/92, dopo il comma 1, si introdurrebbe la seguente previsione:

*"1-bis. 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 tali soggetti deve essere effettuata periodicamente tenuto conto della programmazione sanitaria regionale e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta; a tali fini si tiene conto altresì dell'effettiva alimentazione in maniera continuativa e tempestiva del fascicolo sanitario elettronico ai sensi dell'articolo 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con modificazioni, dalla legge del 17 dicembre 2012 n. 221 e secondo le modalità definite ai sensi del comma 7 del medesimo articolo 12, nonché degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e monitoraggio per la valutazione delle attività erogate le cui modalità sono definite con il decreto di cui all'articolo 8-*quater*, comma 7, del presente decreto."*

Ebbene, riassumendo, innanzitutto, appare utile ricordare che non stiamo affrontando un obiettivo del PNRR della "Missione Salute", ma un obiettivo del PNRR prescritto **in materia di promozione della concorrenza** in ambito sanitario.

Al fine di perseguire ciò, si fa uso della Legge di Concorrenza per modificare norme della c.d. riforma del servizio sanitario nazionale.

Alla luce di ciò, appare opportuno approfondire la disciplina della concorrenza, ancor prima che quella specifica sanitaria.

3.0 La normativa europea in materia di concorrenza e.... la disciplina in essa dei servizi sanitari.

La normativa europea in materia di concorrenza è disciplinata dalla Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 Dicembre 2006 e relativa ai "Servizi nel mercato interno".

Nei "considerando" N° 17 e 22 della suddetta Direttiva **si esclude l'applicazione della materia della concorrenza ai "servizi sanitari"**, ritenendoli questi "Servizi di interesse generale" che, non rientrando nella definizione di cui all'art. 50 del Trattato, sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva stessa.

Di fatti, l'art. 2 comma 2 lett. f) della Direttiva espressamente prevede che:

"La presente direttiva non si applica alle attività seguenti:

F) i servizi sanitari, indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata".

Ebbene, l'intervento del legislatore nazionale con il d.d.l. "concorrenza" – ove questo dovesse essere promulgato nel testo oggi noto – andrebbe forse ponderato maggiormente alla luce di quel principio generale secondo il quale "gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione



superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'articolo 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246”, sancito dall’art. 32 comma 1 lett. c) della L. 234/12 disciplinante le “Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea”.

Fermo restando che il d.d.l. concorrenza non è un atto normativo di recepimento di una direttiva europea, essendo però comunque connesso ad una misura straordinaria quale quella del PNRR, alla luce di ciò, qualche perplessità sull'applicabilità e/o sull'opportunità di una siffatta applicazione della disciplina della concorrenza alla materia dei servizi sanitari non appare – quantomeno a parere di chi scrive – manifestamente infondata.

D'altra parte, appare opportuno anche ricordare che mentre l'articolo 117 Cost. comma 2, lett. e) prevede la tutela della concorrenza tra le discipline di legislazione esclusiva dello Stato, la tutela della salute è invece richiamata dall'art. 117 comma 3 tra le materie di legislazione concorrente. Ciò si ritiene che possa condurre anche a qualche tensione normativa, stante che, gli istituti giuridici dell'accreditamento e del convenzionamento, in cui dovrebbe esplicitarsi la “concorrenza”, sono rispettivamente di competenza delle Regioni e delle Aziende Sanitarie.

A ciò si aggiunga che trattare “l'accesso ed il governo” del sistema sanitario nazionale per il tramite di materie e spinte connesse alla “concorrenza” appare essere foriero di possibili confusioni nel tentativo di contemperare ciò con i principi sanitari di “accesso e governo” del sistema e che – sorti dallo stratificarsi delle leggi sanitarie del 1978, del 1992 e del 1999 – si fondano su principi quali quelli della “libertà di scelta dell'utente” e della “programmazione dei servizi (quantità delle prestazioni, tipologia, modalità, tariffe, etc..) sanitari da erogarsi.

Insomma, non si tratterebbe semplicemente di “capire” quale idea e modello di Servizio Sanitario Nazionale voglia il Legislatore, ma quello più arduo, allo stato attuale, di contemperare – alla luce di un'idea di servizio sanitario nazionale che appare essere un po' confusa – quale tra questi distinti principi possa prendere il sopravvento.

A ciò si aggiunga tra l'altro, che eventuali “confusioni” o “disorientamenti” determinate da “idee e modelli” di Servizio Sanitario Nazionale diversi possono essere foriere di liti tra Stato e Regioni, tra enti regolatori ed erogatori e tra erogatori e utenti. Idee e modelli di Servizio Sanitario Nazionale “giuridicamente” possibili ma a tratti, di fatto, inconciliabili.

Non solo. Ma ciò su cui si ritiene utile qualche riflessione, non è solo su come possa contemperarsi questa eventuale nuova previsione di legge con quelle specifiche regole del diritto sanitario vigenti, ma come una simile previsione normativa e le specifiche regole del diritto sanitario si contemperino con le norme previste dalla Riforma del Terzo Settore per gli Enti del Terzo Settore.

4.0 L'accesso e l'esercizio dell'attività sanitaria. Interesse generale e mercato.

In una precedente riflessione dal titolo [“L'autorizzazione Sanitaria”](#) rappresentai come l'accesso e l'esercizio delle attività sanitarie manifesti una peculiarità del principio costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata specificamente disciplinata dall'ordinamento giuridico.

Di fatti, fermo restando il rinvio a tutto quanto rappresentato nello scritto richiamato, l'articolo 34 del Decreto Legge 6 Dicembre 2011 n° 201, intitolato *“Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli ex ante”*, al suo secondo comma, ha chiaramente statuito che *“La disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che*



possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità".

La stessa norma in commento, infatti, al comma 4 prevede *"L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un **interesse generale**⁶, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio della proporzionalità".*

L'attività sanitaria, pertanto, fermo restando il principio generale di libertà dell'iniziativa economica privata, in considerazione delle esigenze di tutela di **"interesse generale"** rientra proprio tra quelle tipologie di attività che necessitano di previ atti amministrativi di assenso, autorizzazione e controllo. Attività, costituzionalmente rilevante e "compatibile con l'ordinamento comunitario".

L'ottenimento dell'autorizzazione sanitaria è subordinato al possesso di una serie di requisiti.

L'Autorizzazione sanitaria, inoltre, come noto, abilita il soggetto ad aprire ed a tenere in esercizio l'attività sanitaria autorizzata erogando prestazioni a beneficio di utenti paganti.

Attività che, una volta che è stata legittimamente aperta, si pone, in una logica di "mercato" già di per sé, per ciò solo dell'apertura, in "concorrenza" rispetto a tutte quelle altre attività sanitarie esistenti e, inevitabilmente, a maggior ragione nei confronti di quelle svolte in regime di accreditamento e contrattualizzazione con il Servizio Sanitario Nazionale.

Di fatti, appare opportuno ricordare il Tar Sicilia, a partire dalla sentenza n. 874/2011 e, successivamente, il Consiglio di giustizia Amministrativa (*ex plurimis*, le sentenze nn. 520 e 756 del 2019), hanno però inequivocabilmente statuito che la c.d. "*verifica di compatibilità*" ex art. 8 ter del D. lgs. 502/92 non è connessa alla fase "autorizzatoria" ma, semmai, a quella successiva dell'accreditamento istituzionale. La Giustizia Amministrativa ha così trovato un equilibrio appropriato proprio tra il diritto costituzionale alla libertà dell'iniziativa economica – che non può essere contratto nella fase di concessione dell'autorizzazione sanitaria sulla base di un contingentamento numerico – con l'accreditamento istituzionale, quale fase procedimentale volta al perseguimento della diversa finalità di garantire al cittadino-malato il diritto di libera scelta della struttura da cui farsi curare limitatamente a quelle prestazioni sanitarie i cui costi sono sopportati dal SSN attraverso il rimborso. Per tal ragione ha statuito che: *"... l'attività di una struttura privata, i cui costi non gravano sul Servizio sanitario regionale, non può essere soggetta ad alcun contingentamento numerico, con conseguente necessità di disapplicare l'art. 8ter co. 2, del D.lgs. N° 502/1992, nella parte in cui subordina l'esercizio delle attività sanitarie private all'adozione di misure amministrative di tipo programmatico"*.

Pertanto, tenendosi conto di quanto statuito dalla Giustizia Amministrativa nonché alla luce dell'ipotesi prescritta dal d.d.l. Concorrenza, noi avremmo un sistema per cui, in considerazione dell' "interesse generale" del servizio sanitario, l'accesso ad esso – o dovremmo dire al suddetto "mercato"? – sarebbe (**anche numericamente**) libero e condizionato soltanto dall'esistenza dei requisiti di garanzia previsti dalla legge per l'ottenimento dell'autorizzazione sanitaria.

⁶ Si osserva come il termine "*interesse generale*" già rinvenuto nella Direttiva Europea 2006/123/CE per escludere i "servizi sanitari" dalla disciplina della concorrenza, lo si rinviene anche nella disciplina italiana sulla liberalizzazione delle attività economiche. E, come vedremo, lo si ritroverà anche con riferimento alla Riforma del Terzo Settore.



Questi soggetti, concorrerebbero liberamente all'offerta sanitaria e, pertanto, "concorrerebbero" inevitabilmente anche con i soggetti accreditati e contrattualizzati.

Già solo da ciò, si comprende come vi sia qualcosa che collide tra "concorrenza", per un verso, e collaborazione nel perseguimento di un "interesse generale", dall'altro.

Di fatti, come più volte richiamato in questo paragrafo, l'attività sanitaria, per un verso, è qualificata quale attività di "interesse generale", per altro verso, e nel contempo, pur avendo questa alta qualificazione, patirebbe spinte tipiche ed impulsi verso il "mercato di beni e servizi".

Pur se, di fatto, un sistema competitivo si instaurerebbe già con il riconoscimento dell'Autorizzazione Sanitaria – senza regolarlo, anzi, come abbiamo visto dagli arresti della Giurisprudenza Amministrativa sollecitato dal rispetto della libertà dell'iniziativa economica – a seguito della promulgazione del d.d.l. concorrenza si avrebbe che la "concorrenza" per svolgere le prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale si instaurerebbe solo nella fase in cui l'ente volesse concorrere nell'affidamento del servizio (c.d. contrattualizzazione) con il servizio sanitario. Quindi, una fase comunque successiva all'apertura ed all'esercizio dell'attività sanitaria (di interesse generale).

Infatti, nel caso di *richiesta di accreditamento da parte di nuove strutture o l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti* – come prevederebbe l'art. 16 del d.d.l. in commento – "*l'accreditamento può essere concesso in base alla qualità e ai volumi dei servizi da erogarsi, nonché sulla base dei risultati dell'attività eventualmente già svolta, tenuto altresì conto degli obiettivi di sicurezza delle prestazioni sanitarie e degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e di monitoraggio per la valutazione delle attività erogate in termini di qualità, sicurezza ed appropriatezza*".

Infine, ai fini del c.d. "affidamento del servizio" tra i soggetti istituzionalmente accreditati, si addiverrebbe alla stipula di 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 tali soggetti deve essere effettuata periodicamente tenuto conto della programmazione sanitaria regionale e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta*".

Ciò potrebbe condurre a chi "offre" servizi sanitari di ponderare maggiormente la scelta di non richiedere l'ottenimento dell'accreditamento istituzionale – e, quindi, di non patire gli ulteriori specifici requisiti richiesti, i controlli periodici per essa prescritti, nonché i rischi del periodico concorso nell'affidamento della contrattualizzazione stessa – tra l'altro avvantaggiato dalla possibilità di determinare "liberamente" (secondo logiche di mercato) i prezzi delle prestazioni sanitarie e, comunque, con un vantaggio competitivo determinato dagli standards inferiori richiesti dall'operare solo a seguito di Autorizzazione Sanitaria; per altro verso, che il cittadino, che abbia instaurato un rapporto di affidamento (e gratuito) con un ente accreditato e convenzionato, potrebbe nel tempo non trovare più la suddetta offerta magari perché l'ente non è riuscito a mantenere o a "concorrere" nel mantenimento dell'affidamento del servizio per conto e con oneri del SSN.

Bisognerà osservare, pertanto, se un sistema "concorrenziale" siffatto conduca ad un servizio sanitario più sicuro e regolamentato oppure ad un interesse – che avrebbe poco di "generale" – a non entrare nel sistema concorrenziale, rimanendo di fatto nel sistema "competitivo" del "libero mercato" che, per assurdo, si caratterizzerebbe proprio per l'assenza



di “concorrenza burocratica-amministrativa” e per la presenza della mera competitività determinata soltanto dagli stessi enti erogatori.

E’ pur vero, nel contempo, che un sistema siffatto conduce proprio alla valorizzazione di quel principio costituzionale della libertà dell’iniziativa economica. Mentre quello, dei controlli e della concorrenzialità nelle procedure di affidamento, sarebbe espressione di quel principio costituzionale di imparzialità e trasparenza dell’agire amministrativo.

Nel contempo, è altresì vero che il sistema si contraddistinguerebbe così, più per principi di “competitività” e di concessione di un servizio – proprio di un determinato modo di vedere i rapporti tra Pubblica Amministrazione ed enti erogatori – che non di quelli della “collaborazione” tra Pubblica Amministrazione ed Enti nel perseguimento di interessi generali (in particolar modo, come vedremo, quando questi sono Enti del Terzo Settore).

Appare evidente, inoltre, come ciò dovrebbe contemperarsi anche con i vigenti principi sanitari della “libertà di scelta dell’utente”, che tende a stratificare un’offerta sanitaria condizionata solo dalla sussistenza dei requisiti per erogare le prestazioni (siano esse o meno accreditate e convenzionate), con il sistema della c.d. “programmazione dei volumi prestazionali”, che circoscrive già la libertà di scelta sia all’interno delle strutture accreditate e convenzionate, sia entro i limiti della programmazione stessa; mentre, infine, il principio di concorrenza, circoscriverebbe ulteriormente l’offerta sanitaria determinando che la libertà di scelta dell’utente da chi farsi curare (secondo il principio di affidamento) potrebbe esercitarsi, ipotizzandolo scevro da condizionamenti di solvenza o di convenzionamento, da parte di qualunque operatore anche solo erogatore “autorizzato”; se, invece, la libertà di scelta si orienta verso enti accreditati e convenzionati, l’ambito riguarderà enti sottoposti alla programmazione dei volumi e che periodicamente superino i principi di concorrenza riuscendo, con continuità, ad “aggiudicarsi” l’affidamento del servizio da parte della pubblica amministrazione.

5.0 Attività di interesse generale, tra principi eurounitari e... riforma del terzo settore. Quale sistema di “affidamento” dei servizi sanitari e socio-sanitari?

Nei paragrafi precedenti più volte il servizio sanitario è stato qualificato quale “Attività di interesse generale”.

Come già rappresentato nel terzo paragrafo di questo contributo, la normativa europea in materia di concorrenza è disciplinata dalla Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 Dicembre 2006 e relativa ai “*Servizi nel mercato interno*” ed all’interno di essa l’attività sanitaria è qualificata quale “attività di interesse generale”.

La suddetta Direttiva⁷, guarda caso (!), è richiamata anche nelle “*Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo Settore*”⁸ proprio nella parte in cui si offre un inquadramento generale degli istituti e, in particolare, il rapporto tra Codice dei Contratti Pubblici e Codice del Terzo Settore.

Come noto, infatti, la riforma del Terzo settore ha introdotto, all’interno dell’ordinamento giuridico italiano, la categoria normativa di «ente del Terzo settore» (ETS).

L’art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 (CTS) definisce l’ente del Terzo settore quale ente privato che, senza scopo di lucro, persegue finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale – fra quelle

⁷ Ma anche la qualificazione di “interesse generale”.

⁸ Le linee guida sono consultabili su <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2021/DM-72-del-31032021.pdf>



indicate all'art. 5 del Codice medesimo – in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi.

L'art. 5 del CTS, richiama, tra le attività di "interesse generale" alla lettera b) gli interventi e prestazioni sanitarie, alla lett. c) le prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni.

Ebbene, allorché l'ente erogatore di prestazioni sanitarie o socio-sanitarie dovesse essere un ente del terzo settore, quale disciplina normativa – tra quella della "competizione" di cui al codice dei contratti pubblici e quella della "collaborazione" di cui agli articoli 55, 56 e 57 del codice del terzo settore – andrebbe applicata?

La risposta a questa domanda per diverso tempo non è stata agevole.

Non lo è stata almeno fino alla famosa pronuncia della Corte Costituzionale N° 131 del 2020 nonché fino al c.d. D.L. "semplificazioni" N° 76/20, convertito con Legge 120/2020 che ha introdotto elementi di chiarezza, interpretativa ed applicativa – a seguito del parere reso dall'apposita Commissione Consultiva del Consiglio di Stato 20 agosto 2019 N° 2050 in risposta ad un quesito formulato dall'ANAC – circa il coordinamento fra il codice dei contratti pubblici ed il codice del terzo settore.

In applicazione del **principio di specialità delle fonti** e di coerenza anche con il diritto dell'UE (considerando 114 per quanto riguarda i servizi alla persona e arti 1 comma 4 della Direttiva Appalti), **il rapporto tra i due codici è di equi-ordinazione.**

Ciò si traduce concretamente nel fatto che *"il tratto distintivo fra l'attivazione di un rapporto collaboratori, ai sensi del richiamato CTS, e l'affidamento di un contratto pubblico"*⁹, ai sensi del CCP (codice contratti pubblici), atterrebbe alla *"... discrezionalità delle PP.AA., nel senso che, laddove siano utilizzabili entrambe le modalità per lo svolgimento di un servizio o la realizzazione di un'attività, la concreta scelta potrebbe essere la conseguenza di un'opzione politica propria della P.A., tesa a valorizzare il principio della tutela della concorrenza degli operatori economici all'interno di un mercato pubblico regolato o in alternativa, il principio di sussidiarietà orizzontale, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica, propria dei procedimenti amministrativi"*¹⁰.

A ciò si aggiunga, come opportunamente rilevato ancora nelle linee guida, che il *"... ricorso agli istituti previsti dal CTS non può, tuttavia, avvenire per eludere i principi e le disposizioni europee ed interne in materia di tutela della concorrenza e di aiuti di Stato"*¹¹.

Pertanto, alla luce di quanto sopra, in ipotesi che il soggetto erogatore sia un Ente del Terzo Settore, alla Pubblica Amministrazione è rimessa, nell'ambito della sua attività discrezionale, l'opzione politica, laddove utilizzabili, di attivare rapporti contrattuali con gli enti del terzo settore per il tramite o del sistema "competitivo" del codice degli appalti, oppure per il tramite del sistema "collaborativo" del codice del terzo settore. Quest'ultimo, nel contempo, ricordandosi che si fonda sui principi di co-programmazione e co-progettazione, troverebbe esplicitazione comunque in procedimenti amministrativi aventi carattere di "selezione" degli operatori¹².

⁹ Così le Linee Guida sul rapporto tra P.A. ed ETS a pag. 5.

¹⁰ Ancora le Linee Guida a pag. 5.

¹¹ Ancora così le Linee Guida a pag. 5.

¹² Evidenziandosi così che, se in linea di principio ogni ente del terzo settore può co-programmare e co-progettare con la Pubblica Amministrazione, di fatto solo quelli che saranno selezionati a tal fine potranno effettivamente compierlo. E ciò lo si rappresenta ed evidenzia proprio a differenza di quanto spesso si è avuto modo di ascoltare (ovvero come se

Ma altra domanda da porsi e di non facile risposta è tra una tra le discipline specifiche fra quelle del codice dei contratti pubblici e quella del codice del terzo settore e, invece, il sistema delineato per un verso dalle diverse riforme del servizio sanitario nazionale e, per altro verso, dal d.d.l. concorrenza, quale delle discipline avrebbe prevalenza o dovrebbe essere applicata dalla pubblica amministrazione nell'affidamento del servizio sanitario o socio-sanitario?

Non avendo alcuna pretesa che quella qui proposta possa considerarsi la “risposta giusta” o l’unica risposta, per il sopra richiamato **principio di specialità delle fonti** si ritiene che la disciplina da applicarsi sarebbe quella specifica prescritta per la tipologia di servizio sanitario o socio-sanitario di cui si tratta.

A sostegno di questa tesi, pare opportuno richiamare che, con riguardo al codice degli appalti pubblici, esso è finalizzato ad una generalità di appalti per beni e servizi; con riguardo al codice del terzo settore, invece, non deve essere foriero di confusione il termine “accreditamento” in essa previsto, stante che esso ha con riferimento il c.d. “accreditamento locale”¹³ che è un istituto di accreditamento ben diverso (e non tipizzato) dalla disciplina statale in materia di sanità (quale “l’accreditamento istituzionale” di cui agli articoli 8*quater*, 8*quinquies* e 8*sexies* del d.lgs. 502/92 e ss.mm.) e da quella regionale in materia di servizi socio-sanitari (e, spesso, anche per quelli socio-assistenziali).

6.0 Conclusioni

Alla luce di tutto quanto sopra, si ritiene che dovrebbe compiersi un po' di ordine o, forse, una vera e propria scelta, tra i principi propri della disciplina sanitaria (libertà di scelta dell’utente e programmazione sanitaria regionale) rispetto a quelli della idoneità (o meno) della disciplina in materia di “concorrenza” quale disciplina specifica (finalizzata all’accesso, regolamentazione e controllo dell’erogazione delle prestazioni sanitarie).

Un criterio potrebbe essere quello di distinguere più chiaramente tra i principi a beneficio dell’utente e principi inerenti all’accesso ed al governo dei servizi da parte degli operatori; senza che quest’ultimi, però, possano incidere rispetto ai principi e diritti dei primi.

Un’ipotesi potrebbe essere quella di superare la dicotomia, così come fin qui intesa, tra pubblico-privato nel settore sanitario (e socio-sanitario), valutandosi di compiere una più concreta evoluzione del rapporto Pubblica Amministrazione e alcune tipologie di enti (ci si riferisce in particolare al Terzo Settore)¹⁴.

Nel contempo, forse occorrerebbe anche riflettere ancora sull’esistente discrezionalità di scelta di modi e procedure di affidamento da parte della P.A. (tra codice degli appalti e codice del terzo settore) che, al momento, risulterebbe comunque da circoscriversi all’erogazione di beni e servizi specifici e di ambito locale.

sussistessi un diritto degli ETS e, un conseguente dovere della PP.AA, sempre e comunque a co-programmare e co-progettare con qualunque ente del Terzo Settore per ciò solo avente la suddetta qualifica.

¹³ In questo senso si sono espressi in *Terzjus Report 2021 “Riforma in movimento – 1 rapporto sullo stato e le prospettive della legislazione sul terzo settore in Italia”* a p. 261 e ss., [qui consultabile](#).

¹⁴ Per un verso, a sostegno di ciò soviene il principio eurounitario di “interesse generale”, presente anche in materia di “concorrenza”; per altro verso, i principi della normativa del terzo settore – come ulteriormente enfatizzati dalla sentenza della Corte Costituzionale N° 131/20 – consentono di esplorare concretamente diverse dinamiche e modalità di collaborazione tra Pubblica Amministrazione ed enti erogatori.