

OLTRE L'AZIENDALIZZAZIONE DEL SERVIZIO SANITARIO

Un primo bilancio

**a cura di Alessandra Pioggia,
Marco Dugato,
Gabriella Racca,
Stefano Civitarese Matteucci**



FRANCOANGELI/Sanità

1. Le prestazioni riservate alle organizzazioni pubbliche e gli oggetti possibili dei contratti a terzi in sanità

di Roberto Cavallo Perin e Barbara Gagliardi

1. L'organizzazione sanitaria come sistema

Il diritto commerciale ha disciplinato i gruppi societari prevedendo – oltre le norme sulla società controllata e collegata (art. 2359 ss. c.c.) – anche una disciplina che coinvolge direttamente la controllante nella responsabilità verso i creditori sociali delle controllate per la lesione cagionata all'integrità del loro patrimonio, qualora eserciti la direzione e il coordinamento sulla controllata in violazione dei principi di corretta gestione (art. 2497 ss. c.c.)¹.

L'aspetto di maggiore interesse è che – proprio per il diritto a rilevanza patrimoniale per eccellenza – l'organizzazione non può più essere identificata entro i confini dell'ente ma sempre più in un insieme organizzato.

Non sempre ci si avvede che in diritto pubblico la soluzione è nota con riferimento, un tempo, all'affievolimento della personalità giuridica delle aziende municipalizzate, ed ora, all'organizzazione sanitaria per i rapporti sempre più stringenti tra regione ed aziende sanitarie, proprio quando per quest'ultime è giunta l'attribuzione *ex lege* della personalità giuridica (art. 3, comma 1-bis, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e s.m.i.)².

Non possono essere intese altrimenti le intimazioni alle regioni affinché le stesse provvedano al rientro dal deficit della sanità nei limiti necessari al rispetto del patto di stabilità, ove deficit e correlati poteri di rientro sono dal ministero senz'altro imputati alle regioni stesse.

Correttamente dunque per l'organizzazione in sanità si enuncia la denominazione di sistema sanitario, che evoca da subito le reti ed i punti in cui le stesse si articolano, ove gli enti territoriali e gli enti strumentali – anche nella più

¹ P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 e s.

² Per tutti: R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007.

recente forma dell'*in house providing* – si evidenziano nell'organizzazione più per le relazioni d'insieme che per la singolarità di ciascuno di essi.

Troppo spesso si dimentica che gli enti accreditati lo sono come parti del sistema sanitario, più precisamente in ragione della funzionalità che rivestono per gli indirizzi di programmazione regionale (art. 8-*quater*, comma 1, d.lgs. n. 502 del 1992, cit.).

2. Il punto di vista del mercato: le prestazioni aventi rilevanza economica

L'analisi degli oggetti dei contratti di appalto (o di concessione) di lavori, forniture e servizi che la pubblica amministrazione può stipulare con organizzazioni di impresa ad essa estranee indica un limite teorico che appare di interesse, oltre il quale si ritrovano le prestazioni date in esclusiva, cioè che debbono essere svolte dai soggetti ai quali l'ordinamento ha attribuito la relativa competenza.

La questione assume rilevanza in relazione alle competenze sanitarie riservate dall'ordinamento a determinati soggetti pubblici, per ciò che qui è di interesse il riferimento è alle aziende sanitarie locali o alle aziende sanitarie ospedaliere.

La qualificazione di una prestazione come non possibile oggetto di attribuzione a terzi a vario titolo vale definizione della prestazione stessa come "infungibile", più precisamente come prestazione che l'ordinamento giuridico non tollera sia prestata altrimenti che dal soggetto a tal fine legittimato, per la specificità dei suoi caratteri istituzionali o delle capacità o qualità possedute.

È noto che per diritto comune l'infungibilità della prestazione, che determina l'insostituibilità della persona del debitore, legittima il creditore a rifiutare l'adempimento da parte di altri (art. 1180 c.c.³). Nel diritto pubblico l'infungibilità si è affermata con riferimento ad organi, enti o categorie di essi anzitutto nella tripartizione dei poteri, poi con l'ordinamento repubblicano come riserva di funzione (di giurisdizione, di legge, per alcuni anche d'amministrazione⁴), secondo un principio che istituzionalmente nega che organi o enti diversi da quelli considerati in Costituzione possano emanare atti di esercizio della funzione oggetto di riserva.

³ *Ex multis*: S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.

⁴ M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

Ancora il limite si è specificato con riferimento alle funzioni pubbliche come esclusione del potere di annullamento, revoca o modificazione di atti amministrativi da parte del giudice ordinario (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, art. 4), ove la definizione d'“infungibilità” è disposta dalla legge fors'anche in attuazione di un limite istituzionale implicito derivante al tempo stesso dal carattere della prestazione e dell'organizzazione pubblica di riferimento.

Tra le prestazioni “infungibili” occorre altresì citare tutte quelle derivanti dall'esercizio delle funzioni c.d. “d'ordine”⁵: difesa, affari esteri, servizi anagrafici e dello stato civile, ordinamento statistico, ordine e sicurezza pubblica ecc., le quali sono state ritenute espressione dell'ordinamento giuridico sovrano (in senso soggettivo) e che – superata l'epoca della Compagnia olandese delle Indie – non si ritiene possano essere affidate ad altri.

L'esercizio da parte di privati di pubbliche funzioni è poi circoscritto ai notai, secondo alcuni agli arbitri, ai curatori fallimentari, ai periti, per altri agli ufficiali giudiziari e agli avvocati, infine ai funzionari di fatto e alle collaborazioni civiche dovute per incendi, epidemie, incidenti ecc.⁶

Tradizionalmente sono ritenuti termini antinomici il contratto ed i suoi oggetti, la polizia amministrativa e la sua disciplina⁷, ove il fondamento è la considerazione dell'attività di polizia come espressione propria dell'ordinamento giuridico, che esclude un prevalente carattere patrimoniale (r. d. 18 giugno 1931, n. 773, art. 7), portando taluni a ritenere l'assoluta nullità per illiceità dell'oggetto di contratti per l'esecuzione di operazioni di polizia, massime se relativi alle decisioni sulle stesse⁸, avvicinando così la funzione di polizia a quelle più tradizionali dello Stato come la giustizia, la moneta e la difesa del territorio nazionale, verso le quali – a differenza di altre culture extraeuropee – non si ammette alcuna “esternalizzazione”⁹.

⁵ S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte Speciale, vol. I, 2000, 3 ss.

⁶ F. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1920, vol. II, pt. III, 235 ss.; F. Satta, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, vol. XIII; *Esercizio privato di pubbliche attività*, non firmato, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, vol. XV, 685 ss.; A. Azzena, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, vol. VI, 165 ss.; F. de Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Bologna, 2000.

⁷ Cfr. Cass., 16 gennaio 1986, n. 227, in *Arch. giur. OO.PP.*, 1986, 901, ove un provvedimento di polizia sanitaria (chiusura della vicina discarica) è considerato *factum principis* che esclude il diritto dell'appaltatore all'equo indennizzo ex art. 1664, comma 2, c.c. per la maggiore onerosità della prestazione pur determinatasi.

⁸ V. Tchen, *La notion de police administrative*, Paris, 2007, 74 ss.; J. Petit, *Contrats et police administrative: autonomie ou interférence?*, in *Contrats publics*, 2007, 20 ss.; F. Nicoud, *La participation des personnes privées à la sécurité publique*, in *Revue droit publ.*, 2006, 1248.

⁹ F. Nicoud, *op. ult. cit.*, 1251, nota 20.

Forse potrebbe essere proposta una distinzione tra i poteri di polizia amministrativa, ritrovando le ragioni di esclusione dal divieto – che sono del pari appartenenti alla nostra tradizione – come i poteri di polizia attribuiti al concessionario del trasporto ferroviario¹⁰, la redazione delle ditte catastali nel procedimento di espropriazione o gli atti di gara per la scelta dell'appaltatore, che l'ordinamento ha sicuramente riconosciuto tra i poteri – non importa ora se autoritativi o paritetici – del concessionario di opera pubblica, o di servizio pubblico.

Minori questioni pone l'attribuzione a imprese private di compiti materiali, poiché anche in questo caso (prelievo e trasporto di veicoli in sosta vietata, soccorso alpino, polizia aeroportuale¹¹, video sorveglianza di aree pubbliche¹², ecc.) non pare si evidenzino scelte devolute al privato che importino esercizio di discrezionalità amministrativa seppure implicita.

I maggiori problemi opposti alla configurazione dell'esercizio privato di funzioni amministrative che importino scelte discrezionali paiono dipendere dall'assimilazione in punto alle funzioni di c.d. "sovranità minore", che invece è del tutto assente nella gestione ed erogazione dei pubblici servizi, salvo individuare di volta in volta un possibile nucleo di prestazioni che non possono costituire oggetto di un contratto a terzi perché ritenuto incompatibile con speciali tutele di diritti costituzionali, tra i quali non si può escludere che assumano rilievo particolari cautele nell'erogazione di determinate prestazioni sanitarie (art. 32 Cost.).

Le ipotesi di servizi ad opera di privati sono configurate un tempo negli esercenti l'attività bancaria ed assicurativa, poi nei concessionari di pubblico servizio e di costruzione e gestione di opere pubbliche, nei consorzi agrari, nel sostituto d'imposta, negli incaricati della progettazione urbanistica, infine – perché qui di interesse – negli esercenti le professioni sanitarie in regime di accreditamento.

La *ratio* di un'eventuale infungibilità delle prestazioni di servizio pubblico va ricercata nelle caratteristiche dell'organizzazione pubblica incaricata dell'erogazione. I caratteri essenziali delle pubbliche amministrazioni sono un limite alla capacità di queste di autodefinirsi, in particolare del potere di autorganizzazione delle stesse, perché sono un limite alla stessa autonomia accordata dalla Repubblica italiana a ciascuna pubblica amministrazione, che

¹⁰ F. de Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit. 50, spec. nt. 111. Cfr. F. Nicoud, *op. ult. cit.*, 1255, nt. 38.

¹¹ F. Nicoud, *op. ult. cit.*, 1255 ss.

¹² E. Aubin, *Les contrats relatifs à la vidéosurveillance*, in *Contrats publics*, 2007, 27 ss.; P. Pintat, *Les secours en montagne*, ivi, 42.

anzitutto per gli enti territoriali costitutivi della Repubblica si puntualizza in norme costituzionali (artt. 97, 98, 114, 117, comma 6, 118 Cost.)¹³.

Si può affermare che l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche non possa non garantire l'imparzialità (es. disciplina sulle incompatibilità dei dipendenti pubblici) ed il buon andamento (es. efficienza, efficacia, economicità) delle rispettive attività, si configurino le stesse come funzioni o servizi (art. 97 Cost.). Lo stesso principio del pubblico concorso per l'accesso ai pubblici impieghi – ove la selezione dei candidati è in ragione delle loro professionalità – è posto come condizione indispensabile ma non sufficiente per riaffermare che i pubblici impiegati sono “all'esclusivo servizio della Nazione” (art. 98 Cost.)¹⁴ ed hanno il dovere di adempiere le funzioni attribuite con disciplina ed onore (art. 54, comma 2, Cost.), segnando un enunciato che si distingue all'evidenza dal dovere di fedeltà alla Repubblica proprio di tutti i cittadini (art. 54, comma 1, Cost.). Agli indicati principi costituzionali si affiancano le disposizioni di legge che sono norme imperative per l'autonomia delle pubbliche amministrazioni (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; l. 12 giugno 1990, n. 146; l. 7 agosto 1990, n. 241, ecc.) e completano i caratteri strutturali e funzionali dell'azione pubblica. La disciplina che caratterizza i soggetti pubblici è in parte estesa dall'ordinamento ai privati ove gli stessi esercitino funzioni o servizi pubblici, sia come disposizioni (es. l. n. 241 del 1990, cit., art. 22, comma 1, lett. e; art. 23), sia come principi (es. l. n. 241 del 1990, cit., art. 1, comma 1-ter), lasciando all'interpretazione la definizione del livello di soggezione del privato alla disciplina pubblica.

In origine i privati sono ritenuti “organi indiretti” dello Stato, poi gestori in proprio nome e per interesse proprio (anche di lucro) del servizio la cui titolarità rimaneva tuttavia d'esclusiva spettanza statale o dell'ente territoriale affidante¹⁵. Altri hanno richiamato la nozione di “sostituzione”¹⁶,

¹³ R. Cavallo Perin, A. Romano, *Art. 1*, in R. Cavallo Perin, A. Romano (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 1 ss.; A. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, vol. II, 34.

¹⁴ Sul concorso quale metodo di accesso agli impieghi pubblici: R. Cavallo Perin, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, 119; Id., *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, nt. a C. cost., 16 maggio 2002, n. 194, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 1991; N. Assini, M. Solinas, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, vol. VII; I. Cacciavillani, *I concorsi nella pubblica amministrazione*, Milano, 1990; R. Jannotta, *Concorso ad un pubblico impiego*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, vol. III, 329; M. Amendola, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. VIII, 613; B. Gagliardi, *Il principio del pubblico concorso negli ordinamenti autonomi*, in *Foro amm.-CdS*, 2007, 41; Id., *Estensione della nozione di pubblico concorso e tutela giurisdizionale*, ivi, 2007, 1761.

¹⁵ F. de Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 24 ss.

mentre per l'esercizio privato di pubbliche funzioni si è ricorso talvolta ai c.d. "munera" pubblici, intesi come le posizioni di persone fisiche o giuridiche, o enti di fatto, cui "è addossata (...) la cura di interessi della collettività"; infine dubbia è la qualificazione come esercenti della funzione o gestori del servizio dei concessionari o appaltatori del "servizio riscossione tributi"¹⁷.

In tutti i casi i soggetti privati che esercitano funzioni o servizi pubblici si assoggettano ad una disciplina specifica che è indice del rilievo pubblico dell'attività da essi svolta ed in tal senso vanno intese quelle affermazioni di sintesi che li considerano strumenti d'organizzazione dell'amministrazione pubblica, anche se non pubblica organizzazione in senso stretto¹⁸.

Non tutte le prestazioni indicate hanno un carattere patrimoniale (art. 1174 c.c.), cioè non tutte sono suscettibili di valutazione economica e sono perciò idonee a divenire oggetto di un contratto (art. 1321 c.c.), sicché è corretto ritenere che solo talune attività prestate al pubblico dai privati possano assumere interesse per il mercato e divenire dunque vicende che il diritto privato può disciplinare.

Ove le prestazioni assumano interesse per gli esercenti o gestori privati questi ultimi si obbligano all'adempimento delle stesse secondo i programmi di servizio pubblico (tipi, ritmi e destinatari) definiti dallo Stato, o dalla regione o da altri enti territoriali¹⁹, assecondando per alcuni l'intrapresa iniziativa dell'ente pubblico (art. 41 Cost.)²⁰. Il concessionario è infatti tenuto ad adempiere all'obbligazione indicata dal programma anche ove un'autonoma valutazione della convenienza imprenditoriale lo dissuaderebbe dal proseguire, differenziandosi da coloro che svolgono unicamente un'attività di interesse pubblico che è liberamente assunta dal privato e solo – a diverso titolo – incentivata dall'amministrazione pubblica (*ex* art. 118, comma 3, Cost.)²¹.

¹⁶ Per la sostituzione: G. Miele, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, ed ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, vol. I, 421 ss. Per i munera: M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950, 119 ss.

¹⁷ F. de Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 86.

¹⁸ *Esercizio privato di pubbliche attività*, cit., 685; cfr. G. Paleologo, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, vol. XXXI, 137.

¹⁹ R. Cavallo Perin, Art. 112, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, cit., 609 e ss.; Id., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998. M. Consito, in questo volume, *infra*.

²⁰ F. Trimarchi Banfi, *Organizzazione economica ad iniziativa privata ed organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Cost.*, in *Pol. Dir.*, 1992, 5, 17, 18, 26.

²¹ R. Cavallo Perin, Art. 112, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 616 s.

Vero è piuttosto che il concessionario di servizi accede al mercato in una posizione di vantaggio: la pubblica amministrazione gli trasferisce di fatto la domanda di utenti che ad essa si rivolge in ragione delle garanzie di qualità e imparzialità che sono proprie di un servizio pubblico, dunque cui è assoggettata l'organizzazione che lo eroga, sia essa una pubblica amministrazione o un soggetto privato che ha assunto la qualità di concessionario²².

Tuttavia il concessionario di pubblici servizi e l'appaltatore di servizi sono entrambi organizzazioni non sottoposte al controllo della pubblica amministrazione, perciò non sono tenuti a selezionare i propri agenti per pubblico concorso²³, non rispondono della propria gestione avanti alla giurisdizione della Corte dei conti²⁴, né sono obbligati a selezionare i propri "fornitori" secondo procedure ad evidenza pubblica, definiscono la propria organizzazione con atti di diritto privato, non a carattere normativo, non soggetti a pubblicità, né al principio di legalità, ed i terzi non sono legittimati a far valere il relativo sindacato giurisdizionale.

Le ragioni che indicano l'organizzazione pubblica come struttura preferibile nella gestione dei servizi pubblici sono state da tempo individuate in poche essenziali proposizioni: la presenza di alte asimmetrie informative sia tra il gestore e gli utenti, sia tra il gestore e l'amministrazione affidante, con la conseguente necessità per quest'ultima di avere una conoscenza diretta del ciclo produttivo tenendo perciò sotto il suo immediato controllo almeno un'organizzazione di produzione di parte del servizio; infine la scarsa propensione del privato ad affrontare la gestione di servizi ad alto rischio oppure a remunerazione differita (per la repentina richiesta di innovazioni tecnologiche od organizzative; per la necessità di investimenti di lungo periodo collegati al persistere della domanda pubblica ecc.).

Di preferenza invece sono da intendersi come disponibili al mercato dei produttori le prestazioni standardizzate, ove la relativa qualità può essere agevolmente verificata dall'amministrazione pubblica affidante mediante controlli anche solo a campione e la cui ripetitività favorisce nel tempo una riduzione delle eventuali asimmetrie informative, anche di quelle verso gli utenti.

²² R. Cavallo Perin, *Art. 113*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 650 e ss.; cfr. G. Vidotti, *Le società miste di sperimentazione gestionale nella legislazione sanitaria*, in *Contr. St. enti p.*, 2001, 353.

²³ C. cost., 1° febbraio 2006, n. 29, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 411; G. Rossi, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 685 ss.; M.A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in www.astrid-online.it; contrario F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 454 ss., 490.

²⁴ Cfr. C. cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in www.cortecostituzionale.it; A. Azzena, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, cit., 171.

3. Le sperimentazioni gestionali e l'accreditamento: le prestazioni infungibili in sanità

A diversità di altri settori (energia, comunicazioni, ecc.) nella sanità la risoluzione delle asimmetrie informative non è stata trovata con la creazione di autorità di regolazione, ma lasciando allo Stato poteri di vigilanza e controllo sulle regioni e tramite le stesse su ogni struttura del Servizio sanitario nazionale, attribuendo in particolare poteri di vigilanza non solo con riferimento al contenimento della spesa pubblica al servizio del patto di stabilità, ma anche per una verifica di efficienza ed efficacia nella realizzazione degli obiettivi di mantenimento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute (art. 1, comma 3, comma 10, art. 10, comma 4, d.lgs. n. 502 del 1992, cit.). La soluzione adottata non è incompatibile con i principi comunitari che consentono l'attribuzione di funzioni di regolazione anche al Ministro competente, ferma restando la non dipendenza dello stesso dagli operatori economici del settore di mercato interessato²⁵, che nel caso della sanità appare comunque da escludere per il Ministero anche ove si considerino le aziende sanitarie come organizzazioni *in house providing*²⁶ della regione.

Sono sicuramente fungibili e dunque possono essere destinate al mercato dei produttori tutte le prestazioni accessorie rispetto a quelle istituzionali delle aziende sanitarie ed ospedaliere (servizio mensa e pulizia, trattamento dei rifiuti, deposito dei medicinali, gestione dei sistemi informativi, ecc.).

La realizzazione di economie di scala può essere conseguita semplicemente *organizzando in rete* gli uffici dei provveditori delle aziende sanitarie, con assegnazione funzionale del personale che mantiene la propria collocazione all'interno delle aziende di provenienza, oppure attivando uffici regionali come centrali di acquisto, o ancora mediante la costituzione di enti di servizio di diritto pubblico o privato, partecipati da più aziende sanitarie o da più regioni in ogni caso nella forma prescritta per l'*in house providing*, soluzioni che sono *ex lege* definite centrali di committenza ai sensi dell'art. 33, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)²⁷.

²⁵ C. giust. CE, 19 marzo 1991, C-202/88, par. 51, 52, in www.curia.europa.eu; C. giust. CE, 9 novembre 1995, C-91/94, par. 18, 19, ivi; Comm. Ue, decisione 29 luglio 2002, n. 2022/Ce, in *G.U.C.E.* L 200 del 30 luglio 2002.

²⁶ R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.

²⁷ L. 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007), art. 1, comma 455; E.M. Caruso, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi sanitari. Esternalizzazione dei servizi e società miste*, in *Rass. amm. sanità*, 1999, 136. Sui consorzi di area vasta della regione Toscana ex art. 65, l.r. Toscana 24 febbraio 2005, n. 40: M. Del Vecchio, *Del consorzio: strumento gestionale o*

Tra gli enti disciplinati dal diritto privato si ricorre alle fondazioni di partecipazione, come migliore strumento per la raccolta di risorse e la gestione di servizi accessori (formazione del personale, gestione del patrimonio immobiliare, acquisto e gestione delle apparecchiature, ecc.)²⁸ e per le aziende sanitarie è possibile anche solo un coinvolgimento delle imprese ricorrendo al *project financing* o al *global service*²⁹, o con le cautele del caso attraverso contratti di sponsorizzazione³⁰.

Sono del pari da ritenere fungibili e perciò possono essere destinate al mercato dei produttori anche tutte le prestazioni sanitarie che sono ormai standardizzate, ove non addirittura industrializzate (esami di laboratorio), il cui adempimento non richiede un'elevata personalizzazione consentendo di ricorrere direttamente al mercato (*outsourcing* o *contracting out*), verso organizzazioni private a vario titolo accreditate³¹.

Per altre prestazioni di minore standardizzazione³² l'alternativa all'erogazione diretta delle aziende sanitarie è data dall'ordinamento con la forma della sperimentazione gestionale, sempre che i nuovi modelli gestionali e la collaborazione con i privati siano oggetto di un'apposita autorizzazione della regione, anche costituendo società a capitale pubblico prevalente (art. 9-bis, d.lgs. n. 502 del 1992, cit.)³³.

La partecipazione del privato a società con enti pubblici è stata inizialmente concepita per erogare servizi strumentali e di supporto alle prestazioni tecnico-sanitarie, quali i servizi amministrativi (gestione e manutenzione del patrimonio immobiliare e tecnologico, gestione degli acquisti, sistemi informativi, contabilità ecc.), i servizi accessori (attività "alberghiere", ovvero ristorazione e lavaggio biancheria, pulizia e sanificazione) ed altri servizi "di-

nuovo livello istituzionale nel s.s.r. toscano, in *Ragiusan*, 2007, fasc. 273, 79; sui capitolati di appalto S. Ponzio, in questo volume; sui consorzi amministrativi: G. Di Gaspare, *Consorti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, vol. III, 476; S.A. Romano, *Consorti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. VIII, 3.

²⁸ F.G. Angelini ed E. Porazzi, *Le fondazioni a supporto dell'azienda sanitaria per un nuovo rapporto con il territorio*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2005, 40 ss.

²⁹ A. Giliberti e B. Calvetta, *Il project financing nella sanità*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2004, 403 ss.

³⁰ F. Massimino, *I contratti di sponsorizzazione nel settore sanitario*, in *Sanità pubbl.*, 2001, 1017 ss.; A. Galeazzi, *Le sponsorizzazioni e la ricerca dello sponsor nel settore sanitario*, ivi, 2001, 1133 ss.

³¹ M. Consito, in questo volume, *infra*.

³² Ministero della sanità, *Linee di guida n. 2/96: profilo aziendale dei soggetti gestori dei servizi sanitari*, in *G.U.* 31 maggio 1996, n. 126, serie generale, 45; art. 1, comma 3, l. 23 dicembre 1978, n. 833.

³³ Cfr. da ultimo: C. Stato, Sez. II, par. 18 aprile 2007, n. 456, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ministero della sanità, *Linee di guida n. 2/96*, cit., 48.

versi”, compresi taluni di tipo sanitario (dalla gestione delle biblioteche a quella di farmacie e laboratori)³⁴.

La sperimentazione gestionale consente ora di coinvolgere i privati nell'erogazione delle prestazioni istituzionali, cioè di quelle che hanno ad oggetto “lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute”³⁵, ed è talvolta giustificata da considerazioni di carattere economico-finanziario stante la scarsità di risorse pubbliche a fronte dell'aumento della domanda dato dall'invecchiamento della popolazione³⁶, ovvero per la minore garanzia nell'instaurazione dei rapporti e nella gestione del personale, con piena applicabilità di recenti forme contrattuali³⁷, divenuta più difficoltosa per l'ente pubblico³⁸. Si è peraltro ritenuto che la partecipazione privata determini talvolta una “contaminazione” del modello, perché il socio privato obbedisce a considerazioni proprie e persegue obiettivi non assimilabili a quelli dell'amministrazione³⁹. L'analisi del primo periodo di attuazione della riforma ha rileva-

³⁴ Ministero della sanità, *Linee di guida n. 2/96: profilo aziendale dei soggetti gestori dei servizi sanitari*, cit., 47 ss. M. Dugato, *Società e joint venture nella gestione dei servizi sanitari*, in *Sanità pubbl.*, 1998, 525 ss.; cfr. M. Zoppoloto, *L'applicazione del contratto di outsourcing nel settore sanitario: attività non sanitarie, pulizia, lavanderia, servizio di ristorazione, servizi accessori. La gestione attraverso società miste*, in *Contr. St. enti p.*, 2002, 210; E.M. Caruso, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi sanitari. Esternalizzazione dei servizi e società miste*, cit., 133 ss.; G. Vidotti, *Le società miste di sperimentazione gestionale nella legislazione sanitaria*, cit., 350 ss.; E. Griglio, *La delega per il riordino degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico: criteri ispiratori e prospettive evolutive della riforma*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, 434 ss.

³⁵ Si vedano M. Dugato e G. Piperata, in questo volume, *supra*.

³⁶ E. Jorio, R. Maida, E. Montilla, *Le sperimentazioni gestionali e la finanza di progetto*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2004, 845; cfr. G. Fiorentini, *Società a capitale misto nell'offerta di servizi sanitari*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, 85; E.M. Caruso, *op. ult. cit.*, 132; G. Vidotti, *op. ult. cit.*, 2001, 341.

³⁷ Cfr. C. Lari, R. Baldelli, F. Lega, *Il Business Plan della “Dental Building S.p.a.”: l'analisi di sostenibilità di una sperimentazione gestionale di società mista a capitale pubblico-privato*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, 968 s.; AA.VV., *Sperimentazioni e innovazioni gestionali nelle aziende sanitarie*, in *Monitor*, 2003, 20 ss.

³⁸ Art. 3, comma 79, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria per il 2008), che modifica l'art. 36, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, stabilendo che “le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi”, pena il divieto di ulteriori assunzioni per il triennio successivo alla violazione.

³⁹ C. Stato, Sez. II, n. 456 del 2007, cit.; Id., Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., Sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, ivi; C. giust. CE 18 gennaio 2007, C-220/05, in www.curia.europa.eu; Id., 6 aprile 2006, C-410/04, ivi; Id., 21 luglio 2005, C-231/03, ivi. R. Cavallo Perin, *Art. 113*, Sez. VII, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo e A. Romano, cit., 663. Sull'*in house providing*: R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., 51 ss.; G. Piperata, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn.*

to infatti che i soci privati condizionano spesso l'entrata nella società alla stipulazione di patti parasociali che ne rafforzano il ruolo ed assicurano l'influenza nella gestione⁴⁰, che unitamente all'inosservanza della regola del pubblico concorso nel reclutamento del personale indebolisce il carattere pubblico delle prestazioni istituzionali delle aziende sanitarie.

Sono previste tutele ulteriori a presidio della qualità delle prestazioni erogate: la stipulazione di una convenzione con l'azienda, la previa motivazione sulle ragioni di convenienza della scelta e la subordinazione del progetto all'approvazione della regione, cui è attribuito un ruolo centrale nella programmazione delle prestazioni sanitarie⁴¹.

La disciplina della sperimentazione gestionale non si afferma come "principio fondamentale" (art. 117 Cost.) sicché le regioni possono procedere ad una autonoma regolamentazione, fermo restando il principio secondo il quale le sperimentazioni gestionali sono forme d'eccezione alla regola delle aziende sanitarie⁴² cui si aggiunge il rispetto delle norme a tutela della concorrenza⁴³ e dei principi generali dell'ordinamento giuridico⁴⁴. Senonché la legislazione regionale non pare sia stata particolarmente innovativa, limitandosi per lo più a richiamare la disciplina nazionale⁴⁵; solo alcune leggi hanno introdotto specificazioni, prevedendo la possibilità di costituire "società miste, consorzi o società consortili" cui aderiscano più aziende sanitarie in collaborazione tra loro e cui partecipino la stessa regione⁴⁶, ovvero prolungando a

dir. amm., 2006, 137 ss.; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 247 ss.

⁴⁰ E. Jorio, R. Maida, E. Montilla, *op. ult. cit.*, 861-862; AA.VV., *Sperimentazioni e innovazioni gestionali nelle aziende sanitarie*, cit., 27 ss.

⁴¹ Art. 3, d.l. n. 347 del 2001, cit.

⁴² C. Stato, Sez. V, 8 agosto 2003, n. 4594, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "lo scopo della norma è proprio quello di evitare che la società mista possa rappresentare uno strumento di "esternalizzazione" delle tipiche attività istituzionali delle aziende sanitarie"; C. Stato, Sez. V, n. 5587 del 2007, cit., secondo cui la norma intende "escludere l'inserimento nell'attuazione del programma di sperimentazione gestionale di soggetti rimasti estranei al rapporto convenzionale stipulato dall'amministrazione con altri centri di imputazione previamente individuati".

⁴³ Art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., *passim*. Recentemente S. Ponzio, *Gli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie come organismi di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2007, 1351.

⁴⁴ Art. 19, comma 2-bis, d.lgs. n. 502 del 1992, cit., aggiunto dall'art. 3 del d.l. 18 settembre 2001, n. 347, conv. in l. 16 novembre 2001, n. 405.

⁴⁵ L.r. Toscana 24 febbraio 2005, n. 40, art. 34; l.r. Sicilia 16 aprile 2003, n. 4, art. 29; l.r. Basilicata 31 gennaio 2002, n. 10, art. 17. Per una rassegna: P. Scarale, in questo volume, *supra*.

⁴⁶ L.r. Liguria 7 dicembre 2006, n. 41, art. 58, comma 2.

cinque anni il termine per definire se proseguire nella sperimentazione gestionale⁴⁷.

La norma statale prevede che i partner della sperimentazione siano preferibilmente scelti tra “organizzazioni non lucrative di utilità sociale” al fine, si è detto, di garantire una “rete di contenimento” che consenta di contemperare la ricerca di economie di scala con la preservazione della qualità delle prestazioni fornite agli utenti⁴⁸. La scelta di istituire una società mista in luogo dell’affidamento a terzi è stata peraltro ritenuta giustificabile solo qualora debbano essere erogate prestazioni i cui caratteri rendano “inopportuno” l’esercizio di un mero controllo esterno sull’attività dell’appaltatore⁴⁹.

La scelta del socio privato mediante una procedura ad evidenza pubblica è condizione di legittimità della costituzione della società e degli affidamenti diretti di servizi, lavori o forniture, richiedendosi che il bando di gara oltre alla cessione delle quote sociali segnali specificamente tutte le prestazioni di appalto e più in generale la disciplina del complesso rapporto economico giuridico che si vuole instaurare con la società, che suppone il possesso di determinati requisiti soggettivi (capacità tecnico economica) in capo al socio debitore delle prestazioni accessorie o “di lavoro”⁵⁰.

Conferme alla limitazione della capacità generale di diritto privato degli enti pubblici – stante il carattere d’eccezione della partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali – derivano dalla Finanziaria 2008 che ne ha circoscritto l’oggetto sociale alla produzione di beni e servizi “strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali” (art. 3, comma 27, l. n. 244 del 2007, cit.)⁵¹.

Del pari d’eccezione rispetto alla regola ordinaria della forma di gestione per azienda sanitaria (art. 3, comma 1; art. 4, d.lgs. n. 502 del 1992, cit.) deve ritenersi la disciplina sull’accreditamento istituzionale di strutture sanita-

⁴⁷ L.r. Emilia Romagna 23 dicembre 2004, n. 29, art. 7, comma 1.

⁴⁸ E. Jorio, R. Maida, E. Montilla, *Le sperimentazioni gestionali e la finanza di progetto*, cit., 848.

⁴⁹ C. Stato, Sez. II, n. 456 del 2007, cit.

⁵⁰ Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, cit. ; art. 113, comma 5, lett. b, d.lgs. n. 267 del 2000; C. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in www.lexitalia.it; C. Stato, Sez. II, n. 456 del 2007, cit.; contraria: C. giust. amm. reg. sic., 27 ottobre 2006, n. 589, in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. R. Cavallo Perin, *Art. 113*, Sez. VII, cit., 657 ss.; Commissione europea, 30 aprile 2004 COM(2004) 327 definitivo, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*. Segnalano l’inosservanza dell’evidenza pubblica: AA.VV., *Sperimentazioni e innovazioni gestionali nelle aziende sanitarie*, cit., *passim*; M. Dugato, G. Piperata, in questo volume, *supra*.

⁵¹ AA.VV., *Sperimentazioni e innovazioni gestionali nelle aziende sanitarie*, cit., 32, per il caso di una società per azioni costituita da un’azienda sanitaria con la partecipazione di una Fondazione bancaria quale socio privato e di diversi comuni e comunità montane quali soci pubblici con quote di minoranza (circa il 3% complessivo).

rie private (art. 8-*bis*, art. 8-*quater*, d.lgs. n. 502 del 1992, cit.), le quali sono relativamente capaci di produrre le prestazioni sanitarie in ragione della loro accertata rispondenza ai requisiti di qualificazione richiesti e alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale (art. 8-*quater*, d.lgs. n. 502 del 1992, cit.).

Salvo i casi d'eccezione, per così dire "d'infungibilità assoluta", ove talune prestazioni sono riservate agli enti pubblici⁵², la disciplina in materia sanitaria consente di configurare in via generale le prestazioni sanitarie come relativamente fungibili, cioè disponibili al mercato dei produttori privati di servizi sanitari in ragione del grado di accreditamento ricevuto dall'amministrazione pubblica di regolazione, sia essa quella ministeriale o regionale.

La sperimentazione gestionale prevede come ipotesi normale la collaborazione di privati ai nuovi modelli gestionali – anche senza una loro partecipazione societaria – portando a ritenere che la stessa possa essere configurata come oggetto di contratti di appalto poiché la nozione di diritto pubblico del contratto di appalto (art. 3, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006, cit.; cfr. art. 1655, c.c.) è tale da non escludere nell'elemento causale anche la cooperazione tra pubblico e privato nell'innovazione gestionale ed appare altresì compatibile con la definizione del pari comunitaria delle prestazioni di "servizi sanitari"⁵³ (all. II B, d.lgs. n. 163 del 2006, cit.) tra i quali rientrano quelle strumentali ed accessorie o le prestazioni sanitarie fungibili⁵⁴.

L'autorizzazione alla sperimentazione gestionale tuttavia non può essere intesa senz'altro come apertura al mercato dei produttori, anche perché si esclude "in particolare il ricorso a forme contrattuali, di appalto o di subappalto, nei confronti di terzi estranei alla convenzione di sperimentazione, per la fornitura di opere e servizi direttamente connessi all'assistenza della persona" (art. 9-*bis*, comma 2, lett. e, cit.).

⁵² L. 1 aprile 1999, n. 91, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, art. 15 sulla conservazione e distribuzione dei tessuti prelevati, ma cfr. artt. 13 e 16.

⁵³ C. Stato, Sez. V, n. 5587 del 2007, cit.; art. 20, d.lgs. n. 163 del 2006, cit.

⁵⁴ Per appalti di servizi di ossigenoterapia domiciliare: T.A.R. Piemonte, Sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3266, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Emilia Romagna, 28 settembre 2001, n. 870, ivi; T.A.R. Abruzzo, 14 luglio 2000, n. 568, ivi; per servizi di diagnostica ecografica e vascolare: Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 37, ivi; per servizi di assistenza domiciliare integrata: T.A.R. Sardegna, Sez. I, 9 maggio 2007, n. 806, ivi; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 4 giugno 2007, n. 2539, ivi; per assistenza domiciliare sanitaria, infermieristica e riabilitativa: T.A.R. Basilicata, 30 aprile 2005, n. 286, ivi; Cons. St., Sez. V, 29 marzo 2006, n. 1591, ivi.

Infine la disciplina degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS), configurati come enti di diritto pubblico o di diritto privato⁵⁵, prevede che tali enti possano svolgere – oltre all’attività di ricerca in campo biomedico che costituisce la ragione di una disciplina speciale – anche l’erogazione di prestazioni di ricovero e cura di alta specialità in ragione di un apposito accreditamento⁵⁶ che ha ad oggetto la verifica di particolari requisiti strutturali e funzionali⁵⁷, ove la qualità di interesse pubblico rivestita da tali enti completa la disciplina sulle sperimentazioni gestionali⁵⁸.

Per gli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico sia di natura pubblica sia privata è previsto l’obbligo di procedure concorsuali per il reclutamento del personale cui si richiede il possesso dei requisiti previsti per l’accesso ad analoghe funzioni del Servizio sanitario nazionale⁵⁹.

Gli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico vanno intesi come forma pubblica speciale rispetto alle aziende sanitarie che sono in un rapporto particolare con le università degli studi (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 6 e s.; d.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517), secondo una “autonomia” statutaria che è tuttavia rimessa ad una proposta regionale di approvazione ministeriale (art. 3, d.lgs. n. 288 del 2003, cit.)⁶⁰ e rispetto a cui sono stati salvaguardati i poteri ministeriali di controllo sugli organi, nonché il potere di vigilanza del Ministro dell’economia, mentre le regioni possono disciplinare ulteriori forme di verifica delle attività e dei risultati⁶¹.

Anche agli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico è consentito “stipulare accordi e convenzioni, costituire e/o partecipare a consorzi e società di persone o di capitali con soggetti pubblici e privati”, ma unicamente per l’esercizio di “attività diverse da quelle istituzionali” (art. 9, d.lgs. n. 288

⁵⁵ Cfr. art. 2, d.lgs. n. 288 del 2003, cit. E. Carloni, in questo volume, *supra*.

⁵⁶ Artt. 1 e 13, d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288; S. Foà, *Le fondazioni – IRCCS di diritto pubblico...*, in *Foro amm.-CdS*, 2005, 3196; F.C. Rampulla, L.P. Tronconi, *Il decreto legislativo di riforma degli IRCCS: una opportunità perduta*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2004, 125; A. Salustri, *Il decreto legislativo 16 ottobre 2003, n. 288*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2004, 713; E. Griglio, *La delega per il riordino...*, cit., 379; sulla complementarietà tra le funzioni degli IRCCS: C. Stato, Sez. I, par. 25 settembre 2002, n. 1541, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁷ Sull’alta specialità delle prestazioni degli IRCCS: art. 8, comma 4, d.lgs. n. 288 del 2003, cit., ove si prevede la realizzazione di collegamenti e sinergie con altre strutture “con l’obiettivo di garantire al paziente le migliori condizioni assistenziali e le terapie più avanzate, nonché le ricerche pertinenti”.

⁵⁸ E. Griglio, *op. ult. cit.*, 401 ss.

⁵⁹ d.P.R. 10 dicembre 1997, n. 483 e n. 484.

⁶⁰ Sui limiti della potestà legislativa regionale: C. cost., 7 luglio 2005, n. 270, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 3176, con nt. di S. Foà; A. Salustri, *Il decreto legislativo 16 ottobre 2003, n. 288*, cit., 735 ss.

⁶¹ C. cost., n. 270 del 2005, cit.