



**News n. 28 del 1° aprile del 2025
a cura dell'Ufficio del massimario**

Alla Corte di giustizia la determinazione del *budget* in favore delle imprese private accreditate.

Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 27 febbraio 2025, n. 130 – Pres. De Francisco, Est. Chinè

Sanità pubblica e sanitari – Sicilia – Accredimento – Tetti di spesa – Spesa storica – Libertà di prestazione dei servizi – Disciplina applicabile – Lesione della concorrenza – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Sono rimessi alla Corte di giustizia dell'Unione europea i seguenti quesiti:

- i) "se l'esclusione dall'ambito applicativo della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno per i "servizi sanitari" abbia o meno ricadute sulla piena attuazione dei principi a tutela della concorrenza nello specifico settore dell'accesso dei soggetti privati accreditati alla sottoscrizione dei contratti di cui all'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992, e ciò in attuazione delle previsioni dell'art. 3, comma 3, T.U.E. e degli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116, 117, par. 1, T.F.U.E.";*
- ii) "in caso di risposta negativa al quesito sub i), se il criterio della c.d. spesa storica utilizzato per assegnare alle imprese private accreditate il budget in relazione al quale stipulare i singoli contratti ai sensi dell'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992, ove applicato in via esclusiva o prevalente o comunque preponderante dall'amministrazione regionale, si ponga in contrasto con l'art. 3, comma 3, T.U.E. e con gli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116, 117, par. 1, T.F.U.E.";*
- iii) "se le previsioni dell'art. 3, comma 3, T.U.E. e degli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116, 117, par. 1, T.F.U.E. e, più in generale, i principi posti a tutela della concorrenza e del libero mercato, ostino a disposizioni regionali che, per l'accesso al mercato delle prestazioni sanitarie erogate a carico della finanza pubblica da soggetti privati accreditati, e pertanto per il primo contratto, prevedano un budget di ingresso fisso, predeterminato dall'amministrazione regionale e indipendente da valutazioni in ordine alla efficienza e capacità del soggetto erogatore, alle specifiche esigenze degli assistiti da soddisfare, alla dislocazione sul territorio dei servizi, alle unità di personale e alla dotazione tecnologica a disposizione dell'erogatore";*
- iv) "in caso si ritenga, rispondendo al quesito sub iii), che la previsione di un budget di ingresso fisso sia compatibile con le disposizioni dell'art. 3, comma 3, T.U.E. e degli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116,*

117, par. 1, T.F.U.E. e, più in generale, con i principi posti a tutela della concorrenza e del libero mercato, se tale compatibilità dipenda dal valore del budget di ingresso predeterminato dall'amministrazione regionale, considerato in termini assoluti ovvero in relazione al valore dei budget attribuiti agli altri soggetti privati accreditati già contrattualizzati e operanti nel medesimo settore o branca specialistica". (1)

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il C.g.a. ha sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia UE, nell'ambito di una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento sanzionatorio emesso dall'Autorità delle garanzie nelle comunicazioni (AGCM), i quesiti interpretativi di cui in massima diretti a determinare la compatibilità col diritto dell'Unione europea (segnatamente l'art. 3, comma 3, TUE e degli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116, 117, par. 1, TFUE. e, più in generale, i principi posti a tutela della concorrenza e del libero mercato) delle norme nazionali nello specifico settore dell'accesso dei soggetti privati accreditati alla sottoscrizione dei contratti di cui all'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992.

II. – La sottesa vicenda normativa e processuale può essere così sintetizzata:

L'AGCM ha impugnato con ricorso in ottemperanza le determinazioni adottate dalla regione siciliana a seguito del giudicato formatosi sulle sentenze del T.a.r. Sicilia, 22 dicembre 2020, n. 2967 e del C.g.a. 10 novembre 2021, n. 994, deducendo che "l'Amministrazione regionale continua ad assegnare i c.d. *budget* relativi all'assistenza specialistica da privato perseverando a favorire le medesime strutture di più risalente convenzionamento, la cui posizione di indebito vantaggio non solo persiste ma perfino si consolida rispetto alle strutture di più recente convenzionamento o, addirittura, che ambiscono ad accedere al mercato delle prestazioni sanitarie specialistiche da privato c.d. convenzionato in Sicilia".

La questione attiene dunque al criterio della c.d. spesa storica, utilizzato per assegnare alle imprese private accreditate il *budget* in relazione al quale stipulare i singoli contratti ai sensi dell'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992, e in particolare se questo debba essere applicato in via esclusiva o prevalente.

III. – Il collegio, dopo aver ricostruito i termini della controversia, i fatti di causa ed il diritto applicabile, ha osservato che:

a) in ordine al quadro normativo nazionale rilevante, come precisato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 3 del 12 aprile 2012, vedi *infra* § q), il nuovo modello di Servizio sanitario nazionale (SSN), che si è andato delineando a partire dal d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, è ispirato alla coniugazione del principio di libertà dell'utente con il principio di programmazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico.

Quanto al primo profilo, la legislazione cristallizza il diritto dell'utente alla scelta della struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria, riconoscendo la qualità di erogatori delle prestazioni sanitarie a tutti i soggetti, pubblici e privati, titolari di rapporti "fondati sul criterio dell'accreditamento delle istituzioni, sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica e revisione della qualità delle attività svolte e delle prestazioni erogate" (articolo 8, comma 7, del d.lgs. n. 502 del 1992).

Il principio della necessaria programmazione sanitaria è, invece, perseguito con l'adozione di un piano annuale preventivo, finalizzato ad un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni mediante la fissazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi, nella prescrizione delle prestazioni. Il suddetto piano preventivo, previsto inizialmente per le sole aziende ospedaliere (articolo 6, comma 5, legge 23 dicembre 1994, n. 724), è stato esteso dall'articolo 2, comma 8, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati. Il principio della pianificazione preventiva è stato poi confermato, con significative modifiche, dall'articolo 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662;

- b) l'evoluzione della disciplina della programmazione sanitaria è stata in seguito caratterizzata dal progressivo accentuarsi del carattere autoritativo della pianificazione.

Alle regioni è stato pertanto affidato il compito di adottare determinazioni di natura autoritativa e vincolante in tema di limiti alla spesa sanitaria, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria.

Il valore autoritativo e vincolante delle determinazioni in tema di limiti delle spese sanitarie di competenza delle regioni ai sensi dell'art. 32, comma 8, legge 27 dicembre 1997, n. 449, esprime la necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nella cornice di una pianificazione finanziaria;

- c) nella disciplina dei rapporti per l'erogazione dei servizi sanitari in favore degli assistiti di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 502 del 1992, assume primario rilievo l'art. 8-bis del medesimo decreto legislativo che al comma 3 stabilisce diversi livelli di esercizio di attività sanitarie a carico del SSN, scandendo tre fasi: a) l'autorizzazione (art. 8-ter); b) l'accreditamento (art. 8-quater); c) il convenzionamento (art. 8-quinquies).

- d) in tale quadro il C.g.a. precisa (cfr. *ex plurimis*, sentenze n. 59 del 17 gennaio 2023; n. 749 del 23 luglio 2021; 844 del 1° ottobre 2020) di aver già avuto modo in più occasioni di descrivere le tre fasi:

- la prima fase riguarda l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio delle strutture sanitarie ed "è intesa ad evitare che vengano aperte e rese operative strutture prive dei requisiti di abitabilità, igienicità e professionalità indispensabili per garantire trattamenti sanitari rispondenti agli standard ordinari; si tratta di un controllo che la legge affida all'Autorità amministrativa sul presupposto che si tratti di attività esercitabili liberamente ai sensi dell'art. 41 della Cost., che non possono svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana".

- la seconda fase riguarda l'accreditamento della struttura, che serve a "garantire al cittadino-malato il diritto di libera scelta del medico o della struttura da cui farsi curare o assistere, limitatamente però a quelle prestazioni sanitarie il cui costo può essere in teoria sopportato dal SSN, attraverso il rimborso, alle

strutture private, delle notule che queste periodicamente presentano alle Aziende sanitarie territoriali”;

- la terza fase, necessaria affinché le prestazioni sanitarie erogate dalle strutture in favore degli assistiti del SSN vengano remunerate a carico della finanza pubblica, riguarda la conclusione di specifici accordi contrattuali tra l'azienda sanitaria pubblica e la struttura accreditata; soltanto detto convenzionamento fa nascere in capo alla struttura contrattualizzata, e nei limiti del *budget* assegnato alla stessa, il diritto alla remunerazione delle prestazioni sanitarie erogate;

e) in ordine alla tutela della concorrenza nel settore delle prestazioni sanitarie a carico del SSN sono richiamati i principi elaborati dalla giurisprudenza del C.g.a. (cfr. C.g.a. n. 59 del 2023 cit.; 27 ottobre 2020, n. 994; C.g.a., sez. cons., parere 14 gennaio 2020, n. 47), come di seguito indicati:

- la determinazione automatica di non contrattualizzare soggetti accreditati viola le regole comunitarie in materia di concorrenza, poiché preclude l'accesso al mercato delle prestazioni sanitarie in favore del Servizio Sanitario Nazionale;

- l'art. 3, comma 3, T.U.E. e gli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116, 117, par. 1, T.F.U.E., relativi alla tutela della libertà di concorrenza, sono applicabili al mercato delle prestazioni professionali, che costituisce un vero e proprio mercato soggetto alle regole europee, sicché sono da ritenersi illegittime tutte le disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati, privilegiando i soggetti che già lo sono e facendo esclusivo riferimento alla saturazione dell'offerta;

- le regioni possono operare scelte autonome per indicare criteri ritenuti migliori per l'individuazione dei soggetti che, tenendo conto dei limiti delle risorse disponibili, possono erogare prestazioni del Servizio sanitario pubblico, ma debbono ritenersi illegittime tutte le disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con i nuovi soggetti accreditati, privilegiando i soggetti che già lo sono e facendo esclusivo riferimento alla saturazione dell'offerta;

- la scelta dell'amministrazione regionale di impedire nei fatti, o di rendere estremamente difficoltoso, l'accesso alla contrattualizzazione è illegittima poiché, una volta individuati i soggetti accreditati, tali operatori devono essere messi in condizione di stipulare contratti con l'amministrazione, al pari degli altri soggetti accreditati e già contrattualizzati, non potendo la regione rivolgersi a tempo indefinito solo ai soggetti che per anni hanno avuto accesso al mercato e fare riferimento solo al criterio della spesa storica che, evidentemente, avvantaggia solo coloro che operano in un mercato chiuso all'accesso di nuovi operatori;

- l'utilizzo del criterio della "spesa storica" – che ha il pregio di assicurare la stabilità dei rapporti e di consentire ai soggetti privati di affrontare investimenti a medio e lungo ammortamento – tende purtuttavia a ingessare l'intero settore delle prestazioni sanitarie a carico del S.S.N., creando vere e proprie rendite di posizione che determinano ingiustificati privilegi, non funzionali all'efficienza del servizio sanitario, oltre che palesemente in contrasto con i principi di parità di trattamento tra soggetti potenzialmente interessati a inserirsi nel settore, di libertà di iniziativa economica ed efficienza dell'amministrazione, principi tutti di rilievo costituzionale;

- un sistema, come quello italiano, basato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori sanitari pubblici e privati accreditati non può sfuggire alle regole, operanti per qualunque settore del mercato, della concorrenzialità, che deve essere volta sia a valutare l'ingresso di nuovi operatori, sia a verificare periodicamente gli operatori già accreditati, sia, conseguentemente, a valutare eventualmente il livello, e gli auspicabili miglioramenti, dell'efficientamento e della razionalizzazione della rete dei servizi sanitari offerti ai cittadini;

f) analoghi principi sono stati elaborati nella giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato, in base alla quale:

- "La scissione tra la fase dell'accreditamento e quella della stipulazione degli accordi contrattuali - nel senso che l'esito positivo della prima non ridonda automaticamente nell'ammissione alla seconda - non implica, tuttavia, che l'Amministrazione, nel selezionare le strutture con le quali stipulare gli accordi contrattuali e determinare il *budget* a ciascuna spettante, sia affrancata dall'osservanza delle regole che garantiscono la conformità della sua azione ai principi di trasparenza, buon andamento e parità di trattamento che devono presidiare qualsiasi attività amministrativa finalizzata all'attribuzione di benefici economicamente rilevanti a soggetti potenzialmente concorrenti, né la deroga alle medesime regole potrebbe trovare giustificazione nella limitatezza delle risorse disponibili, anche derivante da disposizioni sovraordinate funzionali all'attuazione di politiche di razionalizzazione della spesa, tanto più in Regioni sottoposte ai Piani di Rientro: deve anzi rilevarsi che proprio il carattere tendenzialmente rigido della curva della spesa impone di incrementare il tasso di competitività tra le strutture interessate, ai fini del miglioramento qualitativo della spesa sanitaria, attraverso opportuni strumenti premiali nei confronti delle strutture che, indipendentemente dal possesso di una posizione contrattuale consolidata (cd. *newcomers*), si dimostrino idonee a contribuire all'erogazione di servizi sanitari secondo canoni di efficienza e appropriatezza" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2024, n. 174);

- "l'intervenuto accreditamento della struttura da parte della Regione, benché non comporti automaticamente il suo convenzionamento, impone la disamina della domanda, anche ai fini della programmazione della spesa da parte della Regione, non potendo ammettersi "rendite di posizione" da parte degli operatori "storici" a danno dei "nuovi entranti" nel mercato di riferimento (Cons. Stato, sez. III, 29 maggio 2023, n. 5225) ... è illegittima la scelta perpetuata negli anni dalla P.A. di prorogare gli accordi contrattuali con le strutture che siano già convenzionate, impendendo di fatto la contrattualizzazione di altri soggetti, mentre la circostanza ostativa riferita alla mancata riprogrammazione dei tetti di spesa è inconsistente perché deriva da condotte imputabili alla stessa amministrazione (il Commissario *ad acta*) chiamata ad esaminare le istanze di contrattualizzazione. Dunque, l'omessa ridefinizione dei *budget* non può assurgere al rango di fattore esimente, anche perché niente affatto estranea alla sfera di scelte e di responsabilità della stessa parte che la invoca (Consiglio di Stato sez. III, n.8164 del 2021);

g) più in particolare, l'esclusione delle strutture sanitarie neo accreditate sulla base del criterio della saturazione dell'offerta e, quindi, della spesa storica è

suscettibile di tradursi in una posizione di privilegio degli operatori del settore già presenti nel mercato che possono incrementare la loro offerta a discapito dei nuovi entrati, assorbendo la potenzialità della domanda e determinando una barriera all'ingresso del mercato;

g1) una cosa è, infatti, il criterio (*id est*, la spesa storica costituita dalle prestazioni erogate negli anni) per determinare il *budget* erogabile alle strutture già presenti sul mercato in regime di accreditamento, altro è ritenere che lo stesso precluda l'erogazione di somme alle nuove strutture presenti sul mercato che, proprio per questo, non hanno una spesa storica. Diversamente, infatti, si chiuderebbe completamente il mercato alle società che per la prima volta si affacciano nello stesso, finendo per determinare un regime non concorrenziale" (cfr. Cons. Stato, sez. VII, 11 giugno 2024, n. 5199);

g2) "...il soggetto accreditato per un determinato numero di posti non vanta una pretesa piena alla contrattualizzazione per il medesimo numero di posti, esso ... è comunque titolare di una posizione di aspettativa nei confronti dell'Amministrazione, avente ad oggetto il corretto e tempestivo esercizio del suo potere di programmazione, sia nella prospettiva della determinazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie da acquistare da soggetti privati accreditati, sia dal punto di vista della ripartizione delle risorse disponibili tra i medesimi soggetti accreditati, secondo criteri trasparenti ed ispirati a principi di parità di trattamento, efficienza ed imparzialità, in vista del migliore perseguimento dell'interesse pubblico all'erogazione del servizio sanitario secondo adeguati standards qualitativi...";

g3) i principi espressi dalla giurisprudenza, al fine di garantire l'apertura della contrattualizzazione a nuovi soggetti accreditati che ne siano estranei, ma che aspirino ad entrare a far parte del sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie mediante l'avvalimento degli operatori privati, si attagliano, *mutatis mutandis*, anche al - diverso ma contiguo - piano della distribuzione delle risorse tra soggetti già accreditati e contrattualizzati, che viene precipuamente in rilievo nella fattispecie in esame: ciò in quanto alla concorrenza tra strutture nella fase dell'accesso al settore *de quo*, garanzia di una costante tensione del sistema verso obiettivi di efficienza e aggiornamento qualitativo, non possono non accompagnarsi adeguati presidi atti a preservarne il funzionamento nella successiva fase della "suddivisione" tra i diversi operatori delle quote di "mercato", cui appunto sovrintende il potere programmatico della P.A." (cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2021, n. 5295);

g4) "sebbene il sistema sanitario nazionale legittimamente risulti ispirato alla necessità di coniugare il diritto alla salute degli utenti con l'interesse pubblico al contenimento della spesa, esso non può prescindere dal contemplare anche la tutela della concorrenza, irrimediabilmente lesa dall'automatica preclusione alla messa a contratto di nuovi soggetti accreditati. Ed invero, escludendo dal sistema, automaticamente ed indiscriminatamente, tutti i soggetti che negli anni precedenti non sono già

stati parte di un contratto con la competente ASL, senza tenere conto, in particolare, della posizione degli operatori accreditati che abbiano fatto richiesta di essere ammessi ad erogare prestazioni a carico del Servizio sanitario nazionale si determina una “discriminazione tra gli operatori” che non può ritenersi legittima;

g5) ciò risulta avvalorato dalla Corte costituzionale, che con sentenza n. 361 del 7 novembre 2008 (in *Foro it.* 2009, I, 346, nonché in *Regioni* 2009, 134, con nota di ROVAGNATI) ha affermato che l’ingresso di nuovi operatori privati, in possesso dei requisiti per l’accreditamento, non può essere bloccato a tempo indeterminato, non potendo essere giustificato dall’esigenza di contenere la spesa sanitaria, giacché tale legittimo e necessario obiettivo non può essere conseguito a costo della violazione del principio di uguaglianza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 8 gennaio 2019, n. 189, in *Foro It. Rep.*, 2019, *Sanità pubblica e sanitari*, n. 357);

h) sul tema dell’esercizio delle competenze regionali in materia di accreditamento e convenzionamento delle strutture sanitarie private, è richiamata l’attività di *advocacy* svolta dall’AGCM finalizzata a segnalare alle singole regioni e, da ultimo, anche alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, gli effetti distorsivi per la concorrenza discendenti dall’utilizzo esclusivo o quasi esclusivo del criterio della spesa storica o del fatturato storico per determinare il *budget* attribuito ai singoli soggetti convenzionati con i sistemi sanitari regionali nonché dalle proroghe dei contratti in essere anche per lunghi periodi di tempo, e ciò in violazione dei principi enunciati dall’art. 8-*quinquies*, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 502 del 1992 che radica un sistema di convenzionamento delle imprese private su base selettiva, non discriminatoria, periodica e trasparente;

i) in ordine alle ragioni del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea, dopo aver richiamato la sentenza del 6 ottobre 2021, C-561/19 (in *Foro It. Rep.*, 2023, *Unione europea e Consiglio d’Europa*, n. 941 nonché in News UM, n. 83 del 23 novembre 2021), in cui la Corte di giustizia UE ha precisato le condizioni che devono sussistere perché, ai sensi dell’art. 267 T.F.U.E., il giudice nazionale di ultima istanza possa risolvere la controversia interna senza investire la Corte di giustizia della soluzione di quesiti pregiudiziali relativi alla corretta interpretazione del diritto dell’Unione europea, il C.g.a. osserva che in primo luogo, non si registrano pronunce della medesima Corte di Lussemburgo sulle singole questioni interpretative individuate; né i quesiti pregiudiziali pongono problemi interpretativi in relazione ai quali non sembra possa ritenersi che “l’interpretazione corretta del diritto dell’Unione s’imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi”;

j) sono quindi elencati i quesiti da rimettere alla Corte di giustizia;

j1) (primo quesito) l’art. 2, par. 1, lett. f), della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno stabilisce che tale direttiva non si applica ai “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”. Di conseguenza l’art. 7, comma 1, lett. b), del d.lgs. 26

marzo 2010, n. 59, recante “Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno”, ha stabilito che le disposizioni del medesimo decreto non si applicano “ai servizi sanitari ed a quelli farmaceutici forniti direttamente a scopo terapeutico nell’esercizio delle professioni sanitarie, indipendentemente dal fatto che vengano prestati in una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione, di finanziamento e dalla loro natura pubblica o privata”;

j2) tali previsioni normative pongono il problema interpretativo se l’esclusione dall’ambito applicativo della direttiva 2006/123/CE per i “servizi sanitari” abbia ricadute sulla piena attuazione dei principi a tutela della concorrenza nello specifico settore dell’accesso dei soggetti privati accreditati alla sottoscrizione dei contratti di cui all’art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992, e ciò in attuazione delle previsioni dell’art. 3, comma 3, T.U.E. e degli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116, 117, par. 1, T.F.U.E.;

- k) il predetto quesito interpretativo, concernente norme e principi del diritto europeo, è rilevante ai fini della decisione devoluta nella controversia all’esame del Consiglio di giustizia amministrativa, giacché solo in caso di risposta negativa si può ritenere che i principi a tutela della libertà di concorrenza siano applicabili al mercato delle prestazioni sanitarie erogate da soggetti privati accreditati in regime di Servizio Sanitario Nazionale, ovvero con oneri a carico della finanza pubblica – trattandosi di un vero e proprio mercato soggetto alle regole europee – con il corollario che in tal caso sarebbero da ritenere illegittime, in quanto in contrasto con il diritto dell’Unione europea, tutte quelle disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati; ovvero che, pur senza interventi radicalmente preclusivi, privilegiano (oltremodo) i soggetti accreditati che già in passato hanno stipulato contratti e, conseguentemente, già operano nel predetto mercato;
- l) (secondo quesito) in caso di risposta negativa al primo quesito, e quindi accertata l’applicazione dei principi a tutela della concorrenza nello specifico settore dell’accesso dei soggetti privati accreditati alla sottoscrizione dei contratti di cui all’art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992, il C.g.a. ritiene di formulare un ulteriore quesito, per il quale richiama -in via preliminare- i decreti assessoriali (censurati dall’AGCM in sede di ottemperanza) con i quali la Regione siciliana ha determinato gli aggregati regionali di spesa per l’assistenza specialistica da privato relativamente a varie branche per gli anni 2020 – 2023, dichiarando di avere in tale modo eseguito il giudicato formatosi sulle citate sentenze del T.a.r. Sicilia n. 2967 del 2020 e del medesimo C.g.a. n. 994 del 2021. In sintesi, il collegio ritiene rilevante accertare se previsioni dell’art. 3, comma 3, T.U.E. e degli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116, 117, par. 1, T.F.U.E. ostino a modalità stabilite da una regione per il riparto tra i soggetti privati accreditati dei *budget* annuali per la stipula dei relativi contratti – aventi a oggetto la remunerazione a carico della finanza pubblica delle prestazioni sanitarie erogate agli assistiti del Servizio Sanitario Nazionale – che si fondano, in via esclusiva o prevalente o comunque preponderante, sul criterio della c.d. spesa storica, attribuendo quindi rilevanza al fatturato fatto registrare dall’accreditato (già contrattualizzato) nell’annualità precedente, per tal via favorendo gli operatori economici già presenti sul mercato

e creando inevitabilmente elementi di forte rigidità del mercato difficilmente superabili sia dai nuovi entranti, sia da chi, seppure già presente nel mercato, abbia in passato fatto registrare più bassi volumi di fatturato;

- m) con un terzo quesito, si osserva che ai soggetti privati accreditati aspiranti al primo contratto (pertanto nuovi entranti nel mercato degli erogatori di prestazioni sanitarie a carico della finanza pubblica, per i quali il criterio della c.d. spesa storica risulta oggettivamente inapplicabile), la regione siciliana ha riservato, nelle varie annualità, un *budget* fisso determinato in un valore nominale ritenuto insuperabile nell'annualità di riferimento (pari a decorrere dal 2022 a euro 50.000,00), contestato dall'AGCM. Ai fini della decisione della controversia si ritiene, quindi, rilevante accertare se le previsioni dell'art. 3, comma 3, T.U.E. e degli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116, 117, par. 1, T.F.U.E., e più in generale, i principi posti a tutela della concorrenza e del libero mercato, ostino a disposizioni regionali che, per l'accesso al mercato delle prestazioni sanitarie erogate a carico della finanza pubblica da soggetti privati accreditati, e pertanto per il primo contratto, prevedano un *budget* di ingresso fisso, predeterminato dall'Amministrazione regionale e indipendente da valutazioni in ordine alla efficienza e capacità del soggetto erogatore, alle specifiche esigenze degli assistiti da soddisfare, alla dislocazione sul territorio dei servizi, alle unità di personale e alla dotazione tecnologica a disposizione dell'erogatore;
- n) (quarto quesito) ove si ritenesse che la previsione di un *budget* di ingresso fisso sia compatibile con le disposizioni dell'art. 3, comma 3, T.U.E. e degli artt. 3, par. 1, lett. b), 106, 116, 117, par. 1, T.F.U.E. e, più in generale, con i principi posti a tutela della concorrenza e del libero mercato, è ritenuto rilevante l'ulteriore questione se la compatibilità con le suesposte norme e principi in materia di tutela del mercato concorrenziale dipenda dal valore del *budget* di ingresso predeterminato dall'Amministrazione regionale, considerato in termini assoluti ovvero in relazione al valore dei *budget* attribuiti agli altri soggetti privati accreditati già contrattualizzati e operanti nel medesimo settore o branca specialistica.

IV. – Per completezza, sul rapporto fra autorizzazione, accreditamento e convenzionamento strutture sanitarie private e sui profili di tutela della concorrenza, si segnalano le seguenti decisioni:

- o) Corte cost., 20 aprile 2023, n. 76 (in *Foro it.*, 2024, I, 38 con nota di commento), secondo cui è incostituzionale l'art. 13, comma 55, secondo periodo, l. reg. Sicilia 25 maggio 2022 n. 13 (legge di stabilità regionale 2022-2024), nella parte in cui prevede che, per l'anno 2022, i "trasferimenti extrabudget" in favore delle strutture private convenzionate con il servizio sanitario regionale sono calcolati "sul consolidato dell'anno 2019" (così consentendo la corresponsione alle medesime strutture di risorse finanziarie ulteriori rispetto al corrispettivo che, fra la regione e ciascuna struttura, è stato convenuto a fronte delle attività preventivamente concordate;

o1) nella nota di commento si osserva che i "trasferimenti extrabudget" alle strutture convenzionate con il servizio sanitario nazionale (vale a dire la remunerazione delle prestazioni rese da tali strutture in eccedenza al tetto

di spesa concordato con la regione), violava l'art. 117, comma 3, Cost. perché in contrasto col principio fondamentale di coordinamento finanziario costituito dalla "programmazione della spesa sanitaria", sancito dall'art. 8 *quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992; principio che, in quanto finalizzato a contemperare l'impiego delle risorse disponibili con la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni e con le esigenze di contenimento della spesa pubblica (v., tra le altre, Corte cost. 2 aprile 2009, n. 94, in *Foro it. Rep.* 2009, *Sanitario e personale della sanità*, n. 9; 26 maggio 2005, n. 200, in *Foro it.*, 2005, I, 2259, con nota di richiami), la Corte ritiene vincolante anche per le autonomie speciali (v., per tutte, Corte cost. 28 luglio 2022, n. 201, in *Foro It.*, 2022, I, 3538; e 23 marzo 2021, n. 44, in *Foro It.*, 2021, I, 1528, entrambe con note di richiami; 21 dicembre 2020, n. 273) e al quale tradizionalmente riconduce il regime delle autorizzazioni e dell'accreditamento dei privati per l'erogazione di prestazioni sanitarie (in tal senso, v. Corte cost. 9 maggio 2022, n. 113, annotata da M. BENVENUTI, *La corte enuncia il «principio generale di ispirazione liberista» e la Costituzione si ferma ai cancelli delle cliniche private*, in *Giur. costit.*, 2022, 1265; S. R. VINCETI, *L'accreditamento istituzionale tra vincoli costituzionali e integrazione europea*, in *Giur. costit.*, 2022, 1292; S. BERTOCCO, *Accreditamento regionale delle strutture sanitarie private: il bilanciamento tra utilità sociale e libertà d'impresa*, in *Argomenti dir. lav.*, 2022, 1268; E. JONA, *L'utilità sociale come limite all'iniziativa economica privata nell'organizzazione delle strutture private in sanità. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2022*, in www.osservatorioaic.it, 2023; 12 marzo 2021, n. 36, *Foro it. Rep.* 2021, *Regione*, n. 326, 329; 22 gennaio 2021, n. 7, in *Foro it. Rep.* 2021, *Friuli-Venezia Giulia*, n. 8);

o2) in sostanza, conclude la Corte, richiamando anche la giurisprudenza di legittimità, quella amministrativa e la giurisprudenza di responsabilità della Corte dei conti, "le regioni sono chiamate a contribuire al raggiungimento di un ragionevole punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare (almeno) i livelli essenziali di assistenza sanitaria e quella di garantire una più efficiente ed efficace spesa pubblica, anch'essa funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico del settore";

o3) la Corte inoltre ha ritenuto che la disposizione censurata era in contrasto con la norma statale che, allo scopo di combinare l'interesse del personale precario dei ruoli sanitario e socio-sanitario ad ottenere la stabilizzazione dei rapporti di lavoro con l' "indiscutibile necessità" di rafforzare i servizi sanitari regionali e con l' "altrettanto pressante esigenza di contenere la spesa per il personale delle strutture del servizio sanitario regionale", ha individuato il "punto di equilibrio" fra tali occorrenze sulla base di tre criteri: a) la coerenza della stabilizzazione con il piano triennale dei fabbisogni del personale (laddove la norma impugnata prevedeva che le stabilizzazioni potessero effettuarsi anche in deroga al piano stesso); b) la limitazione delle stabilizzazioni ai dipendenti dei ruoli sanitario e socio-sanitario (mentre la norma impugnata consentiva la stabilizzazione anche del personale tecnico e amministrativo); c) l'avvenuta prestazione

dell'attività di servizio a titolo precario per un periodo minimo (diciotto mesi), maturato entro una certa data (termine poi più volte modificato);
o4) la Corte non manca, infine, di rilevare il carattere frammentario e disorganico della legislazione siciliana nelle materie trattate dalla sentenza, aggravato, nella specie, dalle singolari modalità di approvazione della legge regionale di stabilità, il cui testo definitivo — osserva la corte — risulta del tutto nuovo non solo rispetto a quello presentato dalla giunta regionale, ma anche a quello su cui si è svolta la gran parte della discussione parlamentare”;

- p) Corte cost., 17 aprile 2023, n. 74 (oggetto della News UM n. 67 del 17 maggio 2023 nonché in *Foro it.*, 2024, I, 53 con nota di D’AURIA) che ha dichiarato illegittimo l’art. 8, comma 2, della l. r. Campania n. 8 del 2003, per contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., limitatamente alle parole “e non superiore ad una per ogni distretto sanitario di base”, in quanto la disposizione regionale, nel determinare in maniera rigida la localizzazione delle strutture sanitarie, attraverso un parametro di fabbisogno associato a un criterio impermeabile a ogni verifica in concreto, limita in maniera irragionevole e sproporzionata, oltre che discriminatoria, l’iniziativa economica privata;
- q) Corte cost., 25 gennaio 2023, n. 32 (oggetto della News UM n. 42 del 23 marzo 2023 nonché in *Foro it.* 2023, I, 1003), che ribadisce la distinzione tra autorizzazione (alla realizzazione e all’esercizio) e accreditamento (istituzionale) delle strutture sanitarie e socio-sanitarie, evidenziando come non sia consentito al legislatore regionale (nel caso di specie: alla legge della Regione Puglia 2 maggio 2017, n. 9) derogare (anche parzialmente) alle “norme di principio” tracciate dal legislatore statale (ossia dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502);
- r) Cons. Stato, ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3 (in *Foro it.*, 2012, III, 269), secondo cui, il potere di programmazione deve svolgersi “in guisa da bilanciare l’esigenza del contenimento della spesa con la pretesa degli assistiti a prestazioni sanitarie adeguate e, soprattutto, con l’interesse degli operatori privati ad agire con una logica imprenditoriale sulla base di un quadro, nei limiti del possibile, certo e chiaro circa le prestazioni remunerabili e le regole applicabili”;
- r1) da ciò consegue che la tutela delle legittime aspettative degli operatori privati, in coerenza con il fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici, riposa, in primo luogo, sulla valorizzazione dell’affidamento degli operatori economici, sottolineato dalla decisione n. 8 del 2006 della ad. plenaria, sull’ultrattività dei tetti già fissati per l’anno precedente, salve le decurtazioni imposte dalle successive norme finanziarie;
- r2) la tutela di tale affidamento richiede, pertanto, che le decurtazioni imposte al tetto dell’anno precedente, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all’esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all’inizio e nel corso dell’anno. Più in generale, la fissazione di tetti retroagenti impone l’osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l’equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una

motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli;

r3) osserva ancora la plenaria che occorre evitare che il taglio tardivamente effettuato possa ripercuotersi sulle prestazioni già erogate dalle strutture nella ragionevole aspettativa dell'ultrattività della disciplina fissata per l'anno precedente, con le decurtazioni imposte dalle norme finanziarie. Con la conseguenza che ovvi principi di buona amministrazione rendono opportuna l'esplicazione sia pure provvisoria di scelte programmatiche all'inizio dell'anno, che consentano all'operatore di porre in essere scelte consapevoli sulla base di previsioni attendibili ancorché suscettibili di limitate correzioni.

