

La parabola degli ospedali classificati:
da soggetti giuridici parificati al
servizio pubblico a operatori privati.
È veramente questo il precipitato
giuridico delle recenti sentenze in
materia?

(Commento a Cons. St., sez. III, 28 febbraio 2019, n. 1410)



La parabola degli ospedali classificati: da soggetti giuridici parificati al servizio pubblico a operatori privati. È veramente questo il precipitato giuridico delle recenti sentenze in materia?*

(Commento a Cons. St., sez. III, 28 febbraio 2019, n. 1410)

di Paolo De Angelis

Responsabile ARTEC - Unità professionale Servizio giuridico
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** I principi emergenti dalla sentenza in commento e l'inquadramento dei cd. ospedali classificati nel sistema sanitario italiano. – **3.** Osservazioni in merito all'impatto dei principi espressi dalla sentenza in commento sulla normativa italiana di settore. – **4.** Conclusioni. – Bibliografia e sentenze citate.

1. Premessa

L'oggetto della sentenza in commento origina da una vicenda giudiziaria che deve essere qui brevemente riassunta per comprendere l'effettiva portata dei principi da essa emergenti.

Nel 2015 la AUSL 12 di Venezia e l'Ospedale dell'Angelo di Mestre (da ora, AUSL Venezia) adottarono alcuni provvedimenti mediante i quali affidarono, per il tramite di un accordo convenzionale (dunque, in via diretta, ossia senza lo svolgimento di una gara), all'Ospedale Classificato Sacro Cuore – Don Calabria di Negrar (da ora, Sacro Cuore) il servizio di fornitura di un radiofarmaco a titolo gratuito, prevedendosi solo il rimborso delle spese di trasporto. Successivamente, attribuirono allo stesso Ospedale Classificato un finanziamento di funzione volto a compensare il più alto costo per la maggiore complessità organizzativa nella predisposizione del radiofarmaco.

Un'azienda specializzata nella produzione di radiofarmaci, fino alla data di sottoscrizione della convenzione sopra citata fornitrice del radiofarmaco per alcune strutture sanitarie venete, ha impugnato dinanzi al TAR Lazio i provvedimenti che hanno condotto alla sottoscrizione dell'accordo. Tra le varie doglianze sollevate nel ricorso, quella di interesse per il presente commento concerne la asserita violazione delle norme comunitarie in materia di affidamento di servizi di fornitura, in quanto:

* Nota a sentenza sottoposta a referaggio.

1. il servizio di fornitura affidato al Sacro Cuore avrebbe, a detta della ricorrente, carattere oneroso in virtù del successivo finanziamento di funzione e, pertanto, avrebbe dovuto essere affidato tramite gara pubblica;
2. anche se non si volesse riconoscere il carattere oneroso derivante dal successivo finanziamento di funzione, stante la natura privata del Sacro Cuore non sarebbe stato comunque possibile affidare il servizio in assenza di una gara pubblica.

In riferimento ai due punti controversi ora indicati, il Tribunale adito¹ respingeva il ricorso affermando che:

1. la fornitura in contestazione doveva ritenersi essenzialmente gratuita, poiché non vi è nesso di diretta corrispettività tra il finanziamento e l'assegnazione dei prodotti ai singoli presidi ospedalieri pubblici;
2. l'affidamento diretto non può comunque considerarsi illegittimo in quanto l'affidatario rientra nell'ambito dei cd. ospedali classificati o equiparati, i quali, nonostante la loro natura formalmente privata collegata alla loro origine assistenziale religiosa, sono stabilmente inseriti nel sistema del servizio sanitario pubblico, sulla base di apposite convenzioni previste dalla speciale legislazione statale sanitaria.

Ad avviso del giudice di primo grado, in sostanza, l'inserimento funzionale del Sacro Cuore nella rete pubblica del Servizio Sanitario Regionale vale a collocare tale struttura sanitaria al di fuori del sistema concorrenziale tra aziende private accreditate nonché dalle regole e dagli interessi che lo connotano, assegnandole invece un ruolo di autoproduzione e fornitura non onerosa del radiofarmaco, coerente con la funzione sovra-provinciale attribuita in sede di programmazione regionale, del tutto interna al sistema sanitario pubblico e in un rapporto di sostanziale equiordinazione esclusivamente con le altre strutture aventi analoga natura pubblica.

Avverso la sentenza di primo grado insorge la ricorrente, formulando ricorso in appello nel quale ribadisce le doglianze proposte nel ricorso di primo grado e chiede al Consiglio di Stato la riforma della sentenza appellata. Il giudice di appello², esaminata la complessa vicenda:

1. relativamente al motivo di ricorso inerente la presunta illegittimità dell'affidamento diretto del servizio di fornitura derivante dalla natura onerosa dello stesso, difformemente da quanto deciso dal TAR, ha riconosciuto l'onerosità insita nell'operazione complessa svolta dall'AUSL Venezia (affidamento gratuito del servizio di fornitura e finanziamento di funzione); tuttavia, rilevando

¹ Tar Lazio, Roma, sez. Terza Quater, 26 aprile 2016, n. 4772.

² Cons. St., sez. III, 4 ottobre 2016, n. 4631. Per completezza, può aggiungersi che la sezione III si era già espressa sull'istanza cautelare, negando la sospensiva, con ordinanza 23 settembre 2016, n. 4138.

diverse interpretazioni in merito al concetto di onerosità presente nella Direttiva 2004/18³ (applicabile al caso di specie *ratione temporis*), ha sospeso il giudizio e deciso di formulare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per sapere se l'onerosità prevista dalla Direttiva comunitaria deve riguardare il contenuto intrinseco del contratto stipulato dall'amministrazione aggiudicatrice con l'operatore economico oppure deve essere riconosciuta anche nei casi in cui l'esecutore della fornitura riceva un diverso vantaggio economico, allorché sia ragionevole ritenere che detto finanziamento sia finalizzato proprio alla realizzazione del servizio o della fornitura in favore di altre amministrazioni pubbliche;

2. quanto al motivo di ricorso inerente la presunta illegittimità dell'affidamento diretto del servizio di fornitura derivante dalla sottoscrizione di un accordo convenzionale con un soggetto avente natura privata, pur riconoscendo che la decisione del TAR risulterebbe pienamente condivisibile alla luce della normativa nazionale italiana (che, nel settore sanitario, adotta una nozione ampia di <<ospedale pubblico>>, comprendente anche alcune strutture formalmente private, ma individuate secondo rigorose procedure di classificazione), ha evidenziato che la disciplina dell'Unione europea conosce un solo sistema mediante il quale l'Amministrazione può legittimamente affidare a soggetti formalmente privati a essa estranei determinate prestazioni (*in house providing*, ipotesi non ricorrente nel caso sottoposto alla sua attenzione); dunque, ha sospeso il giudizio e deciso di formulare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per sapere se la natura ibrida degli Ospedali equiparati (che consente il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale mediante speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, in assenza dei requisiti per il riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico e dei presupposti dell'affidamento diretto secondo il modello dell'*in house*) li sottrae alla disciplina nazionale ed europea dei contratti pubblici anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di realizzare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, ricevendo contestualmente un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione di tali forniture.

³ Direttiva 31 marzo 2004, n. 18 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. 134 del 30 aprile 2004.

L'ottava sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴, in merito alle due istanze di rinvio pregiudiziale ha dichiarato:

1. quanto alla prima, non sussistere alcun dubbio riguardo al concetto di onerosità dei contratti, in quanto risulta dal senso giuridico abituale dei termini «a titolo oneroso» che questi ultimi designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti s'impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione. Dunque, un contratto come quello in discussione nel procedimento principale, mediante il quale un operatore economico si impegna a fabbricare e a fornire un prodotto a diverse amministrazioni quale corrispettivo di un finanziamento interamente finalizzato alla realizzazione di tale obiettivo, rientra nella nozione di contratto «a titolo oneroso», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, quand'anche i costi di fabbricazione e di distribuzione del suddetto prodotto non siano interamente compensati dalla sovvenzione di cui sopra ovvero dalle spese di trasporto che possono essere fatturate alle amministrazioni summenzionate⁵;
2. quanto alla seconda causa di rinvio, che una normativa nazionale come quella controversa nel procedimento principale non può sottrarre alla sfera di applicazione delle norme in materia di appalti pubblici i contratti conclusi tra un istituto come il Sacro Cuore e un'entità pubblica, in quanto gli ospedali classificati costituiscono persone giuridiche la cui gestione resta, sotto il profilo sia del finanziamento e della nomina degli amministratori sia delle regole di funzionamento interno, interamente privata.

La sezione III del Consiglio di Stato⁶, tornata a pronunciarsi sulla controversia a seguito della pronuncia del giudice euro-unitario ha, stante il chiaro pronunciamento della Corte di giustizia, accolto l'appello dichiarando:

- a monte, che gli ospedali classificati, anche se non sono soggetti al regime dell'accreditamento e operano nell'ambito del servizio sanitario nazionale direttamente erogando le prestazioni sulla base di accordi con le regioni ai sensi dell'art. 8-*quinquies*, c. 2-*quater*, del D.Lgs. 502/1992, non possono essere ritenuti, dall'ordinamento nazionale, a tutti gli effetti equiparati a un soggetto pubblico;
- a valle, che la delibera impugnata debba essere dichiarata illegittima.

⁴ CGUE, sez. VIII, 18 ottobre 2018, C-606/17. A commento della sentenza si vedano: M. Avossa, *Appalti: anche gli ospedali classificati devono rispettare la disciplina italiana e UE*, in www.camminodiritto.it, I/2019 e P. Verduni, *Appalti pubblici ed ospedali c.d. "classificati"*, in www.insinitinere.it, 30 ottobre 2018.

⁵ In senso conforme si veda, da ultimo: CGUE, sez. IV, 8 dicembre 2016, C -553/15 e CGUE, sez. III, 21 dicembre 2016, C-51/15.

⁶ Cons. St., sez. III, 28 febbraio 2019, n. 1410.

Così riassunta la vicenda giurisdizionale, possono proporsi alcune letture emergenti dai principi contenuti nelle sentenze sopra brevemente riassunte.

2. I principi emergenti dalla sentenza in commento e l'inquadramento dei cd. ospedali classificati nel sistema sanitario italiano

Stante il chiaro pronunciamento della Corte di giustizia, il Consiglio di Stato si è, necessariamente, dovuto limitare a dare applicazione a quanto deciso dai giudici euro-unitari. Pertanto, si ritiene possibile provare a tracciare alcune linee direttrici sul tema avviando l'esame dalla seconda questione pregiudiziale posta all'attenzione della Corte, che ha dato luogo alla espressione del principio di diritto di seguito riportato:

“L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), e l'articolo 2 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, la quale, equiparando gli ospedali privati «classificati» a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, li sottrae alla disciplina nazionale e a quella dell'Unione in materia di appalti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti”.

Il principio espresso dalla sezione VIII è molto rilevante in quanto la Corte di giustizia dell'Unione Europea si occupa, per la prima volta, di una tematica che, invece, è stata ampiamente dibattuta nel panorama giuridico italiano: l'inquadramento da attribuire ai cd. ospedali equiparati (o classificati).

La Corte europea, in sede preliminare, confermando recenti precedenti⁷, ribadisce che le stazioni appaltanti, per affidare un servizio ai sensi della normativa dell'Unione europea in materia, devono indire un bando pubblico concluso a titolo oneroso stipulato tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici. Ribadisce, altresì, che solo due sono i tipi di appalti sottratti a questa disciplina⁸:

1. i contratti conclusi tra un'entità pubblica e un soggetto giuridicamente distinto dall'entità suddetta, qualora quest'ultima eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che essa esercita sui

⁷ Si segnalano, tra le prime, CGUE, Grande sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11 (su cui si veda P. De Angelis, *Nuove forme di collaborazione tra amministrazioni pubbliche*, in *Sanità Pubblica e Privata*, n. 1/2013, pagg. 72-85) e CGUE, sez. X, 16 maggio 2013, C-564/11.

⁸ Le due eccezioni (affidamento *in house* e accordo di cooperazione), dapprima di origine pretoria, sono, poi, state inserite in norme giuridiche all'interno delle Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici del 2014: art. 12, § 4 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, pubblicata nella GUUE del 28 marzo 2014, L94. Si vedano, anche, l'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE e l'art. 23 della Direttiva 2014/25/UE.

propri servizi e questo soggetto realizzi la parte essenziale delle proprie attività con l'entità o le entità che lo detengono (cd. affidamento diretto a soggetto *in house*)⁹;

2. i contratti conclusi tra due soggetti pubblici finalizzati a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, a condizione che tali contratti siano stipulati esclusivamente tra entità pubbliche, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun operatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti e che la cooperazione istituita da detti contratti sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico¹⁰.

Quanto al punto 1, la Corte evidenzia che dalle indicazioni del giudice del rinvio risulta chiaramente che nessuna delle amministrazioni pubbliche coinvolte eserciti un controllo sul Sacro Cuore analogo a quello che esse esercitano sui propri servizi.

Quanto al punto 2, che costituisce il punto centrale per quanto qui di interesse, la Corte evidenzia che presupposto indefettibile affinché sia realizzato un accordo tra enti pubblici è, per l'appunto, che le parti dell'accordo siano soggetti pubblici; ebbene, ad avviso della Corte tale criterio non sussiste nel caso oggetto del giudizio (il punto 42 della sentenza così recita: “*tale criterio non viene manifestamente soddisfatto nel caso di specie*”) in quanto gli ospedali classificati, come il Sacro Cuore, costituiscono persone giuridiche la

⁹ La letteratura sull'*in house providing* è ampia. Solo per citare alcuni recenti contributi, può farsi riferimento a: G.A. Benacchio, M. Cozzio, (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, in Atti dei Seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, maggio-giugno 2007, Trento, 2008; R. De Nictolis, L. Cameriero, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, 2008; S. Rizzoni, *La gestione dei servizi pubblici: da aziende speciali a società in house: le multiutility socioeconomiche raccontate nel percorso di trasformazione dalle municipalizzate alle holding*, Milano, Angeli, 2008; G. Soricelli, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008; C. Franchini, F. Tedeschini, (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009; M. Bassani, *I servizi pubblici locali: modalità di affidamento, gestione e tariffe*, Milano, Giuffrè, 2010; S. Girella (a cura di), *Organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche: l'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale*, Milano, Angeli, 2010; I. Rizzo, *L'affidamento in house: un istituto a cavallo tra il pubblico e il privato*, Roma, Dike giuridica, 2010; A. Ilacqua, *L'in-house puro dopo la riforma dei servizi pubblici locali*, in *Il foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2012, pp. 747-767; G. Carullo, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5/2014, pp. 991 ss.

¹⁰ In tema di accordi tra pubbliche amministrazioni, in dottrina si segnalano: R. Ferrara, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985; M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo. Accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1/1997, pp. 103 e ss.; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001; S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006; A. De Michele, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 699 ss.; R. Ferrara, *Art. 15. Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011; M.C. Romano, *Accordi tra privati e Pubblica Amministrazione nel procedimento*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 398 ss.; G.M. Racca, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni internazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. Amm.*, 1/2017, pp. 101 ss.

cui gestione resta, sotto il profilo sia del finanziamento sia della nomina degli amministratori sia delle regole di funzionamento interno, interamente privata.

Per comprendere esattamente quanto questa affermazione di diritto enunciata dal giudice euro-unitario e confermata dalla sentenza in commento impatti sulla normativa italiana in materia sanitaria, si ritiene opportuno ricostruire brevemente l'evoluzione storica e giuridica degli ospedali classificati.

In Italia esistono, sin dai tempi più antichi, soggetti giuridici privati che erogano prestazioni sanitarie. Inizialmente, essi erano per lo più espressione di esigenze sociali ed erano rappresentati da strutture religiose o provenienti da lasciti personali filantropici; oggi, anche se permangono strutture di origine religiosa e gestite da religiosi, l'interesse perseguito non è (o, quantomeno, non è soltanto) quello filantropico ma costituisce tipica espressione del diritto di iniziativa economica.

Oggi, cioè, le strutture sanitarie private sono il frutto di ingenti patrimoni investiti in attività economiche che, anziché estrinsecarsi in attività imprenditoriali propriamente dette (quali, ad esempio, l'apertura di una catena di ristoranti o di negozi di abbigliamento), rivolgono la propria attenzione al mercato (o, meglio, quasi-mercato) sanitario.

Soggetti privati in sanità possono appartenere a due categorie: *for profit* e *non profit*. Tuttavia, se la classificazione in base alla finalità lucrativa perseguita o meno può avere un senso laddove i soggetti del *non profit*¹¹ siano associazioni di volontariato o cooperative sociali che svolgono attività socio-sanitaria, la stessa classificazione perde di significato quando i capitali investiti siano così rilevanti come è necessario che sia per investire nella realizzazione di strutture che erogano prestazioni sanitarie.

Oltre agli ospedali privati propriamente detti e alle strutture equiparate di cui si dirà di qui a poco, nella eterogenea categoria rientrano anche gli IRCCS privati e le fondazioni private, i Policlinici universitari a gestione diretta e gli enti di ricerca.

La peculiarità principale che caratterizza le strutture sanitarie private accreditate è certamente da ricondurre alla loro duplice natura: in virtù del regime di accreditamento, risentono di alcuni aspetti propri delle strutture pubbliche; stante la loro personalità giuridica privata, devono perseguire la logica del profitto.

¹¹ La letteratura sul terzo settore è ampia; solo per citare alcuni recenti contributi può farsi riferimento a: M. Accorinti, *Terzo settore e welfare locale*, Roma, Carocci, 2008; A. Bassi, P. Venturi (a cura di), *Regolamentazione del terzo settore e innovazione sociale*, Forlì, AICCON, 2008; C. Cittadino, *Dove lo stato non arriva: pubblica amministrazione e terzo settore*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2008; S. Civitarese Matteucci, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 361 ss.; L. Guadagni, T. Pironti, *Amministrare il non profit: bilancio e controllo nella gestione delle organizzazioni del Terzo settore*, Napoli, Tullio Pironti editore, 2008; M.M. Consito, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, Jovene, 2009; G.M. Colombo, M. Setti, *Contabilità e bilancio degli enti non profit*, Milanofiori Assago, IPSOA, 2009; Agenzia per il Terzo settore, *Il Terzo settore dalla A alla Z: parole e volti del non profit*, Milano, Editrice San Raffaele, 2011; F. Di Paolo, S. Martello, S. Zicari, *Il controllo di gestione nel Terzo Settore: tecniche e dinamiche*, Milano, Angeli, 2012.

In relazione al cd. *non profit*, la normativa italiana distingue, dal punto di vista formale e sostanziale, le cd. strutture equiparate dalle altre strutture del *non profit*.

Sono oggi definite come <<strutture equiparate>>¹² quelle istituzioni religiose, anche di fede non cattolica, dedite, sin dai tempi più antichi, all'assistenza. Relativamente alle istituzioni di fede cattolica, esse furono regolamentate dapprima con l'art. 5 dei Patti Lateranensi (sottoscritti l'11 febbraio 1929) e con la legge 27 maggio 1929, n. 848 (recante *Disposizioni sugli enti ecclesiastici e sulle amministrazioni civili dei patrimoni destinati a fini di culto*) che aveva disposto che, data l'attività di interesse sociale e assistenziale a favore anche di laici, gli istituti ecclesiastici civilmente riconosciuti fossero sottoposti alle leggi civili concernenti tali attività.

Nell'art. 1 del RD 1631/1938, poi, si precisava che “... sotto la denominazione di Ente Ospedaliero si intendono compresi, agli effetti delle presenti norme, tutti gli enti pubblici e tutte le amministrazioni da cui dipendono ospedali, qualunque sia l'ambito territoriale nel quale essi operano ...” e nell'art. 95 si affidava al Prefetto o al Ministro dell'Interno la classificazione di detti Enti.

La L. 132/1968, nel mantenere il regime precedente che disponeva per questi enti ampia autonomia e la sola sottoposizione alla vigilanza sanitaria (art. 1, c. 5), attribuiva *ex novo* a tali soggetti (se in possesso di specifici requisiti) la facoltà di chiedere che i loro ospedali fossero appunto <<classificati>> in una delle categorie ospedaliere contemplate dall'art. 20 della citata legge 132 (art. 1, c. 5 e 6)¹³; il successivo decreto Presidente della Repubblica 27 marzo 1969, n. 130 (recante *Stato giuridico dei dipendenti degli enti ospedalieri*), poi, all'art. 129 introdusse l'istituto della equiparazione degli enti ecclesiastici a quelli ospedalieri¹⁴.

Dunque, queste strutture, comunque private, godevano di questa particolare situazione: mantenevano lo *status* proprio di soggetti giuridici privati (c. 5) ma erano di fatto inserite nell'offerta pubblica (c. 6) anche ai fini dell'ottenimento dei benefici derivanti dal fondo nazionale destinato al finanziamento delle spese per l'assistenza ospedaliera (*ex artt. 14 e 18, L. 386/1974*).

¹² Sulle istituzioni cd. equiparate si vedano: R. Cajelli, *Osservazioni circa l'equiparazione istituzionale fra l'ospedale gestito da un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto e l'ospedale gestito da un ente ospedaliero*, in *Giur. it.*, 1972, IV, pp. 51 ss.; C. Elefante, *Enti ecclesiastici ospedalieri, sanità pubblica e spending review*, Torino, Giappichelli, 2014, *passim*; P. De Angelis, *La partecipazione dei soggetti privati, non profit e for profit, nella erogazione dei servizi sanitari*, Torino, Giappichelli, 2017.

¹³ Si riporta, per comodità, l'art. 20 della L. 132/1968: “Gli ospedali sono generali e specializzati, per lungodegenti e per convalescenti. Gli ospedali generali si classificano nelle seguenti categorie: a) ospedali di zona; b) ospedali provinciali; c) ospedali regionali. Gli ospedali generali provvedono al ricovero ed alla cura degli infermi in reparti di medicina generale, chirurgia generale e di specialità. Gli ospedali specializzati provvedono al ricovero e alla cura degli infermi di malattie che rientrano in una o più specialità ufficialmente riconosciute. Per le specialità non ufficialmente riconosciute la qualifica di ospedale specializzato è determinata con decreto del Ministro per la sanità, sentito il Consiglio superiore di sanità”.

¹⁴ Come precisato anche dall'allora Ministero della Sanità, l'equiparazione andava, all'epoca, intesa come una effettiva collocazione di questi ospedali sullo stesso piano di quelli appartenenti al sistema pubblico: così, Circolare Min. Sanità, 21 giugno 1997, Prot. 100.1/2195.

Nulla ha innovato in materia né la riforma sanitaria del 1978 (che disciplinava tali strutture negli artt. 41 e 43 prevedendo come novità solo la stipula di apposite convenzioni) né quelle degli anni '90¹⁵. La situazione emergente dopo la riforma-ter era tale per cui gli ospedali classificati: concorrevano alla realizzazione dei doveri costituzionali di solidarietà (art. 1, c. 16); dovevano essere accreditati per poter erogare prestazioni sanitarie (art. 8-*quater*, c. 1) e stipulare accordi con le Regioni per poter erogare prestazioni a carico del SSN (art. 8-*quinqües*, c. 29). Ma l'aspetto di maggiore rilievo è quello che si rinviene nell'art. 1, c. 18, del vigente testo del D.Lgs. 502/1992, laddove si prevede che *"Le istituzioni e gli organismi a scopo non lucrativo concorrono, con le istituzioni pubbliche e quelle equiparate di cui all'articolo 4, comma 12, alla realizzazione dei doveri costituzionali di solidarietà, dando attuazione al pluralismo etico-culturale dei servizi alla persona ..."*. Questa affermazione è molto rilevante in quanto pare porre da un lato le strutture pubbliche e quelle equiparate e dall'altro le strutture non lucrative; in sostanza, il quadro che emerge è che le strutture equiparate sono, per l'appunto, equiparate alle pubbliche e si distinguono dalle altre strutture non lucrative che possono comunque svolgere attività assistenziale¹⁶. Ciò comporta, quale conseguenza, che le Regioni erano all'epoca tenute ad assicurare la dotazione finanziaria anche a questi enti (*ex artt.*: 1, c. 6, L. 132/1968; 41, c. 5, L. 833/1978; 4, c. 12, D.Lgs. 502/1992) e che per le prestazioni da tali strutture erogate fossero riconosciute le medesime tariffe applicate alle aziende ospedaliere pubbliche (art. 8, D.Lgs. 502/1992). Ciò che conta, dunque, non è la natura giuridica di questi enti (privata) ma il loro regime giuridico (pubblico).

La situazione sopra descritta è stata poi oggetto di modifica, per evidenti ragioni di natura economica; l'art. 79, c. 2-*quinqües*, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*), convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, ha, all'interno del D.Lgs. 502/1992 e per quanto qui di interesse, modificato il comma 18 dell'art. 1 e introdotto il comma 2-*quater* dell'art. 8-*quinqües*. Con la prima disposizione normativa (art. 1, c. 18) si prevede che le attività e le funzioni assistenziali delle strutture equiparate svolte con oneri a carico del Servizio sanitario nazionale sono esercitate esclusivamente nei limiti di quanto stabilito negli specifici accordi. Con la seconda disposizione normativa (art. 8-*quinqües*, c. 2-*quater*) si prevede che agli accordi stipulati con le strutture equiparate non si applichi più il comma 2, lett. D, della stessa norma, ossia la lettera che prevede che le strutture con le quali sono

¹⁵ Rispettivamente, art. 41, c. 3, L. 833/1978 e art. 4, c. 12, D.Lgs. 502/1992 (non modificato *in parte qua* dal D.Lgs. 229/1999).

¹⁶ In tema, si veda quanto chiaramente argomentato da TAR Campania, Napoli, sez. I, 18 marzo 2008, n. 1394 (secondo cui gli ospedali classificati devono essere equiparati alle strutture ospedaliere pubbliche, e, come tali, non assoggettati a criteri e strumenti di determinazione del tetto di spesa propri delle case di cura private); nello stesso senso, si veda TAR Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1796.

stati stipulati accordi possono essere remunerate anche se abbiano erogato prestazioni oltre i limiti stabiliti negli accordi. In sostanza, a seguito di una misura sostanzialmente economica resa necessaria dal crescente deficit della sanità, il Legislatore ha rivisto il carattere della equiparazione sotto il punto di vista del finanziamento della spesa disponendo che le strutture cd. classificate, sotto tale aspetto, non fossero più equiparate alle strutture pubbliche; mettendo, in sostanza, sullo stesso piano questi soggetti con gli altri soggetti privati. Dopo l'emanazione del DL 112/2008, dunque, le prestazioni eventualmente rese oltre i volumi predeterminati non possono più essere remunerate non solo alle strutture private ma anche a quelle equiparate¹⁷.

Successivamente non vi sono più stati interventi sostanziali in materia, benché il Patto della salute 2010-12, sottoscritto il 3 dicembre 2009 in sede di Conferenza Stato-Regioni, sanciva (art. 7, c. 1) la volontà di promuovere una revisione normativa in materia di accreditamento e di remunerazione delle prestazioni sanitarie, anche al fine di tenere conto della particolare funzione degli ospedali religiosi classificati.

3. Osservazioni in merito all'impatto dei principi espressi dalla sentenza in commento sulla normativa italiana di settore

Come già precisato, nel panorama normativo nazionale, la <<classificazione>> consiste in una sorta di equiparazione di alcuni ospedali privati di origine religiosa, già presenti nel tessuto economico e sociale italiano prima della Istituzione del servizio sanitario nazionale, agli ospedali pubblici.

L'evoluzione giurisprudenziale nazionale aveva comportato che queste strutture, inizialmente parificate quasi integralmente a quelle pubbliche, fossero considerate equiparabili solo sotto determinati aspetti, mantenendo, per il resto, la loro prevalente natura privata.

In questi termini può essere considerata la posizione, già assunta dalla giurisprudenza interna, circa la natura ibrida degli ospedali classificati. Ad essi, infatti, pur essendo riconosciuta natura pubblica per quanto attiene al profilo dell'inserimento nel circuito degli erogatori pubblici (differenziandosi in modo evidente la loro posizione rispetto alle altre strutture lucrative e non lucrative private) era confermata, per gli altri aspetti, la veste privata; si pensi:

¹⁷ In questo senso si veda Cons. St., Ad. Gen., 20 dicembre 2013, n. 3748, secondo cui la obbligatorietà dei tetti di spesa per le strutture equiparate decorre a seguito della entrata in vigore del DL del 2008 nel testo citato. Si veda, anche, Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5729 e TAR Molise, sez. I, 25 settembre 2015, n. 373. Fa eccezione la astratta possibilità che possano essere riconosciuti importi per attività di emergenza e urgenza (solitamente quella svolta nei Pronti soccorso), sempreché sia proposta dalla struttura privata una azione per indebito arricchimento nei limiti delle prestazioni di pronto soccorso indifferibili che siano state accertate come utili e necessarie dalla Regione (o dalla AUSL): in questo senso, Cons. St., sez. III, 8 febbraio 2013, n. 735 e *id.*, 20 maggio 2014, n. 2591.

- all'applicazione della disciplina in materia di lavoro dei dipendenti (che vede gli ospedali classificati qualificati non come amministrazioni pubbliche ma come soggetti privati)¹⁸;
- alla pacifica sottoposizione degli ospedali classificati alle norme del Codice civile¹⁹.

La veste pubblica degli ospedali classificati è, cioè, da ritenersi circoscritta all'inserimento nell'ambito della programmazione sanitaria, per il resto ferma restando l'autonomia amministrativa e finanziaria.

Si tratta, allora, di capire se le pronunce, nazionali ed euro-unitarie, inerenti la controversia giurisdizionale decisa dalla sentenza in commento abbiano un qualche impatto sulla cd. equiparazione, così come descritta nella sua evoluzione storica e nella interpretazione datane dalla giurisprudenza; ossia, si tratta di comprendere se i recenti pronunciamenti delle Corti impattino o meno sulla normativa sanitaria nazionale nella parte in cui gli ospedali classificati sono distinti nettamente da quelli privati. All'esito del contenzioso, infatti, è evidente che gli ospedali classificati, quale che sia l'organizzazione sanitaria e la loro posizione all'interno del mercato sanitario dello Stato membro, non possono essere equiparati a una amministrazione pubblica aggiudicatrice, non possedendo i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, né potendo essere qualificati come soggetti operanti *in house*. A detta della Corte di giustizia, cioè, gli ospedali classificati costituiscono persone giuridiche la cui gestione resta, sotto il profilo sia del finanziamento e della nomina degli amministratori sia delle regole di funzionamento interno, interamente privata. Analogamente la III sezione ha chiarito come gli ospedali classificati non possono essere ritenuti, a tutti gli effetti, parificati a un soggetto pubblico in base all'ordinamento nazionale.

I principi dianzi espressi possiedono realmente una portata innovativa o potevano essere già desunti dalla normativa nazionale e dalla evoluzione giurisprudenziale degli ultimi venti anni?

Al riguardo, si anticipa sin d'ora che, a giudizio di chi scrive, le conclusioni cui la sentenza in commento è giunta, in considerazione di quanto contenuto nella sentenza della sezione VIII della Corte di giustizia, potevano essere elaborate anche direttamente dal giudice nazionale.

Come già più sopra precisato, infatti, gli ospedali classificati erano stati inizialmente (L. 848/1929 e RD 1631/1938) equiparati alle istituzioni sanitarie pubbliche e anche la prima normativa nazionale che disciplinò gli ospedali (L. 132/1968) consentiva loro, pur mantenendo lo *status* proprio di soggetti giuridici

¹⁸ In tal senso, secondo Cass. civ., sez. lavoro, 23 giugno 2009, n. 14672, l'istituto della mobilità del personale delle Pubbliche Amministrazioni non può essere attivata per il personale di enti ospedalieri "classificati" ai sensi degli artt. 1 e 20 della L. 12 febbraio 1968, n. 132. Da ultimo, nello stesso senso, si veda Cons. St., sez. III, 4 ottobre 2017, n. 4631.

¹⁹ *Ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 6 dicembre 1995, n. 12539 e Cass. civ., sez. unite, 8 ottobre 2002, n. 14381. Si veda, anche, Cons. St., sez. III, 18 settembre 2017, n. 4374, secondo cui la posizione degli ospedali privati c.d. classificati è equiparata a quella delle strutture sanitarie pubbliche limitatamente ad aspetti organizzativi ben definiti dal legislatore, quali i requisiti tecnici e funzionali, nonché la programmazione, il finanziamento degli investimenti e gli elementi costitutivi delle tariffe delle prestazioni erogate.

privati, l'inserimento nella offerta pubblica sanitaria anche ai fini dell'ottenimento dei benefici derivanti dal fondo nazionale destinato al finanziamento delle spese per l'assistenza ospedaliera. Anche dopo l'istituzione del Servizio sanitario nazionale e le riforme degli anni '90 dello scorso secolo, gli ospedali classificati concorrevano alla realizzazione dei doveri costituzionali di solidarietà, essendo equiparati agli ospedali pubblici e, in tale ottica, non soggetti alla normativa sull'accreditamento prevista per le strutture sanitarie private.

Tutto ciò ribadito, deve, però, precisarsi che, anche prima della modifica sopra descritta del 2008 (che ha comportato che le Regioni non dovessero più assicurare la dotazione finanziaria a questi enti anche nel caso in cui essi superassero i limiti di erogazione dei servizi previsti nell'accordo di fornitura), le disposizioni normative citate non presupponevano una reale equiparazione, a tutti gli effetti (per usare le stesse parole utilizzate dai giudici della III sezione), tra gli ospedali privati "classificati" e quelli pubblici, mantenendosi una netta differenza inerente lo *status*. Come già accennato a inizio paragrafo, infatti, il consolidato orientamento giurisprudenziale nazionale era già nel senso di distinguere nettamente tra gli ospedali pubblici e quelli classificati che, in disparte la possibilità di concorrere alla programmazione sanitaria in modo più integrato con il sistema pubblico rispetto a quanto avviene per le strutture private, erano considerati, sempre e comunque, ospedali privati: dunque, non in possesso dei requisiti per essere considerati alla stregua di soggetti pubblici.

Se così è, correttamente il Consiglio di Stato ha sollevato dubbi circa la sentenza del giudice di primo grado e, altrettanto correttamente, il giudice euro-unitario ha ritenuto in conflitto con la normativa comunitaria un affidamento diretto compiuto da un soggetto pubblico a un soggetto privato.

Ma il punto è: nel caso di specie, l'affidamento diretto di un contratto di fornitura a un ospedale classificato:

1. è consentito dalla normativa nazionale (e, dunque, l'affidamento operato dall'AUSL Venezia è legittimo a legislazione vigente e a dover essere modificata è la normativa);

oppure

2. non è consentito neanche a legislazione vigente (e, dunque, a essere illegittimo è l'affidamento compiuto dall'AUSL Venezia)?

Per approfondire la tematica è utile partire dal secondo principio di diritto enunciato dalla Corte di giustizia europea, secondo cui *“L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), e l'articolo 2 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, la quale, equiparando gli ospedali privati «classificati» a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, li sottrae alla*

disciplina nazionale e a quella dell'Unione in materia di appalti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti?

Ad avviso del giudice, dunque, in contrasto con la direttiva 2004/18 è la normativa nazionale italiana che, equiparando gli ospedali classificati a quelli pubblici, li sottrae alla disciplina in materia di appalti pubblici. È realmente così? È realmente questo senso il senso della normativa italiana in materia di affidamento dei servizi sanitari? Ad avviso dello scrivente, la risposta al quesito è certamente negativa.

Un affidamento diretto del tipo di quello oggetto della sentenza in commento, infatti, oltre a essere in conflitto con la normativa comunitaria in materia di affidamento di servizi è anche in contrasto con la normativa nazionale. Conseguenza di tale assunto (che si cercherà di dimostrare nella breve esposizione che segue) è che i principi emergenti dalla sentenza in commento non apportano particolari modifiche all'attuale *status* regolamentare degli ospedali classificati.

Come anticipato, la normativa nazionale in materia di affidamento dei servizi sanitari prevede un sistema affatto particolare, definito accreditamento istituzionale²⁰. Tale modalità di affidamento è sempre stata ritenuta conforme alle direttive europee proprio in quanto l'erogazione dei servizi sanitari non può essere intesa come un vero e proprio servizio da affidare; più che a un contratto di appalto, l'erogazione dei servizi sanitari è maggiormente assimilabile a una concessione-contratto; ossia, a un atto complesso che origina tramite l'adozione di un provvedimento amministrativo di concessione traslativo di un potere/servizio pubblico (che passa dal soggetto pubblico a quello privato) e che si esterna tramite la stipula di un atto negoziale accessivo al provvedimento (nel quale sono stabiliti diritti e doveri delle

²⁰ La letteratura sull'accREDITAMENTO istituzionale è ampia. Solo per citare alcuni recenti contributi può farsi riferimento a: D. Oliva, M.C. Setti Bassanini, *L'accREDITAMENTO in sanità*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 1/1996, pp. 2-5; N. Catalano, A. Pasquarella, *L'accREDITAMENTO istituzionale in Italia*, in *Politiche sanitarie: economia, organizzazione e valutazione dei servizi sanitari*, 4/2000, pp. 107-181; R. Balma, G. Clerico, *L'accREDITAMENTO in sanità*, in G. Fiorentini, (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2000; M. Elefanti, M. Brusoni, E. Mallarini, *La qualità nella sanità: total quality management, accREDITAMENTO, certificazione*, Milano, EGEA, 2001; U. Montaguti, (a cura di), *L'accREDITAMENTO delle strutture sanitarie*, Genova, Accademia nazionale di medicina, 2002; C. Liva, A. Lo Scalzo, *AccREDITAMENTO*, in *Ragiusan*, 2003, 235-236, pp. 52-56; E. Jorio, *L'accREDITAMENTO istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2/2004, pp. 151-177; A. De Michele, *Profili problematici in tema di accREDITAMENTO istituzionale di case di cura private*, in *Ragiusan*, 2004, 245-246, pp. 6-12; C. Corbetta, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari: contributo alla nozione di servizio pubblico*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2004; L. Tarantino, *Diniego di autorizzazione sanitaria e apprezzamenti paesaggistici*, in *Urbanistica e appalti*, 6/2005, pp. 735-736; O. Arnaldo, *Dall'accREDITAMENTO istituzionale all'accREDITAMENTO definitivo?*, in *Ragiusan*, 2008, 287-288, pp. 11-19; F. La Torre, *Analisi della natura dell'accREDITAMENTO con il Servizio sanitario nazionale*, in *L'Amministrazione italiana*, 2011, pp. 377-378; P. D'Onofrio, *L'accREDITAMENTO nel sistema socio-sanitario: profili giuridici*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 1/2012, pp. 37-44; P. De Angelis, *L'affidamento dei servizi sanitari e socio-sanitari: tra esigenze specifiche e vincoli normativi*, Bologna, BUP, 2013; V. Brescia, *L'accREDITAMENTO delle strutture sanitarie: aspetti gestionali e legislativi. Il caso della Regione Piemonte*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 1/2016, pp. 26-41.

parti)²¹. L'accreditamento istituzionale è, cioè, un qualificato strumento di selezione dei soggetti erogatori il cui scopo è quello di ottenere un miglioramento continuo della qualità delle prestazioni, dell'efficienza dell'organizzazione, dell'uso delle risorse e della formazione. Trattasi di un passaggio culturale da un sistema rigido di controlli di legittimità ad uno flessibile di miglioramento dinamico in cui non si effettua un controllo ma una valutazione. Rispetto all'affidamento di servizi mediante appalto il sistema dell'accreditamento sembra essere il più congruente con la volontà di associare i fornitori alle responsabilità nei confronti degli utenti, garantendo al contempo la possibilità di una evoluzione dinamica di servizi che devono garantire nel tempo una qualità intesa come costante adeguamento delle caratteristiche degli stessi al mutare delle esigenze degli utenti. In sostanza, tramite l'accreditamento è più facilmente verificabile il rispetto dei requisiti etici, sociali, tecnici ed economici che l'erogatore del servizio deve garantire. L'accreditamento, da intendersi, dunque, come la capacità di operare, in capo ai soggetti autorizzati, in nome e per conto del sistema sanitario nazionale e regionale, costituisce la forma principale di affidamento prevista per i servizi sanitari e socio-sanitari.

Ciò detto, la normativa sull'accreditamento istituzionale non contiene, di per sé, norme che possono essere utilizzate al fine di affidare direttamente servizi diversi dalla espressa e specifica erogazione dei servizi sanitari. La fattispecie oggetto della controversia in commento, dunque, non può dirsi che ricada espressamente nella normativa sanitaria e che sia conseguenza della scelta del Legislatore nazionale di assimilare (per alcuni specifici aspetti) gli ospedali classificati a quelli pubblici.

La normativa nazionale, per essere ancora più espliciti, non prevede la possibilità che un contratto come quello oggetto della vicenda giurisdizionale in commento possa essere affidato direttamente in via derogatoria rispetto alle usuali norme in materia di affidamento di forniture. Tanto è vero quanto ora scritto, che sia i due giudici nazionali sia il giudice europeo non citano mai la normativa sanitaria ma, sul punto, fanno sempre e solo riferimento alla disciplina ordinaria in tema di affidamento diretto ossia quella che prevede la duplice deroga rispetto al contratto di appalto costituita, come già più sopra indicato, dall'affidamento *in house* e dall'accordo di cooperazione istituzionale. Dunque, deve ritenersi che già il giudice nazionale avrebbe potuto decidere la controversia affermando la non legittimità dell'affidamento diretto in contestazione in quanto l'ospedale classificato (a prescindere dall'esistenza di una specifica normativa sanitaria che ne consente l'assimilazione a quelli pubblici sotto circoscritti ambiti) non può

²¹ Si vedano, per tutte, Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cass. civ., sez. unite, 27 maggio 2009, n. 12252; *id.*, 27 luglio 2011, n. 16385. Da ultimo, si veda, Cass. civ., sez. unite, 14 gennaio 2015, n. 473 (che conferma la natura di rapporto concessorio dell'accreditamento) e Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207, secondo cui il rapporto di accreditamento si pone "... a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, nell'ambito di un servizio pubblico essenziale obbediente non già a criteri di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione di prestazioni assistenziali remunerate a tariffa a carico dell'erario ..."; in commento alla sentenza da ultimo citata si veda F. Spanicciati, *Pubblico e privato nell'accreditamento istituzionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2016, pp. 673-683.

considerarsi un soggetto pubblico. Un affidamento diretto del tipo di quello oggetto della sentenza in commento, pertanto, oltre a essere in conflitto con la normativa comunitaria in materia di affidamento di servizi è anche in contrasto con la normativa nazionale.

Conseguenza di tale assunto è, diversamente da quanto potrebbe sembrare a una prima lettura, che la sentenza in commento non apporta particolari modifiche all'attuale *status* regolamentare degli ospedali classificati.

4. Conclusioni

Come già sopra precisato, nel panorama normativo nazionale, la <<classificazione>> consiste in una sorta di equiparazione di alcuni ospedali privati di origine religiosa già presenti nel tessuto economico e sociale italiano prima della istituzione del servizio sanitario nazionale agli ospedali pubblici. L'evoluzione giurisprudenziale nazionale aveva comportato che queste strutture, inizialmente parificate quasi integralmente a quelle pubbliche, fossero considerate equiparabili solo sotto determinati aspetti, mantenendo, per il resto, la loro prevalente natura privata.

La sentenza della sezione VIII della Corte di giustizia esclude che tali ospedali possano essere equiparati a soggetti pubblici dichiarando il contrasto tra la direttiva europea in materia di affidamento di servizi, che dispone la necessità di procedure di gara trasparenti, e la normativa italiana in materia sanitaria che, a dire della Corte, equiparando gli ospedali privati <<classificati>> a quelli pubblici, li sottrarrebbe alla disciplina nazionale e a quella dell'Unione in materia di appalti pubblici.

La sentenza della sezione III del Consiglio di Stato, oggetto di questo breve commento, conferma che gli ospedali classificati non possono essere parificati a tutti gli effetti ai soggetti pubblici, e cita, al riguardo, anche un precedente giurisprudenziale del 2017 in materia di rapporto di lavoro²².

Come si è provato a dimostrare nel precedente paragrafo, è opinione di chi scrive che la normativa italiana che equipara gli ospedali classificati a quelli pubblici compie tale equiparazione solo in relazione a specifici ambiti e non consente l'affidamento diretto volto alla fabbricazione e fornitura alle strutture sanitarie pubbliche di farmaci. Si può ritenere, dunque, che le conclusioni cui giunge la sezione III alla luce del pronunciamento del giudice euro-unitario potevano essere già fatte proprie dal giudice nazionale in quanto non comportano in alcun modo un *quid novum* nella elaborazione giurisprudenziale in materia di ospedali classificati.

Per essere ancora più chiari, si vuole qui affermare che la sentenza in commento non apporta alcuna modifica allo *status* degli ospedali classificati in quanto, anche prima della sentenza, la normativa italiana

²² Cons. St., 4631/2017, già citata nella precedente nota 18.

in materia sanitaria ne prevedeva la equiparazione con le strutture pubbliche solo a determinati fini e non prevedeva, per essi, una deroga nell'affidamento di un contratto di fornitura come quello oggetto del procedimento giurisdizionale. Peraltro, l'accreditamento istituzionale, come sopra già espresso, costituisce una modalità derogatoria di affidamento della erogazione di servizi sanitari mentre nulla prevede in materia di affidamento di un servizio di fornitura specifico come quello in contestazione nel procedimento giurisdizionale concluso con la sentenza in commento.

Che l'affidamento diretto costituisca una ipotesi del tutto residuale nel panorama giuridico italiano è confermato anche dalla evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di convenzioni tra enti pubblici e i soggetti del *non profit*. Come noto, il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, nel disporre le nuove norme in materia di Terzo settore, ha sostanzialmente confermato, all'art. 56, la possibilità già prevista nella previgente normativa secondo cui gli enti pubblici possono affidare a soggetti del terzo settore lo svolgimento di servizi mediante la sottoscrizione di appositi atti convenzionali²³. Ebbene, il Consiglio di Stato, in sede di parere reso sullo schema di decreto legislativo²⁴, ha, al riguardo, precisato che relativamente alla modalità di conclusione del rapporto di cui all'art. 56 (affidamento diretto mediante convenzione), poiché la norma prevede da parte dell'Ente pubblico non solo il rimborso delle spese ma anche la copertura assicurativa, deve ritenersi che tale affidamento diretto non integri l'elemento della gratuità; pertanto, ha concluso che se la convenzione concerne l'ambito dei servizi non economici, non si pongono problemi; diversamente (laddove, cioè, l'affidamento riguardasse servizi economici) l'art. 56 conterrebbe una disposizione normativa in possibile contrasto con i principi generali in materia di affidamento di servizi recati dalla normativa euro-unitaria e nazionale. Se l'affidamento diretto alle associazioni del *non profit* è "sconsigliato" dal Consiglio di Stato in ambito di servizi economici, non si comprende perché dovrebbe essere ammesso l'affidamento diretto a soggetti *for profit* in un ambito, quale quello sanitario, non solo oggetto di servizi economici ma anche portatore di interessi molto rilevanti. È, dunque, opinione di chi scrive che la sentenza in commento, benchè assuma certamente una sua ampia valenza per porre un freno a possibili comportamenti non coerenti con il principio di trasparenza e di

²³ Il D.Lgs. 117/2017 conferma, sostanzialmente, l'impianto precedente, laddove:

- all'art. 55, prevede una nuova disciplina che consente alle organizzazioni del Terzo settore il coinvolgimento nell'ambito sociale mediante la co-programmazione, la co-progettazione, l'accreditamento;
- all'art. 56, dispone che le amministrazioni pubbliche possano sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale;
- all'art. 57, prevede la possibilità dell'affidamento diretto per il trasporto sanitario di emergenza ed urgenza.

²⁴ Cons. St., Comm. Sp., 20 agosto 2018, n. 2052.

libertà economica, non sia foriera di rilevanti novità in merito allo *status* degli ospedali classificati, così come definiti dalla normativa italiana in materia sanitaria.

Per concludere, si può, dunque, affermare la correttezza dei principi cui le sentenze in argomento sono giunte; se, forse, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia poteva anche essere evitato, è comunque certo che il chiaro principio di diritto espresso anche in sede euro-unitaria possa contribuire a chiarire, in via definitiva, il ruolo degli ospedali classificati: soggetto giuridici privati che, dediti, sin dai tempi più antichi, all'assistenza, sono stati dal Legislatore equiparati a quelli pubblici esclusivamente per taluni ambiti specifici (i requisiti tecnici e funzionali, la programmazione, gli elementi costitutivi delle tariffe delle prestazioni erogate, etc.).

Bibliografia e sentenze citate

- M. Accorinti, *Terzo settore e welfare locale*, Roma, Carocci, 2008
- Agenzia per il Terzo settore, *Il Terzo settore dalla A alla Z: parole e volti del non profit*, Milano, Editrice San Raffaele, 2011
- O. Arnaldo, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo?*, in *Ragiusan*, 2008, 287-288
- M. Avossa, *Appalti: anche gli ospedali classificati devono rispettare la disciplina italiana e UE*, in www.camminodiritto.it, I/2019
- R. Balma, G. Clerico, *L'accreditamento in sanità*, in G. Fiorentini, (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2000
- M. Bassani, *I servizi pubblici locali: modalità di affidamento, gestione e tariffe*, Milano, Giuffrè, 2010
- Bassi, P. Venturi (a cura di), *Regolamentazione del terzo settore e innovazione sociale*, Forlì, AICCON, 2008
- G.A. Benacchio, M. Cozzio, (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, in *Atti dei Seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento*, maggio-giugno 2007, Trento, 2008
- V. Brescia, *L'accreditamento delle strutture sanitarie: aspetti gestionali e legislativi. Il caso della Regione Piemonte*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 1/2016
- R. Cajelli, *Osservazioni circa l'equiparazione istituzionale fra l'ospedale gestito da un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto e l'ospedale gestito da un ente ospedaliero*, in *Giur. it.*, 1972, IV
- G. Carullo, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5/2014
- N. Catalano, A. Pasquarella, *L'accreditamento istituzionale in Italia*, in *Politiche sanitarie: economia, organizzazione e valutazione dei servizi sanitari*, 4/2000
- Cittadino, *Dove lo stato non arriva: pubblica amministrazione e terzo settore*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2008
- S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006
- S. Civitarese Matteucci, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, Franco Angeli, 2008
- G.M. Colombo, M. Setti, *Contabilità e bilancio degli enti non profit*, Milanofiori Assago, IPSOA, 2009
- M.M. Consito, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, Jovene, 2009
 - Corbetta, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari: contributo alla nozione di servizio pubblico*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2004
- P. De Angelis, *Nuove forme di collaborazione tra amministrazioni pubbliche*, in *Sanità Pubblica e Privata*, n. 1/2013
- P. De Angelis, *L'affidamento dei servizi sanitari e socio-sanitari: tra esigenze specifiche e vincoli normativi*, Bologna, BUP, 2013
- P. De Angelis, *La partecipazione dei soggetti privati, non profit e for profit, nella erogazione dei servizi sanitari*, Torino, Giappichelli, 2017
- De Michele, *Profili problematici in tema di accreditamento istituzionale di case di cura private*, in *Ragiusan*, 2004, 245-246

- De Michele, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011
- R. De Nictolis, L. Cameriero, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, 2008
- F. Di Paolo, S. Martello, S. Zicari, *Il controllo di gestione nel Terzo Settore: tecniche e dinamiche*, Milano, Angeli, 2012
- P. D'Onofrio, *L'accreditamento nel sistema socio-sanitario: profili giuridici*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 1/2012
- Elefante, *Enti ecclesiastici ospedalieri, sanità pubblica e spending review*, Torino, Giappichelli, 2014
- M. Elefanti, M. Brusoni, E. Mallarini, *La qualità nella sanità: total quality management, accreditamento, certificazione*, Milano, EGEA, 2001
- R. Ferrara, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985
- R. Ferrara, *Art. 15. Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011
- Franchini, F. Tedeschini, (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009
- S. Girella (a cura di), *Organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche: l'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale*, Milano, Angeli, 2010
- L. Guadagni, T. Pironti, *Amministrare il non profit: bilancio e controllo nella gestione delle organizzazioni del Terzo settore*, Napoli, Tullio Pironti editore, 2008
- Ilacqua, *L'in-house puro dopo la riforma dei servizi pubblici locali*, in *Il foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2012
- M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo. Accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1/1997
- Jorio, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2/2004
- La Torre, *Analisi della natura dell'accreditamento con il Servizio sanitario nazionale*, in *L'Amministrazione italiana*, 2011
- Liva, A. Lo Scalzo, *Accreditamento*, in *Ragisan*, 2003, 235-236
- Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001
- Ministero Sanità, Circolare, 21 giugno 1997
- U. Montaguti, (a cura di), *L'accreditamento delle strutture sanitarie*, Genova, Accademia nazionale di medicina, 2002
- Oliva, M.C. Setti Bassanini, *L'accreditamento in sanità*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 1/1996
- G.M. Racca, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni internazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. Amm.*, 1/2017
- Rizzo, *L'affidamento in house: un istituto a cavallo tra il pubblico e il privato*, Roma, Dike giuridica, 2010
- S. Rizzoni, *La gestione dei servizi pubblici: da aziende speciali a società in house: le multiutility socioeconomiche raccontate nel percorso di trasformazione dalle municipalizzate alle holding*, Milano, Angeli, 2008
- M.C. Romano, *Accordi tra privati e Pubblica Amministrazione nel procedimento*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016
- Soricelli, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008
- L. Tarantino, *Diniego di autorizzazione sanitaria e apprezzamenti paesaggistici*, in *Urbanistica e appalti*, 6/2005
- P. Verduni, *Appalti pubblici ed ospedali c.d. "classificati"*, in www.insinitinere, 30 ottobre 2018
- *per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. Amm.*, 1/2017

- Cass. civ., sez. lav., 6 dicembre 1995, n. 12539
- Cass. civ., sez. unite, 8 ottobre 2002, n. 14381
- Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1
- TAR Campania, Napoli, sez. I, 18 marzo 2008, n. 1394
- Cass. civ., sez. unite, 27 maggio 2009, n. 12252
- Cass. civ., sez. lavoro, 23 giugno 2009, n. 14672
- Cass. civ., sez. unite, 27 luglio 2011, n. 16385
- TAR Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1796
- CGUE, Grande sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11
- Cons. St., sez. III, 8 febbraio 2013, n. 735
- CGUE, sez. X, 16 maggio 2013, C-564/11
- Cons. St., Ad. Gen., 20 dicembre 2013, n. 3748



- Cons. St., sez. III, 20 maggio 2014, n. 2591
- Cass. civ., sez. unite, 14 gennaio 2015, n. 473
- TAR Molise, sez. I, 25 settembre 2015, n. 373
- Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5729
- Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207
- Tar Lazio, Roma, sez. Terza Quater, 26 aprile 2016, n. 4772
- Cons. St. sez. III, ord., 23 settembre 2016, n. 4138
- Cons. St., sez. III, 4 ottobre 2016, n. 4631
- CGUE, sez. IV, 8 dicembre 2016, C -553/15
- CGUE, sez. III, 21 dicembre 2016, C-51/15
- Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2017, n. 4374
- Cons. St., sez. III, 4 ottobre 2017, n. 4631
- Cons. St., Comm. Sp., 20 agosto 2018, n. 2052
- CGUE, sez. VIII, 18 ottobre 2018, C-606/17