



La qualificazione giuridica delle strutture private accreditate: brevi note a Cons. Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 82.

di Marco Santangeli, Avvocato, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo

Consiglio di Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 82

Pres. Castriota Scanderbeg, Rel. Guarracino

Accreditamento - Esenzione dagli oneri edilizi - Per l'ampliamento delle strutture private accreditate - Spettanza - Presupposti soggettivi - Individuazione.

La sussistenza del rapporto di accreditamento, definito in giurisprudenza come "a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa", pur rendendo gli operatori privati accreditati soggetti accomunati dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale e non semplici fornitori di servizi sanitari operanti in un ambito puramente contrattualistico, non è sufficiente a fare del soggetto accreditato un "ente istituzionalmente competente" alla realizzazione dell'opera di interesse generale né un "organo indiretto" dell'amministrazione, come nel caso della concessione o della delega. Il rapporto di accreditamento tra la casa di cura privata e il Servizio sanitario regionale non ha caratteri tali da far ritenere che l'ampliamento della struttura privata potesse dirsi realizzato in nome o per conto della struttura pubblica od ancora quale espressione delle "competenze istituzionali" della stessa.

La qualificazione giuridica delle strutture private accreditate: brevi note a Cons. Stato, sez. II,

4 gennaio 2021, n. 82

di Marco SANTANGELI

[SOMMARIO: 1. Premessa: la materia oggetto della pronuncia; - 2. La qualificazione giuridica delle strutture private accreditate; - 3. Le conseguenze: accreditamento tra regole pubbliche e prerogative private; - 3.1. La disciplina degli appalti; - 3.2. L'incompatibilità del personale]

1. Premessa: la materia oggetto della pronuncia

Con la recente sentenza n. 82 del 2021, oggetto del presente contributo, il Consiglio di Stato è stato chiamato a giudicare sul ricorso proposto da una casa di cura privata accreditata con il Servizio sanitario regionale del Friuli Venezia Giulia, che ha sostenuto di essere esente dal contributo economico di costruzione per l'ampliamento della propria struttura in forza della previsione contenuta nell'articolo 94, comma 1, lett. g), della legge regionale del Friuli Venezia Giulia del 19 novembre 1991, n. 52, a mente della quale il contributo non è dovuto «g) per la realizzazione di impianti, attrezzature e opere di interesse generale, in quanto soddisfacenti ad un interesse della collettività e rientranti nelle istituzionali competenze degli enti realizzatori»¹.

Le argomentazioni svolte dalla ricorrente, già respinte nel giudizio di primo grado², sono state mirate a far riconoscere, in virtù dello *status* di “struttura sanitaria privata accreditata”, la sostanziale equiparazione, ai fini dell'applicazione della norma citata, tra il suddetto *status* di soggetto accreditato e la nozione di “ente realizzatore”.

In altre parole, la struttura ricorrente ha chiesto al giudice amministrativo di accertare se la sussistenza del rapporto di accreditamento sia, di per sé, condizione sufficiente a rendere il soggetto accreditato “ente istituzionalmente competente” alla realizzazione dell'opera di interesse generale, ovvero a renderlo “organo indiretto” dell'amministrazione, come nel caso della concessione.

L'esenzione prevista in merito al contributo economico di costruzione, infatti, sarebbe accordabile esclusivamente nell'ipotesi in cui l'opera, destinata in ogni caso alla cura di interessi pubblici, sia

¹ La norma regionale ripropone, nella sostanza, quanto già disciplinato dall'articolo 17, comma 3, lett. c), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante esonero dal contributo di costruzione «c) per gli impianti, le attrezzature, le opere pubbliche o di interesse generale realizzate dagli enti istituzionalmente competenti nonché per le opere di urbanizzazione, eseguite anche da privati, in attuazione di strumenti urbanistici».

² TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 13 gennaio 2011, n. 9

realizzata direttamente da un ente pubblico (e ciò appare ovvio), o da un privato dallo stesso delegato nei modi di legge, secondo uno schema delineabile all'interno di taluni procedimenti concessori.

È lo stesso Consiglio di Stato, con la decisione in commento, richiamando precedenti pronunce³ relative alla corrispondente norma nazionale (i.e. articolo 17, comma 3, lett. c), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), a chiarire che *«mediante l'espressione "ente istituzionalmente competente", la norma "non può riferirsi che ad enti pubblici, ovvero a soggetti che agiscono per conto di essi, come confermato dal fatto che soltanto nella seconda parte della proposizione normativa, concernente le opere di urbanizzazione, la disposizione si riferisce ad opere "eseguite anche da privati", traendone il corollario per cui, allora, "occorre (...) che, quando non sia esso stesso ente pubblico, il soggetto realizzatore abbia agito quale organo indiretto dell'amministrazione, come nella concessione o nella delega»*.

Com'è noto, il nucleo tradizionalmente più significativo delle fattispecie ritenute concessorie corrisponde proprio a quelle ipotesi in cui l'amministrazione attribuisce a terzi, con il loro consenso, il godimento di utilità relative a beni pubblici (demaniali e patrimoniali indisponibili), oppure la possibilità di esercitare pubblici servizi⁴, di realizzare opere pubbliche⁵ o, ancora, di compiere l'una e l'altra cosa insieme (costruzione dell'opera ed esercizio del servizio a cui l'opera è destinata).

In questa chiave di analisi, come correttamente precisato dalla decisione di primo grado, *«la circostanza che la struttura sanitaria assolvesse, indirettamente, anche ad una funzione d'interesse pubblico non bastava a rendere la ricorrente un "ente realizzatore" che avesse operato in attuazione delle proprie "istituzionali competenze"»*.

Il rapporto di accreditamento intercorrente tra la casa di cura privata e il Servizio sanitario regionale, pur astrattamente concessorio, non possiede caratteri tali da far ritenere che l'ampliamento della struttura privata possa dirsi realizzato in nome o per conto della struttura pubblica o, ancora, quale espressione delle "competenze istituzionali" della stessa.

E, dunque, l'intervento realizzato dalla ricorrente non potrebbe ritenersi soggetto alla disciplina di favore di cui all'articolo 94, comma 1, lett. g), della legge regionale del Friuli Venezia Giulia del 19 novembre 1991, n. 52.

Tale conclusione è fatta propria dal Consiglio di Stato che, nella decisione in esame, ha ulteriormente precisato che *«il rapporto di accreditamento ha per oggetto l'erogazione di specifiche prestazioni*

³ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 51; Cons. Stato, sez. II, 23 luglio 2019, n. 5194; Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2017, n. 5356, Id., sez. IV, 30 agosto 2016, n. 3721.

⁴ V. gli artt. 1, 183, d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (T.U. delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni); art. 1, l. 28 settembre 1939, n. 182 (disciplina degli autoservizi di linea); art. 4, l. 10 aprile 1981, n. 151 (legge quadro per l'ordinamento, la ristrutturazione ed il potenziamento dei trasporti pubblici locali, ecc.); art. 26, R.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 (T.U. della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province).

⁵ Sul quale si veda S. CASSESE, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974.

sanitarie sulla base della stipula di apposita convenzione e presuppone la valutazione, da parte della Regione, degli elementi relativi al fabbisogno assistenziale, al volume dell'attività erogabile, alla programmazione di settore, al possesso dei requisiti da parte delle strutture private ed agli oneri finanziari sostenibili, non sottraendosi il sistema dell'accreditamento al preminente esercizio del potere autoritativo e conformativo, di natura concessoria, dell'amministrazione, che assolve la funzione di ricondurre in un quadro di certezza il volume e la tipologia dell'attività del soggetto accreditato, il cui concorso con le strutture pubbliche nelle prestazioni di assistenza non avviene in un contesto di assoluta libertà di iniziativa e di concorrenzialità, ma - nella misura in cui comporta una ricaduta sulle risorse pubbliche - soggiace alla potestà di verifica sia tecnica che finanziaria della Regione ed a criteri di sostenibilità, nei limiti di spesa annuali (C.d.S., sez. III, 27 aprile 2015, n. 2143)».

È, quindi, da escludere che la sola esistenza di un rapporto di accreditamento (che costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, all'ammissione tra i soggetti abilitati ad erogare prestazioni in favore del Servizio sanitario nazionale⁶), possa determinare «l'effetto di una sostanziale assimilazione del soggetto accreditato all'ente pubblico al di là dei limiti e dello specifico oggetto della relativa convenzione»⁷.

Il Consiglio di Stato è arrivato, in definitiva, a sostenere (ad avviso di chi scrive correttamente) che «l'inserimento convenzionato della struttura sanitaria privata all'interno della rete assistenziale pubblica, pur essendo tendenzialmente stabile, non è necessariamente perpetuo e non vale a rendere "istituzionale" il perseguimento di interessi pubblici in capo ad un soggetto societario, avente scopo lucrativo, il quale non è portatore di interessi pubblici, ma di un interesse privato alla remunerazione del capitale investito e la cui azienda neppure occorre sia necessariamente votata per intero all'erogazione di prestazioni in regime di accreditamento».

2. La qualificazione giuridica delle strutture private accreditate

La sentenza del Consiglio di Stato in esame ha riconosciuto che lo *status* di soggetto accreditato con il Servizio sanitario nazionale, pur astrattamente riconducibile al paradigma della concessione di pubblico servizio, non è sufficiente a far ritenere tale soggetto equiparato all'ente pubblico, almeno nella parte di attività che sia estranea allo specifico oggetto della convenzione (*rectius* dell'accordo contrattuale che interviene a regolare la possibilità di erogare prestazioni a carico del Ssn).

⁶ Cons. Stato, sez. III, 14 settembre 2015, n. 4271.

⁷ Cons. Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 82.

Una prima notazione in merito alle statuizioni del Consiglio di Stato può essere riferita alla qualificazione giuridica dell'accREDITAMENTO che, come noto, si innesta nel c.d. sistema delle "4A"⁸ (autorizzazioni, accREDITAMENTO e accordi contrattuali), consentendo, in termini non dissimili da una concessione di pubblico servizio⁹, al soggetto privato di erogare prestazioni per conto del Ssn.

In verità, tale approdo non è sempre stato pacifico in giurisprudenza, essendoci stati tentativi di riportare il provvedimento *de quo* nell'alveo delle autorizzazioni o delle c.d. abilitazioni tecniche idoneative¹⁰, anche se di gran lunga più numerose sono le pronunce, in particolare del Consiglio di Stato, volte a riconoscerne la natura concessoria¹¹, che, quindi, può considerarsi ormai un dato acquisito.

Peraltro, a ben vedere, la natura di concessione di pubblico servizio riconosciuta al provvedimento di accREDITAMENTO è quella che maggiormente delinea i tratti tipici del soggetto privato accREDITATO, nel momento in cui ad esso viene riconosciuta, ai sensi dell'articolo 8-*quater* del d.lgs. n. 502 del 1992, la funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione sanitaria regionale (valevoli come fondamentale interesse pubblico).

In questi termini, l'accREDITAMENTO riprende, nella sostanza, una concezione pacifica e incontrovertibile di servizio pubblico, che può essere demandato anche a soggetti formalmente privati, applicando - sul versante provvedimentale - concetti tipici del nostro ordinamento giuridico.

Infatti, la scienza amministrativa ha tradizionalmente incentrato le proprie riflessioni proprio intorno alla nozione di servizio pubblico, soffermandosi tanto sulla caratterizzazione giuridica dell'attività economica svolta dai privati, nel momento in cui essa può essere qualificata come "servizio pubblico", quanto sui rapporti tra privati che erogano servizi pubblici e amministrazione.

⁸ Per una disamina generale v. R. RUSSO VALENTINI, *Commento agli artt. 8 bis, 8 ter, 8 quater, 8 quinquies, 8 sexies, 8 septies, 8 octies*, in *Il nuovo servizio sanitario nazionale* (a cura di) F.A. ROVERSI MONACO, Rimini, 2000, pag. 305 e ss.; R. FERRARA, *Salute e sanità*, in *Trattato di biodiritto* (a cura di) R. FERRARA (diretto da) S. RODOTÀ - P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2010; pagg. 217-229; Id. *L'ordinamento della sanità* (diretto da) F.G. SCOCA - F.A. ROVERSI MONACO - G. MORBIDELLI, Torino, Giappichelli, 2007; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Ed. III, Torino, Giappichelli, 2020.

⁹ A. PIOGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2013, p. 481, che si occupa di esaminare l'incidenza dell'esercizio privato delle pubbliche funzioni sulla stessa nozione di pubblico servizio; In argomento, si veda altresì, C. ANNECCHIARICO, *Il sistema dell'accREDITAMENTO nel servizio sanitario nazionale*, in *L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/99* (a cura di) R. BALDUZZI e G. DI GASPARE, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 129-139.

¹⁰ Ad esempio, sulla natura autorizzatoria dell'accREDITAMENTO sanitario: TAR, Marche, Ancona, Sez. I, 5 febbraio 2015, n. 77. Sulla natura concessoria dell'accREDITAMENTO sanitario: TAR, Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 24 marzo 2016. Si veda altresì Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207, che definisce l'accREDITAMENTO sanitario «*a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa*». Per un commento a tale sentenza: F. SPANICCIATI, *Pubblico e privato nell'accREDITAMENTO sanitario*, in *Giornale Dir. amm.*, n. 5, 2016, p. 673 e ss.

¹¹ *Ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2012, n. 2269; Cons. Stato, Sez. III, 8 gennaio 2019, n. 190; Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2016, n. 436; Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 2018, n. 2831; TAR Campania, Napoli, sez. I, 3 aprile 2018, n. 2096; Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529; Cons. Stato, sez. III, 14 giugno 2011, n. 3611; Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2011, n. 2290.

La dottrina gius-pubblicistica più risalente¹², nel condurre una prima analisi circa l’iniziativa economica privata, ha guardato essenzialmente al momento in cui tale iniziativa assume un qualche rilievo pubblicistico, evidenziandone la natura essenzialmente “funzionalizzata” a taluni interessi pubblici.

Si è passati, così, dal riconoscimento dell’esercizio privato di funzioni amministrative, quale delegazione di potere che prescinde dalla qualificazione dei privati quali soggetti sostanzialmente pubblici¹³, alla celebre teoria del “*munus pubblico*”, mediante la quale il privato, pur mantenendo la natura soggettivamente privata, ha facoltà di adottare atti produttivi di effetti amministrativi (anche se non perfettamente equiparabili agli atti amministrativi in senso stretto)¹⁴, in modo «*niente affatto diverso rispetto a quanto avrebbe fatto un organo dell’amministrazione pubblica in senso “proprio”*»¹⁵.

In questa chiave di analisi, peraltro, si è innestata proprio la relativa ricostruzione dei regimi amministrativi, in particolare quelli aventi forma concessoria¹⁶, che non si discostava dal tema di fondo improntato al riconoscimento della capacità privata di svolgere funzioni di rilievo pubblicistico.

Il regime amministrativo stesso è espressione proprio della qualificazione oggettiva del servizio come pubblico, in quanto strumento giuridico che ne traccia i confini e i limiti (ad esempio, in tema di obblighi di servizio pubblico); esso si traduce, coerentemente con la concezione prevalente¹⁷, nell’attribuzione a un soggetto privato di beni della vita riservati ai pubblici poteri, non suscettibili di formare oggetto di atti di autonomia privata.

E il riconoscimento della funzionalità rispetto al fabbisogno sanitario, criterio caratterizzante del provvedimento di accreditamento, conferma *tout court* le caratteristiche ‘concessorie’ di tale provvedimento: alla struttura privata viene attribuita una facoltà estranea alla sua sfera giuridica, funzionalizzando l’erogazione di prestazioni sanitarie private (già oggetto di autonoma autorizzazione) ad un interesse pubblico (appunto, il fabbisogno sanitario programmato dalla singola regione).

Tuttavia, pur non essendo oggetto del presente contributo, è doveroso accennare (in breve) alla circostanza che la menzionata ricostruzione dell’accreditamento quale concessione di pubblico servizio potrebbe essere messa in crisi laddove si vada ad evidenziare come, per prassi regionale, non sempre all’accreditamento consegua la stipula dell’accordo contrattuale (che è il provvedimento che comporta la

¹² G. ZANOBINI, *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in Id., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1920, p. 235 e ss.

¹³ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana di scienza giuridica*, n. 3, 1896.

¹⁴ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo. L’amministrazione pubblica e la sua attività*, Milano, Giuffrè, 1950, nonché Id., *Esercizio privato di pubbliche attività*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. XV Milano, Giuffrè, 1966, p. 686.

¹⁵ F. DI CRISTINA, *La regolazione pubblica dei servizi privati. Principi e regole nel mercato europeo a un decennio dalla direttiva Bolkestein*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

¹⁶ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894; M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, Jovene, 1981.

¹⁷ P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, *Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 2001.

reale attribuzione al privato di facoltà estranee alla sua sfera giuridica – *i.e.* la possibilità di erogare prestazioni sanitarie a carico del Ssn).

In altri termini, un soggetto privato accreditato, ma non “contrattualizzato”, rimane un mero erogatore di prestazioni sanitarie private, facendo, quindi, propendere per una ricostruzione giuridica che si avvicina al concetto di abilitazione tecnica idoneativa (o anche di ulteriore autorizzazione), ma non di vera e propria concessione di pubblico servizio.

In verità, pur considerando coerente la prassi per la quale al soggetto accreditato non venga riconosciuto un ‘automatico’ accesso all’accordo contrattuale (che si fonda su una - errata, ad avviso di chi scrive - interpretazione dell’articolo 8-*quater*, comma 2, del d.lgs. n. 502 del 1992¹⁸), nondimeno va segnalato che il rilascio del provvedimento di accreditamento è necessariamente subordinato, come detto, al riconoscimento della funzionalità dell’attività posta in essere dal soggetto privato rispetto agli indirizzi di programmazione sanitaria regionale e, dunque, in maniera evidente, sulla capacità privata di svolgere funzioni di rilievo pubblicistico non suscettibili di formare oggetto di atti di autonomia e che non potrebbero essere regolati da atti diversi dalla concessione (e dal necessario successivo contratto).

Ad ogni modo, prescindendo da tali ultime argomentazioni (che, come detto, esulano dal presente contributo), è importante sottolineare, come già accennato ad inizio paragrafo, che il Consiglio di Stato, nella decisione in esame, ha riconosciuto la natura di concessione di pubblico servizio all’accreditamento, precisando, però, che *«l’inserimento convenzionato della struttura sanitaria privata all’interno della rete assistenziale pubblica, pur essendo tendenzialmente stabile, non è necessariamente perpetuo e non vale a rendere “istituzionale” il perseguimento di interessi pubblici in capo ad un soggetto societario, avente scopo lucrativo (...)»*.

Si tratta di una argomentazione decisiva nel qualificare lo *status* giuridico del soggetto privato accreditato, che mai può essere, solo in virtù del rapporto di accreditamento, equiparato ad un ente pubblico.

Ovviamente, la conclusione alla quale giunge il Consiglio di Stato, pur essendo preordinata all’applicazione di una norma in materia di edilizia ed urbanistica, può essere considerata quale principio di carattere generale, nel momento in cui ammette la natura concessoria dell’accreditamento (e la qualificazione oggettivamente pubblicistica dell’attività del soggetto privato), ma senza farne discendere una sostanziale equiparazione soggettiva con l’ente pubblico o, *in subiecta materia*, con gli enti del Servizio sanitario nazionale¹⁹.

¹⁸ Articolo 8-*quater*, comma 2, del d.lgs. n. 502 del 1992 - “*La qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate, al di fuori degli accordi contrattuali di cui all’articolo 8-*quinquies*”.*

¹⁹ Aziende sanitarie locali comunemente denominate (ASL, ASP, AUSL, ULSS, ASS, ATS etc.); Aziende Ospedaliere (AO) e Aziende Ospedaliere di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione (ARNAS); Aziende Ospedaliere Universitarie (AOU);

Tale conclusione è, infine, avvalorata anche dagli approdi della dottrina e della giurisprudenza in merito alla nozione di ente pubblico, la cui problematica identificazione è stata risolta utilizzando una serie di indici esteriori di “pubblicità” dell’ente²⁰, nessuno dei quali è di per sé ritenuto sufficiente, ma che invece sono ritenuti idonei, ove considerati nel loro complesso (molti di tali indici sono assenti nelle strutture private accreditate).

E, inoltre, comporta una sostanziale (ma decisiva) differenza tra strutture private accreditate ed enti del Servizio sanitario nazionale: solo questi ultimi, infatti, non possono disporre della propria esistenza²¹, mentre i soggetti privati, pur concessionari di servizi pubblici, possono decidere di “ritirarsi” e cioè di dismettere l’attività, oppure modificare l’oggetto della stessa.

3. Le conseguenze: accreditamento tra regole pubbliche e prerogative private

Come si è visto nel precedente paragrafo, il rapporto di accreditamento, avente natura concessoria di pubblico servizio, non determina l’equiparazione del soggetto privato all’ente pubblico, in quanto non consente di “istituzionalizzare” la relativa attività, che neppure occorre sia necessariamente votata per intero all’erogazione di prestazioni in regime di accreditamento (e di contrattualizzazione).

La ricostruzione teorica del rapporto concessorio relativo al provvedimento di accreditamento ha, fuori di dubbio, il merito di accentuare l’importanza dell’aspetto oggettivo dell’attività amministrativa, a scapito di quello soggettivo, ma pone, però, il problema dell’applicazione, ai soggetti privati, di un corpo di principi e regole elaborate con riferimento all’attività delle organizzazioni pubbliche.

Le conseguenze della citata qualificazione giuridica delle strutture accreditate, dunque, riguardano, essenzialmente, l’indagine (in questa sede, senza alcuna pretesa di esaustività) di quali regole possono imporsi, sul versante dell’ordinamento sanitario, a soggetti privati titolari di prerogative “pubbliche”.

Può recuperarsi, in tal senso, una nota sentenza del Consiglio di Stato²², nella quale, muovendo da una nozione «funzionale» – e, perciò «dinamica» e «cangiante» – di ente pubblico si chiarisce «che uno stesso soggetto ben p[uò] avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e (...), invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica».

Istituti Pubblici di Assistenza e Beneficenza (ex IPAB), trasformate in aziende pubbliche che svolgono attività sanitarie; Istituti Zooprofilattici Sperimentali (IZS); Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (I.R.C.C.S.) di diritto pubblico.

²⁰ Possono annoverarsi, a titolo di esempio: la costituzione dell’ente ad opera di un soggetto pubblico; la nomina degli organi direttivi in tutto o in parte di competenza dello Stato o di altro ente pubblico; l’esistenza di controlli o di finanziamenti pubblici; l’attribuzione di poteri autoritativi. *Ex multis*, D. SORACE, *L’ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 357 e ss.

²¹ Anzi, l’indisponibilità della propria ‘esistenza’ è «soltanto una conseguenza, per quanto assai rilevante, della doverosità del perseguimento dell’interesse pubblico» - E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 92.

²² Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2016, n. 3041.

3.1. La disciplina degli appalti

Una prima conseguenza della qualificazione “pubblicistica” (entro certi limiti) del soggetto privato accreditato può rinvenirsi in merito alla possibile applicazione del c.d. Codice dei contratti pubblici²³.

Al fine di delimitare l’ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni ivi contenute, nel Codice si fa riferimento, nella nozione di amministrazioni aggiudicatrici, alle amministrazioni dello Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici, agli organismi di diritto pubblico, alle associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

Tale definizione deve essere coordinata con quanto previsto dall’articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, recante “*Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”, a mente del quale per amministrazioni pubbliche «*si intendono (...) le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale (...)*».

Com’è evidente, la definizione appena citata fa espresso riferimento alle «*aziende e [a]gli enti del Servizio sanitario nazionale*», da intendersi quali enti che “istituzionalmente” - data la specifica tipologia di organizzazione e le funzioni che essi svolgono - possono considerarsi erogatori di prestazioni nei confronti dei pazienti destinatari finali dei servizi forniti dal Servizio sanitario nazionale.

In tale categoria, non rientrano i soggetti privati accreditati, tenuto conto che, come chiarito dal Consiglio di Stato nella pronuncia oggetto del presente contributo, «*l’inserimento convenzionato della struttura sanitaria privata all’interno della rete assistenziale pubblica (...) non vale a rendere “istituzionale” il perseguimento di interessi pubblici in capo ad un soggetto societario, avente scopo lucrativo (...)*».

Peraltro, sempre ai fini dell’applicazione del Codice dei contratti pubblici, una struttura accreditata con il Ssn, la cui natura giuridica è, appunto, di diritto privato, non potrebbe neanche rientrare, almeno nel caso in cui non sia controllata da un qualsiasi ente pubblico, nella definizione di organismo di diritto pubblico.

Si osserva, infatti, che, in base all’articolo 3, comma 1, lett. d), del Codice, si considerano organismi di diritto pubblico i soggetti che presentano, congiuntamente²⁴, i seguenti tre elementi:

- 1) siano istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. “requisito teleologico”);
- 2) siano dotati di personalità giuridica;
- 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è

²³ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

²⁴ C.G.U.E., 20 settembre 1998, causa C-31/87; nello stesso senso Cass. Sez. Un., n. 97 del 2000.

designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (c.d. requisito della “influenza pubblica dominante”).

Ora, a ben vedere, nel caso delle strutture private accreditate (ovviamente di quelle non controllate da pubbliche amministrazioni) mancherebbero almeno due dei requisiti individuati dalla disposizione del Codice dei contratti pubblici.

Anzitutto, con riferimento all’indicato “requisito teleologico”, come rimarcato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. (*ex plurimis*, sez. IV, 5 ottobre 2017, causa C-567/15), la valutazione di tale specifico requisito deve essere operata tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le condizioni in cui il presunto organismo di diritto pubblico esercita le attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato²⁵ ovvero la non assunzione dei rischi collegati a tali attività, dato che se tale soggetto opera in condizioni normali di mercato e subisce le perdite collegate all’esercizio di dette attività, è poco probabile che le esigenze che esso mira a soddisfare siano di natura diversa da quella industriale o commerciale.

Se si rapportano queste indicazioni alla fattispecie che ci occupa, constatiamo che l’attività di interesse generale, di tipo sanitario, svolta dalle strutture private accreditate presenta certamente una valenza commerciale e remunerativa.

Si tratta, infatti, di prestazioni che, pur soddisfacendo bisogni di interesse generale, sono contendibili, in quanto offerte alla generalità degli utenti da una pluralità di altri soggetti pubblici e privati, i quali operano in un ambiente aperto alla concorrenza²⁶.

È innegabile che quello delle prestazioni sanitarie si configuri, proprio in considerazione delle oggettive caratteristiche dei servizi offerti e dei loro prezzi, quale mercato concorrenziale idoneo ad indurre gli operatori economici a svolgere in quel settore la propria attività, tant’è che l’offerta sanitaria è caratterizzata da una molteplicità di strutture che competono tra loro in virtù del principio di libera scelta da parte del cittadino/utente.

²⁵ La CGUE (sent. 27 febbraio 2003, causa C-327/00. Adolf Truley, attinente a un ente che svolgeva servizi funerari) ha ritenuto che, onde qualificare un soggetto come organismo, non occorre la radicale assenza di un mercato (verifica per così dire in negativo, volta ad accertare la sussistenza di una sostanziale privativa). Anche là dove il mercato e i suoi operatori economici esprimano un’offerta e una risposta ai bisogni pubblici, infatti, è in ipotesi possibile che, con riferimento a quel settore, operi un organismo di diritto pubblico. In sostanza, pur a fronte di un mercato, occorre verificare una serie di indici, tra i quali è significativa la circostanza che il soggetto non subisca il rischio tipico dell’imprenditore (v. Cons. Stato, sez. V, n. 108/2017, che ha qualificato come organismo di diritto pubblico ACI Global, soggetto pur operante in un settore aperto alla concorrenza quale è il soccorso stradale).

²⁶ Va osservato che l’esistenza di un indubbio interesse pubblico alla tutela della salute dei cittadini non giustifica certo l’attrazione di ogni operatore sanitario in ambito pubblicistico, né la qualificazione di ogni struttura sanitaria come organismo di diritto pubblico ai fini dell’applicazione della disciplina dei contratti pubblici. Esiste ovviamente una sanità privata, vi sono imprese che operano nel settore sanitario in regime di mercato e anche nell’ambito del Sistema sanitario nazionale vi sono strutture private che, operando in regime di accreditamento, offrono prestazioni sanitarie a fronte di un corrispettivo, in concorrenza con altri operatori privati.

Inoltre, anche la circostanza per cui parte dell'attività venga svolta nell'ambito del Servizio sanitario nazionale non è sufficiente a far ritenere, come visto nella decisione in esame, le strutture private accreditate "enti" del Servizio sanitario nazionale, essendo a tal fine necessaria una previsione di legge che, per l'appunto, qualifichi l'ente nel quadro del Ssn, sottoponendolo alle regole pubblicistiche²⁷.

Occorre, allora, verificare se un soggetto privato accreditato eroghi prestazioni sanitarie con le modalità proprie dell'impresa o con quelle proprie dell'ente pubblico.

Proprio con riferimento al rischio d'impresa, è dirimente quanto statuito dal Consiglio di Stato nella presente pronuncia: *«l'inserimento convenzionato della struttura sanitaria privata all'interno della rete assistenziale pubblica (...) non vale a rendere "istituzionale" il perseguimento di interessi pubblici in capo ad un soggetto societario (...) il quale non è portatore di interessi pubblici, ma di un interesse privato alla remunerazione del capitale investito e la cui azienda neppure occorre sia necessariamente votata per intero all'erogazione di prestazioni in regime di accreditamento»*.

In altre parole, ogni struttura privata accreditata assume integralmente il rischio delle perdite conseguenti all'esercizio delle prestazioni sanitarie, senza alcun ripiano da parte di enti pubblici (tranne nell'ovvio caso in cui la struttura sia, direttamente o indirettamente, controllata da pubbliche amministrazioni che potrebbero, dunque, provvedere a ripianare le perdite d'esercizio).

Tale circostanza ha immediate conseguenze anche relativamente al requisito della "influenza pubblica dominante". Infatti, per quanto riguarda i corrispettivi delle prestazioni sanitarie, le strutture private accreditate ricevono dai clienti privati il pagamento delle prestazioni erogate, in un regime di libera negoziazione.

Quanto all'attività svolta nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, il sistema di remunerazione delle prestazioni assistenziali sanitarie erogate in regime di accreditamento istituzionale (e di successivo accordo contrattuale) non può configurarsi quale finanziamento pubblico.

La distinzione tra "finanziamento" e "corrispettivo" è ben nota al giudice europeo, che invita a distinguere gli aiuti finanziari che senza specifica causa siano diretti a sostenere le attività dell'organismo, dalle erogazioni che invece hanno un titolo giuridico, posto che *«non tutti i finanziamenti erogati da un'amministrazione aggiudicatrice hanno per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza»* (C. giust. U.E., 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, punto 21).

È proprio questo il caso delle prestazioni 'accreditate e contrattualizzate' erogate dai soggetti privati in ambito Ssn, come, peraltro, icasticamente confermato dall'articolo 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992,

²⁷ Tale assunto è confermato anche da Cons. Stato, sez. III, 16 settembre 2016, n. 3892.

nella parte in cui (comma 2, lettera d) prevede che l'accordo contrattuale contenga «*il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate (...)*».

In claris non fit interpretatio.

3.2. L'incompatibilità del personale

L'articolo 4, comma 7, della legge n. 412 del 1991 stabilisce che «*con il Servizio sanitario nazionale può intercorrere un unico rapporto di lavoro. Tale rapporto è incompatibile con ogni altro rapporto di lavoro dipendente, pubblico o privato, e con altri rapporti anche di natura convenzionale con il Servizio sanitario nazionale. Il rapporto di lavoro con il Servizio sanitario nazionale è altresì incompatibile con l'esercizio di altre attività o con la titolarità o con la compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con lo stesso*»²⁸; prevede poi (all'ottavo periodo) che «*l'esercizio dell'attività libero-professionale dei medici dipendenti del Servizio sanitario nazionale è compatibile col rapporto unico d'impiego, purché espletato fuori dall'orario di lavoro all'interno delle strutture sanitarie o all'esterno delle stesse, con esclusione di strutture private convenzionate con il Servizio sanitario nazionale*».

Il principio di unicità del rapporto di lavoro²⁹ è affermato con riferimento al Servizio sanitario nazionale *tout court*, senza operare distinzioni soggettive tra gli enti e le aziende, pubbliche e private, che, a vario titolo, concorrono alla realizzazione degli obiettivi propri del Servizio sanitario stesso: vi è da chiedersi, quindi, se la disposizione valga per tutti gli enti astrattamente ascrivibili al Servizio sanitario o solamente per gli enti e le aziende proprie di questo.

Come detto, la norma sancisce il principio generale della unicità del rapporto di lavoro con il Servizio sanitario nazionale, dal quale deriva l'incompatibilità non solo con altri rapporti di lavoro dipendente (pubblico o privato), ma anche con ogni altro rapporto che dovesse intercorrere con il Servizio sanitario, anche se qualificabile come convenzionale.

²⁸ La disposizione in commento si applica anche ai soggetti menzionati dall'articolo 102 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 e, quindi, al «*personale docente universitario, e i ricercatori che esplicano attività assistenziale presso le cliniche e gli istituti universitari di ricovero e cura anche se gestiti direttamente dalle università, convenzionati ai sensi dell'art. 39, L. 23 dicembre 1978, n. 833*». Inoltre, il d.lgs. n. 517 del 1999, che disciplina i rapporti fra Servizio sanitario nazionale ed università, dispone (articolo 5, comma 2) che ai professori e ai ricercatori universitari si applichino, per quanto attiene all'esercizio dell'attività assistenziale, al rapporto con le aziende e a quello con il direttore generale, «*le norme stabilite per il personale del Servizio sanitario nazionale*». Sul tema V. CAPUZZA, *Un vuoto da riempire nel regime delle autorizzazioni per il personale docente e ricercatore universitario che svolge attività di assistenza ospedaliera*, in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 7, p. 6 e ss.

²⁹ Sul quale si vedano M. FERRETTI, *La dirigenza sanitaria tra rapporto di pubblico impiego ed esercizio della libera professione medica. Nota a Trib. Firenze 18 giugno 2003, n. 897*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, fasc. 5, p. 968-974; N. SPERANZA, *L'esercizio della libera professione dei dirigenti sanitari*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2002, fasc. 2, pt. 1, p. 371-417.

Al riguardo, appare evidente come il legislatore abbia inteso attribuire al suddetto principio di unicità del rapporto di lavoro la più ampia accezione³⁰, estendendolo fino a ricomprendersi anche i casi in cui il rapporto stesso possa, a suo giudizio, ugualmente configurarsi, sia pure in maniera indiretta.

Infatti, come autorevolmente chiarito dalla Corte di Cassazione³¹, appare evidente che, alla luce della predetta normativa, *«col servizio sanitario nazionale può intercorrere un solo rapporto di lavoro, sia esso subordinato o autonomo o convenzionato»*.

La disposizione in esame, tuttavia, fa generico riferimento al rapporto di lavoro con il Servizio sanitario nazionale, il che induce ad interrogarsi su quale significato si debba attribuire a tale ultima previsione.

Accedendo al canone interpretativo individuato dalla sentenza oggetto del presente contributo, il richiamo esplicito al Servizio sanitario nazionale, da considerare, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del d.lgs. n. 502 del 1992, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale, postulerebbe l'applicazione della citata normativa sul rapporto "unico" di impiego ai soli enti espressamente qualificati come enti del Servizio sanitario nazionale.

In altre parole, la normativa sulle incompatibilità del dipendente del Ssn appare come una specificazione del generale regime di incompatibilità dei dipendenti pubblici.

Del resto, è lo stesso Testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165 del 2001) ad avvalorare tale tesi laddove fa espressamente salva, all'articolo 53 recante il regime generale di incompatibilità dei pubblici dipendenti, la disciplina di cui all'articolo 4, comma 7, della l. 412 del 1991, da intendere come disposizione speciale relativa a una particolare tipologia di dipendenti pubblici, i medici del Ssn.

Inoltre, anche la giurisprudenza costituzionale³², chiamata a decidere sulla legittimità della norma nella parte relativa all'attività libero-professionale, ha, in ogni caso, chiarito che la scelta operata dal legislatore non può ritenersi irrazionale ed anzi *«appare ispirata dall'intento di assicurare la maggior possibile efficienza dell'organizzazione sanitaria pubblica in attuazione del principio sancito dall'art. 32 della Costituzione»*.

Dello stesso avviso pare essere la giurisprudenza amministrativa, per la quale le norme che regolano l'incompatibilità del personale medico del Ssn sono poste a tutela della esclusività del rapporto lavorativo

³⁰ In questo senso F.G. CATENA-T. D'OTTAVIO, *Il rapporto di lavoro nell'ambito del servizio sanitario nazionale*, in I. MACCANI-G. MELIS-A.F. TRIPODI (a cura di), *La prevenzione dei reati nelle strutture sanitarie pubbliche e private*, Milano, Edizioni IlSole24Ore, 2016.

³¹ Cass. Lavoro, 2 luglio 2010, n. 15789.

³² C. Cost., sent. 23 dicembre 1993, n. 457.

in funzione della valorizzazione e della migliore utilizzazione del servizio dei medici “dipendenti pubblici”³³.

O, ancora, si è sostenuto che la *ratio* della disposizione in commento è stata quella di intervenire sopra una materia che si prestava ad interpretazioni difformi «*legificando i nuovi criteri organizzatori della sanità pubblica contenuti nel precedente regolamento del 1990 e ciò in ossequio al principio sul pubblico impiego che riserva alla legge l'ordinamento dei singoli enti (...)*»³⁴.

Peraltro, il principio generale dell'unicità del rapporto di lavoro col Ssn va inteso in senso estensivo, come comprendente sia il rapporto di lavoro alle dipendenze della struttura pubblica che quello di natura libero - professionale in regime convenzionale³⁵.

Come evidente, dunque, i limiti posti dalla normativa in esame sembrerebbero correttamente applicabili solo ai rapporti di lavoro intercorrenti con enti del Servizio sanitario nazionale (si veda la grande enfasi data dalle sentenze richiamate all'organizzazione sanitaria ‘pubblica’) e non ai rapporti di lavoro delle strutture private accreditate, i cui professionisti ben potrebbero, ovviamente nei limiti posti dai relativi rapporti di lavoro (siano essi autonomi o subordinati), essere, ad esempio, titolari o partecipare a quote di imprese che possano, anche astrattamente, configurare conflitto di interessi con il Ssn.

Tuttavia, il legislatore nazionale, in una disposizione contenuta nella legge 23 dicembre 1996, n. 662 (articolo 1, comma 5), ha precisato che il regime di incompatibilità previsto dall'articolo 4, comma 7, della legge n. 412 del 1991 sia «*da riferire anche alle strutture sanitarie private accreditate (...)*», con ciò avallando una ricostruzione giuridica esattamente opposta a quella appena menzionata.

La disposizione appena citata, pur vigente e, dunque, applicabile, non appare convincente, tenuto conto delle diverse modalità di reclutamento del personale tra strutture pubbliche e private che, già di per sé, dovrebbe comportare un diverso inquadramento giuridico.

Senza considerare, poi, le conclusioni che possono desumersi partendo dal presupposto argomentativo individuato dalla sentenza oggetto del presente contributo, per il quale la circostanza del rapporto di accreditamento non è sufficiente ad ‘istituzionalizzare’ la natura giuridica della struttura; in altri termini,

³³ Cons. Stato, Sez. III, 28 novembre 2013, n. 5690 che, aggiunge, «*da qui l'assoluto divieto, per il medico del servizio pubblico, di instaurare rapporti ulteriori o detenere la titolarità o la partecipazione di quote di imprese in potenziale conflitto di interesse (...)*».

³⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4566.

³⁵ T.A.R. Campania, Salerno, 4 dicembre 2000, n. 968 che precisa come «*la "ratio" della norma è quello di evitare che la pluralità di rapporti, instaurati con le Usl nella medesima branca medico - sanitaria, possa incrinare l'interesse pubblico alla corretta gestione delle relative attività, a nulla rilevando la natura del regime giuridico (convenzionale o meno) impresso ai rapporti di prestazione di lavoro*»; nello stesso senso, è stato chiarito che il principio dell'unicità del rapporto di lavoro del personale medico col servizio sanitario pubblico è da intendersi «*estensivamente, essendo rilevanti, ai fini dell'individuazione delle incompatibilità nello stesso articolo enunciate, sia i rapporti di lavoro alle dipendenze di strutture pubbliche e private convenzionate, sia i rapporti libero-professionali in regime di convenzione, sia l'esercizio di attività professionale autonoma presso strutture private convenzionate*» - così T.A.R. Piemonte, Sez. II, 27 luglio 2001, n. 1624 e Cass. civ., Sez. lavoro, 5 ottobre 1998, n. 9881,

se la struttura privata accreditata non è equiparabile all'ente pubblico (o, meglio, all'ente del Servizio sanitario nazionale), allora il principio di unicità del rapporto di lavoro – con tutti i limiti che da esso discendono – non dovrebbe applicarsi al personale medico di tale struttura, che non è personale 'pubblico' (nemmeno ai sensi della normativa vigente in materia di pubblico impiego) e che potrebbe (o dovrebbe) conservare alcune facoltà precluse ai medici dipendenti del Ssn.

Per quanto concerne, infine, il tema dell'attività libero-professionale, la norma in esame conferma, in linea di principio, la facoltà dell'esercizio di tale attività - pur subordinandola ad una serie di condizioni di tempo³⁶ e di luogo³⁷ - ma la esclude in linea assoluta con riferimento a strutture private convenzionate, anche parzialmente³⁸, con il Servizio sanitario nazionale.

Tali strutture, peraltro, sarebbero esposte ad un rischio concreto, qualora utilizzassero personale medico "incompatibile": l'articolo 1, comma 19, della citata legge n. 662 del 1996, infatti, espressamente dispone che *«le istituzioni sanitarie private, ai fini dell'accreditamento (...), devono documentare la capacità di garantire l'erogazione delle proprie prestazioni nel rispetto delle incompatibilità previste dalla normativa vigente in materia di rapporto di lavoro del personale del Servizio sanitario nazionale (...). L'esistenza di situazioni d'incompatibilità preclude l'accreditamento e comporta la nullità dei rapporti eventualmente instaurati con le unità sanitarie locali. L'accertata insussistenza della capacità di garantire le proprie prestazioni comporta la revoca dell'accreditamento e la risoluzione dei rapporti costituiti»*.

³⁶ Sul quale si veda, in generale, A. TOPO-P. PIVA, *La direttiva UE sull'orario di lavoro con particolare riferimento al medico ospedaliero*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2020, fasc. 1, p. 29-47.

³⁷ In argomento, G. AVANZINI, *L'esercizio dell'attività libero-professionale in "intramoenia" e l'art. 21 del Patto per la Salute 2014/2016*, in *Sanità pubblica e privata*, 2016, fasc. 4, p. 5-20.

³⁸ Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 1995, n. 1640 par. 4, precisa che *«l'art. 4 l. 30 dicembre 1991 n. 412, nella parte in cui sancisce il principio che col servizio sanitario nazionale può intercorrere un unico rapporto di lavoro, per cui tale rapporto è incompatibile con altri anche di natura convenzionale, è applicabile in relazione all'attività svolta nelle strutture convenzionate, e non solo nelle unità oggetto di convenzione»*. Tale precisazione è confermata dall'articolo 1, comma 5, della legge n. 662 del 1996, a mente del quale *«(...) L'attività libero professionale da parte dei soggetti che hanno optato per la libera professione extra-muraria non può comunque essere svolta presso le strutture sanitarie pubbliche, diverse da quella di appartenenza, o presso le strutture sanitarie private accreditate, anche parzialmente»*.

Consiglio di Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, sentenza n. 82

Pres. Castriota Scanderbeg – Rel. Guarracino

FATTO

Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, la Casa di cura “Policlinico S. Giorgio” S.p.a., premettendo di aver ottenuto dal Comune di Pordenone il rilascio della concessione edilizia in deroga ai vigenti indici urbanistico-edilizi, ai sensi dell’art. 41, comma 4 quinquies, della l.r. Friuli Venezia Giulia del 19 novembre 1991, n. 52, per l’ampliamento della propria struttura sanitaria e per la sistemazione a parcheggio della relativa area pertinenziale, impugnava il provvedimento col quale il Comune le aveva imposto, a titolo di contributo per il rilascio della suddetta concessione edilizia, il pagamento della somma di € 210.032,92.

Sosteneva, infatti, di aver diritto all’esonero dal versamento del contributo di costruzione in virtù di quanto stabilito dall’art. 94 della stessa legge regionale n. 52/1991 e dall’art. 17, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, quest’ultimo applicabile in forza del rinvio operato alle disposizioni statali dall’art. 52 della l.r. Friuli Venezia Giulia del 23 febbraio 2007, n. 5. Inoltre deduceva la contraddittorietà col precedente rilascio a titolo gratuito della concessione edilizia per un altro ampliamento della medesima casa di cura.

Con sentenza del 13 gennaio 2011, n. 9, il T.A.R. adito ha respinto il ricorso.

Avverso la sentenza di primo grado la Casa di cura ha interposto appello, cui ha resistito l’amministrazione appellata.

Entrambe le parti hanno prodotto memorie e repliche a sostegno delle proprie ragioni.

Alla pubblica udienza del 29 settembre 2020, su istanza congiunta di passaggio in decisione senza discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

È appellata la sentenza con cui il T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia ha disconosciuto alla società appellante il diritto all’esonero dagli oneri edilizi per l’ampliamento di una casa di cura accreditata e del relativo parcheggio pertinenziale, per carenza del presupposto soggettivo stabilito dalla norma regionale di riferimento.

In primo grado la società appellante, che gestisce una casa di cura accreditata col servizio sanitario regionale, aveva sostenuto di essere esente dal contributo di costruzione per l’ampliamento della casa di cura in forza della previsione allora contenuta nell’art. 94, comma 1, lett. g), della legge regionale del Friuli Venezia Giulia del 19 novembre 1991, n. 52, a mente del quale il contributo non era dovuto «g) per

la realizzazione di impianti, attrezzature e opere di interesse generale, in quanto soddisfacenti ad un interesse della collettività e rientranti nelle istituzionali competenze degli enti realizzatori».

La norma doppiava nell'ordinamento regionale la disposizione dell'art. 17, comma 3, lett. c), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante esonero dal contributo di costruzione «c) per gli impianti, le attrezzature, le opere pubbliche o di interesse generale realizzate dagli enti istituzionalmente competenti nonché per le opere di urbanizzazione, eseguite anche da privati, in attuazione di strumenti urbanistici».

Secondo il T.A.R. la disposizione regionale non era applicabile al caso esaminato.

L'esenzione, infatti, sarebbe stata accordabile solo se l'opera fosse stata realizzata direttamente da un ente pubblico, o da un privato dallo stesso delegato nei modi di legge, e destinata alla cura dei pubblici interessi di cui quel soggetto pubblico fosse attributario.

L'odierna appellante, invece, non era un ente pubblico od un suo concessionario, ma un soggetto privato che aveva realizzato l'opera per soddisfare un suo interesse privato, finalizzato al profitto, e non per realizzare, in via diretta, un interesse pubblico attribuitole dalla legge quale finalità istituzionale: la circostanza che la struttura sanitaria assolvesse, indirettamente, anche ad una funzione d'interesse pubblico non bastava a rendere la ricorrente un "ente realizzatore" che avesse operato in attuazione delle proprie "istituzionali competenze"; inoltre «l'accreditamento ... lungi dal realizzare una sorta di transustanziazione della struttura privata tale da farle condividere la natura e le prerogative del S.S.N., è solo un mezzo per garantire all'assistito la libera scelta del medico e del luogo di cura».

Il T.A.R. ha, inoltre, escluso che ricorresse la denunciata contraddittorietà con il precedente rilascio, a titolo gratuito, di una concessione edilizia per un diverso ampliamento della stessa casa di cura, avendo il Comune chiarito che quella concessione era stata rilasciata a titolo gratuito per un mero errore, che l'amministrazione stessa aveva provveduto a correggere chiedendo il pagamento delle somme dovute anche per quel titolo.

L'appellante avversa la decisione di primo grado con quattro motivi di gravame.

I primi due sono volti a difendere la ricorrenza dei requisiti per beneficiare dell'esenzione dal versamento del contributo. In particolare, l'appellante rivendica il possesso - contestato - del requisito soggettivo, invocando il proprio collegamento, giuridicamente rilevante, con l'amministrazione istituzionalmente competente e, in particolare, il fatto che, in virtù del regime di accreditamento col S.S.R., dei conseguenti accordi stipulati con l'Azienda per i Servizi Sanitari n. 6 Friuli Occidentale e dello stesso Piano sanitario regionale, la sua struttura sanitaria integrerebbe la rete ospedaliera pubblica concorrendo a determinare l'offerta sanitaria complessiva regionale, tanto che lo stesso Comune di Pordenone avrebbe qualificato l'oggetto delle concessione edilizia come ampliamento di edificio di pubblica utilità. Nella sostanza, il T.A.R. avrebbe abbracciato la tesi secondo cui l'unica figura che consentirebbe di ritenere esistente quel rapporto tra ente pubblico e soggetto privato, idoneo all'esenzione di quest'ultimo dal pagamento del

contributo, sarebbe quella della concessione di lavori pubblici, ma in tal modo sarebbe pervenuto ad un'inammissibile interpretazione abrogante delle disposizioni summenzionate, ch , se il legislatore avesse voluto restringere il collegamento rilevante alla sola concessione di lavori pubblici, lo avrebbe fatto esplicitamente; il giudice di primo grado, inoltre, non avrebbe colto la vera portata dell'accreditamento e della sottoscrizione degli accordi nella regione Friuli Venezia Giulia, riducendo la vicenda ad una speciale abilitazione.

Gli ultimi due motivi riprendono la censura di contraddittorit  dell'operato dell'Amministrazione rispetto al rilascio della precedente concessione, a titolo gratuito, per un altro ampliamento della stessa casa di cura, sostenendovisi che il successivo provvedimento adottato dal Comune, in pendenza del giudizio, per chiedere il pagamento del contributo che, all'epoca, non fu richiesto non varrebbe ad operare una sorta di sanatoria del denunciato vizio di eccesso di potere per contraddittorit .

In primo luogo, dunque, in questa sede si chiede di chiarire se la sussistenza del rapporto di accreditamento (tralaticciamente definito in giurisprudenza "a met  strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa"), che rende gli operatori privati accreditati soggetti accomunati dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale e non semplici fornitori di servizi sanitari operanti in un ambito puramente contrattualistico (*ex aliis*, C.d.S., sez. III 3 febbraio 2020 n. 824), basti a rendere il soggetto accreditato "ente istituzionalmente competente" alla realizzazione dell'opera di interesse generale ovvero a renderlo "organo indiretto" dell'amministrazione, come nel caso della concessione o della delega.

La risposta dev'essere negativa.

la Sezione ha gi  avuto modo di osservare, con riferimento all'art. 17, comma 3, lett. c), d.P.R. n. 380/2001, che, mediante l'espressione "*ente istituzionalmente competente*", la norma "*non pu  riferirsi che ad enti pubblici, ovvero a soggetti che agiscono per conto di essi, come confermato dal fatto che soltanto nella seconda parte della proposizione normativa, concernente le opere di urbanizzazione, la disposizione si riferisce ad opere "eseguite anche da privati" (C.d.S., sez. V, 11 gennaio 2006, n. 51)*", traendone il corollario per cui, allora, "*occorre ... che, quando non sia esso stesso ente pubblico, il soggetto realizzatore abbia agito quale organo indiretto dell'amministrazione, come nella concessione o nella delega (C.d.S., sez. IV, 20 novembre 2017, n. 5356, Id., sez. IV, 30 agosto 2016, n. 3721, con riferimento alla previsione ora contenuta nell'art. 17 co. 3, lett. c, D.P.R. n. 380 del 2001)*" (C.d.S., sez. II, 23 luglio 2019, n. 5194).

La corrispondente disposizione regionale, sopra riprodotta, non conteneva alcuna differenza significativa che ne potesse giustificare una diversa lettura rispetto alla normativa statale, peraltro neppure propugnata dalla stessa appellante.

Correttamente il T.A.R. ha riconosciuto che il rapporto di accreditamento tra la casa di cura privata e il Servizio sanitario regionale non avesse caratteri tali da far ritenere che l'ampliamento della struttura privata potesse dirsi realizzato in nome o per conto della struttura pubblica od ancora quale espressione delle "competenze istituzionali" della stessa.

Il rapporto di accreditamento ha per oggetto l'erogazione di specifiche prestazioni sanitarie sulla base della stipula di apposita convenzione e presuppone la valutazione, da parte della Regione, degli elementi relativi al fabbisogno assistenziale, al volume dell'attività erogabile, alla programmazione di settore, al possesso dei requisiti da parte delle strutture private ed agli oneri finanziari sostenibili, non sottraendosi il sistema dell'accreditamento al preminente esercizio del potere autoritativo e conformativo, di natura concessoria, dell'amministrazione, che assolve la funzione di ricondurre in un quadro di certezza il volume e la tipologia dell'attività del soggetto accreditato, il cui concorso con le strutture pubbliche nelle prestazioni di assistenza non avviene in un contesto di assoluta libertà di iniziativa e di concorrenzialità, ma - nella misura in cui comporta una ricaduta sulle risorse pubbliche - soggiace alla potestà di verifica sia tecnica che finanziaria della Regione ed a criteri di sostenibilità, nei limiti di spesa annuali (C.d.S., sez. III, 27 aprile 2015, n. 2143).

È, dunque, da escludere che la sola esistenza di un rapporto di accreditamento (che costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, all'ammissione tra i soggetti abilitati ad erogare prestazioni in favore del S.S.N.: C.d.S., sez. III, 14 settembre 2015, n. 4271), possa determinare l'effetto di una sostanziale assimilazione del soggetto accreditato all'ente pubblico al di là dei limiti e dello specifico oggetto della relativa convenzione.

D'altro canto, il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, distingue l'autorizzazione che riguarda le strutture sanitarie (la loro costruzione, adattamento, ampliamento, trasformazione o trasferimento: art. 8 ter), l'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie (art. 8 ter) e l'accreditamento (art. 8 quater), quest'ultimo subordinato alla funzionalità della struttura sanitaria e dell'attività agli indirizzi di programmazione regionale attraverso i quali la regione definisce il fabbisogno di assistenza per garantirne livelli essenziali ed uniformi (sicché "*qualunque trasformazione posta in essere con riguardo all'attività di una struttura sanitaria accreditata è sì soggetta ad autorizzazione ex art. 8-ter del D. Lgs. n. 502/1992, ma, per essere in grado di incidere sul rapporto amministrativo di accreditamento in corso, è soggetta ad uno specifico, nuovo, provvedimento di accreditamento, che si ricollega a scelte di programmazione sanitaria ed alla verifica del possesso di requisiti di qualificazione "ulteriori" rispetto a quelli richiesti per il rilascio dell'autorizzazione ex art. 8-ter cit.*": C.d.S., sez. III, 14 agosto 2014, n. 4260) ed ancora gli accordi contrattuali (art. 8 quinquies).

Peraltro, persino gli ospedali classificati, tra i quali certamente non rientra la casa di cura gestita dalla società appellante, pur essendo equiparati, non sono totalmente assimilabili alle strutture ospedaliere pubbliche (C.d.S., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 109).

E bene il T.A.R. ha osservato che l'odierna appellante aveva realizzato l'opera per soddisfare un suo interesse privato, finalizzato al profitto, e non per realizzare, in via diretta, un interesse pubblico attribuito dalla legge quale finalità istituzionale.

L'inserimento convenzionato della struttura sanitaria privata all'interno della rete assistenziale pubblica, pur essendo tendenzialmente stabile, non è necessariamente perpetuo e non vale a rendere "istituzionale" il perseguimento di interessi pubblici in capo ad un soggetto societario, avente scopo lucrativo, il quale non è portatore di interessi pubblici, ma di un interesse privato alla remunerazione del capitale investito e la cui azienda neppure occorre sia necessariamente votata per intero all'erogazione di prestazioni in regime di accreditamento. Su un piano generale, il fatto che esso si trovi, in pendenza del rapporto di accreditamento, accomunato a soggetti pubblici nel raggiungimento di fini di pubblico interesse non rende per ciò solo quegli stessi fini consustanziali all'impresa privata, né il caso in esame presenta alcuna peculiarità che giustifichi un più articolato discorso (cfr. anche C.d.S., sez. IV, 17 ottobre 2018, n. 5942, nel senso che il difetto del requisito soggettivo non potrebbe essere "recuperato" solo perché l'immobile sia destinato (in parte) a ospitare una attività sanitaria accreditata col servizio sanitario nazionale e a servizi farmaceutici).

Può, infine, ricordarsi, per completezza espositiva, che *"la strumentalità rispetto all'esercizio di un servizio pubblico non è sufficiente ad integrare la nozione di "impianti, attrezzature, opere pubbliche o di interesse generale", di cui all'art. 9, comma 1, lett. f), della l. n. 10 del 1977 (ora art. 17, comma 3, lett. c), del d.P.R. n. 380 del 2001), in quanto l'esenzione dal pagamento del contributo di costruzione vale per la struttura che realizza o contribuisce con vincolo indissolubile all'erogazione diretta del servizio, come, a titolo meramente esemplificativo, nell'ipotesi di un impianto tecnico, ma non per un bene la cui strumentalità dipende da scelte discrezionali e, quindi, revocabili, della società, dovendosi dunque concludere che a rilevare non è la destinazione che soggettivamente s'intende dare alla struttura, bensì la sua natura oggettiva: solo laddove l'opera non possa, neppure in astratto, avere una destinazione diversa da quella pubblica si potrà dunque configurare il presupposto per l'esonero dal pagamento del contributo di costruzione"* (C.d.S., sez. IV, 31 agosto 2016, n. 3750).

Anche di recente questo Consiglio ha precisato che *"[l]'esenzione prevista dal citato art. 17 necessita ... che l'opera, per la quale si chiede l'esenzione del pagamento degli oneri di urbanizzazione, sia, per le sue oggettive caratteristiche, esclusivamente finalizzata ad un utilizzo a tempo indeterminato dell'intera collettività"* (C.d.S., sez. IV, 2 gennaio 2020 n. 4; nel senso che il pagamento degli oneri concessori è la

regola, con conseguente interpretazione restrittiva delle deroghe per le ipotesi della costruzione delle opere pubbliche o di interesse generale, anche C.d.S., sez. IV, 7 giugno 2018, n. 3422).

I primi due motivi di appello, di conseguenza, sono infondati.

Parimenti infondati sono gli ultimi due motivi di appello, poiché il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà o per disparità di trattamento non è predicabile in relazione ad atti vincolati (*ex ceteris*, C.d.S., sez. II, 1° luglio 2020, n. 4184), tra i quali vanno certamente annoverate le richieste di versamento del contributo per il rilascio della concessione edilizia.

Per queste ragioni, in conclusione, l'appello dev'essere respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese processuali del presente grado del giudizio in favore del Comune di Pordenone, che liquida nella somma complessiva di € 3000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, ove dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.