

RF, RuBe, 6002 Luzern

---

## **ospita**

Guido Schommer  
Segretario generale  
Zieglerstrasse 29  
CH-3007 Berna

Data: 20 novembre 2022

Parere giuridico

## **Limiti dei contributi cantonali per le prestazioni economicamente di interesse generale (PIG) fornite dagli ospedali**

---

### **Sommario**

1. Mandato e quesiti.....	3
2. Fondamenti giuridici.....	4
2.1 Il finanziamento ospedaliero ai sensi della LAMal .....	4
a. Obiettivi del nuovo finanziamento ospedaliero .....	4
b. Remunerazione delle cure ospedaliere (art. 49 LAMal) .....	5
c. Remunerazione delle prestazioni ospedaliere (art. 49a LAMal).....	8
2.2 Fondamenti in materia di diritto dei sussidi .....	8
2.3 Prestazioni economicamente di interesse generale .....	10
a. Materiali .....	10
b. Giurisprudenza .....	11
c. Insegnamento.....	12
d. Raccomandazioni della CDS .....	15
2.4 Conclusioni intermedie .....	16

LUCERNA

T +41 229 53 69  
bernhard.ruetsche@unilu.ch

3.	Limiti in materia di sussidi per prestazioni economicamente di interesse generale (domanda 1) .....	18
3.1	Fondamento giuridico .....	18
3.2	Interesse pubblico e proporzionalità.....	19
3.3	Libertà economica e neutralità concorrenziale.....	20
a.	Aspetti generali.....	20
b.	Applicazione della neutralità concorrenziale nel settore ospedaliero.....	23
3.4	Conclusioni intermedie .....	24
4.	Definizione e assegnazione dei sussidi secondo la neutralità concorrenziale (domanda 2) .....	25
4.1	Requisiti materiali .....	25
a.	Neutralità rispetto agli enti responsabili .....	25
b.	Adempimento di determinati compiti pubblici (indennità) .....	26
c.	Mantenimento di capacità ospedaliere (aiuti finanziari).....	27
4.2	Requisiti procedurali (obbligo di messa a concorso) .....	29
a.	Assegnazione di indennità .....	29
b.	Assegnazione di aiuti finanziari.....	31
4.3	Conclusioni intermedie .....	31
5.	Risultanze .....	32
5.1	Risposte ai quesiti sui quali è stato chiesto un parere giuridico .....	32
5.2	Riepilogo grafico .....	35
6.	Elenco delle abbreviazioni .....	36
7.	Bibliografia .....	38

## 1. Mandato e quesiti

1 In data 19 settembre 2022, l'associazione delle aziende sanitarie svizzere ospita ha conferito al sottoscritto il mandato di redigere un parere giuridico in merito all'ammissibilità dei contributi cantonali per le prestazioni economicamente di interesse generale fornite dagli ospedali. Nel dettaglio, i quesiti sono i seguenti:

- l'art. 49 cpv. 3 LAMal esclude l'integrazione delle prestazioni economicamente di interesse generale nelle tariffe ospedaliere e cita «in particolare» due tipi di PIG: quelle per il mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale e quelle per la ricerca e l'insegnamento universitario.

*La Costituzione e la legge o la giurisprudenza pongono dei limiti alle prestazioni economicamente di interesse generale e, in caso affermativo, quali?*

- Se le prestazioni economicamente di interesse generale vengono definite e delimitate in modo trasparente, possono essere messe a concorso come prestazioni a titolo oneroso al di fuori delle tariffe ospedaliere e assegnate all'offerente più conveniente.

*In che modo le prestazioni economicamente di interesse generale potrebbero essere regolate nell'ambito del diritto positivo al fine di garantire la trasparenza e una concorrenza leale?*

*Quali possibilità legislative esistono per instaurare un obbligo di messa a concorso?*

2 Per rispondere ai quesiti sopraindicati, **qui di seguito** verranno presentati prima di tutto i fondamenti giuridici del finanziamento ospedaliero, rilevanti nel presente caso, previsti dalla Legge federale sull'assicurazione malattie (LAMal), nonché i principi fondamentali del diritto dei sussidi. In tale contesto, l'attenzione si concentrerà sul sovvenzionamento delle prestazioni economicamente di interesse generale fornite dagli ospedali ai sensi dell'art 49 cpv. 3 LAMal (cap. 2). Successivamente, verranno esposti i limiti costituzionali del finanziamento delle prestazioni economicamente di interesse generale, con focalizzazione sulla libertà economica e sul suo elemento costitutivo rappresentato dalla neutralità concorrenziale (cap. 3). Sulla base di tali spiegazioni, la perizia indica quindi quali requisiti derivano dai principi costituzionali in materia di definizione e assegnazione di contributi per prestazioni economicamente di interesse generale fornite dagli ospedali (cap. 4). Al termine, viene data una risposta ai quesiti sui quali è stato chiesto un parere giuridico, con rappresentazione dei relativi risultati mediante un diagramma (cap. 6).

## 2. Fondamenti giuridici

- 3 Prima di tutto, si tratta di chiarire la **natura giuridica dei contributi cantonali** per il finanziamento delle prestazioni economicamente di interesse generale fornite dagli ospedali, al di là della LAMal e nell'ambito del sistema di finanziamento ospedaliero vigente. A tale scopo vengono innanzitutto presentate le linee guida del finanziamento ospedaliero ai sensi della LAMal (cap. 2.1) e del diritto dei sussidi (cap. 2.2). Le successive spiegazioni riguardano invece il concetto di prestazioni economicamente di interesse generale (cap. 2.3).

### 2.1 Il finanziamento ospedaliero ai sensi della LAMal

#### a. Obiettivi del nuovo finanziamento ospedaliero

- 4 L'attuale sistema di finanziamento ospedaliero nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (AOMS) si basa sulla revisione parziale della LAMal del 21 dicembre 2007<sup>1</sup>. Un obiettivo della revisione consisteva nel **rafforzamento della concorrenza tra gli ospedali**, al fine di creare incentivi per una maggiore efficienza nella fornitura di servizi e frenare l'aumento dei costi nell'AOMS<sup>2</sup>. Le innovazioni più importanti sono state l'introduzione di tariffe forfettarie per caso, riferite alle prestazioni e basate su strutture uniformi in tutta la Svizzera, per la remunerazione delle prestazioni ospedaliere stazionarie (art. 49 LAMal) e il finanziamento duale fisso delle prestazioni ospedaliere stazionarie da parte degli assicuratori e dei Cantoni (art. 49a LAMal).
- 5 Nel suo **messaggio** del 15 settembre 2004 relativo alla modifica della Legge federale sull'assicurazione malattie (finanziamento ospedaliero), il Consiglio federale si è espresso in modo approfondito sull'auspicato rafforzamento della concorrenza nel settore ospedaliero:

«Punto centrale del presente disegno è l'ambito tariffario, nel quale svolge un ruolo di primo piano l'idea di concorrenza. [...] Uno degli obiettivi del presente disegno è di rafforzare l'idea di concorrenza. Fondamentalmente bisognerà attenersi al sistema delle tariffe forfettarie. Tuttavia non si dovranno più coprire costi, ma finanziare prestazioni. Con il finanziamento in funzione delle prestazioni si vuole ottenere un distacco dal sovvenzionamento degli oggetti (stabilimenti) applicata attualmente. [...] In futuro, quindi, l'assunzione dei costi, da parte degli assicuratori-malattie come da parte dei poteri pubblici, dovrà dipendere esclusivamente dal fatto che il fornitore di prestazioni sia idoneo ad eseguire la cura ed autorizzato ad esercitare a carico dell'assicurazione malattie obbligatoria. [...] Se per rafforzare la concorrenza si devono finanziare ora le prestazioni e non più gli oggetti,

---

<sup>1</sup> La revisione è entrata in vigore il 1° gennaio 2009. Al riguardo RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, n. marg. 47 segg. con ulteriori riferimenti.

<sup>2</sup> Al riguardo il messaggio del 15 settembre 2004 concernente la modifica della Legge federale sull'assicurazione malattie (finanziamento ospedaliero), FF 2004 5551, 5555.

è necessario che tutti gli ospedali forniscano le loro prestazioni alle stesse condizioni. Una differenziazione in base alle unità di costo non è oggettiva.»<sup>3</sup>

- 6 Il nuovo sistema di finanziamento ospedaliero tratta quindi allo stesso modo gli ospedali pubblici e quelli privati, nella misura in cui figurino nell'elenco degli ospedali e abbiano pertanto diritto alla remunerazione. Così, il legislatore federale ha creato condizioni quadro uniformi nel campo del finanziamento per gli ospedali pubblici e privati, in modo tale che tra di essi si possa sviluppare la concorrenza<sup>4</sup>. Dato che i prezzi delle cure AOMS sono fissati sotto forma di accordi tariffari che necessitano di approvazione oppure di tariffe stabilite dalle autorità, la concorrenza si svolge principalmente nel campo della qualità e dei costi delle prestazioni (**concorrenza basata su qualità e costi**)<sup>5</sup>.
- 7 In considerazione della libera scelta dell'ospedale garantita dall'art. 41 cpv. 1<sup>bis</sup> LAMal, la concorrenza basata sulla qualità tra gli ospedali può avere luogo anche **al di là dei confini cantonali**<sup>6</sup>. Per le cure stazionarie, l'istituto della libera scelta dell'ospedale conferisce alle persone assicurate il diritto di scegliere liberamente tra gli ospedali di tutti i Cantoni che figurano nell'elenco. Tuttavia, il trattamento presso un ospedale figurante nell'elenco, ma di un altro cantone, viene remunerato solo in base alla tariffa in vigore per il trattamento in questione presso un ospedale figurante nell'elenco del Cantone di residenza (tariffa di riferimento ai sensi dell'art. 41 cpv. 1<sup>bis</sup> LAMal). Eventuali differenze di prezzo sono a carico della persona assicurata. In tale misura, per gli ospedali intra- ed extracantonali che figurano nell'elenco non sussistono le stesse condizioni quadro, motivo per il quale la concorrenza tra ospedali intercantonali può svilupparsi solo in misura limitata. Nel campo della medicina altamente specializzata (MAS), invece, i servizi degli ospedali dotati di mandati di prestazioni possono essere utilizzati alle stesse tariffe in tutta la Svizzera<sup>7</sup>; in questo campo esiste quindi in tutta la Svizzera spazio per la concorrenza tra ospedali con mandati di prestazioni dello stesso tipo.

#### **b. Remunerazione delle cure ospedaliere (art. 49 LAMal)**

- 8 L'art. 49 LAMal, dal titolo «Convenzioni tariffali con gli ospedali», disciplina la remunerazione delle cure ospedaliere nel campo dell'AOMS. Per la remunerazione della cura ospedaliera, compresa la degenza e le cure in ospedale, il capoverso 1 di questa disposizione obbliga i partner tariffali – assicuratori, fornitori di prestazioni e relative associazioni – a concordare tariffe forfetarie. Nello specifico, devono essere di norma stabiliti degli **importi forfetari per caso**, i quali devono essere in funzione delle prestazioni e basati su strutture uniformi in tutta la Svizzera. Per l'elaborazione di tali strutture tariffarie, i partner tariffali hanno costituito insieme ai Cantoni un'apposita organizzazione (SwissDRG SA) sulla base dell'art. 49 cpv. 2 LAMal. La suddetta società ha sviluppato un sistema di tariffe forfetarie vincolante per tutta la Svizzera, il quale fa dipendere

---

<sup>3</sup> FF 2004 5551, 5569 seg.

<sup>4</sup> DTF 138 II 398 consid. 3.9.3 p. 425. Dalla dottrina RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, n. marg. 68; DONATSCH, N. MARG. 1; DRUEY JUST, n. marg. 2; MADER, n. marg. 215; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, N. MARG. 180.

<sup>5</sup> BU 2007 N 440 (Bortoluzzi), 441 (Meyer). RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, n. marg. 77.

<sup>6</sup> POLEDNA/VOKINGER, n. marg. 60 seg.

<sup>7</sup> GÄCHTER/RÜTSCHÉ, n. marg. 1096 segg.

la remunerazione delle prestazioni stazionarie dalla diagnosi e dalla gravità del caso (Diagnosis Related Groups, DRG)<sup>8</sup>. Le strutture sviluppate dalla SwissDRG SA e le relative modifiche vengono sottoposte dai partner tariffali al Consiglio federale per l'approvazione. Se i partner tariffali non riescono ad accordarsi, a stabilire le strutture è il Consiglio federale.

- 9 L'**ammontare delle tariffe** (prezzo base o «Baserate») viene concordato in convenzioni tariffali che devono essere approvate dai governi cantonali competenti (art. 46 cpv. 4 LAMal). Se non è possibile arrivare alla stipulazione di una convenzione tariffale tra fornitori di prestazioni e assicuratori, la tariffa viene stabilita dal governo cantonale (art. 47 cpv. 1 LAMal). Le tariffe ospedaliere devono rifarsi alla remunerazione degli ospedali che forniscono la prestazione tariffata assicurata obbligatoriamente, nella qualità necessaria, in modo efficiente e vantaggioso (art. 49 cpv. 1 frase 5 LAMal). Le tariffe ospedaliere devono quindi basarsi su confronti tra aziende (cosiddetto benchmarking).
- 10 Quelle previste dal diritto in materia di assicurazione malattie si basano su una **contabilità analitica a costi integrali**<sup>9</sup>, secondo la quale devono essere inclusi nel calcolo della tariffa tutti i costi sostenuti per l'erogazione delle prestazioni stazionarie secondo l'AOMS. Ne fanno parte sia i costi di esercizio (costi del personale, costi dei materiali ecc.), che i costi di investimento (cfr. art. 49 cpv. 7 LAMal). Gli investimenti comprendono i beni mobili e immobili, nonché le altre immobilizzazioni necessari per l'adempimento dei mandati di prestazioni degli ospedali ai sensi dell'art 39 cpv. 1 lett. e LAMal (art. 8 cpv. 1 OCPRe)<sup>10</sup>. I contratti di locazione e le operazioni di acquisto rateale, come i contratti di leasing, sono assimilati alle operazioni di acquisto; i costi derivanti da tali contratti di locazione e operazioni di acquisto rateale devono essere indicati separatamente come costi di utilizzazione delle immobilizzazioni (art. 8 cpv. 2 OCPRe)<sup>11</sup>. Con la remunerazione uniforme, sotto forma di importi forfettari per caso basati sui costi totali, il legislatore federale ha voluto creare condizioni di parità dal punto di vista del finanziamento ospedaliero per gli ospedali pubblici e privati figuranti nell'elenco; le prestazioni ospedaliere diventano così confrontabili a livello dell'intera Svizzera, favorendo la concorrenza tra gli ospedali<sup>12</sup>.
- 11 Determinate prestazioni AOMS non vengono incluse nel calcolo della remunerazione per prestazioni stazionarie ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 LAMal (forfait per caso), bensì vengono **remunerate separatamente**. Ne fanno parte segnatamente i rimborsi di farmaci<sup>13</sup>, mezzi e apparecchi

---

<sup>8</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, n. marg. 1021; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, n. marg. 1123.

<sup>9</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, n. marg. 1073; EUGSTER, art. 49 LAMal, n. marg. 7 seg.; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, n. marg. 1124.

<sup>10</sup> Cfr. anche DTAF 2014/36 consid. 4.9.5.

<sup>11</sup> Cfr. anche GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, p. 5.

<sup>12</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, n. marg. 1075; EUGSTER, art. 49 LAMal, n. marg. 8; POLEDNA/VOKINGER, n. marg. 2, 7, 61.

<sup>13</sup> Rimborso secondo l'Elenco delle specialità (ES) ai sensi dell'art. 52 cpv. 1 lett. b LAMal.

offerti ai pazienti per uso personale<sup>14</sup>, di trasporti in ambulanza<sup>15</sup>, nonché di prestazioni diagnostiche o terapeutiche speciali che, ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 frase 4 LAMal, devono essere fatturate separatamente secondo le relative regolamentazioni contenute nella convenzione tariffale<sup>16</sup>. Inoltre, sono esclusi dalle remunerazioni ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 LAMal i costi delle cure ambulatoriali in ospedale (art. 49 cpv. 6 LAMal) e i costi della degenza ospedaliera (art. 49 cpv. 4 LAMal)<sup>17</sup>. Affinché sia possibile effettuare confronti tra aziende ospedaliere a livello regionale, cantonale e sovracantonale, calcolando le relative tariffe è necessario determinare separatamente le prestazioni e i costi delle cure stazionarie, di quelle ambulatoriali e per pazienti lungodegenti (art. 2 OCPRe).

- 12 Le quote dei costi per le prestazioni ospedaliere che non rientrano nell'AOMS sono escluse dalle tariffe per le prestazioni stazionarie. L'art. 49 cpv. 3 LAMal parla di partecipazioni ai costi delle **prestazioni economicamente di interesse generale**, che non possono essere comprese nelle remunerazioni di cui all'art. 49 cpv. 1 LAMal. Ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 LAMal, delle prestazioni economicamente di interesse generale fanno parte in particolare il mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale (lett. a) e la ricerca e l'insegnamento universitario (lett. b). Di conseguenza, i costi delle prestazioni economicamente di interesse generale non possono essere determinanti per il confronto tra aziende ospedaliere da effettuare ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 frase 5 LAMal. Gli ospedali sono tenuti a esporre in modo trasparente i costi per le prestazioni economicamente di interesse generale nella loro contabilità per unità finali di imputazione (art. 2 cpv. 1 lett. g OCPRe)<sup>18</sup>.
- 13 La LAMal non stabilisce se e in che misura i **Cantoni siano autorizzati a remunerare** le prestazioni economicamente di interesse generale al di fuori dell'AOMS. Sulla base dell'art. 49 cpv. 3 LAMal non è quindi possibile dedurre alcuna limitazione per i Cantoni in materia di sussidi agli ospedali<sup>19</sup>. L'art. 49 cpv. 3 LAMal stabilisce semplicemente che i costi per le prestazioni economicamente di interesse generale non confluiscono nel calcolo delle tariffe stazionarie e pertanto non possono essere posti a carico dell'AOMS<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> Rimborso secondo l'Elenco dei mezzi e degli apparecchi (EMAp) ai sensi dell'art. 52 cpv. 1 lett. a cifra 3 LAMal; cfr. art. 20 OPre.

<sup>15</sup> I trasporti da un ospedale a un altro (cosiddetti trasporti secondari), necessari dal punto di vista medico, fanno invece parte del trattamento stazionario (art. 33 lett. g OAMal) e devono essere pertanto finanziati tramite la tariffa ospedaliera.

<sup>16</sup> DTAF 2014/36 consid. 4.9.4.

<sup>17</sup> Cfr. EUGSTER, art. 49 LAMal, n. marg. 58.

<sup>18</sup> DTAF 2014/3 consid. 6.4.4; DTAF 2014/36 consid. 4.9.3, 16.1.4. Cfr. anche DTAF 2014/3 consid. 7.4.4 (Ripartizione dei costi e delle prestazioni per singole sedi ospedaliere). GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, p. 9.

<sup>19</sup> DONATSCH, n. marg. 21.

<sup>20</sup> DTAF 2014/3 consid. 7.1; DTAF 2014/36 consid. 16.3.3. Dalla dottrina: RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, n. marg. 68 npp. 94; DRUEY JUST, n. marg. 4; DONATSCH, n. marg. 16, 21, 36; cfr. anche GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, p. 8.

### c. Remunerazione delle prestazioni ospedaliere (art. 49a LAMal)

- 14 L'art. 49a LAMal regola il finanziamento (la remunerazione) delle prestazioni ospedaliere. Secondo il capoverso 1 di questa disposizione, le remunerazioni per le prestazioni ospedaliere **sono assunte dal Cantone e dagli assicuratori secondo la loro quotaparte rispettiva** (cosiddetta remunerazione duale fissa<sup>21</sup>). La quotaparte del Cantone viene stabilita di volta in volta per un anno civile e ammonta ad almeno il 55% delle remunerazioni (art. 49a cpv. 2<sup>ter</sup> LAMal).
- 15 I Cantoni si assumono la **quotaparte cantonale** per gli assicurati domiciliati nel loro territorio, nonché per determinati assicurati che risiedono in uno Stato membro dell'Unione Europea, in Islanda o in Norvegia e usufruiscono di cure ospedaliere in Svizzera (art. 49a cpv. 2 e cpv. 3<sup>bis</sup> LAMal). Ai sensi dell'art. 49a cpv. 3 LAMal, il Cantone versa la sua quotaparte direttamente all'ospedale e le modalità vengono concordate tra l'ospedale e il Cantone. Tuttavia, il Cantone può anche concordare con gli assicuratori malattia che il Cantone paghi la sua quotaparte all'assicuratore e che quest'ultimo versi entrambe le quote parti all'ospedale.

## 2.2 Fondamenti in materia di diritto dei sussidi

- 16 I **sussidi** sono vantaggi pecuniari che lo Stato concede a persone od organizzazioni di diritto pubblico o privato per attività di interesse pubblico<sup>22</sup>. I sussidi possono essere erogati in denaro, in natura o sotto forma di prestazioni<sup>23</sup>. Ne fanno parte, in particolare, le prestazioni in denaro non rimborsabili (contributi a fondo perduto), le condizioni preferenziali per mutui (mutui senza interessi o a tasso agevolato oppure contributi ai costi di interesse), le fidejussioni, nonché i servizi e le prestazioni in natura, a titolo gratuito o a condizione di favore (cfr. art. 3 cpv. 1 LSu). I mutui statali devono essere classificati come sussidi anche se vengono concessi a condizioni di mercato e nel rispetto dei principi commerciali. In tal caso il vantaggio pecuniario consiste nel fatto che è lo Stato, anziché il mercato dei capitali, a concedere il mutuo, garantendo così l'accesso al capitale stesso. Secondo il diritto svizzero, la concessione di sgravi fiscali non rientra invece nel concetto di sussidio, sebbene lo Stato, rinunciando a entrate tributarie, conceda indirettamente anche agevolazioni pecuniarie<sup>24</sup>.
- 17 Con la **Legge sui sussidi**, esiste a livello federale un atto legislativo quadro che si applica a tutti i sussidi previsti dal diritto federale (art. 2 cpv. 1 LSu). La Legge sui sussidi stabilisce principi per legiferare e contiene disposizioni generali sui singoli ordinamenti concernenti i sussidi (art. 1 cpv. 2 LSu). La legge funge quindi da parte generale del diritto federale in materia di sussidi, ma non contiene fondamenti giuridici per i singoli sussidi, i quali sono invece previsti da leggi speciali. Nel diritto cantonale i sussidi vengono spesso definiti «contributi statali» o semplicemente «con-

<sup>21</sup> FF 2004 5551, 5569. RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, n. marg. 67.

<sup>22</sup> Come approfondimento sul concetto di sussidio nel diritto svizzero BUNDI, p. 5 segg. Inoltre HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. marg. 2513 segg.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 n. marg. 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 n. marg. 44.

<sup>23</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. marg. 2513; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 n. marg. 50 segg.

<sup>24</sup> Cfr. BUNDI, p. 20. Anders RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 n. marg. 60.



tributi». I Cantoni dispongono in parte di proprie leggi al riguardo, le quali costituiscono il fondamento per i contributi ai sensi del diritto cantonale<sup>25</sup>. Nella misura in cui non esistano tali atti legislativi di carattere generale, è possibile fare riferimento per analogia ai termini e ai principi della Legge federale sui sussidi, nonché alla relativa giurisprudenza<sup>26</sup>.

- 18 L'art. 3 LSU definisce **le indennità e gli aiuti finanziari** come sottocategorie di sussidi. Le indennità hanno come scopo l'attenuazione o compensazione di oneri finanziari risultanti dall'adempimento di compiti prescritti dal diritto pubblico o trasferiti mediante mandato di prestazioni (art. 3 cpv. 2 LSU). Le indennità servono quindi all'adempimento di un compito pubblico (destinazione vincolata) rispetto al quale sussiste un rapporto di condizionalità reciproca (sinalagma)<sup>27</sup>. Gli aiuti finanziari, invece, sono vantaggi pecuniari che vengono concessi per assicurare o promuovere l'esercizio di un'attività scelta autonomamente dal beneficiario (art. 3 cpv. 1 LSU). Gli aiuti finanziari sono destinati a creare incentivi e a indirizzare il comportamento dei beneficiari in modo da raggiungere o promuovere obiettivi di pubblico interesse<sup>28</sup>. Ai fini della distinzione tra indennità e aiuti finanziari, è pertanto decisivo il fatto che il sussidio sia a favore di un compito pubblico o di un'attività privata scelta autonomamente.
- 19 **I sussidi sono di regola concessi** mediante decisione formale (art. 16 cpv. 1 LSU). Sono tuttavia possibili anche contratti di diritto pubblico. La forma contrattuale può essere appropriata in particolare se l'autorità competente ha un notevole margine di discrezionalità riguardo alla concessione dei sussidi oppure qualora, nel caso di aiuti finanziari, sia necessario garantire che l'effettivo adempimento del compito sovvenzionato possa essere imposto (art. 16 cpv. 2 LSU). Le indennità per l'adempimento di compiti pubblici vengono concesse tipicamente con mandati di prestazioni o accordi sulle prestazioni mediante i quali il compito pubblico viene affidato.
- 20 Secondo il diritto dei sussidi, le quote parti che il Cantone deve assumersi ai sensi dell'art. 49a cpv. 1 LAMal per la **remunerazione di prestazioni ospedaliere dell'AOMS** costituiscono indennità<sup>29</sup>. Le indennità sono dovute agli ospedali figuranti nell'elenco sulla base dei mandati di prestazioni ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 lett. e LAMal per le cure ospedaliere fornite agli abitanti del Cantone, nonché a ulteriori persone assicurate (cfr. art. 49a cpv. 2 lett. a e b LAMal). Gli ospedali che figurano nell'elenco svolgono compiti pubblici di assistenza sanitaria dei Cantoni nell'ambito dei loro mandati di prestazioni<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Ad es. i seguenti Cantoni: Basilea Città, Berna, Friburgo, Ginevra, Giura, Lucerna, Neuchâtel, Ticino, Vaud, Vallese e Zurigo; al riguardo BUNDI, p. 15 segg.

<sup>26</sup> Cfr. BUNDI, p. 20.

<sup>27</sup> DRUEY JUST, n. marg. 18, che tuttavia non classifica le prestazioni statali di questo tipo come sussidi.

<sup>28</sup> Cfr. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 n. marg. 44 (con riferimento a tutti i sussidi).

<sup>29</sup> MADER, n. marg. 86 segg.

<sup>30</sup> RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht, n. marg. 57 segg., 82.

## 2.3 Prestazioni economicamente di interesse generale

- 21 Come spiegato sopra, ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 LAMal, le quote parti per **prestazioni economicamente di interesse generale** (franc.: «prestations d'intérêt général», ted.: «Gemeinwirtschaftliche Leistungen») non possono essere incuse nelle indennità per prestazioni ospedaliere ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 LAMal (n. marg. 12). La LAMal lascia ai Cantoni la facoltà di decidere se e in che misura desiderano sovvenzionare i costi degli ospedali per le prestazioni economicamente di interesse generale (n. marg. 13). Al fine di evitare che, attraverso tali contributi cantonali per prestazioni economicamente di interesse generale, venga sovvenzionata doppiamente la stessa prestazione ospedaliera (secondo la LAMal e secondo il diritto cantonale), il concetto di prestazione economicamente di interesse generale ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 LAMal deve essere definito con precisione e delimitato rispetto alle prestazioni stazionarie AOMS.
- 22 La LAMal non definisce il concetto di prestazioni economicamente di interesse generale bensì, nell'art. 49 cpv. 3, cita solo a titolo di esempio il fatto che il mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale (lett. a), nonché la ricerca e l'insegnamento universitario (lett. b) rientrano tra le prestazioni economicamente di interesse generale. L'art. 7 OCPRe definisce in modo più dettagliato quali impieghi di mezzi sono considerati costi per la ricerca e l'insegnamento universitario ma, a parte ciò, **il diritto positivo** non contiene alcuna ulteriore precisazione del concetto di prestazioni economicamente di interesse generale. Qui di seguito, vengono esaminate in modo più approfondito le interpretazioni del termine nei materiali ufficiali, nella giurisprudenza e nella dottrina, nonché nelle raccomandazioni della CDS in materia di verifica dell'economicità del 2018.

### a. Materiali

- 23 Il concetto di prestazioni economicamente di interesse generale è stato introdotto nella LAMal nell'ambito dei **dibattimenti parlamentari** per la sua revisione svoltisi nel 2007, tuttavia senza arrivare a una definizione più precisa<sup>31</sup>. Nella prima stesura dell'art. 49 cpv. 3 LAMal, oltre al mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale, alla ricerca e all'insegnamento universitario, venivano menzionati come prestazioni economicamente di interesse generale anche gli obblighi di accettazione degli ospedali nei confronti di determinate categorie di pazienti non ugualmente validi per altri ospedali<sup>32</sup>. L'esempio degli obblighi di accettazione è stato successivamente eliminato dal testo della legge dal Consiglio nazionale<sup>33</sup>.
- 24 Nel suo messaggio del 2004, il **Consiglio federale** ha stabilito in generale che, «in base a considerazioni proprie della politica sociale, i Cantoni devono essere lasciati liberi di escludere alcuni settori e di assumerne i costi separatamente. Si tratta principalmente di compiti pubblici atti ad assicurare la copertura del fabbisogno, come le riserve di capacità necessarie e i servizi di pronto

---

<sup>31</sup> BU 2006 S 57 segg.

<sup>32</sup> BU 2006 S 57 e 58 (intervento Brunner).

<sup>33</sup> BU 2007 N 448 segg.

soccorso»<sup>34</sup>. Nella sua presa di posizione dell'11 marzo 2011 sull'interpellanza 10.4001 «Attuazione del finanziamento ospedaliero conforme alla legge», il Consiglio federale ha poi spiegato che: «La legge definisce il termine «prestazioni economicamente di interesse» in modo non esaustivo allo scopo di precisare le prestazioni i cui costi non devono, in nessun caso, essere assunti dalla LAMal. Con esso si vogliono definire le prestazioni i cui costi non devono in nessun caso essere addebitati alla LAMal – ossia i costi legati al mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale e quelli destinati alla ricerca e all'insegnamento universitario – lasciando pertanto ai cantoni, in relazione all'approvvigionamento sanitario, un certo margine di manovra per finanziare altre prestazioni».

## b. Giurisprudenza

- 25 Nella sua decisione del 7 aprile 2014, il Tribunale amministrativo federale ha affrontato nel dettaglio la questione di quali **costi dell'insegnamento universitario** debbano essere esclusi dal calcolo delle remunerazioni AOMS in quanto costi per prestazioni economicamente di interesse generale ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 lett. b LAMal. Il tribunale è giunto alla conclusione che sono da considerarsi prestazioni economicamente di interesse generale i costi per il perfezionamento professionale universitario degli studenti fino al conseguimento del titolo di perfezionamento federale (art. 7 cpv. 1 lett. b OCPre), ma non i salari dei medici assistenti che fanno parte dei costi operativi rilevanti per il benchmarking<sup>35</sup>.
- 26 In un'altra decisione dell'11 settembre 2014, il Tribunale amministrativo federale ha stabilito che, per una corretta comparazione delle aziende ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 frase 5 LAMal, sono rilevanti anche i costi degli ospedali che non forniscono le prestazioni in modo efficiente. A tale categoria appartengono anche gli ospedali che operano in modo inefficiente a causa di sovraccapacità. Al contrario, i **costi per le sovraccapacità deliberatamente mantenute** devono essere esclusi dal benchmarking come costi per prestazioni economicamente di interesse generale. Si tratta in questo caso di costi per il mantenimento delle capacità ospedaliere per motivi di politica regionale ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 lett. a LAMal.<sup>36</sup>
- 27 Nella stessa decisione, il Tribunale amministrativo federale è giunto alla conclusione che le cure ospedaliere in caso di **emergenza medica** sono da considerarsi prestazioni obbligatoriamente a carico dell'AOMS e devono essere pertanto remunerate tramite i forfait per caso<sup>37</sup>. Dato che i costi per le cure ospedaliere d'urgenza sono rilevanti ai fini del calcolo delle tariffe stazionarie, l'esclusione delle rispettive quote di costi come prestazioni economicamente di interesse generale non è corretta<sup>38</sup>. Dei costi che confluiscono nel calcolo delle tariffe fanno parte anche i costi per preparare l'organizzazione ospedaliera ad affrontare casi urgenti come, segnatamente, i costi per garantire una maggiore flessibilità e disponibilità del personale e delle attrezzature, nonché quelli per tenere costantemente a disposizione posti liberi (cosiddette prestazioni di riserva

---

<sup>34</sup> FF 2004 5551, 5579.

<sup>35</sup> DTAF 2014/3 consid. 6.6.3.

<sup>36</sup> Sull'intera questione DTAF 2014/36 consid. 4.9.6.

<sup>37</sup> DTAF 2014/36 consid. 21.3.1.

<sup>38</sup> DTAF 2014/36 consid. 21.3.2.

o prestazioni di base fisse)<sup>39</sup>. Tali costi aggiuntivi degli ospedali per le emergenze sono costi per prestazioni obbligatoriamente a carico dell'AOMS e non vanno pertanto esclusi come prestazioni economicamente di interesse generale. D'altro canto, il tribunale ha poi lasciato aperta la questione se i costi aggiuntivi eccedenti, derivanti dal mantenimento in essere di un pronto soccorso di per sé troppo piccolo o scarsamente utilizzato, debbano essere esclusi come prestazioni economicamente di interesse generale<sup>40</sup>.

- 28 Infine il Tribunale federale, in una sentenza del 21 febbraio 2019 relativa all'art. 49 cpv. 3 LAMal, ha spiegato «che le remunerazioni dovute per il trattamento stazionario in un ospedale non devono contenere quote di costi per prestazioni economicamente di interesse generale come il mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale oppure la ricerca o l'insegnamento universitario», e che con ciò «il legislatore esclude tuttavia solo il finanziamento di prestazioni economicamente di interesse generale degli ospedali attraverso il sistema dell'assicurazione malattie obbligatoria», senza impedire «che, nell'ambito della pianificazione ospedaliera e della determinazione dell'elenco degli ospedali, vi confluiscono anche aspetti economicamente di interesse generale [...]».<sup>41</sup>

### c. Insegnamento

- 29 Secondo GEBHARD EUGSTER, le **prestazioni economicamente di interesse generale** sono quelle «la cui erogazione non rientra tra i compiti dell'AOMS (esempio: insegnamento universitario e ricerca) o quelle che vengono mantenute in essere sebbene ciò sia contrario alle prescrizioni della LAMal (esempio: mantenimento di ospedali o sovraccapacità per motivi di politica regionale; [...]) e che quindi non servono primariamente gli interessi della LAMal, bensì perseguono altri obiettivi»<sup>42</sup>.
- 30 Riguardo al **mantenimento in essere di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale** ai sensi dell'art 49 cpv. 3 lett. a LAMal, EUGSTER sostiene quanto segue:

«Il concetto di regione si riferisce al territorio del Cantone che effettua la pianificazione ospedaliera (di norma il Cantone di ubicazione). Primariamente bisogna considerare il caso in cui, per evitare uno svantaggio regionale in termini di assistenza sanitaria all'interno del Cantone, si rinuncia per motivi politici a chiusure di ospedali o reparti ospedalieri anche se, dal punto di vista dell'accesso adeguato a un'assistenza ospedaliera di base nel cantone di residenza, la popolazione potrebbe ragionevolmente farne a meno; il mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale va supposto in relazione a regioni periferiche e con moderazione sotto l'aspetto dell'adeguatezza»<sup>43</sup>.

- 31 Eugster afferma inoltre che l'erogazione di **prestazioni altamente complesse** da parte di un ospedale centrale non può essere qualificata come prestazione economicamente di interesse

---

<sup>39</sup> DTAF 2014/36 consid. 21.3.3.

<sup>40</sup> DTAF 2014/36 consid. 21.3.4.

<sup>41</sup> TF 2C\_196/2017 consid. 4.5.1.4.

<sup>42</sup> EUGSTER, art. 49 LAMal, n. marg. 50.

<sup>43</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, n. marg. 1077.

generale per il mantenimento di capacità ospedaliere regionali nemmeno se tali prestazioni potrebbero teoricamente essere erogate meglio da un ospedale universitario<sup>44</sup>.

- 32 Come ulteriori **esempi** di prestazioni economicamente di interesse generale, EUGSTER cita i servizi sociali, la cappellania ospedaliera, la prevenzione delle epidemie, la medicina legale e la gestione di un ospedale protetto, nonché le misure mediche preventive per affrontare emergenze e catastrofi<sup>45</sup>.
- 33 In un articolo del 2015, EVA DRUEY JUST si è occupata in modo approfondito della **definizione delle prestazioni economicamente di interesse generale** ai sensi della LAMal. Come situazione di partenza cita il Tribunale federale che, in generale, definisce le prestazioni economicamente di interesse generale «se non vanno a beneficio dell'azienda stessa, bensì servono un interesse pubblico»<sup>46</sup>. Secondo tale definizione sarebbero economicamente di interesse generale le prestazioni per le quali l'interesse pubblico prevale sui benefici privati. Lo scopo economicamente di interesse generale consisterebbe nel fatto che sarebbe lo Stato stesso a voler acquistare la prestazione per la mano pubblica. Dall'altro lato, le prestazioni sarebbero economicamente di interesse generale se utili al paziente, ma per quest'ultimo eccessivamente care per via dei costi elevati (eventualmente causati dalla mancanza di una copertura assicurativa). In questo caso, lo scopo economicamente di interesse generale non consisterebbe in un preponderante interesse pubblico alla prestazione stessa, bensì nell'interesse pubblico a garantire la sicurezza dell'assistenza sanitaria<sup>47</sup>. Una prestazione sarebbe quindi economicamente di interesse generale ai sensi della LAMal, se sussiste un **preponderante interesse pubblico** nei confronti della prestazione stessa o della relativa sicurezza dell'assistenza sanitaria e se la prestazione è stata commissionata dallo Stato stesso<sup>48</sup>.
- 34 Secondo Druey Just, l'ultimo elemento concettuale citato – cioè la commessa da parte dello Stato o comunque della mano pubblica – differenzia le prestazioni economicamente di interesse generale dai «sussidi» (si intendono gli «aiuti finanziari» ai sensi del diritto dei sussidi, cfr. n. marg. 18). Secondo questa autrice, si ha una prestazione economicamente di interesse generale solo se viene **commissionata dal Cantone**<sup>49</sup>. Se è vero che, sia con la remunerazione di prestazioni economicamente di interesse generale sia con un sussidio, si persegue un interesse pubblico e che entrambi sono misure di politica strutturale dello Stato, mediante le quali si premia o si promuove un comportamento auspicato dal punto di vista dell'interesse pubblico<sup>50</sup>, la prima andrebbe tuttavia chiaramente al di là della semplice creazione di incentivi, in quanto tra la prestazione economicamente di interesse generale e la controprestazione statale sussiste un rapporto di condizionalità reciproca (sinallagma). Sempre secondo Druey Just, la prestazione di

---

<sup>44</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, n. marg. 1077 (con riferimento a DTAF 2014/3 consid. 7.4.3).

<sup>45</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, n. marg. 1078 (in conformità a DTAF 2014/36 consid. 16.3.2).

<sup>46</sup> DRUEY JUST, N. MARG. 9 con riferimento a TF, 2C\_58/2009 del 4 febbraio 2010, consid. 3.5.

<sup>47</sup> DRUEY JUST, n. marg. 11.

<sup>48</sup> DRUEY JUST, n. marg. 19.

<sup>49</sup> DRUEY JUST, n. marg. 13 seg.

<sup>50</sup> DRUEY JUST, n. marg. 15.

interesse pubblico viene commissionata dalla mano pubblica come farebbe un committente privato e viene remunerata in base al suo valore di mercato o, in assenza di quest'ultimo, in base ai suoi costi. Ciò comporterebbe un accordo chiaro e trasparente sia riguardo alla prestazione che in merito alla sua remunerazione<sup>51</sup>.

- 35 Come **esempi** di prestazioni economicamente di interesse generale, DRUEY JUST cita «la prevenzione delle epidemie, le cure a persone non assicurate e non solventi, l'esercizio di scuole e prigioni ospedaliere nonché, in generale, l'erogazione di prestazioni necessarie ma non redditizie». Soprattutto queste ultime sarebbero «sempre più un problema non solo nel settore ospedaliero, ma anche in quello ambulatoriale»<sup>52</sup>.
- 36 MARCO DONATSCH sottolinea che la LAMal regola solo quali prestazioni devono essere assunte dall'AOMS. In tal modo, la LAMal eviterebbe che prestazioni ospedaliere inefficienti dal punto di vista economico vengano finanziate a carico dell'assicurazione malattie<sup>53</sup>. Attraverso il **mantenimento di capacità ospedaliere**, verrebbero finanziate cure ospedaliere stazionarie che sarebbero deficitarie ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 LAMal. In tale contesto non avrebbe luogo un'effettiva remunerazione delle prestazioni, bensì un'assunzione dei costi sotto forma di copertura del deficit. In questo senso, non avrebbe alcuna rilevanza il fatto che il deficit sia poi riconducibile a un mancato utilizzo della capacità o a costi di erogazione delle prestazioni troppo elevati per altri motivi. Se un ospedale fa registrare un deficit significa che ha una struttura dei costi inefficiente oppure che c'è una sovraccapacità correlata, in ultima analisi, a una pianificazione ospedaliera errata (da parte del Cantone responsabile)<sup>54</sup>.
- 37 Secondo RAPHAEL KUMMER, LE **prestazioni economicamente di interesse generale** ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 LAMal sono «prestazioni che vengono richieste e pagate dallo Stato nell'interesse pubblico e sulla base di un mandato di garanzia stabilito nel diritto positivo. Al contempo è escluso un finanziamento da parte dell'AOMS»<sup>55</sup>. La regolamentazione e la gestione delle prestazioni economicamente di interesse generale rientrerebbero secondo Kummer nel campo di competenza dei Cantoni<sup>56</sup>. Data l'eterogeneità dei concetti di sussidio a livello cantonale, non sarebbe possibile affermare se l'assunzione dei costi per prestazioni economicamente di interesse generale sia o meno da considerare come sussidio<sup>57</sup>.
- 38 Sempre secondo Kummer, i Cantoni avrebbero la libertà di remunerare le prestazioni economicamente di interesse generale anche al di là della semplice copertura dei costi o della remunerazione forfettaria. Di conseguenza, anche la copertura del deficit nel campo delle prestazioni obbligatoriamente a carico dell'AOMS e il mantenimento in essere di alcuni ospedali ad essa

---

<sup>51</sup> DRUEY JUST, N. MARG. 18; cfr. anche n. marg. 21 segg.

<sup>52</sup> DRUEY JUST, N. MARG. 3 (entrambe le citazioni).

<sup>53</sup> DONATSCH, n. marg. 16.

<sup>54</sup> DONATSCH, n. marg. 20.

<sup>55</sup> KUMMER, n. marg. 23.

<sup>56</sup> KUMMER, n. marg. 24.

<sup>57</sup> KUMMER, n. marg. 32; cfr. anche n. marg. 38 segg.

correlato non sarebbero di per sé esclusi<sup>58</sup>. I deficit risultanti dall'erogazione di prestazioni stazionarie non efficienti o non redditizie potrebbero essere coperti dai Cantoni a titolo di prestazioni economicamente di interesse generale ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 lett. a LAMal (**mantenimento delle capacità ospedaliere per motivi di politica regionale**) per «prevenire la riduzione dei servizi o, nei casi estremi, la chiusura di un ospedale, nonché la perdita di creazione di valore regionale oppure la mancanza o insufficiente garanzia di assistenza sanitaria ad esse correlate»<sup>59</sup>.

#### d. Raccomandazioni della CDS

- 39 Le «**Raccomandazioni sulla verifica di economicità**: determinazione degli ospedali efficienti ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 LAMal» emanate dalla CDE il 27 giugno 2019 si occupano in modo dettagliato della delimitazione tra costi per prestazioni economicamente di interesse generale e costi imputabili ai fini del benchmarking. Sebbene le raccomandazioni della CDS non siano giuridicamente vincolanti, possono comunque essere utilizzate dai Cantoni per colmare lacune o concretizzare norme giuridiche indeterminate<sup>60</sup>.
- 40 Le raccomandazioni della CDS stabiliscono prima di tutto che nella LAMal e nelle relative disposizioni esecutive non è definito in modo esaustivo quali prestazioni siano da considerarsi economicamente di interesse generale. Dal **punto di vista della determinazione delle tariffe** non sarebbe nemmeno decisiva la definizione di prestazioni economicamente di interesse generale (da finanziare al di fuori dei forfait per caso), bensì in generale la delimitazione tra costi imputabili e non imputabili ai fini del benchmarking. In tale contesto, sarebbe irrilevante il fatto che prestazioni che causano costi non imputabili vengano o meno definite «economicamente di interesse generale», nonché da chi e in quale misura (con o senza copertura dei costi) vengano finanziate.<sup>61</sup>
- 41 Riguardo alla linea di confine tra costi imputabili e non imputabili ai fini del benchmarking, le raccomandazioni della CDS stabiliscono il seguente **principio**:

«Tutte le prestazioni di un ospedale – e i costi ad esse correlati – che, in un sistema basato sulla concorrenza, sono necessari per mettere a disposizione a lungo termine i servizi medici e infermieristici di cui all'art. 25 segg. LAMal secondo il mandato di prestazioni ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 lett. e LAMal, nonché per poter adempiere i compiti in materia di registrazione dei costi e delle prestazioni, vengono remunerate mediante forfait per caso. I relativi costi confluiscono nella determinazione della tariffa stazionaria. [...] Di conseguenza, è lecito supporre che i costi di una prestazione debbano confluire nel calcolo della tariffa stazionaria se un ospedale senza garantirla non è in grado di adempiere adeguatamente il mandato di prestazioni ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 lett. e LAMal»<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> KUMMER, n. marg. 25.

<sup>59</sup> KUMMER, n. marg. 25.

<sup>60</sup> Cfr. RÜTSCHÉ, Spitalplanung und Privatspitäler, n. marg. 41 segg.

<sup>61</sup> Sull'intera questione GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, p. 7.

<sup>62</sup> GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, p. 7.

- 42 Successivamente, le raccomandazioni della CDS fanno distinzione tra **quattro categorie di prestazioni** e costi:
- 1) prestazioni obbligatoriamente a carico dell'AOMS da finanziare tramite la tariffa stazionaria secondo la regolamentazione prevista dalla legge;
  - 2) prestazioni obbligatoriamente a carico dell'AOMS che non devono essere finanziate tramite la tariffa stazionaria;
  - 3) prestazioni non a carico dell'AOMS e che non devono essere finanziate tramite la tariffa stazionaria;
  - 4) remunerazioni non comprese nei forfait per caso secondo la legge<sup>63</sup>.
- 43 Le **prestazioni escluse dalla remunerazione a carico dell'AOMS** rientrano nelle categorie 3 e 4. Secondo la CDS si tratta, da un lato, di prestazioni che non sono obbligatoriamente necessarie per l'adempimento del mandato di prestazioni ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 LAMal e che pertanto, nell'ambito delle cure ospedaliere stazionarie, non rientrano tra quelle a carico dell'AOMS (categoria 3). Dall'altro lato, le prestazioni economicamente di interesse generale citate dall'art. 49 cpv. 3 LAMal fanno parte delle prestazioni che non confluiscono nel calcolo delle tariffe stazionarie. Dal punto di vista della CDS, rientrano in queste due categorie le seguenti prestazioni:
- **Prestazioni non a carico dell'AOMS e che non devono essere finanziate tramite la tariffa stazionaria** (categoria 3): vitto per i parenti; cappellania ospedaliera; misure di sicurezza forensi (costi per la «prigione»); consulenza sociale come integrazione sociale e professionale; protezione dell'infanzia; prevenzione rivolta alla popolazione; medicina legale; vigilanza sanitaria su altri fornitori di prestazioni; insegnamento per bambini e adolescenti; centri operatori protetti (COP); centrale operativa 144; dispositivo per situazioni speciali: prestazioni di riserva ed esercitazioni per situazioni ed eventi speciali con forte affluenza di pazienti (ad es. pandemia, decontaminazione)<sup>64</sup>.
  - **Remunerazioni non comprese nei forfait per caso secondo la legge** (categoria 4): ricerca e insegnamento universitario (art. 49 cpv. 3 lett. a LAMal); costi aggiuntivi per prestazioni motivate da ragioni di politica (economica) regionale, che vadano oltre la copertura del fabbisogno di assistenza sanitaria (art. 49 cpv. 3 lett. b LAMal); ulteriori prestazioni economicamente di interesse generale<sup>65</sup>.

## 2.4 Conclusioni intermedie

- 44 Dalle interpretazioni delle prestazioni economicamente di interesse generale sopra esposte e contenute nei materiali, nella giurisprudenza, nella dottrina e nelle raccomandazioni sulla verifica dell'economicità della CDS si possono trarre le seguenti conclusioni.

---

<sup>63</sup> GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, p. 7 segg.

<sup>64</sup> GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, p. 9.

<sup>65</sup> GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, p. 9.



- Le **remunerazioni per prestazioni stazionarie** ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 LAMal comprendono tutte le prestazioni e i relativi costi degli ospedali che sono necessari per l'adempimento dei loro mandati di prestazioni ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 lett. e LAMal. Ne fanno parte, oltre ai costi per le prestazioni mediche e infermieristiche a carico dell'AOMS erogate in ambito stazionario, anche i costi sostenuti sulla base delle disposizioni della LAMal per prestazioni organizzative e amministrative, come la registrazione di costi e prestazioni ai sensi dell'art. 49 cpv. 7 LAMal. (n. marg. 8 segg.)
- Le **prestazioni economicamente di interesse generale** ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 LAMal sono prestazioni che gli ospedali figuranti nell'elenco erogano nel pubblico interesse («prestazioni d'interesse generale»), ma che non sono necessarie per l'adempimento dei mandati di prestazioni ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 lett. e LAMal e i cui costi non sono pertanto coperti dalle tariffe AOMS. La LAMal non stabilisce se e in che misura i Cantoni siano autorizzati a remunerare le prestazioni economicamente di interesse generale al di fuori dell'AOMS. L'art. 49 cpv. 3 LAMal stabilisce semplicemente che i costi per le prestazioni economicamente di interesse generale non confluiscono nel calcolo delle tariffe stazionarie e pertanto non possono essere posti a carico dell'AOMS. (n. marg. 13, 21 segg.)
- Una categoria di prestazioni economicamente di interesse generale consiste nel fatto che un ospedale svolge, su mandato del Cantone, **determinati compiti pubblici** che vanno al di là di quanto previsto dall'AOMS. Ne fanno parte compiti come il vitto per i parenti, la cappellania ospedaliera, la consulenza sociale, la medicina legale o le prestazioni di riserva per eventuali pandemie, ma anche la ricerca e l'insegnamento universitario (art. 49 cpv. 3 lett. b LAMal)<sup>66</sup>. Tali compiti sono funzionali a esigenze di carattere sanitario, sociale o anche di politica della sicurezza<sup>67</sup>. Si tratta di compiti pubblici il cui adempimento il Cantone è tenuto a garantire sulla base di corrispondenti mandati di legge e mediante il conferimento di mandati di prestazioni agli ospedali<sup>68</sup>. Dal punto di vista del diritto dei sussidi, le remunerazioni da parte dei Cantoni dei costi (non coperti) di tali prestazioni economicamente di interesse generale vanno considerate come indennità (cfr. n. marg. 18) vincolate a un determinato scopo, cioè all'adempimento del compito pubblico assegnato. Tra la prestazione economicamente di interesse generale dell'ospedale e la controprestazione statale (indennità) sussiste quindi un rapporto di condizionalità reciproca (sinallagma)<sup>69</sup>.
- L'altra categoria di prestazioni economicamente di interesse generale riguarda il **mantenimento delle capacità ospedaliere** cui si fa riferimento nell'art. 49 cpv. 3 lett. a LAMal. A tale proposito, non si tratta dell'adempimento di determinati compiti pubblici che vanno oltre l'AOMS, bensì proprio della garanzia (a lungo termine), da parte degli ospedali che

---

<sup>66</sup> Cfr. GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, p. 8 seg. (categoria 3 e in parte categoria 4).

<sup>67</sup> Cfr. il già citato FF 2004 5551, 5579 («in base a considerazioni proprie della

politica sociale» risp. «compiti pubblici»).

<sup>68</sup> Sul concetto di compito pubblico RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, p. 157 segg.

<sup>69</sup> Così il concetto di prestazione economicamente di interesse generale secondo DRUEY JUST, N. MARG. 9 segg.

figurano nell'elenco, dell'assistenza sanitaria stazionaria nell'ambito dell'AOMS. I contributi cantonali per il mantenimento delle capacità ospedaliere coprono anche i costi non coperti dalle tariffe stazionarie AOMS. Si tratta, ad esempio, dei costi per le infrastrutture necessarie agli ospedali che non possono essere utilizzate appieno in quanto ubicate in aree scarsamente popolate a causa del numero insufficiente di casi<sup>70</sup> oppure anche di costi straordinari, non considerati nei forfait per caso, per investimenti nel rinnovamento e nella modernizzazione di infrastrutture ospedaliere. I contributi cantonali per il mantenimento di capacità ospedaliere non costituiscono indennità per l'adempimento di determinati compiti pubblici<sup>71</sup> – il compito pubblico dell'assistenza ospedaliera stazionaria viene assegnato e remunerato interamente tramite i mandati di prestazioni LAMal. Dal punto di vista del diritto dei sussidi, si tratta piuttosto di **aiuti finanziari** volti a promuovere o mantenere l'esercizio di un'attività (partecipazione a concorsi d'appalto per mandati di prestazioni per l'assistenza stazionaria a carico dell'AOMS) scelta dal beneficiario delle prestazioni stesso (l'ospedale) (cfr. n. marg. 18).

### 3. Limiti in materia di sussidi per prestazioni economicamente di interesse generale (domanda 1)

- 45 La concessione di sussidi o contributi statali costituisce un'attività dello Stato che, in quanto tale, deve soddisfare requisiti costituzionali, nello specifico i **principi dell'attività dello Stato di diritto**<sup>72</sup>. Ciò comprende il rispetto dei principi della legalità, dell'agire nell'interesse pubblico, della proporzionalità e della buona fede (art. 5 CF). Inoltre, i sussidi possono entrare in conflitto con la libertà economica, in particolare con la neutralità concorrenziale (art. 27 e art. 94 cpv. 1 CF), qualora comportino il mantenimento di strutture economiche esistenti o distorsioni della concorrenza. Qui di seguito vengono analizzati in modo più approfondito i requisiti del fondamento giuridico (cap. 3.1), del pubblico interesse e della proporzionalità (cap. 3.2), nonché quelli della libertà economica e della neutralità concorrenziale (cap. 3.3).

#### 3.1 Fondamento giuridico

- 46 Il principio della legalità si applica «all'intera attività amministrativa ivi inclusa quella concernente l'erogazione di prestazioni»<sup>73</sup>, motivo per il quale anche i sussidi necessitano di un sufficiente

---

<sup>70</sup> Cfr. DTAF 2014/36 consid. 4.9.6; EUGSTER, Krankenversicherung, n. marg. 1077; DONATSCH, n. marg. 20; KUMMER, n. marg. 25.

<sup>71</sup> Cfr. DONATSCH, n. marg. 20.

<sup>72</sup> DTF 138 II 191 consid. 4.2.5 p. 200.

<sup>73</sup> DTF 130 I 1 consid. 3.1 p. 5, con rinvio a DTF 103 la 369 consid. 5 seg. p. 380 segg. e DTF 123 I 1 consid. 2b p. 3 seg.

fondamento giuridico<sup>74</sup>. È necessario un **fondamento giuridico nella legge formale**. Ciò significa, da un lato, che il sussidio deve essere stabilito in un atto legislativo generale-astratto adottato secondo la procedura democratica prevista dalla Costituzione (requisiti della forma di legge e del livello normativo). Dall'altro lato, il fondamento giuridico deve essere sufficientemente determinato (requisito della densità normativa). In tale contesto, la densità normativa può variare in base al tipo e alla concezione effettiva del sussidio<sup>75</sup>: per i sussidi di diritto (sussidi alla cui concessione sussiste un diritto), i requisiti previsti per avere diritto al sussidio (scopo della concessione del sussidio, cerchia degli aventi diritto e quadro per la determinazione), devono essere regolamentati in una legge formale. Per i sussidi discrezionali (sussidi la cui concessione è a discrezione dell'autorità), è sufficiente che nella legge formale sia citata la possibilità di concedere il sussidio per un determinato scopo pubblico<sup>76</sup>. Tali sussidi discrezionali sono segnatamente gli aiuti finanziari per il mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale.

- 47 Per quanto concerne le indennità, in relazione al principio della legalità va osservato quanto segue: il **compito pubblico**, il cui adempimento viene trasferito a fornitori di prestazioni esterni mediante mandati di prestazioni che danno diritto a un'indennità, necessita a sua volta di un fondamento giuridico nella legge formale. A tale proposito, è sufficiente che il compito pubblico sia descritto nella legge in termini generali e che la sua concretizzazione avvenga a livello di ordinanza, nonché in mandati di prestazioni. Inoltre, ai sensi dell'art 178 cpv. 3 CF, per il trasferimento di compiti pubblici («compiti amministrativi») a organizzazioni e persone esterne all'amministrazione federale è necessario un fondamento giuridico formale. Lo stesso vale, secondo il Tribunale federale, quando i Cantoni esternalizzano compiti amministrativi<sup>77</sup>.

### 3.2 Interesse pubblico e proporzionalità

- 48 Il requisito dell'**interesse pubblico** è insito nel concetto di sussidio: i sussidi sono vantaggi pecuniari che lo Stato concede per attività di interesse pubblico (n. marg. 16). Mediante gli aiuti finanziari, lo Stato sostiene attività scelte autonomamente che siano di interesse pubblico, mentre con le indennità vengono compensati gli oneri derivanti dall'adempimento di compiti pubblici (n. marg. 18). Il requisito dell'interesse pubblico assume rilevanza soprattutto quando lo Stato, attraverso la concessione del sussidio, distorce la concorrenza nel mercato in questione o mantiene strutture economiche esistenti. In tali casi, il fatto che il sussidio sia o meno compatibile con la libertà economica e la neutralità concorrenziale, può dipendere dalla natura e dall'importanza dell'interesse pubblico (cfr. n. marg. 55 segg.).
- 49 In relazione ai contributi cantonali al finanziamento delle prestazioni economicamente di interesse generale, è fondamentale l'interesse pubblico a un'**assistenza sanitaria sufficiente** per

---

<sup>74</sup> RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 n. marg. 46; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 n. marg. 18. Per i sussidi in ambito ospedaliero JOSEPH, p. 297.

<sup>75</sup> Cfr. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 n. marg. 46; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 n. marg. 19.

<sup>76</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 n. marg. 19.

<sup>77</sup> DTF 138 I 196 consid. 4.4.3 p. 201; RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, p. 153, 158.

la popolazione del Cantone. Il fatto che un'attività sovvenzionata sia di interesse pubblico, non significa tuttavia automaticamente che tale attività costituisca un compito pubblico. Lo Stato può infatti realizzare i propri obiettivi o interessi pubblici anche sostenendo privati nello svolgimento di compiti che sono di interesse pubblico. In base al principio di sussidiarietà, il legislatore dovrebbe dichiarare un'attività di interesse pubblico compito dello Stato, solo nella misura in cui essa non venga adeguatamente svolta da privati (cfr. art. 6 CF).

- 50 Non è tuttavia chiaro se e in che misura il **principio di proporzionalità** sia determinante per la concessione di sussidi. L'applicazione del principio di proporzionalità in questo ambito obbligherebbe lo Stato a salvaguardare gli interessi dei cittadini riguardo a un uso parsimonioso dei fondi pubblici, nonché a un utilizzo attento e sostenibile di risorse scarse. Nel campo delle assicurazioni sociali, il Tribunale federale ha stabilito in diverse decisioni che la prestazione (costi) a carico della compagnia assicurativa deve essere ragionevolmente proporzionata all'obiettivo perseguito (benefici)<sup>78</sup>, cioè che non vi deve essere una sproporzione grossolana tra costi e benefici<sup>79</sup>. Da tale giurisprudenza si può trarre la conclusione generale che il principio di proporzionalità non serve solo a limitare il potere di intervento dello Stato, bensì richiede anche un utilizzo appropriato delle risorse pubbliche. Di conseguenza, i sussidi non solo devono essere idonei a raggiungere o promuovere l'interesse pubblico perseguito, ma non devono per entità eccedere tale obiettivo e non devono risultare sproporzionati rispetto all'interesse pubblico promosso.

### 3.3 Libertà economica e neutralità concorrenziale

#### a. Aspetti generali

- 51 La **libertà economica come diritto fondamentale** è sancita nell'art. 27 CF e tutela in particolare la libera scelta della professione, nonché il libero accesso a un'attività economica privata e il suo libero esercizio. Inoltre, la libertà economica implica il diritto alla parità di trattamento dei concorrenti.
- 52 Ai sensi dell'art. 94 cpv. 1 CF, la Confederazione e i Cantoni si attengono al **principio della libertà economica**. Ciò comprende – specularmente al diritto alla parità di trattamento dei concorrenti – l'obbligo dello Stato di comportarsi in modo neutrale rispetto alla concorrenza. Deroghe al principio della libertà economica, in particolare i provvedimenti diretti contro la concorrenza, sono ammissibili solo se previste dalla Costituzione federale o fondate su regalie cantonali (art. 94 cpv. 4 CF). L'art. 27 CF tutela quindi il contenuto giuridico della libertà economica dal punto di vista del diritto individuale. L'art. 94 CF, invece, sancisce la dimensione sistemica o istituzionale della libertà economica come principio organizzativo fondamentale di un ordine economico basato sui principi dell'economia di mercato. Tuttavia, la dimensione giuridica individuale della

---

<sup>78</sup> DTF 130 V 488 consid. 4.3.2 p. 491; DTF 132 V 215 consid. 3.2.2 p. 221.

<sup>79</sup> DTF 109 V 41 consid. 2b p. 44; DTF 118 V 107 consid. 7b p. 115; DTF 136 V 395 consid. 7.4 p. 407 seg.

libertà economica e quella sistemica sono strettamente correlate e non possono essere considerate separatamente<sup>80</sup>.

- 53 La libertà economica garantita dagli artt. 27 e 94 CF protegge da interventi statali **volti a ridurre o distorcere la concorrenza**. Ciò può accadere nei casi di limitazione dell'accesso al mercato da parte dello Stato, ad esempio mediante l'istituzione di un monopolio, divieto di svolgere un'attività o limitazione dell'accesso al mercato in termini quantitativi. Una violazione della libertà economica sussiste anche nel caso in cui lo Stato regolamenti centralmente parametri economici fondamentali per la concorrenza come il prezzo o la qualità dell'offerta. Inoltre, nel suo aspetto concernente la parità di trattamento, la libertà economica protegge da distorsioni della concorrenza causate da interventi dello Stato volti a favorire determinati concorrenti all'interno del mercato rilevante, ad esempio attraverso sussidi o agevolazioni fiscali.
- 54 La garanzia della libertà economica non ha validità assoluta, bensì può essere **limitata** a determinate condizioni. Tali condizioni sono disciplinate prima di tutto nell'art. 36 CF (nel caso lo Stato interferisca con il diritto fondamentale ai sensi dell'art. 27 CF) e nell'art. 5 CF (qualora sia interessata solo la garanzia sistemica di cui all'art. 94 CF). Una restrizione della libertà economica è pertanto ammissibile se sussiste un fondamento giuridico sufficiente in una legge formale, nonché se la restrizione è basata su un interesse pubblico ammissibile ed è proporzionata<sup>81</sup>.
- 55 Per valutare la compatibilità di un provvedimento statale con il principio della libertà economica ai sensi dell'art. 94 cpv. 1 CF, vi sono da considerare particolarità riguardanti l'**interesse pubblico** e la **proporzionalità**:
- 56 se l'interesse pubblico (motivo della regolamentazione) è di **natura puramente politico-economica**, cioè se si tratta esclusivamente di tutelare gli interessi economici di una comunità (promozione della piazza economica), di determinati settori dell'economia (promozione settoriale) o di singole aziende (promozione d'impresa) si tratta di un intervento contrario al principio della libertà economica. Si tratta di cosiddette misure di politica strutturale, in quanto mantengono determinate strutture economiche, proteggendole dalla concorrenza. Lo stesso vale se lo Stato persegue interessi puramente fiscali, cioè se l'amministrazione statale o imprese pubbliche perseguono i propri interessi economici intervenendo sulla concorrenza in modo distorsivo. Gli interventi sulla concorrenza motivati da considerazioni di carattere puramente politico-economico o fiscale sono in ogni caso incompatibili con il principio della libertà economica<sup>82</sup>.
- 57 Anche se l'intervento sulla concorrenza è motivato da **interessi pubblici non di carattere economico** (ad es. sicurezza pubblica, assistenza di base o interessi socio-politici), può trattarsi comunque di un intervento lesivo del principio fondamentale. In tal caso, è necessario soppesare il motivo (interesse pubblico), contrapponendolo al relativo effetto (compromissione della libera

---

<sup>80</sup> Sull'intera questione DTF 138 I 378 consid. 6.1 p. 384 seg.; FF 1997 I 1 175 segg., 293, 296; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 94 BV, n. marg. 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 n. marg. 63 segg.

<sup>81</sup> DTF 135 II 296 consid. 2.1 p. 300.

<sup>82</sup> Sull'intera questione DTF 140 I 218 consid. 6.2 p. 228 seg.

concorrenza). Qualora l'interesse pubblico non risulti preponderante rispetto alla compromissione della libera concorrenza, sussiste una violazione del principio della libertà economica, cioè si tratta di un provvedimento in contrasto con il principio fondamentale<sup>83</sup>.

- 58 Anche i provvedimenti contrari al principio fondamentale in deroga all'art. 94 cpv. 1 CF possono essere **giustificati dal punto di vista del diritto costituzionale** ai sensi dell'art. 94 cpv. 4 CF, secondo il quale deroghe al principio della libertà economica sono ammissibili in via eccezionale se previste dalla Costituzione federale o se fondate su regalie cantonali storiche (regalie della caccia e della pesca, nonché del sale e delle miniere).
- 59 In linea di principio, la libertà economica non conferisce **alcun diritto a prestazioni statali** e, in particolare, non conferisce alcun diritto alla concessione di sussidi, all'assegnazione di mandati pubblici o alla protezione dalla concorrenza privata<sup>84</sup>. A livello costituzionale e legislativo, l'assicurazione sociale, in quanto tale, è in gran parte sottratta al principio della libertà economica. In settori in cui la concorrenza nell'ambito dell'economia privata è assente fin dall'inizio, come la definizione delle tariffe per le prestazioni in materia di assicurazioni sociali, le regolamentazioni dei prezzi sono ammissibili. In particolare, la libertà economica non determina alcun diritto a generare prestazioni a carico dell'assicurazione sanitaria sociale di qualsiasi entità<sup>85</sup>.
- 60 Tuttavia, lo Stato è tenuto a **garantire ai concorrenti parità di trattamento sulla base della libertà economica e ad agire in modo neutrale dal punto di vista della concorrenza** non solo nell'ambito della gestione degli interventi, ma anche al momento di concedere prestazioni. Di conseguenza, sono inammissibili provvedimenti statali «che distorcano la concorrenza tra concorrenti diretti o non siano neutrali dal punto di vista della concorrenza, cioè se il loro scopo è interferire nella concorrenza per favorire o svantaggiare singoli concorrenti o gruppi di concorrenti rispetto ad altri»<sup>86</sup>. Il principio della parità di trattamento deve quindi essere rispettato dallo Stato quando sovvenziona imprese che sono in concorrenza tra loro<sup>87</sup>. In generale, il principio della neutralità concorrenziale ai sensi dell'art. 94 cpv. 1 CF è determinante anche nel campo della gestione delle prestazioni, in particolare per quanto concerne la concessione di sussidi. I sussidi non possono pertanto essere basati su motivazioni di carattere puramente politico-economico o comportare compromissioni della concorrenza che non siano giustificate da interessi pubblici preponderanti. Sono fatte salve le autorizzazioni a derogare al principio della libertà economica previste dalla Costituzione federale stessa (cfr. n. marg. 56 segg.).
- 61 La neutralità concorrenziale dello Stato e il diritto alla parità di trattamento dei concorrenti ad essa correlato, presuppongono un **rapporto di concorrenza diretta**<sup>88</sup>. Per concorrenti diretti, il

---

<sup>83</sup> Sull'intera questione TF, 2C\_940/2010 del 17.5.2011, consid. 3.2.

<sup>84</sup> BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, n. marg. 17.

<sup>85</sup> DTF 143 V 369 consid. 5.4.3 p. 382; DTF 142 V 488 consid. 7.2 p. 499; DTF 132 V 6 consid. 2.5.2 p. 14 seg.; DTF 130 I 26 consid. 4.3 p. 41 seg., consid. 4.5 p. 42 seg.

<sup>86</sup> DTF 131 II 271 consid. 9.2.2 p. 291 con ulteriori rinvii

<sup>87</sup> DTF 121 I 129 consid. 3d p. 135; 130 I 26 consid. 4.4 p. 42; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n. marg. 63; JOSEPH, p. 297 seg.

<sup>88</sup> DTF 131 II 271 consid. 9.2.2 p. 291.

Tribunale federale intende «gli appartenenti allo stesso settore che si rivolgono allo stesso pubblico con la stessa offerta per soddisfare lo stesso bisogno»<sup>89</sup>.

- 62 Il diritto dei concorrenti alla parità di trattamento offre una protezione che va oltre il principio dell'uguaglianza giuridica (art. 8 cpv. 1 CF)<sup>90</sup>, ma che non ha valore assoluto. Secondo il Tribunale federale, devono essere evitate distorsioni percepibili della concorrenza che non siano giustificate dall'interesse pubblico<sup>91</sup>. Il trattamento preferenziale di determinati concorrenti è invece ammissibile, se giustificato da sufficienti **interessi pubblici**<sup>92</sup>, ad esempio per motivi di protezione dell'ambiente<sup>93</sup> o di contenimento dei costi nel settore sanitario<sup>94</sup>.

### b. Applicazione della neutralità concorrenziale nel settore ospedaliero

- 63 Gli ospedali che figurano nell'elenco esercitano la loro attività a carico dell'assicurazione sanitaria sociale e svolgono **compiti pubblici** di assistenza sanitaria in ambito stazionario sulla base dei loro mandati di prestazioni<sup>95</sup>. Nell'ambito di tali compiti, non possono invocare il diritto al libero accesso alle attività economiche private e al loro libero esercizio derivante dal principio fondamentale della libertà economica. Le attività statali e l'esercizio di cariche pubbliche sono infatti esclusi da tale diritto<sup>96</sup>.
- 64 La giurisprudenza va invece in una direzione diversa per quanto riguarda il principio della **neutralità concorrenziale dello Stato** e quello della parità di trattamento dei concorrenti, entrambi insiti nel principio fondamentale della libertà economica. In una sentenza del 2005, concernente un ospedale privato con un mandato di prestazioni, il Tribunale federale ha stabilito che un diritto alla neutralità concorrenziale sussiste se il legislatore assoggetta le strutture statali e private con mandato di prestazioni alle stesse regole<sup>97</sup>. Dopo che il legislatore federale, mediante la revisione della LAMal del 2007, aveva equiparato gli ospedali pubblici e privati nell'ambito del finanziamento ospedaliero, il Tribunale federale ha riconosciuto che gli ospedali privati con mandati di prestazioni nei confronti del Cantone possono invocare la neutralità concorrenziale e il diritto alla parità di trattamento dei concorrenti<sup>98</sup>. In tale sentenza, il controllo giudiziario era limitato agli aspetti della parità di trattamento, nonché al divieto di arbitrio<sup>99</sup>.

---

<sup>89</sup> DTF 132 I 97 consid. 2.1 p. 100. Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, n. marg. 25 con ulteriori rinvii, secondo cui non bisognerebbe basarsi sul criterio dell'appartenenza a un settore, bensì su quello del mercato rilevante.

<sup>90</sup> DTF 121 I 129 consid. 3d p. 135.

<sup>91</sup> DTF 125 I 431 consid. 4b p. 436; DTF 125 II 129 consid. 10b p. 150; DTF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 p. 53.

<sup>92</sup> RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n. marg. 41 segg.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. marg. 693 seg.; KIENER/KÄLIN, p. 395 segg.

<sup>93</sup> DTF 125 II 129 consid. 10b p. 150.

<sup>94</sup> DTF 130 I 26 consid. 6.2 p. 50.

<sup>95</sup> RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht, n. marg. 57 segg., 82.

<sup>96</sup> BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, n. marg. 13 con ulteriori rinvii.

<sup>97</sup> DTF 132 V 6 consid. 2.5.4 p. 16.

<sup>98</sup> DTF 138 II 398 consid. 3.9.3 e 3.9.4 p. 425 seg.

<sup>99</sup> DTF 138 II 398 consid. 3.6 p. 418 segg. (verifica dell'uguaglianza giuridica) e consid. 3.7 p. 421 segg. (verifica del divieto di arbitrio).

- 65 Sulla base di questa giurisprudenza del Tribunale federale, bisogna concludere che il requisito della parità di trattamento dei concorrenti ai sensi dell'art. 27 CF, nonché quello della libertà economica sancito a livello sistemico dall'art. 94 CF, con particolare riferimento alla neutralità concorrenziale dello Stato, siano applicabili anche al settore ospedaliero<sup>100</sup>. Pertanto, i Cantoni sono tenuti a comportarsi in modo neutrale dal punto di vista della concorrenza nei confronti degli ospedali – pubblici e privati –, trattandoli nello stesso modo nella misura in cui siano in concorrenza diretta tra loro. Consentire **la concorrenza tra gli ospedali figuranti nell'elenco** anche al di fuori dei confini cantonali era anche un obiettivo dichiarato della revisione della LAMal del 2007, con la quale è stato introdotto il sistema del nuovo finanziamento ospedaliero (n. marg. 4 segg.). Ciò significa che gli interventi distorsivi della concorrenza da parte dei Cantoni nel campo dell'assistenza ospedaliera stazionaria sono in contrasto non solo con la Costituzione (artt. 27 e 94 CF), ma anche con la stessa LAMal<sup>101</sup>, a meno che tali distorsioni non siano giustificate da interessi pubblici sufficienti (n. marg. 62).
- 66 Gli ospedali pubblici e privati che figurano nell'elenco sono in concorrenza diretta tra loro se dispongono di mandati di prestazioni per le stesse gamme di prestazioni e se tali servizi sono rivolti agli stessi pazienti. Tuttavia, l'auspicata concorrenza nel settore delle prestazioni stazionarie AOMS va distinta dal concetto di concorrenza efficace che è alla base della Legge sui cartelli e del diritto in materia di appalti pubblici<sup>102</sup>. In particolare, tramite i prezzi (tariffe) un parametro essenziale della concorrenza è regolato dallo Stato (n. marg. 8 segg.). La concorrenza tra gli ospedali che figurano nell'elenco è quindi essenzialmente limitata alla **concorrenza basata sulla qualità**. A ciò si aggiunge una **concorrenza sui costi** tra gli ospedali, nell'ambito della quale il sistema di finanziamento ospedaliero offre incentivi a fornire le prestazioni mediche nel modo più efficiente possibile, cioè a costi più bassi possibile (n. marg. 6) Nel campo dell'assistenza ospedaliera stazionaria nel quadro dell'AOMS, il principio della neutralità concorrenziale si riferisce quindi alla concorrenza basata sulla qualità e sui costi e non alla determinazione dei prezzi regolati dallo Stato.

### 3.4 Conclusioni intermedie

- 67 Per quanto concerne il sovvenzionamento di prestazioni economicamente di interesse generale da parte dei Cantoni, dall'analisi del diritto superiore, cioè dei principi fondamentali dello stato di diritto e dal principio della neutralità concorrenziale, risultano i seguenti limiti:
- i sussidi per prestazioni economicamente di interesse generale necessitano di un **fondamento nella legge formale**. Tale fondamento deve essere di natura generale-astratta, approvato democraticamente e sufficientemente determinato. In tale contesto, la densità

---

<sup>100</sup> GÄCHTER/RÜTSCHÉ, N. MARG. 180. Cfr. anche DRUEY JUST, n. marg. 2; JOSEPH, p. 297 seg. Anders DONATSCHE, n. marg. 36.

<sup>101</sup> Cfr. TAF, decisione C-5017/2015 del 16 gennaio 2019, consid. 15.2: La disparità di trattamento degli ospedali privati rispetto all'Ospedale Universitario di Ginevra (HUG) costituisce una violazione della LAMal, in quanto non basata su motivazioni oggettive, cioè nel caso specifico sui criteri di pianificazione della qualità e dell'efficienza economica (art. 39 cpv. 2<sup>ter</sup> LAMal).

<sup>102</sup> Eingehend TRÜEB/ZIMMERLI, n. marg. 83 segg.



normativa può variare in base al tipo e alla concezione effettiva del sussidio. Per i sussidi discrezionali, come gli aiuti finanziari per il mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale, è sufficiente che nella legge formale sia citata la possibilità di concedere il sussidio per un determinato scopo pubblico. (n. marg. 46 seg.)

- Inoltre, i sussidi devono essere basati su un **interesse pubblico** ammissibile. L'interesse a un'assistenza sanitaria sufficiente per la popolazione del Cantone costituisce un interesse pubblico di questo tipo. Con riferimento al **principio della proporzionalità**, i sussidi devono essere idonei a raggiungere o promuovere l'interesse pubblico perseguito e non devono per entità risultare sproporzionati rispetto all'interesse pubblico promosso. (n. marg. 48 segg.)
- I Cantoni sono tenuti a comportarsi in modo **neutrale dal punto di vista della concorrenza** nei confronti degli ospedali sia pubblici che privati, trattandoli nello stesso modo nella misura in cui siano in concorrenza tra loro sul piano della qualità e dei costi (concorrenza diretta) secondo quanto previsto dalla LAMal. (n. marg. 51 segg.)

#### 4. Definizione e assegnazione dei sussidi secondo la neutralità concorrenziale (domanda 2)

68 Dopo aver esposto i principi del finanziamento ospedaliero secondo il diritto in materia di assicurazione malattie, i principi fondamentali in materia di diritto dei sussidi e le disposizioni costituzionali per la concessione di sussidi a favore di prestazioni economicamente di interesse generale, è ora possibile rispondere alla domanda su quali requisiti debba soddisfare un processo di definizione e assegnazione di sussidi per prestazioni economicamente di interesse generale conforme al principio della neutralità concorrenziale. Le **seguenti spiegazioni** fanno distinzione tra le disposizioni materiali (contenutistiche) per la regolamentazione dei sussidi per prestazioni economicamente di interesse generale nell'ambito del diritto positivo (cap. 4.1) e i requisiti procedurali per la loro assegnazione, segnatamente sotto forma di un eventuale obbligo di messa a concorso (cap. 4.2).

##### 4.1 Requisiti materiali

###### a. Neutralità rispetto agli enti responsabili

69 Quando i Cantoni sovvenzionano le prestazioni economicamente di interesse generale erogate dagli ospedali in ambito stazionario, sono tenuti a osservare i seguenti principi della parità di trattamento dei concorrenti e della neutralità concorrenziale di cui agli artt. 27 e 94 cpv. 1 CF. Come già accennato, per quanto concerne il settore ospedaliero, quest'ultimo si evince anche dalla LAMal (n. marg. 65). Il principio della neutralità concorrenziale implica in generale che il Cantone deve concedere sussidi per le prestazioni economicamente di interesse generale erogati da ospedali che sono in concorrenza tra loro **in modo neutrale rispetto agli enti responsabili**. Neutralità rispetto agli enti responsabili significa che la concessione di sussidi a concor-

renti diretti non deve dipendere dalla forma giuridica e dalla proprietà di un'impresa. Forma giuridica e proprietà non sono criteri oggettivi che consentano una disparità di trattamento tra ospedali concorrenti. Riguardo all'assegnazione di sussidi per prestazioni economicamente di interesse generale, il Cantone è pertanto tenuto a trattare gli ospedali pubblici e privati nello stesso modo. Sussidi che vadano solo a favore di ospedali cantonali o pubblici non sarebbero compatibili con il principio della neutralità concorrenziale.

- 70 Il principio della neutralità concorrenziale e quello della neutralità rispetto agli enti responsabili valgono nei confronti degli **ospedali con sede nel Cantone**; infatti, sulla base della regolamentazione delle competenze a livello federale, il Cantone non può essere obbligato a garantire la neutralità concorrenziale al di fuori del proprio territorio<sup>103</sup>. Per il resto, per verificare se i contributi per le prestazioni economicamente di interesse generale sono compatibili con la neutralità concorrenziale, bisogna fare distinzione tra indennità per costi derivanti dall'adempimento di determinati compiti pubblici (n. marg. 71 seg.) e aiuti finanziari per il mantenimento di capacità ospedaliere (n. marg. 73 segg.).

#### **b. Adempimento di determinati compiti pubblici (indennità)**

- 71 Le prestazioni economicamente di interesse generale possono consistere nel fatto che un ospedale, nell'ambito di un mandato di prestazioni del Cantone, svolga determinati compiti utili a livello sanitario, sociale o per ragioni di politica della sicurezza. A titolo di esempio, si possono citare compiti come la cappellania ospedaliera, la consulenza sociale, la medicina legale oppure la ricerca e l'insegnamento universitario (cfr. art. 49 cpv. 3 lett. b LAMal). I contributi cantonali agli ospedali per l'adempimento di tali compiti costituiscono **indennità** (n. marg. 44), per le quali è necessario un fondamento giuridico nella legge formale. Allo stesso modo, il compito pubblico per il cui adempimento viene corrisposta l'indennità, deve essere specificato nella legge formale, essere nell'interesse pubblico ed essere stato concretizzato in mandati di prestazioni agli ospedali in questione; in tale contesto, anche la possibilità di trasferire i compiti a terzi deve essere stabilita nella legge formale (n. marg. 46 seg.).
- 72 Le indennità per l'adempimento di compiti pubblici sono compatibili con il principio della neutralità concorrenziale se comprendono esclusivamente i costi non coperti del compito trasferito e adempiuto in modo efficiente, sussistendo quindi un **rapporto di condizionalità reciproca** (sinnalagma) con quest'ultimo (n. marg. 18)<sup>104</sup>. Affinché non risulti distorsiva della concorrenza, l'indennità non può essere utilizzata dal beneficiario per altri compiti non compresi nel mandato di prestazioni; ciò significa che non sono consentiti sussidi trasversali all'interno dell'ospedale (destinazione vincolata).

---

<sup>103</sup> RAINER J. SCHWEIZER, St.Galler Kommentar zu Art. 8 BV, n. marg. 23 con ulteriori rinvii.

<sup>104</sup> A tale riguardo anche la giurisprudenza della CGUE in DRUEY JUST, n. marg. 16. Cfr. inoltre DTAf 2014/3 consid. 7.3.3.

**c. Mantenimento di capacità ospedaliere (aiuti finanziari)**

- 73 I sussidi per il mantenimento di capacità ospedaliere (cfr. art. 49 cpv. 3 lett. a LAMal) sono volti a garantire (a lungo termine) l'assistenza ospedaliera stazionaria nell'ambito dell'AOMS da parte degli ospedali che figurano nell'elenco. Si tratta, in particolare, del cofinanziamento di infrastrutture degli ospedali regionali necessarie per l'assistenza che non possono essere utilizzate appieno a causa del numero insufficiente di casi o anche del finanziamento di investimenti straordinari per il rinnovo delle infrastrutture ospedaliere. Dal punto di vista del diritto dei sussidi, i contributi per il mantenimento di capacità ospedaliere non costituiscono indennità per l'adempimento di determinati compiti pubblici, bensì **aiuti finanziari** (n. marg. 44 seg.). Come tutte le azioni da parte dello Stato, anche la concessione di aiuti finanziari necessita di un fondamento giuridico, anche se i requisiti concernenti la sua determinazione sono esigui (n. marg. 46).
- 74 Gli aiuti finanziari per il mantenimento di capacità ospedaliere hanno lo scopo di mantenere o rinnovare infrastrutture ospedaliere la cui esistenza, in condizioni di libera concorrenza, sarebbe presumibilmente minacciata. Affinché tali misure di sostegno da parte dello Stato siano compatibili con il principio della libertà economica, devono essere basate su un **interesse pubblico preponderante** che non sia di natura puramente politico-economica (n. marg. 56).
- 75 Un interesse pubblico ammissibile è quello di **garantire alla popolazione un'assistenza ospedaliera stazionaria sufficiente**. Il Cantone tutela l'interesse pubblico all'assistenza sanitaria primariamente pianificando un'offerta di cure ospedaliere adeguata al fabbisogno, nonché pubblicando l'elenco degli ospedali e assegnando i relativi mandati di prestazioni (art. 39 cpv. 1 lett. d ed e LAMal). Il finanziamento dell'assistenza ospedaliera avviene di conseguenza versando agli ospedali figuranti nell'elenco remunerazioni basate sulla contabilità analitica a costi integrali (artt. 49 cpv. 1 e 49a cpv. 1 LAMal; n. marg. 10). Gli aiuti finanziari dei Cantoni che vadano oltre le remunerazioni previste dalla LAMal sono di interesse pubblico solo se e nella misura in cui siano necessari a garantire un'assistenza ospedaliera adeguata al fabbisogno. Ciò significa che tali aiuti finanziari possono essere concessi solo agli ospedali figuranti nell'elenco che siano probabilmente in grado di soddisfare i criteri di pianificazione ospedaliera previsti dal diritto in materia di assicurazione malattie anche in futuro e che pertanto continueranno a figurare nell'elenco cantonale degli ospedali (idoneità a restare nell'elenco dell'ospedale sovvenzionato).
- 76 Al contrario, **non costituiscono interessi pubblici ammissibili** per il sovvenzionamento di ospedali i motivi di politica strutturale come il mantenimento di posti di lavoro e di mandati nella regione. Oltre ai contributi di politica strutturale, non sono ammissibili nemmeno i sussidi a strutture ospedaliere inefficienti. Secondo il criterio di pianificazione dell'economicità (art. 39 cpv. 2<sup>ter</sup> LAMal, art. 58b cpv. 4 lett. a nonché cpv. 5 lett. a OAMal) possono essere inseriti nell'elenco degli ospedali e svolgere l'attività a carico dell'AOMS solo gli ospedali che funzionano in modo efficiente. In tale contesto, i contributi cantonali per coprire i disavanzi d'esercizio riconducibili a costi eccessivi (ad es. per eccesso di personale, tecnica medica troppo costosa, posti letto non occupati o arredi lussuosi) sono da considerarsi incompatibili con la LAMal e pertanto contrari al diritto federale.
- 77 Un aspetto dell'interesse pubblico all'assistenza è l'**accesso dei pazienti alle cure entro un termine utile** (art. 58b cpv. 4 lett. b OAMal). Riguardo a quali cure devono essere accessibili ed

entro quale termine, il Cantone ha un'ampia discrezionalità, nell'ambito della quale può prendere in considerazione anche aspetti di carattere politico<sup>105</sup>. Punti di riferimento concreti in merito al criterio dell'accessibilità sono contenuti in particolare nelle raccomandazioni della CDS sulla pianificazione ospedaliera del 20 maggio 2022<sup>106</sup>. Tuttavia se, nell'ambito della sua pianificazione ospedaliera, il Cantone giunge alla conclusione che determinate capacità ospedaliere non sono necessarie per garantire l'accesso alle cure entro un termine utile, non può di conseguenza nemmeno mantenere tali capacità facendo ricorso a contributi<sup>107</sup>. Si tratterebbe infatti di contributi non necessari per l'assistenza e quindi di un provvedimento di carattere politico-economico non compatibile con il principio della libertà economica di cui all'art. 94 cpv. 1 CF. Per una giustificazione in via eccezionale di tale mantenimento di strutture aziendali sulla base di quanto previsto dalla Costituzione federale (cfr art. 94 cpv. 4 CF), manca la necessaria base costituzionale.

- 78 Nel presente contesto, è importante anche il criterio di pianificazione della **rilevanza per l'assistenza** da parte degli ospedali che figurano nell'elenco. Questo criterio per la selezione degli ospedali da inserire nell'elenco non è esplicitamente sancito nella legge e nell'ordinanza. Tuttavia, il Tribunale amministrativo federale ha stabilito che tutti gli ospedali inclusi nell'elenco devono essere necessari ai fini del fabbisogno, cioè necessari «per coprire il fabbisogno di assistenza sanitaria del Cantone che assegna i mandati di prestazioni»<sup>108</sup>. Gli ospedali che dispongono di un numero esiguo di casi non sono rilevanti per il fabbisogno<sup>109</sup>. La rilevanza per il fabbisogno di un ospedale dipende dal numero di trattamenti stazionari per gruppo di prestazioni<sup>110</sup>. Inoltre, nelle sue raccomandazioni sulla pianificazione ospedaliera del 20 maggio 2022, la CDS ha definito valori soglia per la rilevanza degli ospedali ai fini del fabbisogno<sup>111</sup>.
- 79 Il criterio di pianificazione della rilevanza per il fabbisogno costituisce un ulteriore punto di vista per rispondere alla domanda se esista un sufficiente interesse pubblico al mantenimento di determinate capacità ospedaliere mediante contributi cantonali. Nel contesto dei sussidi per il mantenimento di capacità ospedaliere, bisogna pretendere che la rilevanza per il fabbisogno dell'ospedale sovvenzionato sussista prevedibilmente anche in futuro. In tal senso, l'ospedale deve essere non solo rilevante per il fabbisogno, bensì necessario per la sua copertura. La **necessità ai fini della copertura del fabbisogno** sussiste se un ospedale è indispensabile per garantire l'assistenza sanitaria alla popolazione cantonale e presenta pertanto una certa rilevanza sistemica («too big to fail»). Tuttavia, nella misura in cui i mandati di prestazioni all'ospedale in questione possano essere sostituiti nel prossimo futuro con mandati di prestazioni ad altri ospedali nel rispetto del criterio dell'accessibilità (all'interno o all'esterno del Cantone), la rilevanza sistemica viene a mancare e, con essa, anche la necessità ai fini della copertura del

---

<sup>105</sup> DTF 133 V 123 consid. 3.3 p. 126; DTF 132 V 6 consid. 2.4.1 p. 12; EUGSTER, Krankenversicherung, n. marg. 803.

<sup>106</sup> GDK, Empfehlungen Spitalplanung, raccomandazione 6, p. 16.

<sup>107</sup> Cfr. però EUGSTER, Krankenversicherung, n. marg. 1077.

<sup>108</sup> TAF, decisione incidentale C-6266/2013 del 23 luglio 2014, consid. 4.6.5.

<sup>109</sup> TAF, decisione C-3413/2014 dell'11 maggio 2017, consid. 11.7.3.

<sup>110</sup> TAF, decisione C-3413/2014 dell'11 maggio 2017, consid. 11.7.3.

<sup>111</sup> GDK, Empfehlungen Spitalplanung, raccomandazione 2, p. 8 seg.

fabbisogno. Per evitare imminenti lacune nell'offerta di assistenza, dovute al fallimento di un ospedale o alla chiusura di singoli reparti e che non possano essere coperte a breve termine mediante mandati di prestazioni ad altri ospedali, potrebbero essere giustificati solo aiuti provvisori atti a superare la situazione di emergenza. Sussidi che vadano oltre, volti a mantenere capacità ospedaliere, equivarrebbero a una deviazione ingiustificata dal principio fondamentale della libertà economica.

- 80 L'interesse pubblico a una disponibilità di cure stazionarie sufficiente può quindi riferirsi solo al **consueto standard di assistenza** nell'ambito dell'AOMS<sup>112</sup>. Sovvenzionare infrastrutture ospedaliere che vadano oltre tale standard non sarebbe necessario per la copertura del fabbisogno e costituirebbe una distorsione della concorrenza tra gli ospedali su qualità e costi. Di conseguenza, i contributi del Cantone per la creazione di camere singole (non necessarie dal punto di vista medico), l'acquisto di arredi lussuosi o l'acquisizione di tecnologie medicali all'avanguardia che non facciano (ancora) parte dello standard sarebbero incompatibili con i principi fondamentali della libertà economica e della neutralità concorrenziale.

#### 4.2 Requisiti procedurali (obbligo di messa a concorso)

- 81 La domanda successiva è in che misura il principio della neutralità concorrenziale debba essere considerato, dal punto di vista procedurale, per l'**assegnazione di sussidi** per prestazioni economicamente di interesse generale e se da tale principio sia possibile evincere in particolare un obbligo di messa a concorso. In tale contesto, occorre fare distinzione tra l'assegnazione di indennità per l'adempimento di determinati compiti pubblici (n. marg. 82 segg) e l'assegnazione di aiuti finanziari per il mantenimento di capacità ospedaliere (n. marg. 87 seg.).

##### a. Assegnazione di indennità

- 82 Mediante le indennità, vengono coperti i costi scoperti derivanti dall'adempimento dei mandati di prestazioni (n. marg. 19). L'assegnazione di mandati di prestazioni e delle relative indennità deve avvenire in conformità al principio fondamentale della neutralità concorrenziale. Ciò significa che tutti i potenziali fornitori di prestazioni devono avere accesso ai mandati di prestazioni e alle relative indennità alle stesse condizioni e indipendentemente dai rispettivi enti responsabili. Il modo migliore per garantire tali modalità di assegnazione neutrali dal punto di vista della concorrenza è un **concorso d'appalto pubblico**. Sebbene nella dottrina si ipotizzi in parte che dagli art. 27 e 94 CF derivi un obbligo di messa a concorso da parte dello Stato<sup>113</sup>, sulla base della giurisprudenza del Tribunale federale non è possibile dedurre che, per realizzare la neutralità concorrenziale a livello procedurale, sia obbligatoriamente necessario un concorso d'appalto pubblico.

---

<sup>112</sup> A proposito di questo standard di prestazioni RÜTSCHÉ, Zusatzversicherte Leistungen, n. marg. 34 segg.

<sup>113</sup> DIEBOLD, p. 221 seg., 237, 240; RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, p. 90.

- 83 Nella sua giurisprudenza più recente, il Tribunale federale ha tuttavia assoggettato l'assegnazione di mandati di prestazioni al **diritto in materia di appalti pubblici**<sup>114</sup>. Di conseguenza, i mandati di prestazioni devono essere oggetto di concorso d'appalto pubblico nella misura in cui siano raggiunti i valori soglia determinanti secondo il diritto degli appalti pubblici applicabile. Il Concordato intercantonale sugli appalti pubblici interamente rivisto (CIAP 2019)<sup>115</sup> all'art. 9 contiene ora, a determinate condizioni, un fondamento giuridico dell'obbligo di messa a concorso per i mandati di prestazioni. L'art. 9 CIAP 2019 definisce il trasferimento di un compito pubblico come commessa pubblica ai sensi del diritto in materia di appalti pubblici «se in virtù di tale trasferimento [...] all'offerente sono conferiti diritti esclusivi o speciali esercitati nell'interesse pubblico, per i quali l'offerente riceve direttamente o indirettamente una retribuzione o un'indennità».
- 84 L'obbligo di messa a concorso previsto dall'art. 9 CIAP presuppone che, con il trasferimento del compito pubblico all'azienda, vengano conferiti «**diritti esclusivi o speciali**». Ciò accade se il compito pubblico è stato monopolizzato dal legislatore. Tuttavia, escludendo segnatamente il settore del salvataggio, per le prestazioni economicamente di interesse generale non sussistono in linea di principio monopoli giuridici. Di conferimento di «diritti esclusivi o speciali» si può però eventualmente parlare anche nel caso in cui le indennità concesse con il trasferimento del compito pubblico siano così rilevanti che senza di esse l'attività in questione non possa di fatto essere esercitata. È senz'altro così nel caso dei mandati di prestazioni conferiti, ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 lett. e LAMal, per l'erogazione di cure stazionarie AOMS, mentre di norma non è così per quanto concerne l'assegnazione di mandati per la fornitura di prestazioni economicamente di interesse generale. È ipotizzabile però che la concessione di indennità possa essere di per sé interpretata come conferimento di «diritti esclusivi o speciali». Complessivamente, non è chiaro in che misura dall'art. 9 CIAP sia possibile dedurre un obbligo di messa a concorso per l'assegnazione di mandati per prestazioni economicamente di interesse generale e delle indennità ad essi correlati. Controversa è anche la questione se e in che misura il Tribunale federale, dopo l'entrata in vigore dell'art. 9 CIAP, si atterrà alla propria giurisprudenza secondo la quale l'assegnazione di mandati di prestazioni è soggetta al diritto in materia di appalti pubblici. Pertanto, attualmente sussistono notevoli incertezze riguardo alla questione se e a quali condizioni il diritto in materia di appalti pubblici sia applicabile all'assegnazione di mandati per prestazioni economicamente di interesse generale e delle relative indennità.
- 85 Nell'ambito del diritto federale, un obbligo di messa a concorso è previsto anche dall'art. 2 cpv. 7 della **Legge sul mercato interno** (LMI). Secondo questa disposizione, il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali si svolge su concorso e non deve discriminare le persone con domicilio o sede in Svizzera. Tale obbligo di messa a concorso presuppone

---

<sup>114</sup> DTF 144 II 177 consid. 1.3 p. 180 segg.; TF, sentenza 2C\_861/2017 del 12 ottobre 2018, consid. 3. Come pure il Tribunale Amministrativo Federale in: TAF, sentenza B -2457/2020 del 23 agosto 2021, consid. 2.4.4.1. Cfr. già la precedente Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRM) per quanto concerne il trasferimento a un privato del compito di raccogliere, amministrare e utilizzare una tassa di smaltimento anticipata: CRM 2001-009, GAAC 66.4, consid. 2b/cc.

<sup>115</sup> Il CIAP 2019 è stato nel frattempo ratificato dai seguenti Cantoni (situazione al 1° gennaio 2023): LU, SZ, FR, SO, SH, AI, GR, AG, TG, VD; il Canton Berna utilizza il CIAP 2019 come diritto cantonale con una propria via giudiziaria.

quindi che l'attività in questione sia monopolizzata. Come già detto, questo non è in linea di principio il caso delle prestazioni economicamente di interesse generale, motivo per cui nemmeno dall'art. 2 cpv. 7 LMI si può derivare un obbligo generale di messa a concorso per la loro assegnazione.

- 86 Da quanto esposto, consegue che, sulla base del diritto federale (parità di trattamento dei concorrenti e neutralità concorrenziale ai sensi degli artt. 27 e 94 CF, nonché dell'art. 2 cpv. 7 LMI) e del diritto intercantonale in materia di appalti pubblici (CIAP), non è possibile dedurre un obbligo generale di messa a concorso per l'assegnazione dei mandati di prestazioni per la fornitura di prestazioni economicamente di interesse generale e delle relative indennità. Un fondamento giuridico per tale obbligo di messa a concorso potrebbe essere creato **nella LAMal stessa oppure nel diritto ospedaliero cantonale**. Tale fondamento dovrebbe definire con sufficiente chiarezza i requisiti per la messa a concorso di mandati di prestazioni.

#### b. Assegnazione di aiuti finanziari

- 87 Il contributo del Cantone per la ristrutturazione edilizia dell'ospedale cantonale costituisce un aiuto finanziario per il mantenimento delle capacità ospedaliere per motivi di politica regionale ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 lett. a LAMal (n. marg. 44 seg.). Sulla base del diritto federale (parità di trattamento dei concorrenti e neutralità concorrenziale ai sensi degli artt. 27 e 94 CF, nonché dell'art. 2 cpv. 7 LMI) e del diritto intercantonale in materia di appalti pubblici (CIAP) **non è possibile dedurre un obbligo di messa a concorso** per l'assegnazione di aiuti finanziari. In tal senso, un concordato d'appalto concernente aiuti finanziari per il mantenimento di capacità ospedaliere non sarebbe appropriato anche per il fatto che, al momento dell'assegnazione, non esiste alcun gruppo di confronto e pertanto non è possibile alcun concorso. Infatti, i presupposti necessari per l'assegnazione di tali aiuti finanziari, segnatamente la necessità di garantire la capacità di sopravvivere di un ospedale rilevante per il fabbisogno e operante in modo efficiente (n. marg. 74 segg.), nei singoli ospedali si presenteranno regolarmente in momenti molto differenti.

### 4.3 Conclusioni intermedie

- 88 Dai principi fondamentali della parità di trattamento dei concorrenti (art. 27 CF) e della neutralità concorrenziale (art. 94 CF) derivano i seguenti requisiti per la definizione e l'assegnazione di sussidi per prestazioni economicamente di interesse generale:
- i sussidi per la fornitura di prestazioni economicamente di interesse generale da parte di ospedali in concorrenza tra loro devono essere strutturati **in modo neutrale rispetto agli enti responsabili**. Ciò significa che ogni ospedale del mercato ospedaliero rilevante deve avere accesso all'indennità o all'aiuto finanziario alle stesse condizioni, indipendentemente dalla sua forma giuridica e dalla sua proprietà. (n. marg. 69 seg.)
  - Le **indennità** per la fornitura di prestazioni economicamente di interesse generale sono compatibili con il principio della neutralità concorrenziale se comprendono esclusivamente i costi non coperti del compito trasferito e adempiuto in modo efficiente (rapporto di condi-

zionalità reciproca o sinallagma). Il beneficiario delle indennità non può utilizzarle per sovvenzionare trasversalmente altre tipologie di compiti non comprese nel mandato di prestazioni (principio della destinazione vincolata) (n. marg. 71 seg.).

- I sussidi per il mantenimento di capacità ospedaliere costituiscono **aiuti finanziari**. Tali aiuti devono essere giustificati dall'interesse pubblico a garantire alla popolazione un'assistenza ospedaliera stazionaria sufficiente. Ciò significa che gli aiuti finanziari possono essere concessi solo agli ospedali figuranti nell'elenco che saranno probabilmente anche in futuro in grado di soddisfare i criteri di pianificazione ospedaliera previsti dal diritto in materia di assicurazione malattie e che pertanto continueranno a essere presenti nell'elenco cantonale degli ospedali (idoneità dell'ospedale a restare nell'elenco). Inoltre, le infrastrutture sovvenzionate devono essere indispensabili per coprire il fabbisogno di assistenza del Cantone in futuro (necessità ai fini della copertura del fabbisogno). In tale contesto, le infrastrutture possono essere sovvenzionate solo nella misura in cui siano necessarie per garantire il consueto standard di assistenza in conformità all'AOMS. Non sono invece ammissibili aiuti finanziari motivati da ragioni di politica strutturale (preservazione di posti di lavoro e di mandati nella regione) oppure contributi per il mantenimento di strutture ospedaliere inefficienti o per la copertura di deficit di esercizio riconducibili a costi eccessivi. (n. marg. 73 segg.)
- Sulla base del diritto federale e del diritto intercantonale in materia di appalti pubblici non è possibile dedurre in modo univoco un obbligo generale di **messa a concorso delle indennità** per la fornitura di prestazioni economicamente di interesse generale. Un fondamento giuridico per tale obbligo di messa a concorso dovrebbe essere creato nel diritto ospedaliero cantonale (n. marg. 82 segg.).
- Riguardo all'**assegnazione di aiuti finanziari** per il mantenimento di capacità ospedaliere, dall'analisi del diritto superiore non risulta alcun obbligo di messa a concorso. (n. marg. 87)

## 5. Risultanze

### 5.1 Risposte ai quesiti sui quali è stato chiesto un parere giuridico

- 89 Sulla base di quanto esposto sopra, ai quesiti sui quali è stato chiesto un parere giuridico vanno date le seguenti risposte.

*La Costituzione e la legge o la giurisprudenza pongono dei limiti alle prestazioni economicamente di interesse generale e, in caso affermativo, quali?*

- Le **prestazioni economicamente di interesse generale** ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 LAMal sono prestazioni che gli ospedali figuranti nell'elenco erogano nel pubblico interesse («prestazioni d'interesse generale»), ma che non sono necessarie per l'adempimento dei mandati di prestazioni ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 lett. e LAMal e i cui costi non sono pertanto coperti dalle tariffe AOMS. La LAMal non stabilisce se e in che misura i Cantoni siano



autorizzati a remunerare le prestazioni economicamente di interesse generale al di fuori dell'AOMS. L'art. 49 cpv. 3 LAMal stabilisce semplicemente che i costi per le prestazioni economicamente di interesse generale non confluiscono nel calcolo delle tariffe stazionarie e pertanto non possono essere posti a carico dell'AOMS. (n. marg. 13, 21 segg.)

- Riguardo alla remunerazione delle prestazioni economicamente di interesse generale da parte dei Cantoni sussistono tuttavia limiti costituzionali. In primo luogo, i sussidi per prestazioni economicamente di interesse generale necessitano di un **fondamento nella legge formale**. Tale fondamento deve essere di natura generale-astratta, approvato democraticamente e sufficientemente determinato. In tale contesto, la densità normativa può variare in base al tipo e alla concezione effettiva del sussidio. Per i sussidi discrezionali, come gli aiuti finanziari per il mantenimento di capacità ospedaliere per motivi di politica regionale, è sufficiente che nella legge formale sia citata la possibilità di concedere il sussidio per un determinato scopo pubblico. (n. marg. 46 segg.)
- Inoltre, i sussidi devono essere basati su un **interesse pubblico** ammissibile. L'interesse a un'assistenza sanitaria sufficiente per la popolazione del Cantone costituisce un interesse pubblico di questo tipo. Con riferimento al **principio della proporzionalità**, i sussidi devono essere idonei a raggiungere o promuovere l'interesse pubblico perseguito e non devono risultare sproporzionati per entità rispetto all'interesse pubblico promosso. (n. marg. 48 segg.)
- I Cantoni sono tenuti a comportarsi in modo **neutrale dal punto di vista della concorrenza** nei confronti degli ospedali sia pubblici che privati, trattandoli nello stesso modo nella misura in cui siano in concorrenza tra loro sul piano della qualità e dei costi secondo quanto previsto dalla LAMal. (n. marg. 51 segg.)

*In che modo le prestazioni economicamente di interesse generale potrebbero essere regolate nell'ambito del diritto positivo al fine di garantire la trasparenza e una concorrenza leale?*

- I sussidi per la fornitura di prestazioni economicamente di interesse generale da parte di ospedali in concorrenza tra loro devono essere strutturati **in modo neutrale rispetto agli enti responsabili**. Ciò significa che ogni ospedale del mercato ospedaliero rilevante deve avere accesso all'indennità o all'aiuto finanziario alle stesse condizioni, indipendentemente dalla sua forma giuridica e dalla sua proprietà. (n. marg. 69 seg.)
- Le **indennità** per la fornitura di prestazioni economicamente di interesse generale sono compatibili con il principio della neutralità concorrenziale se comprendono esclusivamente i costi non coperti del compito trasferito e adempiuto in modo efficiente (rapporto di condizionalità reciproca o sinallagma). Il beneficiario delle indennità non può utilizzarle per sovvenzionare trasversalmente altre tipologie di compiti non comprese nel mandato di prestazioni (principio della destinazione vincolata) (n. marg. 71 seg.)
- I sussidi per il mantenimento di capacità ospedaliere costituiscono **aiuti finanziari**. Tali aiuti devono essere giustificati dall'interesse pubblico a garantire alla popolazione un'assistenza ospedaliera stazionaria sufficiente. Ciò significa che gli aiuti finanziari possono essere concessi solo agli ospedali figuranti nell'elenco che saranno probabilmente anche in futuro in grado di soddisfare i criteri di pianificazione ospedaliera previsti dal diritto in materia di assicurazione malattie e che pertanto continueranno a essere presenti

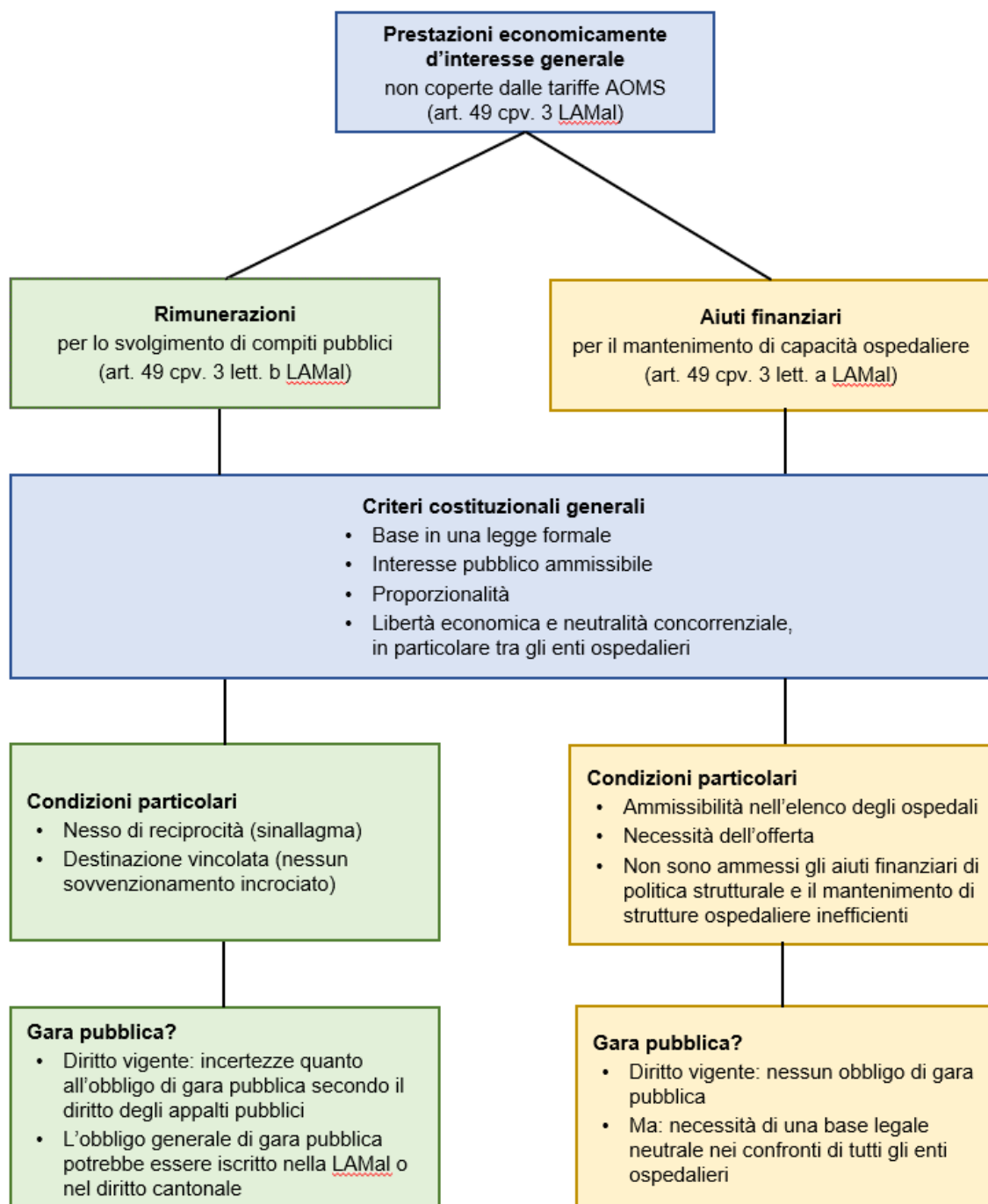
nell'elenco cantonale degli ospedali (idoneità a restare nell'elenco dell'ospedale). Inoltre, le infrastrutture sovvenzionate devono essere indispensabili per coprire il fabbisogno di assistenza del Cantone in futuro (necessità ai fini della copertura del fabbisogno). In tale contesto, le infrastrutture possono essere sovvenzionate solo nella misura in cui siano necessarie per garantire lo standard di assistenza AOMS. Non sono invece ammissibili aiuti finanziari motivati da ragioni di politica strutturale (preservazione di posti di lavoro e di mandati nella regione) oppure contributi per il mantenimento di strutture ospedaliere inefficienti o per la copertura di deficit di esercizio riconducibili a costi eccessivi. (n. marg. 73 segg.)

*Quali possibilità legislative esistono per instaurare un obbligo di messa a concorso?*

- Sulla base del diritto federale e del diritto intercantonale in materia di appalti pubblici non è possibile dedurre in modo univoco un obbligo generale di **messa a concorso delle indennità** per la fornitura di prestazioni economicamente di interesse generale. Un fondamento giuridico per tale obbligo di messa a concorso potrebbe essere creato nella LAMal stessa oppure nel diritto ospedaliero cantonale. (n. marg. 82 segg.)
- Riguardo all'**assegnazione di aiuti finanziari** per il mantenimento di capacità ospedaliere, dall'analisi del diritto superiore non risulta alcun obbligo di messa a concorso. (n. marg. 87)

## 5.2 Riepilogo grafico

90 I risultati del presente parere giuridico possono essere rappresentati graficamente nel seguente diagramma:



## 6. Elenco delle abbreviazioni

AOMS	Assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie
art.	Articolo
BU	Bollettino ufficiale
cap.	Capitolo
CDS	Conferenza svizzera delle direttrici e dei direttori cantonali della sanità
CF	Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (RS 101)
cfr.	Confronta
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione europea
CIAP	Concordato intercantonale sugli appalti pubblici
consid.	Considerazioni
cpv.	Capoverso
CRM	Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici
DFI	Dipartimento federale dell'interno
DRG	Diagnosis Related Groups
DTAF	Decisioni del Tribunale amministrativo federale (Raccolta ufficiale)
DTF	Decisioni del Tribunale federale svizzero (Raccolta ufficiale)
FF	Foglio federale
GAAC	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
LAMal	Legge federale del 18 marzo 1995 sull'assicurazione malattie (RS 832.10)
lett.	Lettera
LMI	Legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno
LSu	Legge federale del 5 ottobre 1990 sugli aiuti finanziari e le indennità (Legge sui sussidi; RS 616,1)
MAS	Medicina altamente specializzata
n. marg.	Numero marginale
npp.	Nota a piè di pagina
OAMal	Ordinanza del 27 giugno 1995 sull'assicurazione malattie (RS 832.102)
OCPre	Ordinanza del 3 luglio 2002 sul calcolo dei costi e la registrazione delle prestazioni da parte degli ospedali, delle case per partorienti e delle case di cura nell'assicurazione malattie (RS 832.104)
OPre	Ordinanza del DFI del 29 settembre 1995 sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (Ordinanza sulle prestazioni; RS 832.112.31)
p.	Pagina
PIG	Prestazioni economicamente di interesse generale
RS	Raccolta sistematica

TAF Tribunale amministrativo federale  
TF Tribunale federale

## 7. Bibliografia

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV-Kommentar), 2. Aufl., Zürich 2017.
- BUNDI LIVIO, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Diss. Luzern 2016.
- DIEBOLD NICOLAS F., Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in: ZSR 2014 I 219.
- DONATSCH MARCO, Die Stellung der öffentlichen Hand bei der Spitalfinanzierung nach KVG, in: Jusletter 28. August 2017.
- DRUEY JUST EVA, Was sind gemeinwirtschaftliche Leistungen? Eine gesundheitsrechtliche Analyse aus der Perspektive des Vertragsrechts, in: Jusletter 26. Januar 2015.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich etc. 2014.
- EUGSTER GEBHARD, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018.
- EUGSTER GEBHARD, *Krankenversicherung*, in: Ulrich Meyer (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016.
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHÉ BERNHARD, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018.
- GDK, Empfehlungen zur Spitalplanung, 20. Mai 2022.
- GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung: Ermittlung der effizienten Spitäler nach Art. 49 Abs. 1 KVG, 27. Juni 2019.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- JOSEPH MANON, L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins, Lausanne 2019.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.
- KUMMER RAPHAEL PATRICE, Art. 49 Abs. 3 KVG: Gemeinwirtschaftliche Leistungen? Subventionen?, in: Jusletter 14. Mai 2018.
- POLEDNA TOMAS/VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Spitalsubventionen und neue Spitalfinanzierung. Ein Rechtsvergleich kantonalen Wirkens im Spannungsverhältnis von Wettbewerbsneutralität und kantonalen Autonomie, in: Jusletter 18. August 2014.
- MADER MÉLANIE, Financement des hôpitaux et des soins: éléments importants des révisions LAMal, marge de manœuvre des cantons et rôle de la liberté économique, in: Jusletter 16. August 2010.
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.

- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Neue Spitalfinanzierung* und Spitalplanung. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Datenschutzrechtliche Aufsicht* über Spitäler, Zürich/Basel/Genf 2012.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Was sind öffentliche Aufgaben?*, recht 4/2013 153 ff.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Staatliche Leistungsaufträge* und Rechtsschutz, ZBJV 2/2016 71 ff.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Spitalplanung und Privatspitäler*. Aktuelle Rechtsfragen zur Umsetzung des KVG in Bezug auf Privatspitäler, Zürich/Basel/Genf 2016.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Zusatzversicherte Leistungen* von Spitälern. Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierungen, Zürich/Basel/Genf 2017.
- TRÜEB HANS-RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, *Spitalfinanzierung und Vergaberecht*, Zürich 2012.
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Bern 2022.