

Pubblicato il 19/12/2016

N. 02525/2016 REG.PROV.COLL.
N. 00789/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 789 del 2016, proposto da:

Assipa - Associazione Strutture Sanitarie Istituti Privati ed Accreditati, Centro Analisi e Ricerche Cliniche di F. Galasso & C. Sas, Laboratorio Analisi Cliniche Biomedical Sas, Laboratorio Simef Srl, Laboratorio Andromeda Snc, Laboratorio Biolab delle Dott.Sse Aronna-Stratico', Laboratorio Analysis Center Snc di Sarubbi e Laudadio, Centro Diagnostico San Nilo Srl, Laboratorio Salus Ricerche Biomediche del Dott. Gravina & C. Snc, Isatituto Diagnostico Medico G.M.M., Istituto di Patologia Clinica Europa Srl, Laboratorio Analisi Cliniche Snc di Nicastro G. & C., La. Analisi Bio-Data Sas di Colacino Maddalena & C., Laboratorio Salus Srl, Laboratorio Luigi Leporace Srl, Laboratorio Analisi Cliniche Dott. F. Libri Srl, Lab. Centro Diagnostico Ippocrate Srl, Centro Medico Tommaso Campanella Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Luisa Sorrenti C.F. SRRLSU64A50C747Q, con domicilio eletto presso Raffaele Fioresta in Catanzaro, via del Commercio, 2;

contro

Commissario Ad Acta Attuazione Piano Rientro Disavanzi Sanitari S.S.R. Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distr.le Catanzaro, domiciliata in Catanzaro, via G.Da Fiore, 34;

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Angela Marafioti C.F. MRFNGL68S58L063P, domiciliata in Catanzaro, Cittadella Regionale (Germaneto);

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, Asp - Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

del decreto n. 25 del 24/2/2016 di definizione del livello massimo di finanziamento per l'anno 2016 alle strutture erogatrici di prestazioni di assistenza specialistica con onere a carico del ssr

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Commissario Ad Acta Attuazione Piano Rientro Disavanzi Sanitari S.S.R. Calabria e di Regione Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2016 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'atto introduttivo del giudizio le parti ricorrenti chiedevano l'annullamento del decreto del commissario ad acta della Regione Calabria n. 25 del 24.2.2016 avente ad oggetto la definizione del livello massimo di finanziamento per l'anno 2016 alle strutture erogatrici di prestazioni

assistenza specialistica con oneri a carico del SSR. Impugnava l citato provvedimento: per violazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 502 del 1992, art. 8 bis, contraddittorietà, motivazione erronea e falsa, sviamento di potere, iniquità e illoicità; violazione delle norme in materia di concorrenza, dell'art. 106 TFUE e d.lgs. 502 del 1992, in quanto l'atto introduce restrizioni non sorrette da alcuna esigenza di efficace erogazione del servizio sanitario, assenza totale di criteri obiettivi, contraddittorietà con precedenti provvedimenti; violazione della certezza dei rapporti giuridici, come precisato in ricorso; violazione delle norme in materia di accreditamento, eccesso di potere per disparità di trattamento; violazione del principio di buon andamento e dell'art. 8 sexies del d.lgs. n. 502 del 1992; violazione del diritto di difesa; eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità; violazione e falsa applicazione del d.lgs. 502/1992.

Si costituiva la Regione Calabria chiedendo di rigettare il ricorso.

Si costituiva il commissario ad acta chiedendo di rigettare il ricorso.

2. I ricorrenti sono soggetti accreditati nella Regione Calabria per le prestazioni specialistiche. La questione deve essere risolta secondo una dirimente osservazione anche modificando le conclusioni espresso in diverse sentenze del Tar.

Essi hanno impugnato il decreto del Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Calabria del 2016, n. 25, di determinazione dei tetti di spesa acquisto da soggetti privati prestazioni assistenza specialistica per l'anno 2016.

Ne hanno chiesto l'annullamento per una pluralità di motivi.

I ricorrenti affermano – tra l'altro – che, nell'adottare il decreto l'Ufficio commissariale non avrebbe indicato alle Aziende Sanitarie Provinciali i criteri per la ripartizione del *budget* tra i vari operatori sanitari privati, ma si sarebbe limitato a fare uso del c.d. criterio del costo storico, vale a dire della sostanziale riconferma della quota di spesa assegnata nell'anno precedente.

Ciò si risolverebbe nella violazione dell'art. 106 TFUE, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e del principio del buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. Esso, infatti, porterebbe alla cristallizzazione delle posizioni di vantaggio acquisite da alcuni soggetti, vanificando gli sforzi di miglioramento dell'offerta di altri.

Questo Tribunale Amministrativo Regionale si è occupato della questione nella sentenza del 29 giugno 2016, n. 1373, pronunciata sul ricorso promosso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato avverso il decreto del Commissario *ad acta*, del 20 ottobre 2014, n. 68, con cui erano stati determinati, per l'anno 2014, i tetti di spesa per le prestazioni specialistiche rese dagli operatori privati.

L'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato aveva lamentato la violazione dell'art. 106 TFUE.

Tale articolo stabilisce che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 (divieto di discriminazione) e da 101 a 109 inclusi (divieto di intese restrittive della concorrenza; divieto dell'abuso di posizione dominante; divieto di aiuti di Stato).

Nel caso di specie, l'utilizzo, quale unico criterio di ripartizione del *budget* di spesa sanitaria, quello del c.d. "*costo storico*", e cioè del mantenimento, salvi i necessari tagli, del *budget* stabilito per gli anni precedenti avrebbe attribuito ai soggetti accreditati – titolari di diritti speciali, secondo la definizione del Trattato – indebiti e ingiustificati vantaggi concorrenziali.

Il Tribunale ha innanzitutto osservato che, come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (cfr. da ultimo sentenze 10 marzo 2009 in causa C-179/08, e 21 giugno 2012 in causa C-84/11), il diritto dell'Unione europea non restringe la competenza degli Stati membri ad

impostare i loro sistemi di previdenza sociale e ad adottare, in particolare, norme miranti a organizzare ed erogare i servizi sanitari e l'assistenza medica. Tuttavia, nell'esercizio di tale competenza gli Stati membri devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni del Trattato relative alle libertà di circolazione, compresa la libertà di stabilimento. Le dette disposizioni comportano il divieto per gli Stati membri di introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni all'esercizio di queste libertà nell'ambito delle cure sanitarie (cfr., in tal senso, anche le sentenze 7 febbraio 1984 in causa 238/82; 16 maggio 2006 in causa C372/04; 11 settembre 2008 in causa C141/07).

In sede di valutazione del rispetto di tale obbligo, occorre tenere conto del fatto che lo Stato membro può decidere il livello al quale intende garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Poiché tale livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità.

Calando tali principi nell'ordinamento interno, il Tribunale ha affermato, in uno con la Corte costituzionale (sentenza del 26 maggio 2005, n. 200), che il regime dell'accreditamento introdotto dall'art. 8, comma 5 d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, è improntato alla logica della parificazione e della concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private e connotato dalla facoltà di libera scelta della struttura privata, benché venga in rilievo il limite della fissazione del tetto massimo di spesa sostenibile.

Il principio di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private deve, quindi, conciliarsi con il principio di programmazione, che persegue lo scopo di assicurare la razionalizzazione del sistema sanitario nell'interesse al contenimento della spesa pubblica.

Più in particolare, alla luce dell'art. 32 Cost., che eleva la tutela della salute a diritto fondamentale dell'individuo, e dell'art. 41 Cost., teso a garantire la libertà di iniziativa di impresa, deve ritenersi che, sebbene il sistema sanitario nazionale legittimamente risulti ispirato alla necessità di

coniugare il diritto alla salute degli utenti con l'interesse pubblico al contenimento della spesa, esso non può prescindere dal contemplare anche la tutela della concorrenza (pur solo tendenziale in questa materia: cfr. T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. I, 29 giugno 2016, n. 1323), irrimediabilmente lesa dall'automatica preclusione alla messa a contratto di nuovi soggetti accreditati (T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. II, 19 giugno 2012, n. 1083, condivisa sul punto da Cons. Stato, Sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574).

Non a caso, il Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2012, nn. 1289 e 1291; Cons. Stato 30 novembre 2012, n. 6136), ha ritenuto legittima la disciplina adottata da altra Regione che aveva previsto l'abbandono del criterio in precedenza seguito per l'assegnazione dei tetti di spesa individuali, fondato sulla remunerazione delle strutture private in base al valore delle prestazioni erogate nell'anno precedente (c.d. "dato storico"), con l'obiettivo di ripartire la spesa sanitaria secondo altri criteri, dettati dall'esigenza di consentire - con pari opportunità - l'accesso ai fondi anche ai nuovi soggetti accreditati, dal bisogno di elevare la misura delle prestazioni rese nei distinti ambiti territoriali, superando la concentrazione verso le strutture allocate nei grossi centri, tenendo conto della reale capacità erogativa delle strutture nonché degli obiettivi di appropriatezza e di governo della domanda.

In particolare, in tali decisioni, si è ritenuto legittimo il riferimento non più al solo costo storico ma ad una molteplicità di elementi sia di carattere oggettivo, come la potenzialità dei singoli distretti, determinata dalla popolazione residente e dalle prestazioni richieste, sia di carattere soggettivo, con la ripartizione delle risorse secondo apposite griglie di valutazione che tengono conto di molteplici fattori qualitativi come dotazioni; unità di personale e tipologia del rapporto di lavoro; collegamento al CUP; accessibilità della struttura; correttezza del rapporto con l'utenza; rispetto degli istituti contrattuali; ulteriori standard finalizzati

all'accoglienza, quali sale d'attesa, biglietto elimina code, riscaldamento e climatizzazione, apertura al sabato e misura degli spazi.

Di converso, la determinazione dei tetti di spesa per le prestazioni di assistenza specialistica da privato in ragione del “*costo storico*” si pone in contrasto con i principi di tutela della concorrenza, se non siano adottati i necessari correttivi o se, quanto meno, non vi siano specifiche ragioni di tutela della sanità che la giustifichino.

E' di palese evidenza, infatti, che l'utilizzo di tale criterio cristallizza le posizioni in passato acquisite sul mercato dai singoli operatori sanitari privati, disincentivando il perseguimento dell'efficienza nell'erogazione dei servizi sanitari e vanificando la concorrenza tra le varie strutture.

Nel caso di specie, il decreto oggetto di impugnativa appare determinare i tetti di spesa di cui si controverte in base al solo criterio della riconferma – salvo un taglio proporzionale imposto dalle necessità di risanamento dei disavanzi sanitari – dei tetti di spesa fissati per l'anno precedente.

Tuttavia, il provvedimento impugnato non motiva adeguatamente circa le ragioni dell'utilizzo di tale criterio.

Ebbene, questo Tribunale ha sempre affermato la natura ampiamente discrezionale delle scelte operate in materia di tetti di spesa e ripartizione del budget sanitario e la conseguente limitazione del sindacato giudiziale a profili di evidente illogicità, di contraddittorietà, di ingiustizia manifesta, di arbitrarietà o di irragionevolezza.

Nondimeno, nel caso di specie emerge con forza la violazione dei principi di tutela della concorrenza, di cui all'art. 106 TFUE, derivante non già dalle singole scelte – lo si ribadisce, discrezionali – di allocazione della spesa sanitaria, ma, più a monte, nell'individuazione del parametro da utilizzare ai fini dell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Il decreto, oggetto di impugnativa, si dimostra quindi illegittimo per violazione di legge e, in quanto tale, meritevoli di annullamento.

L'accoglimento del citato motivo di impugnazione ha carattere assorbente degli ulteriori motivi di impugnazione proposti da parte ricorrente e comporta l'annullamento del decreto impugnato.

3. In considerazione delle peculiarità della controversia, della sussistenza di diversi orientamenti sul tema e tenuto conto della novità della questione di lite devono ritenersi sussistenti eccezionali motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario

Raffaele Tuccillo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaele Tuccillo

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO