

Pubblicato il 28/08/2018

N. 01859/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00688/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 688 del 2017, proposto da:
xxxxxxxxxxxxxxxx in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati
Massimiliano Mangano, Giovanni Barraja, con domicilio eletto presso in Palermo, via Nunzio
Morello N. 40;

contro

xxxxxxxxxxxxxxxx, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge
dall'Avvocatura Distrettuale, via A. De Gasperi 81;
xxxxxxxxxxxxxxxx, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato
xxxxxxxxxx, con domicilio eletto presso la sede degli uffici legali xxxxxxxx siti in Palermo, via
xxxxxxxxxxxx Pa;

nei confronti

xxxxxxxxxx non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del D.A. n. 2632 del 28 dicembre 2016 pubblicato sulla GURS n. 3 del 20 gennaio 2017, avente
ad oggetto: "Determinazione degli aggregati di spesa per l'assistenza specialistica da privato – anno
2016" nella parte in cui non prevede che il budget individuale assegnato alle strutture accreditate e
convenzionate dovrà essere tale da garantire - nei limiti dell'aggregato provinciale di spesa attribuito
- condizioni di parità tra le strutture accreditate e convenzionate nell'ambito della medesima branca
di appartenenza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Siciliana - Assessorato della Salute e di Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2018 il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame, ritualmente notificato e depositato, parte ricorrente impugna il D.A. 2632 del 28/12/2016 in GURS 20/1/2017 con cui sono stati determinati gli aggregati di spesa per il 2016.

Il Decreto è impugnato nella parte in cui non prevede, in tesi di parte ricorrente, che il Budget individuale assegnato alle strutture accreditate e convenzionate debba essere tale da garantire –nei limiti dell’aggregato provinciale di spese distribuito- condizioni di parità tra le strutture accreditate e convenzionate nell’ambito della medesima branca di appartenenza. Il provvedimento è altresì contestato nella parte in cui, all’art. 2 lett. a), riconosce “ad ogni singola struttura un budget (al netto del ticket e della quota fissa) da assegnare per l’anno 2016 riportando i singoli budget assegnati nell’anno 2015 ai corrispondenti aggregati di spesa provinciali di cui all’allegato A dello stesso decreto”; in via gradata, e ove occorra, sono infine impugnati i contratti stipulati con le strutture convenzionate espressamente indicate ed intimate.

Parte ricorrente, a fondamento delle proprie domande, richiama la sentenza già resa da questo TAR, n. 1035/2015, con la quale è stata ritenuta fondata la doglianza tesa ad ottenere un trattamento paritario con le altre strutture già contrattualizzate.

Premette in punto di fatto parte ricorrente:

-1) di erogare prestazioni nella branca di Medicina Nucleare nel Distretto Sanitario della ASP di Palermo; di essere titolare, sin dal 2009, di un contratto con l’ASP di Palermo con budget allora ammontante a 272.899,28; di essere infine stata accreditata giusto provvedimento n.1063 del 03 agosto 2012;

-2) di aver già adito questo T.A.R. per il riconoscimento del diritto a concorrente, a parità di condizioni, al mercato delle prestazioni di Branca in regime di convenzione e che con Sentenza n. 1035 del 29/0/2015 questo Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, oltre a riconoscere il diritto del ricorrente ad essere convocata per la stipula del relativo contratto, ha altresì riconosciuto “ la fondatezza della pretesa di parte ricorrente ad ottenere un trattamento paritario con gli altri soggetti titolari, negli anni passati, di un rapporto contrattuale con l’Amministrazione”;

-3) di essere stata convocata, nel mese di febbraio 2016, unitamente ad altre strutture, per l'assegnazione del budget di Branca per l'anno 2015, con assegnazione (stante la prima contrattualizzazione) del solo budget individuale di ingresso di appena € 32.000,00, di molto inferiore rispetto a quello assegnato ad altre strutture a parità di capacità tecnologica;

4)- di avere inviato l'Amministrazione, giusta nota del 31/8/2016, a voler procedere ad un riequilibrio nella erogazione del budget 2016 rispetto alle altre strutture della medesima branca; nota che era interlocutoriamente riscontrata dall'ASP che rinviava alle emanande disposizioni assessoriali;

5)- che con il D.A. 2632 del 28/12/2016 è stato quindi pubblicato il provvedimento degli aggregati di spesa e, ai sensi dell'art. 2 lett. a), si è tuttavia previsto che per l'erogazione del budget si invitavano i Direttori Generali a tener conto dei singoli budget assegnati per il 2015, ribadendosi il criterio del "costo storico" e costituendo al contempo (art.3) un fondo perequativo di € 6.900.000,00 per determinate finalità tra cui, anche, quella di evitare l'insorgenza di contenziosi;

6)- di aver quindi chiesto, con nota del 23/1/2017, di aver assegnato un budget proporzionato alla media dei budget individuali assegnati alle altre quattro strutture convenzionate per la Provincia di Palermo; di aver altresì chiesto con la stessa istanza, tenendo conto del precedente contenzioso definito con la sent. 1035/2015, di attingere al cd. Fondo perequativo.

7)- di essere stata quindi convocata per la stipula del contratto e per l'assegnazione del budget individuale per l'anno 2016 e di aver rappresentato all'Amministrazione, giusta nota del 03 febbraio 2017, che "la sottoscrizione degli atti di cui alla nota 551/2017 non costituisce acquiescenza mantenendo – questo Centro – ferme le valutazioni e le richieste di cui all'istanza del 23 gennaio c.a.";

8)- di aver quindi, ribadite le precisazioni appena illustrate, sottoscritto l'assegnazione del budget individuale per l'anno 2016 quantificato in soli 40.303,00, così determinato in parziale aumento (rispetto a quello "di ingresso" del precedente anno 2015) solo ed unicamente per l'assegnazione a tutta la branca di un aumento pari al 25% rispetto all'anno precedente.

Ciò premesso con il ricorso in esame parte ricorrente insorge avverso i provvedimenti in epigrafe indicati, chiedendone l'annullamento, previa sospensione degli effetti, articolando altresì domanda di accertamento del diritto ad un trattamento paritario con gli altri operatori di branca, nonché domanda di risarcimento del danno.

Nel ricorso si articolano le seguenti censure:

1) Violazione di legge e delle disposizioni comunitarie: segnatamente l'applicazione rigida del criterio del "costo storico" o spesa storica si pone in contrasto con le norme ed i principi comunitari

in materia di concorrenza e disparità di trattamento; il criterio del costo o della spesa storica è stato per altro messo in discussione dal TAR già con le sentenze 167/2015, 203/2015, 204/2015;

2) Violazione art. 21 septies L. 241/90 nullità, difetto di motivazione violazione ed errata applicazione dell'art. 16 comma 2 D.A. 2632/2016: non è stata consegnata né allegata la scheda tecnica in cui, ai sensi dell'art. 16, comma 2, del D.A., impugnato occorre inserire le motivazioni tecniche in ordine ai criteri seguiti per la quantificazione del budget; invero, a seguito di espressa richiesta, è stata trasmessa una scheda del tutto generica e senza riferimento alla società ricorrente; scheda per altro priva di data, protocollo e firma e quindi radicalmente nulla.

Resistono le Amministrazioni intimate.

Con ordinanza n. 639/2017 la domanda cautelare è stata accolta ai soli fini della fissazione della udienza di trattazione, ai sensi e per gli effetti del comma 10 art. 55 c.p.a.

In prossimità della pubblica udienza di trattazione, le parti costituite hanno depositato memorie conclusive e di replica.

In particolare, sia l'Avvocatura dello Stato per la Regione Siciliana – Ass.to della Salute, sia l'ASP di Palermo, pongono l'accento sul fatto che la ricorrente è stata contrattualizzata solo nel 2016 a seguito di sentenza n.1035/15 del T.A.R. e che in quella prima fase di contrattualizzazione è stato assegnato il budget di ingresso di € 32.000,00: provvedimento non impugnato e rispetto al quale quindi viene prospettata acquiescenza. Per il nuovo anno 2016 il D.A. qui in contestazione ha previsto di far riferimento al budget 2015 incrementato della stessa misura prevista per la singola branca: ossia del 25%.

Nella sua memoria conclusiva, l'ASP di Palermo evidenzia che la struttura ricorrente era stata contrattualizzata fino al 2009, con provvedimento poi revocato in forza di una sentenza della sezione 1^a di questo T.A.R., n. 2008/09, con cui era stato rigettato il ricorso proposto dalla società avverso il diniego di accreditamento istituzionale definitivo a conclusione di quello provvisorio.

Rammenta quindi l'ASP che solo con il successivo DDG n. 1603 del 03/08/2012, allegato, è stato riconosciuto alla ricorrente lo status di accreditamento istituzionale.

Con memoria di replica il Centro Medicina Nucleare osserva:

-che non corrisponde a verità che l'ASP abbia applicato le disposizioni regionali considerato che, per la determinazione del budget al Centro Medicina Nucleare, non si è fatto uso ed applicazione del "fondo perequativo" (art. 3 D.A. 2632/2016), come invece richiesto dall'interessata con istanza del 23/01/2017: tale richiesta, infatti, mirava all'assegnazione, in proprio favore, di un budget per il 2016 proporzionato alla media dei maggiori budget individuali assegnati alle altre quattro strutture convenzionate per la stessa Branca per la Provincia di Palermo;

-la difesa dell'ASP nulla eccepisce sulla nullità ex art. 21 septies l. n. 241/90 s.m.i. della asserita scheda ex art.16 D.A. 2632/2016 prodotta in allegato alla nota prot. n.1826 del 27.02.2017: tale documento, invero, è ulteriore prova indiscutibile (priva di data, di protocollo etc.) del mancato rispetto della stessa Azienda della normativa vigente e delle disposizioni Assessoriali volte a disciplinare il processo di assegnazione del budget alle strutture accreditate;

-sulla ripartizione in dodicesimi del budget assegnato, la struttura non poteva che procedere –per il precedente anno 2015- nei modi in cui ha proceduto, non potendo impegnare somme ulteriori rispetto a quelle assegnate con il contratto e budget di ingresso.

-sulla domanda risarcitoria, evidenzia la sussistenza di un fondo perequativo ammontante a 1.716.000,00

Sulla memoria dell'Assessorato regionale, ferma restando ed eccependo in termini di inammissibilità per tardività (deposito il 27/01/2018), con la replica parte ricorrente contesta l'infondatezza della eccezione relativa alla mancata impugnazione dell'aggregato di spesa 2015.

Per il risarcimento del danno invoca il criterio già precisato dal C.G.A. con la sentenza n. 268/2016. Alla pubblica udienza del 23 febbraio 2018, il ricorso è stato assunto in decisione su conforme richiesta delle parti presenti, come da verbale.

Il ricorso è fondato e va accolto per le considerazioni che seguono.

La prima censura merita condivisione risultando, per altro, prioritaria ed assorbente rispetto all'ulteriore profilo di doglianza.

La giurisprudenza amministrativa, qui condivisa, ha da tempo messo in discussione, nel contesto del procedimento volto alla contrattualizzazione delle strutture operanti nel contesto del sistema sanitario regionale e nella determinazione dei singoli budget di spesa, l'utilizzo del mero criterio della spesa storica.

Con la citata sentenza n. 1035/2015, resa da tra le parti da questo T.A.R., pur rigettandosi la domanda risarcitoria, nell'accogliere -nei sensi di cui alla relativa motivazione- il ricorso proposto dal medesimo Centro di Medicina Nucleare è stata affermata “la fondatezza della pretesa di parte ricorrente ad ottenere un trattamento paritario con quello degli altri soggetti accreditati, ai fini della conclusione di un accordo contrattuale”.

Opinando alla stregua delle motivazioni addotte dall'Amministrazione, che ha ritenuto di quantificare il Budget individuale in ragione di quello “di ingresso” attribuito nel precedente esercizio 2015, il Collegio ritiene che il principio giurisprudenziale affermato dal TAR (della non discriminazione dei soggetti contrattualizzati) è stato sostanzialmente eluso in favore del mero riferimento al dato storico che, nel caso in esame, come evidenziato, prende spunto dal budget di

primo ingresso, incrementato nella stessa misura attribuita alla Branca di riferimento, senza tener conto delle effettive potenzialità della struttura contrattualizzata.

Va disattesa l'eccezione dell'Avvocatura distrettuale dello Stato in ordine alla riferita acquiescenza a quanto quantificato per il 2015 con l'attribuzione, a seguito della intervenuta sentenza, del (primo) budget di ingresso (con assegnazione di soli € 32.000,00).

Diversamente da quanto evidenziato dalla difesa pubblica, il Collegio ritiene, in adesione alla prospettazione di parte, che la mancata impugnazione del primo budget di ingresso non comporti acquiescenza rispetto alle successive determinazioni dell'Amministrazione che, come prospettato, avrebbero comunque dovuto tener conto del principio di non discriminazione e di superamento del parametro della "spesa storica" già precitato dalla giurisprudenza amministrativa.

Per altro, come sopra evidenziato, parte ricorrente ha riscontrato (in data 03/02/017) la nota di convocazione alla stipula del relativo contratto ed assegnazione del budget individuale significando di non prestare, con la firma apposta, acquiescenza agli stessi atti insistendo nelle richieste già formulata nel gennaio 2017.

Questo T.A.R., con sentenza 13/10/2016 n. 2366, invocata da parte ricorrente, ha per altro già riconosciuto che ciascun decreto di individuazione degli aggregati rileva per l'anno al quale fa riferimento, ed anche le eventuali misure latamente organizzative ivi contenute, ben potrebbero essere modificate nel decreto relativo all'anno successivo, di modo che si deve ritenere che ciascun decreto sia potenzialmente idoneo a determinare autonome lesioni agli interessi coinvolti, anche ove in ipotesi contenga disposizioni collegate a disposizioni dettate in decreti relativi agli anni recedenti. La maggiorazione del budget individuale assegnato, per il 2016, alla struttura ricorrente, siccome tiene conto unicamente del parametro della "spesa storica" prendendo in considerazione il precedente budget "di ingresso" assegnato nel precedente anno 2015, risulta illegittimo per le considerazioni sopra illustrate e i relativi provvedimenti vanno quindi annullati, per quanto di ragione, in accoglimento della prima ed assorbente censura articolata nel presente ricorso.

Anche la domanda risarcitoria è fondata e va accolta nei termini che seguono.

La determinazione, nei sensi sopra indicati, di un budget individuale in ragione del solo dato storico, in contrasto con i principi giurisprudenziali, anche specifici, afferenti la materia, integra una lesione del diritto della parte ricorrente alla assegnazione, in fase di contrattualizzazione, di un budget adeguato alla propria capacità e non discriminatorio rispetto alla omologhe strutture operanti per la medesima branca.

È altresì rinvenibile in specie una "colpa" imputabile all'Amministrazione che, nel dare attuazione alle disposizioni dell'Assessorato, non ha rapportato il relativo budget individuale al predetto parametro con il superamento del mero dato relativo alla "spesa storica", utilizzando a tal fine la

provvista dell'apposito fondo istituito anche per la risoluzione e prevenzione di possibili contenziosi.

Utilizzo del predetto fondo espressamente prospettato dalla parte qui ricorrente ai fini della concreta determinazione del budget individuale rispettosa dei criterio sopra detti.

Ciò posto, ai fini delle determinazione del danno risarcibile, il Collegio ritiene di poter aderire alla prospettazione di parte ricorrente che chiede in specie l'applicazione del principio giurisprudenziale già adottato dal Giudice amministrativo siciliano di appello, di cui alla sentenza del C.G.A. n. 268/2016.

Con detta sentenza, infatti, il C.G.A., disattesa in primo luogo l'eccezione di acquiescenza agli atti mercé la sottoscrizione del contratto (con prospettata improcedibilità dell'appello), nell'accogliere la domanda di risarcimento del danno, ha stabilito che la relativa quantificazione "sarà operata dall'Amministrazione sulla base del budget medio della provincia (nella quale opera il ricorrente odierno appellante) attribuito alle strutture omologhe per gli anni oggetto della domanda. Sulle somme dovute sarà inoltre operata la rivalutazione monetaria dal momento del dovuto al soddisfo, mentre gli interessi nella misura legale decorreranno a favore dell'appellante dal momento della pubblicazione delle presente sentenza sino al soddisfo".

Ritiene il Collegio, in accoglimento della domanda risarcitoria proposta con il presente ricorso, di poter far applicazione del principio sopra esposto.

Ritiene altresì il Collegio che ogni altro motivo od eccezione di rito e di merito possano essere assorbiti in quanto ininfluenti ed irrilevanti ai fini della presente decisione.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate per l'intero giudizio come in dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto:

- a)- annulla per quanto di ragione i provvedimenti impugnati;
- b)- accoglie la domanda di risarcimento proposta, da quantificarsi secondo i criteri di cui in motivazione.

Condanna le Amministrazioni intimate in solido al pagamento delle spese di giudizio che liquida complessivamente in € 2.000 (Euro duemila/00), oltre accessori e refusione del contributo unificato, così come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Aurora Lento, Consigliere

Roberto Valenti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Roberto Valenti

IL PRESIDENTE

Calogero Ferlisi

IL SEGRETARIO