

## CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE - Roma

*Estratto del ricorso in appello ai fini dell'integrazione del contraddittorio mediante pubblici proclami in ottemperanza al decreto del Presidente della sez. III del Consiglio di Stato n. 38 del 21 settembre 2016*

nell'interesse

della **Luigi Maria Monti S.r.l.** (CF e P.IVA: 13324151003), con sede in Roma via Aurelia n. 275, in persona dell'Amministratore delegato e legale rappresentante, dott. Sergio Felici, in proprio e quale gestore dell'Ospedale Classificato San Carlo di Nancy, rappresentato e difeso, giusta procura a margine del presente ricorso, dagli avv.ti Raffaele Izzo (C.F. ZZIRFL48E31F162X; PEC: raffaeleizzo@ordineavvocatiroma.org; fax: 066874870), Aldo Fera (C.F. FRELDA44L12H501W) ed Alessandro Vinci Orlando (C.F. VNCLSN77B28H501Z), ed elettivamente domiciliata presso i medesimi in Roma, Lungotevere Marzio n. 3,

**contro**

- la **Regione Lazio**, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa in primo grado dall'Avv. Rosa Maria Privitera dell'Avvocatura Regionale, domiciliata in Roma, via Marcantonio Colonna n. 27;
- il **Presidente della Giunta Regionale**, nella sua qualità di Commissario *ad acta*, rappresentato e difeso in primo grado dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;
- il **Ministero della Salute**, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso in primo grado dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;
- il **Ministero dello Sviluppo Economico**, in persona del *Ministro pro tempore*, rappresentato e difeso in primo grado dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;
- l'**Azienda Ausl Roma E**, in persona del legale rappresentante *pro*

*tempore, n.c.,*

### **e nei confronti**

- della **Aurelia 80 S.p.A.**, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale gestore dell'omonima casa di cura Aurelia Hospital, rappresentato e difeso in primo grado dall'Avv. Avilio Presutti, domiciliata in Roma , piazza di San Salvatore in Lauro n. 10;
- **Policlinico Umberto I di Roma**, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso in primo grado dall'Avv. Paola Baglio, domiciliato in Roma, viale del Policlinico n. 155,

### **per la riforma**

#### **- previa adozione di misura cautelare -**

della sentenza, resa tra le parti, dalla Sez. III quater del T.A.R. del Lazio, n. 2091/2016, depositata in data 17 febbraio 2016.

### **PREMESSA**

La lunghezza del presente atto, peraltro solo apparente, è dovuta alla necessità di coniugare il principio di sinteticità con quello di autosufficienza del ricorso in appello, dovendo, oltretutto richiamare in fatto una vicenda complessa da cui è scaturita una nutrita impugnazione di atti, riproporre, in funzione devolutiva, i motivi di diritto già contenuti nel ricorso e nei motivi aggiunti, non esaminati dal primo giudice, che si è soffermato solo su di una questione pregiudiziale.

Per facilitare la lettura dell'appello, si distinguono le parti in cui l'atto è strutturato:

- la parte in fatto introduce la vicenda sostanziale che ha dato luogo alla controversia (paragrafi da 1 a 6), espone gli atti introduttivi e lo svolgimento del processo di primo grado (paragrafi da 7 a 10) e il contenuto della sentenza appellata (paragrafi 11 e 12);
- la parte in diritto contiene i motivi appello, con la critica alla sentenza del Tar (capo A, ripartito in 5 paragrafi per circa 17 pagine), che rappresenta il cuore della questione, ed è nettamente distinta dalla riproposizione dei motivi di primo grado (capo B).

## FATTO

1. L'ospedale classificato San Carlo di Nancy eroga ricoveri a ciclo continuativo e diurno per acuti in regime di accreditamento con il sistema sanitario regionale per il Lazio. Sono altresì attivi, sempre in regime di convenzionamento, un pronto soccorso, un ambulatorio polispecialistico, un laboratorio di analisi e di diagnostica per immagini, ed un presidio per i programmi finalizzati alla cura delle malattie rare. Fino ad aprile 2015, l'ospedale è stato gestito dalla Provincia Italiana della Congregazione dei figli dell'Immacolata concezione, a cui è subentrata, dopo tale data, l'odierna ricorrente.

A causa di alcune vicende note alla cronaca, in data 24 ottobre 2012 il precedente gestore, che aveva complessivamente maturato un dissesto superiore ad un miliardo di euro, presentava al Tribunale di Roma ricorso per concordato preventivo ai sensi degli artt. 160 e s.s. L.F..

Pendente la procedura concorsuale, in data 28.03.2013, il legale rappresentante della Congregazione presentava istanza di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria ai sensi del D.lgs. n. 270/1999 e del D.L. 347/2003, finalizzata alla ristrutturazione economica e finanziaria propedeutica alla successiva cessione dei rami aziendali da attuarsi sotto la vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico.

Con decreto del Ministero dell'Economia e Finanze in data 29.03.2013, veniva accolta l'istanza di amministrazione straordinaria, e con successiva sentenza n. 402 del 29/30 maggio 2013 il Tribunale di Roma dichiarava lo stato di insolvenza.

2. Per tali ragioni il San Carlo di Nancy non ha potuto tempestivamente adeguarsi ai requisiti minimi, organizzativi, tecnologici e strutturali per la conferma dell'autorizzazione all'esercizio ed all'accreditamento; ragion per cui, la Regione Lazio, con determinazione dirigenziale **B01097 del 22.03.2013, sospendeva l'autorizzazione all'esercizio** fino alla dimostrazione del possesso integrale dei requisiti minimi autorizzativi previsti dalla normativa vigente, con correlato divieto "di

*nuovi ricoveri presso la struttura San Carlo di Nancy con contestuale prescrizione a carico della Azienda ASL di Roma E, di dimettere gradualmente i pazienti ovvero trasferire gli stessi nelle strutture più idonee, in relazione alle relative patologie".*

In forza della disposta sospensione, confermata anche in sede giurisdizionale (Tar Lazio, III *quater*, ord. n. 2016 del 21.05.2013; Cons. St., III, ord. n. 3595 del 13.09.2013), la Struttura non ha potuto, per un notevole arco di tempo, accettare nuovi ricoveri.

Solo con il decreto del Commissario *ad acta* n. 359 del **30 ottobre 2014**, avente ad oggetto "*direttive per l'adeguamento delle procedure di conferma dell'autorizzazione dell'attività sanitaria e di accreditamento istituzionale*", la Struttura veniva nuovamente autorizzata provvisoriamente all'esercizio nelle more dell'adeguamento alla normativa vigente; ciò ha comportato **evidenti riflessi negativi sulla produttività complessiva del presidio ospedaliero**.

Infatti, soprattutto avuto riguardo alla peculiare situazione venutasi a creare in ragione della sospensione dell'autorizzazione, **nel 2014 la Struttura non riusciva** ad erogare ricoveri in regime di accreditamento in misura corrispondente al budget assegnato.

3. A fronte di ciò, i commissari straordinari tentavano invano la cessione, sia in blocco che per singoli rami, dei complessi aziendali ospedalieri facenti capo al precedente gestore.

In tale situazione di criticità gestionale e finanziaria, la Regione Lazio era arrivata al punto di valutare l'opportunità di acquisire le strutture ospedaliere in questione per scongiurare il rischio di sospensione definitiva delle attività sanitarie ed il conseguente pregiudizio per l'erogazione di un servizio pubblico, oltre che dei livelli occupazionali (*cfr. le dichiarazioni dell'allora presidente della Giunta Regionale, Renata Polverini*).

Tale evenienza veniva tuttavia scongiurata, con evidente risparmio di risorse pubbliche, grazie all'intervento della società ricorrente che in

data 17.12.2014 formalizzava un'offerta di acquisto dell'ospedale San Carlo di Nancy, mentre l'omonima Fondazione si sarebbe fatta carico dell'IDI, altra nota struttura facente capo alla citata Congregazione religiosa.

L'offerta veniva autorizzata dal Ministero dello Sviluppo Economico con D.M. del 16.01.2015 e perfezionata con atto a rogito del notaio Maurizio D'Errico (rep. 27739; racc. 15056) in data 14.04.2015.

Conformemente a quanto previsto dall'art. 63, co. 2, D.lgs. n. 270/1999, nell'ambito dell'accordo di cessione l'odierna appellante assumeva l'impegno *"a mantenere inalterati i livelli occupazionali"* (435 contratti di lavoro) ed *"a proseguire l'attività d'impresa caratteristica del ramo ospedaliero"*.

Si trattava di impegni di per sé molto gravosi dal punto di vista economico se si considera che gli stessi commissari straordinari, nel programma di cessione redatto ai sensi dell'art. 4, D.L. 347/2003, avevano evidenziato il sovradimensionamento delle dotazioni organiche e strutturali dell'Ospedale, individuate fra le principali cause del passivo.

L'appellante ha sostenuto inoltre ingenti investimenti per adeguare la struttura ai requisiti richiesti per la conferma dell'autorizzazione all'esercizio ed all'accreditamento, avviando un complesso piano di risanamento e di ristrutturazione secondo quanto previsto dal DCA n. 368/2014 e s.m.i. che attribuisce alla struttura complessivamente 158 posti letto per acuti (139 ricoveri ordinari; 19 day hospital).

L'obiettivo di tale complessa manovra era quello di riportare la produzione fino all'utilizzo pieno del *budget* assegnato prima del dissesto finanziario; prospettiva, questa, dichiaratamente condivisa sia dalla Regione che dal M.E.F. negli incontri di coordinamento propedeutici alla cessione delle aziende sanitarie in favore dell'odierna appellante.

Come è ovvio, la concreta fattibilità di tale piano e dei connessi oneri

assunti all'atto dell'acquisto, presuppone necessariamente **una sostanziale stabilità dei finanziamenti pubblici per l'acquisto di prestazioni da privato**: non a caso, il citato programma di cessione stilato dai commissari straordinari indicava quale condizione imprescindibile per il risanamento della struttura l'utilizzo pieno del tetto di spesa a partire dal 2015/2016.

Di tale implicazione mostrava di essere consapevole la stessa Regione, la quale, nel determinare il tetto di spesa provvisorio dei ricoveri per acuti per il primo semestre del 2015 (decreti del Commissario ad acta n. 50 del 06/02/2015 e n. 255 del 19 giugno 2015), aveva confermato il finanziamento riconosciuto per l'anno precedente seppur decurtato del 5 per cento in attesa della definizione definitiva dei *budget* per il corrente anno.

4. Sennonché, con il decreto del Commissario ad acta n. **332 del 6 luglio 2015**, la Regione ha definito il livello massimo del finanziamento delle prestazioni di assistenza ospedaliera (acuti e post acuzie) per l'anno 2015, assegnando al San Carlo di Nancy un ***budget* pari ad euro 26.154.807,00, con un riduzione di ben 6.538.702,00 euro, pari addirittura al 20 per cento in meno rispetto all'anno precedente**, riduzione da far integralmente gravare sulle residue mensilità. Una decurtazione così incisiva, avuto riguardo anche all'avanzato momento dell'anno in cui interveniva, è stata decisa sulla base dei seguenti testuali criteri:

a) *la definizione dei volumi appropriati da acquistare in RO e DH, promuovendo il trasferimento in regime ambulatoriale delle procedure chirurgiche erogate in regime ospedaliero (applicazione dei controlli automatici APPRO3 e APA sulle dimissioni 2014);*

b) *l'introduzione di una stadiazione tariffaria in funzione della tipologia di*

erogatore (DM 70/2015 e D.lgs. 517/99):

1. 100% della tariffa per i DEA di II livello e i Policlinici Universitari;
  2. 98% della tariffa per i DEA di I livello;
  3. 96% della tariffa per tutte le altre strutture;
- c) la riconduzione entro il limite massimo al Tasso di Ospedalizzazione programmato di 160 per mille abitanti di cui 120 per RO e 40 per DH;
- d) il calcolo delle dimissioni attese 2015 e valorizzazione delle stesse secondo quanto indicato nei punti precedenti;
- e) il confronto del valore di cui al punto d) con il livello di finanziamento 2014;
- f) la riconduzione del budget 2015 entro un range di stabilità compreso tra il +5% e il -5% rispetto al budget del 2014 al fine di garantire la **sostenibilità del sistema.**

Tali criteri, di per sé assolutamente inidonei, in assenza dei correlativi dati, a dare conto dell'iter logico giuridico che aveva condotto alla determinazione dei relativi importi, sono stati precisati dalla Regione con nota del 07.10.2015, la cui analisi evidenzia macroscopiche illegittimità di cui si darà conto nel prosieguo.

Per ora, ci si limita ad evidenziare come la Regione, nell'individuare i tetti di spesa in base ai predetti criteri di nuova introduzione, abbia contestualmente deciso di contenere gli effetti delle modifiche sull'entità del finanziamento entro un *range* di stabilità compreso tra il +5% e il -5% rispetto al budget del 2014, assorbendo entro tale limite gli scostamenti, in senso negativo o positivo, superiori a tale misura; ciò al dichiarato fine di garantire la stabilità e la sostenibilità del sistema.

Senonché, partendo dalla premessa, in sé condivisibile, secondo cui "per alcune strutture interessate da procedure concorsuali nell'anno 2014, l'applicazione del **criterio di cui sopra potrebbe produrre ulteriori rischi di sostenibilità aziendale** tali da poter compromettere l'efficacia della rete assistenziale", la Regione ha poi incoerentemente stabilito di "assegnare il livello massimo di finanziamento **pari al 80% del budget 2014 alle strutture**

*private accreditate che, nell'anno 2014, sono state interessate da procedure concorsuali";* ciò in quanto tali strutture *"hanno generato un forte calo della produttività con effetti tali da determinare, applicando la metodologia sopra descritta, un decremento del budget 2015 superiore al 20% rispetto al budget 2014"*.

In altri termini, la Regione, pur dimostrando di aver ben chiara la peculiare situazione in cui versavano le strutture interessate da procedure concorsuali, ha poi incomprensibilmente stabilito di applicare proprio per tali strutture un *range* di stabilità più alto, pari al 20 per cento rispetto all'anno precedente, anziché limitarsi ad assorbire gli scostamenti entro il 5 per cento come invece previsto per gli altri erogatori.

Come si avrà modo di evidenziare, tale significativa ed ingiustificata disparità di trattamento subita dalla Struttura solo perché interessata dalla procedura di amministrazione straordinaria, vanifica l'intero processo di risanamento, ponendo seriamente a rischio la stessa prosecuzione dell'attività a causa del taglio di oltre sei milioni di euro da far valere per giunta interamente sulla residua parte dell'anno.

5. - Inoltre, nel dichiarato intento di ricondurre la soglia dei ricoveri in *day hospital* entro il tasso di ospedalizzazione fissato dalla *spending review* (40 posti letto per 1000 abitanti), alcune specifiche specialità mediche erogate in regime di ricovero sono state ritenute trasferibili in regime ambulatoriale, ed i relativi importi sono stati dirottati sul corrispondente budget (APA); con l'espressa precisazione secondo cui *"per accedere al budget APA aggiuntivo, determinato come sopra descritto, occorre essere in possesso dei requisiti di autorizzazione e accreditamento, e condizioni di erogabilità, che verranno definiti dall'Area Autorizzazione e Accreditamento con successivo decreto del Commissario ad Acta"*. Tale budget ancorchè formalmente riconosciuto ha tuttavia valore meramente programmatico in quanto non consente l'erogazione immediata delle corrispondenti prestazioni fino all'adozione dei necessari



provvedimenti autorizzatori.

Per effetto di tale previsione, 265 tipologie di ricoveri attualmente erogate in regime di ricovero ospedaliero sono state trasferite in APA con un ulteriore taglio sul *budget* acuti pari ad euro 235.663,00.

6. - Sempre con riferimento ai **ricoveri per acuti**, la Regione ha inoltre introdotto, con decorrenza dal **1 agosto 2015**, una modulazione tariffaria decrescente a seconda della tipologia di erogatore:

1. 100% della tariffa per i DEA di II livello e i Policlinici Universitari;
2. 98% della tariffa per i DEA di I livello;
3. 96% della tariffa per tutte le altre strutture.

Tale tricotomia sarebbe stata individuata *“ai sensi del D. M. n. 70 del 02.04.2015 e del decreto 18 ottobre 2012, e della complessità organizzativa verificata in sede di accreditamento, nonché sulla base dell’esperienza delle altre regioni”*.

Come è agevole notare, quella che la Regione definisce (impropriamente) una *“stadiazione tariffaria”*, si risolve in un taglio lineare pari rispettivamente al 2 per cento per i DEA di I livello, e del 4 per cento per le altre tipologie di erogatori di ricoveri per acuti; rimodulazione che ha ovviamente rideterminato al ribasso in misura corrispondente l’entità dei tetti di spesa.

Una scelta così drastica è stata motivata con l’asserita necessità di *“articolare le fasce tariffarie su più livelli coerenti anche con la presenza del Dipartimento di Emergenza – Urgenza con disponibilità H24 in quanto la disponibilità H24 incide significativamente sui costi di produzione”*.

A fronte di tale assunto, ed ancora una volta in assenza di qualsivoglia plausibile ragione, la Regione non ha però ritenuto di escludere dagli abbattimenti tariffari le Strutture che, come l’odierna ricorrente, sono dotate di pronto soccorso e parimenti erogano prestazioni con diponibilità H24, sostenendo i relativi costi.

7. -Sulla base di tali premesse sono stati quindi determinati i tetti di spesa per l’anno 2015 (acuti), rettificando il *budget* APA

precedentemente riconosciuto (in ragione del trasferimento in tale regime di alcune specialità), e modificando contestualmente il vigente sistema tariffario. A seguito dell'emanazione del decreto, le principali associazioni di categoria si sono subito attivate per mettere in luce le numerose criticità, incoerenze ed ambiguità che contrassegnano la neo introdotta disciplina. Tali problematiche sono state del resto avvertite dalla stessa Amministrazione, che ha avviato un confronto con i principali soggetti coinvolti, confronto tuttavia che non è sfociato nell'auspicata adozione di provvedimenti in autotutela.

Anzi, nelle more di tale procedimento di revisione, la Regione ha invitato le competenti Aziende Sanitarie Locali a procedere, senza ulteriore indugio, alla stipula dei contratti con gli erogatori privati accreditati per l'anno 2015, ai sensi dell'art. 8 quinquies, del D.lgs. 502/92 e s.m.i.. Scelta inopportuna e prematura in ragione dei numerosi nodi irrisolti sopra evidenziati, e considerato altresì che, in base all'art. 17 del nuovo schema di accordo/contratto introdotto con il Decreto del Commissario *ad acta* n. 324/2015, veniva introdotta la seguente clausola: *“Con la sottoscrizione del presente accordo/contratto **la struttura rinuncia espressamente ad ogni controversia e/o istanza e/o azione intrapresa o da intraprendere nei confronti degli atti presupposti, prodromici, conseguenti e/o comunque connessi alla sottoscrizione del presente accordo, quali, ad esempio, provvedimenti di accreditamento, determinazione dei tetti di spesa, determinazione delle tariffe[...].”***

La previsione, palesemente lesiva dell'irrinunciabile diritto, costituzionalmente garantito, alla tutela giurisdizionale, veniva ribadita dalla stessa Regione, la quale, per il tramite del sub - Commissario per l'attuazione di piano di rientro, precisava che *“l'art. 17 della proposta di contratto sopra estesa e approvata con DCA 324 del 2015 richiede al privato, ove firmatario, l'accettazione piena del contratto stesso” con conseguente rinuncia al contenzioso intrapreso o da intraprendere “relativo al presente contratto ed ai provvedimenti che ne hanno determinato il contenuto”.*

Per effetto di tale distorta clausola, unilateralmente imposta, la Struttura avrebbe dovuto rinunciare a qualsiasi contestazione, con conseguente vuoto di tutela, in ordine agli aspetti definiti con il DCA 332/2015 (abbattimenti tariffari, tetti di spesa, ecc.); il che, tenuto conto del termine imposto per la sottoscrizione dell'accordo di budget 2015, ne ha reso indifferibile l'impugnazione.

8.- La Società Luigi Maria Monti S.r.l., pertanto, ha impugnato davanti al T.A.R. del Lazio i seguenti atti lesivi della propria situazione giuridica:

- decreto del Presidente della Giunta Regionale, nella qualità di Commissario ad acta, n. U00332 del 13 luglio 2015 (pubblicato sul B.U.R.L. n. 59 - supplemento 1 - del 23.07.2015), avente ad oggetto *“definizione del livello massimo di finanziamento per l'anno 2015 alle strutture erogatrici di prestazioni ospedaliere (acuzie e post-acuzie) con onere a carico del SSR – Rettifica e integrazione DCA n. 310/2013 – APA aggiuntivi”*;

-nota della Regione Lazio, prot. n. 536020/GR/11/28, del 07.10.2015, recante *“dati e metodologia di calcolo per la definizione del livello massimo di finanziamento per acuti per l'anno 2014”*;

-decreto del Presidente della Giunta Regionale, nella qualità di Commissario ad acta, n. U00324 del 6 luglio 2015 (pubblicato sul B.U.R.L. n. 57 del 16.07.2015), avente ad oggetto *“approvazione dello schema di accordo/contratto ai sensi dell'art. 8 quinquies del D.lgs n. 502/92 e s.m.i.”*;

-nota della Regione Lazio - ufficio del Commissario per l'attuazione del piano di rientro, prot. n. 721 del 07.10.2015, avente ad oggetto *“art. 17 della proposta di contratto approvata con DCA 324/2015; nota interpretativa”*;

-per quanto di ragione, Decreto del Ministero della Salute n. 70 del 2 aprile 2015 (G.U. Serie Generale n. 127 del 04.06.2015), avente ad oggetto *“regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera”*;

-se ed in quanto necessario, Decreto del Ministero della Salute del 18

ottobre 2012 (in Suppl. ordinario n. 8 alla Gazz. Uff., 28 gennaio 2013, n. 23) avente ad oggetto *“remunerazione prestazioni di assistenza ospedaliera per acuti, assistenza ospedaliera di riabilitazione e di lungodegenza post acuzie e di assistenza specialistica ambulatoriale”*;

-decreto del Commissario ad acta n. 310/2013, avente ad oggetto *“Approvazione del tariffario regionale per la remunerazione delle prestazioni di assistenza ospedaliera D.M. 18.10.2012”*;

-nota prot. n. 147928 del 17.03.2015 con cui il Presidente della Regione Lazio, e Commissario ad acta per la sanità, ha chiarito che *“le strutture private accreditate nulla potranno a pretendere per l'erogazione di prestazioni rese in favore di cittadini residenti fuori dalla Regione Lazio, se non nei limiti dei budget loro assegnato”*;

-nota della Regione Lazio, prot. n. 192705/GR.11.06 del 09.04.2015, con la quale la competente Area regionale ha trasmesso gli elaborati dell'attività per acuti erogata nell'anno 2014;

-nota della Regione Lazio, prot. n. 187533/GR.11.25 del 07.04.2015, con la quale la competente Area regionale ha comunicato gli esiti dei controlli automatici (APPRO, APA) sulla produzione per acuti erogata nell'anno 2014;

-note prot. n. 239391/GR.11.16 del 30.04.2015 e n. 242046/GR.11.16 del 04.05.2015 con cui la competente struttura regionale ha comunicato, tra l'altro, l'elenco delle strutture private erogatrici di prestazioni ospedaliere (acuzie e post-acuzie) che possono erogare prestazioni a carico del SSR;

-ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale o collegato con quelli impugnati.

Contestualmente alla domanda di annullamento la ricorrente ha chiesto l'adozione di una misura cautelare volta ad interdire l'efficacia dei decreti n. 332 e 324 del 2015, ed a scongiurare, nelle more della definizione del merito della controversia, il gravissimo danno che sarebbe derivato dalla loro esecuzione, specialmente alla luce

dell'effetto perverso e vessatorio indotto dalla clausola contenuta nell'art. 17.

9. Il Tribunale (Sezione Terza Quater), con ordinanza n. 12419/2015, depositata il 4 novembre 2015, oltre a disporre l'integrazione del contraddittorio, ha accolto *"l'istanza cautelare nella sola parte in cui all'art. 17 della bozza di contratto allegata al d.P.G.R. n. 00324 del 6 luglio 2015 appare il riferimento ai "contenziosi da intraprendere", nella considerazione che l'Avvocatura Generale dello Stato aveva consigliato espressamente di modificare la clausola recata dalla analoga bozza di contratto per l'acquisto di prestazioni sanitarie da strutture private accreditate sopprimendo il riferimento ai contenziosi futuri, laddove di identico contenuto appare il soprarichiamato riferimento."*.

10. - All'esito di detto provvedimento, con il DCA 555/2015 la Regione ha rettificato in questi termini l'art. 17 dello schema di accordo/contratto di budget: *"con la sottoscrizione del presente accordo la Struttura accetta espressamente, completamente ed incondizionatamente il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto. In considerazione dell'accettazione dei provvedimenti indicati al comma 1 (ossia i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, delle tariffe ed ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto) con la sottoscrizione del presente contratto, la struttura privata rinuncia alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i predetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati e conoscibili"*.

Lo stesso decreto ha infine chiarito che *"le strutture erogatrici che abbiano già sottoscritto l'accordo/contratto di budget per l'anno 2015 saranno libere di scegliere se sottoscrivere l'atto integrativo e sostitutivo del comma 1 dell'art. 17 di cui all'allegato 1 del presente provvedimento"*.

Con nota, prot. n. 651850, del 26.11.2015, la Regione Lazio - Direzione regionale Salute e Integrazione Socio Sanitaria, in asserita interpretazione del citato DCA 555/2015, ha *"precisato"* che l'atto

integrativo avrebbe dovuto in ogni caso essere sottoscritto da parte di tutti gli erogatori che avevano interposto ricorso avverso il menzionato DCA 324/2015.

Il Decreto ha fissato inoltre, quale termine ultimo per la conclusione dell'iter di sottoscrizione dei contratti 2015, la data del 04 dicembre 2015, decorso il quale, *“in caso di mancata sottoscrizione dell'accordo/contratto per causa imputabile alla struttura, la ASL territorialmente competente dovrà immediatamente darne notizia alla Regione e inviare alla struttura atto di diffida ad adempiere alla sottoscrizione dell'accordo/contratto, assegnando alla stessa il termine di 5 giorni lavorativi dalla ricezione della diffida stessa, decorso il quale, fatto salvo il caso fortuito o la forza maggiore, la ASL sarà libera di non addivenire alla stipula, senza diritto da parte della struttura ad alcun risarcimento dei danni e fermo restando quanto previsto dall'art. 8-quinquies, comma 2 quinquies, D.Lgs. n. 502/92 e s.m.i.”*.

**11.-** In ragione della palese illegittimità di tali provvedimenti di rettifica, chiaramente elusivi delle pronunce rese in sede cautelare da parte del Tribunale, e considerato che la sottoscrizione della clausola avrebbe potuto pregiudicare l'azione intrapresa, la ricorrente ha esteso l'impugnazione anche ai nuovi provvedimenti mediante motivi aggiunti, notificati il 14 dicembre 2015.

In particolare ha impugnato:

-il decreto del Presidente della Giunta Regionale, nella qualità di Commissario ad acta, 20 novembre 2015, n. U00555, pubblicato sul BURL n. 97 del 03.12.2015, avente ad oggetto *“rettifica art. 17, comma 1, schema di accordo/contratto ai sensi dell'art. 8 quinquies del D.Lgs. n. 502/92 e s.m.i., approvato con DCA n. U00324/2015”*;

-la nota della Regione Lazio - Direzione regionale Salute e Integrazione Socio Sanitaria, prot. n. 651850, del 26.11.2015, avente ad oggetto *“decreto commissario ad acta n.U00555/2015 avente ad oggetto: Rettifica art. 17, comma 1, schema di accordo/contratto ai sensi dell'art. 8 quinquies del D.Lgs. n.*

502/92 e s.m.i., approvato con DCA n. U00324/2015”;

-per quanto di ragione, i verbali del 16.01.2014, del 18.12.2014 e del 23.02.2015 del Tavolo tecnico per la verifica dell’attuazione degli obiettivi per il piano di rientro dal disavanzo sanitario, nella parte in cui ritengono necessario l’inserimento nel contratto di budget di una clausola di salvaguardia finalizzata alla rinuncia al contenzioso da parte degli erogatori privati;

-se ed in quanto necessario, la nota del Ministero della Salute, prot. n. 30261, del 20.10.2015, con la quale sarebbe stata nuovamente ribadita la legittimità della clausola di salvaguardia.

**12-** Con decreto n. 05634 del 15/12/2015 il Presidente della Sezione adita ha accolto l’istanza di misure cautelari monocratiche *“Ritenuto che il danno lamentato può essere eliso autorizzando la ricorrente alla sottoscrizione del contratto ex art. 8 quinquies D.Lgs. 502/1992 secondo la formulazione approvata con schema di accordo allegato al DCA 324/2015 senza che ciò comporti la rinuncia come previsto anche nell’art. 17 così come modificato con il DCA 555/2015 a prerogative e funzioni costituzionalmente garantite”*.

Nel frattempo la regione, a seguito delle ordinanze cautelari emesse dal TAR su ricorsi di varie case di cura, con nota anch’essa del 15/12/2015, prot. n. 694412, *“alla luce dei suddetti provvedimenti giurisdizionali, riteneva necessario “al fine di procedere senza ulteriore indugio alla definizione della sottoscrizione di tutti i contratti con le strutture private accreditate destinatarie di un budget””,* significare *“la sostituzione, sul “Sistema Pagamenti”, dello schema di accordo/contratto ex art. 8 quinquies D. Lgs. n. 502/92 e s.m.i.”*.

Più nello specifico, secondo quanto espressamente riferito nella menzionata nota regionale, ***“tale nuovo schema prevede in calce allo stesso la seguente Clausola di condizione sospensiva dell’art. 17:***

*“Nell’ipotesi in cui la struttura contraente abbia impugnato il contenuto dell’art. 17 del presente contratto e/o i provvedimenti di determinazione delle tariffe, del budget e/o di ogni altro finanziamento, che formano parte integrante del contratto stesso, qualora abbia ottenuto misure cautelari provvisorie*

*in sede giurisdizionale, l'efficacia dell'art. 17 di cui sopra è sospesa sino all'esito del contenzioso, che, ove favorevole per la Parte pubblica, determinerà la reviviscenza automatica del citato art. 17, senza necessità di dover sottoscrivere un nuovo accordo/contratto.*

*Tale clausola consente, ad oggi, l'immediata sottoscrizione dei contratti senza però privare la Regione della possibilità di far rivivere l'art. 17 - attualmente sub iudice e provvisoriamente sospeso nella sua efficacia - in caso di soccombenza giurisdizionale delle strutture private accreditate ricorrenti".*

La Società, sulla spinta della situazione originata dai motivi aggiunti, dal decreto cautelare e dalla nota regionale 15/12/2015, prot. n. 694412, ha quindi sottoscritto il contratto, recante in calce la clausola che segue:

***"Clausola di condizione sospensiva art. 17***

*Nell'ipotesi in cui la struttura contraente abbia impugnato il contenuto dell'art. 17 del presente contratto e/o i provvedimenti di determinazione delle tariffe, del budget e di ogni altro finanziamento, che formano parte integrante del contratto stesso, qualora abbia ottenuto misure cautelari provvisorie in sede giurisdizionale, l'efficacia dell'art. 17 di cui sopra è sospesa sino all'esito del contenzioso, che, ove favorevole per la Parte pubblica, determinerà la reviviscenza automatica del citato art. 17, senza necessità di dover sottoscrivere un nuovo accordo/contratto. Resta inteso che, qualora la struttura contraente non abbia impugnato il contenuto dell'art. 17 del presente contratto né i provvedimenti di determinazione delle tariffe, del budget e di ogni altro finanziamento, che formano parte integrante del contratto stesso, il presente contratto si intende accettato pienamente e integralmente in ogni sua parte.*

*Roma, 07/01/2016".*

Alla successiva camera di consiglio del 26/01/2016, la ricorrente, in ragione della introdotta condizione sospensiva dell'articolo 17, rinunciava alla domanda cautelare anche in vista dell'ormai imminente trattazione del merito fissata all'udienza pubblica del 9 febbraio



successivo.

**13-** Con sentenza n. 2091/2016, depositata in data 17 febbraio 2016, il TAR ha però respinto i motivi aggiunti e dichiarato l'improcedibilità del ricorso introduttivo. Il percorso motivazionale della sentenza parte dalla premessa *"che le censure prospettate hanno, in sostanza, ad oggetto le seguenti questioni:*

*a) l'illegittimità dei tetti di spesa così come calcolati sulla base dei criteri stabiliti dal DCA n. U00332/2015;*

*b) la validità della clausola di salvaguardia di cui all'art. 17, all. A, del DCA n. U00324/2015, successivamente modificata dal DCA n. U00555 del 20.11.2015."*

Il Collegio procede, poi, con l'esaminare *"per prime, in ragione della pregiudizialità della questione, le censure sub b), appuntate avverso la cosiddetta clausola di salvaguardia."* che rigetta con la seguente motivazione:

*"il Collegio intende uniformarsi a quanto statuito in materia dalla recente sentenza della Sezione 2 febbraio 2015, n. 10446 che ha riconosciuto legittima la clausola de qua e alle cui argomentazioni si rinvia ai sensi dell'art. 74 c.p.a.*

***La riconosciuta legittimità della suddetta clausola comporta, oltre al rigetto dei motivi aggiunti, che siano dichiarate improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse le altre censure prospettate in ricorso con le quali è stato impugnato il budget assegnato per il 2015 all'Ospedale classificato San Carlo di Nancy, con i relativi criteri di quantificazione atteso che:***

*a) è pacifico che ogni questione relativa al riconoscimento del budget rientra nel contenuto della clausola de qua;*

*b) con la sottoscrizione dell'accordo contenente la suddetta clausola, la struttura sanitaria formalmente riconosce di non aver alcun interesse alla definizione dei gravami precedentemente proposti avverso gli atti in questione.*

*Né risultano idonee le argomentazioni formulate in sede di discussione orale con cui la ricorrente ha affermato che, avendo in concreto sottoscritto l'accordo*

*senza la contestata clausola, non si sarebbe verificato l'effetto preclusivo della definizione nel merito dei contenziosi instaurati.*

*Al riguardo deve essere evidenziato che:*

*a) con decreto cautelare n. 5634 del 15.12.2015 è stata accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche articolata con i motivi aggiunti e la ricorrente è stata autorizzata alla sottoscrizione del contratto ex art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502/1992 secondo la formulazione approvata con schema di accordo allegato al DCA 324/2015, senza che ciò comportasse la rinuncia, come previsto anche nell'art. 17 così come modificato con il DCA 555/2015, a prerogative e funzioni costituzionalmente garantite;*

*b) alla camera di consiglio del 26.1.2016, fissata per l'esame collegiale dell'istanza cautelare, la ricorrente ha rinunciato alla sospensiva in considerazione della circostanza che l'udienza di trattazione nel merito era già stata fissata per il 9.2.2016;*

*c) ciò ha comportato l'inefficacia del decreto monocratico con la conseguenza che il contratto eventualmente stipulato deve oggi intendersi integrato dalla disciplina di cui alla contestata clausola che era stata sospesa;*

*d) ad ogni modo, anche a voler considerare l'intangibilità dell'accordo de quo, tale circostanza non può in alcun modo essere di ausilio alla ricorrente, dato che l'accordo sottoscritto senza la contestata clausola di salvaguardia verrebbe ad essere soggetto a risoluzione automatica da parte della Regione, con la conseguenza che la ricorrente, rimanendo priva dell'accordo di cui all'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502/1992 e non potendo più operare con il SSN, non avrebbe più alcun interesse ad impugnare l'assegnazione del budget."*

**14.-** La sentenza è ingiusta perché nega la tutela giurisdizionale garantita dall'art. 113 della Costituzione della Repubblica, impedendo di sottoporre alla cognizione di un giudice la legittimità del contenuto degli atti autoritativi di assegnazione del budget e, pertanto, va riformata per le seguenti ragioni di

## **DIRITTO**

**A) Errori in iudicando. Violazione e falsa applicazione degli articoli**

**24, 97, 113 Cost. Falsa applicazione dell'articolo 11 della l. 241/1990. Violazione e falsa applicazione degli articoli 1229, - comma 2, 1343, 1418, 1419, 1965 e 1966 del codice civile in relazione all'art. 21 septies l. n. 241/90. Violazione dei principi generali in materia d'impugnazione degli atti amministrativi. Violazione dell'articolo 47 del Trattato dell'Unione Europea. Violazione del principio di legalità.**

1). La sentenza appellata non entra nel merito della controversia concernente l'illegittimità del DCA n. U00332/2015, nella parte in cui assegna all'ospedale classificato San Carlo di Nancy il budget per l'anno 2015, ma si ferma all'esame pregiudiziale della clausola di salvaguardia che il primo giudice ritiene legittima e preclusiva all'esame del ricorso nel merito.

Come si è riferito, la clausola nel testo da ultimo approvato dal Commissario ad Acta per l'attuazione del piano di rientro è così formulata: *"con la sottoscrizione del presente accordo la Struttura accetta espressamente, completamente ed incondizionatamente il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto. In considerazione dell'accettazione dei provvedimenti indicati al comma 1 (ossia i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, delle tariffe ed ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto) con la sottoscrizione del presente contratto, la struttura privata rinuncia alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i predetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati e conoscibili"*.

Ora, il Tar Lazio era ben consapevole del fatto che, nella fattispecie sottoposta al suo esame, il contratto stipulato, in data 07/01/2016, con la ASL Roma E, oggi confluita nella ASL Roma 1, contiene una clausola denominata *"di condizione sospensiva art. 17"*, secondo la quale *"l'efficacia dell'art. 17 di cui sopra è sospesa sino all'esito del contenzioso, che, ove favorevole per la Parte pubblica, determinerà la reviviscenza automatica del*

*citato art. 17, senza necessità di dover sottoscrivere un nuovo accordo/contratto.”, ma supera la questione ritenendo che, se è vero che la sottoscrizione del contratto era stata autorizzata dal decreto monocratico n. 5634 del 15.12.2015, con cui era stata accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche articolata con i motivi aggiunti, è altrettanto vero che alla camera di consiglio del 26.1.2016, fissata per l'esame collegiale dell'istanza cautelare, la ricorrente vi aveva rinunciato in considerazione della circostanza che l'udienza di trattazione nel merito era già stata fissata per il 9.2.2016, per cui, ciò avrebbe “comportato l'inefficacia del decreto monocratico con la conseguenza che il contratto eventualmente stipulato deve oggi intendersi integrato dalla disciplina di cui alla contestata clausola che era stata sospesa”.*

L'affermazione è inesatta ed elude un dato essenziale.

La clausola sottoscritta dalle parti in calce al contratto, infatti, va ben oltre il contenuto del decreto presidenziale monocratico, che pure autorizzava la parte a sottoscrivere il contratto “senza che ciò comporti la rinuncia come previsto anche nell'art. 17 così come modificato con il DCA 555/2015 a prerogative e funzioni costituzionalmente garantite”, ma detta una diversa disciplina transitoria del rapporto sospendendo “l'efficacia dell'art. 17 di cui sopra ...sino all'esito del contenzioso”.

Più nello specifico, il Collegio non ignorava che con nota in data 15/12/2015, prot. n. 694412, la Regione Lazio proprio “*alla luce dei suddetti provvedimenti giurisdizionali*”, aveva introdotto **di propria iniziativa** la “*condizione sospensiva dell'articolo 17*” e ciò “*al fine di procedere senza ulteriore indugio alla definizione della sottoscrizione di tutti i contratti con le strutture private accreditate destinatarie di un budget*”, e che la ricorrente, avendo fruito di tale condizione, non era più soggetta all'effetto preclusivo della clausola.

Ora è pacifico che l'esito del contenzioso si avrà solo con il passaggio in giudicato della sentenza che definirà la controversia. Cioè, in pendenza del presente appello, allorché scadranno infruttuosamente i termini ex

art. 92, comma 3, c.p.a. (per l'eventuale ricorso per revocazione o per cassazione) decorrenti dalla pubblicazione della futura sentenza con cui il Consiglio di Stato definirà il giudizio.

Ebbene, se nel testo del contratto sottoscritto dalla struttura l'efficacia dell'articolo 17 risulta, per volere dell'Amministrazione, espressamente sospesa sino all'esito del contenzioso promosso *"nei confronti dei provvedimenti di determinazione delle tariffe, del budget e di ogni altro finanziamento"*, appare evidente come il TAR avrebbe dovuto esaminare preliminarmente il merito dei motivi di gravame articolati con il ricorso introduttivo avverso il decreto 332/2015; i quali *"solo ove favorevoli per la Parte pubblica"* avrebbero determinato la reviviscenza automatica del citato art. 17. Esattamente il contrario di ciò che ha deciso.

In altri termini, per effetto della riferita *"condizione sospensiva"*, il rapporto pregiudiziale tra i motivi articolati avverso la c.d. clausola di salvaguardia e quelli articolati con il ricorso introduttivo avverso il decreto 332/2015 veniva ad essere invertito, posto che l'esame dei motivi rivolti avverso quest'ultimo e con i quali, per l'appunto, è stata censurata la legittimità del budget assegnato al San Carlo, diveniva condizione fondamentale per l'operatività dell'articolo 17.

In ogni caso, anche a voler dare un'interpretazione diversa alla condizione sospensiva dell'art. 17, il Collegio avrebbe dovuto quanto meno deliberare la fondatezza delle censure rivolte contro la clausola di salvaguardia imposta dalla regione, anziché dichiarare improcedibile il ricorso per la ritenuta reviviscenza di quest'ultima dopo il decreto cautelare.

Tale è del resto la ragione per la quale, all'udienza camerale del 26/01/2016, dopo aver depositato in giudizio (il 19/01/2016) anche la richiamata nota regionale 15/12/2015 n. n. 694412, la ricorrente aveva rinunciato alla misura cautelare collegiale. Il riferimento che fa la sentenza al fatto che detta rinuncia fosse correlata alla imminente trattazione del merito è incompleta e forzosa (né dal verbale di udienza

risulta diversamente) posto che la ragione sostanziale riposava sul sopraggiunto difetto di interesse alla misura cautelare.

La sentenza merita quindi radicale riforma, poiché non ha colto la portata della intervenuta condizione sospensiva dell'articolo 17 autonomamente introdotta, con nota in data 15/12/2015, prot. n. 694412, dalla stessa Amministrazione nello schema di contratto di cui al decreto 555/2015, e di fatto poi inserita nel contratto stipulato dalle parti il 7/1/2016.

Chiarito l'errore compiuto dal TAR in ordine alla rinuncia cautelare che avrebbe per così dire reso improcedibile l'azione, può esaminarsi l'ulteriore statuizione secondo la quale *“anche a voler considerare l'intangibilità dell'accordo de quo, tale circostanza non può in alcun modo essere di ausilio alla ricorrente, dato che l'accordo sottoscritto senza la contestata clausola di salvaguardia verrebbe ad essere soggetto a risoluzione automatica da parte della Regione, con la conseguenza che la ricorrente, rimanendo priva dell'accordo di cui all'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502/1992 e non potendo più operare con il SSN, non avrebbe più alcun interesse ad impugnare l'assegnazione del budget”*.

L'affermazione per un verso conferma che il TAR non ha percepito la novità costituita dalla condizione sospensiva dell'art. 17 che non subordinava più la sottoscrizione del contratto alla rinuncia tout court alla tutela giurisdizionale, per altro verso attesta implicitamente che la sottoscrizione della clausola in parola non rappresenta l'espressione di una libera scelta delle parti, bensì costituisce un obbligo scaturente dal DCA n. U00555 del 20.11.2015, cioè da un provvedimento autoritativo adottato dall'Amministrazione nell'ambito dei poteri conferiti dall'ordinamento giuridico.

Infatti, nel caso di specie non ricorre alcuna delle cause che, ai sensi degli artt. 1453 e segg. c.c., consentono ad una delle parti di chiedere la risoluzione del contratto già stipulato, né è presente alcuna clausola risolutiva espressa di natura convenzionale. Per cui la risoluzione, cui fa

riferimento il Tar, non scaturisce da una norma di diritto civile, ma dall'asserita violazione di un obbligo di natura pubblicistica; obbligo contenuto nell'art. 17, all. A, del DCA n. U00324/2015, come modificato dal DCA n. U00555 del 20.11.2015.

Se così è, allora, la clausola in parola - anche ove non fosse elisa dalla condizione sospensiva dell'art. 17 esplicitamente aggiunta al contratto per intervento della stessa Regione - sarebbe ridondante di un obbligo stabilito, in via generale ed astratta, da un atto amministrativo autoritativo con cui il Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro ha approvato lo schema di accordo/contratto ai sensi dell'art. 8 quinquies del D. Lgs. n. 502/92.

Quindi, se è vero che oggetto della controversia è la legittimità dell'atto autoritativo che precede la stipula del contratto, è altrettanto vero che un provvedimento amministrativo, il quale disponga che: “con la sottoscrizione del presente accordo/contratto la struttura accetta espressamente, completamente ed incondizionatamente il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di determinazione delle tariffe, di determinazione dei tetti di spesa e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto”, aggiungendo per di più che “in considerazione dell'accettazione dei suddetti provvedimenti (ossia i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, delle tariffe ed ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto), con la sottoscrizione del presente accordo/contratto, la struttura privata rinuncia alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i predetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati, conosciuti e conoscibili.”, **viola in modo patente una serie di valori e principi generali che subordinano l'attività amministrativa al rispetto della legge ed accordano al cittadino la tutela del giudice contro l'uso scorretto del potere amministrativo**, costituendo così uno degli assi portanti su cui si fonda la civiltà giuridica dei paesi aderenti all'Unione Europea e prima ancora

della Costituzione da cui è nata la Repubblica Italiana.

2). Il sistema che fa da background alla controversia, come delineato dall'art. 8 quinquies, comma 2 quater e 2 quinquies, del d. lgs. n. 502/92, s'incentra su di una procedura complessa, nella quale il momento autoritativo si realizza nella predeterminazione mediante atto di programmazione regionale dei tetti di spesa, dei livelli di prestazione nonché dei budget assegnati alle singole strutture accreditate, mentre il momento negoziale, meramente accessorio, dà luogo a contratti od accordi tra le Aziende sanitarie e le strutture accreditate definendo gli aspetti di natura patrimoniale. Ciò che conta è che gli atti della seconda fase non sono il frutto di volontà negoziali liberamente formate ed espresse, ma negozi attuativi di provvedimenti amministrativi autoritativi.

Ora, rispetto ai due modelli di accordo contrattuale di diritto pubblico, previsti dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il sistema in esame rientra indubbiamente nella figura dell'accordo integrativo del provvedimento, che in dottrina viene anche denominato come contratto accessivo al provvedimento amministrativo, elaborata intorno alla figura della concessione. Che l'attività negoziale residua, dopo gli atti di programmazione che definiscono l'entità complessiva della spesa ed i budgets, non sia espressione di un'autentica autonomia privata, appare scontato dal momento che l'attività dell'Amministrazione, ancorché caratterizzata dall'uso di strumenti giuridici mutuati dal diritto privato, continua ad essere pur sempre funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico.

Ed infatti il comma 4-bis del richiamato art. 11 della legge sul procedimento amministrativo è esplicita nell'affermare che: *“a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione*



*dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento."*

A questo punto, ci si domanda: **se il contratto integrativo deve obbligatoriamente contenere una clausola di rinuncia dell'impugnazione della determinazione amministrativa, che fine fa la "garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa"?** E poi, se non è possibile ricorrere ad un giudice per far valere i vizi di legittimità dell'atto autoritativo a monte (*determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*), anche nell'ipotesi estrema in cui questi si riducono a palesi errori di calcolo od a sviste circa la percezione della realtà di fatto, che fine fa la discrezionalità amministrativa o, meglio, la condotta dell'Amministrazione, in quanto insindacabile, non muta in mero arbitrio?

Del resto, sul punto, già si è pronunciato il Consiglio di Stato (sez. III, sentenza n. 3219 del 2014), che ha affermato *apertis verbis* come: "18.5. *Non è condivisibile la tesi del primo giudice, secondo la quale la pubblica amministrazione, in forza dei suoi poteri autoritativi, potrebbe imporre clausole particolarmente onerose o vessatorie al privato.*

18.6. *È vero, al contrario, che la p.a., quando agisce iure privatorum e ricorre al modulo pattizio, è tenuta al rispetto dei principi e dei limiti inerenti all'autonomia contrattuale, senza poter addurre l'esercizio di poteri autoritativi al fine di imporre condizioni contrattuali inique, onerose o vessatorie al contraente privato, al di là delle previsioni derogatorie espressamente introdotte dal diritto, pubblico o privato.*

18.7. *È dunque errata o, comunque, inesatta l'affermazione di principio, che si legge nella sentenza impugnata, secondo cui la pubblica amministrazione possa giustificare l'imposizione di clausole unilaterali sulla base dei soli poteri discrezionali che le competono, essendo l'esercizio della discrezionalità amministrativa e dell'autonomia negoziale due moduli alternativi e non interferenti e, nel caso di specie, due distinte fasi della vicenda giuridica, che vede dapprima la fase autoritativa dell'accreditamento e, poi, quella successiva*

*della contrattazione, che non può veder stravolta la sua natura pattizia solo per la preventiva rinuncia dell'Amministrazione all'esercizio del suo potere programmatico alla prima fase per la scelta, illegittima, di liberalizzare gli accreditamenti."*

3). Nel caso in esame, che ci si trovi di fronte ad una clausola illegittima (nulla), dovrebbe risultare evidente, poiché la pretesa dell'Amministrazione, in estrema sintesi, è di subordinare la stipula del contratto alla rinuncia della struttura privata accreditata *"alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i predetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati e conoscibili"*, cioè i *"provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto."*

L'effetto che ne deriva è quello di imporre alle strutture accreditate di rinunciare, con riferimento a tale categoria di provvedimenti e degli atti ad essi collegati, al diritto costituzionalmente garantito di poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi (art. 24 Cost.); tutela che, con riferimento all'impugnazione contro gli atti della pubblica amministrazione *"non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti."* (art. 113, comma 2, Cost.).

In altri termini, il decreto del Commissario ad acta, nell'imporre l'inserimento della clausola di salvaguardia in tutti i contratti integrativi dei provvedimenti di determinazione del tetto di spesa, delle tariffe e dei singoli budget, crea una sorta di corto circuito processuale. Nel senso che il contenuto dell'atto negoziale non è il frutto di una trattativa tra le parti, ma viene predeterminato con un atto autoritativo, che però non può essere impugnato davanti al Giudice amministrativo proprio a causa della clausola di salvaguardia. Infatti, la sottoscrizione del contratto comporterebbe piena acquiescenza al suo contenuto; mentre

la sua mancata sottoscrizione produrrebbe automaticamente la sospensione dell'accreditamento istituzionale, con l'effetto, sul piano processuale, del venir meno dell'interesse alla proposizione del ricorso o alla coltivazione di quello eventualmente già proposto (che è propriamente l'effetto aberrante del provvedimento avallato dal TAR).

4). Quanto al contenuto della clausola, la sentenza qui impugnata, si basa unicamente sull'affermazione che: *“il Collegio intende uniformarsi a quanto statuito in materia dalla recente sentenza della Sezione 2 febbraio 2015, n. 10446 (recte: 1446/2016) che ha riconosciuto legittima la clausola de qua e alle cui argomentazioni si rinvia ai sensi dell'art. 74 c.p.a.”*. Questa seconda sentenza, a sua volta, afferma: *“Il Consiglio di Stato (con plurime ordinanze e da ultimo con **ordinanza** n.906/2015 pronunciate con riferimento a contenziosi aventi ad oggetto la medesima clausola introdotta dalla Regione Abruzzo sottoposta come la Regione Lazio ad un piano di rientro), ha affermato che “si è in presenza di oggettivi vincoli e stati di necessità rigorosamente quantitativi conseguenti al Piano di rientro al cui rispetto la regione è tenuta ai sensi della normativa vigente confermata da una consolidata e univoca giurisprudenza della Corte costituzionale; gli operatori privati non possono ritenersi estranei a tali vincoli e stati di necessità, che derivano da flussi di spesa che hanno determinato in passato uno stato di disavanzo eccessivo nella regione e che riguardano l'essenziale interesse pubblico alla corretta e appropriata fornitura del primario servizio della salute alla popolazione della medesima Regione per la quale gli stessi operatori sono dichiaratamente impegnati; le autorità competenti operano in diretta attuazione delle esigenze cogenti del Piano di rientro e del Programma operativo per tutti gli aspetti quantitativi e pertanto i medesimi non sono sostanzialmente negoziabili dalle parti come ha riconosciuto l'amplissima e univoca giurisprudenza di questa Sezione sui tetti di spesa; in questo contesto la sottoscrizione della clausola di salvaguardia (art. 20 dello schema negoziale), è imposta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dal Ministero della salute per esigenze di programmazione*

*finanziaria, attraverso le prescrizioni elaborate all'esito della riunione del Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali tenutasi il 21.11.2013. Tale clausola di conseguenza equivale ad un impegno della parte privata contraente al rispetto ed accettazione dei vincoli di spesa essenziali in un regime come quello esistente in Abruzzo, sottoposto al Piano di rientro; d'altro canto, in caso di mancata sottoscrizione, l'autorità politico-amministrativa non avrebbe alcun interesse a contrarre a meno di non rendere incerti i tetti di spesa preventivati, né potrebbe essere obbligata in altro modo alla stipula...; pertanto si può escludere ad un primo esame la violazione del diritto costituzionale ad agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi limitatamente agli aspetti quantitativi relativi alle concrete fattispecie in essere, dal momento che: a) la clausola è limitata a definire un conflitto già in essere o potenziale relativo a concrete e definite questioni; b) chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa sanità pubblica è costretta, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, pur in presenza di restrizioni finanziarie, beni costituzionali di superiore valore quale i livelli essenziali relativi al diritto di salute; c) in alternativa, agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato; in tali circostanze dominate dalla esistenza di un grave disavanzo e dalla necessità di corrispondere comunque a superiori diritti costituzionali facenti capo alla generalità della popolazione, la clausola di salvaguardia, in quanto sia limitata ai rapporti già in essere o che vengano contestualmente stipulati e ai loro aspetti quantitativi, possa equivalere ad una formula transattiva necessaria in presenza di fattori e vincoli di ordine costituzionale e finanziario che sovrastano la volontà delle parti".*

I passaggi chiave della motivazione sono:

- a) La "presenza di oggettivi vincoli e stati di necessità rigorosamente quantitativi conseguenti al Piano di rientro";
- b) Gli aspetti quantitativi "non sono sostanzialmente negoziabili dalle parti";
- c) "La clausola è limitata a definire un conflitto già in essere o potenziale

*relativo a concrete e definite questioni”;*

d) *“chi intende operare nell’ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa sanità pubblica è costretta;”*

e) *“In alternativa, agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato.”*

f) *Da qui la conclusione che la clausola “, possa equivalere ad una formula transattiva necessaria in presenza di fattori e vincoli di ordine costituzionale e finanziario che sovrastano la volontà delle parti”.*

5). L’argomentazione, a nostro avviso, non convince e, comunque, nella sua formulazione generica non collima con la fattispecie di cui si occupa il presente giudizio.

5.1) Quanto al primo passaggio ed al richiamo allo stato di necessità, cui segue quale corollario il secondo che afferma la non negoziabilità dei limiti quantitativi, va detto con chiarezza che l’ordinamento giuridico italiano, emancipato dalla tradizione romanistica secondo cui *«necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem»*, ha imbrigliato, sull’onda delle costituzioni nate dalla Rivoluzione francese, lo stato di necessità in procedimenti giuridici tipizzati, sottoposti al controllo del giudice. Per cui, nel rispetto del principio di legalità, come precisato all’articolo 1 della legge n.241/90, secondo cui *“l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge secondo le modalità fissate dalla legge, nonché in base ai principi individuati dall’ordinamento comunitario”*, la deroga ai principi costituzionali non può essere adottata dall’Amministrazione secondo una sua scelta arbitraria, ma deve, comunque, avere il supporto di una norma di pari grado rispetto a quella che si intende o si è costretti a disapplicare.

In altri termini, non basta un atto amministrativo, ancorché adottato sulla base del parere del Ministero della Salute o del Tavolo tecnico per la verifica dell’attuazione degli obiettivi per il piano di rientro dal disavanzo sanitario, per legittimare *“l’inserimento nel contratto di budget di una clausola di salvaguardia finalizzata alla rinuncia al contenzioso da parte*

*degli erogatori privati”.*

Ma, tra i limiti che l'amministrazione è tenuta a rispettare nell'emanare provvedimenti limitativi dei diritti e degli interessi dei cittadini vi è quello di proporzionalità, secondo il quale non è consentito adottare un provvedimento eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato.

Il principio, immanente allo Stato di diritto, ha ripreso vigore grazie alla spinta comunitaria ed è ormai inserito a pieno titolo nell'ordinamento italiano, come ribadito anche di recente da codesto Consiglio di Stato, quando ha rimarcato che, in definitiva, il principio di proporzionalità va inteso *“nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale”* (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2015 n. 284).

La ragion d'essere della clausola così detta di salvaguardia è esplicitamente enunciata nelle premesse dell'impugnato DCA n.U00555 del 20 novembre 2015 come segue: *“TENUTO CONTO di quanto più volte richiesto dai Ministeri vigilanti in sede di Tavoli di Verifica (Verbali del Tavolo Tecnico del 16.01.2014, del 18.12.2014 e del 23.02.2015) in ordine al necessario inserimento nel contratto di budget di una clausola di salvaguardia che contemperi il diritto di difesa con la tutela dell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti e alla stabilità del sistema sanitario”.*

Ora, che sia stato violato il principio di proporzionalità risulta evidente non solo dal fatto che il contemperamento dei due valori è avvenuto con l'integrale sacrificio della posizione del privato - non essendo contemplata alcuna eccezione al sacrificio totale del diritto di difesa (neppure quella conseguente alla peculiarità della situazione della ricorrente come illustrata nei motivi del ricorso di primo grado) - ma anche dal fatto che la rigidità della clausola va ben aldilà della necessità di tutelare l'interesse pubblico alla certezza dei rapporti e alla stabilità

del sistema sanitario.

Quanto alla certezza dei rapporti questa è assicurata dalla disponibilità delle parti a negoziare, pur nei ristretti limiti imposti dalla scarsità delle risorse a disposizione, in vista di una decisione amministrativa che contemperi effettivamente tutti gli interessi pubblici e le situazioni meritevoli di tutela.

Quanto alla stabilità del sistema sanitario, non è affatto vero che l'accoglimento di ricorsi proposti contro la determinazione dei budgets individuali comporti lo sfioramento del tetto complessivo di spesa. E' vero esattamente il contrario, in quanto, secondo il sistema di cui all'articolo 8-quinquies del d.lgs. n. 502/1992, l'insieme dei budgets assegnati alle singole strutture va a comporre il tetto massimo di spesa stabilito dal Piano sanitario regionale, per cui l'eventuale accoglimento di un ricorso, proposto contro un singolo budget, non produce non lo sfioramento del tetto ma la rimodulazione dei budgets di quelle strutture che erogano il medesimo servizio. E di questo il primo giudice era perfettamente consapevole, tanto è vero che ha imposto, con l'ordinanza n. 12419/2015 *"l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei soggetti che vedrebbero la loro posizione compromessa qualora il ricorso fosse accolto"*, autorizzando altresì la notificazione per pubblici proclami, dato l'elevato numero dei controinteressati e la difficoltà di individuarli tutti.

**5.2)** Quanto al terzo passaggio, non è affatto vero che la clausola abbia lo scopo di *"definire un conflitto già in essere o potenziale relativo a concrete e definite questioni."* Definire un conflitto significa accertare chi abbia ragione e chi abbia torto su di una controversia specifica, non, come è nel caso di specie, attribuire al contraente forte il potere di negare al contraente debole il diritto di ottenere su ogni controversia, qualsiasi essa sia, la pronuncia del giudice.

**5.3)** Così come l'affermazione secondo cui *"chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa sanità pubblica è costretta"*, non può certo significare che detti limiti possano essere

determinati ignorando i fini pubblici o in spregio alle modalità fissate dalla legge.

5.4) Quanto al penultimo passaggio, l'affermazione secondo cui, *"in alternativa, agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato"*, a parte la brutalità dell'espressione, si tratta di una considerazione fuorviante. Infatti, a ben vedere, è pacifico che le strutture accreditate sono caratterizzate da un regime particolare, che richiede il possesso di requisiti ulteriori di qualificazione rispetto alla generalità dei soggetti che operano nel settore sanitario; requisiti che richiedono una diversa struttura organizzativa e produttiva che si predispone e si sostiene (specie se si considera l'ambito sanitario) con ingenti oneri finanziari.

Ora, se l'alternativa alla stipula del contratto è rinunciare all'accreditamento istituzionale, ciò vuol dire riconvertire la propria struttura produttiva per svolgere una diversa attività, aggiungendo ulteriori spese alle perdite già subite. Da cui si ha l'ulteriore prova della perentorietà dell'obbligo richiesto al contraente di rinunciare a far valere le proprie ragioni davanti ad un giudice e, quindi, accettare a scatola chiusa quanto stabilito dall'Amministrazione.

5.5) La conclusione che l'ordinanza n. 906/2015 trae da queste argomentazioni è che, in definitiva, la clausola *" , possa equivalere ad una formula transattiva necessaria in presenza di fattori e vincoli di ordine costituzionale e finanziario che sovrastano la volontà delle parti"*.

E' appena il caso di ricordare che la transazione è un contratto concluso tra due o più parti al fine di porre termine ad una lite già iniziata o di prevenirla, qualora sussista il serio pericolo che la stessa possa essere instaurata. Si tratta di un contratto tipico, espressamente regolato dal codice civile, che nell'art. 1965 lo definisce come *"il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere fra loro"*.

Ora nessuno degli elementi caratterizzanti la transazione è presente nel caso di specie: non c'è lo stato di incertezza riguardo ad una situazione



giuridica, che neppure è enunciata nella sua concretezza, né lo scopo comune delle parti di porvi termine. Non ci sono le concessioni reciprocamente effettuate dalle parti al fine di raggiungere l'accordo. Non c'è il bilanciamento degli interessi delle parti attraverso vicendevoli sacrifici. Non ci sono controversie relative a diritti disponibili (art. 1966 cod. civ.), perché l'oggetto della possibile lite cade su di un atto autoritativo che definisce il contenuto del futuro contratto.

C'è, invece, la pretesa alla sottoscrizione di una clausola di rinuncia al diritto di impugnare una determinata categoria di atti amministrativi autoritativi, in patente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione; clausola nulla per violazione degli articoli 1229, comma 2, 1343, 1418 e 1419 c.c.

**5.6)** La conseguenza ulteriore che emerge da una impostazione che, sul piano applicativo, estende la ben delineata figura giuridica della transazione dall'ambito della trattazione del singolo caso a quello dell'imposizione di una clausola generale di contratto inserita autoritativamente dal contraente più forte, è che, nel nostro sistema, gli atti coperti dalla clausola di salvaguardia (provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto) vengono unilateralmente sottratti ad ogni forma di sindacato giurisdizionale, finendo per non rientrare la questione né nella cognizione del giudice ordinario né in quella del giudice amministrativo.

Le Sezioni unite civili della Cassazione hanno però appena ribadito con sentenza 27/01/2016, n. 1519, come:

*“3. Nel regime di accreditamento applicabile ratione temporis, che è subentrato al regime di convenzionamento originariamente previsto, i rapporti tra regioni e case di cura ” conservano la loro natura concessoria e sono configurabili come concessioni ex lege alle strutture autorizzate ed accreditate di attività di servizio pubblico” (Sez. U, Sentenza n. 12178 del 12/06/2015, in motivazione 9). Quindi, le vertenze tra regioni e case di cura sul pagamento dei corrispettivi*

sono annoverate tra quelle riguardanti sì pubblici servizi ma concernenti "indennità, canoni ed altri corrispettivi", che, ai sensi del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, comma 1 e della L. n. 205 del 2000, art. 7, lett. a), e per effetto di Corte cost. n. 204 del 2004, sono devolute al giudice ordinario (Sez. U, Ordinanza n. 603 del 14/01/2005, Rv. 581496). Tale devoluzione opera laddove la controversia abbia per oggetto unicamente l'effettiva debenza dei corrispettivi senza coinvolgere la verifica dell'azione autoritativa della regione. Infatti il pagamento delle prestazioni delle case di cura accreditate avviene secondo accordi contrattuali e, per questa via, il giudice ordinario può direttamente accertare e sindacare le singole voci costitutive del credito fatto valere dalle strutture private (Sez. U, Sentenza n. 10149 del 20/06/2012, Rv. 623050). Tal genere di vertenze non comporta alcun controllo dell'azione autoritativa dell'amministrazione sul rapporto sottostante o l'esercizio di poteri discrezionali nella determinazione di indennità, canoni o altri corrispettivi, sicché esula dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi (Sez. un, Ordinanza n. 3046 del 13/02/2007).

4. Diversamente, è indiscutibile che "l'esercizio del potere di attribuire alla struttura accreditata questa o quella classificazione in relazione ai requisiti qualitativi e quantitativi del servizio e quindi alle consistenze di dotazioni e personale, tecnico, sanitario e amministrativo, sia attività espressione della conduzione del servizio pubblico sanitario sindacabile solo dal giudice amministrativo" (Sez. U, Sentenza n. 5769 del 12/04/2012, in motivazione). A quest'ultimo appartiene, infatti, la giurisdizione esclusiva laddove la vertenza tocchi l'organizzazione e le modalità di attuazione del servizio pubblico in presenza di potestà pubblicistiche, come quelle per il riconoscimento sanante di maggiori capacità operative di strutture sanitarie convenzionate (Sez. U, Sentenza n. 16391 del 27/07/2011, Rv. 618580)."

È quindi pacifico che le controversie afferenti la legittimità dell'azione autoritativa sul rapporto sottostante la stipula del contratto, si collocano al di fuori della giurisdizione ordinaria ed appartengono a quella del

giudice amministrativo.

Se quest'ultimo afferma di non potersi pronunciare sul rapporto sottostante a causa della clausola di salvaguardia, che impone al contraente privato di rinunciare all'impugnazione dei provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, allora è chiaro che il sistema di protezione giurisdizionale del cittadino contro gli atti della Pubblica Amministrazione non funziona. In altri termini, ci si trova di fronte ad un caso di scuola di negata giustizia.

Ma il diniego di giustizia si pone in contrasto sia con i principi costituzionali di diritto interno che di quelli comunitari. Cioè non solo con l'art. 113 della Costituzione, ma anche del Trattato dell'Unione Europea, che all'articolo 6 riconosce piena efficacia giuridica alla Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione del 7 dicembre 2000 adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo) e chiarisce che l'Unione aderisce alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), specificando all'ultimo comma che *“i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*. Ed è in questo ordine di idee che l'articolo 47, laddove dichiara come *“Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un tribunale, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. Il patrocinio a spese dello Stato è concesso a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti, qualora ciò sia necessario per assicurare l'effettività dell'accesso alla giustizia.”* In sostanza il diritto di difesa, offeso dal diniego di giustizia, non solo è garantito dal diritto costituzionale interno ma anche da quello europeo,

che stabilisce i principi generali comuni a tutti gli Stati membri.

\*\*\* \*\*

**B) RIPROPOSIZIONE DEI MOTIVI DI RICORSO NON  
ESAMINATI DAL TAR DEL LAZIO.**

*Ricorso introduttivo:*

*1. Violazione e falsa applicazione degli art. 8 e s.s., D.lgs. 502/1992. Violazione degli artt. 3 e 7 della legge 241/90. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità, irragionevole disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta. Travisamento dei fatti. Sviamiento. Violazione del principio di affidamento e di irretroattività dell'azione amministrativa.*

1.1-Come si è anticipato, l'opinabile metodologia applicata dalla Regione ha condotto ad una determinazione dei tetti di spesa particolarmente penalizzante per le Strutture interessate da procedure concorsuali.

In particolare, dopo che nell'attribuzione dei *budget* provvisori la Regione aveva confermato un finanziamento in misura pressoché corrispondente rispetto all'anno precedente, con il DCA 332/2015 è stato operato un taglio del 20 per cento rispetto al finanziamento con una decurtazione superiore ai sei milioni di euro.

Ciò in quanto la Struttura avrebbe fatto registrare nel 2014 un forte calo della produttività in ragione del quale l'applicazione dei neo introdotti criteri avrebbe determinato un abbattimento rispetto al *budget* dell'anno precedente del 45,9 per cento; tale impatto sarebbe stato poi mitigato mediante il riassorbimento entro il *range* di stabilità del 20 per cento.

Si tratta di una scelta erronea ed iniqua.

In disparte la palese illegittimità dei neo introdotti criteri individuati per la fissazione dei tetti di spesa, sulla quale si avrà modo di ritornare, la Regione non ha in alcun modo considerato **la peculiare situazione in cui versava la Struttura nell'anno 2014, caratterizzata dalla sospensione dell'autorizzazione all'esercizio protratta per quasi**

**l'intero anno con conseguente impossibilità di accettare nuovi ricoveri.**

Per tale ragione il calo della produzione subito nel 2014 non può considerarsi strutturale e non legittima in alcun modo una proiezione economica negativa per le successive annualità.

In tale contesto, prendere come riferimento ai fini della determinazione del *budget* per l'anno 2015 la produzione della precedente annualità, grandemente scemata a causa dell'intervenuta sospensione del titolo abilitativo, appare arbitrario ed iniquo: così facendo, infatti, si stabilizzano e si proiettano stabilmente nel tempo gli effetti negativi di una situazione obiettivamente eccezionale; il tutto in aperto contrasto con la *ratio* sottesa alla procedura di amministrazione controllata la quale tende a ristabilire l'equilibrio economico dell'impresa in crisi fino al recupero della piena produttività in modo da salvaguardare sia la continuità nell'erogazione dei beni e servizi che la stabilità dei livelli occupazionali.

Proprio per tale ragione, e non a caso, la ricorrente ha assunto precisi obblighi tesi a *"a mantenere inalterati i livelli occupazionali"* (435 contratti di lavoro) ed *"a proseguire l'attività d'impresa caratteristica del ramo ospedaliero"*, la cui concreta sostenibilità dal punto di vista economico presuppone necessariamente una sostanziale stabilità del finanziamento.

Del resto, negli incontri preparatori alla cessione, gli enti coinvolti avevano sottolineato l'imprescindibile necessità che la struttura ripristinasse i livelli di produttività anteriori rispetto all'avvio della procedura concorsuale; ciò anche in vista del Giubileo che avrebbe interessato la Capitale e della posizione strategica dell'Istituto rispetto ai principali luoghi di pellegrinaggio (via Aurelia).

Sfugge a qualsiasi logica colpire in maniera indiscriminata senza tenere conto della finalità chiaramente conservativa e ripristinatoria (e non liquidatoria) che contraddistingue la procedura di amministrazione

straordinaria.

**1.2** Il trattamento subito dalla ricorrente, oltretutto irrazionale e discriminatorio, si pone peraltro in insanabile contraddizione con le stesse premesse da cui muove il gravato decreto, a tenore del quale *“per alcune strutture interessate da procedure concorsuali nell’anno 2014, l’applicazione del criterio di cui sopra potrebbe produrre ulteriori rischi di sostenibilità aziendale tali da poter compromettere l’efficacia della rete assistenziale”*.

Ma se tale affermazione è vera - e non si ha motivo di dubitarne - ciò avrebbe dovuto indurre la Regione ad applicare un *range* di stabilità pari, o addirittura, migliore rispetto alla soglia individuata per le altre strutture (5%) e non già un’irragionevole previsione negativa attuata addirittura nella misura del 20%.

In altri termini, se lo scopo della Regione fosse davvero stato quello di garantire la stabilità aziendale e la sostenibilità del sistema, ciò avrebbe necessariamente imposto l’invarianza del finanziamento rispetto all’anno precedente.

Tale discrasia palesa l’evidente difetto di motivazione che affligge la contestata decurtazione, adottata in assenza di validi criteri metodologici e non supportata da idonea istruttoria.

**1.3.** Nel quadro dei profili di illegittimità che inficiano il DCA 332/15 non può del resto non evidenziarsi la contraddittorietà con i precedenti atti dell’amministrazione regionale e la violazione del principio dell’affidamento e della programmazione, avendo assegnato al San Carlo di Nancy, in applicazione di nuovi e diversi criteri rispetto al passato e mai resi noti, un budget di prestazioni ospedaliere per acuti 2015 inferiore del 20% rispetto al budget 2014 e del 15% rispetto a quello stabilito con i provvedimenti provvisori, prevedendo, oltretutto, che tale budget dovrà comunque *“riassorbire la produzione erogata nei mesi precedenti”*.

Come si detto nella parte narrativa, fino al mese di giugno 2015, il

budget provvisoriamente assegnato al san Carlo è stato pari a quello del 2014 (che ammontava a euro 32.693.509,00) con una riduzione del 5%, mentre quello assegnato per il 2015 è pari a euro 26.154.807,00.

Com'è noto, lo scopo dei budget provvisorio è quello di consentire alle strutture di poter operare avendo un'idea di quello che sarà assegnato in via definitiva (sulla base delle risorse finanziarie effettivamente disponibili). Per tale motivo, normalmente, lo scostamento tra budget provvisorio e quello definitivo è giustificabile unicamente in ragione della minore disponibilità finanziaria.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che *"l'adozione di tali atti di programmazione provvisoria - conseguente all'esigenza di far fronte ad un sistema che richiede tempi tecnici non comprimibili in relazione alle varie fasi procedurali previste dalla legge che fisiologicamente si svolgono solo in epoca successiva all'inizio dell'erogazione del servizio - consente, infatti, all'operatore di porre in essere scelte consapevoli sulla base di previsioni attendibili ancorché suscettibili di limitate correzioni.*

*Viene, in tal guisa, soddisfatta l'esigenza degli operatori di programmare la loro attività ancor prima dell'approvazione dell'atto definitivo, sulla base di tutti gli elementi conoscibili già nella fase iniziale dell'esercizio di riferimento"* (Cons. St., Ad. Plen. n. 3/2013)

Nella specie, la Regione non solo non ha rilevato particolari esigenze derivanti da una minore disponibilità finanziaria, ma, ha addirittura evidenziato (pag. 7 del DCA 332/15), un avanzo di risorse (*"CONSIDERATO di dover accantonare € 7 milioni per il perseguimento di ulteriori obiettivi di programmazione regionale e per l'implementazione delle reti cliniche"*).

Inoltre, l'entità della decurtazione, rispetto ai budget del 2014 (-20%), ed ai budget provvisori (-15%) certamente non rientra nelle limitate correzioni che, secondo la giurisprudenza, sono ammissibili in sede di programmazione definitiva e integra la violazione del principio di

irretroattività degli atti amministrativi.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, non ha ammesso in via incondizionata la legittimità della determinazione dei budget con effetto retroattivo, ma ha individuato gli specifici caratteri che deve possedere la programmazione con effetti *ex tunc* nonché i limiti entro i quali il connesso potere deve necessariamente dispiegarsi per poter essere positivamente valutato (CdS, Ad. Plen., sent. 12 aprile 2012, n.3;).

Come ha riconosciuto la stessa Adunanza Plenaria, infatti, *“la considerazione dell’interesse dell’operatore sanitario a non patire oltre misura la lesione della propria sfera economica anche con riguardo alle prestazioni già erogate fa sì che la latitudine della discrezionalità che compete alla regione in sede di programmazione conosca un ridimensionamento tanto maggiore quanto maggiore sia il ritardo nella fissazione dei tetti”* (ivi).

**Appare dunque evidente l'eccesso di potere per sviamento, posto che non emerge né dalla motivazione del DCA 332/15 né, tantomeno, dalla successiva nota esplicativa del 07/10/2015, la concreta dimostrazione circa una reale ed effettiva minore produttività delle strutture sottoposte a procedure concorsuali nel corso del 2014, che possa assurgere a parametro per la riduzione dei relativi budget.**

La decisione di decurtare in modo significativo il budget esclusivamente di 3 Strutture solo perché interessate da procedure concorsuali (tutte in amministrazione straordinaria) nel 2014 e sull'assunto infondato della loro minore produttività, appare ingiustificata ed arbitraria considerato altresì che la stessa è avvenuta sulla base dell'applicazione di criteri nuovi senza che gli stessi fossero preventivamente condivisi con i soggetti coinvolti e, in particolare, con le strutture maggiormente penalizzate.

La tutela delle legittime aspettative degli operatori privati, in coerenza con il fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici, riposa, infatti, sulla valorizzazione dell'affidamento degli operatori economici -



sottolineato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2006 e ripreso, con ulteriori accenti, dalla decisione della Adunanza n. 3 del 12 aprile 2012.

La tutela di tale affidamento richiede, pertanto, che *“le decurtazioni imposte, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno. Più in generale, la fissazione di tetti **retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio**, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli”* (Adunanza plenaria n.3 del 12 aprile 2012, cit.).

Se solo l'Amministrazione avesse consentito la partecipazione della ricorrente (Cons. St., sez. V, 16 marzo 2011, n. 01620), non sarebbero rimaste inesprese queste elementari evidenze.

Nella specie, sono state stabilite regole specifiche e diverse per tre strutture e tali regole non hanno carattere di programmazione in senso stretto, né, tanto meno, hanno carattere generale, ma assumono, invece, carattere settoriale (perché colpiscono in modo significativo solo 3 soggetti ben determinati: proprio quelli che sono stati sottoposti a procedure concorsuali nel corso del 2014).

Pertanto, la situazione della ricorrente avrebbe meritato un ben più approfondito accertamento istruttorio dei presupposti di fatto di una così incisa riduzione. Nel merito, si osserva che San Carlo - proprio tenuto conto della sua particolare condizione di ripristino dell'equilibrio economico - avrebbe dovuto essere informata sia sulla introduzione dei nuovi criteri e sulla loro modalità di applicazione, sia sulla intenzione della Regione di penalizzare solo alcune strutture, perché non solo avrebbe potuto fornire i dati corretti di produzione relativi al 2014, ma avrebbe oltretutto potuto dimostrare come, a seguito dell'intervenuta

cessione e dei conseguenti investimenti per l'adeguamento della struttura che ne avevano inibito l'attività nel corso dell'anno 2014, la stessa avesse incrementato la propria produttività in ragione delle prescrizioni imposte dal piano di risanamento allo scopo di conservare i livelli occupazionali e produttivi stabiliti con la procedura di amministrazione straordinaria.

Il DCA 332/15 ha invece previsto, in modo del tutto ingiustificato e discriminatorio rispetto alle altre strutture, una disciplina specifica:

- a) per le strutture *"interessate da procedure concorsuali per l'anno 2014"*;
- b) per le quali l'applicazione dei nuovi criteri *"potrebbe produrre ulteriori rischi di sostenibilità aziendale tali da poter compromettere l'efficacia della rete assistenziale"*;
- c) laddove dette procedure concorsuali abbiano *"generato un forte calo della produttività"*;
- d) *"con effetti tali da determinare, applicando la metodologia sopra descritta un decremento del budget 2014"*;
- e) stabilendo di assegnare, a dette strutture, *"un livello massimo di finanziamento pari all'80% del budget 2014"*.

I profili di illegittimità sono diversi.

Come si avrà modo di meglio argomentare nel prosieguo, il DCA 332/15 è illegittimo, anzitutto, perché introduce, in sostituzione del criterio dei tetti di spesa storici (utilizzato fino ai 2014), un criterio di produttività (non meglio argomentato e descritto) che - da quanto si desume - si basa esclusivamente sulla verifica della produzione (in termini di ricoveri per acuti) erogata nell'anno 2014 e partendo da questo dato (attraverso la metodologia di cui all'Allegato A) opera il calcolo delle dimissioni attese per l'anno 2015 per Istituto, classe DRG e regime.

Ora, in disparte il fatto che il passaggio dal vecchio al nuovo criterio avrebbe dovuto essere supportato da un'adeguata istruttoria e motivazione (del tutto carenti nel DCA 332/15), sta di fatto che il criterio di produttività, per come configurato ed applicato, e come si avrà modo

di chiarire ulteriormente al punto 1.4., non è correlato in alcun modo all'effettiva capacità produttiva delle singole strutture (verificata anche alla luce del fabbisogno dei singoli distretti), ma si appiattisce sul numero del ricoveri per acuti di un determinato esercizio (il 2014), cristallizzandone i dati e ponendoli a base delle proiezioni delle dimissioni per l'anno 2015. Ma ciò non può considerarsi legittimo e, prima ancora ragionevole, visto che la verifica della produttività avrebbe richiesto ben altro tipo di accertamento, di certo non limitato ad un solo esercizio.

Fatto sta che, mentre per la generalità delle strutture, gli effetti della minore o maggiore produttività così calcolata per l'anno 2014 sono stati contenuti con la riconduzione del budget 2015 in un range di variabilità compreso tra il +5% e il -5% rispetto al 2014, per le strutture in procedura concorsuale nell'anno 2014 l'applicazione del criterio è stato molto penalizzante. Sotto questo punto di vista, l'applicazione del criterio della produttività (così come configurato) ha avuto come principale scopo ed effetto quello di colpire le strutture interessate da procedure concorsuali nel 2014, consentendo alla Regione di imputare alle stesse (secondo una metodologia erronea, come si dirà) un calo della produttività superiore al 20% e di applicare una ingiustificata riduzione del 20% del volume delle prestazioni rispetto al budget del 2014.

Significativo è del resto il fatto che la verifica della produttività sia stata limitata al solo 2014 (ossia proprio all'anno in cui tre strutture sono state interessate da procedure concorsuali) senza neppure osservare i dati relativi agli anni pregressi (come sarebbe stato più logico fare), e ciò al chiaro scopo di distrarre risorse alle strutture interessate nel 2014 da amministrazione straordinaria (Villa Tiberia, San Carlo di Nancy e IDI) per un totale complessivo di Euro 16.423.389, finendo così per gratificare gli erogatori che, nel corso dell'anno 2014 avevano superato il tetto di spesa.

**1.4 - Chiarito ciò in ordine all'illegittima disparità di trattamento subita**

dalla ricorrente rispetto alle altre strutture che si sono viste ridurre il finanziamento nella misura massima del 5 per cento, vanno necessariamente stigmatizzati i presupposti criteri sulla base dei quali la Regione è pervenuta alla determinazione dei *budget* ipotetici, sui quali è stato poi operato il ridetto correttivo (c.d. *range* di stabilità: 5 per cento per tutti gli erogatori, tranne le strutture interessate a procedura concorsuali 20%).

In estrema sintesi, analizzati i criteri enucleati dal DCA 332/2015, corredati dai dati e dalle precisazioni contenute nella nota regionale n. 536020 del 07.10.2015, l'Amministrazione ha determinato il finanziamento per l'anno 2015 in base alla seguente metodologia:

1. è stata presa in considerazione la **produzione lorda di ciascun erogatore per l'anno 2014, comprensiva di quella erogata oltre il tetto di spesa assegnato per detto anno**. Ciò si evince chiaramente dall'allegato 1 alla citata nota regionale, ove i valori riportati eccedono il *budget* assegnato;
2. tale produzione è stata poi valorizzata in termini economici, applicando i neo introdotti abbattimenti tariffari (cfr. allegato 2);
3. su tale valore economico sono stati applicati abbattimenti in relazione agli esiti (mai comunicati) dei controlli automatici di appropriatezza organizzativa (APPRO 3 e APA) (cfr. allegato 3, *il quale contiene unicamente il numero di ricoveri risultati inappropriati senza ulteriori specificazioni*);
4. è stato calcolato il numero di dimissioni attese per acuti, proporzionalmente riparametrato in base al tasso di ospedalizzazione introdotto dalla *spending review* (160 x 1000 abitanti). Al riguardo è stato messo a confronto il tasso di ospedalizzazione di 160 x 1000 abitanti, normativamente previsto, e quello osservato nella Regione Lazio, facendo riferimento ai dati sulla popolazione ISTAT al 1 gennaio 2014 ed il livello di ospedalizzazione desumibile dal rapporto SDO del

Ministero della Salute per l'anno 2013;

5. il numero di dimissioni è stato poi valorizzato in termini economici;
6. il livello di finanziamento così ottenuto è stato ulteriormente abbattuto in ragione del trasferimento di alcune specialità da regime di ricovero a quello di ambulatoriale;
7. la somma così determinata è stata ricondotta entro un *range* di stabilità pari al +/- 5 %, assorbendo entro tale limite gli scostamenti, in senso negativo o positivo, superiori a tale misura;
8. alle strutture con meno di 40 p.p.l.l. è stato assegnato un budget pari ai 9/12 del risultato così ottenuto.

Tali criteri, se considerati singolarmente, sono per un verso errati e per altro verso illegittimi, mentre nel loro insieme non valgono a rendere compiutamente intellegibile la motivazione posta a fondamento della scelta di tale metodologia.

1.5- Errata ed illegittima è sicuramente la scelta di prendere in considerazione la **produzione lorda, ossia erogata anche oltre il tetto di spesa assegnato per l'anno 2014**, per effetto della quale se la struttura ha avuto una produzione superiore al tetto di spesa riceverà un incremento sul *budget* 2015, mentre se inferiore un abbattimento, il tutto nei limiti del +/- 5%.

Paradossalmente tale previsione finisce per premiare gli erogatori che hanno superato il tetto di spesa, anziché quelli più efficienti che hanno calibrato l'erogazione dei ricoveri entro il *budget* assegnato, nonostante **la vigente normativa vieti categoricamente di riconoscere, a qualsiasi titolo, le prestazioni erogate oltre il budget**, imponendo, anzi, agli erogatori di programmare e modulare la produzione per soddisfare il fabbisogno assistenziale della popolazione in modo omogeneo per tutto l'anno.

Come è noto, le deliberazioni con le quali vengono fissati i tetti di spesa per le prestazioni dei soggetti accreditati con il servizio sanitario nazionale sono assunte in attuazione di precisi vincoli che discendono

dalla necessità di rispettare la disciplina speciale sul rientro dai disavanzi delle regioni (Consiglio di Stato, Sez. III n. 924 e n. 935 del 21 febbraio 2012).

L'osservanza del tetto di spesa rappresenta pertanto **un vincolo ineludibile**, che costituisce la misura delle prestazioni sanitarie che il servizio sanitario nazionale può erogare e può quindi permettersi di acquistare da ciascun erogatore privato (Consiglio di Stato sez. III 10 aprile 2015 n. 1832 ).

In tale contesto, ciascun erogatore assume l'impegno negoziale della struttura sanitaria privata a non superare, per tutto l'esercizio e per ciascun quadrimestre, il tetto programmato di spesa assegnatole e, in contrario, **la maggior produzione non può essere in alcun modo riconosciuta.**

Si tratta di regole note, costantemente riconosciute dalla stessa Regione che ha sempre scoraggiato l'erogazione di produzione *extra - budget*, rifiutandosi di riconoscere qualsivoglia remunerazione per le prestazioni erogate oltre il tetto di spesa.

Per effetto dei gravati provvedimenti, invece, lo sfioramento del tetto di spesa, anziché essere scoraggiato, viene assunto come parametro di incremento per l'anno successivo; scelta, questa, illogica e paradossale che rende evidente l'illegittimità della contestata metodologia.

L'iniquo criterio qui censurato ha inciso negativamente proprio nei confronti di quelle strutture che hanno virtuosamente orientato la produzione entro i limiti del tetto di spesa assegnato e che si sono viste ulteriormente decurtare il proprio *budget* nella misura del 5 per cento in meno rispetto all'anno precedente.

Di fatto tale decurtazione, comunicata solo nel mese di luglio, ha posto le strutture accreditate nell'impossibilità di programmare e di distribuire omogeneamente i ricoveri erogabili su tutto l'arco dell'anno; gli atti impugnati, arbitrariamente lesivi del legittimo affidamento maturato dagli erogatori, sono quindi illegittimi anche in ragione della

ingiustizia e disparità di trattamento che contengono.

**1.6** - Va parimenti censurata la scelta di ridurre proporzionalmente le dimissioni attese al fine di operare una *“riconduzione entro il limite massimo al Tasso di Ospedalizzazione programmato di 160 per mille abitanti di cui 120 per RO e 40 per DH”*, in quanto la Regione Lazio già rispetta tali parametri.

Come di recente confermato dalla stessa Amministrazione con il decreto 368/2014 con *“21.587 posti letto (fonte NSIS aggiornata a giugno 2014) risponde allo standard massimo previsto, sia complessivamente (3,7 posti letto per 1.000) che per il setting dell’acuzie (3,0 per 1.000) e della post acuzie (0,7 per 1.000).”*

Ed infatti, come si desume dal documento *“Rapporto annuale sull’attività di ricovero ospedaliero Dati SDO 2014”*, pubblicato a giugno del 2015 dalla Direzione Generale della Programmazione sanitaria del Ministero della Salute, risulta che nella Regione Lazio il tasso di ospedalizzazione regionale risulta pari a 154,22 per 1.000 abitanti (valore inferiore allo standard di 160 per 1.000– confronta pag. 122).

Se si considera inoltre che, il dato della popolazione si è ulteriormente incrementato per l’anno 2015, essendo la popolazione passata a 5.892.425 (dati ISTAT al 1° gennaio 2015), è chiaro come il citato parametro sia stato ulteriormente ricondotto al di sotto dello standard massimo di posti letto previsto dalla L.135/2012.

Non si riesce dunque a comprendere tanto il richiamo al rispetto del tasso di ospedalizzazione, già soddisfatto dalla Regione, quanto il motivo per il quale il decreto 332/2015 faccia anacronisticamente riferimento a dati sulla popolazione 2013 anziché a quelli del 2015.

Non solo.

Il ridetto tasso di ospedalizzazione che la Regione ha impropriamente preso come riferimento ai fini della determinazione dei tetti di spesa è stato recentemente attinto da una declaratoria di illegittimità costituzionale. Con la recente sentenza n. 125 del 1 Luglio 2015, la Corte

costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dei tassi di ospedalizzazione introdotti dall'art. 15, comma 13, lettera c), del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, nella parte in cui si applica alle Regioni a statuto speciale (le uniche che avevano proposto il relativo ricorso).

Ha osservato in particolare la Corte, richiamando la propria consolidata giurisprudenza, come *“la ridefinizione del numero dei posti letto fruibili va ricondotta alle materie della «tutela della salute» e del «coordinamento della finanza pubblica» (sentenza n. 289 del 2010). I primi due periodi dell'art. 15, comma 13, lettera c), del d.l. n. 95 del 2012, che ne prevedono la riduzione, sono pertanto ascrivibili a detti titoli di competenza legislativa, secondo cui lo Stato determina i principi generali della materia e le Regioni la normazione specifica”*.

A fronte di ciò, *“le norme impugnate non si articolano in enunciati generali riconducibili alla categoria dei principi, ma pongono in essere una disciplina di dettaglio. Ciò comporta che le misure in considerazione non possono trovare fondamento nella potestà legislativa concorrente dello Stato”*.

È stata quindi dichiarata l'illegittimità costituzionale dei neo introdotti tassi di ospedalizzazione.

Si tratta di considerazioni pienamente estendibili anche alle Regioni a statuto ordinario, in quanto la *«tutela della salute»* e del *«coordinamento della finanza pubblica»* costituiscono materie soggette alla potestà legislativa concorrente.

Conseguentemente, e per le medesime ragioni sopra evidenziate con riferimento alle Regioni a statuto speciale, l'analitica e dettagliata disciplina introdotta dalla legislazione statale appare lesiva delle competenze attribuite alle Regioni.

L'illegittimità costituzionale di tale presupposta disciplina non può che viziare il gravato DCA 332/2015 che ne ha recepito acriticamente gli esiti senza operare alcuna autonoma valutazione, ritenendosi, per contro, vincolato a tali parametri: un paradigmatico travisamento dei fatti che



ha assorbito ogni doverosa valutazione sulle effettive necessità del fabbisogno regionale.

**1.7-** Neppure gli altri criteri enucleati sono scevri da vizi.

Basti solo considerare, a tacer d'altro che:

- il tasso di ospedalizzazione osservato nella Regione Lazio, e la corrispondente riduzione delle dimissioni attese, è stato stimato sulla base di dati non più attuali, quali la popolazione ISTAT al 1 gennaio 2014 (5.870.451) anziché quella al 1 gennaio 2015 (5.892.425), di entità superiore, già pubblicata e disponibile al momento dell'emanazione del decreto; pure anacronistico è il riferimento al rapporto SDO del Ministero della Salute per l'anno 2013, atteso che è già stato da tempo pubblicato il rapporto per il successivo anno 2014 (sicuramente più aggiornato);

- vengono presi in considerazione gli esiti dei controlli automatici per l'anno 2014, i quali non sono stati ancora comunicati agli erogatori. L'opinabilità e l'inaffidabilità del criterio prescelto risultano del resto dimostrate dall'avvertita necessità da parte della Regione di riassorbire le differenze di *budget* rispetto all'anno precedente entro un *range* di stabilità del +/- 5 per cento; scelta obbligata in ragione delle vistose anomalie e dei risultati irrazionali a cui avrebbe condotto la coerente applicazione della contestata metodologia.

Il che dimostra l'illegittimità del criterio prescelto, frutto di scelte irrazionali e foriero di gravi ed illegittime disparità di trattamento tra gli erogatori.

**1.8** - La contestata determinazione del tetto di spesa è altresì illegittima sotto un ulteriore profilo.

Come si è anticipato, al dichiarato intento di ricondurre la soglia dei ricoveri in *day hospital* entro il tasso di ospedalizzazione fissato dalla *spending review* (40 p.p.l.l. su 1000 abitanti), alcune specifiche specialità mediche attualmente erogate in regime di ricovero sono state trasferite in regime ambulatoriale; con l'espressa precisazione secondo cui "per

*accedere al budget APA aggiuntivo, determinato come sopra descritto, occorre essere in possesso dei requisiti di autorizzazione e accreditamento, e condizioni di erogabilità, che verranno definiti dall'Area Autorizzazione e Accreditamento con successivo decreto del Commissario ad Acta".*

Si è già avuto modo di evidenziare l'illegittimità di tale tasso di ospedalizzazione, peraltro già rispettato dalla Regione.

La de-ospedalizzazione di tali prestazioni non va neppure esente da rilievi critici per le modalità con cui è stata attuata: con un inammissibile inversione logica **viene infatti ad essere assegnato un budget senza aver prima rilasciato la relativa autorizzazione per erogare tali specialità in regime ambulatoriale.**

Tale *budget*, quindi, formalmente riconosciuto, ha tuttavia valore meramente programmatico in quanto non consente l'erogazione immediata delle corrispondenti prestazioni fino all'adozione dei necessari provvedimenti autorizzatori.

In tale contesto, il riconoscimento, solo a luglio 2015, di un *budget* aggiuntivo APA a discapito di quello per acuti appare velleitario, in quanto la Struttura non potrà comunque utilizzare tale finanziamento aggiuntivo nelle more dell'adozione degli ulteriori provvedimenti sopra evidenziati; provvedimenti per la cui adozione il Decreto 332 non indica una tempistica neppure indicativa, e che, nella più ottimistica delle ipotesi, interverranno solo in chiusura d'anno.

Paradossalmente, una previsione di livello migliorativo sui tetti di spesa si risolve nell'ennesimo taglio ai *budget*; ma il paradosso è solo apparente in quanto svela il malcelato intento che anima i provvedimenti impugnati, ossia quello di conseguire indebiti risparmi di spesa.

Si tratta di una conseguenza aberrante per effetto della quale intere specialità mediche e diagnostiche non potranno più essere erogate dagli operatori fino al completamento dell'*iter* autorizzativo, con gravi

ripercussioni e disfunzioni anche per il S.S.N..

*2. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 sexies, d.lgs. 502/1992, dell'art. 15 d.l. 95/2012, dell'art. 4 D.M. 18.10.2012 e del DM. 70/2015. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, illogicità, irragionevole disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta. Travisamento dei fatti. Sviamento.*

2.1 - Come anticipato in narrativa, gli atti impugnati intervengono sul sistema di remunerazione dei ricoveri per acuti, introducendo la seguente rimodulazione tariffaria:

1. DEA II Livello: 100% della tariffa;
2. DEA I Livello: 98% della tariffa;
3. Altri operatori: 96% della tariffa.

Vengono dunque ad essere privilegiati (solo) alcuni operatori ricompresi nella rete dell'emergenza e dell'urgenza (i dipartimenti emergenze e accettazione - DEA) i quali, secondo il gravato decreto dovrebbero beneficiare di maggiori risorse in quanto *"la disponibilità H24 incide significativamente sui costi di produzione"*.

Ma se così stanno le cose, ossia se le tariffe devono tenere in considerazione i maggiori costi di produzione connessi alla disponibilità H24, **non si riesce a comprendere la ragione dell'esclusione del Pronto soccorso**. Si tratta, ancora, una volta di una scelta discriminatoria volta in danno dell'odierna ricorrente, la quale, pur essendo dotata di presidio di pronto soccorso e sostenendo al pari dei DEA i costi della c.d. *"reperibilità H24"*, viene irragionevolmente penalizzata sul fronte delle tariffe.

Come è noto, la rete dell'emergenza si articola secondo livelli gerarchici di complessità in presidio di Pronto Soccorso, DEA di I Livello e DEA di II Livello, tutti tenuti ad erogare prestazioni H24, sostenendo i relativi costi.

Discriminatoria ed incomprensibile appare la scelta di diversificare la

remunerazione tariffaria in ragione del diverso ruolo ricoperto all'interno della rete dell'emergenza e dell'urgenza: i maggiori costi legati alla disponibilità H24 restano insensibili rispetto al diverso ruolo di pronto soccorso o dea; logica vuole, allora, che se i costi sono invariati per tutte le categorie anche le relative tariffe non possono essere arbitrariamente diversificate.

La premessa teorica dalla quale muove il gravato decreto è dunque palesemente errata o, meglio, pretestuosa.

Anche in questo caso si tratta di un taglio lineare delle tariffe deciso senza alcuna istruttoria e motivazione; il che spiega la mancata esclusione dai tagli dei pronto soccorso, i quali erogano una mole di prestazioni di diagnostica e specialistica considerevolmente superiore rispetto ai DEA.

2.2 L'irrazionalità della scelta risulta del resto confermata dai richiami normativi operati dalla Regione, del tutto inconferenti rispetto alla tematica affrontata.

Nel tentativo di accreditare la legittimità del proprio operato, il decreto richiama a sostegno di tale scelta il D.Lgs 517/99 ed il già richiamato DM 70/2015 (*cf. DCA 332/2015, p. 6*).

Il primo richiamo è incomprensibile; il secondo è pretestuoso.

Il D.Lgs 517/99 reca infatti norme in materia di "*disciplina dei rapporti fra Servizio sanitario nazionale ed università*", di nessuna attinenza nel caso di specie.

Anche il collegamento stabilito con il D.M. 70/2015 non appare pertinente. Come si è avuto modo di evidenziare, il ridetto decreto reca gli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera, ai quali le Regioni dovranno attenersi nel ridisegnare l'assetto dell'attuale rete ospedaliera in linea con gli obiettivi indicati dalla *spending review*.

Il decreto ministeriale, oltre a non avere connessione con la materia delle tariffe, non opera la distinzione, applicata invece dalla Regione tra DEA

e altri operatori, donde la palese pretestuosità anche di tale richiamo.

2.3 La contestata rimodulazione tariffaria si pone del resto in contrasto con la vigente normativa in materia di tariffe di cui al citato D.M. 18.10.2012.

L'art. 4 della citata disposizione prevede infatti la possibilità per le Regioni di articolare le tariffe *“per classi di erogatori, riconoscendo tariffe inferiori agli erogatori che presentano caratteristiche organizzative e di attività, verificate in sede di accreditamento istituzionale, di minore complessità”*.

Il chiaro tenore della norma impone di procedere ad un accertamento puntuale, **per ogni singolo erogatore**, sulle caratteristiche organizzative possedute, per poi procedere a raggruppamenti omogeni per classi di complessità.

La norma consente quindi di riconoscere tariffe inferiori esclusivamente per quelle strutture le quali risultino avere costi di produzione più bassi in ragione, per esempio, del minor numero di unità di personale o del possesso di apparecchiature obsolete ed economiche; **non viene invece in alcun modo previsto un sistema di modulazione delle tariffe basato su categorie astratte**. Tale verifica avrebbe dovuto essere svolta dalla Regione in sede di accreditamento definitivo.

Così tuttavia non è stato, posto che, in quella sede, è stato valutato esclusivamente il possesso dei requisiti previsti per il rilascio dell'autorizzazione all'accREDITAMENTO istituzionale, senza alcuna ulteriore indagine sugli aspetti che potevano determinare maggiori o minori costi di produzione.

Non corrisponde dunque al vero quanto sostenuto nel decreto in ordine alla *“complessità organizzativa verificata in sede di accreditamento”*, in realtà mai effettuata.

\*...\*...\*

2.4 - *In via gradata, sempre in relazione al presente motivo, questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, co. 15 – 17 bis, d.l.*

*95/2012 e dell'art. 7, co. 4, d.l. 31 dicembre 2014, n. 192.*

Le considerazioni che precedono consentono di introdurre un autonomo profilo, relativo alla legittimità costituzionale della normativa di rango primario dettata a livello nazionale e sulla base della quale sono stati adottati i conseguenti provvedimenti, a livello ministeriale e regionale, in materia di tariffe.

Per comprendere la fondatezza della questione, appare opportuno delineare brevemente il contesto normativo di riferimento.

L'art. 15, co. 15, del D.L. 95/12 ha imposto l'adozione, tramite decreto ministeriale, di un nuovo tariffario su base nazionale.

Tale intervento si era reso necessario in quanto il precedente decreto in materia di tariffe (D.M. 12 settembre 2006, recante "*Ricognizione e primo aggiornamento delle tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie*") era stato *medio tempore* annullato in via giurisdizionale a causa della pedissequa reiterazione dei precedenti tariffari risalenti ad oltre un decennio addietro.

Proprio in considerazione dell'urgenza di colmare il vuoto tariffario di cui si è detto, il Legislatore ha consentito alle competenti Autorità amministrative di derogare alla procedura ordinaria di determinazione delle tariffe, delineata dall'art. 8 *sexies*, co. 5, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, la quale impone di prendere in considerazione i costi di produzione e le quote *standards* di costi generali calcolati su un campione rappresentativo di strutture accreditate.

Secondo il *modus procedendi* ordinario prefigurato dal legislatore, l'elemento tariffario dovrebbe essere il frutto di una puntuale analisi dei singoli fattori di costo e dell'utile di impresa basato su un campione significativo.

In sede di decretazione d'urgenza si è invece consentito di impiegare una metodologia basata sull'utilizzo di dati di costo disponibili, in non pochi casi risalenti nel tempo, senza una correlativa verifica della loro

perdurante attualità.

Si è quindi imposta l'adozione di un nuovo tariffario, fissando un termine brevissimo per adempiere che, nella formulazione originaria della norma, era pari a trenta giorni dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto (7 luglio 2012 successivamente, prorogato in sede di conversione al 15 settembre 2012).

Era chiaro quindi l'interesse e la volontà del Legislatore all'immediata adozione di un sistema tariffario che colmasse i vuoti determinati, in epoca ormai risalente nel tempo, dall'annullamento giurisdizionale delle antiche tariffe mai sostituite dal Ministero; mancanza che aveva autorizzato le singole Regioni, in attesa di un intervento statale, ad adottare proprie tariffe.

Tale *iter* procedimentale così contratto e accelerato ha condotto all'approvazione del D.M. 18.10.2012, il quale, proprio in ragione di tale tempistica, sconta notevoli lacune istruttorie, come pure accertato nel corso del contezioso sviluppatosi sul punto innanzi al TAR (T.A.R. Lazio - Roma, III *quater*, sent. n. 10987 del 12.12.2013).

Come è stato appurato nel corso dell'istruttoria svolta in quella sede "*non è stato effettuato alcun adeguamento dei dati di costi disponibili ai costi effettivi L'impossibilità di effettuare tale verifica è ricollegata al ridottissimo arco temporale assegnato dal Legislatore agli organi competenti per adempiere (trenta giorni prima, prorogati a circa due mesi poi)*", al punto di "*sacrificare la certezza che tali tariffe siano effettivamente adeguate a remunerare le prestazioni erogate dalle strutture private accreditate*".

Si sarebbe dovuto trattare di un regime transitorio e di durata estremamente limitata: il legislatore aveva fissato un termine massimo di validità del neo introdotto tariffario (31.12.2013) di poco superiore ad un anno, nelle more del quale avrebbe dovuto essere avviato e concluso il procedimento ordinario, finalizzato al doveroso aggiornamento delle remunerazioni.

Proprio in considerazione della "*eccezionalità della misura e temporaneità*

della stessa" tale disposizione è stata ritenuta costituzionalmente legittima da parte del Tar del Lazio con la richiamata sentenza n. 10987 del 12.12.2013 che non ha ritenuto di sollevare la relativa questione.

Senonché, dopo l'emanazione del D.M. 18.10.2012, le competenti autorità ministeriali sono rimaste del tutto inerti, omettendo di dare avvio al procedimento ordinario di determinazione delle tariffe.

In ragione di ciò, nell'ultimo giorno utile, per effetto dell'art. 7, co. 4, d.l. 31 dicembre 2014, n. 192, la validità del predetto tariffario è stata prorogata di un'ulteriore annualità (fino al 31.12.2015); proroga della cui legittimità costituzionale appare lecito dubitare.

Con essa, infatti, sono venuti meno i caratteri eccezionali e temporanei della misura.

Quanto all'eccezionalità, si è visto che la norma nasceva dall'esigenza di colmare il vuoto tariffario venutosi a creare per effetto del disposto annullamento in via giurisdizionale; la proroga invece supplisce esclusivamente all'inerzia dell'autorità statale, le cui conseguenze negative vengono ad essere riversate sugli erogatori privati.

Quanto alla temporaneità, appare evidente come tale intervento, in forza della reiterazione, venga stabilizzato ben oltre i limiti dell'accettabile, soprattutto se si considera che è incontrovertibile la carenza istruttoria e l'inadeguatezza dell'attuale tariffario; aggiungasi che ad oggi, per quanto è dato sapere, non risulta ancora essere stato avviato l'*iter* di approvazione di un nuovo tariffario secondo le modalità ordinarie, il che rende purtroppo pronosticabile la reiterazione di una nuova proroga che non trova più alcun bilanciamento in ragioni di necessità e di urgenza, con conseguente non manifesta infondatezza della relativa questione di legittimità costituzionale.

Quanto alla rilevanza, è sufficiente evidenziare come, per effetto di una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale, verrebbe meno la validità del tariffario introdotto con il D.M. 18.10.2012 e dei



conseguenti provvedimenti regionali che ne hanno recepito gli esiti. Qualora codesto Consiglio di Stato non ritenesse assorbenti le ragioni di illegittimità proprie del gravato DCA 332/2015, si insiste affinché sollevi la relativa questione di legittimità costituzionale della presupposta normativa (art. 15, co. 15 – 17 bis, d.l. 95/2012 e dell'art. 7, co. 4, d.l. 31 dicembre 2014, n. 192).

#### ISTANZA CAUTELARE

Sulla base del *fumus* risultante dai motivi di diritto innanzi riportati, nonché dell'evidente pregiudizio derivante non solo alla struttura gestita dall'appellante ma altresì alla funzione di rilevante presidio sanitario da essa svolta, appare indispensabile l'adozione di una misura cautelare volta ad interdire, previa sospensione della sentenza impugnata, l'efficacia dei decreti n. 332, 324 e 555 del 2015, ed a scongiurare, nelle more della definizione del merito della controversia, il grave danno ad essi correlato.

Misura cautelare dalla quale non si può prescindere considerata la patente illogicità dei criteri impiegati per la determinazione del budget per l'anno 2015 e la consistente riduzione, subita dalla struttura, del finanziamento di oltre sei milioni di euro.

Non solo. Sebbene il decreto 332/2014 trasferisca una parte del budget acuti in un altro *setting* assistenziale, ovverosia quello ambulatoriale, la struttura non è ancora oggi posta nelle condizioni di potere erogare le citate prestazioni APA, poiché il decreto rinvia ad un successivo decreto attuativo, non ancora adottato, la disciplina degli aspetti autorizzativi concreti per l'effettiva erogazione di tali prestazioni ambulatoriali.

Tale decurtazione, arbitraria e discriminatoria, avuto riguardo anche alle modalità con cui è stata effettuata (solo nel mese di luglio 2015 e senza alcun preavviso) compromette il faticoso percorso di ristrutturazione e risanamento avviato dall'Amministrazione straordinaria e proseguito (con ingenti oneri e investimenti) dall'appellante.

Inoltre – ed è un aspetto particolarmente incisivo sul profilo del danno –

oltre all'impossibilità di garantire la continuità assistenziale nei confronti dei pazienti, **viene compromesso il mantenimento dei livelli occupazionali cui la struttura si è vincolata in ragione della procedura di amministrazione straordinaria.**

La presente domanda cautelare, per la serietà delle ragioni che la sostengono, appare, ad avviso di questa difesa, in ogni caso suscettibile di accoglimento ai sensi dell'art. 55, 10 comma, cpa, ai fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito.

#### **P.Q.M.**

- si chiede che l'adito Consiglio di Stato, in accoglimento del presente appello, voglia riformare, previa concessione della misura cautelare richiesta, la sentenza appellata e per l'effetto annullare gli atti impugnati in primo grado, con ogni consequenziale pronuncia anche in ordine alle spese ed ai compensi;

- si chiede inoltre che S.E. il Presidente voglia autorizzare la notificazione del presente appello agli altri controinteressati a mezzo di pubblici proclami ai sensi del combinato disposto dell' art. 41, comma 4, e 49, comma 3, c.p.a, consentendo l'effettuazione di tale adempimento, ai sensi dell'art. 52, comma 2, c.p.a., mediante pubblicazione sul sito internet della Regione Lazio - Sezione Sanità, del ricorso in appello, dell'elenco nominativo delle strutture indicate nell'allegato B al Decreto del Commissario ad acta U00332 del 13/07/2015, disponendo al contempo l'obbligo in capo alla Regione Lazio di provvedere, a seguito di trasmissione a mezzo pec dei menzionati atti da parte dell'istante, alla pubblicazione degli stessi nonché di rilasciare alla parte una attestazione nel quale si confermi l'avvenuta pubblicazione e la relativa data.

Ai sensi dell'art. 13 del D.p.r. 115/2002 e s.m.i. il contributo unificato è

pari ad euro 975,00.

Roma, settembre 2016.

Avv. Raffale Izzo

Avv. Aldo Fera

Avv. Alessandro Vinci Orlando