

Pubblicato il 22/09/2021
N. 06423/2021REG.PROV.COLL.
N. 01074/2021 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1074 del 2021, proposto da Istituto Clinico De Blasi, Laboratorio Analisi Cliniche Volante S.r.l., Ecorad S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Natale Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, 142;

contro

Regione Calabria, Regione Calabria - Dipartimento Tutela della Salute e Politiche Sanitarie, Azienda Sanitaria Locale di Reggio Calabria, Azienda Sanitaria Provinciale di Crotone non costituiti in giudizio;

Ministero della Salute, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissario ad Acta Piano di Rientro dai Disavanzi Sanitari della Regione Calabria, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Grande Ospedale Metropolitano di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Enza De Rango, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Biocontrol Imaging, Igreci Ospedali Riuniti S.r.l., Casa Privata S. Rita Dott. Caparra S.r.l., Laboratorio Rodio Pasquale, Centro Diagnostico Fleming, Algos S.r.l., Villa Sant'Anna Spa, Laboratorio Nusdeo S.r.l., Villa dei Gerani, Centro Diagnostico Salus Anal. Cli. e Microb. S.r.l., Villa Elisa non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. 01179/2020, resa tra le parti, concernente tetti di spesa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Salute, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Grande Ospedale Metropolitano di Reggio Calabria, del Commissario ad Acta per il Piano di Rientro dai Disavanzi Sanitari della Regione Calabria e del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 settembre 2021 il Cons. Stefania Santoleri;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso di primo grado, proposto dinanzi al TAR Calabria, sede di Catanzaro, le ricorrenti hanno esposto di essere strutture sanitarie private accreditate con il Servizio Sanitario della Regione (S.S.R.) Calabria.

Con tale ricorso hanno impugnato:

- 1) il D.C.A. 179/2019, con il quale il Commissario ad acta per il Piano di Rientro dai Disavanzi del S.S.R. calabrese ha fissato in euro 66.754.000,00 il tetto massimo di spesa relativo all'annualità 2020, da corrispondere alle strutture private accreditate per l'acquisto di prestazioni sanitarie di assistenza specialistica ambulatoriale, compresi gli Accorpamenti di Prestazioni Ambulatoriali (A.P.A.) e i Pacchetti Ambulatoriali Complessi (P.A.C.);
- 2) l'allegato A di tale D.C.A., contenente la ripartizione del predetto tetto di spesa tra le varie Aziende Sanitarie del territorio Calabrese;
- 3) l'allegato B del D.C.A., contenente lo schema di contratto per le prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale delle strutture private accreditate, laddove, all'art. 14, contiene la cd. "clausola di salvaguardia" che impedisce – una volta sottoscritti i relativi contratti – l'impugnazione dei provvedimenti che fissano i tetti di spesa.

1.1 - Si sono costituiti in giudizio il Commissario ad acta per il Piano di Rientro dai Disavanzi del S.S.R. Calabrese, il Ministero della Salute, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Grande Ospedale Metropolitano (G.O.M.). Tutte le amministrazioni diverse dal Commissario ad acta hanno eccepito, tra l'altro, il difetto di legittimazione passiva.

Con la sentenza impugnata il TAR ha dichiarato il difetto di legittimazione passiva dei Ministeri intimati, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli) ritenendo legittimato passivamente il solo organo straordinario; ha quindi dichiarato il ricorso inammissibile, tenuto conto della sottoscrizione del contratto recante, all'art. 14, commi 1 e 1-bis, la "clausola di salvaguardia" relativa all'accettazione incondizionata del contenuto e degli effetti dei provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa e delle tariffe, con relativa rinuncia ad esperire azioni avverso i medesimi.

2. - Avverso tale decisione l'Istituto clinico Prof. R. De Biasi S.r.l., il Laboratorio di Analisi Cliniche Volante S.r.l. e la società Ecorad S.r.l. hanno proposto appello contestando, con il primo motivo, la declaratoria di inammissibilità contenuta nella sentenza appellata e riproponendo, con la successiva doglianza, le censure proposte in primo grado ed assorbite dal TAR.

2.1 - Si costituito il Commissario ad Acta per il Piano di Rientro dei Disavanzi del Settore Sanitario della Regione Calabria chiedendo la conferma della sentenza appellata; si sono costituiti anche il Ministero della Salute ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze; si è costituito anche il Grande Ospedale Metropolitano di Reggio Calabria che hanno ribadito il loro difetto di legittimazione passiva, già accertato dal TAR.

2.2 - In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato scritti difensivi a sostegno delle rispettive tesi.

3. - All'udienza pubblica del 16 settembre 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

4. - L'appello è infondato e va, dunque, respinto.

5. - In via preliminare ritiene il Collegio di doversi pronunciare sulla questione dedotta dal difensore dell'appellante Istituto De Blasi nella discussione orale tenutasi nell'udienza di merito.

L'appellante ha introdotto una circostanza nuova, mai dedotta né in primo grado, né in grado di appello, relativa alla mancata sottoscrizione del contratto ex art. 8 quinquies del d.lgs. 502/1992, contenente la clausola di salvaguardia, da parte del proprio assistito Istituto De Blasi.

Ha quindi rilevato che – non essendo stato sottoscritto il contratto – non sussisterebbe la preclusione derivante dall'accettazione della clausola di salvaguardia rilevata dal TAR, con la conseguenza che il ricorso di primo grado non sarebbe inammissibile come ritenuto nella sentenza appellata.

5.1 - Tale nuovo profilo di doglianza è inammissibile.

L'art. 104, comma 1, vieta la proposizione di nuove domande in appello; peraltro tale prospettazione si appalesa tardiva anche in relazione al ricorso di primo grado, in quanto in quella sede la parte avrebbe dovuto sollevare la specifica censura relativa all'inapplicabilità della preclusione derivante dalla clausola in considerazione della mancata stipulazione del contratto.

Peraltro, tale nuova prospettazione si pone in palese contrasto con quanto affermato sia in primo grado che nell'atto di appello, in cui era stato dedotto che era stata apposta una specifica riserva scritta al momento della stipulazione del contratto, ammettendo così, implicitamente, che il contratto (contenente la clausola) era stato sottoscritto.

In sostanza, la nuova prospettazione è sicuramente inammissibile per tardività e si pone anche in contraddizione con quanto sostenuto in precedenza in primo e secondo grado; quanto alla mancata produzione del documento in giudizio (contratto ex art. 8 quinquies d.lgs. 502/1992) non costituisce, ovviamente, elemento di prova per poter sostenere che il contratto non sia stato stipulato, essendo rimessa alla decisione del difensore la selezione degli atti da depositare nel processo.

6. - Può dunque passarsi alla disamina dei motivi di appello ritualmente proposti.

6.1 - Con il primo motivo di appello gli appellanti hanno sostenuto, in estrema sintesi, l'illegittimità della clausola di salvaguardia avendo provveduto anche a formalizzare, al momento della stipulazione del contratto, la loro riserva.

Hanno poi dedotto che la decisione del TAR non avrebbe tenuto conto dei principi espressi da questa Sezione nella sentenza n. 724/2020.

6.2 - La doglianza non può essere condivisa.

Questa Sezione si è ripetutamente occupata della cosiddetta clausola di salvaguardia (ovvero della rinuncia alla contestazione in sede giurisdizionale dei provvedimenti di fissazione dei tetti di spesa, costituita dalla determinazione del limite di budget assegnato alla singola struttura privata per l'erogazione dei servizi a carico della finanza pubblica regionale), che è contenuta anche nell'accordo in esame sottoscritto dalle appellanti (articolo 14), ritenendo la piena validità della suddetta clausola, in quanto comporta l'acquiescenza, manifestata in modo espresso e inequivocabile, alle determinazioni dell'amministrazione, che la coinvolgono, avendo l'operato economico dichiarato di rinunciare, sul piano sostanziale, alla posizione giuridica ritenuta in via assertiva come lesa e, sul correlato piano processuale, al proprio diritto a ricorrere (cfr. Cons. St., sez. III, 25 settembre 2018 n. 5511; Cons. St., sez. III, 23 agosto 2018 n. 5039; Cons. St., sez. III, 13 agosto 2018 n. 4936; Cons. St., sez. III, 18 gennaio 2018 n. 321; Cons. St., sez. III, 1 gennaio 2018 n. 137 e n. 138; Cons. St., sez. III, 1 febbraio 2017 n. 430).

Tale clausola è, invero, presente in numerosi schemi-tipo di contratto, ai sensi dell'art. 8-quinquies del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, predisposti da diverse Regioni, già soggette a piano di rientro. Peraltro, l'eventuale apposizione di riserve a siffatte clausole non è consentita, e le eventuali riserve vanno intese come per non apposte, in quanto finiscono per contraddire l'atto di adesione manifestato (Cons. St., sez. III, 28 marzo 2019 n. 2075), sempreché le strutture accreditate non preferiscano prescindere e operare come semplici strutture private.

Come ha correttamente rilevato il TAR, richiamando la giurisprudenza di questa Sezione, chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve, infatti, accettare i limiti a cui la stessa è stata 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 alla salute.

Per cui alle strutture private, seppure accreditate con il S.S.N., si pone l'alternativa di accettare le condizioni derivanti dalle esigenze di programmazione pubblica finanziaria e, dunque, il budget che è stato possibile assegnare, onde permanere nel campo della sanità pubblica, oppure, di collocarsi esclusivamente nel mercato della sanità privata ed agire quindi come soggetti privati nel mercato sanitario.

6.3 - Sul punto, va infine rilevato come la L. Cost. 20 aprile 2012, n. 1 - di riforma della Costituzione - abbia eretto a principio fondamentale l'interesse pubblico finanziario introducendo il nuovo primo comma all'art. 97 della Costituzione, che segnatamente prevede la necessità per le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'U.E., di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, così come il novellato art. 81 della Costituzione e la L. 24 dicembre 2012, n. 243 hanno declinato in maniera dettagliata il principio del pareggio di bilancio.

Pertanto, è imposto alle pubbliche amministrazioni e ai soggetti concessionari di pubbliche funzioni e servizi, se destinatari di risorse finanziarie pubbliche, di operare nei limiti dei budget prestabiliti.

6.4 - Tali principi sono stati di recente ribaditi da questa Sezione in una fattispecie analoga a quella in questione ritenendo che ricorra “lo schema tipico dell'acquiescenza, in quanto l'interessata in maniera inequivocabile, attraverso manifestazioni espresse, ha mostrato la sua intenzione di rinunciare, sul piano sostanziale, alla posizione giuridica (asseritamente) lesa dal provvedimento, rinunciando altresì, sul piano processuale, al proprio diritto a ricorrere. Quanto alle clausole di salvaguardia, questa Sezione ne ha già riconosciuto la piena legittimità (cfr. sentenza n. 7479 del 2.11.2019; n. 2075 del 28.3.2019; n. 787 dell'1.2.2019; n. 5039 del 23.8.2018; n. 4936 del 13/08/2018; sentenze dell'11.1.2018, nn. 137 e 138, nonché del 18/1/2018, n. 321; 5511 del 25.9.2018; sentenza 1.2.2017 n. 430), con la conseguenza che la sottoscrizione delle stesse priva le strutture accreditate della legittimazione a impugnare gli atti di determinazione dei tetti di spesa che le riguardano e con l'ulteriore conseguenza dell'inammissibilità delle impugnative eventualmente proposte.

Si è, invero, evidenziato che gli operatori privati - in quanto impegnati, insieme alle strutture pubbliche, a garantire l'essenziale interesse pubblico alla corretta ed appropriata fornitura del primario servizio della salute - non possono considerarsi estranei ai vincoli oggettivi e agli stati di necessità conseguenti al piano di rientro, al cui rispetto la Regione è obbligata. Ha aggiunto la Sezione che "chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa 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 alla salute. In alternativa, agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato" (cfr. Cons. Stato, Sez. III 27/12/2019 n. 8879).

6.5 - Questa Sezione ha ritenuto che: “Non vi è dubbio, infatti, che l'assenso alla stipulazione di un accordo contrattuale, che assuma il provvedimento ipoteticamente lesivo (nella specie, quello inteso alla quantificazione del tetto di spesa spettante alla struttura stipulante) a suo presupposto, oltre che a fonte determinativa del suo contenuto economico, si atteggi quale comportamento univocamente indicativo della volontà della parte stipulante di accettarne gli effetti, tanto da acquisire i diritti ed assumere gli obblighi, in maniera ugualmente volontaria, che si riconnettono e sono funzionali all'esecuzione della prestazione contrattuale alle condizioni economiche predeterminate dall'Amministrazione (nell'esercizio del suo potere programmatico in materia sanitaria). Né, al fine di escludere il significato acquiescente dell'adesione contrattuale manifestata dalla parte appellante, potrebbe farsi leva sulle "clausole di riserva con le quali precisano di sottoscrivere i contratti al solo fine di non incorrere nella sospensione del rapporto di accreditamento, riservando comunque ogni più ampia tutela" (come quella stipulata dalla appellante): la giurisprudenza ha affermato che "non essendo la facoltà di sottoscrizione con riserva del contratto - tra ASL e operatore privato - contemplata dal modello di riferimento, le dichiarazioni di riserva manifestate in via aggiuntiva devono intendersi come non apposte e, dunque, come tali, non sono idonee a impedire la formazione dell'accordo (cfr. Cons. Stato Sez. III n. 321 del 18 gennaio 2018; Cons. Stato Sez. III 5/12/2019 n. 8318; Cons. Stato, sez. III, 21 maggio 2021, n. 3913).

6.6 - Non può neppure accogliersi la tesi delle appellanti, diretta a valorizzare i principi espressi nella sentenza di questa Sezione n. 724/2020: tale decisione, infatti, afferisce ad una fattispecie completamente diversa da quella in questione, in quanto in quella sentenza questa Sezione si è pronunciata esclusivamente, in ordine ai contenuti che il contratto tra Autorità e soggetto accreditato deve recare, ma non con riguardo alla valenza, legittimità e portata della clausola di salvaguardia.

7. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto perché infondato.

8. - Quanto alle spese relative al grado di appello, tenuto conto della natura della fattispecie in esame, sussistono i presupposti per disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese del grado di appello compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO