

Pubblicato il 25/10/2021

N. 07158/2021REG.PROV.COLL.

N. 02910/2019 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 2910 del 2019, proposto da

Medicol S.r.l. (Incorporante Casabianca Spa), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Massimo Astolfi, Fabrizio Paoletti, Mauro Putignano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale - Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Filippo Panizzolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

nei confronti

C.B.H Città di Bari Hospital s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dall'avvocato Giovanni Abbattista, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 01114/2018, resa tra le parti, concernente Impugnazione contratto per la erogazione e l'acquisto di prestazioni di ricovero da parte di Strutture della Ospedalità Privata operanti in regime di accreditamento” per l'Anno 2009

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Ba e di C.B.H Città di Bari Hospital S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2021 il Cons. Antonio Massimo Marra e dato atto della presenza, ai sensi di legge, dei difensori delle parti come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso di primo grado, proposto dinanzi al TAR Puglia – sede di Bari, la società Medicol s.r.l. ha esposto di avere incorporato la struttura ospedaliera Casa Bianca s.p.a. e di essere struttura sanitaria privata accreditata con il Servizio Sanitario della Regione (S.S.R.) Puglia.

Sono stati impugnati:

- “il Contratto per l'erogazione e l'acquisto di prestazioni di ricovero da parte di Strutture della Ospedalità Privata, operanti in regime di accreditamento”, per l'anno 2009;

- la nota della ASL BA prot. n. 179258 del 12 ottobre 2009.

A sostegno del ricorso Medicol ha assunto l'illegittimità del tetto di spesa (*budget*) di euro 4.204.054,84, contrattualizzato dalla ASL Bari per la vista annualità, per violazione dell'art. 17, comma 2, della L.R. n. 26/2006, sul presupposto della inferiore quantificazione del *budget* rispetto a quello che sarebbe derivato dalla corretta applicazione dei criteri stabiliti oltre che dalla citata legge regionale anche nella DGR n. 1494/2009.

La ricorrente ha chiesto, altresì, in sede di giurisdizione esclusiva, la declaratoria di annullamento del contratto impugnato o di singole clausole contrattuali, per vizi ex artt. 1427, 1434, 1435 c.c., nonché l'accertamento del suo diritto alla conclusione del contratto per la erogazione e l'acquisto di prestazioni di ricovero da parte di strutture della ospedalità privata operanti in regime di accreditamento istituzionale.

Si è costituita nel primo grado di giudizio l'Azienda Sanitaria Locale Bari.

Non si è costituita la Cbh s.p.a. - Città di Bari Hospital.

Con la sentenza n. 1114 del 30 luglio 2018 il TAR per la Puglia sede di Bari ha dichiarato in parte improcedibile, in parte inammissibile il ricorso, respingendolo per il resto.

Il Tribunale ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso riguardo ai motivi a mezzo dei quali si censurava il contenuto delle singole clausole negoziali imposte dalla ASL, non incidenti direttamente sul tetto di spesa assegnato. Ciò sul presupposto che l'accordo, in parte qua, aveva esaurito la sua efficacia e pertanto Casabianca/Medicol non avrebbe tratto alcuna utilità dalla dichiarazione di nullità delle contestate clausole.

Avverso tale decisione Medicol S.r.l. ha proposto appello lamentando, con il primo motivo, la declaratoria di improcedibilità e inammissibilità contenuta nella sentenza appellata e reiterando, con la successiva doglianza, le censure proposte in primo grado e respinte dal Tribunale.

Si sono costituite l'Azienda Sanitaria Locale Bari e Cbh s.p.a. - Città di Bari Hospital chiedendo la conferma della sentenza appellata.

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

Nell'udienza pubblica del 7 ottobre 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

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

Con il primo motivo di appello Medicol ha contestato, in estrema sintesi, la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuto difetto d'interesse dei rilievi sulle clausole dell'accordo non incidenti sul tetto di spesa e riproposto, con le successive doglianze, le censure avanzate in primo grado e disattese dal Tribunale, tra cui quella - definita dalla difesa appellante *nucleo centrale della vicenda* - circa l'esatta esegesi dell'art. 17 della legge regionale Puglia n. 26/2006.

Ha, poi, dedotto che la decisione del TAR non avrebbe tenuto conto del dato relativo alla ricognizione contabile dell'attività erogata nel 2009, effettuata dalla ASL, in cui veniva qualificata *come "susceptibile" di modifica (a debito e/o a credito) in relazione agli esiti del contenzioso promosso dalla Casa di Cura proprio sul contratto 2009.*

Errerebbe, dunque, la sentenza impugnata nel ritenere che non vi sarebbe stato interesse alla contestazione delle viste clausole del contratto, posto che tale conclusione avrebbe dovuto essere preceduta dalla previa definizione delle questioni relative al tetto di spesa ed alla vincolatività o meno degli schemi-tipo di accordo approvati dalla Regione.

La doglianza non può essere condivisa.

Al riguardo, infatti, in disparte la questione circa la genericità o meno della dedotta censura, si devono condividere le argomentazioni del primo giudice, il quale ha rilevato che le clausole dell'accordo censurate non incidono sul tetto di spesa assegnato. Esse, in altri termini, risultavano del tutto estranee ai criteri di valutazione e valorizzazione dei ricoveri.

La censura deve essere perciò respinta.

Analogamente, deve essere disattesa l'ulteriore censura con cui l'appellante ha contestato, in estrema sintesi, la declaratoria di inammissibilità della domanda di accertamento del diritto a concludere il contratto, avendo il Tribunale erroneamente ricondotto la posizione sostanziale azionata dalla ricorrente ad un interesse legittimo.

Come la Sezione ha già statuito in una vicenda del tutto analoga a quella in esame e richiamata dal Tribunale: *...anche nella ipotesi che la definizione dei tetti di spesa per le società accreditate istituzionalmente fosse vincolata in ragione della interpretazione da darsi all'art. 17 della legge regionale n. 26 del 2006, comunque non per questo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, la posizione della società sarebbe riconducibile a diritto soggettivo, trattandosi di pretesa collegata ad una attività amministrativa di razionalizzazione della spesa sanitaria diretta alla coltivazione di un interesse pubblico; in tal caso la posizione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata così assumendo posizione di interesse legittimo...* (Cons. Stato, Sez. III, 16 marzo 2012 n. 1521).

Alla stregua delle suindicate coordinate ermeneutiche, deve essere, quindi, qualificata - confermandosi la statuizione del Tribunale - la posizione giuridica vantata dalla struttura privata riguardo all'assegnazione dei tetti di spesa come di interesse legittimo, stante la sussistenza in capo alla p.a. di una potestà amministrativa discrezionale afferente la programmazione sanitaria.

Con il terzo motivo del ricorso, ancora, l'appellante contesta la sentenza del Tribunale per avere respinto erroneamente, a suo dire, il primo motivo dell'originario ricorso, con cui Medicol aveva dedotto la violazione dell'art. 17, comma 2 della legge regionale n. 26 del 2006 in ordine al passaggio tra Case di cure autorizzate ad operare in regime di assistenza indiretta e sistema dell'accreditamento.

Secondo la prospettazione della appellante detta norma, nel disciplinare le modalità con cui deve essere determinato il tetto di remunerazione per le strutture istituzionalmente accreditate prima operanti in regime di assistenza indiretta, individuerebbe due criteri specifici e precisamente: *i.)* il valore delle prestazioni erogate nel 2005 in sede di assistenza indiretta; *ii.)* la capacità erogativa della struttura.

Nello specifico Medicol contesta, quindi, l'assegnazione di un tetto di spesa inferiore a quello che sarebbe risultato dalla corretta applicazione dei visti criteri anche alla stregua della natura e dell'intensità del vincolo.

In altri termini la conclusione alla quale è pervenuto il primo giudice, là dove ha rilevato come la norma in questione si è limitata ad inserire "meri indici di riferimento" senza peraltro escludere un potere discrezionale, sia pure limitato di programmazione della spesa sanitaria, è fermamente contestata dall'appellante, la quale osserva che - ferma la discrezionalità della Asl - permane l'illegittimità sostanziale dell'operato dell'azienda medesima, essendosi questa immotivatamente discostata dai visti criteri non solo legislativi (art 17 co 2 L.r. n. 26/2006) ma anche indicati in ambito provvedimentale (DGR n. 1494/2009).

Il Collegio ritiene che la censura, nella sua formulazione, ha rilievo formalistico perché l'appellante non ha allegato, nemmeno in questa sede, quale sarebbe stata l'effettiva incidenza e rilevanza nella determinazione del tetto di spesa contrattualizzato riguardo alla corretta applicazione dei criteri obliati dall'Azienda, sicché deve trovare applicazione al caso di specie la consolidata giurisprudenza secondo cui non basta alla parte interessata allegare la generica violazione di disposizioni normative dalla stessa invocate senza nel contempo offrire al giudice amministrativo un embrionale

principio di prova circa la posizione di maggiore vantaggio – nella specie - rispetto alle altre Case di cura (dunque, il maggior tetto di spesa) che dall’asserita corretta applicazione di quei criteri le sarebbe derivata (Consiglio di Stato sez. III , 30 luglio 2021, n. 5622).

Come ancora chiarito dalla giurisprudenza amministrativa: *...incombe sulla parte che agisce in giudizio indicare e provare specificamente i fatti posti a base delle pretese avanzate, in base al principio generale, applicabile anche al processo amministrativo, dagli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c.. Se è vero, infatti, che nel processo amministrativo il sistema probatorio è retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, è altrettanto vero che, in mancanza di una prova compiuta a fondamento delle proprie pretese, il ricorrente debba avanzare un principio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori...*(Consiglio di Stato , sez. V , 5 febbraio 2020, n. 5104)

E ciò anche senza voler rilevare, comunque, che il ricorrente aveva ommesso in primo grado di specificare quali fossero i criteri che l’azienda avrebbe disatteso nella determinazione del tetto di spesa.

Con ulteriore motivo, l’appellante contesta la sentenza del Tribunale per avere respinto erroneamente il motivo dell’originario ricorso, con cui Medicol aveva chiesto in sede di giurisdizione esclusiva l’annullamento del contratto per violenza ai sensi degli artt. 1427, 1434 e 1436 cod. civ., e per minaccia di far valere un diritto ex art. 1427 cod. civ.

Anche questo motivo va disatteso.

Al riguardo, infatti, si devono condividere i chiarimenti del primo giudice, il quale ha rilevato che l’Azienda sanitaria, non ha “costretto” la ricorrente a sottoscrivere l’accordo “a condizioni assolutamente non volute...predeterminate in contrasto con la normativa vigente e con i criteri guida dettati dalla Regione Puglia”, essendosi limitata solo ad avvertire la Casa di cura di quali fossero le conseguenze - peraltro previste per legge - scaturenti dalla mancata sottoscrizione dell’accordo contrattuale.

Una simile condotta non può ragionevolmente configurare né una condotta integrante una violenza morale ai sensi dell’art. 1427 c.c., né, tantomeno, una condotta integrante una minaccia ai sensi dell’art. 1438 c.c., proprio in quanto si è trattato di un mero avvertimento circa le conseguenze legali derivanti dalla omessa sottoscrizione e non già di minaccia a conseguire ingiusti vantaggi

Non è pertanto ravvisabile la fattispecie della minaccia di far valere un diritto di cui all’art. 1438 c.c. e neppure quella della violenza morale di cui all’art. 1427, 1434 e 1435 c.c. del c.c.

Peraltro, la fattispecie di cui all’art. 1438 c.c. si configura solo quando la minaccia (che comunque si escluda sussista) sia diretta a conseguire vantaggi ingiusti; evenienza questa che, in ogni caso, non pare ravvisabile nel caso in esame, in disparte la già esaminata qualificazione delle “minaccia di far valere un diritto”.

Le contrarie argomentazioni svolte da dalla appellante non scalfiscono invero la correttezza della condotta dell’Azienda, dovendosi rilevare che la qualifica di “accreditato” non vincola in realtà l’Azienda sanitaria all’acquisto di prestazioni corrispondenti alla sua capacità erogativa.

Tale conclusione è, poi, corroborata da quanto chiarito dalla giurisprudenza anche di questa Sezione (sent. n. 5039/2018), dalla quale non vi è motivo di discostarsi, là dove ha precisato che... *coloro i quali intendono operare nell’ambito della sanità pubblica devono accettare i limiti in cui la stessa sanità pubblica è costretta... in alternativa agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato.*

Ne consegue che alla struttura sanitaria appellante non poteva che residuare la sola decisione se accettare o meno il tetto di spesa assegnato, dovendosi escludere che il budget potesse divenire oggetto di trattative.

La censura deve essere perciò respinta.

In conclusione, per i suesposti motivi, l’appello va respinto perché infondato.

Quanto alle spese relative al grado di appello, tenuto conto della peculiarità 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 di Medicol s.p.a., come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado di appello compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2021 con l’intervento dei magistrati:

Giovanni Pescatore, Presidente FF

Giulia Ferrari, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

L’ESTENSORE

Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE

Giovanni Pescatore

IL SEGRETARIO