

Pubblicato il 07/12/2021

**N. 08164/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 04240/2021 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA  
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 4240 del 2021, proposto da Regione Molise, Commissario ad Acta per l'attuazione del Piano di Rientro dai Disavanzi del Settore Sanitario della Regione Molise, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

**contro**

Centro di Riabilitazione e Fisioterapia Kinesis & C. di Dascola Anna S.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Iacovino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Lima n. 20;

Asrem - Azienda Sanitaria Regionale Molise, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giacomo Papa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**nei confronti**

Ars Medica S.r.l., Medica S.r.l., Fisioter S.r.l., Riabilitazione e Fitness Centro Fisioterapico di Rosalia Gentile, Ambulatorio Fisiokinesiterapico Mancini S.r.l., Ambulatorio di Terapia Fisica Maria Santissima di Bisaccia S.r.l.s, Domenico & Francesco Potito S.r.l., Istituto di Rad. e Fisiok. Dott. Gianfranco Cariello, Centro Benessere Sant'Erasmo di Majorana Paolo & Co Sas, Ambulatorio Oasis - Centro Brenam di Majorana Paolo Snc, Ambulatorio Ronefor - Centro Brenan di Majorana Paolo Snc, Cds Sas di Berardino Sassano & C - ex Fisiosan, Cds Sas di Berardino Sassano & C - ex San Leo, Centro di Fisioterapia Dott. Mario Zappone S.r.l. - non costituiti in giudizio;

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) n. 00296/2020, resa tra le parti, concernente il rifiuto opposto dalla Regione alla stipula di accordi contrattuali per gli anni 2019 e 2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Centro di Riabilitazione e Fisioterapia Kinesis & C. di Dascola Anna Snc e di Asrem;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2021 il Cons. Giovanni Pescatore e dato atto, quanto ai difensori e alla loro presenza, di quanto indicato a verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Il Centro di Riabilitazione e Fisioterapia KINESIS & C. di D'Ascola Anna s.n.c. - autorizzato all'esercizio dell'attività sanitaria e accreditato per le attività di medicina fisica e riabilitativa in regime ambulatoriale - ha impugnato le note con le quali l'ASREM ha respinto le sue richieste di stipula degli accordi contrattuali per gli anni 2019 e 2020. L'ASREM ha addotto la mancata fissazione dei tetti di spesa per l'anno 2019 quale circostanza che osta alle nuove contrattualizzazioni e le impone di avvalersi, in regime di proroga, dei contratti già in essere.

2. Le censure formulate dalla ricorrente nel primo grado di giudizio intendevano dimostrare, da un lato, l'obbligo per la Pubblica Amministrazione competente di sottoscrivere i contratti con le strutture neo-accreditate, una volta esaurita la fase discrezionale dell'accredimento, all'esito della quale verrebbe a profilarsi, in capo all'operatore privato, un vero e proprio diritto alla contrattualizzazione; dall'altro, l'ingiustificata disparità determinata dall'impiego del c.d. criterio del "costo storico" - assunto a base della ripartizione del budget di spesa sanitaria - in quanto implicante un naturale vantaggio concorrenziale del soggetto accreditato già titolare di contratto rispetto al soggetto accreditato non ancora contrattualizzato.

3. Il Tar Molise ha respinto il primo motivo relativo alla necessità della contrattualizzazione a seguito dell'accredimento, sostenendo non trattandosi di attività vincolata e disconoscendo l'esistenza di un <<diritto alla contrattualizzazione>> in capo all'operatore neo accreditato.

Ha invece accolto il secondo motivo, ravvisando nelle note impugnate un vizio di disparità di trattamento conseguente alla disposta proroga degli accordi contrattuali stipulati nell'anno 2018, assumendo che la reiterazione dei vincoli negoziali esistenti produce la totale esclusione dalla ripartizione del budget delle strutture neo accreditate, in violazione dei principi di *par condicio* e di tutela della concorrenza che pure concorrono ad ispirare il sistema sanitario nazionale.

Il primo giudice ha poi aggiunto che la mancata definizione dei provvedimenti in materia di tetti di spesa per le prestazioni specialistiche non può essere un elemento sufficiente a giustificare l'esclusione dalla contrattualizzazione di nuove strutture *".. atteso che l'Amministrazione – fermi i tetti di spesa definiti per l'anno in corso o per la proroga dei tetti dell'anno precedente – ben potrà valutare di ridimensionare le prestazioni delle strutture già convenzionate per consentire l'accesso alle nuove già accreditate o potrà considerare altre misure idonee ad evitare – di fatto – la chiusura del settore all'ingresso di nuovi operatori convenzionati"*.

Infine, il Tar ha disatteso l'istanza di estromissione dal giudizio formulata dalla difesa del Commissario e della Regione, riconoscendo in capo alla struttura commissariale la competenza ad individuare i criteri con cui scegliere i soggetti contraenti e con cui determinare il budget di ciascuno di essi.

4. La sentenza viene qui contestata dalla Regione Molise sia nella parte in cui statuisce che, anche in assenza della previa determinazione dei tetti di spesa, debba comunque procedersi a garantire ai privati accreditati la possibilità di accedere alla contrattualizzazione (cfr. § 2.1 e 2.2 dell'appello); sia nella parte in cui individua nella struttura commissariale l'organo competente alla individuazione dei soggetti privati con cui stipulare i contratti (cfr. § 3 e 3.1 dell'appello).

5. Si sono costituiti in giudizio sia l'ASREM che il Centro di Riabilitazione e Fisioterapia KINESIS & C. di D'Ascola Anna s.n.c., la prima sollevando rilievi in merito al solo secondo motivo di appello, ed il Centro di Riabilitazione svolgendo deduzioni in replica alla totalità dei mezzi di impugnazione.

6. In assenza di istanze cautelari, la causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 2 dicembre 2021.

#### DIRITTO

1. La Regione appellante individua, al fondo del costruito motivazionale della pronuncia impugnata, un vizio di impostazione derivante dall'omessa considerazione della particolare condizione dell'amministrazione sottoposta a piano di rientro dal deficit sanitario, quale ente obbligato all'osservanza di stringenti limiti finanziari che si riflettono anche nella materia della contrattazione con le strutture private (cfr. § 2.1 e 2.2 dell'appello).

Seguendo il ragionamento sviluppato nell'atto di appello, se l'obiettivo primario della normativa emergenziale che disciplina i "piani di rientro" dal disavanzo è quello di agevolare il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario del sistema regionale in deficit, salvaguardando il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie; viceversa, l'effetto della sentenza qui impugnata sarebbe quello di imporre all'amministrazione regionale di operare in deroga ai tetti di spesa ed ai limiti imposti dalla programmazione finanziaria, ovvero di far prevalere il rispetto del principio della libera concorrenza su quello del contenimento della spesa pubblica.

E tuttavia, secondo la Regione appellante, lo stringente condizionamento di questo complesso di vincoli non può essere disconosciuto, né aggirato mediante gli strumenti alternativi indicati dal Tar - quali la riduzione del volume delle prestazioni già acquistate, la revoca degli accreditamenti già rilasciati in caso di esubero dell'offerta produttiva rispetto al fabbisogno ovvero la sospensione dell'accredimento di soggetti successivamente non contrattualizzati - in quanto tutti funzionali al mantenimento dei tetti di spesa programmati e alla corretta allocazione delle risorse finanziarie, ma non anche al diverso obiettivo dell'apertura del mercato ai *new comers*.

Irrilevanti risulterebbero anche le considerazioni contenute nel precedente di questa Sezione n. 4574 del 16 settembre 2013, perché riferite al diverso caso di una Regione non sottoposta a piano di rientro, nella quale si faceva questione dell'accesso al mercato di privati non accreditati.

1.1. Il motivo non può essere accolto.

1.2. Va premesso, in punto di fatto, che la struttura appellante è stata accreditata con Decreto n. 58 del 30.06.2011 e da svariati anni reitera istanze per poter accedere agli accordi contrattuali ex art.8 quinquies del d.lgs. 502/1992 con assegnazione di un budget economico e prestazionale.

Con nota del 13.02.2013 l'ASREM inizialmente comunicava che *"è in corso di perfezionamento il piano regionale della riabilitazione che andrà a definire i volumi di attività e tipologie di prestazioni"*.

Seguivano ulteriori istanze disattese e la pronuncia n.114/2017 con la quale il Tar Molise, in accoglimento del ricorso presentato dal Centro Kinsesis, ordinava alla ASREM di pronunciarsi con atto espresso sull'istanza di contrattualizzazione.

In ottemperanza alla suindicata sentenza, ASREM, con nota del 04.05.2017, negava nuovamente al Centro Kinesis l'accesso al budget per l'anno in corso, rappresentando che si stava procedendo alla proroga dei contratti già in corso per l'anno 2016, in assenza di schemi di accordo per l'anno 2017 e della determinazione dei nuovi tetti di spesa per la fissazione degli accordi contrattuali con le strutture private accreditate sulla base dei fabbisogni definiti nei Programmi Operativi Regionali. Nella stessa nota si segnalava, tuttavia, che si sarebbe per il futuro *"proceduto alla definizione del volume delle prestazioni da acquistare relativamente alla branca per la quale la s.v. risulta accreditata"*.

Analogo impegno veniva reiterato con la successiva nota dell'11.09.2018 con la quale l'ASREM, dopo aver evidenziato che le strutture stavano erogando in regime di autorizzazione provvisoria nei limiti di spesa contrattualizzati per l'anno 2017, si diceva preoccupata *"..di non cristallizzare l'attuale offerta di prestazioni acquistata da privato accreditato per le prestazioni di terapia fisica e riabilitativa"* e di *"ampliare il ventaglio dei soggetti erogatori"*, dichiarandosi pronta a valutare per l'anno 2019 *"la possibilità di rideterminare il budget di tutte le strutture attualmente contrattualizzate per le prestazioni di specialistica ambulatoriale di terapia fisica e riabilitativa al fine di un eventuale inserimento della nuova struttura in un valore derivante dall'abbattimento in misura percentuale del valore complessivo attualmente acquistato"*.

Seguivano le istanze inoltrate dal Centro negli anni 2019 e 2020, respinte con le note impugnate in primo grado, reiteranti la motivazione della mancata adozione dei provvedimenti in materia di tetti di spesa per le prestazioni specialistiche e della conseguente necessità di procedere sulla base della proroga degli accordi contrattuali in essere.

1.3. Tanto chiarito in punto di fatto, appare errata l'interpretazione della pronuncia appellata proposta dalla Regione e secondo la quale il Tar Molise avrebbe attribuito prevalenza al principio di libera concorrenza su quello antagonista del contenimento della spesa pubblica, così da imporre all'Amministrazione di provvedere alla contrattualizzazione di ogni struttura accreditata indipendentemente dalla definizione dei tetti di spesa e dai limiti imposti in sede di programmazione finanziaria.

Non solo una tale affermazione di prevalenza non compare nella pronuncia, ma vi è al contrario un richiamo al principio per cui il piano di rientro dal deficit sanitario non può essere addotto quale fattore impeditivo di nuovi accreditamenti, in quanto esso - pur nel rispetto delle linee programmate di spesa - non preclude affatto *ab origine* ai nuovi enti accreditati di poter accedere alla successiva fase della contrattualizzazione (*"la mancata definizione dei provvedimenti in materia di tetti di spesa per le prestazioni specialistiche non può essere, invece, elemento sufficiente a giustificare l'esclusione dalla contrattualizzazione di nuove strutture, atteso che l'Amministrazione - fermi i tetti di spesa definiti per l'anno in corso o per la proroga dei tetti dell'anno precedente - ben potrà valutare di ridimensionare le prestazioni delle strutture già convenzionate per consentire l'accesso alle nuove già accreditate o potrà considerare altre misure idonee ad evitare, di fatto, la chiusura del settore all'ingresso di nuovi operatori"*).

Ne consegue che, pur in assenza di aggiornati tetti di bilancio e ferma l'osservanza degli stessi, l'Amministrazione potrà e dovrà (come d'altra parte da essa stessa riconosciuto con nota dell'11.09.2018), nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria pocanzi citati, ridimensionare le prestazioni riconosciute alle strutture già convenzionate, garantendo in tal modo l'accesso anche a strutture neo-accreditate.

Come condivisibilmente affermato dal giudice di prime cure, sarà onere del Commissario ad acta e/o dell'ASREM ridefinire, riorganizzare e ridimensionare, anche lasciando inalterate le risorse stanziare in relazione ai tetti di spesa delineati ed eventualmente prorogati, le prestazioni erogate dalle strutture già convenzionate sì da consentire l'accesso anche ad altre ulteriori strutture accreditate.

1.4. Appare di contro illegittima la scelta perpetuata negli anni dalla P.A. di prorogare gli accordi contrattuali con le strutture che siano già convenzionate, impendendo di fatto la contrattualizzazione di altri soggetti.

Il meccanismo della mancata riprogrammazione della spesa e della reiterazione delle proroghe in favore delle strutture già convenzionate, con conseguente blocco all'ingresso di nuovi operatori, è stato di recente stigmatizzato da questa sezione con la pronuncia n. 5284/2021 (resa su vicenda analoga a quella qui in esame), ove si legge che *"la scelta operata dalla Azienda appellata di realizzare una sorta di "proroga tecnica" del rapporto convenzionale stipulato con altro operatore, che prescinde dalla fissazione del budget di spesa, giustificato con la necessità di assicurare ai pazienti l'assistenza termale in attesa della programmazione regionale dei tetti di spesa, impatta con la disciplina comunitaria e nazionale ... in questo modo, infatti, si è creato una sorta di "blocco": la Regione non ha operato la necessaria programmazione; la ASL non procede alla contrattualizzazione dei nuovi entranti nel mercato di riferimento a causa della mancata programmazione regionale; a tutela dei pazienti gli operatori "storici" beneficiano di rinnovi delle convenzioni a scapito degli operatori nuovi entranti, in violazione del principio di concorrenza; in pratica, vengono lesi i principi eurounitari, nazionali..."* (in termini v. CGAS, sez. giurisd., n. 747/2021).

Nel medesimo senso sovviene la decisione, sempre di questa sezione, n. 1043/2021, ai sensi della quale è illegittimo *"considerare il fabbisogno regionale, statico e potenzialmente immutato per lungo tempo, quale condizione necessaria e sufficiente per "congelare" la situazione degli accreditamenti già concessi, e quindi precludere l'indizione dei bandi per l'accredito; questi ultimi, in effetti, non possono essere considerati recessivi rispetto alla mera, reiterata conferma dei soggetti già accreditati, giacché, al contrario, un sistema basato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori sanitari pubblici e privati accreditati non può sfuggire alle regole, operanti per qualunque settore del mercato, della concorrenzialità volta sia a valutare l'ingresso di nuovi operatori, sia a verificare periodicamente gli operatori già accreditati, sia, conseguentemente, a valutare eventualmente il livello, e gli eventuali necessari miglioramenti, dell'efficientamento e della razionalizzazione della rete. Il Collegio, in tale prospettiva, condivide il richiamo dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, che in più occasioni ha escluso l'utilizzo della definizione del fabbisogno quale strumento limitativo della concorrenza nel settore, tale da condurre, con il "congelamento" delle posizioni dei già accreditati, a restrizioni indebite del numero degli operatori"*.

1.5. Nel caso in esame, la circostanza ostatica riferita alla mancata riprogrammazione dei tetti di spesa appare ancor più inconsistente in quanto derivante da condotte imputabili alla stessa amministrazione (il Commissario ad acta) chiamata ad esaminare le istanze di contrattualizzazione. Dunque, l'omessa ridefinizione dei budget non può assurgere al rango di fattore esimente, anche perché niente affatto estranea alla sfera di scelte e di responsabilità della stessa parte che la invoca.

2. Con un secondo rilievo (cfr. § 3 e 3.1 dell'appello) la sentenza viene censurata nel capo decisorio che ha respinto l'eccezione di difetto di legittimazione passiva formulata dalla difesa erariale, per l'effetto disattendendo la domanda di estromissione dal giudizio della Regione.

2.1. Sul punto il Tar ha statuito che *"... con delibera del Consiglio dei ministri del 7 dicembre 2018, il Governo, nel nominare il nuovo commissario ad acta per l'attuazione del Piano di rientro cui è sottoposta la Regione Molise, ha definito l'ampiezza del mandato sostitutivo del neo commissario."*

*Per quel che qui rileva, il Consiglio dei Ministri ha attribuito al Commissario anche le funzioni relative alla <<...vii. definizione e sottoscrizione dei contratti con gli erogatori privati accreditati, in coerenza con il fabbisogno assistenziale, con la normativa vigente in materia e con quanto previsto dai punti i. e v.>>. Il provvedimento in questione, non impugnato, individua pertanto nel Commissario ad acta l'Amministrazione competente non solo a determinare i tetti di spesa ma anche a individuare i soggetti da contrattualizzare e a provvedere alla sottoscrizione delle relative convenzioni".*

2.2. La Regione oppone una diversa lettura della citata delibera, nella parte in cui prevede che la definizione e sottoscrizione dei contratti con gli erogatori privati accreditati debba avvenire *".. in coerenza con il fabbisogno assistenziale, con la normativa vigente in materia e con quanto previsto dai punti i e v"*.

Particolare risalto viene attribuito ai punti i e v:

- *"i. completamento ed attuazione del piano di riorganizzazione della rete ospedaliera, della rete di emergenza-urgenza e delle reti tempo dipendenti, in coerenza con il fabbisogno assistenziale, in attuazione del regolamento adottato con decreto del Ministero della Salute del 2 aprile 2015 n. 70 ed in coerenza con le indicazioni dei Tavoli tecnici di monitoraggio";*

- *"v. sottoscrizione dei contratti interregionali bilaterali in materia di mobilità sanitaria ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del Patto per la salute 2014-2016 sancito con Intesa Stato- Regioni del 10 luglio 2014 e dell'articolo 1, comma 576, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 e s.m.i."*

-- A detta della parte appellante, alla luce di tali punti risulterebbe chiaro che le attribuzioni del Commissario ad acta in materia di contrattualizzazione rientrano nel contesto più generale dell'avocazione dell'attività di programmazione e pianificazione sanitaria volta al risanamento e al raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario. Uniche competenze funzionali a questo obiettivo e come tali conferite al Commissario sarebbero, quindi, per quanto attiene ai privati, quelle volte alla ridefinizione della rete ospedaliera e alla sottoscrizione dei c.d. accordi di confine, onde regolamentare i fenomeni di mobilità interregionale.

-- A conforto di tale soluzione la Regione richiama l'assetto disegnato dall'art. 2 della L.R. n. 9/2005, secondo il quale alla Regione Molise competono le attività di programmazione sanitaria e di allocazione delle relative risorse; *de residuo*, all'ASREM, sulla base degli indirizzi delineati dalla programmazione regionale, rimarrebbero i compiti di distribuzione delle risorse assegnate e di corretta gestione delle stesse, in coerenza, del resto, con il principio di prossimità territoriale che suggerisce di attribuire all'azienda sanitaria locale le scelte gestionali che presuppongano la conoscenza del bisogno di salute dei territori.

2.3. Il motivo non può essere accolto.

i) Come correttamente eccepito dalle parti appellate, l'art. 8 quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992 non fa alcuna distinzione tra soggetti privati o pubblici, neppure in base al "maggior peso" della struttura.

Quanto alla formulazione del decreto del 7.12.2018, il richiamo ivi contenuto ai punti i) e v) non va disancorato dal più ampio riferimento ai vincoli (anch'essi richiamati) imposti dalla *"normativa vigente in materia"*: così inquadrato, esso va inteso come un monito ad un corretto coordinamento tra le molteplici attribuzioni assegnate al Commissario.

Un'indiretta conferma della volontà del Governo di attribuire al Commissario anche il compito di definire e sottoscrivere i contratti si rinviene, d'altra parte, nella delibera del Consiglio dei Ministri del 31 marzo 2021 con la quale il Governo ha provveduto a rimodulare le funzioni (anche con riguardo ai rapporti con i privati) della nuova struttura commissariale, attribuendole al punto "xii" il compito della *"definizione dei tetti di spesa e dei conseguenti contratti con gli erogatori privati accreditati per l'acquisto delle prestazioni sanitarie [...]"*.

ii) In punto di fatto, poi, è significativo considerare, da un lato, che nel territorio molisano esiste una sola azienda territoriale (l'ASREM), sicché la duplicazione di funzioni ipotizzata dalla Regione risulterebbe foriera di una ridondante moltiplicazione di competenze e di risorse strumentali del tutto incoerente con ogni logica di buona organizzazione; dall'altro, che le stesse ragioni di contenimento e razionale gestione della spesa sanitaria, pure insistentemente evocate dalla Regione, depongono a favore della riconduzione di entrambe le funzioni (definizione dei tetti di spesa e stipula dei contratti) in capo all'unico soggetto (Commissario) chiamato ad effettuare il risanamento della contabilità sanitaria.

iii) Quanto, infine, alla L.R. Molise n. 9/2005, il relativo art. 2 attribuisce alla Regione una funzione programmatica, senza tracciare alcun limite in ordine al suo concreto esercizio; il quale, d'altra parte, non trova alcun vincolo in atti di macro-organizzazione attributivi di competenze all'ASREM in materia di contrattualizzazione. Dunque, la disposizione in parola avrebbe sì, in astratto, potuto germinare l'assetto invocato dalla Regione ma, di fatto, essa non si è mai tradotta in regole concrete intese a devolvere specifiche competenze all'ASREM, sicché è rimasto irrealizzato il disposto dell'art. 25 della L.R. Molise n. 18/2008 il quale, nel disciplinare gli "accordi contrattuali" con le strutture private, al comma 3 specifica che la Giunta *"a) individua le responsabilità riservate alla Regione e quelle attribuite alla A.S.Re.M. nella definizione degli accordi contrattuali e nella verifica del loro rispetto"*.

3. Per quanto esposto l'appello va integralmente respinto.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante a rifondere in favore delle parti appellate le spese di lite, che liquida per ciascuna di esse in complessivi € 2.500,00 (duemilaeccinquecento/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:  
Franco Frattini, Presidente  
Giulio Veltri, Consigliere  
Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore  
Solveig Cogliani, Consigliere  
Ezio Fedullo, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Pescatore**

**IL PRESIDENTE**  
**Franco Frattini**

**IL SEGRETARIO**