

**ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE**

**DELLA REGIONE SICILIANA**

**P A L E R M O**

**RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI**

**(R.G. 1737/2013 – Sez. III)**

del Dott. Pino **Armenio** (C.F.: RMN PNI 56R15 C356X), nato a Cattolica Eraclea il 15 ottobre 1956 e residente a Carini, Via Gagini, n. 22 elettivamente domiciliato in Palermo, via Brunetto Latini n. 34, presso lo studio del Prof. Avv. Sergio Agrifoglio (C.F.: GRF SRG 43L12 A944D, numero di fax 091-333643, indirizzo di posta elettronica certificata sergio.agrifoglio@pec.it.) che lo rappresenta e lo difende giusta mandato a margine del presente atto

**C O N T R O**

- l'**Assessorato regionale della Salute** in persona del Suo legale rappresentate *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo presso i cui uffici, in Palermo, Via A. De Gasperi n. 81, è domiciliato per legge;

- l'**ASP n. 6 di Palermo** in persona del Suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Salvatore Narbone presso il cui studio in Palermo, via Pindemonte n. 88, è elettivamente domiciliato;

**e nei confronti**

- dello **Studio Dentistico Picone Dott. Sergio e C.s.a.s.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Dott. Sergio Picone, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Gabriella Valenti presso il cui studio in Palermo, via A. De Gasperi n. 58, è elettivamente domiciliato;

- dell'**Ambulatorio odontoiatrico Dottore Genova Cesare S.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Dott. Cesare Genova, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Gabriella Valenti presso il cui studio in Palermo, via A. De Gasperi n. 58, è elettivamente domiciliato;

**per l'annullamento e/o la disapplicazione previa sospensione**

- del Decreto dell'Assessore per la Salute 6 settembre 2013 – *Determinazione degli aggregati provinciali per l'assistenza specialistica privata convenzionata* – pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Regione Siciliana in data 4 ottobre 2013;

- nonché della nota prot. n. 1569 del 17 giugno 2013 con la quale, in relazione all'istanza del Dott. Armenio per la "*partecipazione alla distribuzione del budget per l'erogazione di prestazioni sanitarie odontoiatriche in strutture private accreditate e, quindi, per la stipula di un accordo contrattuale ai sensi D. Lgs. n. 502/1992*", l'ASP n. 6 Palermo ha affermato che "*questa Amministrazione non può assumere alcun atto amministrativo finalizzato alla contrattualizzazione ed alla assegnazione del budget c.a. della struttura in indirizzo*";

**nonché per sentir dichiarare**

- il diritto del ricorrente ad essere convocato per la contrattazione delle prestazioni sanitarie specialistiche ambulatoriali da erogare per conto del S.S.N. nonché a concludere tale contratto e ad essere considerato destinatario del c.d. budget a parità di condizioni con tutti gli altri soggetti già titolari di accordi contrattuali.

**F A T T O**

D) Il Dott. Armenio, odontoiatra “accreditato”, con nota prot. 3736 del 18 aprile 2013, inviata per conoscenza anche all’Assessorato regionale alla salute, chiedeva all’ASP n. 6 di Palermo di adottare ogni atto necessario al fine di essere convocato per la contrattualizzazione e per l’assegnazione del budget c.a. relativo alle prestazioni specialistiche ambulatoriali per la branca di odontoiatria da erogare a carico del S.S.R.

In tale nota il Dott. Armenio faceva presente di essere in possesso, sin dal 2008, di tutti i requisiti previsti dalla legge per rientrare tra i soggetti aventi diritto alla c.d. contrattualizzazione; sosteneva, in particolare, che per ottenere i requisiti strutturali richiesti aveva dovuto affrontare ingenti spese per rendere i locali del proprio ambulatorio conformi ai parametri della P.A.; parametri la permanenza dei quali era stata verificata periodicamente dalla stessa P.A. dietro corrispettivo.

In tale nota, inoltre, l’attuale ricorrente invocava in buona sostanza il suo diritto ad essere convocato ai fini della contrattualizzazione a parità di condizioni con gli altri sanitari che sino ad allora avevano esercitato una sorta di oligopolio, se non addirittura di monopolio, nel mercato delle prestazioni in regime di convenzione; ed infatti era stato recentemente affermato dal C.G.A. e dal T.A.R.S. il dovere dell’amministrazione di adeguarsi ai principi comunitari in materia di concorrenza, principi secondo i quali il mercato (anche in tale settore) deve essere un mercato “aperto”; più precisamente, con decisione n. 326 dell’11 marzo 2013, l’Ecc.mo C.G.A. per la Regione Siciliana, avendo peraltro richiamato la sentenza del TARS Palermo n. 874/2011, aveva:

a) ritenuto illegittima ogni normativa e/o provvedimento della Regione siciliana che, ostacolando l'accesso all'erogazione di prestazioni assistenziali, andasse a violare i principi di libera concorrenza e di libertà di prestazione di servizi, realizzando al contempo una disparità di trattamento tra ambulatori già titolari di accordi contrattuali (detentori di una sorta di monopolio sul mercato) e soggetti *new comer*, in quanto tali nuovi sul mercato delle prestazioni assistenziali;

b) disapplicato (e ordinato di disapplicare) l'art. 25 comma 2 della Legge regionale n. 5/2009, nella parte in cui limitava l'erogazione delle prestazioni sanitarie ai soli titolari di accordi contrattuali alla data di entrata in vigore della stessa legge, avendolo ritenuto illegittimo alla luce delle norme e dei principi comunitari in materia di libera concorrenza, ed in particolare dell'art. 3 comma 3 Trattato sull'Unione Europea e dell'art. 3 (paragrafo 1, lett. b), 116,117 (paragrafo 1) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, relative alla tutela della libertà di concorrenza.

III) Con nota n. 1569 del 17 giugno 2013 l'A.S.P. n. 6 di Palermo comunicava al Dott. Armenio il rigetto della sua istanza con la motivazione, testuale:

a) che “la sua istanza si **oppone al disposto dell'art. 25 comma 2 della L.r.n. 5/09**” (invocando così un articolo che era stato ritenuto incompatibile con l'art. 3, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea, e degli artt. 3 (paragrafo 1, lett. b), 116, 117 (paragrafo 1) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, relative alla libertà di concorrenza sia da codesto On.le T.A.R.S. che dall'Ecc.mo C.G.A.));

**b) che “per quanto concerne la sentenza del C.G.A. n. 326 dell’11/03/2013, richiamata nella nota che si riscontra, si rileva che la stessa non può costituire fonte di obbligo per l’amministrazione in quanto le sentenze, ai sensi dell’art. 2909 c.c., fanno stato ad ogni effetto soltanto tra le parti e non sono estendibili a soggetti estranei alla causa”.**

Dal canto suo, con nota dell’8 maggio 2013 l’Assessorato regionale della salute, affermava che *“questo Assessorato non ha tra le sue competenze quello di definire i budget delle singole strutture convenzionate, semmai quello di definire gli aggregati regionali e provinciali oltre i criteri di determinazione del budget che le Aziende Sanitarie Provinciali dovranno negoziare con gli erogatori sanitari privati”*.

**IV)** Avverso la nota dell’Azienda Sanitaria Provinciale il Dott. Armenio proponeva ricorso innanzi a codesto On.le TARS avanzando contestualmente istanza cautelare.

Alla Camera di Consiglio dell’8 ottobre 2013 la difesa dei controinteressati depositava il decreto dell’Assessore per la Salute 6 settembre 2013 – *Determinazione degli aggregati provinciali per l’assistenza specialistica privata convenzionata* – pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Regione Siciliana in data 4 ottobre 2013 con il quale l’Assessorato in buona sostanza:

**a)** ha ricalcato il contenuto della nota dell’ASP impugnata con il ricorso principale ed ha pertanto continuato ad applicare l’art. 25 c. 2 L.R. n. 5/09 che non fa altro che consolidare “rendite di posizione” per i soggetti già contrattualizzati in un mercato monopolistico delle prestazioni assistenziali;

b) ha (nell'intento testualmente di "volersi adeguare all'orientamento giurisprudenziale assunto dal TAR di Palermo con le sentenze nn. 874/11 e 875/11, e meglio precisato con le successive decisioni n. 1699/12 n. 2625/12") attribuito alla scelta discrezionale dei direttori sanitari delle ASP la possibilità di assegnare un budget "anche a strutture accreditate ma in atto non contrattualizzate al fine di implementare le attività specialistiche carenti in zone geograficamente disagiate o in zone in cui il fabbisogno assistenziale, in correlazione a verifica e periodico monitoraggio, non risulti sufficientemente assicurato, dandone contezza all'Assessorato con motivata e circostanziata relazione".

Anche avverso tale provvedimento viene proposto in via cautelativa ricorso per motivi aggiunti affidato ai seguenti motivi di

#### **DIRITTO**

**CONTRARIETA' DELL'ART. 25 C. 2 L. R. N. 5/09, COSI' COME APPLICATO ED INTERPRETATO DAL D.A. 6 SETTEMBRE 2013, AL TRATTATO SULL'UNIONE EUROPEA ED AL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA. ECCESSO DI POTERE. DIRITTO DELLE STRUTTURE ACCREDITATE ALLA STIPULAZIONE DEI CONTRATTI CON IL S.S.N. E AL CONCORSO ALLA RIPARTIZIONE DEL BUDGET CON LE STRUTTURE GIA' CONTRATTUALIZZATE.**

I) Con il decreto qui impugnato l'Assessorato della salute, mentre ha affermato di volersi adeguare all'orientamento di codesto On.le TARS (di recente precisato dall'Ecc.mo C.G.A. con decisione n. 326 dell'11 marzo 2013 non a caso, non richiamata nel testo del decreto, secondo la quale,

giova ricordare, è stata accordata la **“possibilità delle strutture appellanti di avere il diritto, in ragione del loro accreditamento, alla contrattazione indetta dall’Azienda e da questa limitata solo alle strutture specialistiche ambulatoriali accreditate e titolari di accordi contrattuali alla data di entrata in vigore della L.R. n. 5 del 14 aprile 2009”**), lo ha poi disatteso del tutto con una motivazione tanto maliziosa quanto errata.

Più precisamente l’Assessorato, pur avendo considerato, testualmente, *“che secondo l’orientamento giurisprudenziale assunto dal TAR di Palermo con le sentenze nn. 874/11 e 875/11, e meglio precisato con le successive decisioni n. 1699/12 n. 2625/12, non risulta conforme al diritto comunitario il fatto che, in applicazione dell’art. 25 legge regionale n. 5/2009 “si precluda la possibilità di stipulare nuovi contratti a soggetti che non fossero già contrattualizzati ad una data certa, senza, invece, porre alcuna limitazione alla possibilità di implementare le prestazioni convenzionate a quei soggetti che, alla stessa data, avessero già un contratto”*, ha poi disposto, in maniera del tutto contraddittoria che ***“i direttori generali delle Aziende sanitarie provinciali possono attribuire, nei limiti del 50% delle eventuali economie per ciascuna branca, un budget anche a strutture accreditate ma in atto non contrattualizzate, al fine di implementare le attività specialistiche carenti in zone geograficamente disagiate o in zone in cui il fabbisogno assistenziale, in correlazione a verifica e periodico monitoraggio, non risulti sufficientemente assicurato, dandone contezza all’Assessorato con motivata e circostanziata relazione”***.

In altri termini, dimenticando di disapplicare l'art. 25 legge regionale n. 5/2009, e dimenticando al contempo che l'Ecc. mo C.G.A. con decisione n. 326 dell'11 marzo 2013 aveva affermato il diritto dei medici accreditati e non contrattualizzati **“in ragione del loro accreditamento, alla contrattazione indetta dall'Azienda”**, l'Assessorato ha lasciato ad una scelta discrezionale dei direttori generali delle singole Aziende sanitarie la decisione di **“attribuire un budget anche a strutture accreditate ma in atto non contrattualizzate”** (ma quali?); con ciò stesso riconoscendo un “diritto di prelazione” ai già contrattualizzati (*beati possidentes!*) e tagliando fuori dal mercato soggetti che, come il ricorrente, ad esso avevano chiesto di accedere in virtù dei principi comunitari in tema di libera concorrenza e di liberalizzazione delle attività economiche.

Decisione, quella di ampliare il budget che i direttori delle Aziende dovrebbero oggi prendere sulla base di una scelta delle zone **“in cui il fabbisogno assistenziale, in correlazione a verifica e periodico monitoraggio, non risulti sufficientemente assicurato”** (sic!), o delle “zone geograficamente disagiate”; subordinando in pratica l'accesso al mercato delle prestazioni in regime di convenzione alla...insufficienza in determinate zone dei soggetti già contrattualizzati.

Si è pertanto attuato così da parte dell'amministrazione un vero e proprio rafforzamento delle precedenti posizioni dominanti (titolari “di diritto” di un budget sempre più ristretto) mentre si è in pratica rifiutato di aprire il mercato ai soggetti *new comers* (in possesso dei requisiti previsti dalla legge per la contrattualizzazione) i quali, tutt'al più, (sempre a detta dell'amministrazione) potrebbero entrare sul mercato (con un ampliamento



del budget) “al fine di implementare le attività specialistiche carenti in zone geograficamente disagiate o in zone in cui il fabbisogno assistenziale, in relazione a verifica e monitoraggio, non risulti sufficientemente assicurato”.

Ma vi è di più!

Non varrebbe certamente invocare lo scopo di limitare la spesa pubblica (cfr. decreto 6 settembre 2013 secondo il quale “*considerato che per effetto del decreto legge n. 95/2012 convertito con modifiche nella legge 7 agosto 2012 n. 135, la spesa per l’assistenza specialistica da privato per l’anno 2013 deve essere ridotta dell’1% rispetto alla corrispondente spesa consuntiva per l’anno 2011 e non potrà, conseguentemente, superare la somma di € 450.142.110,00*”) per disattendere del tutto le statuizioni del giudice amministrativo: la spesa pubblica rimane infatti del tutto inalterata, mentre è viceversa (solo) il numero dei contraenti che muta, posto che per la normativa U.E. (esattamente richiamata da codesto On.le T.A.R.S. e dall’Ecc. mo C.G.A.) sono soltanto le “rendite” di posizione ad essere vietate.

**II)** In altri termini, l’amministrazione anche con il D.A. qui impugnato con il presente ricorso per motivi aggiunti:

**a)** ha continuato ad interpretare in maniera restrittiva della concorrenza (e non ha disapplicato) l’art 25 c. 2 l. r. n. 5/2009, avendo stabilito che i direttori generali delle ASP “possono attribuire, nei limiti del 50% delle eventuali economie per ciascuna branca, un budget anche a strutture accreditate ma in atto non contrattualizzate” soltanto (sembra) a condizione che tali strutture accreditate accettino di operare “in zone disagiate”.

b) non ha tenuto conto che il potere/dovere di effettuare una programmazione sanitaria che tenga conto delle prestazioni necessarie ai bisogni della popolazione compatibilmente con i limiti finanziari non valicabili, deve comunque essere conciliato con la necessità di garantire l'accesso a tale sistema a tutti i soggetti aventi diritto al fine di non consolidare vere e proprie posizioni dominanti sul mercato di professionisti già titolari di accordi contrattuali.

In altri termini, una cosa è limitare o diminuire il **quantum del c.d. budget** (il che può essere legittimo purché tale limitazione sia proporzionale tra tutti gli operatori di mercato), altra cosa è viceversa continuare ad impedire l'ingresso sul mercato a quei professionisti (che hanno affrontato spese per entrare in possesso dei requisiti strutturali previsti dalla legge) che hanno diritto quantomeno ad essere "invitati al tavolo della contrattazione".

A nulla rileva in altri termini che le risorse economiche siano sempre più limitate; esse andranno comunque ripartite equamente nel rispetto dei principi di una economia di mercato aperta ed in libera concorrenza.

Orbene, tale equa ripartizione non è affatto stata prevista dal qui impugnato decreto che, addirittura, non ha fatto altro che consolidare le rendite di posizione di quei soggetti già **erogatori delle prestazioni specialistiche**; basti rilevare che ai sensi dell'art. 17 "i direttori generali delle Aziende sanitarie provinciali dovranno espletare le attività negoziali **con i soggetti erogatori** entro 20 giorni dalla notifica del presente decreto".

E che ai sensi dell'art. 19 del qui impugnato provvedimento "il presente decreto sarà notificato alle Aziende sanitarie provinciali e, da queste, a tutti i

centri privati accreditati che erogano prestazioni di specialistica ambulatoriale per conto del Servizio sanitario regionale”.

In tal modo si continua così, in buona sostanza, a restringere sempre di più il mercato delle prestazioni assistenziali laddove si stabilisce, addirittura, che il decreto assessoriale dovrà essere notificato soltanto ai medici contrattualizzati e non già a quelli accreditati ma non contrattualizzati.

**P.Q.M.**

**VOGLIA**

**L'ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE**

**DELLA REGIONE SICILIANA - PALERMO**

- annullare, previa sospensione, il qui impugnato provvedimento, unitamente a quello impugnato con il ricorso principale;
- dichiarare il diritto del ricorrente ad essere convocato per la contrattazione delle prestazioni sanitarie specialistiche ambulatoriali da erogare per conto del S.S.N. nonché a concludere tale contratto e ad essere considerato destinatario del c.d. budget c.a..

Con vittoria di spese ed onorari.

**DICHIARAZIONE DI VALORE**

Si dichiara che il contributo unificato verrà corrisposto nella misura di € 650,00.

Palermo, 6 novembre 2013

*Prof. Avv. Sergio Agrifoglio*

## **RELATA DI NOTIFICA**

Io sottoscritto Ufficiale Giudiziario all'Ufficio Unico Notifiche presso la Corte di Appello di Palermo, ho notificato copia all'**Assessorato regionale della Salute** in persona del Suo legale rappresentate *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo presso i cui uffici, in Palermo, Via A. De Gasperi n. 81, è domiciliato per legge;

Io sottoscritto Ufficiale Giudiziario all'Ufficio Unico Notifiche presso la Corte di Appello di Palermo, ho notificato copia all'**ASP n. 6 di Palermo** in persona del Suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Salvatore Narbone presso il cui studio in Palermo, via Pindemonte n. 88, è elettivamente domiciliato;

Io sottoscritto Ufficiale Giudiziario all'Ufficio Unico Notifiche presso la Corte di Appello di Palermo, ho notificato copia allo **Studio Dentistico Picone Dott. Sergio e C.s.a.s.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Dott. Sergio Picone, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Gabriella Valenti presso il cui studio in Palermo, via A. De Gasperi n. 58, è elettivamente domiciliato;

Io sottoscritto Ufficiale Giudiziario all'Ufficio Unico Notifiche presso la Corte di Appello di Palermo, ho notificato copia all'**Ambulatorio odontoiatrico Dottore Genova Cesare S.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Dott. Cesare Genova, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Gabriella Valenti presso il cui studio in Palermo, via A. De Gasperi n. 58, è elettivamente domiciliato;