

**ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE**

**PER LA SICILIA – PALERMO**

**RICORSO CON ISTANZA EX ART. 41 COMMA 4 E 52 COMMA 2 CPA**

Dei dottori: 1) **Galioto Giacomo** nato a Palermo in data 18.12.1961 c.f. GLT GCM 61T18 G273I, titolare di studio odontoiatrico sito in Palermo Via Castellana n. 39; 2) **Gargano Antonino Maria** nato a Palermo il 28.03.1956 c.f. GRG NNN 56C28 G273H, titolare di studio odontoiatrico in Palermo via Padre Pugliesi n. 28; 3) **Buzzanca Elio** nato a Palermo in data 11.01.1970 c.f. BZZ LEI 70A11 G273Q, titolare di studio odontoiatrico in Palermo Nunzio Morello n.3; 4) **Inzerillo Angelo** nato a Palermo in data 11.11.1954 c.f. NZR NGL 54S11 G273R con studio in Palermo Via Augusto Elia n. 3/g; tutti rappresentati e difesi per mandato in calce al presente atto dagli avv.ti Girolamo Rubino (C.F. RBNGLM58P02A089G - PEC:girolamorubino@pec.it; fax. N. 091 6527233), Monica Di Giorgio (c.f. DGRMNC71B58G273S; PEC: [monicadigiorgio@pec.it](mailto:monicadigiorgio@pec.it); fax 0918040204) e Giuseppe Impiduglia (C.f. MPD GPP 81T10 AO89A – PEC: [giuseppeimpiduglia@pec.it](mailto:giuseppeimpiduglia@pec.it) – fax 0918040204) ed elettivamente domiciliati in Palermo, Via Oberdan n. 5 presso lo studio legale Rubino;

**CONTRO**

**L'ASSESSORATO REGIONALE DELLA SALUTE – Dipartimento per la pia**

**nificazione strategica**, in persona del proprio legale rappresentante pro tempore;

**L'A.S.P. di PALERMO**, in persona del proprio legale rappresentante pro tempore;

**E NEI CONFRONTI**

- Del **Centro Odontoiatrico Spatafora Sas di Spatafora M.T.** , con sede in Palermo, Via Oreto n.305

**PER L'ANNULLAMENTO (previa sospensione)**

- Del Decreto dell'Assessore della Salute della Regione Siciliana n. 2632/16, pubblicato nella GURS del 20/01/2016 avente ad oggetto "*Determinazione*

*degli Aggregati di Spesa per l'Assistenza Specialistica da Privato – anno 2016*”, nella parte che sarà oltre precisata;

- Della Deliberazione n. 48/2017 del 27.01.2017 avente ad oggetto *“Specialistica Convenzionata Esterna – Presa d’atto del D.A. n. 2632/16 – Budget definitivo anno 2016”* (e dell’allegato prospetto relativo ai budget definitivi anno 2016) nelle parti che saranno oltre precisate nonché delle note citate nella predetta Deliberazione n. 48/17 e segnatamente delle *“note prot. n. 67/DP del 13/11/2017 del Dipartimento di Prevenzione, prot. n. 40/NAR del 9/1/2017 n.82, dell' 11.01.2017 n. 134/LEG del 17/1/2017 dell'UOC Legale, prot. n. 62 del 9/1/2017 dell'UOC Igiene Ambienti di Vita...nota prot. n. 170 del 19.01.2017, con i relativi allegati, ...dell'UOC Organizzazione e programmazione delle Attività di cure Primarie..con l'annotazione apposta a margine della stessa”*;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

### **FATTO**

Le strutture di cui gli odierni ricorrenti sono titolari rientrano negli elenchi - allegati al Decreto 30 novembre 2007 dell'Assessore Regionale alla Salute - delle *“strutture sanitarie che hanno superato positivamente le verifiche dei requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi per l'accreditamento istituzionale”*, nonché nell'elenco *“delle strutture sanitarie istituzionalmente accreditate della provincia di Palermo”* approvato con D.D.G. n. 01413/2014.

Tuttavia, per numerosi anni, nonostante le summenzionate strutture fossero accreditate, la P.A. non provvedeva alla contrattualizzazione delle stesse.

Dopo un lungo contenzioso, il T.A.R. Sicilia Palermo, con sentenza n. 589/15, accogliendo il ricorso proposto dagli odierni ricorrenti ha ritenuto che *“a questi vada riconosciuto in linea di principio il diritto alla stipula delle convenzioni finalizzata alla erogazione di prestazioni specialistiche a carico del sistema sanitario regionale”*;

Con D.A. 1535/2014 (pubblicato nella GURS del 10.10.2014), frattanto, venivano determinati i tetti di spesa per l'assistenza specialistica da privato

- anno 2014.

Con il summenzionato Decreto, l'Assessorato Regionale per la Salute riteneva, *“al fine di assicurare la copertura finanziaria ai nuovi soggetti da contrattualizzare ... di dovere disporre un accantonamento pari ad euro 5.000.000,00 attraverso la decurtazione degli aggregati provinciali di tutte le branche della specialistica, con esclusione delle branche di Nefrologia e Radioterapia, in proporzione alla quota di aggregato 2013 non utilizzata per effetto della minore produzione sanitaria registrata in ciascuna provincia. Tale importo sarà ripartito, con successivo provvedimento, alle Aziende Sanitarie Provinciali per destinarlo alla contrattualizzazione di nuove strutture già accreditate in relazione ai fabbisogni sanitari all'uopo individuati”*.

Gli odierni ricorrenti proponevano, in data 2/2/15, un ricorso straordinario (ancora pendente) avverso il summenzionato D.A. 1535/14, rilevando che tale Decreto Assessoriale: A) continuava a garantire la posizione privilegiata delle strutture già contrattualizzate, accantonando una somma assai esigua per la contrattualizzazione delle nuove strutture; B) differiva, nel tempo, l'accreditamento delle nuove strutture, disponendo che *“per l'assegnazione della somma accantonata di € 5.000.000,00 da destinare alle nuove strutture già accreditate e non ancora contrattualizzate si provvederà con successivo e separato provvedimento Assessoriale, previa concertazione con i Direttori Generali delle Aziende Sanitarie Provinciali in relazione ai fabbisogni sanitari da queste ultime rilevati”*; C) risultava adottato in aperta violazione dei principi in tema di concorrenza e in contrasto con le numerose pronunce giurisprudenziali rese dai Giudici Amministrativi in materia.

In data 25.12.2015, veniva, poi, emanato il Decreto dell'Assessore alla Salute n. 2336/2015 avente ad oggetto *“Determinazione Aggregati di Spesa per l'Assistenza Specialistica da Privato – anno 2015”*.

Con tale Decreto veniva attuata, per quanto di interesse, la prevista contrattualizzazione di strutture accreditate ma fino a quel momento non

ancora contrattualizzate e veniva prevista “*per ciascuna nuova struttura da contrattualizzare ... un budget d’ingresso, per branca, pari a euro 32.000,00, pari al budget minimo regionale...*”.

Le strutture odierne ricorrenti, pertanto, sottoscrivevano con l’ASP di Palermo il contratto per l’attribuzione del budget.

Pur tuttavia, il summenzionato Decreto n. 2336/15 continuava a garantire la posizione privilegiata delle strutture già contrattualizzate, prevedendo budget assai esigui per le nuove strutture.

Con il medesimo Decreto, l’Assessorato regionale, poi, stanziava, in spregio a quanto precedentemente riconosciuto, una somma limitatissima per le strutture accreditate non ancora convenzionate pari a circa l’1% del totale dell’aggregato di spesa complessivo per l’assistenza specialistica da privato anno 2015 determinato in € 422.872.000,00.

In buona sostanza, con il predetto decreto assessoriale, in modo del tutto ingiustificato, si continuava a mantenere inalterata la posizione di privilegio riconosciuta alle strutture sanitarie già contrattualizzate.

Ed invero, al riguardo, il T.A.R Palermo, con un *obiter dictum*, aveva già avuto modo di manifestare dubbi sulla legittimità del precedente D.A. 1535/14 di determinazione dei budget per il 2014, provvedimento già impugnato dai ricorrenti con il citato ricorso straordinario, chiarendo che lo stesso “*pur mostrando ulteriori aperture in favore dei soggetti accreditati, ma non titolari di rapporti contrattuali, non perviene alla parità di trattamento per tutti i soggetti accreditati*”. (T.A.R. Palermo n. 204 del 22.1.15).

Gli odierni ricorrenti, pertanto, proponevano un ulteriore ricorso straordinario (da valere anche come motivi aggiunti) ancora pendente avverso il summenzionato D.A. n. 2336/15 laddove lo stesso prevedeva che la quasi totalità delle risorse venisse distribuita tra le strutture già convenzionate e laddove stanziava, per le altre strutture (ossia accreditate ma non ancora contrattualizzate), delle esigue risorse determinate e l’attribuzione di un budget “*pari a euro 32.000,00, pari al budget minimo*

*regionale... ” .*

Invero, i summenzionati D.A. n. 1435/14 e n. 2336/15 manifestano la volontà di salvaguardare le consolidate posizioni di mercato acquisite dai soggetti già contrattualizzati nonostante non sussista alcuna idonea giustificazione alla scelta dell'Assessorato alla Salute di tutelare la posizione dei soggetti già contrattualizzati (escludendo, a priori, la rideterminazione dei loro budget) a prescindere dalla circostanza che gli stessi operino in zone o meno carenti ovvero abbiano un budget proporzionato rispetto alle aree territoriali nelle quali operano. E tale scelta, invero, consente, illegittimamente, il mantenimento di situazioni di privilegio in favore di soggetti presenti da più tempo sul mercato (o meglio, prima contrattualizzati) e, dunque, più forti economicamente con conseguente alterazione della concorrenza.

Infine, con il nuovo D.A. 2632/16, l'Assessorato alla Salute ha provveduto alla *“Determinazione degli Aggregati di Spesa per l'Assistenza Specialistica da Privato – anno 2016”* e ha disposto, all'art. 2 che *“nel rispetto della misura dell'aggregato provinciale attribuito con il presente decreto, i Direttori Generali assegnano alle strutture specialistiche convenzionate o da convenzionare con il SSR, un budget per l'anno 2016 comprensivo delle prestazioni erogate per attività extraregionale, da determinarsi con le seguenti modalità: a) Riconoscere ad ogni struttura un budget (al netto del ticket e della quota fissa) da assegnare per l'anno 2016 rapportando i singoli budget assegnati nell'anno 2015 ai corrispondenti aggregati di spesa provinciali di cui all'allegato “A” del presente decreto; b) per ciascuna nuova struttura da contrattualizzare assegnare un budget d'ingresso di euro 32.000,00, pari al budget minimo regionale”* .

Con il medesimo D.A. 2632/16, l'Assessorato alla Salute ha poi disposto all'art. 3 che *“E' destinata una somma pari a euro 6.900.000,00, assegnata alle Aziende Sanitarie Provinciali sulla base della popolazione pesata secondo i criteri ministeriali per le finalità sotto elencate, previa verifica*

*dei necessari presupposti da parte delle suddette ASP: 1) eventuale contrattualizzazione di nuovi soggetti con un budget di ingresso pari a euro 32.000,00; 2) attuazione di sentenze esecutive, risoluzione di contenziosi in atto o di potenziali contenziosi; 3) attenuazione degli effetti della minore spesa consuntivata relativa a quelle strutture che, a causa di eventi straordinari documentati, non hanno espresso, nell'anno 2014 o 2015, la loro piena capacità produttiva; 4) implementazione nelle aree geograficamente disagiate delle prestazioni specialistiche, ove carenti, determinate sulla base della rilevazione dei fabbisogni assistenziali da parte delle ASP; 5) eventuale finanziamento di fabbisogni aggiuntivi scaturenti dal trasferimento di strutture specialistiche convenzionate in altre province o dalla aggregazione di strutture aventi punti di accesso in diversi ambiti provinciali”.*

Pertanto, con apposito atto di invito, gli odierni ricorrenti invitavano l’A.S.P di Palermo in persona del legale rappresentante pro tempore ad assegnare alle strutture odierne istanti un budget equo e congruo con il bacino di riferimento e coerente con i budget attribuiti alle strutture già contrattualizzate prima del 2015 chiarendo, inoltre, come sussistessero “*tutte le condizioni: A) per attingere alle somme previste dall’art. 3 del summenzionato D.A. 2632/16 del 28.12.2016, al fine di giungere alla “risoluzione di contenziosi in atto” (ossia del contenzioso relativi ai citati ricorsi straordinari proposti dagli odierni istanti avverso i D.A. 1435/14 e n. 2336/15) o di evitare “... potenziali contenziosi” (che gli odierni istanti avrebbero potuto proporre avverso il D.A. 2632/16 del 28.12.2016 e avverso i provvedimenti di attribuzione dei budget per l’anno 2016) ; B) per assegnare alla struttura odierne istanti un budget equo e congruo con il bacino di riferimento e coerente con i budget attribuiti alle strutture già contrattualizzate prima del 2015”.*

Il predetto atto di invito, tuttavia, non veniva riscontrato ed agli odierni ricorrenti – come a tutti gli altri odontoiatri convenzionati - veniva assegnato dall’ASP di Palermo un budget per il 2016 pari a quello del 2015

aumentato del 2,7%.

Tale aumento, invero, veniva garantito, in modo lineare, a tutte le strutture (avvantaggiando quelle con il budget più alto) e senza tenere in alcun modo conto delle capacità erogative delle singole strutture ed, in particolare, senza alcuna differenziazione tra le strutture che, addirittura avevano prodotto degli extra budget e quelle che non avevano neanche raggiunto il budget assegnato per l'anno 2015.

Peraltro, a seguito di apposita istanza di accesso, gli odierni ricorrenti venivano a conoscenza della deliberazione dell'ASP di Palermo n. 48 del 27 gennaio 2017, deliberazione con la quale si dava atto che l'Azienda Sanitaria, *“al fine di procedere alla individuazione dei soggetti ammissibili ad una eventuale contrattualizzazione o alla integrazione del budget, allo scopo di realizzare le finalità indicate all'art. 3 del D.A. 2632/16 utilizzando all'uopo il "fondo perequativo" ... ha proceduto alla ricognizione: 1. delle strutture sanitarie istituzionalmente accreditate per prestazioni di specialistica ambulatoriale non contrattualizzate; 2. dei contenziosi in atto pendenti sia in sede giudiziale che extragiudiziale e delle sentenze esecutive relativamente a contrattualizzazione di soggetti accreditati in atto non contrattualizzati e/o ad assegnazione/quantificazione del budget annuale, 3. delle richieste di incremento di budget pervenute nell'anno 2016; 4. dei fabbisogni assistenziali nelle aree/comuni geograficamente disagiati, identificati quali quelli allocati in ambiente montano con collegamenti di rete viaria complessi, oppure in ambiente insulare; 5. delle richieste di autorizzazione pervenute a questa ASP relative al trasferimento di strutture specialistiche convenzionate in altre provincie o all'aggregazione di punti accesso ubicati in diversi ambiti provinciali”*.

Ed invero, nella predetta Deliberazione n. 48/17 si evidenziava che gli esiti della ricognizione espletata emergevano da talune note quali *“le note prot. n. 67/DP del 13/11/2017 del Dipartimento di Prevenzione, prot. n. 40/NAR del 9/1/2017 n.82, dell' 11.01.2017 n. 134/LEG del 17/1/2017 dell'UOC*

*Legale, prot. n. 62 del 9/1/2017 dell'UOC Igiene Ambienti di Vita...nota prot. n. 170 del 19.01.2017, con i relativi allegati, ...dell'UOC Organizzazione e programmazione delle Attività di cure Primarie..con l'annotazione apposta a margine della stessa”.*

Alla più volte citata Deliberazione n. 48/2017, poi, veniva allegato il prospetto relativo ai budget definitivi anno 2016, prospetto dal quale risultava come a tutte le strutture della branca di odontoiatria fosse stato assegnato un budget (invero) pari a quello previsto per il 2015 aumentato del 2,7%.

Pertanto, con ulteriore istanza di accesso presentata in data 08.03.2017 – ad oggi non riscontrata – gli odierni ricorrenti hanno chiesto: “A) *copia delle note citate nella stessa Delibera n. 48/17 e segnatamente delle “note prot. n. 67/DP del 13/11/2017 del Dipartimento di Prevenzione, prot. n. 40/NAR del 9/1/2017 n.82, dell' 11.01.2017 n. 134/LEG del 17/1/2017 dell'UOC Legale, prot. n. 62 del 9/1/2017 dell'UOC Igiene Ambienti di Vita...nota prot. n. 170 del 19.01.2017, con i relativi allegati, ...dell'UOC Organizzazione e programmazione delle Attività di cure Primarie..con l'annotazione apposta a margine della stessa”*; 2) *copia dei provvedimenti dai quali possa evincersi quante delle strutture per le quali, con la Deliberazione n. 48/17, è stata prevista la contrattualizzazione siano state effettivamente contrattualizzate (ovvero, in particolare, per quante di queste siano stati ritenuti, a seguito di verifica, sussistenti i presupposti per la contrattualizzazione ovvero, ancora, quante delle suddette strutture non abbiano manifesto interesse alla stessa)*; 3) *copia della documentazione dalla quale possa emergere la “produzione remunerata” ossia la “spesa consuntivata” relativa a tutte le strutture della branca di odontoiatria”*;

Nel mese di febbraio, le strutture odierni ricorrenti sottoscrivevano con l'ASP di Palermo il contratto per l'attribuzione del budget.

Inveri, i provvedimenti oggi impugnati sono illegittimi laddove: A) da un lato, continuano a garantire la posizione privilegiata delle strutture già

contrattualizzate, prevedendo budget assai esigui per le nuove strutture e senza tenere in alcun modo conto delle capacità erogative delle singole strutture; B) non hanno destinato, a favore dei ricorrenti, una quota del fondo perequativo di cui all'art. 3 del D.A. 2632/16, nonostante gli stessi, come chiarito, avessero dei contenziosi pendenti.

Donde il presente ricorso affidato ai seguenti

### MOTIVI

**I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 8 QUINQUIES DEL D. LGS. N. 502/1992 E DELL'ART. 25 DELLA L.R. N. 5/2009.**

**VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI CONCORRENZA.**

**ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTI DEI FATTI, IRRAGIONEVOLEZZA, INGIUSTIZIA MANIFESTA.**

**VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 28 DELLA L.R. N.2/02.**

**VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 25 DELLA L.R. 5/09.**

**VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L.N.449/07.**

**VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 9 QUATER, COMMA 7 DEL D.L. 19/06/2015, N. 78 CONVERTITO IN LEGGE 6 AGOSTO 2015**

**VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 24 COMMA 10 DELLA L.R. 2/07.**

**VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI CONTRATTAZIONE.**

Come chiarito in punto di fatto, con il D.A. 2632/16, l'Assessorato alla Salute ha provveduto alla “*Determinazione degli Aggregati di Spesa per l'Assistenza Specialistica da Privato – anno 2016*” ed ha disposto, all'art. 2 che “*nel rispetto della misura dell'aggregato provinciale attribuito con il presente decreto, i Direttori Generali assegnano alle strutture specialistiche convenzionate o da convenzionare con il SSR, un budget per l'anno 2016*”

*comprensivo delle prestazioni erogate per attività extraregionale, da determinarsi con le seguenti modalità: a) Riconoscere ad ogni struttura un budget (al netto del ticket e della quota fissa) da assegnare per l'anno 2016 rapportando i singoli budget assegnati nell'anno 2015 ai corrispondenti aggregati di spesa provinciali di cui all'allegato "A" del presente decreto; b) per ciascuna nuova struttura da contrattualizzare assegnare un budget d'ingresso di euro 32.000,00, pari al budget minimo regionale" .*

Orbene, a parere di Questa difesa, con il predetto articolo, l'Assessorato Regionale ha solo inteso fissare un criterio di massima per la determinazione dei budget da assegnare a ciascuna singola struttura, fermo restando il potere/dovere di contrattazione delle ASP.

Ove, di contro, tale articolo 2 del D.A. cit. dovesse essere inteso nel senso che l'Assessorato Regionale abbia voluto, di fatto, determinare i budget da assegnare a ciascuna singola struttura (imponendo che gli stessi siano analoghi a quelli dell'anno precedente), allora l'articolo sarebbe illegittimo e, mercè il presente atto, lo si impugna.

Si rileva, al riguardo, infatti, che, ai sensi dell'art.28 comma 6 della L.r. n.2/02 rubricato "*disposizioni per la razionalizzazione, la riduzione della spesa e la trasformazione di enti*", i Direttori Generali delle Aziende Sanitarie Locali "*negozano preventivamente con le strutture pubbliche e private, ivi comprese le aziende universitarie policlinico, l'ammontare delle prestazioni erogabili per conto del servizio sanitario regionale nei limiti dei budget predeterminati dalla Regione, tendendo conto della qualità delle prestazioni erogate, della programmazione regionale, del fabbisogno di assistenza individuato dalla Regione e dei propri vincoli di bilancio*".

La successiva L.n.449/07 (atto di programmazione da parte della Regione e contrattazione di piani annuali preventivi con i singoli operatori pubblici e privati) ha confermato poi un "*modello bifasico*" di pianificazione, contemplando, da un lato, la previa determinazione regionale dei criteri di assegnazione del budget, dall'altro lato, un reale ed effettivo momento di negoziazione con l'Azienda Usl di riferimento.

Anche l'art.24 comma 10 della l.r. n.2/07 ha previsto, infatti, che i Direttori Generali “*provvedono alla contrattazione dei budget ... secondo le effettive esigenze della popolazione di riferimento e dei criteri stabiliti dall'Assessore Regionale per la Sanità*”.

La succitata normativa prevede, dunque, un sistema di contrattazione dei budget annuali tra l'Azienda sanitaria e le strutture private accreditate che deve tener conto delle effettive esigenze del fabbisogno della popolazione alla luce dei fatturati delle aziende.

E tale contrattazione ovvero negoziazione costituisce il presupposto per l'assegnazione del Budget e non può essere omessa.

Ed allora, appare evidente, come il summenzionato art. 2 del D.A. 2632/16 ove inteso nel senso di alterare/snaturare il sopradescritto “*modello bifasico*” previsto dalla legge risulti illegittimo.

Il D.A. 2632/16, ove inteso nel senso sopra illustrato, d'altra parte, sarebbe altresì illegittimo laddove finisce per tutelare la posizione dei c.d. vecchi contrattualizzati - escludendo a priori la rideterminazione dei loro budget- a prescindere dalla circostanza che gli stessi operino in zone o meno carenti ovvero abbiano un budget proporzionato rispetto alle aree territoriali nelle quali operano.

**II)VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 8 QUINQUIES DEL D. LGS. N. 502/1992 E DELL'ART. 25 DELLA L.R. N. 5/2009.**

**VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI CONCORRENZA.**

**ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTI DEI FATTI, IRRAGIONEVOLEZZA, INGIUSTIZIA MANIFESTA.**

**VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI CONTRATTAZIONE. ECCESSO DI POTERE PER INGIUSTIZIA MANIFESTA, IRRAGIONEVOLEZZA, TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA.**

Come chiarito in punto di fatto, l'ASP di Palermo, con la Deliberazione n.

48/17, conosciuta dai ricorrenti a seguito di rituale istanza di accesso, ha determinato i budget definitivi per anno 2016 che sono stati indicati in un apposito prospetto. Orbene, da tale prospetto, risulta come a tutte le strutture della branca di odontoiatria sia stato assegnato un budget che, di fatto, è pari a quello previsto per il 2015 aumentato del 2,7%.

Tuttavia, tale aumento è stato garantito in modo lineare a tutte le strutture (avvantaggiando quelle con il budget più alto) e senza tenere in alcun modo conto delle capacità erogative delle singole strutture e, in particolare, senza alcuna differenziazione tra le strutture che, addirittura, avevano prodotto degli extra budget e quelle che non avevano neanche raggiunto il budget assegnato per l'anno 2015.

Orbene, in primo luogo, appare necessario ribadire come sia illegittima una attribuzione dei budget non proceduta da alcuna contrattazione.

L'art.24 comma 10 della l.r. n.2/07 ha previsto, infatti, che i Direttori Generali *“provvedono alla contrattazione dei budget ... secondo le effettive esigenze della popolazione di riferimento e dei criteri stabiliti dall'Assessore Regionale per la Sanità”*.

Ed invero, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza amministrativa, *“tale contrattazione non può ridursi, come invece ormai avviene per prassi, ad una mera forma esteriore, sostanzialmente elusiva degli obblighi di legge, in una situazione in cui, in realtà, l'amministrazione si limita a sottoporre alla struttura di volta in volta interessata l'atto da sottoscrivere, senza che la stessa, di fatto posta di fronte all'unica scelta di sottoscrivere o meno il contratto, e con la prospettata sospensione dell'accreditamento, abbia in alcun modo avuto la possibilità di interloquire sul suo contenuto, o di conoscere preventivamente ed in modo chiaro e trasparente il modo in cui l'Amministrazione abbia in concreto applicato i criteri generali di riferimento e quindi determinato i budget all'interno della provincia di riferimento, in relazione alla situazione di ciascuna delle strutture coinvolte e nei diversi comparti in cui l'attività sanitaria è articolata”* (TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n.4250/10).

Inoltre, la citata Deliberazione n. 48/17 appare illegittima laddove, in aperta violazione delle pronunce rese dalla giurisprudenza amministrativa e dei principi in materia di concorrenza, continua, di fatto, a garantire una posizione di privilegio alle strutture sanitarie già contrattualizzate.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che *“la tutela della concorrenza si svolge non soltanto garantendo la più ampia partecipazione al mercato agli operatori economici interessati (concorrenza nel mercato) ma anche attraverso regole giuridiche che impediscano il consolidamento di posizioni dominanti od oligopolistiche (concorrenza per il mercato)”* (T.A.R: Sardegna Cagliari Sez. I n. 966/2009).

**E il Consiglio di Giustizia Amministrativa ha ritenuto illegittima l’assegnazione ad una struttura accreditata di un budget ove tale assegnazione non sia *“avvenuta tramite un vero e proprio procedimento di contrattazione, ma come risultato automatico della divisione di un precedente budget rinunciato e suddiviso sulla base degli illegittimi criteri del D.A. 1658/13”* (CGA 478/15)**

D’altra parte, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che non è possibile una *“cristallizzazione della posizione dei soli soggetti già presenti sul mercato..”* (TAR Palermo 1130/11).

Invero, tornando al caso di specie, non sussiste alcuna idonea giustificazione alla scelta della P.A. di tutelare la posizione dei c.d. vecchi contrattualizzati - escludendo a priori la rideterminazione dei loro budget- a prescindere dalla circostanza che gli stessi operino in zone o meno carenti ovvero abbiano un budget proporzionato rispetto alle aree territoriali nelle quali operano.

L’amministrazione regionale, infatti, avrebbe dovuto, mantenendo immutato il tetto di spesa, ripartire il budget tra tutte le strutture accreditate (convenzionate e non) sulla base di criteri che tengano conto delle reali esigenze del territorio e della potenzialità erogativa delle strutture e non già della sola circostanza che le strutture siano state contrattualizzate prima o dopo.

Diversamente si consentirebbe il mantenimento di situazioni di privilegio in

favore di soggetti presenti da più tempo sul mercato (o meglio, prima contrattualizzati) e, dunque, più forti economicamente con conseguente alterazione della concorrenza.

Al riguardo, appare utile evidenziare che Codesto Ecc.mo T.A.R. Palermo, con la sentenza n. 204 del 22.1.15, ha chiarito che deve tenersi conto, in sede di assegnazione dei budget, *“dell’esigenza di non ingessare, a tempo indeterminato, l’intero settore, creando delle vere e proprie rendite di posizione che determinano ingiustificati privilegi, non funzionali all’efficienza del servizio sanitario, oltre che platealmente in contrasto con i principi di parità di trattamento tra i soggetti potenzialmente interessati ad inserirsi nel settore, di libertà di iniziativa economica e di efficienza dell’amministrazione; principi tutti di rilievo costituzionale, correttamente richiamati da parte ricorrente ... in particolare è necessario che, con le opportune modalità, vengano resi più fluidi i flussi, in entrata ed in uscita, tra gli accreditati e coloro che aspirano ad esserlo, oltre che garantita una effettiva parità di trattamento tra coloro che sono accreditati, indipendentemente dal fatto che siano stati o meno, negli anni passati, titolari di rapporti contrattuali con il S.S.N...”* (T.A.R. Sicilia Palermo n. 204 del 22.1.15).

Del resto, sarebbe a dir poco illogico ritenere che le strutture odierne ricorrenti debbano essere permanentemente penalizzate dal fatto di essere state contrattualizzate solo nel 2015 e con un budget di ingresso di appena 32.000 specie tenuto conto delle loro notevoli capacità erogative (cfr. documentazione allegata dalla quale emerge che i ricorrenti hanno sfiorato i budget assegnati).

In buona sostanza, la Deliberazione n. 48/17 dell’ASP di Palermo oggi impugnata mantiene un sistema ancorato a vincoli e privilegi non giustificati da ragioni di tutela delle casse pubbliche, della collettività e dei consumatori, sistema che mal si concilia con le regole a tutela della concorrenza e del mercato.

Ed infatti, sebbene appaia certamente condivisibile l’esigenza di contenere

la spesa sanitaria, evitando sprechi e aumenti di uscite finanziarie, pur tuttavia, tale esigenza non può certamente essere conseguita a costo della violazione dei principi di uguaglianza.

In realtà, un efficace contemperamento delle esigenze dei principi di uguaglianza e concorrenza e dell'esigenza di contenimento della spesa sanitaria avrebbe potuto e dovuto essere garantito lasciando immutato l'ammontare complessivo delle risorse disponibili ma distribuendolo tra le varie strutture sulla base di criteri obiettivi e imparziali, non rivolti a tutelare posizioni di mercato già acquisite e consolidate negli anni.

D'altra parte, l'amministrazione sanitaria deve mirare non certo a tutelare posizioni di privilegio ma a garantire il migliore standard possibile delle prestazioni erogate per conto del SSN. E non è affatto detto che lo standard migliore sia assicurato da quei soggetti con i quali la P.A. ha già intrattenuto rapporti contrattuali, ben potendo, di contro, essere garantito da soggetti che, fino a quel momento, non hanno operato in virtù di contratti con il SSN.

Da qui l'evidente illegittimità del provvedimento impugnato anche sotto tale ulteriore profilo.

**III) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DEL D.A. 2632/16 del 28.12.2016, ECCESSO DI POTERE PER INGIUSTIZIA MANIFESTA, IRRAGIONEVOLEZZA, TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA.**

Come chiarito in punto di fatto, con il D.A. 2632/16 del 28.12.2016, l'Assessorato alla Salute ha disposto all'art. 3 che *“E' destinata una somma pari a euro 6.900.000,00, assegnata alle Aziende Sanitarie Provinciali sulla base della popolazione pesata secondo i criteri ministeriali per le finalità sotto elencate, previa verifica dei necessari presupposti da parte delle suddette ASP: 1) eventuale contrattualizzazione di nuovi soggetti con un budget di ingresso pari a euro 32.000,00; 2) attuazione di sentenze esecutive, risoluzione di contenziosi in atto o di*

*potenziali contenziosi; 3) attenuazione degli effetti della minore spesa consuntivata relativa a quelle strutture che, a causa di eventi straordinari documentati, non hanno espresso, nell'anno 2014 o 2015, la loro piena capacità produttiva; 4) implementazione nelle aree geograficamente disagiate delle prestazioni specialistiche, ove carenti, determinate sulla base della rilevazione dei fabbisogni assistenziali da parte delle ASP; 5) eventuale finanziamento di fabbisogni aggiuntivi scaturenti dal trasferimento di strutture specialistiche convenzionate in altre province o dalla aggregazione di strutture aventi punti di accesso in diversi ambiti provinciali”.*

Con apposito atto di invito, gli odierni ricorrenti hanno invitato l’A.S.P di Palermo, in persona del legale rappresentante pro tempore, ad assegnare alla struttura odierna istante un budget equo e congruo con il bacino di riferimento e coerente con i budget attribuiti alle strutture già contrattualizzate prima del 2015 chiarendo, inoltre, come sussistessero “*tutte le condizioni: A) per attingere alle somme previste dall’art. 3 del summenzionato D.A. 2632/16 del 28.12.2016, al fine di giungere alla **“risoluzione di contenziosi in atto”** (ossia dei contenzioso relativi ai ricorsi straordinari proposti dagli odierni istanti avverso i D.A. 1435/14 e n. 2336/15) **o di evitare “...potenziali contenziosi”** (che gli odierni istanti potrebbero proporre avverso il D.A. 2632/16 del 28.12.2016 e avverso i provvedimenti di attribuzione dei budget per l’anno 2016) ; B) per assegnare alla struttura odierna istante un budget equo e congruo con il bacino di riferimento e coerente con i budget attribuiti alle strutte già contrattualizzate prima del 2015”.*

Tale atto di invito, tuttavia, non è stato riscontrato.

Come già chiarito, con la deliberazione n. 48/17, l’ASP di Palermo ha proceduto alla ripartizione delle somme previste “*dall’art. 3 del D.A. 2632/16*”; e, a seguito della ricognizione effettuata, ha provveduto “*a utilizzare il fondo perequativo di € 1. 716.000,00 come segue:*

- 1. destinare la complessiva somma di € 391.433,00 (di cui € 8.790,00 quali oneri previdenziali a carico della ASP), alla implementazione dell'offerta di prestazioni specialistiche nei comuni montani. geograficamente disagiati e nelle aree insulari....*
- 2. accantonare la somma di € 69.602,00 da destinare al Centro Medico Mantia srl ove si dovesse pervenire alla risoluzione transattiva della controversia o alla definizione sfavorevole del giudizio per l'Amministrazione;*
- 3. effettuare un accantonamento dell'importo comprensivo di oneri previdenziali di € 352.814,00, non assegnando le predette somme per l'anno 2016 ad altri soggetti, per garantire all'Azienda la disponibilità delle somme necessarie per la contrattualizzazione, a valere dal 2017, delle due strutture il cui trasferimento da altra provincia è in itinere,*
- 4. destinare la somma € 128.000,00 quale quota di budget e di € 11.650,00 quali oneri previdenziali a carico della ASP per la contrattualizzazione dei nuovi soggetti accreditati non contrattualizzati che, allo stato, hanno attivato contenziosi in sede giudiziale ( 4 strutture), assegnando a ciascuna struttura il budget minimo d'ingresso fissato dal DA 2632/2016 in 32.000,00;*
- 5. contrattualizzare le restanti strutture accreditate non contrattualizzate in possesso dei necessari presupposti, che potrebbero configurare un potenziale contenzioso ... per un totale complessivo di € 620.770,00;*
- 6. Effettuare un accantonamento (non assegnando le predette somme ad altri soggetti) del residuo importo di € 141.731,00 per garantire all'Azienda la disponibilità delle somme a valere dal 2017 per la contrattualizzazione delle prestazioni di diagnosi prenatale”.*

In buona sostanza, l'Azienda Sanitaria, in sede di utilizzo delle risorse di cui al summenzionato fondo perequativo previsto dall'art. 3 del più volte citato D.A. 2632/16, ha incredibilmente omesso di accantonare le somme per le strutture odierne ricorrenti, nonostante le stesse avessero, in atto, pendenti, come chiarito, dei contenziosi con l'ASP proprio in merito all'entità dei budget assegnati.

La predetta deliberazione n. 48/17 risulta, dunque, illegittima laddove l'ASP non ha destinato, come fatto per altre strutture, una quota del fondo perequativo di cui all'art. 3 del D.A. 2632/16, a favore dei ricorrenti i quali, si ribadisce, hanno dei contenziosi pendenti e relativi ai ricorsi straordinari proposti avverso i D.A. 1435/14 e n. 2336/15 e, con apposito atto di invito, avevano chiarito all'azienda sanitaria la propria posizione.

Invero, così operando, la P.A. ha attuato una disparità di trattamento tra gli odierni ricorrenti e altra struttura (Centro Medico Mantia) avente un contenzioso pendente e a favore della quale (a differenza dei ricorrenti) sono stati accantonati € 69.602,00.

Ed ancora, così operando, l'azienda sanitaria non ha seguito le prescrizioni fornite dal summenzionato art. 3 del citato D.A. in quanto ha, in primo luogo, utilizzato le risorse di cui al più volte citato fondo perequativo anche per finalità che, invero, seguono, nell'ordine recato dal citato art. 3 D.A., l'esigenza di porre fine ai contenziosi pendenti (ad esempio l'accantonamento di somme *“per la contrattualizzazione, a valere dal 2017, delle strutture il cui trasferimento da altra provincia è in itinere”*) ovvero, ancora, per finalità neanche contemplate dal predetto articolo (come ad esempio, *“l'accantonamento di risorse - € 141.731,00 – “per garantire all'Azienda la disponibilità delle somme a valere dal 2017 per la contrattualizzazione delle prestazioni di diagnosi prenatale”*)

Donde l'illegittimità anche sotto tale profilo dei provvedimenti impugnati.

### **SUL DANNO**

Il presente ricorso, per le ragioni sopra esposte, appare assistito dal *“fumus boni iuris”*.

Evidente è poi il pregiudizio grave ed irreparabile che le strutture ricorrenti subirebbero nell'ipotesi di mancato accoglimento dell'istanza cautelare.

Ed invero, i provvedimenti impugnati non hanno solo una immediata gravissima incidenza economica sulle strutture ricorrenti ma sono idonei a produrre anche ulteriori pregiudizi in quanto, nelle more della definizione del

giudizio, rappresenteranno il parametro per la determinazione dei futuri budget; e ciò ovviamente continuerà a penalizzare le strutture ricorrenti.

La lesione che tali strutture subirebbero tenderebbe peraltro *“ad aggravarsi con il decorso del tempo anche in considerazione del consolidarsi di interessi contrapposti”* (C.G.A. Ord. n.258/11).

I provvedimenti impugnati determinano anche un grave danno in capo alla collettività, non garantendo una maggiore e più efficiente distribuzione nel territorio delle strutture contrattualizzate.

### **SULL’ISTANZA EX. ARTT. 41 COMMA 4 E 52 COMMA 2 CPA**

Considerato l’elevato numero di controinteressati, Questa difesa chiede di essere autorizzata alla notifica per pubblici proclami ai sensi di quanto previsto dall’art. 41 comma 4 e 52, comma 2 c.p.a.

In particolare, l’art. 41 comm 4 c.p.a. dispone *“Quando la notificazione del ricorso nei modi ordinari sia particolarmente difficile per il numero delle persone da chiamare in giudizio il presidente del tribunale o della sezione cui è assegnato il ricorso può disporre, su richiesta di parte, che la notificazione sia effettuata per pubblici proclami prescrivendone le modalità”*.

E il successivo art. 52 comma 2 c.p.a. dispone *“Il presidente può autorizzare la notificazione del ricorso o di provvedimenti anche direttamente dal difensore con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax, ai sensi dell’articolo 151 del codice di procedura civile”*.

Si rileva, al riguardo, che in fattispecie similari a quella per cui oggi è controversia, S.E. il Presidente del T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III ha autorizzato la notifica per pubblici proclami chiarendo che *“in ragione della giurisprudenza formatasi sul punto (cfr. TAR Lazio, Sez. III bis, ord. n. 2590 del 2015; Tar Campania, Sez. I, ord. n. 336/2016), la notifica per pubblici proclami può avvenire:*

*A) mediante pubblicazione nella Parte Seconda della Gazzetta Ufficiale della Repubblica dei nominativi dei controinteressati, degli estremi degli atti di ricorso per motivi aggiunti, del nome del ricorrente e dell’Amministrazione*

*intimata, dei provvedimenti impugnati e di un sunto dei motivi di gravame, nel termine di decadenza previsto; B) Oppure, in alternativa, a scelta di parte ricorrente, valutato quanto disposto dal richiamato art. 52 del codice del processo amministrativo (“il presidente può autorizzare la notificazione del ricorso o di provvedimenti anche direttamente dal difensore con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax, ai sensi dell’articolo 151 del codice di procedura civile”), applicabile ermeneuticamente alla fattispecie che occupa, a garanzia delle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, anche attraverso la pubblicazione del ricorso nel testo integrale, nonché dell’elenco nominativo dei soggetti controinteressati, sul sito internet dell’ Amministrazione interessata al procedimento su cui si controverte” ed ha ritenuto che “in suddetta ultima ipotesi l’Amministrazione sarà tenuta a pubblicare, previa consegna del ricorso e dell’elenco dei controinteressati da parte ricorrente sul supporto (cartaceo o informatico) indicato dall’Amministrazione stessa, sul proprio sito il testo integrale del ricorso e dell’elenco nominativo dei controinteressati, nonché previo il versamento delle eventuali spese necessarie per suddetta pubblicazione” (T.A.R. Sicilia Palermo Decreti Presidenziali n. 987/16 del 20.07.2016 e n. 989 del 25.07.2016);*

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

#### **VOGLIA S.E. IL PRESIDENTE DEL T.A.R. SICILIA PALERMO**

Autorizzare i ricorrenti alla notifica per pubblici proclami del ricorso ai sensi di quanto previsto dall’art. 41 comma 4 e 52 comma 2 cpa., preferibilmente mediante pubblicazione sui siti internet dell’Asp di Palermo e dell’Assessorato Regionale della Salute.

#### **VOGLIA CODESTO ECC.MO TAR**

In sede cautelare, adottare la misura che, secondo le circostanze, appaia più idonea ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, ovvero definire il giudizio con sentenza succintamente motivata già in sede cautelare, in accoglimento del presente gravame.

Nel merito, comunque, accogliere il presente ricorso e, per l'effetto, annullare il provvedimento impugnato.

Con vittoria di spese, con salvezza di ogni altro diritto e con riserva di proporre motivi aggiunti a seguito del riscontro dell'istanza di accesso inoltrata dai ricorrenti in data 8/3/17.

Il contributo unificato è dovuto in misura ordinaria.

Li

*Avv. Girolamo Rubino*

*Avv. Monica Di Giorgio*

*Avv. Giuseppe Impiduglia*