



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 73 del 2012, proposto da:
Oxi. Gen Lab S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio Angiolini, Marco Cuniberti e Antonio Carbonelli, con domicilio eletto presso Antonio Carbonelli in Brescia, via Moro, 48;

contro

Asl 302 - A.S.L. della Provincia di Brescia, rappresentata e difesa dall'avv. Silvana Grassi, con domicilio eletto presso Silvana Grassi in Brescia, c/o A.S.L. Brescia -via Duca degli Abruzzi, 15; Regione Lombardia, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaella Schiena, Dario P. Vivone, con domicilio eletto presso Donatella Mento in Brescia, via Cipro, 30;

nei confronti di

Bianalisi S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della nota datata 12 dicembre 2011, prot. 0170487, pervenuta il 16 dicembre 2011, di rigetto del diritto della Oxi.gen Lab s.r.l. alla sottoscrizione del contratto per le prestazioni di medicina specialistica erogate contestando altresì il relativo riconoscimento economico;

- per quanto occorrer possa, della deliberazione n. IX/2633 del 6 dicembre 2011, con la quale la Regione Lombardia ha adottato la determinazione in ordine alla gestione del servizio socio sanitario regionale per l'esercizio 2012, pubblicata in B.U.R.L. in data 14 dicembre 2011.

nonché per il riconoscimento

del diritto della ricorrente a liberamente concorrere per i servizi sanitari per i quali ha ricevuto l'accreditamento in condizioni di parità con altre strutture private egualmente accreditate

e per il risarcimento di ogni danno subito e subendo, anche di carattere materiale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl 302 - A.S.L. della Provincia di Brescia e di Regione Lombardia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2012 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nella premessa in fatto, la ricorrente evidenzia come, a proprio parere, il fatto che la Regione possa, con riferimento alle strutture sanitarie accreditate, valutare annualmente il mantenimento degli indici programmatori di fabbisogno sanitario, non starebbe ad indicare la sussistenza di un potere discrezionale. La Regione, al contrario, dovrebbe assicurare, come ben può avvenire in un'accorta gestione delle risorse, che tutti i soggetti privati accreditati siano posti in posizione paritaria quanto alla possibilità di concorrenza, conservando, nei limiti di ciò che è stato programmato come necessario ad integrare il servizio pubblico, una pari opportunità di rendersi compartecipi dell'erogazione delle prestazioni e della corrispondente remunerazione (ciò anche nel caso di fabbisogno diminuito o di aumento di operatori). In altre parole l'Amministrazione non potrebbe differenziare il trattamento di taluni operatori privati accreditati rispetto ad altri, senza violare il principio di libertà e parità di concorrenza previsto dalla normativa comunitaria.

Nello specifico la ricorrente lamenta di non aver ottenuto, nonostante l'accreditamento nel 2008, il successivo riconoscimento, da parte della Regione, del rapporto quale operatore accreditato (come servizio di medicina di laboratorio) e l'assegnazione del

conseguente budget di spesa. L'aspettativa dell'instaurazione di tale rapporto avrebbe determinato un investimento in strumentazioni d'eccellenza che nel corso degli anni avrebbe superato i 5.000.000 di Euro. Ciò ha indotto il laboratorio odierno ricorrente ad intimare una diffida alla Regione in data 7 novembre 2011, a cui la ASL ha risposto il 12 dicembre 2011, facendo osservare che la Regione "ha circoscritto l'ambito di prestazioni sanitarie da contrattualizzare, escludendo, tra le altre, quelle di assistenza specialistica afferenti alla medicina di laboratorio".

Secondo la ricorrente, da tale nota, come dalle deliberazioni regionali che vi sottendono (DGR IX/937/2010 e/350 del 2011), sembrerebbe potersi dedurre la volontà dell'amministrazione sanitaria di limitare l'esercizio di attività accreditate da parte di soggetti privati i quali, pur provvisti di accreditamento, non l'abbiano già svolta in precedenti annualità, ossia di privilegiare gli operatori già "contrattualizzati", escludendo l'ingresso di ogni nuovo operatore. Ciò in palese violazione dei principi della concorrenza.

Avverso gli atti impugnati sono stati, quindi, dedotti i seguenti vizi:

1. violazione e falsa applicazione dell'art. 24 della L.R. 30 dicembre 2009, n. 33 e dell'art. 1, comma 4 della Direttiva 2004/18/CE e degli artt. 49, 62, 101 e 106 del Trattato di Lisbona.

In particolare la norma regionale precisa che "l'attività contrattuale delle aziende sanitarie è disciplinata dalla normativa comunitaria, nazionale e regionale in materia, nel rispetto dei principi di

imparzialità, pubblicità e trasparenza nella gestione della spesa”. In ragione di ciò e dell’ulteriore normativa richiamata (in specie laddove disciplina la concessione di servizi), i principi comunitari di trasparenza, parità di trattamento e libera concorrenza sarebbero applicabili anche alla contrattazioni con le ASL dei soggetti accreditati. Ne discende che, o si esclude la necessità di prestazioni di laboratorio affidate ai privati o, se se ne ravvisa la necessità, lo svolgimento delle stesse dovrebbe essere assegnato nel rispetto dei principi fondamentali dell’evidenza pubblica.

La scelta della Regione, peraltro, non appare logica neanche laddove si valorizzasse il fatto che la stessa Regione sembrerebbe privilegiare gli operatori accreditati che già avessero prestato il servizio negli anni precedenti, in quanto una struttura delle sette contrattualizzate è stata ammessa all’esercizio dell’attività solo nel 2011 e, quindi, dopo la deliberazione 937/2010 e comunque nel corso del 2011 sarebbero stati stipulati più contratti integrativi, a conferma dell’incremento del fabbisogno.

Quindi, il fabbisogno esisterebbe e lo stesso sarebbe soddisfatto discriminando alcuni operatori rispetto ad altri, senza alcuna ratio;

2. violazione e falsa applicazione dell’art. 3 del Trattato UE, dell’art. 26, par. 2, dell’art. 3, par. 1, degli artt. 116 e 117 del Trattato UE.

Dalle deliberazioni richiamate dall’ASL a motivo del rigetto del riconoscimento delle prestazioni della ricorrente sembrerebbe doversi evincere un’assenza di fabbisogno di fatto poi smentita dagli

stessi provvedimenti e comunque non vi sarebbe alcuna motivazione a giustificazione del mancato riconoscimento delle prestazioni erogate negli anni precedenti;

3. violazione e falsa applicazione dell'art. 12, comma cinque della L.R. 31 del 1997, secondo cui "l'iscrizione al registro generale delle strutture accreditate è condizione per la definizione dei rapporti per la remunerazione delle prestazioni rese dai soggetti pubblici e privati". In ragione di tale disposizione, secondo la ricorrente, la Regione avrebbe optato per un sistema di riconoscimento delle prestazioni subordinato solo all'accreditamento e alla conseguente iscrizione nell'albo, senza alcuna ulteriore attività discrezionale dell'amministrazione, prevista, invece, da altre normative regionali.

Solo successivamente all'accreditamento della ricorrente è entrata in vigore la L.R. 38 del 30.12.2008, la quale ha specificato che l'iscrizione al registro regionale delle strutture accreditate è condizione necessaria, ma non sufficiente" alla remunerazione delle prestazioni, dovendo essa essere coordinata con il fabbisogno rilevato. Se, quindi, secondo la ricorrente, tale disposizione può consentire all'Amministrazione di non utilizzare l'attività di operatori privati quando ciò non sia reso necessario dal fabbisogno rilevato, ciò però non significa che sia legittimata a differenziare la posizione di soggetti accreditati che già hanno un "contratto" e i nuovi. In ogni caso la nuova normativa non potrebbe incidere sulla posizione giuridica della ricorrente, già accreditata prima dell'entrata in vigore

della stessa (in tal senso, Cass. II, 6 aprile 2011, n. 7884).

Si è costituita in giudizio l'ASL, eccependo l'infondatezza del ricorso per i seguenti motivi:

a) l'art 8 quater del d.lgs. 502/1992 subordina l'erogazione di prestazioni sanitarie finanziate dalla mano pubblica, oltre che all'accreditamento, alla "verifica della funzionalità rispetto alla programmazione nazionale e regionale" e, pertanto, "la regione definisce il fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano Sanitario Regionale". Superata, quindi, la fase dell'accreditamento, se ne apre una, discrezionale, che conduce al perfezionamento degli accordi contrattuali, tant'è che la LR. 33/2009 espressamente prevede che "L'iscrizione nel registro regionale delle strutture accreditate è condizione necessaria ma non sufficiente per l'assunzione a carico del fondo sanitario regionale degli oneri relativi alle prestazioni sanitarie e sociosanitarie erogate sulla base del fabbisogno sanitario del territorio e nel rispetto dei limiti di spesa assegnati alle singole strutture tramite la conseguente definizione dei rapporti per la remunerazione delle prestazioni rese. La Giunta regionale, con deliberazione comunicata alla commissione consiliare competente, approva lo schema-tipo in base al quale le ASL stipulano gli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del d.lgs. 502/1992". Secondo l'ASL, quindi, se ne inferirebbe che l'ingresso nel sistema sarebbe determinato dalla sola Regione e comunque non vi sarebbe un diritto incondizionato delle strutture

accreditate ad accedere al sistema stesso, con la conseguenza che la scelta della Regione di escludere l'ingresso di nuovi soggetti convenzionati non sarebbe lesivo dei soggetti accreditati, ma che non hanno avuto alcuna proposta di sottoscrizione di contratti. Ogni determinazione in ordine alla stipula dei contratti, comunque, sarebbe di esclusiva competenza della Regione che predispone anche lo schema tipo di contratto;

b) le determinazioni della Regione sarebbero vincolanti per l'ASL, in quanto è la prima che programma in base al fabbisogno e stanziava il finanziamento per il pagamento delle prestazioni. Al contrario, nessun automatismo sarebbe configurabile rispetto all'ingresso nel sistema, in quanto l'accreditamento "ha natura concessoria, con la particolarità che nel nuovo sistema si è in presenza di concessioni ex lege di attività di servizio pubblico, talchè la disciplina di queste convenzioni è dettata in via generale dalla legge, pur con rinvii integrati da norme di secondo grado o regionali...ed ha altresì natura organizzativa" (così la difesa dell'Azienda, a pag. 10);

c) per quanto attiene alla pretesa violazione dei principi posti a tutela della concorrenza, secondo parte resistente gli stessi sarebbero recessivi rispetto al principio che si è imposto della programmazione, allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario. In tale ottica deve, quindi, ritenersi legittima la previsione che, "anche per l'anno 2012 debba permanere la sospensione della messa a contratto di nuove attività di

specialistica ambulatoriale”. In base a ciò sarebbero infondate, oltre alla terza, anche la quarta e la quinta censura;

d) nessun difetto di motivazione sarebbe ravvisabile atteso che la previsione trova il proprio fondamento nell’art. 32, comma 8 della legge 449/1997, che ha introdotto la fase della contrattazione in un’ottica di contenimento della spesa pubblica.

A seguito dell’accoglimento dell’istanza cautelare e, quindi, in ottemperanza all’ordinanza di questo Tribunale n. 108/2012, la ASL intimata ha disposto, in via interinale e vincolata all’esito favorevole del giudizio, “una riserva di budget per l’attività specialistica ambulatoriale e diagnostica strumentale, conforme anche in relazione alle esigenze clinico epidemiologiche del territorio” (decreto 186 del 23 aprile 2012).

Si è costituita in giudizio la Regione che, con un’ampia memoria, ha, in prima battuta, ricostruito il funzionamento del sistema sanitario convenzionato, dando conto di come, sin dal d. lgs. 502/92, si sia previsto che l’esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale passi attraverso tre diversi distinti momenti e procedimenti: autorizzazione, accreditamento e accordo contrattuale. In particolare, il comma 2 dell’articolo 8 quater (preesistente alla riforma del 2008) ha da sempre previsto che l’accreditamento non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate, al di fuori degli accordi contrattuali di cui all’articolo seguente.

In ragione di tale regime, la Regione Lombardia, con D.C.R. VII/0870 del 30 luglio 2003 ha sospeso, ad eccezione della radioterapia, della dialisi e delle sperimentazioni di alta tecnologia e innovative con valenza di salvavita, la messa a contratto con il SSR di nuove attività di specialistica ambulatoriale e diagnostica strumentale, escludendo la possibilità di aumentare i punti di erogazione e di specialità.

Tali scelte sono state poi confermate negli anni successivi. Così, anche per gli esercizi 2011 e 2012, in considerazione del sostanziale rispetto, nel corso degli esercizi precedenti, dei tempi di attesa secondo le indicazioni date dalla normativa nazionale e regionale in termini di accessibilità alle prestazioni ambulatoriali e dell'andamento quantitativo delle prestazioni. Per l'anno 2012, anzi, sono state addirittura eliminate alcune eccezioni alle restrizioni riconosciute negli anni antecedenti.

Ciò precisato, la Regione ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione delle deliberazioni con cui la Regione ha disposto la sospensione della messa a contratto (la ricorrente ha censurato, infatti, solo il provvedimento che ha dettato le regole per la gestione del SSR nell'anno 2012).

Sarebbe, comunque, inammissibile ogni pretesa fatta valere con riferimento al periodo compreso tra il 2008 e il 2012, per mancata impugnazione delle deliberazioni regionali programmatiche della spesa pubblica in quegli anni e degli eventuali dinieghi dell'ASL di

ammissione a contratto.

Nel merito la Regione ha sostenuto l'infondatezza della pretesa applicazione dei principi comunitari invocati, atteso che la messa a contratto delle strutture operanti nel SSR non rientrerebbe affatto tra i provvedimenti attinenti alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, non essendo qualificabili, tali rapporti, come appalti di servizi.

I fondamentali principi comunitari (pubblicità, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione e libera concorrenza) sarebbero peraltro applicabili solo con riferimento alla fase dell'accreditamento e non a quella successiva della contrattualizzazione.

In ogni caso la Regione non avrebbe provveduto, negli ultimi anni, ad alcuna nuova contrattualizzazione, ma, semmai, solo alla sostituzione di soggetti subentrati nella posizioni di altri già sottoscrittori di contratto o all'integrazione di contratti già in essere, resa necessaria dal recepimento della disciplina di sistema.

In sintesi, l'impugnata deliberazione che ha comportato il rigetto della sottoscrizione del contratto altro non sarebbe che il provvedimento imposto dall'obbligo di legge relativo alla realizzazione del primario interesse pubblico al rispetto del limite di spesa.

Comunque, l'insufficienza dell'accreditamento ai fini dell'ammissione al sistema dei rimborsi delle prestazioni convenzionate sarebbe da ricondursi alla legge nazionale del 1992 e, quindi, nessuna aspettativa

legittima potrebbe ritenersi essersi perfezionata in capo alla ricorrente.

Sarebbe, infine, inammissibile la domanda risarcitoria. Oltre che infondata per mancata prova dei presupposti, infatti, essa sarebbe tardiva, in quanto avrebbe dovuto essere proposta al più tardi entro centoventi giorni dall'entrata in vigore del d. lgs. 104/2010 (art. 30).

Parte ricorrente ha anch'essa depositato una memoria, sottolineando che l'adempimento dell'amministrazione all'ordinanza di questo Tribunale (mediante accantonamento con riserva di un apposito budget) dimostrerebbe come l'esclusione della ricorrente dal sistema sarebbe frutto di una scelta e non anche di superiori obblighi connessi al fabbisogno e al limite di spesa. In ogni caso, si ribadisce, il ricorso tende - fermi restando i suddetti limiti ed obblighi - ad eliminare gli ostacoli ad un trattamento ugualitario nei confronti di tutti gli operatori accreditati.

Essa ha altresì evidenziato la legittimazione anche dell'ASL, oltre che della Regione, peraltro regolarmente intimata. Ha, quindi, sottolineato la diversità intercorrente tra programmazione e continuità nell'acquisire da determinati soggetti privati le prestazioni integrative di quelle offerte direttamente dalle strutture pubbliche e la conseguente necessità di coniugare razionalizzazione della spesa con tutela della concorrenza.

Il laboratorio ricorrente si è, quindi, soffermato sulla quantificazione del risarcimento del danno dovuto, ammettendo esso stesso, dopo

aver illustrato una vasta gamma di criteri per il calcolo, l'opportunità di una determinazione in via equitativa, ferma restando la difficoltà di individuare attendibili parametri di riferimento.

Entrambe le parti hanno depositato memorie di replica, puntualizzando alcuni dei profili ritenuti essenziali e di cui già si è dato conto.

Alla pubblica udienza la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione, previa discussione orale tra gli stessi difensori.

DIRITTO

Il nuovo modello di servizio sanitario nazionale delineatosi a partire dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, è caratterizzato «sia dal principio di libertà dell'utente nella scelta della struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria ... sia dal principio della necessaria programmazione sanitaria con l'adozione di un piano annuale preventivo, al fine di realizzare un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni, mediante la fissazione, in sede di programmazione sanitaria, e sulla base dei dati epidemiologici, dei livelli uniformi di assistenza sanitaria» (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 03 maggio 2001, n. 2495 e Sez. IV, n. 3920/2000).

Ne deriva che il sistema prevede una legittima programmazione della spesa pubblica in materia sanitaria, che comporta l'individuazione di un tetto massimo di spesa sostenibile dal sistema sanitario pubblico

per l'erogazione di servizi sanitari da parte di soggetti privati "convenzionati", con conseguente fissazione del limite di prestazioni rimborsabili al singolo soggetto accreditato, attraverso la stipula di appositi contratti.

Non appare, dunque, revocabile in dubbio il fatto che l'accreditamento non costituisca vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate, al di fuori degli accordi contrattuali di cui all'articolo 9 del d. lgs. 502/92: le prestazioni erogate da soggetti privati accreditati sono, quindi, suscettibili di essere remunerate se ed in quanto rientrano nell'ambito di quelle specificamente individuate dall'accordo sottoscritto con l'azienda sanitaria di riferimento.

Ed è questa la ragione per la quale non appare meritevole di positivo apprezzamento quanto dedotto nel secondo motivo di ricorso. Il mancato riconoscimento delle prestazioni svolte negli anni precedenti è chiaramente motivato dall'assenza di un contratto stipulato precedentemente allo svolgimento dell'attività e legittimante le prestazioni in regime convenzionato. In altre parole, sinteticamente, le prestazioni rese prima della stipula del contratto con la ASL lo sono state al di fuori del regime dell'attività sanitaria convenzionata e, pertanto, risultano essere prive del presupposto per l'ammissione al rimborso da parte del sistema sanitario. Si può, quindi, condividere la tesi della Amministrazioni resistenti, secondo cui ben prima della esplicitazione del particolare passaggio del

procedimento autorizzatorio ad opera della L.R. 38/2008, l'accreditamento doveva essere qualificato come condizione essenziale, ma non sufficiente, all'ammissione in partecipazione alla integrazione delle prestazioni garantite dal servizio sanitario nazionale in regime di convenzione, essendo a tal fine necessaria, preliminarmente, la sottoscrizione di apposito contratto preordinato alla fissazione delle condizioni contrattuali determinate dalla necessità del rispetto dei limiti del budget di spesa disponibile.

Sgomberato il campo da tale profilo, il reale oggetto del contendere, su cui questo giudice è chiamato a pronunciarsi è rappresentato dalla pretesa illegittimità dell'inserimento di preclusioni all'accesso al mercato di nuovi soggetti accreditati.

A tale proposito, parte ricorrente ha richiamato la sentenza TAR Palermo, I, 6 maggio 2011, n. 874, le cui conclusioni il Collegio ritiene di poter condividere. In tale pronuncia si legge che: "L'intervento pubblico, in altre parole, può legittimamente incidere sulle modalità strutturali del sistema di welfare, anche in punto di esclusione della presenza stessa di operatori economici privati: ma quest'ultima, ove ammessa, non può essere sottoposta ad ulteriori limitazioni all'accesso che non siano quelle preordinate alla verifica di compatibilità con l'interesse pubblico sottostante e – nel caso delle prestazioni sanitarie - con le esigenze della finanza pubblica L'accordo contrattuale, pertanto, è lo strumento giuridico che consente all'operatore economico privato di accedere al mercato

delle prestazioni erogabili in regime di accreditamento. Si tratta di un mercato entro il quale gli operatori economici privati competono tra di loro (e con gli operatori pubblici) *for profit*, con il solo limite del contingentamento massimo (rappresentato dal limite quantitativo di prestazioni erogabili)..... Ne consegue che la parte del sistema aperta alla presenza di operatori economici privati, rappresenta un mercato non contingentato, né contingentabile, se non nelle forme e con i limiti sopra evidenziati”. Contrariamente a quanto affermato dalla Regione, sebbene tale pronuncia riconosca indubbiamente la legittimità di sistemi di blocco fondati sul fabbisogno quantitativo programmato e sul contenimento della spesa pubblica, mai revocata in dubbio nemmeno da parte ricorrente, ciò non sta affatto a significare che il mercato possa essere precluso all’accesso di nuovi operatori. Al contrario, richiamando quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 180 del 2010 (per cui non può essere considerata conforme ai parametri europei una disciplina regionale che “impedisce l’accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all’ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori”), il giudice siciliano conclude affermando che: “Il legislatore regionale, pertanto, avrebbe potuto restringere – senza violare il Trattato – ai soli operatori pubblici la possibilità di erogare le prestazioni sanitarie di cui si discute; ovvero avrebbe potuto riservare le stesse ad imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, sottratte – nei limiti della

ragionevolezza e della proporzionalità – alle regole di concorrenza: ma non avrebbe potuto realizzare un sistema misto, con limitazione della presenza privata alla cristallizzazione della posizione dei soli soggetti già presenti sul mercato”.

Ad analoghe conclusioni ritiene di poter addivenire il Collegio con riferimento alla controversia in esame, atteso che, in assenza di una normativa comunitaria speciale che concerna il regime dei servizi sanitari e il loro carattere a rilevante connotazione economica, debbono comunque trovare applicazione i principi comunitari in materia di concorrenza, i quali hanno assunto un rango sovraordinato rispetto alla Costituzione, salvo il limite del rispetto dei principi fondamentali.

Ciò in conformità a quanto dalla stessa Corte di giustizia della Comunità Europea affermato (sentenza 16 maggio 2006, in causa C-372/04, Watts: resa in relazione ad un modello di servizio sanitario assai affine a quello italiano), laddove ha ritenuto che la disciplina della libertà di prestazione dei servizi, seppur non pienamente applicabile in materia di servizi sanitari, ammetta unicamente un regime autorizzatorio (della prestazione) ragionevolmente funzionale alla tutela del diritto alla salute (e non, dunque, una preclusione assoluta su base temporale), peraltro con l’affermazione di significativi limiti alla discrezionalità degli Stati membri nella organizzazione dei servizi sanitari.

Pertanto, se appare pienamente condivisibile la tesi secondo cui,

rispetto ai servizi sanitari non può trovare applicazione il codice dei contratti, in quanto servizi “esclusi” (cfr TAR Piemonte, sentenza n. 153/2012), per converso, come ha avuto modo di chiarire la Corte Costituzionale, nella sentenza 7 novembre 2008, n. 361, l’ingresso di nuovi operatori privati, in possesso dei requisiti per l’accreditamento, non può essere bloccato a tempo indeterminato, non potendo “essere giustificato dall’esigenza di contenere la spesa sanitaria, giacché tale legittimo e necessario obiettivo non può essere conseguito a costo della violazione del principio di uguaglianza”.

Ciò comporta non solo l’obbligo per il legislatore nazionale e per quello regionale di rispettare le regole comunitarie, ma anche per i giudici nazionali di disapplicare le eventuali leggi con quelle regole incompatibili.

Nel caso di specie viene in rilievo la L.R. n. 38 del 30.12.2008. Invero il laboratorio odierno ricorrente risulta essere stato accreditato prima dell’entrata in vigore di tale disposizione, la quale ha specificato che l’iscrizione al registro regionale delle strutture accreditate “è condizione necessaria, ma non sufficiente” alla remunerazione delle prestazioni.

Se, dunque, tale circostanza non genera alcuna aspettativa giuridica meritevole di tutela, ciò che appare rilevante è come, invece, la legge regionale in questione violi proprio i parametri comunitari sopra ricordati. L’applicazione della norma ora richiamata nel senso individuato dalla delibera della Giunta Regionale n. IX/2633 del 6

dicembre 2011 e cioè (come già per gli anni precedenti) escludendo dal sistema, automaticamente ed indiscriminatamente, tutti i soggetti che negli anni precedenti non sono già stati parte di un contratto con la competente ASL, senza tenere conto, in particolare, della posizione degli operatori accreditati che abbiano fatto richiesta di essere ammessi ad erogare prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale integra, dunque, un'ipotesi di discriminazione tra gli operatori non compatibile con il modello europeo.

Sebbene, pertanto, il sistema sanitario nazionale legittimamente risulti ispirato alla necessità di coniugare il diritto alla salute degli utenti con l'interesse pubblico al contenimento della spesa, esso non può, dunque, prescindere dal contemplare anche quella ulteriore di tutela della concorrenza, irrimediabilmente lesa dall'automatica preclusione alla messa a contratto di nuovi soggetti accreditati.

Ne deriva l'illegittimità della previsione normativa regionale, che si riflette sulla validità degli atti regionali applicativi della stessa, con la conseguenza che, disapplicando la prima, gli altri non possono che essere annullati per contrarietà ai parametri europei. In altre parole, fermo restando il tetto di spesa massimo, la ripartizione del budget tra i soggetti accreditati dovrebbe essere operata in base ad appositi criteri idonei a garantire condizioni di parità tra tali soggetti, a prescindere dal fatto che essi abbiano o meno sottoscritto in precedenza un contratto.

Deve, quindi, essere esaminata la domanda di risarcimento del

danno.

Tardiva si deve ritenere la richiesta per gli anni antecedenti il 2012. Alla luce dell'art. 30 del d. lgs. 104/2010, infatti, si può effettivamente prescindere, come sostenuto da parte ricorrente, dalla mancata caducazione degli atti in ragione dei quali l'Amministrazione, con il proprio comportamento, ha leso le aspettative del laboratorio ricorrente: ciononostante, la reintegrazione del danno subito nel periodo intercorrente tra il 2008 e il 15 settembre 2010 avrebbe dovuto essere tempestivamente richiesta entro centoventi giorni decorrenti dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo che ha anche introdotto il principio della prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dall'illegittima attività (o non attività) amministrativa e che ha fissato, all'art. 30 già citato, tale termine per tutti gli eventi dannosi consumatisi precedentemente all'entrata in vigore della norma.

Analogamente prescritto deve ritenersi il credito per il periodo intercorrente tra la fine dell'anno 2010 e l'anno 2011, atteso che parte ricorrente ha notificato il ricorso ben oltre la decorrenza di centoventi giorni dall'adozione degli atti programmatori che l'hanno esclusa dal sistema sanitario convenzionato per tali anni.

Per l'anno 2012, invece, la richiesta è senza dubbio tempestiva, con la conseguenza che deve essere verificata la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno. A tale proposito la condotta lesiva non può che coincidere

con la mancata ammissione alla partecipazione al sistema di erogazione di prestazioni sanitarie integrative rispetto a quelle garantite dalle strutture pubbliche, in regime di concorrenza con gli altri operatori già presenti sul mercato. Né può negarsi la sussistenza dell'elemento soggettivo, atteso che, come già visto, la questione si snoda attraverso l'applicazione di principi fondamentali riconosciuti dalla Comunità Europea e dalla Corte Costituzionale, prima che dalla giurisprudenza del giudice amministrativo.

In ordine alle modalità risarcitorie, il Collegio ritiene che la soluzione maggiormente rispondente all'interesse di entrambe le parti, oltre che rispettosa dei principi più sopra affermati, risieda nel disporre l'esecuzione in forma specifica.

La Regione e l'Azienda sanitaria, ciascuna per quanto di stretta competenza, dovranno, dunque, provvedere all'adozione degli atti necessari a disporre una nuova ripartizione del budget di spesa previsto per l'anno 2012 (fermo restando, si ribadisce, il tetto massimo di spesa già individuato e la cui quantificazione non è oggetto di contestazione nell'ambito del ricorso in esame), considerando, a tal fine anche l'odierna ricorrente, cui spetterà, pertanto - applicando le medesime condizioni che hanno condotto all'assegnazione delle quote già effettuata per l'anno 2012 - una corrispondente e proporzionale quota di prestazioni suscettibili di remunerazione da parte del sistema sanitario pubblico, calcolata su base annua, ancorchè il limite massimo così fissato possa essere

raggiunto nel corso degli ultimi sei mesi del 2012, essendo stata preclusa la partecipazione al sistema sanitario per i precedenti sei mesi. In tal modo si otterrà, dunque, il risultato di porre la ricorrente nelle stesse condizioni in cui si sarebbe dovuta trovare se fosse stata ammessa a partecipare alla ripartizione del budget di spesa previsto per l'anno in corso sin dal suo inizio.

Le spese del giudizio possono, invece, trovare compensazione tra le parti in causa, attesa la natura prettamente interpretativa della questione dedotta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, ne accoglie le domande impugnatorie e, per l'effetto, annulla gli atti in epigrafe.

Accoglie la richiesta di risarcimento del danno nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, condanna le Amministrazioni resistenti alla reintegrazione in forma specifica, come in motivazione sempre specificato.

Dispone la compensazione delle spese del giudizio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)