

Pubblicato il 08/03/2023

N. 01514/2023 REG.PROV.COLL.  
N. 01440/2022 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1440 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Centro Delta S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Donato Cicenia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

***contro***

Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Luigia Schiano Di Colella Lavina, Massimo Consoli, con domicilio eletto presso l'Avvocatura Regionale, sita in Napoli, via s. Lucia, n. 81;

Azienda Sanitaria Locale Benevento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Mennitto, Alfredo Soricelli, Angelo Pasquale Cogliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

***nei confronti***

Centro Diagnostico San Marco S.r.l., non costituito in giudizio.

*per l'annullamento*

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della delibera DGRC n 599/2021 recante <<assegnazione provvisoria per l'esercizio 2022 dei volumi massimi di prestazioni e dei correlati limiti di spesa alle strutture sanitarie private accreditate per l'assistenza specialistica ambulatoriale>> ed ogni altro atto presupposto e connesso e conseguente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Centro Delta S.r.l. il 26/7/2022: della DGRC n.215/2022 "Assegnazione per l'esercizio 2022 dei volumi massimi di prestazioni e dei correlati limiti di spesa alle strutture sanitarie private accreditate per l'assistenza specialistica ambulatoriale: modifiche e integrazioni alla DGRC n.599 del 28 dicembre 2021".

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania e dell'Azienda Sanitaria Locale di Benevento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 14 dicembre e del 25 gennaio 2023 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato all'amministrazione resistente e regolarmente depositato nella Segreteria del T.a.r., la società ricorrente ha esposto quanto segue:

a) Il centro ricorrente è una struttura accreditata per la branca specialistica ambulatoriale di Patologia Clinica, appartenente, per l'ubicazione della sede, all'ASL Benevento;

b) Annualmente ha sottoscritto ex art.8 *quinquies* un accordo contrattuale con l'ASL per disciplinare l'erogazione delle attività diagnostiche di Patologia Clinica

in applicazione del più generale provvedimento regionale di fissazione dei limiti di spesa e dei limiti di prestazione;

c) Dall'anno 2003, i limiti di spesa e di prestazione per gli erogatori privati accreditati sono stati disciplinati dal cosiddetto <<Tetto di Branca>>, un'unica "fonte" di prestazioni e remunerazione, alla quale, divisi soltanto per ASL di appartenenza, hanno attinto annualmente tutti i laboratori di analisi.

d) L'accordo contrattuale per <<Tetto di Branca>> ha annualmente introdotto forme di controllo e di equilibrio, onde garantire <<una sana competizione>> fra le strutture accreditate afferenti all'unico <<contenitore>> di prestazioni e di risorse economiche.

e) Con l'impugnata DGRC n. 599/2021, la Regione Campania ha completamente trasformato il sistema e la disciplina di erogazione delle prestazioni. Sono stati eliminati i limiti di spesa e di prestazioni <<per branca>> e sono stati introdotti *ex abrupto* singoli <<tetti di struttura>>.

2. La ricorrente ha, quindi, impugnato quest'ultimo provvedimento, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

I) Sul fabbisogno: Violazione artt. 3, 32 e 97 costituzione; violazione art.8 quater d.lgs. 30.12.1992 n.502; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed istruttoria; violazione del giusto procedimento; travisamento; ingiustizia; sviamento;

II) Sulla spesa storica: Violazione artt. 3, 32 e 97 costituzione; violazione artt.8 e ss. d.lgs. 30.12.1992 n.502; violazione art.29 decreto legge 14.8.2020, n. 104; violazione art.26 decreto legge 25.5.2021, n. 73; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; ingiustizia; violazione del giusto procedimento; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed istruttoria; travisamento; sviamento;

III) Sul procedimento amministrativo: Violazione artt. 3, 32 e 97 costituzione; violazione artt.8 e ss. d.lgs. 30.12.1992 n.502; violazione artt. 1, 2, 2bis, 3 l. 7.8.1990 n.241; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; violazione del giusto procedimento; ingiustizia; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed

istruttoria; travisamento; sviamento;

IV) Sul procedimento amministrativo: Violazione artt. 3, 32 e 97 costituzione; violazione art.8 quinquies d.lgs. 30.12.1992 n.502; violazione artt. 1, 2, 2bis, 3 l 7.8.1990 n.241; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; violazione del giusto procedimento; ingiustizia; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed istruttoria; travisamento; sviamento;

V) Sul calcolo del tetto di struttura: violazione artt. 3, 32 e 97 costituzione; violazione artt.8 e ss. d.lgs. 30.12.1992 n.502; violazione di norme tecniche; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; ingiustizia; violazione del giusto procedimento; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed istruttoria; travisamento; sviamento;

VI) Sulla sospensione dell'accreditamento: violazione artt. 3, 24, 32 e 97 costituzione; violazione art.8 quinquies d.lgs. 30.12.1992 n.502; violazione del giusto procedimento; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; ingiustizia; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed istruttoria; travisamento; sviamento;

VII) Sulla illegittimità del contenuto degli schemi di contratto: violazione degli artt. 3, 32, 41, 97 costituzione; violazione degli artt. 1, 8 – 8 octies d.lgs 30.12.1992 n. 502; violazione dei principi di correttezza e buona fede in contraendo; difetto assoluto dei presupposti; travisamento; violazione del giusto procedimento; inesistenza di istruttoria e di motivazione; contrasto fra atti; ingiustizia manifesta; contraddittorietà; sviamento; disparità di trattamento illogicità; irrazionalità.

3. Nelle more della definizione del giudizio, con l'impugnata DGRC n. 215 del 4.5.2022, la Regione Campania ha modificato nuovamente i <<tetti di struttura>>, innovando, in parte, i contenuti della DGRC n. 599/2021.

La ricorrente ha, quindi, impugnato per motivi aggiunti quest'ultimo provvedimento, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento, oltre che per illegittimità derivata dalla DGRC n. 599/2021, anche per i seguenti ulteriori motivi:

I) Sul fabbisogno: Violazione artt. 3, 32 e 97 costituzione; violazione art.8 quater d.lgs. 30.12.1992 n.502; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed istruttoria; violazione del giusto procedimento; travisamento; ingiustizia; sviamento;

II) Sulla spesa storica: Violazione artt. 3, 32 e 97 costituzione; violazione artt.8 e ss. d.lgs. 30.12.1992 n.502; violazione art.29 decreto legge 14.8.2020, n. 104; violazione art.26 decreto legge 25.5.2021, n. 73; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; ingiustizia; violazione del giusto procedimento; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed istruttoria; travisamento; sviamento;

III) Sul calcolo della composizione percentuale e del conseguente tetto di struttura: violazione artt. 3, 32 e 97 costituzione; violazione artt.8 e ss. d.lgs. 30.12.1992 n.502; violazione di norme tecniche; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; ingiustizia; violazione del giusto procedimento; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed istruttoria; travisamento; sviamento;

IV) Violazione degli artt. 97 costituzione; violazione degli artt. 3 e ss. l. 7.8.1990 n. 241; ulteriore violazione della normativa innanzi indicata; violazione del giusto procedimento; difetto assoluto dei presupposti; difetto di motivazione e di istruttoria travisamento dei fatti; violazione di norme tecniche; illogicità ed irrazionalità manifeste;

V) Sulla sospensione dell'accreditamento: violazione artt. 3, 24, 32 e 97 costituzione; violazione art.8 quinquies d.lgs. 30.12.1992 n.502; violazione del giusto procedimento; difetto assoluto dei presupposti; contrasto fra atti; ingiustizia; erroneità e contraddittorietà di motivazione ed istruttoria; travisamento; sviamento;

VI) Sulla illegittimità del contenuto degli schemi di contratto: violazione degli artt. 3, 32, 41, 97 costituzione; violazione degli artt. 1, 8 – 8 octies d.lgs 30.12.1992 n. 502; violazione dei principi di correttezza e buona fede in contraendo; difetto assoluto dei presupposti; travisamento; violazione del giusto procedimento; inesistenza di istruttoria e di motivazione; contrasto fra atti; ingiustizia manifesta; contraddittorietà; sviamento; disparità di trattamento illogicità; irrazionalità.

La Regione Campania e l'Asl Benevento si sono costituite regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanze cautelari n. 811 e 1576 del 2022 sono state respinte le domande cautelari.

Alla pubblica udienza del 14 dicembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

La camera di consiglio è stata riconvocata al 25 gennaio 2023.

## DIRITTO

4. La ricorrente contesta, con il primo motivo del ricorso introduttivo, la DGRC n. 599/2021, che, nell'attribuire i tetti di spesa e di prestazioni alle strutture private accreditate, avrebbe palesemente violato i provvedimenti regionali determinativi del fabbisogno assistenziale.

Contesta anche, da un lato, la violazione del criterio della spesa storica e, dall'altro, la stessa adozione del citato criterio. Deduce, inoltre, l'illegittimità del provvedimento impugnato per violazione delle norme disciplinanti la correttezza del procedimento amministrativo, nonché per violazione dell'art. 8 *quinquies* D.Lgs. n. 502/1992.

Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato la DGRC n. 215/2022, n. 210\2022, n. 309\2022 ed il DD n. 174/2022, reiterando in parte le doglianze già articolate con il ricorso introduttivo.

Specifica che la Regione Campania ha adottato erroneamente il criterio della spesa storica nonostante sia intervenuta la determinazione del fabbisogno.

La ricorrente ha poi contestato la limitazione correlata al migliore biennio del quadriennio 2018-2021 e l'ulteriore limitazione della produzione ai soli mesi antecedenti al consumo delle prestazioni del tetto di branca.

Contesta, altresì, la ricorrente che non è dato comprendere per quale motivazione la DGRC n. 215/2022 non abbia valutato la produzione relativa alle risorse aggiuntive e non abbia valutato la produzione complessiva per il biennio 2018-2019, limitandola, invece, al solo periodo antecedente il raggiungimento del tetto di

spesa.

La ricorrente ha, altresì, contestato i parametri di valutazione adottati della Regione.

5. Tanto premesso in punto di fatto i ricorsi sono fondati nei limiti di seguito specificati.

La DGRC n. 599/2021, impugnata con il ricorso introduttivo, applica dal 1° gennaio 2022 i tetti di spesa “di struttura” per l’assistenza specialistica (branche di Diabetologia, Cardiologia, Branche a Visita, Patologia Clinica - Laboratorio di Analisi, Medicina Nucleare, Radiodiagnostica e Radioterapia), nonché per l’assistenza termale.

È così superata l’originaria impostazione dei tetti di spesa “di branca” (compartecipazione delle strutture private accreditate all’utilizzo dell’unico budget assegnato dalla Regione all’ASL), rappresentando che si erano riscontrate nel tempo difficoltà nella gestione (a causa di taluni fenomeni, quali l’aggregazione di laboratori di analisi, determinando inoltre il precoce esaurimento dei tetti complessivi di spesa, con l’effettuazione nei primi mesi dell’anno delle prestazioni sanitarie, anche programmabili e non indifferibili), ravvisando invece nei tetti di struttura una più semplice gestione, sia per le direzioni delle strutture private che per le Aziende sanitarie, ed evidenziando il favore manifestato da diversi centri e associazioni di categoria.

La nota (pag. 3 ss.) fissa il criterio di determinazione del tetto per ciascuna struttura, ripartendo tra esse il budget assegnato a ciascuna Azienda sanitaria per branca, in base al peso percentuale della media semplice della produzione erogata da ogni centro nel 2020 e nel 2021 (salvo deroghe per situazioni particolari).

È stabilito il rispetto per ogni mese del tetto provvisorio di struttura per il 2022, suddividendo il totale in 12 importi ed escludendo la remunerazione delle prestazioni eccedenti il dodicesimo mensile (con talune specifiche eccezioni, al fine di incentivare il processo di aggregazione nonché di recuperare la minore produzione, solitamente dei mesi estivi).

La nota metodologica delinea la fase provvisoria (gennaio-aprile 2022) per il passaggio ai tetti di struttura (pag. 5 ss.).

A carico delle Aziende sanitarie è posto l'obbligo di approvare e trasmettere alla Regione gli importi liquidati per il 2020 e 2021, rispettivamente entro i termini inderogabili del 15 febbraio e del 15 marzo 2022, comprensivi dei saldi (ovvero la più attendibile stima aggiornata, in caso di mancata liquidazione del saldo annuale), unitamente a dettagliate relazioni sui controlli effettuati, sugli abbattimenti previsti e sullo stato di eventuali contenziosi.

6. La successiva delibera regionale (n. 215/2022) ha introdotto modifiche e integrazioni al precedente deliberato.

Nel far riferimento alle proposte di miglioramento e alle segnalazioni di criticità, da parte dei centri privati e delle loro associazioni (di cui al verbale del 26/4/2022), è richiamato il parere del 3/3/2022 dell'AGCM che, espressasi in merito alla DGRC n. 599/2021 (pur riscontrando nel passaggio al sistema dei tetti di struttura "un elemento più funzionale al raggiungimento dell'obiettivo di individuare criteri di definizione dei budget idonei a tenere conto dei risultati effettivamente ottenuti da ciascuna struttura"), ha "evidenziato gli effetti restrittivi della concorrenza, che deriverebbero dalla adozione di tetti di spesa "di struttura", qualora si adottasse solo il "criterio della spesa storica che consiste nell'attribuire ogni anno alle singole strutture private convenzionate lo stesso budget dell'anno precedente".

In base alla nuova delibera, i tetti di spesa 2022 alle strutture già accreditate sono calcolati in base al fatturato liquidabile degli esercizi 2018, 2019, 2020 e 2021, mentre per il 2023 sono stabiliti correttivi al criterio della spesa storica, in base a determinati parametri di valutazione di ciascuna struttura.

7. Preme al Collegio evidenziare che le scelte operate dalla Regione si pongono nell'ambito di valutazioni spettanti all'Autorità pubblica, in relazione alle quali non v'è un parametro normativo che restringa entro confini rigidamente delimitati l'ambito della discrezionalità ad essa attribuita.



La Pubblica Amministrazione è, cioè, titolare del potere di valutare la necessità di perseguire l'interesse generale, secondo le modalità ritenute maggiormente confacenti al perseguimento dello scopo.

Tale potere è influito da cognizioni tecnico-scientifiche e da dati di esperienza, che orientano la disamina della situazione e la ponderazione della scelta ritenuta preferibile, tra le diverse possibili opzioni.

Nel caso concreto, la predisposizione dei suesposti indicatori e dei criteri per la valutazione della "performance" di ogni struttura è frutto dell'assunzione di determinati elementi che, per l'Autorità titolare del potere, sono considerati idonei.

Come ben noto, a fronte dell'esercizio di siffatta discrezionalità, il sindacato del Giudice può individuare profili di manifesta illogicità o incoerenza della scelta (non potendo invece sostituire il proprio convincimento a quello della Pubblica Amministrazione), mentre l'interessato deve a sua volta fornire adeguati elementi di prova che valgano a sconfessare la scelta amministrativa.

Tali profili sono stati recentemente enucleati dalla giurisprudenza, ponendo in rilievo che "quando difettano parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. È ben possibile per l'interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere – contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica. Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato. Non si tratta dunque di garantire

all'Amministrazione un privilegio di insindacabilità, ma di dare seguito, sul piano del processo, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione" (Cons. Stato, sez. VI, 5/12/2022 n. 10624).

8. Venendo al caso di specie, come visto, la Regione Campania, con DGRC n. 210 del 4.5.2022, pubblicata sul BURC n. 43 del 9.5.2022, ha approvato il fabbisogno regionale "di prestazioni sanitarie di assistenza specialistica ambulatoriale e degli obiettivi di produzione per le aziende

sanitarie pubbliche per gli anni 2022-2023"; la società ricorrente ha contestato che la Regione Campania avrebbe conservato il criterio della spesa storica per l'assegnazione del tetto di spesa 2022 nonostante l'approvazione del fabbisogno.

Sotto questo profilo, la censura è inammissibile perché parte ricorrente non prova che la determinazione del tetto di spesa sulla base della determinazione del fabbisogno le avrebbe giovato rispetto all'adozione del criterio della spesa storica, che, peraltro, è stato adottato dalla Regione con alcuni accorgimenti.

Infatti, la DGRC n. 215/2022 ha modificato la DGRC n. 599/2021, estendendo la base per il calcolo del tetto individuale di struttura, dal biennio 2020-2021, al quadriennio 2018-2021, considerando anche il biennio anteriore alla pandemia da Covid-19.

La ricorrente considera illogica la scelta, poiché la Regione avrebbe dovuto introdurre, già dall'annualità in corso, la nuova metodologia, adottando sin d'ora i correttivi alla spesa storica, previsti per il 2023, sulla base dei parametri di valutazione della struttura.

9. Va, però, rilevato che la DGRC n. 215/2022 si muove nell'ambito delle risorse disponibili per i tetti di spesa 2022, la cui programmazione provvisoria era stata stabilita dalla DGRC n. 354/2021, individuando e ripartendo risorse aggiuntive per complessivi €50 milioni.

Come affermato nella relazione della Regione prot. 436547 del 6/9/2022, tale

maggior disponibilità è stata resa possibile per l'esercizio 2022, in base alla deroga straordinaria ai tetti ex D.L. n. 95/2012 (spending review), prevista dall'art. 26 del D.L. n. 73/2021, senza alcun ulteriore margine (cfr. la relazione citata, secondo cui sono stati applicati "nella misura massima i limiti imposti dalla superiore normativa nazionale vigente in tema di acquisto di prestazioni dai privati, utilizzando al massimo anche tutti gli spazi concessi dalle deroghe di legge (art. 26 del DL 73/2021)").

Tanto considerato, la soluzione raggiunta dalla Regione per l'esercizio 2022 non può dirsi illogica né ingiusta, dal momento che è inderogabile l'esigenza di rispettare, per l'annualità in corso, i vincoli di spesa così come determinati.

In altri termini, il vincolo di spesa precludeva alla Regione l'effettuazione per il 2022 di una diversa scelta, che avrebbe potuto impattare sui prefigurati volumi massimi di prestazioni da acquistare dai privati.

Conseguentemente la soluzione adottata, seguire il criterio della spesa storica, con l'estendere il numero degli anni da porre a base dei dati per la determinazione del budget, non può dirsi illogica (stante la sussistenza del suddetto vincolo, che inevitabilmente limita la discrezionalità dell'Amministrazione), né ingiusta (determinando comunque un possibile incremento del budget per le strutture più performanti, considerando in loro favore le annualità ante-Covid, che presumibilmente hanno segnato un maggior fatturato).

Come poi precisa la Regione Campania, al criterio del fatturato storico, sono stati apportati diversi correttivi "che, in sostanza hanno impedito di cristallizzare le posizioni degli operatori presenti nel mercato", perché è stata estesa la base dati sulla quale calcolare il tetto individuale di struttura al biennio anteriore alla pandemia da COVID-19. Inoltre, dai quattro esercizi considerati, è stata calcolata la media dei soli due importi maggiori del fatturato liquidabile (al netto di tutti gli abbattimenti previsti dalla normativa pro tempore vigente). Tale media è stata, poi, utilizzata come driver per attribuire i tetti di spesa alle singole strutture, in proporzione al budget disponibile per ogni ASL / branca. Il numero di prestazioni

acquistabile nel limite del tetto di spesa è stato determinato in misura diversa, per ciascuna branca / raggruppamento dei centri per tipologie omogenee, in base alle classificazioni fissate nell'art. 6 degli schemi di contratto allegati alla DGRC n. 599/2021 ed ai valori medi comunicati dalle ASL”.

10. Con un ulteriore motivo di ricorso, la ricorrente ha contestato il procedimento seguito dall'amministrazione che non avrebbe previsto “una fase transitoria, capace di accompagnare ogni singolo operatore a comprendere i meccanismi ed a conciliare interinalmente i due sistemi giuridici profondamente diversi e distinti fra di loro”.

In virtù di quanto uniformemente statuito in giurisprudenza in tema di retroattività della fissazione dei tetti di spesa, la giurisprudenza ha ritenuto che la loro determinazione in corso d'anno non renda illegittimo l'atto che li contiene, trattandosi di una modalità “intrinseca al sistema sanitario pubblico”, in cui è “fisiologico” [...] “che il budget da ripartire sia calcolato ad anno già in corso, alla stregua dei risultati di finanza pubblica e dei tagli eventualmente necessari” (Cons. Stato, sez. III, 30/8/2021 n. 6066, tra le molteplici dello stesso tenore).

In tale contesto, l'interessato non è privato della facoltà di esercitare l'attività, potendo far riferimento al budget già assegnato.

Alla stessa stregua, la determinazione in corso d'anno dei dati di consuntivo non rende illegittimo l'atto di determinazione del budget, da perfezionare in via definitiva, per le stesse esigenze di modalità di espletamento della funzione pubblica, senza ledere l'interesse del privato ad avere una base di riferimento per la propria attività.

Il Collegio non trascura di rilevare che, nella specie, viene in rilievo il passaggio dai tetti di branca al tetto individuale di struttura, ma ciò nonostante tale innovazione non modifica quanto appena osservato, atteso che il budget dell'anno precedente continua a costituire un utile punto di riferimento (e, del resto, per stessa ammissione di parte ricorrente esso non subirebbe un completo stravolgimento,

tant'è che se ne lamenta il solo possibile incremento nell'indicata percentuale del 3%, per effetto dei parametri di valutazione della "qualità", che costituiscono la principale novità introdotta).

Per similari ragioni va disattesa la critica al "brusco" passaggio al sistema dei tetti di struttura, operato a fine anno e non prefigurato dalla DGRC del 4/8/2021 n. 354, nell'approvare i limiti di spesa in via definitiva per il 2021 e provvisoria per il 2022.

Tale operato non può dirsi illegittimo, atteso che la discrezionalità dell'Amministrazione nell'effettuare la propria scelta non può essere paralizzata dalla circostanza denunciata (restando integra la potestà della P.A. di assumere le nuove opportune determinazioni, nell'esercizio della propria discrezionalità e nella cura dell'interesse pubblico), mentre ad essa non si contrappone un legittimo affidamento ingenerato nel privato (essendo peraltro indimostrato che il nuovo sistema arrecherebbe un pregiudizio economico, laddove risulta invece che il budget individuale possa essere invece economicamente preferibile).

11. I provvedimenti impugnati sarebbero, inoltre, illegittimi, a parer della ricorrente, per violazione dell'art. 8 *quinquies* D.Lgs. n.502/1992, in quanto sarebbe stata omessa ogni forma di consultazione preliminare con le associazioni di categoria maggiormente rappresentative delle strutture private accreditate.

Con la sentenza n. 5932 del 26 settembre 2022 questa Sezione ha, peraltro, già respinto la censura sulla mancata convocazione dei tavoli tecnici che hanno valore solo conoscitivo per l'amministrazione e non rappresentano di certo un necessario contraddittorio procedimentale, non previsto per gli atti di programmazione regionale.

La censura della ricorrente è, peraltro, smentita dalla circostanza che la delibera n. 215, impugnata con ricorso per motivi aggiunti, ha accolto anche dei rilievi effettuati dai centri interessati.

12. Né risultano fondate le censure volte a contestare le delibere regionali che hanno comportato una riduzione complessiva delle risorse assegnate ai centri,

rientrando anche questa scelta nella discrezionalità della p.a., che ha ritenuto di voler riservare parte delle risorse ad altre esigenze (situazioni particolari” ed eventuali prestazioni extra soglia del 10%); si tratta, in ogni caso, di scelte giustificate in materia sanitaria dalla necessaria esigenza di disporre di risorse comunque scarse ed esauribili.

Non può, inoltre, essere sottaciuto che la delibera n. 215/2022 è giustificata anche dalla condivisibile circostanza che “a fronte di una ripartizione del numero dei punti di offerta delle prestazioni sanitarie complessivamente quasi uguale (circa 55% e 45% tra strutture pubbliche e strutture private), la percentuale delle prestazioni erogate dalle strutture private è molto più alta di quella delle aziende sanitarie pubbliche; questo squilibrio denota una anomala ripartizione delle prestazioni di specialistica ambulatoriale in Campania tra pubblico e privato accreditato, sbilanciata a favore del secondo rispetto a quanto accade nella maggior parte delle regioni che, a livello nazionale, vengono generalmente assunte come benchmark”.

In questi termini vanno, quindi, lette e giustificate anche le disposizioni che stabiliscono l'accantonamento del 3% del budget per le prestazioni extra soglia che sono remunerate con un meccanismo disincentivante (è garantita solo la retribuzione nella misura del 30% delle prestazioni rese)

13. La ricorrente ha, altresì, contestato il materiale calcolo del tetto attribuito alla struttura ricorrente e ha, altresì, contestato la illegittimità della nota, “con la quale l'ASL di appartenenza, ha “compulsato” la ricorrente alla immediata sottoscrizione dell'accordo contrattuale secondo il modello allegato alla DGRC n.599/2021, pena l'avvio del procedimento di sospensione dell'accREDITAMENTO. La ricorrente ha, altresì, contestato la <<Clausola di Salvaguardia>> prevista dall'art.14 del Contratto allegato alla DGRC n.599/2021.

Sotto quest'ultimo profilo, il Collegio ritiene che l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa debba essere mantenuto fermo, con le seguenti precisazioni.

La legittimità della clausola di salvaguardia è stata da ultimo riaffermata nella giurisprudenza amministrativa, facendo leva sulle ragioni non disconosciute dalla stessa ricorrente, che impongono all’Autorità sanitaria pubblica il rigoroso rispetto dei vincoli di spesa, senza peraltro che al rispetto delle preminenti esigenze di interesse pubblico sia estraneo lo stesso operatore privato (cfr., in specie sotto quest’ultimo profilo, Cons. Stato, sez. III, 2/11/2022 n. 9455: “chi intende operare nell’ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa è costretta, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, pur in presenza di restrizioni finanziarie, beni costituzionali di superiore valore quale i livelli essenziali relativi al diritto alla salute. In alternativa, agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato. Corollario obbligato di tali premesse è che agli operatori privati si pone unicamente l’alternativa se accettare le condizioni derivanti da esigenze programmatiche e finanziarie pubbliche (e dunque il budget assegnato alla propria struttura) onde permanere nel campo della sanità pubblica; ovvero, se collocarsi esclusivamente nel mercato della sanità privata”).

Non può essere trascurato che la giurisprudenza abbia avuto riguardo alle situazioni connotate dalla sottoposizione della Regione interessata al Piano di rientro dal disavanzo del sistema sanitario.

Tuttavia, il superamento di tale periodo non determina di per sé l’eliminazione di ogni vincolo di spesa, né configura il rapporto con gli operatori privati in un’ottica di libero mercato, permanendo l’esigenza che gli stessi accettino i limiti della programmazione pubblica e ne condividano gli obiettivi (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12/7/2021 n. 5245: “Come più volte chiarito dalla Sezione (23 agosto 2018, n. 5039; 3 febbraio 2016, n. 436), gli operatori privati accreditati non sono semplici fornitori di servizi, in un ambito puramente contrattualistico, sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore, ma sono soggetti di un complesso sistema pubblico-privato qualificato dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale, quale il diritto alla salute, su cui gravano obblighi di partecipazione e cooperazione

nella definizione della stessa pianificazione e programmazione della spesa sanitaria (Cons. St., sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529; 14 giugno 2011, n. 3611; 13 aprile 2011, n. 2290). Il sistema dell'accreditamento, dunque, non si sottrae al preminente esercizio del potere autoritativo e conformativo dell'amministrazione, che si qualifica di natura concessoria ed assolve la funzione di ricondurre in un quadro di certezza il volume e la tipologia dell'attività del soggetto accreditato, il cui concorso con le strutture pubbliche nelle prestazioni di assistenza non avviene in un contesto di assoluta libertà di iniziativa e di concorrenzialità, ma - nella misura in cui comporta una ricaduta sulle risorse pubbliche - soggiace alla potestà di verifica sia tecnica che finanziaria della Regione ed a criteri di sostenibilità, nei limiti di spesa annuali (Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n. 2143)”).

Discende da ciò la giustificazione della clausola di salvaguardia, quale strumento indispensabile per assicurare il rispetto dei limiti della programmazione sanitaria pubblica, la quale si pone quale interesse generale rilevante, tale da legittimare la restrizione nella sfera giuridica del singolo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12/5/2022 n. 3744: “la legittimità delle clausole di salvaguardia, il cui inserimento negli accordi è stato successivamente recepito a livello di scelta generale per arginare gli effetti del proliferare dei contenziosi già insorti e in funzione transattiva degli stessi, è stata più volte affermata per essere dette pattuizioni essenzialmente funzionali alla tutela del diritto alla salute, quale bene superiore costituzionalmente garantito, e per essere, le stesse clausole, niente affatto foriere di una indebita compressione del diritto di agire in giudizio dell'operatore privato, il quale ben può valutare il proprio interesse a coltivare il contenzioso in atto e, quindi, a non sottoscrivere la clausola, fermo restando che anche sottoscrivendo la clausola manterrebbe intatto il proprio diritto d'azione in giudizio, costituzionalmente garantito, in relazione alle sopravvenienze (cfr. Cons. Stato, sez. II, n. 8676 del 2021 e sez. III, n. 6662 del 2019)”; cfr., altresì, Cons. Stato, sez. III, 1/2/2017 n. 430, che ne ha indagato la conformità ai principi del diritto europeo di proporzionalità, “quale generale limite



e principio guida nell'esercizio del potere normativo ed amministrativo delle autorità pubbliche comunitarie e, quindi, nazionali", nonché riprendendo l'affermazione del giudice di primo grado secondo cui "il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale può essere limitato purché vi sia un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente sul principio consacrato dall'art. 24 della Costituzione": C. Cost. n. 238 del 2014).

14. La ricorrente ha poi contestato i parametri di valutazione utilizzati dalla Regione, che non avrebbero senza un'adeguata motivazione.

Deve osservarsi che le contestazioni di parte si mostrano sfinite di qualsivoglia prova della validità dell'assunto, secondo cui sarebbero erronei gli indicatori e i criteri per la valutazione delle strutture e condurrebbero a risultati insoddisfacenti per l'interesse pubblico (essendo tale il parametro di riferimento, non potendo l'interesse meramente privato trovare soddisfacimento a discapito dell'interesse generale).

Al contrario, la selezione degli indicatori e dei criteri utilizzati dalla Regione (in maniera non esaustiva, quali tra gli altri la vetustà dell'apparecchiatura, il possesso della certificazione di qualità, il numero di laureati) denota una puntuale determinazione dei fattori che, concretamente, sono in grado di caratterizzare la qualità e innovatività della struttura sanitaria.

A tale considerazione la parte non contrappone, comprovandone la valenza, alcun elemento di natura tale che possa indurre a dubitare della giustezza degli elementi di valutazione della struttura.

Essa si limita ad addurre che il settore pubblico avrebbe dovuto riorganizzarsi prima di sottrarre risorse al privato, che per la determinazione del budget il valore teorico massimo è sempre posto in relazione con il tetto di spesa storico, che per il calcolo della capacità operativa massima è richiamata una DGRC risalente al 2006, che il fattore di correzione al tetto di spesa storico si risolverebbe in un modesto incremento percentuale del 3% del tetto già assegnato (così da disincentivare qualsiasi investimento), infine che non si è tenuto conto delle differenze esistenti tra

le branche della specialistica ambulatoriale (e dei correlati investimenti); contesta inoltre che sia vietato di superare di oltre il 10% il valore medio delle prestazioni (ritenuto anche ciò disincentivante) e che i nuovi schemi di contratto sono stati approvati senza recepire alcuna delle osservazioni formulate dalle strutture.

A ben vedere, ognuna delle osservazioni di parte ricorrente sembra correlarsi a una pur legittima aspettativa dell'interessato a una maggiore remunerazione delle prestazioni, senza tuttavia che tali considerazioni possano assurgere a elemento di valido contrasto alle scelte della Pubblica Amministrazione, presidiate dalla cura dell'interesse pubblico (e, nel settore specifico, dal vincolo costituito dalla limitatezza delle risorse).

In conclusione, ogni valutazione di parte è sfornita di adeguata prova della validità dei propri assunti, risolvendosi nella mera non condivisibilità dei criteri adottati, senza indicare puntualmente quali diversi fattori, secondo la prospettazione avanzata, avrebbero dovuto essere assunti, né corredando la confutazione degli elementi presi in considerazione dalla Regione con un'adeguata dimostrazione dell'illogicità e incoerenza dei criteri medesimi.

Al contrario, emerge la compiutezza dei parametri valutativi e la loro idoneità a garantire un regime di effettiva concorrenza tra le imprese, sia per la completezza delle previsioni (che vanno dalla tecnologia adoperata dalla struttura alla sua collocazione territoriale), sia per il dettaglio degli indicatori che formano il punteggio premiale da assegnare.

In tale contesto, non è senza rilievo la valutazione dell'AGCM, che ha condiviso l'adeguamento dell'Amministrazione al proprio parere del 3/3/2022, considerando che l'introduzione a partire dal 2023 della nuova metodologia configura un metodo di ripartizione "che tiene conto sia della capacità operativa massima di una struttura, e quindi degli investimenti realizzati, sia dei livelli di produzione già raggiunti da ciascuna struttura accreditata, e quindi della sua capacità di attrazione della domanda. È, inoltre, stato introdotto un meccanismo di

premieria/penalizzazione, basato su indicatori esclusivamente qualitativi (tecnologia impiegata, informatizzazione, organizzazione, appropriatezza erogativa e collocazione territoriale), che prevede la sottrazione di una parte del budget alle strutture meno performanti a favore di quelle più performanti” (comunicato pubblicato nel Bollettino n. 19 del 23/5/2022).

15. Sono, invece, fondati i motivi di ricorso con cui la ricorrente denuncia il deficit istruttorio e la dedotta violazione dell’obbligo di una congrua motivazione, nei termini di seguito illustrati.

In primo luogo, l’innovazione introdotta (con inevitabili ripercussioni nella sfera giuridica degli operatori privati) avrebbe richiesto un corredo istruttorio e motivazionale di natura e consistenza tale, da porre gli interessati in condizione di conoscere meglio lo sviluppo delle operazioni condotte e la risultante finale, sino alla fissazione del tetto individuale di spesa.

L’allegato A alla DGRC n. 599/2021 delinea la metodologia seguita (a partire dall’assunzione “come base di ripartizione del budget assegnato [d]a ciascuna ASL / branca alle singole strutture peso percentuale che alla media semplice della produzione erogata da ogni centro privato nel 2020 nel 2021, come rilevato dal flusso informativo mensile regionale”: pag. 3).

Fa riferimento agli allegati n. 1 e n. 2, che “costituiscono il tetto annuo 2022 provvisorio “di struttura”, vigente dal 1° gennaio 2022” (ivi).

Questi ultimi non consentono, effettivamente, di enucleare con sufficiente chiarezza lo svolgimento dei successivi passaggi, attraverso i quali i valori che vengono in considerazione (fatturato storico, decurtazioni applicate, situazioni particolari, ecc.: cfr. Allegato A cit., pag. 6 e ss.) sono stati determinati e si ripercuotono sul peso percentuale di ciascuna struttura, per l’assegnazione del tetto individuale.

Siccome risulta che il tetto di ciascuna struttura sia il prodotto di un’interrelazione tra le componenti di determinazione del budget per ogni altra (potendo il limite di spesa assegnato variare, per il diverso peso percentuale, a seconda delle risultanti della determinazione del fatturato e degli abbattimenti per le altre strutture),

esigenze di una compiuta motivazione avrebbero richiesto la più ampia esternazione dei calcoli effettuati e delle conseguenze che ne derivano.

La giurisprudenza di questa Sezione ha posto in evidenza come l'obbligo di motivazione, sulla base dell'istruttoria condotta, debba essere assolto con l'esplicitazione completa dei presupposti di fatto che hanno determinato la scelta dell'Amministrazione (cfr. la sentenza del 4/3/2022 n. 1455, secondo cui è posto "in capo all'Amministrazione procedente l'onere di esplicitare in maniera adeguata al destinatario quali presupposti siano concretamente raffigurabili per far luogo al provvedimento, in base a un'esigenza ineludibile, come affermato in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 13/7/2020 n. 4522: "Si rammenta, in proposito, che secondo la giurisprudenza, "ai sensi dell'art. 3 L. 7 agosto 1990, n. 241 l'atto amministrativo deve recare l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l'adozione in relazione alle risultanze dell'istruttoria", e che si ha difetto di motivazione "quando non sia possibile ricostruire il percorso logico-giuridico seguito dall'autorità emanante e siano incomprensibili le ragioni sottese alla determinazione assunta", poiché "il rispetto dell'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo va valutato in coerenza con la funzione che esso riveste, consistente nell'imporre all'amministrazione di esternare il percorso logico-giuridico seguito nell'emanazione dell'atto finale e rendere così possibile il controllo esterno circa il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa" (cfr., ex plurimis, C.d.S, Sez. V, 21 aprile 2015, n. 2011 e 5 dicembre 2014, n. 6006; Sez. III, 16 aprile 2014, n. 1963). Invero, l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo di cui all'art. 3 della L. n. 241 del 1990 "assume una valenza non formale-procedimentale ma sostanziale rappresentando il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo" (Sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4250)"; cfr., altresì, Cons. Stato, sez. III, 13/1/2021 n. 414: "Del resto, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: "Il dovere di

motivare i provvedimenti amministrativi rappresenta espressione dei principi di pubblicità e trasparenza che, ai sensi dell'art. 1, L. n. 241 del 1990, sovrintendono all'intera attività amministrativa, in quanto diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione" (sent 5 novembre 2010, n. 310)”).

A ciò si aggiunga che un obbligo di motivazione rafforzata sussiste ogni qualvolta la scelta dell'Amministrazione produca effetti nuovi nella sfera giuridica dei soggetti già destinatari di precedenti determinazioni nello stesso settore, per cui essi sono posti di fronte – come nella specie – a una diversa modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa, cosicché quest'ultima deve essere accompagnata dall'esternazione dei dati istruttori in maniera ampiamente conoscibile, affinché i presupposti di fatto possano essere adeguatamente compresi e sindacati.

In secondo luogo, non si può sottacere che il deficit istruttorio sembra almeno in parte riconosciuto dalla stessa Regione, la quale si mostra consapevole della quasi inevitabile necessità di un'eventuale correzione dei dati, tanto da suscitare l'interessamento degli operatori coinvolti, nel precisare che “tutte le strutture accreditate potranno riscontrare la base dati utilizzata per la presente delibera e, se del caso, chiederne la correzione alla ASL competente. In tal caso, l'ASL dovrà definire entro giugno p.v., con il supporto tecnico della So.Re.Sa. S.p.A. e della Direzione Generale per la Tutela della Salute, eventuali correzioni dei tetti di spesa individuali approvati dalla presente delibera. Tali correzioni dovranno essere deliberate dalla/e ASL competente/i, con delibera immediatamente esecutiva, e assunte dalla Regione per presa d'atto con decreto del Direttore Generale per la Tutela della Salute” (Allegato A alla DGRC n. 215/2022, pag. 3).

Tale affermazione induce a ritenere che, per implicita ammissione della stessa Regione, i dati potrebbero essere non completi e necessitanti di correzione, riservando a successive determinazioni il riesame di quanto approvato.

Negli stessi termini, la Regione non esplicita i motivi che sono posti alla base del calcolo del fatturato dei centri, in cui è prevista la limitazione della produzione ai soli mesi antecedenti al consumo delle prestazioni del tetto di branca e non considerando per il biennio 2020-2021 i files C integrativi, erogati ai sensi dell'art. 26 decreto-legge 25.5.2021 n. 73 e del precedente art. 29 decreto legge 14.8.2020 n. 104.

Per le considerazioni che precedono, in ragione del ravvisato difetto di istruttoria e di motivazione, le impugnate deliberazioni n. 599/2021 e n. 215/2021 vanno annullate, limitatamente alla posizione della ricorrente e per l'interesse fatto valere alla corretta determinazione del tetto individuale di struttura, esclusivamente in tali termini e fatte perciò salve le successive determinazioni dell'Amministrazione.

A tale proposito, in ossequio all'esigenza di dettagliare l'effetto conformativo della presente pronuncia, ritiene il Collegio di poter rappresentare alla Regione che debba essere seguito l'iter procedimentale da essa stessa consegnato.

Pertanto, facendo applicazione estensiva di quanto previsto dall'Allegato A alla DGRC n. 215/2022, citato, la Regione è tenuta a fornire adeguato e motivato riscontro alle istanze di correzione del budget che, dopo la pubblicazione della presente decisione, la ricorrente ha facoltà di inoltrare, prendendo posizione su tutte le questioni sottoposte e sulle richieste formulate, sottoponendo la valutazione dell'istanza all'ASL competente che, con il supporto tecnico della So.Re.Sa. S.p.A. e della Direzione Generale per la Tutela della Salute, dovrà assumere la conseguente deliberazione (in senso positivo o negativo), alla quale dovrà far seguito, se accolta l'istanza, la presa d'atto con decreto del Direttore Generale per la Tutela della Salute.

In tali termini e agli effetti che ne conseguono, come appena illustrato, vanno annullate le impugnate deliberazioni n. 599/2021 e n. 215/2021, negli indicati limiti, fatte salve le successive determinazioni dell'Amministrazione.

Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta all'esame del Tribunale,

essendo stati valutati tutti gli aspetti rilevanti e decisivi, a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Conclusivamente, per le motivazioni che precedono il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti va accolto, nei termini di cui sopra e per le conseguenze che ne derivano sulla successiva attività dell'Amministrazione.

In ragione dell'accoglimento parziale, in considerazione altresì della novità e della peculiarità delle questioni trattate, sussistono giustificate ragioni per disporre la compensazione per l'intero tra le parti costituite delle spese di giudizio.

A carico della Regione parzialmente soccombente va posto il rimborso in favore della ricorrente del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo e per il ricorso per motivi aggiunti, spettante anche in caso di accoglimento parziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4/6/2020 n. 3517).

#### P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie in parte e per l'effetto, annulla *in parte qua*, nei termini e limiti chiariti in motivazione e agli effetti che ne conseguono sulla successiva attività dell'Amministrazione, le delibera della Giunta Regionale della Campania del 28 dicembre 2021 n. 599 e del 4 maggio 2022 n. 215, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Compensa per l'intero tra le parti costituite le spese di giudizio, ponendo a carico della Regione il rimborso in favore della ricorrente del contributo unificato per il ricorso introduttivo e per i primi e i secondi motivi aggiunti (previa regolarizzazione dei versamenti).

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio del 14 dicembre 2022 e del 25 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Maurizio Santise**

**IL PRESIDENTE**  
**Vincenzo Salamone**

**IL SEGRETARIO**