

N. 03801/2015 REG.PROV.COLL.  
N. 03341/2013 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3341 del 2013, proposto da:  
Vitantonio Tarantino quale titolare dell'omonimo Centro di Medicina Fisica e Riabilitazione, rappresentato e difeso dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani, Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

***contro***

- Azienda Sanitaria Locale BAT, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Zaccaro, con domicilio eletto presso Luigi Giuliano in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 154;
- Regione Puglia, rappresentata e difesa dall'avv. Adriana Shiroka, con domicilio eletto presso Delegazione Regione Puglia in Roma, Via Barberini, 36;

***nei confronti di***

CMB-Centro Medico Biscegliese Gargiulo, Centro Bio-Medico di Analisi Cliniche del Dr. Marco Papagni, New Medical Centre;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE II, n. 01810/2012, resa tra le parti, concernente criteri per la remunerazione delle prestazioni sanitarie e tetti di spesa 2010 e 2011;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale BAT e di Regione Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2015 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, Saverio Sticchi Damiani su delega di Ernesto Sticchi Damiani, Grimaldi su delega di Shiroka e Zaccaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Viene appellata la sentenza del TAR Puglia, II, n. 1810/2012, con cui è stato respinto il ricorso del titolare della struttura sanitaria – che eroga in regime di accreditamento prestazioni di medicina fisica e riabilitativa (fisiokinesiterapia-FKT) nell'ambito del territorio della ASL BAT (Barletta/Andria/Trani) – odierno appellante, volto ad ottenere l'annullamento:

(a) - delle d.G.R. Puglia n. 2671/2009 e n. 1500/2010 (sostitutiva della precedente, ed impugnata con motivi aggiunti);

(b) - dei provvedimenti con cui, in affermata attuazione dei criteri stabiliti da esse, la ASL BAT ha determinato i tetti di spesa per il 2010 (nota 1 aprile 2010 prot. n. 24526, e deliberazione 28 ottobre 2010 n. 247/2010, trasfusa nel testo contrattuale per adesione in data 7 dicembre 2010) e per il 2011 (nota 25 marzo 2011 prot. n. 24801/1/12, e deliberazione 20 aprile 2011 n. 559), riducendo significativamente quelli assegnati all'appellante

negli anni precedenti (4.490.135,00 euro, assegnato nel 2008 e confermato per il 2009).

2. Con detta sentenza, il TAR (dichiarando di prescindere dalla disamina delle eccezioni preliminari di inammissibilità, tardività ed improcedibilità; e confermando il proprio precedente orientamento, condiviso sotto alcuni aspetti anche da pronunce di questo Consiglio – cfr. III, n. 921-925/2012), ha esposto nel merito le argomentazioni appresso sintetizzate.

(a) - le d.G.R. n. 2671/2009 e n. 1500/2010 hanno determinato i tetti di spesa per il 2010 facendo applicazione di modalità innovative rispetto alle precedenti determinazioni, che si fondavano essenzialmente sulla rilevazione dei costi storici.

(a.1) - la scelta attua puntualmente le statuizioni dell'art. 18 della l.r. 26/2006 (*“Accordi contrattuali con le strutture specialistiche”*), secondo il quale: *“In sede di stipula degli accordi regionali sulle modalità e limiti di remunerazione delle prestazioni per le strutture sanitarie transitoriamente o istituzionalmente accreditate, la Giunta regionale provvede ad aggiornare e rendere attuali le modalità di calcolo, superando il riferimento all'anno 1998, tenendo conto della presenza di nuovi soggetti accreditati, della valorizzazione delle attività territoriali, delle prestazioni introdotte nel nomenclatore dopo il 1998, della reale capacità erogativa delle strutture, nonché degli obiettivi di appropriatezza e governo della domanda”*.

(a.2) - risultano pertanto legittimi sia il superamento del criterio fino ad allora seguito, fondato sulla remunerazione delle strutture private in base al valore delle prestazioni erogate nell'anno precedente (c.d. *“dato storico”* del 1998), sia il riparto della spesa sanitaria secondo altri criteri, dettati dall'esigenza di consentire – con pari opportunità – l'accesso ai fondi ai nuovi soggetti accreditati, di elevare la misura delle prestazioni rese nei distinti ambiti territoriali, di superare la concentrazione verso le strutture

allocate nei grossi centri, tenendo conto della reale capacità erogativa delle strutture.

(a.3) - in tal modo, hanno trovato anche applicazione le direttive impartite dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (parere AS451 del 24 aprile 2008) e volte a garantire condizioni concorrenziali nel mercato della fornitura delle prestazioni sanitarie nel territorio regionale.

(b) – quanto alle modalità attuative di detti criteri generali, con i provvedimenti impugnati la Regione Puglia ha suddiviso il fondo unico aziendale in 5 sub-fondi di branca e poi ulteriormente ripartito le relative disponibilità di ciascun sub-fondo in due parti uguali (Fondi A e B), ad eccezione della branca della Patologia clinica.

(b.1) - con il Fondo A, sono state assegnate le risorse in base alla “valutazione della potenzialità del distretto”, calcolata sulla base della spesa sostenuta con riferimento alla popolazione residente e alle prestazioni richieste e aggregando le prestazioni omogenee, per poi operarne la redistribuzione *pro quota* a ciascun Comune del Distretto e in favore delle strutture ivi insediate ovvero, in mancanza, insistenti nel Comune vicino.

(b.1.1) - non può essere condiviso l'assunto di parte ricorrente, secondo cui, in tal modo, si determinerebbe il livellamento verso il basso della qualità delle prestazioni a discapito dello stesso principio di libera scelta dell'utente, che sarebbe indotto a prescegliere non più la struttura migliore, bensì quella più vicina. I nuovi criteri regionali sono connotati da ampi margini di discrezionalità e non appaiono arbitrari ed irragionevoli, trattandosi di scelta volta a soddisfare meglio le esigenze dell'utenza, consentendo nello stesso tempo lo sviluppo di nuovi ed adeguati operatori; lungi dall'essere immotivatamente orientati verso specifici operatori, realizzano una allocazione delle strutture sanitarie nel territorio, valorizzando, in coerenza con i principi statali in materia, la dimensione territoriale del distretto socio sanitario.

(b.1.2) - né risulta violato il diritto del cittadino alla libera scelta dell'operatore al quale rivolgersi, se non nei limiti che sono dettati dalla necessaria previsione di budget per le singole strutture, preordinata a soddisfare la prioritaria esigenza di contenere la spesa sanitaria e di assicurare il rispetto del budget complessivo.

(b.2) - per quanto concerne il Fondo B, esso è stato ripartito in base ad apposite griglie di valutazione, che hanno previsto l'assegnazione di un punteggio ai soggetti accreditati, tenendo conto di molteplici fattori qualitativi, relativi a dati oggettivi comuni a ogni struttura, quali: dotazioni tecnologiche, numero e tipologia dei dipendenti, collegamento al CUP, accessibilità, assenza di reclami, assenza di vertenze di lavoro, standard finalizzati ad una migliore accoglienza.

(c) - neanche risulta configurabile, nell'ambito dell'iter procedimentale, la violazione della normativa in ordine alle consultazioni con le associazioni rappresentative degli operatori interessati; infatti la d.G.R. n. 1500/2010 ha espressamente dato atto che i nuovi criteri sono stati rielaborati "alla luce di quanto emerso dai suddetti tavoli", cui hanno partecipato le associazioni interessate.

(c.1) – va respinta anche la censura con cui, riguardo alla delibera della ASL BAT n. 247/2010, si assume la falsità dell'asserita accettazione da parte delle strutture accreditate dei criteri di redistribuzione dei tetti di spesa predisposti dall'Amministrazione sanitaria (in ragione dell'espressa riserva di impugnazione, all'epoca formulata dal ricorrente); tale assunto, a prescindere dall'accertamento della sua veridicità, è comunque privo di rilevanza giuridica, tenuto conto del carattere autoritativo del provvedimento regionale, che si collega alla necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si dispieghi nell'alveo di una effettiva pianificazione finanziaria; tale attività programmatica, tesa a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, assume valenza imprescindibile, in quanto la fissazione dei limiti di spesa rappresenta

l'adempimento di un preciso ed ineludibile obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate; in questa prospettiva la stessa Corte costituzionale, nel valutare le linee fondamentali del sistema sanitario, ha da tempo sottolineato l'importanza del collegamento tra responsabilità e spesa, evidenziando come l'autonomia dei vari soggetti ed organi operanti nel settore debba essere correlata alle disponibilità finanziarie e non possa prescindere dalla scarsità delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale (cfr. sent. n. 416/1995).

(c.2) - tali considerazioni portano altresì a disattendere la censura di violazione del principio dell'affidamento; infatti, l'Adunanza Plenaria (cfr. decisioni n. 3 e n. 4/2012, oltre che n. 8/2006), pur riaffermando, in coerenza con il fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici, la valorizzazione dell'affidamento degli operatori economici sull'ultrattività dei tetti già fissati per l'anno precedente, ha però confermato che “la fissazione dei tetti di spesa non può prescindere dalla conoscenza del dato finanziario di riferimento e che tale dato risulta definito in modo concreto in corso d'anno e si appalesa fisiologica la fissazione retroattiva del tetto regionale di spesa anche in una fase avanzata dell'anno. (...) le strutture private, che erogano prestazioni per il Servizio sanitario nazionale nell'esercizio di una libera scelta, potranno aver riguardo - fino a quando non risulti adottato un provvedimento definitivo – all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie relative all'anno in corso.”

(c.3) - in base alla programmazione triennale contenuta nel DIF 2010, le strutture accreditate conoscevano gli abbattimenti che per ciascun anno del triennio 2010-2012 avrebbe subito ciascuna branca in adempimento del Piano di rientro, abbattimenti vincolanti per le ASL ed incidenti su “tetto di spesa e ... volumi di attività predeterminati annualmente”, ed era anche

noto il divieto di remunerazione delle prestazioni erogate oltre il tetto previsto ai sensi delle ll.rr. 19/2008, 12/10 e 2/11;

(c.4) - la tutela dell'affidamento richiede, pertanto, che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno e parte ricorrente non ha fornito adeguati elementi per comprovare che le decurtazioni poste in essere abbiano inciso in misura percentuale maggiore di quanto statuito dalla normativa; va comunque rilevato che, nel caso in esame, per i primi mesi del 2010 la remunerazione delle prestazioni è stata garantita, con un correttivo, secondo i criteri di calcolo relativi al 2009 (fatti salvi gli effetti della generale riduzione del fondo aziendale), mentre i nuovi criteri sono stati integralmente applicati solo per gli ultimi mesi dell'anno 2010 ed inoltre la definitiva elaborazione dei criteri è stata caratterizzata da una serie di provvedimenti, conosciuti dalla parte ricorrente, avendo la Regione dapprima posto criteri provvisori (delibera n. 1494/09), poi stabilitanne l'applicazione dal 2010 (delibera n. 2671/09), quindi invitato a soprassedere alla stipula degli accordi (nota del 5 marzo 2010) e, infine, approvato i criteri definitivi dopo la consultazione delle associazioni di categoria (delibera n. 1500/10).

(d) – riguardo al provvedimento del Commissario straordinario della ASL prot. n. 24801/1/12 in data 25 maggio 2011, che, nelle more della determinazione dei nuovi limiti di remunerazione, ha determinato la “liquidazione prestazioni sanitarie erogate in regime di accreditamento nell'anno 2011”, parte ricorrente contesta la determinazione di un limite mensile pari ad 1/12 del tetto massimo calcolato per l'anno 2010, ma tale censura è infondata perché detta misura non è stata disposta per la prima volta per l'anno 2011, ma era stata già sancita con validità dal 1° gennaio 2010 con la d.G.R. n. 2671/2009, integrata con d.G.R. n. 1500/2010, e quindi non si tratta di innovazione rispetto all'anno precedente; anche la

riduzione del limite di remunerazione delle prestazioni erogate in misura percentuale, in base alla branca di appartenenza, era prevista per il triennio 2010-2012 dalla d.G.R. n. 2866/2010, formalmente recepita, unitamente al Piano di rientro, nella l.r. 2/2011.

(e) – infine, riguardo alla deliberazione della ASL BAT n. 559 in data 20 aprile 2011, avente ad oggetto la determinazione e ripartizione per l'anno 2011 del Fondo Unico per la remunerazione delle prestazioni sanitarie, non sussiste il vizio di incompetenza, in quanto l'atto risulta legittimamente adottato dal Commissario Straordinario dell'ASL, che aveva anche adottato il suindicato atto del 25 maggio 2011.

3. Nell'appello, la struttura sanitaria ripropone le censure dedotte in primo grado, criticando le argomentazioni con le quali il TAR ha ritenuto di disattenderle e la stessa omissione di una espressa pronuncia riguardo ad alcune di esse.

4. La Regione Puglia si è costituita in giudizio ed ha controdedotto, chiedendo il rigetto dell'appello.

5. Con ordinanza n. 146/2015 questa Sezione ha disposto istruttoria al fine di acquisire chiarimenti da parte della Regione Puglia e della ASL BAT (ed ha anche sollecitato le parti a depositare scritti riassuntivi, seguendo l'ordine espositivo del provvedimento).

6. I chiarimenti sono stati trasmessi con nota della Regione prot. AOO/151/13533 in data 18 marzo 2015 (con allegate note del Servizio Programmazione prot. 4526 in data 14 maggio 2012 e prot. 4024 in data 12 febbraio 2015, e della ASL BAT prot. 15209 I/12 in data 17 marzo 2015).

7. Dopo l'esecuzione dell'istruttoria, l'appellante e la Regione hanno depositato memorie.

Si è costituita, depositando memoria, anche la ASL BAT.

Non si sono costituite in giudizio le strutture sanitarie intime.

8. Il Collegio osserva che con l'ordinanza n. 146/2015 è stato segnalato alle parti che non tutti gli altri operatori privati accreditati per la branca FKT

nell'ambito di competenza della ASL BAT erano stati intimati in giudizio. Il Collegio, approfondita la questione, ritiene di precisare che, nonostante l'appellante non abbia ritenuto di procedere ad ulteriori notificazioni, non si pone un problema di integrità del contraddittorio. Infatti, alla luce della varietà e complessità delle questioni prospettate e della impossibilità di desumere dagli atti sufficienti informazioni circa la posizione di ciascun operatore, non è possibile stabilire quali soggetti trarrebbero vantaggio e quali sarebbero invece pregiudicati, da una modifica e dalla successiva riedizione dei criteri di assegnazione delle risorse nel senso propugnato dall'appellante. Vale a dire, non è possibile individuare nelle altre strutture concorrenti alla ripartizione del tetto di branca, una posizione di controinteressato in senso tecnico. Tantomeno i soggetti accreditati con la ASL per altre branche possono dirsi tali, posto che la ridistribuzione alle altre branche di somme (illegittimamente, secondo il ricorrente) non attribuite al fondo di branca di FKT è un'ipotesi non suffragata da elementi di riscontro.

9. Questi i motivi di appello, secondo quanto già indicato nell'ordinanza n. 146/2015.

(a) – anzitutto, l'appellante censura le affermazioni del TAR sulla correttezza delle determinazioni regionali alla luce dell'art. 18 della l.r. 26/2006.

(a.1) - quanto alla tutela della concorrenza ed all'allargamento della platea degli erogatori in regime di accreditamento, l'Antitrust in data 22 ottobre 2010, proprio con riferimento alle d.G.R. nn. 2671/2009 e 1500/2010, ha affermato che non sono conformi a determinare la crescita degli operatori sanitari privati in base ai criteri della libera concorrenza.

(a.2) - quanto al superamento dei vecchi criteri legati alla spesa storica (parametro 1998), esso era già stato avviato con i D.I.E.F. del 2006 (d.G.R. n. 1621/2006) e del 2007 (d.G.R. n. 1400/2007), fino alla d.G.R. n. 1400/2009, mediante un sistema di quantificazione (basato sul valore delle

prestazioni rese e dunque) correlato al livello di attrazione della singola struttura della libera scelta del cittadino.

(a.3) - sono state le d.G.R. n. 2671/2009 e n. 1500/2010 a distorcere tale avviato modello di superamento, soprattutto prevedendo criteri di attribuzione dei tetti basati su griglie irragionevoli (criteri generici/aspecifici, che non consentono la valorizzazione della qualità/capacità erogativa delle strutture e del gradimento degli utenti – elementi viceversa rilevanti ai fini delle attribuzioni budgetarie, ai sensi degli artt. 8-quater e 8-quinquies, del d.lgs. 229/1999) e sul riferimento distrettuale (su base comunale, e comunque articolata su un eccessivo numero di Distretti), che, imponendo una divisione pressoché indifferenziata delle risorse nell’ambito territoriale in base al solo numero delle strutture esistenti, convoglia forzatamente la scelta del cittadino su strutture sostanzialmente imposte; l’appellante prospetta che, nel rispetto del diritto di libera scelta, il superamento del vecchio sistema, si sarebbe potuto realizzare prevedendo un unico tetto aziendale o al più distrettuale, di branca, dal quale tutte le strutture avrebbero potuto attingere in base alle richieste dell’utenza (o comunque, prevedendo un metodo più adeguato per registrare l’effettiva capacità erogativa delle strutture, tenendo conto anche della produttività e del gradimento dell’utenza); l’aver tolto budget all’appellante, assegnandolo ad altre strutture in misura superiore alle loro reali capacità erogative, si è risolto in un’illegittima penalizzazione ed in un ingiustificato risparmio di spesa per la ASL (dato che le altre strutture non sono riuscite ad utilizzare i budget appieno nel 2010 e 2011, mentre l’appellante ha erogato prestazioni che, in vigenza degli atti impugnati, non gli verrebbero remunerate).

(a.4) – se ha senso privilegiare una capillare fruibilità delle prestazioni da parte del cittadino, non ne ha invece stabilire una acritica ripartizione delle risorse in base al numero di strutture esistenti nello stesso Distretto o Comune; la capillarità delle strutture e l’eguaglianza dell’accesso alle

prestazioni non hanno risentito positivamente delle scelte regionali, e comunque la dislocazione dell'offerta sanitaria dovrebbe riguardare la fase dell'accreditamento e non quella di assegnazione dei budget; non è stato poi considerato che precedenti atti (d.G.R. n. 2054/2007 e n. 2087/2009, sulla base delle linee di indirizzo AGENAS del 2006) hanno assunto come modello della riorganizzazione della rete sanitaria l'accorpamento, ovvero l'aggregazione delle strutture in reti organizzate, per superare gli effetti di una improduttiva frammentazione.

(a.5) – il sistema delineato ha quale effetto finale quello di distribuire sostanzialmente a pioggia le risorse disponibili, in modo medio/uniforme, senza tener conto dei criteri di qualità reale, dell'effettiva dotazione tecnologica e strumentale delle strutture.

(a.6) – la carenza istruttoria sottesa alla ripartizione del Fondo A, relativo alla potenzialità espressa dal distretto (in termini di rapporto tra domanda ed offerta e, quindi, in ragione del fabbisogno), emerge anche dal fatto che, dopo che era stata imposta l'applicazione dei nuovi criteri, la d.G.R. n. 201/2011 (evidentemente, avvedutasi della loro inattendibilità) ha istituito un'apposita commissione per individuare i criteri per la determinazione del fabbisogno e dei volumi di attività: vale a dire, di elementi che sono presupposti del sistema delineato con le d.G.R. n. 2671/1999 e n. 1500/2010.

(a.7) - quanto ai criteri di attribuzione del Fondo B, relativo ai punteggi attribuiti a ciascuna struttura, il sistema dell'autodichiarazione determina possibili condotte fraudolente, dati non attendibili e l'assegnazione di budgets non corretti; manca poi l'individuazione del dato temporale cui debba farsi riferimento ai fini della compilazione della griglia.

(a.8) - detti criteri non permettono di individuare le effettive peculiarità distintive della struttura, e quindi conducono ad un appiattimento della valutazione che penalizza le strutture migliori e l'utenza; a titolo esemplificativo: la dotazione tecnologica, così come individuata nella

scheda, non consente effettive distinzioni (2 punti per ogni elettromiografo ed 1 per ogni lettino meccanico, ma nessun punteggio previsto per apparecchiature quali l'elettroterapia di stimolazione, la magnetoterapia, gli infrarossi; omessa considerazione del numero totale di apparecchiature al fine di stabilire la potenzialità di erogazione); irrilevanti risultano altre voci che riguardano requisiti ineludibilmente richiesti ai fini dell'accreditamento o addirittura per l'autorizzazione sanitaria (servizi igienici separati, abbattimento delle barriere architettoniche); altri criteri (biglietto di elimina code, riscaldamento e climatizzazione dell'ambiente) sono ininfluenti perché generalmente posseduti; per contro, viene ingiustamente riconosciuto per i dipendenti a tempo indeterminato lo stesso punteggio dei collaboratori libero-professionali; per la voce "ulteriori standards finalizzati ad una migliore accoglienza", ben 8 punti sono attribuiti per una metratura superiore a 500 mq, soglia modesta e poco distintiva (così come le previsioni su sala d'attesa con bagno, riscaldamento e climatizzazione, biglietto elimina code, etc.); nessun punteggio è previsto per il numero di box attivi nella struttura; inaccettabile è l'eliminazione dei punteggi precedentemente riconoscibili per le voci "livelli di inappropriata rilevati nell'ultimo biennio" e "trasparenza"; incostituzionale è il valore scriminante attribuito all'aver avuto "vertenza negli ultimi 3 anni" con la ASL; ed illegittimo, stante le previsioni della normativa regionale, l'apprezzamento del consenso delle strutture ad erogare prestazioni fuori tetto.

(b) - contrariamente a quanto affermato dal TAR, una partecipazione al procedimento delle associazioni di categoria (ad onta di quanto stabilito con la d.G.R. n. 1494/2009) non è avvenuta prima dell'adozione della d.G.R. n. 2671/2009, o è stata attivata tardivamente in vista dell'adozione della d.G.R. n. 1500/2010, ma solo allo scopo strumentale di emendare il vizio della omessa concertazione, tant'è vero che è mancato un confronto in termini costruttivi, ed è mancata qualsivoglia puntuale confutazione

delle proposte sindacali di un modello alternativo (*in primis*, l'istituzione di un tetto di branca) e motivazione sul loro omesso accoglimento.

(c) - i tetti hanno un carattere inammissibilmente retroattivo, volto ad incidere sulla remunerazione di prestazioni già programmate ed erogate.

(c.1) - per il 2010, il contratto è stato comunicato solo il 30 novembre 2010 e sottoscritto il 7 dicembre 2010, ed a quella data il tetto (inferiore di euro 383.395,00, pari a circa il 10% del totale, rispetto a quello del 2009) era già stato superato dalle prestazioni effettuate.

(c.2) - in ogni caso, anche per il periodo residuo dell'anno, dato che il DIF 2010/12 è stato approvato solo con la d.G.R. n. 2866 del 20 dicembre 2010, ai sensi dell'art. 30, comma 5, l.r. 4/2003, gli operatori potevano legittimamente farsi affidamento sul mantenimento del tetto dell'anno precedente per parametrare la propria attività, tanto più che la d.G.R. n. 1500/2010 contiene criteri nuovi e di applicazione non immediata ma farraginosa, così da non permettere di comprendere quale sarebbe stato il limite di spesa attribuibile a ciascuna struttura.

(c.3) - per il 2011, il DIF prevedeva una frammentazione mensile del tetto solo per il secondo semestre del 2011 e non anche per il primo semestre, come illegittimamente stabilito dalla ASL; e stabiliva che l'abbattimento dovesse riguardare non i singoli budgets ma la spesa complessiva di branca (per di più, abbattendo del 10% il fatturato del 2008, che comprende non solo i tetti di spesa ma anche quanto riconosciuto agli erogatori overbudget).

(c.4) - inoltre, il tetto è stato comunicato a giugno 2011, quindi intempestivamente (con una riduzione di altri 952.383,00 euro rispetto al budget 2010, di gran lunga superiore a quella ipotizzabile applicando il suindicato abbattimento previsto dal DIF sulla spesa di branca).

(d) - una serie di censure vengono riferite dall'appellante all'omessa considerazione, da parte del TAR, di motivi di ricorso che riguardano la posizione del ricorrente ed il modo illegittimo con cui la ASL BAT ha

applicato le previsioni regolamentari stabilite dalle dd.G.R. oggetto delle predette censure; in particolare (anche in questo caso il Collegio segue l'ordine espositivo dell'appello, sottolineando tuttavia che, in realtà, alcuni profili di censura concernono, al pari di quelli precedentemente elencati, scelte riconducibili ai provvedimenti regionali):

(d.1) – posto che il fondo della ASL è ripartito in due subfondi di uguale valore (A e B) da ripartire tra le strutture accreditate per la branca, e che la quota del Fondo B attribuito a ciascuna struttura è una proiezione della capacità o potenzialità erogativa ad essa attribuita (secondo i punteggi ottenuti in applicazione delle griglie di cui alla d.G.R. n. 1500/2010), sembra evidente che il tetto complessivamente assegnato a ciascuna struttura (quota A + quota B) non avrebbe potuto essere superiore al doppio di detta quota, altrimenti la struttura si vedrebbe assegnato un tetto superiore alla propria capacità erogativa; viceversa, è proprio quanto è accaduto nelle assegnazioni della ASL BAT.

(d.2) – la d.G.R. n. 1500/2010 ha stabilito che, per la determinazione della quota di Fondo A assegnabile alle strutture, si debba sommare il fatturato privato con il fatturato pubblico dell'anno precedente; ciò, fa sì che una struttura ubicata nello stesso distretto dove un ospedale pubblico eroga e fattura un gran numero di prestazioni riceverà una notevole quota di Fondo A esclusivamente in forza dell'attività svolta dall'ospedale pubblico; in concreto, ciò ha determinato una irrazionale minore assegnazione di risorse alla città di Trani (Distretto 5, in favore dei cui pazienti si registra una minima incidenza del fatturato pubblico), e conseguentemente alla struttura appellante.

(d.3) – un'ulteriore penalizzazione deriva dal mancato computo nel fatturato privato del 2010 per il Distretto 5, delle prestazioni che la struttura appellante ha continuato ad erogare (in eccedenza rispetto al tetto) per non interrompere i cicli di terapia fisica e riabilitativa in corso negli ultimi mesi del 2010.

(d.4) – la presenza di una struttura in ciascuno dei due Comuni che costituiscono il Distretto 5 (l'appellante in Trani, e l'appellata CMB in Bisceglie), ha comportato l'attribuzione di una quota di Fondo A all'appellante in misura assolutamente insufficiente e sproporzionata alla propria capacità erogativa (70,31% del totale, a fronte del 5,02% dell'altra struttura), per cui i pazienti dovranno recarsi da Trani a Bisceglie per sottoporsi ad una cura riabilitativa.

(d.5) – i criteri regionali di ripartizione del Fondo B non sono stati applicati correttamente: (1)- il punteggio per il personale avrebbe dovuto essere 106,31 anziché 94,88, in quanto ai sensi della d.G.R. 1500/2010 il punteggio andava assegnato in presenza di 36 ore di attività lavorativa indipendentemente dal numero reale di impiegati a carico; (2) – la d.G.R. n. 1500/2010 ha creato una differenziazione di punteggio per il personale rivestente la stessa qualifica utilizzato presso differenti branche specialistiche (ad esempio, allo specialista cardiologo sono assegnati 6 punti, allo specialista fisiatra soltanto 3; all'infermiere che lavora presso uno studio di cardiologia 3 punti, a quello presso un ambulatorio di medicina fisica e riabilitativa, 1 solo punto; etc.), ed alla branca di medicina fisica e riabilitativa vengono attribuiti punteggio più bassi, ma la differenziazione è artificiosa in quanto il costo contrattuale non cambia; (3) – il punteggio assegnato per singolo contratto a tempo determinato (nel 2011, ogni punto consente l'attribuzione di euro 2.005,42 a valere sul Fondo A) è del tutto insufficiente a coprire i costi contrattuali annuali del singolo dipendente, e avrebbe quindi dovuto essere assai maggiore (l'appellante, per 51 dipendenti, ha ottenuto 94,88 punti, cui corrispondono euro 149.364,84, pari al costo di soli 4-5 stipendi annui); (4) – nessun punteggio è stato attribuito in relazione al numero dei box (che consentono di trattare simultaneamente più pazienti); (5) – un punteggio insufficiente è stato attribuito alla dotazione tecnologica della struttura (non vengono

considerate le apparecchiature per elettrostimolazioni, magnetoterapia, infrarossi, massoterapia di drenaggio linfatico, etc.).

(d.6) – la ASL BAT, per quantificare i tetti di spesa per il 2011, anziché applicare le percentuali di riduzione della spesa previste dal DIEF sul fatturato del 2008, le ha applicate direttamente sui singoli tetti di spesa attribuiti per il 2010; il corretto importo del Fondo di branca per la medicina fisica e riabilitazione, è pari ad euro 7.195.075,00 e non ad euro 6.523.160,00 come riportato nel provvedimento impugnato.

10. Il Collegio osserva che una prima serie di censure sono accomunate dal rilievo secondo cui le scelte operate dalla d.G.R. n. 1500/2010 non sarebbero coerenti con quanto prevede la normativa, né comunque giustificate da esigenze apprezzabili.

Con le sentenze sopra richiamate (nn. 921-925, 935/2012, concernenti impugnazioni dei tetti di spesa stabiliti da ASL pugliesi per gli anni in questione), questa Sezione ha già diffusamente argomentato sulla coerenza dei criteri di assegnazione dei tetti di spesa previsti dalla d.G.R. n. 1500/2010 rispetto alle previsioni dell'art. 18 della l.r. 26/2006.

Il Collegio condivide, in linea generale, tale orientamento.

L'appello in esame presenta tuttavia aspetti particolari, in quanto l'applicazione dei criteri contestati, in forza della dimensione e della ubicazione della struttura sanitaria, sembra comportare per l'appellante un cambiamento molto incisivo rispetto al passato; inoltre, l'impugnazione è assai ricca ed articolata e copre anche aspetti non approfonditi in precedenza.

11. E' anzitutto utile puntualizzare la concreta portata applicativa dei criteri contestati.

L'art. 18 della l.r. 26/2006 - oltre a prevedere il superamento del preesistente sistema di ripartizione della spesa (agganciato ai "tetti storici", rilevati nel 1998), sulle carenze del quale, in un'ottica concorrenziale, non

sembra esservi discussione – contiene riferimenti univoci alla direzione tendenziale di tale cambiamento.

Individua infatti, quali fattori degni di considerazione nella definizione dei nuovi criteri: la “presenza di nuovi soggetti accreditati”, la “valorizzazione delle attività territoriali”, le “prestazioni introdotte nel nomenclatore dopo il 1998”, la “reale capacità erogativa delle strutture”, oltre agli “obiettivi di appropriatezza e governo della domanda”.

Tralasciando questi ultimi – che appaiono troppo generici per poter indicare un senso di direzione alle scelte programmatiche di settore, se non nel senso, neutrale rispetto alla controversia in esame, di auspicare una riduzione ed una riqualificazione della spesa pubblica per le prestazioni erogate dai privati, in sinergia con le prestazioni erogabili dalle strutture pubbliche – nonché il riferimento alle nuove prestazioni erogabili a carico del SSR – che appare suscettibile di favorire l’assegnazione di risorse a quelle strutture in grado di erogarle, ma non viene coinvolto nell’impugnazione in esame – conviene soffermarsi sul significato degli altri fattori/obiettivi.

L’attenzione alla “valorizzazione delle attività territoriali” (ed alla “presenza di nuovi soggetti accreditati”, che appare elemento dello stesso segno del primo) è stata intesa dalla d.G.R. n. 1500/2010 nel senso di favorire i soggetti di nuovo accreditamento e la crescita della diffusione delle strutture accreditate, per realizzare un’offerta privata più capillare sul territorio e quindi una migliore accessibilità ai servizi (dal punto di vista geografico, logistico) da parte della popolazione. Ciò, non potendo aumentare (ma anzi, diminuendo costantemente per effetto dei tagli disposti dalla legge e dagli atti di indirizzo economico-finanziario) le risorse disponibili, ha comportato inevitabilmente una diminuzione dei tetti assegnati agli operatori da tempo presenti e con una posizione consolidata nel settore, i quali negli anni precedenti avevano beneficiato del congelamento della spesa storica.

Così, il sistema di distribuzione del Fondo A di ciascuna ASL, è basato (cfr. Allegato A alla d.G.R. n. 1500/2010, che riassume la procedura come “Valutazione della potenzialità del Distretto”) sulla misurazione della spesa complessiva, per prestazioni erogate da strutture pubbliche e private sull’intero territorio regionale, e della “incidenza percentuale della stessa riferita alla popolazione di ciascun Distretto”; sull’applicazione di tale dato (una sorta di coefficiente che misura l’utilizzazione delle prestazioni sanitarie da parte dagli assistiti di ciascun Distretto) a ciascun fondo di branca della ASL al fine di ripartirlo tra i Distretti; sulla suddivisione del tetto attribuito a ciascun Distretto per il numero dei relativi residenti, così da ottenere una quota pro-capite per residente, in base alla quale le risorse vengono proporzionalmente attribuite ad ogni Comune del Distretto per poi dividerle tra le strutture private insistenti nel Comune (o, se non ci sono, in quelli vicini).

Si tratta di un sistema che, a ben vedere, attribuisce le risorse finanziarie al territorio ed ai residenti, in proporzione ai bisogni di prestazioni sanitarie che essi hanno dimostrato di avere, a prescindere dall’ubicazione delle strutture che negli anni precedenti (secondo il sistema della spesa storica) le hanno soddisfatte. Il presupposto implicito sembra quello secondo cui, assicurando la disponibilità di tetti di spesa anche nelle zone nelle quali si è verificata una minore concentrazione di attività sanitarie, gradualmente, si determinerà una redistribuzione delle attività a vantaggio di strutture in precedenza mortificate dalla mancanza o dall’esiguità del tetto a disposizione, o comunque di strutture di recente accreditamento, provocando una crescita della diffusione delle strutture sul territorio e quindi una tendenziale maggiore accessibilità da parte degli utenti (oltre ad un’effettiva concorrenza).

Tenendo conto della discrezionalità esercitabile dalla Regione nella scelta di un sistema di assegnazione dei tetti piuttosto che un altro, quello delineato dalla d.G.R. n. 1500/2010 non può ritenersi di per sé viziato.

12. Un siffatto sistema risulta tanto più in controtendenza rispetto a quello precedente, quanto più ridotta è la dimensione territoriale nella quale si applica la distribuzione tra le strutture del tetto di branca. L'appellante lamenta l'eccessivo numero dei Distretti e l'ulteriore riferimento ai singoli Comuni; tuttavia, si tratta dell'ordinaria organizzazione territoriale dei servizi sanitari e dell'amministrazione pubblica, di modo che non sembra che la scelta operata dalla Regione possa essere tacciata di irragionevolezza, inadeguatezza o sproporzione rispetto allo scopo.

Naturalmente, il sistema va contro gli interessi degli operatori che, come l'appellante, beneficiavano di tetti e di un volume di attività cospicui, e ben si capisce perché l'appellante avversi il criterio della potenzialità del Distretto, invocando il principio di libera scelta da parte degli assistiti e, in sostanza, la salvaguardia della (concreta realizzazione della) sua capacità erogativa e degli investimenti a tal fine effettuati.

Tuttavia, la tesi secondo la quale il raggiungimento costante di un alto tetto di spesa è indice di qualità dei servizi, ed il mantenimento nel tempo di tale livello di assegnazione delle risorse realizza di per sé il principio di libera scelta da parte degli assistiti, non può, nella sua assolutezza, essere condivisa. Infatti, la scelta della struttura da parte dell'utenza è condizionata in misura notevole da considerazioni attinenti alla mancanza di alternative vicine al luogo di residenza. Solo una volta realizzata, anche attraverso la prevista redistribuzione dei tetti, una effettiva concorrenza, il pieno conseguimento del tetto assegnato, attraverso la conferma del gradimento degli utenti, può essere considerato davvero indice di efficienza e qualità.

Non sembra neanche corretto affermare che la redistribuzione dei tetti di spesa non tenga conto della qualità dei servizi erogati, della reale capacità erogativa delle strutture, e dell'impegno profuso per realizzarla. A tale finalità sono infatti rivolti i criteri di ripartizione del Fondo B (cui è destinato per la branca di FKT il 50% delle risorse), che, attraverso

l'attribuzione di punteggi in base alle caratteristiche – dotazioni organizzative, tecnologiche e strumentali - delle strutture sanitarie, e la ripartizione dei tetti in base ai punteggi ottenuti, dovrebbero premiare gli investimenti effettuati e la qualità dell'offerta erogabile.

Supponendo che l'operatore storico abbia potuto migliorare le proprie dotazioni organizzative, strumentali e di personale, ed ammortizzare gli investimenti attraverso un'attività svolta a pieno regime negli anni precedenti, mentre il nuovo operatore, o l'operatore con un tetto di spesa basso abbia avuto difficoltà a fare altrettanto, può ritenersi che i criteri di ripartizione del Fondo B, in qualche misura, costituiscano anche un bilanciamento alla redistribuzione indotta dai criteri di ripartizione del Fondo A.

Naturalmente, si tratta di verificare l'adeguatezza delle griglie a dare conto, sia pure presuntivamente, del livello di qualità e della reale capacità di erogazione delle singole strutture – ciò che l'appellante, sotto altri profili, contesta.

13. Alla luce della effettiva portata applicativa dei criteri di cui all'Allegato A della d.G.R. n. 1500/2010, non sembra che la struttura sanitaria dell'appellante sia stata penalizzata da una minore assegnazione di risorse, in ragione della ridotta incidenza del fatturato pubblico nel Distretto 5; semmai, ciò è avvenuto perché i residenti del Distretto 5 hanno ricorso proporzionalmente in misura minore di altri Distretti alle prestazioni sanitarie a carico del SSR (anche se ciò è probabilmente dovuto anche alla ridotta presenza di strutture pubbliche vicine).

E' vero invece che è stata penalizzata dalla presenza, nell'altro (Bisceglie) dei Comuni compresi nel Distretto, di altra struttura privata accreditata per la branca FKT ed avente un tetto di spesa inferiore, che ha beneficiato della redistribuzione.

Non vi è dunque l'irrazionalità denunciata dall'appellante, che consisterebbe nel far discendere un incremento dell'entità del tetto

esclusivamente dal dato, casuale, della presenza nel Distretto di appartenenza di strutture sanitarie pubbliche.

Se è vero che parte dei pazienti che usufruivano delle prestazioni dell'appellante dovranno recarsi a Bisceglie per sottoporsi alle cure riabilitative a carico del SSR, si presume che ciò, approssimativamente, riguardi in buona parte proprio pazienti residenti o più vicini a Bisceglie, i quali in precedenza si sobbarcavano delle trasferte a Trani.

14. Può aggiungersi che, dalle memorie delle Amministrazioni, ed in particolare dalla relazione della ASL BAT prot. 15209/2015, si evince che l'applicazione dei criteri per il Fondo A, a partire dal 2014, è cambiata, "a seguito di intervenuti chiarimenti interpretativi della DGR n. 1500/2010 da parte della Regione Puglia", e le risorse del fondo di branca sarebbero state ripartite tra i Distretti in proporzione alla popolazione residente (quindi, a quanto sembra, a prescindere dalla spesa sanitaria che i residenti hanno determinato). Le Amministrazioni resistenti sottolineano come l'applicazione dei nuovi criteri ha comportato una diminuzione proporzionale dei tetti assegnati all'appellante (cfr. relazione della ASL BAT prot. 15209/2015), ma ciò non priva di interesse l'appello, posto che le pretese azionate non fanno leva sulla rivendicazione di detti nuovi criteri (la cui legittimità, anzi, l'appellante pone in discussione).

15. Ciò detto in ordine all'impostazione generale ed alle relative doglianze, occorre esaminare alcuni specifici profili di censura.

15.1. L'appellante non ha fornito documentazione a supporto di quanto afferma riguardo ad un giudizio negativo che l'Antitrust avrebbe espresso sulla valenza pro-concorrenziale dei criteri in contestazione.

Inoltre, si è detto che i criteri relativi al Fondo A sembrano suscettibili di attuare un riequilibrio dell'offerta ed attivare dinamiche concorrenziali, ma gradualmente nel tempo, e quindi una valutazione *a priori*, quale quella affermata, non potrebbe risultare decisiva.

15.2. L'appellante, oltre a dolersi dell'impostazione generale dei criteri, da un lato, sottolinea che il superamento dei vecchi criteri legati alla spesa storica era già stato impostato dai DIEF negli anni precedenti al 2010, ma in modo da valorizzare le prestazioni rese e quindi il livello di attrazione nei confronti della libera scelta dell'utente; dall'altro, prospetta la migliore efficacia di un sistema alternativo, basato su un unico tetto di branca, riferito all'intera ASL o al più al Distretto, rispetto al quale tutte le strutture dovrebbero poter competere in base alle richieste dell'utenza.

Il Collegio osserva che si tratta di sistemi alternativi, tutti in qualche misura idonei a superare le criticità di quello precedente. In particolare, un sistema di libera competizione tra le strutture (sarebbe forse difficile da organizzare, ma) avrebbe una valenza più chiaramente pro-concorrenziale; si tratta tuttavia di una scelta politico-amministrativa, e quella operata dalla Regione si sottrae alle censure dedotte.

15.3. Quanto alla rilevanza che, sempre secondo l'appellante, si sarebbe dovuto dare alla produttività delle strutture ed al gradimento dimostrato dall'utenza verso di esse; tale aspetto attiene – come afferma anche l'appellante – alla misurazione della reale capacità erogativa, e verrà esaminato in prosieguo, a proposito della ripartizione del Fondo B.

15.4. La circostanza che, come confermato dalla citata relazione prot. 15209/2015, alcune strutture accreditate non abbiano coperto il tetto loro assegnato, sempre considerando la gradualità nell'attivazione dei meccanismi concorrenziali che è lecito attendersi dall'applicazione dei nuovi criteri, non inficia il sistema, ma può assumere rilievo in prospettiva. Il mancato raggiungimento dei tetti è stato dimostrato per il 2010 ed il 2011; il permanere di una simile situazione nel futuro, potrebbe comportare il riequilibrio delle assegnazioni a vantaggio delle strutture che hanno interamente coperto (o superato) il tetto; ma ciò esula, evidentemente, dall'oggetto del giudizio.

15.5. La critica secondo cui la dislocazione dell'offerta sanitaria dovrebbe riguardare la fase dell'accreditamento e non quella di assegnazione del budget, non è condivisibile, essendo evidente che la possibilità di erogare prestazioni a carico del SSR condiziona in modo decisivo la presenza sul mercato della struttura privata accreditata.

D'altra parte, non è in discussione – almeno, non esplicitamente – il numero degli accreditamenti o la loro rispondenza al fabbisogno espresso dal territorio, ma il modo con cui favorire (a risorse complessive decrescenti) la diffusione capillare dell'offerta privata di prestazioni sanitarie e la concorrenza.

15.6. La circostanza che solo dopo l'adozione dei criteri contestati, la Regione abbia posto mano all'individuazione dei criteri per la determinazione del fabbisogno e dei volumi di attività, non inficia l'attuazione del sistema.

E' condivisibile che si tratta di un'operazione logicamente antecedente, che condiziona la quantificazione delle risorse pubbliche complessive destinate ai contratti con i privati accreditati e la ripartizione di esse tra le branche. Tuttavia, il sistema attuato per gli anni 2010 e 2011 neutralizza tale aspetto, in quanto si limita a considerare la spesa preesistente per le branche specialistiche, ad applicare ad essa le riduzioni percentuali previste dalle disposizioni normative e dal DIF, e a ripartire le risorse tra gli operatori accreditati in base al descritto criterio di prossimità territoriale. D'altra parte, le contestazioni dell'appellante si appuntano sugli aspetti di ripartizione tra gli operatori del tetto di branca di appartenenza.

16. Quanto alle censure incentrate sulla inadeguatezza della fase di partecipazione al procedimento definito con la d.G.R. n. 1500/2010, non è contestato che la consultazione delle associazioni di categoria vi sia stata, attraverso i "tavoli tecnici".

A ben vedere, l'appellante lamenta che non sia stata presa in considerazione, ed adeguatamente confutata, la propria proposta alternativa

basata sul tetto unico di branca. Ma, in presenza di uno schema di atto programmatico generale, predisposto nel solco di un cambiamento di prospettiva avviato l'anno precedente e formalizzato nella d.G.R. n. 2671/2009, di fronte alla presentazione di una proposta radicalmente alternativa, come quella dell'appellante, non sembra che vi fosse il dovere della Regione di motivare indicando le ragioni per le quali non riteneva di accogliere la proposta.

17. Una serie di censure sono incentrate sulla violazione dell'affidamento maturato in ordine alla conferma, salvo le riduzioni percentuali generali, dei tetti dell'anno precedente.

17.1. Il Collegio ricorda che la giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito i limiti di tutela dell'affidamento delle strutture sanitarie private di fronte alla fissazione di tetti di spesa ad effetto retroattivo. In sintesi (nel solco di quanto affermato da questa Sezione, da ultimo con sentenze n. 6065/2014 e n. 2049/2015, sulla base dei principi sanciti da A.P., n. 3 e 4/2012):

(a) - l'esercizio, con effetto *ex tunc*, del potere di programmazione per la fissazione di tetti di spesa sanitaria si deve svolgere in modo da bilanciare l'esigenza del contenimento della spesa con la pretesa degli assistiti a prestazioni sanitarie adeguate e, soprattutto, con l'interesse degli operatori privati ad agire con logica imprenditoriale sulla base di un quadro, nei limiti del possibile, certo e chiaro circa le prestazioni remunerabili e le regole applicabili; la tutela di tale affidamento richiede, pertanto, che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno; più in generale, la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi

in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli;

(b) - sono legittime le determinazioni regionali che fissano in corso d'anno, con effetto retroattivo dall'inizio dell'anno, tetti massimi di spesa con riguardo alle prestazioni sanitarie già rese dalle strutture private accreditate; le strutture private, fino a quando non venga adottato un provvedimento definitivo di determinazione del tetto di spesa, ben possono fare affidamento sull'entità della spesa dell'anno precedente, diminuita dell'ammontare corrispondente alla quota di riduzione della spesa sanitaria stabilita dalle norme finanziarie per l'anno in corso;

(c) - la ASL è vincolata dalle disposizioni di programmazione regionale, ma anche nei suoi confronti si impone, entro i limiti suddetti, la tutela dell'affidamento dell'operatore, il quale deve poter orientare le proprie scelte imprenditoriali sulla base di un dato certo e tendenzialmente stabile riguardo al volume delle prestazioni erogabili in regime di accreditamento e delle remunerazioni ottenibili con risorse pubbliche.

17.2. Nel caso in esame, il TAR ha negato la lesione dell'affidamento ricordando la sequenza degli atti che hanno preceduto la stipula dei contratti per gli anni 2010 e 2011, e sostanzialmente affermando che ne fosse derivata la conoscenza dell'appellante della riduzione poi operata in modo parzialmente retroattivo.

Il Collegio condivide tale conclusione, con la precisazione che, a tal fine, occorre dare importanza anche ad atti diversi da quelli menzionati nella sentenza di primo grado.

Infatti, per il 2010, anche se il contratto è stato sottoscritto solo in data 7 dicembre 2010, ed il DIF 2010/12 è stato approvato solo in data 20 dicembre 2010, allorché quindi l'esercizio era praticamente trascorso, va considerato che:

- la d.G.R. n. 2671/2009 aveva stabilito che l'ammontare del fondo unico per la remunerazione delle prestazioni erogate da strutture private

accreditate, sarebbe stato pari alla spesa del (2008, confermata per il) 2009, decurtata del 2%;

- già con la nota prot. 24526 in data 1 aprile 2010, la ASL BAT aveva comunicato alle strutture, compreso l'appellante, che, nelle more della determinazione dei nuovi tetti di spesa, avrebbero dovuto fare riferimento ad un limite mensile del 65% di un dodicesimo del tetto stabilito per il 2009, decurtato del 2% (tale indicazione prudenziale, ancorché riferita ai criteri di cui alla d.G.R. n. 2671/2009, non essendo ancora stata adottata la d.G.R. n. 1500/2010, aveva reso edotti gli operatori della prospettiva di una forte riduzione dei tetti);

- la d.G.R. n. 1500 in data 25 giugno 2010, nell'introdurre i nuovi criteri di ripartizione, ha chiarito che il tetto di spesa 2008 confermato per il 2009, deve intendersi come fondo aziendale di branca, decurtato del 2%, e non già come riferito ai tetti di spesa assegnati al singolo erogatore (per i quali l'applicazione dei criteri avrebbe determinato significative modifiche nella ripartizione);

- in data 19 ottobre 2010 si è tenuto un incontro con gli operatori, in esito al quale sono stati definiti i risultati (tetti aziendali, con analitica indicazione della metodologia di calcolo che li ha determinati) dell'applicazione dei criteri dettati dalla sopravvenuta d.G.R. n. 1500/2010; la circostanza che in quella sede l'appellante abbia fatto verbalizzare la propria intenzione di proporre ricorso al TAR, non fa venir meno la piena conoscenza del nuovo tetto;

- con nota prot. 247 in data 28 ottobre, è avvenuta la determinazione dei tetti.

Dunque, la determinazione è avvenuta in modi e tempi tali da permettere agli operatori di percepire le modifiche e conformare le proprie attività aziendali.

17.3. La previsione dell'art. 30, comma 5, della l.r. 4/2003 non comporta che, fino alla definizione del DIEF, vi possa essere comunque un

affidamento in ordine al mantenimento del tetto dell'anno precedente, salve le decurtazioni percentuali generali. La norma presuppone che il DIEF venga approvato tempestivamente, in coerenza con la sua funzione di atto di programmazione ed indirizzo, ed esprime il principio, affermato anche dalla giurisprudenza sopra ricordata, secondo il quale non possono essere legittimamente imposti alle strutture riduzioni del tetto non conosciute e non conoscibile al momento dell'erogazione delle prestazioni eccedenti. Ma, qualora, come nel caso in esame, il DIEF venga approvato tardi, la stessa funzione di rendere conoscibili le modifiche, e quindi di far venir meno il legittimo affidamento nel mantenimento dello status quo ante, può efficacemente essere riconosciuta anche ad atti di diversa veste formale, della Regione o delle aziende sanitarie, come quelli sopra elencati.

17.4. Anche la circostanza che i nuovi criteri sono profondamente innovativi, e che quindi la loro ricaduta concreta non era agevolmente prevedibile, non cambia le conclusioni esposte.

Infatti, come sottolineato dal TAR, in ragione della soluzione di continuità che si andava ad introdurre in modo parzialmente retroattivo rispetto all'anno 2010, si è stabilito (la decisione risulta anche dall'incontro del 19 ottobre 2010, citato) di applicare i vecchi tetti del 2009 decurtati per i primi dieci mesi del 2010, ed i nuovi criteri per i residui tre mesi dell'anno.

17.5. Quanto al 2011, va sottolineato che:

- con nota prot. 24801 in data 25 marzo 2011, era stata data indicazione alle strutture di fare riferimento ad un limite mensile pari a 1/12 del tetto massimo del 2010, preannunciando l'abbattimento del limite di remunerazione in misura percentuale alla branca di appartenenza;
- con provvedimento n. 559 in data 20 aprile 2011, la ASL BAT ha applicato le riduzioni percentuali in applicazione del DIEF (10% del fatturato 2008, per quella di FKT);
- come riconosce la stessa appellante, il tetto aziendale le è stato comunicato a giugno 2011.

Deve pertanto escludersi che si sia trattato di fissazione retroattiva illegittima, in quanto incidente sulla remunerazione di prestazioni già erogate in base ad un legittimo affidamento.

17.6. Quanto alle prestazioni che l'appellante assume di aver erogato extra tetto nel 2010 per completare i cicli di terapia fisica e riabilitativa, esse, alla luce della limitata incidenza temporale della retroattività, devono ritenersi il frutto di una scelta imprenditoriale, e non possono rilevare ai fini del fatturato remunerabile, in forza di quanto disposto dall'art. 3 della l.r. 12/2010.

18. Il Fondo B è attribuito in base ad elementi che possono essere considerati indice di capacità erogativa, dal punto di vista quantitativo e da quello della qualità dei servizi; tuttavia, il punteggio attribuito alla struttura dell'appellante in base alla griglia, e la stessa divisione a metà del tetto di branca tra i due Fondi, rappresentano dei presupposti convenzionalmente stabiliti, che non corrispondono ad una realtà misurabile e confrontabile, tanto più che la ripartizione dei due Fondi segue logiche diverse (in un certo senso, come detto, complementari). Non ha pertanto alcun fondamento logico la pretesa dell'appellante a vedere distribuita (alle altre strutture) la quota del Fondo A in misura non superiore al doppio della quota del Fondo B.

19. Una serie di censure è dedicata ai criteri di distribuzione del Fondo B.

L'appellante contesta l'idoneità degli elementi contenuti nella griglia, in base alla quale viene ripartito tra le strutture il Fondo B (si tratta delle voci: (a) - dotazione tecnologica; (b) - personale; (c) - collegamento al CUP; (d) - accessibilità; (e) - correttezza rapporti utenza; (f) - rispetto istituti contrattuali; (g) - ulteriori standard finalizzati ad una migliore accoglienza; a loro volta articolate in elementi, la cui esistenza o mancanza dà luogo a punteggi prefissati) a definire adeguatamente la reale capacità erogativa delle strutture.

E contesta anche la loro applicazione da parte della ASL BAT.

19.1. Anzitutto, censura il meccanismo di acquisizione dei dati, in quanto basato sulle autodichiarazioni dei requisiti. Tale censura non coglie nel segno. Infatti, una verifica diretta da parte della ASL avrebbe ragionevolmente comportato tempi lunghi, mentre il rischio di dichiarazioni mendaci è agevolmente ovviabile attraverso l'esercizio dei poteri di controllo sulla veridicità di quanto dichiarato (controlli comunque periodicamente attivabili, anche per verificare la permanenza nel tempo dei requisiti dichiarati), ai sensi del d.P.R. 445/2000.

Quanto alla data di riferimento del possesso dei requisiti registrati nelle griglie, sembra evidente che debba essere quella della data in cui la dichiarazione viene resa.

19.2. Poi, lamenta che alcuni criteri siano aspecifici, quindi poco o nulla significativi, altri illegittimi, e che manchino alcuni elementi viceversa strategici per individuare la capacità erogativa reale; così che l'insieme dei criteri non permetterebbe di premiare le strutture migliori e condurrebbe ad un appiattimento della valutazione.

La Regione Puglia si difende limitandosi ad eccepire che le censure impingono nel merito insindacabile.

La ASL BAT non ha svolto difese riguardo a tali motivi di censura.

Il Collegio è consapevole che un sindacato sulle scelte tecnico-discrezionali in materia deve attestarsi sulla verifica della non manifesta illogicità, incongruità, contraddittorietà o sproporzione delle scelte effettuate. In questa prospettiva, alcune delle censure non superano la soglia indicata, e debbono quindi ritenersi il frutto di una valutazione opinabile ma non viziata.

Così è per le doglianze sulla previsione di punteggi per requisiti che devono essere obbligatoriamente posseduti ai fini dell'accreditamento o addirittura del rilascio dell'autorizzazione sanitaria; ovvero risulterebbero irrilevanti, perché nei fatti generalmente posseduti dalle strutture, oppure perché ancorati a soglie di entità modesta e poco distintiva. Ciò, ammesso

che trovi riscontro nella realtà, si tradurrebbe in una minore effettiva selettività della griglia (articolata su numerosi altri parametri), senza inficiarla.

Quanto alla rilevanza attribuita nella scheda di rilevamento ai soli dipendenti assunti a tempo indeterminato, e all'equiparazione, sempre ai fini del punteggio, tra personale assunto a tempo indeterminato e collaboratori liberi-professionali a tempo pieno (con la precisazione, in nota, che "i rapporti part-time saranno valorizzati fino alla concorrenza dell'unità a 36 ore"), si tratta di una scelta discrezionale che focalizza la stabilità dell'assetto aziendale, e che non appare di per sé censurabile.

L'apprezzamento del consenso della struttura ad erogare prestazioni fuori tetto, pure censurato, in realtà non compare più nella scheda (era previsto, alla lettera l), in quella allegata alla d.G.R. n. 2761/2010).

L'appellante lamenta la illegittimità della previsione che penalizzerebbe le strutture per il solo fatto di aver avuto vertenze con la ASL negli ultimi tre anni, così coartando il diritto di difesa, ma il rilievo è infondato in fatto, poiché la previsione è limitata alle "vertenze di lavoro ... definite con condanna passata in giudicato", e quindi evidenzia una sua significatività.

Anche il minor punteggio attribuito al personale, ancorché della stessa qualifica e con lo stesso costo contrattuale, nella branca di FKT rispetto alle altre, è aspetto che potrebbe trovare una giustificazione nella diversa incidenza delle figure professionali, ma che comunque non sembra l'appellante abbia interesse a rilevare. Non vizia i criteri la circostanza secondo la quale la quota del Fondo corrispondente al punteggio conseguibile per ogni dipendente sarebbe insufficiente a coprire i relativi costi contrattuali, dato che la divisione a metà delle risorse tra i Fondi, l'entità del Fondo B, ed il punteggio previsto per il personale, sono frutto di scelte che prescindono da una proiezione dei valori e dei costi dei singoli elementi aziendali.

Infine, l'appellante lamenta di aver ottenuto dalla ASL un insufficiente punteggio per la voce personale, a causa del computo del numero delle unità lavorative a tempo indeterminato e non delle ore contrattualmente lavorate (nel caso dell'appellante, 40 settimanali). A dire dell'appellante, dalla suddetta nota di precisazione della rilevanza dei rapporti part-time, si desumerebbe che il punteggio relativo a ciascuna figura professionale spetta per ogni 36 ore di attività lavorativa, indipendentemente dal numero di unità a carico. Il Collegio non ritiene che dalla nota di precisazione, avente altra e limitata finalità, possa trarsi un simile criterio di computo, essendo invece univoco nella scheda di rilevamento il riferimento del punteggio al numero dei dipendenti, distinti nelle diverse figure professionali rilevanti per la branca.

### 19.3. Altri profili di censura meritano diversa sorte.

Si tratta della mancata previsione di punteggio per apparecchiature che consentono l'esecuzione di rilevanti prestazioni strumentali, quali l'elettroterapia di stimolazione, la magnetoterapia, gli infrarossi, la massoterapia di drenaggio linfatico (la scheda dà rilevanza unicamente a elettromiografo e lettino meccanico); nonché della mancata considerazione del numero totale di apparecchiature e del numero di box attivi nella struttura (che, sottolinea ragionevolmente l'appellante, è l'elemento dal quale scaturisce il numero di pazienti che possono essere trattati simultaneamente a livello individuale, al di là di quelli che accedono alle palestre).

Inoltre, l'appellante lamenta che non vengano più considerati due aspetti, quali i livelli di appropriatezza rilevati nell'ultimo biennio e la trasparenza. Ad avviso del Collegio, appare in effetti incongrua l'eliminazione, che risulta immotivata, di una voce che registri i livelli di appropriatezza rilevati nell'ultimo biennio (com'era previsto nella scheda allegata alla d.G.R. n. 2761/2009, alla lettera h), e di una voce che registri la trasparenza, sotto il profilo dell'identica possibilità di accesso per tutti i

cittadini e per tutte le prestazioni garantite, e della consegna del referto in giornata (*idem*, alla lettera d); così come di una voce che registri la correttezza nei rapporti con l'utenza, alla luce dell'assenza di reclami pervenuti all'URP delle ASL o della Regione (*idem*, alla lettera e).

Si tratta di elementi in grado di evidenziare la qualità del servizio, sulla cui eliminazione, si ripete, non sono state fornite motivazioni, e che pertanto appare illogico non siano stati mantenuti nella griglia.

Il Collegio ritiene che tutti gli aspetti sopra indicati evidenzino nel complesso una griglia insufficientemente selettiva (non va dimenticata la funzione implicitamente compensativa che può attribuirsi al Fondo B), e quindi illegittima.

20. Infine, quanto all'importo del Fondo di branca FKT, l'appellante sostiene che l'importo avrebbe dovuto essere pari a 7.195.075,00 e non ad euro 6.523.160,00 come indicato nel provvedimento.

La ASL ha precisato (cfr., da ultimo, la relazione prot. 15209/2015) che l'importo ridotto lamentato dall'appellante deriva dall'applicazione degli abbattimenti percentuali previsti dal DIEF 2010/2012 ai tetti di spesa assegnati, anziché al fatturato complessivo del 2008; l'appellante non ha ulteriormente confutato le cifre esposte.

Riguardo al predetto criterio, anche se il dato testuale del DIEF sembra supportare la tesi dell'appellante, il Collegio non ritiene che la base di calcolo avrebbe potuto legittimamente ricomprendere anche le somme liquidate per le prestazioni sanitarie erogate in eccedenza rispetto al tetto di spesa assegnato (*overbudget*), in quanto è proprio l'art. 3 della l.r. 12/2010 che, nella dichiarata attuazione dell'art. 8-quinquies, comma 2, del d.lgs. 502/1992, sancisce il divieto di erogare e remunerare con oneri a carico dello Servizio sanitario regionale prestazioni sanitarie effettuate al di fuori dei tetti di spesa predeterminati; pertanto (come osservato da TAR Puglia, Lecce, II, n. 420/2012), non si vede come un comportamento espressamente vietato dal legislatore regionale (la liquidazione di

prestazioni in eccedenza rispetto ai tetti di spesa assegnati) e che, in passato, anche antecedentemente alla enunciazione di tale divieto, è stato ritenuto ammissibile solo a determinate condizioni (liquidazione in regime di regressione tariffaria), possa essere ordinariamente utilizzato ai fini della determinazione del tetto complessivo di branca e della successiva suddivisione del medesimo tra le strutture private accreditate.

21. In conclusione, l'appello risulta fondato limitatamente ai motivi esaminati al punto 19.3. e conseguentemente deve essere parzialmente accolto, e per il resto respinto.

22. Dall'annullamento *in parte qua* dei criteri regionali di determinazione dei tetti (griglia per la ripartizione del Fondo B, di cui all'Allegato alla d.G.R. n. 1500/2010, relativa alla branca di Medicina fisica e riabilitativa) e dei provvedimenti della ASL con cui, anche sulla base di detta griglia, i tetti sono stati quantificati, discende l'obbligo della Regione di ridefinire la griglia in questione, integrandola alla luce delle censure prospettate e sopra ritenute fondate, e quello della ASL BAT di ricalcolare il punteggio spettante all'appellante e ricalcolare il tetto corrispondente.

23. La complessità e relativa novità delle questioni affrontate, induce a compensare integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, accoglie parzialmente il ricorso proposto in primo grado e annulla parzialmente i provvedimenti impugnati, nei sensi indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 03/08/2015**

**IL SEGRETARIO**

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