

**SANITA': Strutture sanitarie accreditate - Tetti di spesa - Determinazione - Discrezionalità - Limiti - Criterio fissato per annualità precedenti – Illegittimità - Premio alle strutture che hanno fatto registrare un incremento di fatturato – Prestazioni extra budget - Illegittimità.**

**Cons. Stato, Sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8161**

1. “[...] La determinazione dei tetti di spesa, in particolare, è espressione del potere di programmazione della Regione caratterizzato da ampia discrezionalità nella previsione del dimensionamento e dei meccanismi di attribuzione delle risorse disponibili, con l'obiettivo di bilanciare molteplici e spesso contrapposti interessi di rilevanza anche costituzionale, come il contenimento della spesa in base alle risorse concretamente disponibili, l'esigenza di assicurare prestazioni sanitarie quantitativamente e qualitativamente adeguate agli assistiti, quelli delle strutture private operanti secondo logiche imprenditoriali, quelli delle strutture pubbliche vincolate all'erogazione del servizio nell'osservanza dei principi di efficienza e buon andamento [...]. È bene ribadire che, a fronte di tale ampia discrezionalità, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto agli aspetti del provvedimento che possano rivelarsi quali indici sintomatici di una plateale illogicità, irragionevolezza, erroneità posto in essere dall'autorità amministrativa [...]”.

2. “[...] la programmazione della spesa assegnata a ciascun operatore discende non dalla qualità delle prestazioni e dalla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale (art. 8-quater d.lgs. n. 502/92) bensì dalla maggiore propensione del singolo operatore ad operare extra budget, assumendosi il rischio della mancata remunerazione delle prestazioni in esubero rispetto alla programmazione.

[...] le strutture sanitarie sono obbligate a realizzare la produzione superiore al proprio tetto di spesa per rendere il valore di riferimento e cioè “le produzioni non nulle”, il più alto possibile. Ovviamente ciò è possibile solo per gli operatori più dotati finanziariamente che possono sopportare il rischio della mancata remunerazione dell'extra budget.

Non realizzando l'extra budget, infatti, il tetto di spesa verrebbe ridotto per effetto del surplus di produzione realizzato dalle altre strutture sanitarie operanti nel territorio regionale; il correttivo previsto alla lett. c) dei criteri di cui alle delibere impugnate (che prevede la conservazione del tetto di spesa dell'anno precedente), infatti, riguarda i soli casi di diminuzione del tetto di spesa sotto il limite di € 100.000,00.

Negli altri casi, quindi, si verifica che le strutture rispettose del tetto di spesa concordato ed assegnato attraverso il contratto, subiscono una riduzione delle prestazioni da erogare per l'anno successivo a prescindere dai fabbisogni sanitari della popolazione residente nel territorio

*regionale: quindi viene premiato l'operatore che non rispetta il tetto contrattuale a scapito di quello che invece si conforma ad esso.*

*Tale sistema, inoltre, determina anche la situazione di incertezza per i singoli operatori economici che non dispongono di sufficienti parametri per orientare le loro scelte imprenditoriali, tenuto conto che dipendono dagli effetti delle scelte operate dagli altri competitori.*

*Ne consegue che l'appello va respinto [...].*

1. – Con ricorso di primo grado l'Istituto per il Trattamento del Dolore S.r.l. (in seguito I.T.D. S.r.l.) struttura sanitaria accreditata con il servizio sanitario della Regione Basilicata, ha impugnato dinanzi al TAR Basilicata:

- la D.G.R. n. 432/19 avente a oggetto: "Tetti di spesa per le strutture private accreditate per la specialistica ambulatoriale ex art. 25 legge n. 833/78 - anni 2019/2020. Approvazione definitiva a seguito del parere della IV Commissione consiliare permanente", pubblicata nel BUR Basilicata n. 24 del 16 luglio 2019;

- la DGR n. 67/19, avente il medesimo oggetto;

- la deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria di Potenza n.2019/00537 del 2 agosto 2019 avente ad oggetto "Determinazione ed assegnazione tetti di spesa definitivi anno 2019 alle strutture eroganti prestazioni di specialistica ambulatoriale ex art. 25 in esecuzione delle delibere di Giunta Regionale della Basilicata n. 67 del 24.01.2019 e n. 432 del 4.07.2019".

Le deliberazioni regionali impuginate (n. 67/2019 e n. 432/2019) che si riferiscono alle annualità 2019-2020 hanno fatto seguito a precedenti deliberazioni, relative alle annualità precedenti, che sono state annullate dal TAR Basilicata.

1.1 - Il Collegio di primo grado, con ordinanza n. 200 del 2020, ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutte le strutture private accreditate interessate dall'applicazione dei provvedimenti impugnati.

Alcune strutture sanitarie si sono costituite nel giudizio in primo grado (Fisioelle S.r.l., Polimedica S.r.l.).

1.2 - Si è costituita in giudizio la Regione Basilicata che ha replicato alle doglianze proposte chiedendone il rigetto. Anche la ASP di Potenza si è costituita per resistere al ricorso.

2. - Con la sentenza impugnata, n. 96 del 6 febbraio 2021, il TAR ha accolto il ricorso disponendo l'annullamento delle delibere impuginate.

3. - Avverso tale decisione ha proposto appello la Regione Basilicata chiedendo la riforma della sentenza di primo grado.

3.1 - Si sono costituiti in giudizio l'I.T.D. S.r.l., ricorrente in primo grado, e le strutture sanitarie Fisioelle S.r.l. e Polimedica S.r.l.) che hanno replicato ai motivi di impugnazione chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

3.2 - Alla camera di consiglio del 9/6/2021 la Regione Basilicata ha rinunciato all'istanza cautelare avendo interesse alla rapida definizione della controversia nel merito.

3.3 - Le parti hanno depositato scritti difensivi a sostegno delle rispettive tesi.

4. - All'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

5. - L'appello è infondato e va, dunque, respinto.

6. - La presente controversia si riferisce alla determinazione dei tetti di spesa per le strutture sanitarie private accreditate con il SSR per la branca della specialistica ambulatoriale ex art. 25 della legge n. 833/78 nella Regione Basilicata.

Come già anticipato, la Regione Basilicata ha adottato negli anni scorsi una pluralità di delibere in materia (relative al periodo 2015-2018) che non hanno superato il vaglio di legittimità dinanzi al TAR Basilicata.

6.1 - Nel dettaglio, il TAR Basilicata con sent. n. 719/17 ha disposto l'annullamento delle DGR n. 1413/15 e 1650/15, di determinazione dei tetti di spesa per l'anno 2015 e, con sent. n. 770/17, sempre nei termini e limiti di cui in motivazione, ha annullato, altresì, la DGR n. 937/16, che fissava i tetti di spesa per l'anno 2016. Infine con la sent. n.771/17 ha stabilito l'efficacia erga omnes di tali decisioni di annullamento.

6.2 - L'Amministrazione regionale, con DGR n. 400 del 2018, ha determinato, in ottemperanza alle sentenze TAR n.719/2017, n.770/2017 e n.771/2016, i tetti di spesa per il triennio 2015-2017, da assegnare alle strutture private accreditate eroganti prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale ex art.25 della Legge n.833/1978 e le relative economie rispetto alle produzioni e al tetto di spesa complessivo regionale, da assegnare in modo proporzionale alle strutture con produzioni superiori ai relativi tetti di spesa annui, come da prospetto allegato, che è stato approvato con l'aggiunta di ulteriori dati, con la DGR n. 1081/18.

6.3 - In data 20.08.18 è stata adottata la L.R. n. 18, la quale all'art. 6, intitolato "Fondo integrativo regionale per le prestazioni di specialistica ambulatoriale" ha stabilito espressamente che:" Per l'erogazione di prestazioni di specialistica ambulatoriale di cui all'art. 25 della Legge n. 833/1978 è istituito un fondo integrativo regionale pari a euro 400.000,00 per l'anno 2019 e pari a euro 400.000,00 per l'anno 2020 alla Missione 13 Programma 02. La Giunta regionale, sentita la competente Commissione Consiliare, provvede a definire i criteri di ripartizione delle risorse di cui

al comma 1 contestualmente alla definizione dei tetti di spesa per le medesime prestazioni e per i relativi anni”.

6.4 - La Giunta Regionale, con la DGR n. 432/19 del 4.07.19 ha approvato in via definitiva, a seguito del parere della IV Commissione Consiliare Permanente, i criteri per la definizione dei tetti di spesa per gli anni 2019 e 2020 di cui alla DGR n. 67 del 24.01.19, impegnando le Aziende sanitarie Locali di Potenza e Matera a determinare i relativi tetti di spesa da assegnare alle strutture private secondo tali criteri, e a ripartire le ulteriori risorse del fondo regionale istituito con l'art.6 della LR n. 18/18 summenzionata.

6.5 - In data 16.07.19 è stata pubblicata la sent. n. 635/19, con la quale il TAR Basilicata, in accoglimento parziale del primo dei ricorsi prodotti da alcune strutture avverso la DGR n. 400/18 e la DGR n. 1081/18 ha annullato la DGR n. 400/18, ritenendo che la medesima, nel definire i tetti di spesa da assegnare a ciascuna struttura per l'anno 2016 «con riferimento al dato consuntivo dell'esercizio precedente (anno 2015)» non aveva tenuto conto di come il dato consuntivo del 2015 fosse sostanzialmente inutilizzabile, essendo stato determinato da tempistiche patologiche, e regole di riparto annullate dal Giudice amministrativo.

6.6 - Alla sent. n. 635/19 la Giunta Regionale ha dato esecuzione con la DGR n. 664/19, ma anche le DDGRR nn. 316/18, 367/18 e 726/18 hanno subito la sorte dell'annullamento da parte del TAR Basilicata, con sent. n.700/19, del 5.08.2019.

6.7 - L'Amministrazione regionale ha dato esecuzione alla sent. n. 700/19 con la DGR n. 719/19 del 23.10.19, esplicitando i criteri contenuti nei provvedimenti impugnati, anch'essa annullata dal TAR Basilicata con la sent. n. 296/2021 pubblicata l'8.04.2021.

7. – Infine, con la sentenza appellata, il TAR ha annullato del D.G.R. n. 67/2019 e 432/2019 relative alla determinazione dei tetti di spesa per gli anni 2019-2020.

Con tali delibere, la Regione Basilicata ha indicato i seguenti criteri per la fissazione dei tetti da assegnare alle strutture private accreditate e già contrattualizzate: le aziende sanitarie locali, per determinare il tetto di spesa da assegnare alle strutture già contrattualizzate, avrebbero dovuto considerare:

- a) - la media delle produzioni non nulle del triennio precedente all'anno di riferimento e il Tetto di spesa pari alla media delle produzioni del triennio precedente, se detto valore (la media del triennio precedente, appunto) è superiore al Tetto precedente;
- b) - il valore del Tetto di Spesa, calcolato in base alla media delle produzioni del triennio precedente non può, in ogni caso, essere superiore al 20% del tetto di spesa della precedente annualità;

c) - se la media delle produzioni risulta inferiore al tetto precedente e a €100.000 il Tetto di Spesa 2019 sarà pari al Tetto precedente.

7.1 - Dispone la medesima deliberazione 67/2019 impugnata che le risorse aggiuntive possono essere assegnate alle strutture accreditate non ancora contrattualizzate per la sottoscrizione di nuovi contratti ed alle strutture già contrattualizzate per garantire una sana competizione o incrementi di budget, anche per le prestazioni di dialisi e di medicina dello sport, per le quali si garantiscono risorse adeguate.

Si prevede la remunerazione delle strutture private contrattualizzate che hanno una produzione superiore al tetto assegnato attraverso eventuali economie annue – determinate utilizzando la somma delle differenze tra i tetti di spesa e le relative produzioni se inferiori ai tetti – e i controlli di competenza delle Aziende Sanitarie Locali in materia di appropriatezza e qualità delle prestazioni erogate dalle strutture.

7.2 - In data 4.07.19 la Giunta Regionale ha approvato definitivamente, con la DGR n. 432/19, la precedente DGR n. 67/19, confermandone tutti i punti tranne il punto 4, che è stato riformulato nel senso di ripartire le risorse di cui al comma 1 art. 6 della LR n.18/18 per il biennio 2019-2020 tra le strutture accreditate, già contrattualizzate e non contrattualizzate, sulla base di alcuni criteri, quali il fabbisogno sanitario insoddisfatto, le liste di attesa sia in ambito territoriale di riferimento che per branca specialistica, garantendo risorse adeguate alle prestazioni di dialisi e di medicina dello sport, ma sempre nel rispetto dei citati criteri.

8. - Il TAR ha ritenuto viziate tali deliberazioni 67/2019 e 432/2019 per difetto di istruttoria, di motivazione e per irragionevolezza ed illogicità i criteri ivi fissati, in quanto:

- il criterio della lett. a) prende in considerazione i dati annullati in sede giurisdizionale dal TAR Basilicata; sulla base di tali dati sarebbe stato calcolato il tetto di spesa per gli anni 2019- 2020 e quindi si sarebbe verificata la riviviscenza degli effetti dei provvedimenti annullati dal TAR;

- il fatturato delle strutture accreditate negli anni dal 2016 al 2018 sarebbe stato condizionato dagli atti regionali rivelatisi illegittimi: l'incertezza circa la remunerazione delle prestazioni rese dalle strutture sanitarie in eccedenza rispetto alla programmazione, avrebbe inciso sul fatturato condizionando in modo restrittivo le scelte imprenditoriali;

- il criterio della lett. b) avrebbe premiato le strutture che avevano fatto registrare un incremento di fatturato (nel limite del 20%) e, quindi, avrebbe premiato le sole strutture grandi che erano in grado di sostenere l'extra budget, con il conseguente rischio della mancata remunerazione delle prestazioni rese al di sopra del tetto di spesa;

- i criteri prescelti, non consentirebbero agli operatori di avere un quadro certo in base al quale determinare il budget ed orientare così la loro attività imprenditoriale: gli operatori dovrebbero cercare di incrementare le prestazioni senza sapere se verranno pagate; ciò comporterebbe in capo agli operatori un rischio non preventivabile, laddove, invece, dovrebbe essere loro assicurato un quadro chiaro circa le prestazioni remunerabili.

9. - Nell'appello la Regione Basilicata ha dedotto, in sintesi, che:

quanto al criterio sub a)

- le sentenze n. 635/2019 e n. 700/2019, che hanno annullato i tetti di spesa per il triennio precedente agli anni 2019 e 2020, sono state pubblicate dopo le DGR impugnate n. 67 e n. 432 del 2019; alla data di adozione di tali delibere, quindi, i dati ivi contenuti non erano stati ancora dichiarati illegittimi;

- in ogni caso, tali sentenze di cui sopra hanno annullato i tetti di spesa e non i fatturati delle strutture accreditate;

- l'annullamento è intervenuto in considerazione delle "tempistiche patologiche" dei tetti di spesa che, nel caso di specie, non sussisterebbero, in quanto le delibere impugnate risalgono a gennaio (n. 67) e luglio (432) del 2019;

- se non si prendessero in considerazione i dati del triennio si dovrebbe retrocedere troppo nel tempo, con problemi applicativi per i nuovi entranti nel mercato che all'epoca (2014) non erano ancora operativi;

- peraltro, la retroattività dei tetti spesa non priva le strutture sanitarie di punti di riferimento per la propria gestione aziendale e comunque la società ricorrente in primo grado ha incrementato il fatturato rispetto al tetto di spesa, sicché non ha subito i danni indicati dal TAR;

- la produzione delle strutture accreditate non è correlata ai tetti di spesa, bensì ai loro requisiti strutturali, organizzativi e strumentali; quanto alle prestazioni extra budget sono remunerate con economie di spesa;

- i criteri prescelti sono idonei a superare le problematiche relative alla utilizzazione dei c.d. "tetti storici";

quanto al criterio lett. b) che:

- la scelta non premierebbe le strutture più grandi tenuto conto dei correttivi (max 20% in più, conservazione del tetto in caso di tetti bassi (fino a 100.000 euro) o di diminuzione del fatturato (lett. c).

Ha infine dedotto la Regione che la scelta dei criteri per la fissazione dei tetti di spesa rientrerebbe nella sua discrezionalità; il riferimento agli anni precedenti avrebbe la copertura normativa

desumibile dall'art. 15, comma 14, d.l. n. 95/2012 e 9 quater, comma 7 del d.l. n. 78/2015 che fanno riferimento all'importo consuntivato per l'anno precedente per applicare la riduzione dello 0.5%, 1% e 2% e tutelerebbe l'affidamento delle strutture sanitarie.

10. - Le doglianze prospettate dalla Regione Basilicata non possono essere condivise.

Il TAR ha ritenuto che *“il criterio sub lett. a) e cioè la “media delle produzioni non nulle riferite al triennio precedente all'anno di riferimento” non poteva essere utilizzato per la determinazione dei tetti di spesa per il 2019 e 2020, costituendo il risultato di provvedimenti annullati (...)”*; *“il fatturato delle strutture accreditate negli anni dal 2016 al 2018 è stato inevitabilmente condizionato da atti regionali rivelatisi illegittimi” ....”l'incertezza circa la remunerazione delle prestazioni rese dalle strutture sanitarie in eccedenza rispetto ai quantitativi risultanti dagli atti programmatori illegittimi”.....”può aver riverberato effetti sulle singole scelte imprenditoriali, condizionandole in senso restrittivo e prudenziale”*.

Ritiene il Collegio condivisibile quanto sostenuto dal TAR: sebbene sia indubitabile che la fissazione dei criteri di commisurazione dei tetti di spesa e la determinazione dei budget rientri nell'ambito della discrezionalità amministrativa, nondimeno tale esercizio del potere non è sottratto al sindacato del giudice amministrativo.

La giurisprudenza ha sottolineato che è caratterizzato da ampia discrezionalità il potere della programmazione della spesa pubblica e della razionalizzazione del sistema sanitario, in considerazione delle insopprimibili esigenze di riequilibrio finanziario, a fronte del quale si pone la natura di diritto finanziariamente condizionato del diritto alla salute, come chiarito anche dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 355; Corte Cost. 17 luglio 1998, n. 267 e 20 novembre 2000, n. 509; 27 luglio 2011, n. 248).

La determinazione dei tetti di spesa, in particolare, è espressione del potere di programmazione della Regione caratterizzato da ampia discrezionalità nella previsione del dimensionamento e dei meccanismi di attribuzione delle risorse disponibili, con l'obiettivo di bilanciare molteplici e spesso contrapposti interessi di rilevanza anche costituzionale, come il contenimento della spesa in base alle risorse concretamente disponibili, l'esigenza di assicurare prestazioni sanitarie quantitativamente e qualitativamente adeguate agli assistiti, quelli delle strutture private operanti secondo logiche imprenditoriali, quelli delle strutture pubbliche vincolate all'erogazione del servizio nell'osservanza dei principi di efficienza e buon andamento (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 14/11/2018, n. 6427; Cons. Stato Sez. III Sent., 04/07/2017, n. 3274).

È bene ribadire che, a fronte di tale ampia discrezionalità, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto agli aspetti del provvedimento che possano rivelarsi quali indici sintomatici di una

plateale illogicità, irragionevolezza, erroneità posto in essere dall'autorità amministrativa (cfr., T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 05/06/2019, n.3054).

10.1 - Nel caso di specie, il nucleo centrale dell'appello regionale è incentrato sull'utilizzabilità del criterio della media della produzione nel triennio precedente, nonostante tale produzione sia stata condizionata da precedenti delibere di definizione dei criteri di ripartizione del tetto, successivamente annullati dal TAR.

La Regione ha dedotto, innanzitutto, che il primo giudice non avrebbe tenuto conto che le sentenze di annullamento dei tetti di spesa relativi al triennio precedente (sentenze nn. 635/2019 e 700/2019) sono state pubblicate dopo l'adozione delle delibere impugnate; da ciò ha dedotto che non potrebbe desumersi alcun vizio nella scelta dell'Amministrazione di tener conto dei dati relativi alle precedenti deliberazioni di fissazione del budget, in quanto pienamente efficaci al momento dell'approvazione delle delibere della Giunta Regionale oggetto di impugnazione.

10.2 - Tale prospettazione, benché suggestiva, non può essere condivisa, in quanto i tetti di spesa assegnati nel triennio 2015-2018 hanno inciso sul dato della produzione: quest'ultimo, infatti, è stato condizionato dai criteri in base ai quali era stato fissato il tetto di spesa per tali annualità.

Come ha puntualmente ricordato la società Polimedica S.r.l., i tetti di spesa per gli anni 2015 e 2016 sono stati annullati dal TAR in quanto il criterio introdotto dalla Regione Basilicata per la loro commisurazione non doveva ritenersi idoneo a garantire una seria programmazione delle attività, il che ha comportato evidenti ripercussioni sul fatturato, non potendo fornirsi prestazioni nell'incertezza della loro remunerazione da parte del sistema sanitario regionale.

10.3 - Anche i tetti di spesa per gli anni 2017 e 2018 sono stati annullati per gli effetti che avevano prodotto sui fatturati, con la conseguenza che il parametro scelto dalla Regione Basilicata per la determinazione del budget di spesa risente dall'illegittimità delle precedenti determinazioni.

10.4 - Quanto alla circostanza che l'appellata ITD S.r.l. avrebbe aumentato, e non diminuito, il proprio fatturato, è sufficiente rilevare che tale dato non consente di superare l'illegittimità del criterio utilizzato, atteso che il fatturato di tale struttura è stato commisurato ai tetti assegnati con le delibere annullate; tali tetti erano comunque inferiori a quelli che sono stati poi assegnati alla stessa struttura negli anni successivi (cfr. DGR n. 400/18 e 664/19), con la conseguenza che può ragionevolmente presumersi che in caso di assegnazione di tetti superiori, il fatturato sarebbe stato più alto; quest'ultimo a sua volta avrebbe riverberato i suoi effetti sui budget degli anni successivi, in base ai criteri introdotti dalla Regione Basilicata con le deliberazioni impugnate.

10.5 - Ma anche a prescindere da tali rilievi, ciò che emerge in modo palese dalla lettura delle deliberazioni impugnate, è l'illogicità ed irrazionalità in sé della scelta posta a base delle



deliberazioni, che è quella di premiare gli operatori che abbiamo violato il limite del budget di spesa, realizzando prestazioni extra budget, incrementando il fatturato in modo da far aumentare il valore della media dei fatturati dell'ultimo triennio per ottenere un valore più alto, attraverso cui conseguire l'assegnazione di un tetto di spesa superiore nell'anno successivo.

Correttamente sia I.T.D. S.r.l. che Polimedica S.r.l. hanno rilevato che l'art. 8 quinquies del d.lgs. n. 502/92 non consente la remunerazione delle prestazioni che eccedono il tetto di spesa, in quanto la funzionalità del sistema di programmazione della spesa sanitaria presuppone il rispetto dei limiti di spesa stabiliti: la Regione con tali delibere, premia invece la produzione extra budget, penalizzando le strutture che rispettano il tetto assegnato ai fini del contenimento della spesa pubblica.

Sebbene le delibere abbiano previsto un limite massimo per l'aumento del fatturato (20% oltre il valore dell'anno precedente), nondimeno l'incoerenza di tale scelta con il sistema generale della programmazione della spesa sanitaria permane.

10.5 - Ritiene il Collegio di dover richiamare la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, Sez. III, Sent., 06-07-2020, n. 13884 in tema di prestazioni extra budget, secondo cui il "D.Lgs. n. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 8-sexies, comma 1, dispone che le "strutture che erogano assistenza ospedaliera e ambulatoriale a carico del Servizio sanitario nazionale sono finanziate secondo un ammontare globale predefinito indicato negli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies e determinato in base alle funzioni assistenziali e alle attività svolte nell'ambito e per conto della rete dei servizi di riferimento", mentre il precedente art. 8-quinquies, al comma 1, lett. d), prevede che le Regioni stabiliscano i "criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, tenuto conto del volume complessivo di attività e del concorso allo stesso da parte di ciascuna struttura".

Secondo la Corte di Cassazione tanto "la fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario, per singola istituzione o per gruppi di istituzioni", quanto "la determinazione dei preventivi annuali delle prestazioni", risulta "rimessa ad un atto autoritativo e vincolante di programmazione regionale, e non già ad una fase concordata e convenzionale", visto che "tale attività di programmazione, 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" (cfr. Cass. Sez. 3, sent. n. 27997 del 2019, cit., che richiama Cons. St. Ad. Plen., sent. 12 aprile 2012, n. 3). In altri termini, "l'osservanza del tetto di spesa in materia sanitaria rappresenta un vincolo ineludibile che costituisce la misura delle prestazioni sanitarie che il Servizio sanitario nazionale può erogare e che può permettersi di

acquistare da ciascun erogatore privato", di talchè si è ritenuta persino "giustificata (anche) la mancata previsione di criteri di remunerazione delle prestazioni extra budget", e ciò in ragione della "necessità di dover comunque rispettare i tetti di spesa e, quindi, il vincolo delle risorse disponibili" (così, in motivazione, Cass. Sez. 3, sent. n. 27608 del 2019, cit., la quale richiama Cons. St. Sez. 3, sent. 10 febbraio 2016, n. 566; Cons. St., Sez. 3, sent. 10 aprile 2015, n. 1832).

Una conclusione, questa, che si è ritenuto essere confortata dalle stesse norme vigenti in materia (L. 27 dicembre 1997, n. 449, art. 32, comma 8, D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 12, comma 3, e D.Lgs. n. 15 dicembre 1997, n. 446, art. 39), le quali "hanno disposto che, in condizioni di scarsità di risorse e di necessario risanamento del bilancio, anche il sistema sanitario non può prescindere dall'esigenza di perseguire obiettivi di razionalizzazione finalizzati al raggiungimento di una situazione di equilibrio finanziario attraverso la programmazione e pianificazione autoritativa e vincolante dei limiti di spesa dei vari soggetti operanti nel sistema" (Cass. Sez. 3, sent. n. 27608 del 2019, cit.).

Quello, infatti, che viene in rilievo in tale ambito è "un potere connotato da ampi margini di discrezionalità, posto che deve bilanciare interessi diversi e per certi versi contrapposti, ovvero l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di adeguate prestazioni sanitarie, le aspettative degli operatori privati che si muovono secondo una legittima logica imprenditoriale e l'assicurazione della massima efficienza delle strutture pubbliche che garantiscono l'assistenza sanitaria a tutta la popolazione secondo i caratteri tipici di un sistema universalistico". Il tutto, però, sempre nella prospettiva "che il perseguimento degli interessi collettivi e pubblici compresenti nella materia" non resti "subordinato e condizionato agli interessi privati i quali, per quanto meritevoli di tutela, risultano cedevoli e recessivi rispetto a quelli pubblici" (nuovamente, Cass. Sez. 3, sent. n. 27608 del 2019, cit.), giacché, in definitiva, gli "operatori privati restano liberi di valutare la convenienza a continuare ad operare in regime di accreditamento accettando le limitazioni imposte, oppure di collocarsi al di fuori del servizio sanitario nazionale e continuare ad operare privatamente" (cfr. Corte Cost., sent. 26 maggio 2005, n. 200)".

10.6 - In ogni caso, anche volendo prescindere da tali considerazioni, come correttamente rilevato dalle appellate, emerge che la programmazione della spesa assegnata a ciascun operatore discende non dalla qualità delle prestazioni e dalla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale (art. 8-quater d.lgs. n. 502/92) bensì dalla maggiore propensione del singolo operatore ad operare extra budget, assumendosi il rischio della mancata remunerazione delle prestazioni in esubero rispetto alla programmazione.

Come ha correttamente rilevato la società Polimedica, le strutture sanitarie sono obbligate a realizzare la produzione superiore al proprio tetto di spesa per rendere il valore di riferimento e cioè “le produzioni non nulle”, il più alto possibile. Ovviamente ciò è possibile solo per gli operatori più dotati finanziariamente che possono sopportare il rischio della mancata remunerazione dell’extra budget.

Non realizzando l’extra budget, infatti, il tetto di spesa verrebbe ridotto per effetto del surplus di produzione realizzato dalle altre strutture sanitarie operanti nel territorio regionale; il correttivo previsto alla lett. c) dei criteri di cui alle delibere impugnate (che prevede la conservazione del tetto di spesa dell’anno precedente), infatti, riguarda i soli casi di diminuzione del tetto di spesa sotto il limite di € 100.000,00.

Negli altri casi, quindi, si verifica che le strutture rispettose del tetto di spesa concordato ed assegnato attraverso il contratto, subiscono una riduzione delle prestazioni da erogare per l’anno successivo a prescindere dai fabbisogni sanitari della popolazione residente nel territorio regionale: quindi viene premiato l’operatore che non rispetta il tetto contrattuale a scapito di quello che invece si conforma ad esso.

10.7 - Tale sistema, inoltre, determina anche la situazione di incertezza per i singoli operatori economici che non dispongono di sufficienti parametri per orientare le loro scelte imprenditoriali, tenuto conto che dipendono dagli effetti delle scelte operate dagli altri competitori.

11. - Ne consegue che l’appello va respinto.

12. - Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l’appellante al pagamento delle spese ed onorari del grado di appello che liquida in complessivi € 6.000,00, oltre accessori di legge, da suddividersi in parti uguali tra le appellate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefania Santoleri**

**IL PRESIDENTE**  
**Franco Frattini**

**IL SEGRETARIO**