

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 1126 del 2005, proposto da

A.I.O.P. – ASSOCIAZIONE ITALIANA OSPEDALITA' PRIVATA, SEDE REGIONALE DELLA SICILIA, SKEMA INIZIATIVE SANITARIA S.R.L., CARMIDE S.R.L., CASA DI CURA MADONNA DEL ROSARIO S.R.L., CENTRO CLINICO DIAGNOSTICO G.B. MORGAGNI S.R.L., VILLA DEI GERANI S.R.L., J.F. KENNEDY S.R.L., CASA DI CURA CRISTO RE S.R.L., CURE ORTOPEDICHE TRAUMATOLOGICHE S.P.A., ISTITUTO ORTOPEDICO MEZZOGIORNO D'ITALIA FRANCO SCLABRINO, GESTIONE MEDITERRANEA SANITARIA S.R.L., ISTITUTO ORTOPEDICO VILLA SALUS e SO.GE.SA. S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese dall'avv. Guido Corso, elettivamente domiciliate presso lo studio dello stesso, in Palermo, via Rodi, 1;

– APPELLANTI –

c o n t r o

l'ASSESSORATO REGIONALE PER LA SANITA', in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliato presso la stessa, in Palermo, via A. De Gasperi, 81;

l'AZIENDA U.S.L. n. 5 DI MESSINA, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Pitruzzella, elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Palermo, via Nunzio Morello, 40;

l'AZIENDA U.S.L. n. 6 DI PALERMO, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Abruzzese e Salvatore Narbone, elettivamente domiciliata presso l'Ufficio Legale dell'A.U.S.L., in Palermo, via Pindemonte, 88;

l'AZIENDA U.S.L. n. 8 DI SIRACUSA, in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

l'AZIENDA OSPEDALIERA "OSPEDALI CIVILI RIUNITI DI SCIACCA", in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

la FONDAZIONE SALVATORE MAUGERI – CLINICA DEL LAVORO E DELLA RIABILITAZIONE I.R.C.S.S., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Lorian Zanutigh e Mario Riccobono, elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Palermo, via Nicolò Garzilli, 52;

– APPELLATI –

per l'annullamento

della sentenza n. 1237/05 del 18 luglio 2005, con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione 2^a di Palermo, ha respinto il ricorso n. 4900/04 proposto per l'annullamento:

1) del decreto dell'Assessore Regionale alla Sanità n. 2377 del 19.11.2004 di approvazione del protocollo di intenti e del progetto di massima intervenuti tra l'Assessorato Regionale della Sanità e la Fondazione "Salvatore Maugeri" e di autorizzazione di talune Aziende UU.SS.LL. ed Ospedaliere a stipulare convenzioni con detta Fondazione;

2) di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso, ed in particolare:

– del protocollo di intenti sottoscritto il 12.2.2003 dal predetto Assessorato Regionale e dalla Fondazione, intimati;

– della nota assessoriale n. 1454/S.T. del 10.6.2003, con cui l'Assessorato Regionale ha chiesto alla Fondazione la predisposizione di un progetto di massima per la realizzazione di istituti di riabilitazione polifunzionali e poli di riabilitazione monofunzionali;

– della nota assessoriale n. 1666/Gab/S.T. del 7.7.2003, con cui il predetto Assessorato ha ritenuto adeguate le tariffe delle prestazioni contenute nel progetto di massima;

– delle note 8-23.7.2003, con le quali le AA.UU.SS.LL. nn. 5, 6 e 8 e l'A.O. di Sciacca hanno chiesto all'Assessorato regionale di essere autorizzate a stipulare con la fondazione Maugeri apposite convenzioni per l'utilizzo di alcuni presidi da riconvertire;

– delle note assessoriali nn. 1816/GAB/S.T e 1820/GAB/S.T. del 31.7.2003, con cui l'Assessorato ha espresso parere favorevole alla stipula di dette convenzioni;

– delle convenzioni, con le quali le AA.UU.SS.LL. nn. 5, 6 e 8 e l'A.O. di Sciacca hanno affidato alla Fondazione la gestione dei suddetti presidi.

Visto il ricorso in appello di cui in epigrafe;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Assessorato Regionale per la Sanità, delle Aziende U.S.L. n. 5 di Messina e n. 6 di Palermo e della Fondazione Salvatore Maugeri;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza n. 59/06 del 2 marzo 2006, con la quale sono stati disposti incompetenti istruttori;

Vista la documentazione depositata in esecuzione della predetta ordinanza;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 28 giugno 2006 il Consigliere Giorgio Giaccardi e uditi, altresì, l'avv. I. Scardina, su delega dell'avv. G. Corso, per le appellanti e gli avv.ti . L. Zanuttigh e S. Cimilluca, su delega dell'avv. M. Riccobono, per la Fondazione Salvatore Maugeri;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

Con ricorso al Tribunale Amministrativo regionale per la Sicilia l'AIOP – Associazione Italiana Ospedalità Privata – Sede Regionale della Sicilia, e consorti in epigrafe elencati, hanno impugnato gli atti indicati nella stessa epigrafe, con i quali le amministrazioni evocate in giudizio hanno, ciascuna per le rispettive competenze, concorso all'approvazione ed esecuzione della convenzione intercorsa fra l'Assessorato Regionale per la Sanità e la controinteressata Fondazione Maugeri, avente ad oggetto "la realizzazione e la gestione, anche con il proprio concorso finanziario, di circa 600 (seicento) posti letto di riabilitazione nell'intero territorio della Regione Sicilia", mediante affidamento di unità operative di riabilitazione polifunzionale e monofunzionale da allocare presso strutture sanitarie pubbliche.

Il ricorso è stato affidato alle seguenti censure:

1) Violazione delle norme in materia di appalti di servizi ed in particolare degli artt. 1, 2 e 3 del D.L.vo n. 157/1995, come richiamato dall'art. 7 della L.r. n. 7/2002.

Il rapporto intervenuto tra la Regione Siciliana e la Fondazione controinteressata intimata va ricondotto all'appalto pubblico di servizi sanitari, come tale soggetto alle regole dell'evidenza pubblica per la scelta del contraente. Peraltro, ammesso che il suddetto rapporto possa collocarsi in quello concessorio, vanno ugualmente utilizzate procedure competitive selettive;

2) Violazione degli artt. 7 e 11 della legge n. 241/1990, recepiti dagli artt. 8 e 12 della L.r. n. 10/1991.

I ricorrenti, rientrando tutti tra le strutture sanitarie di tipo riabilitativo, hanno subito pregiudizio dai provvedimenti impugnati, relativamente ai quali avrebbero dovuto ricevere comunicazione di avvio dei procedimenti;

3) Violazione dell'art. 8-sexies del D.L.vo n. 502/1992 e del D.M. 30.6.1997. Difetto di istruttoria.

Non è ammissibile prevedere una tariffa ad hoc per singola struttura, peraltro superiore a quella massima prevista;

4) Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 8-sexies del D.L.vo n. 502/1992. Eccesso di potere per disparità di trattamento.

Alle strutture private accreditate, per lo stesso tipo di prestazioni riabilitative, vengono applicate tariffe di molto inferiori rispetto a quelle approvate dall'Assessorato Regionale intimato in favore della Fondazione Maugeri;

5) Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, carenza e/o contraddittorietà della motivazione, disparità di trattamento.

Tale differenza di tariffa non solo è immotivata, ma non trova comunque giustificazione dal momento che, stando alle risposte ad istanze avanzate dai ricorrenti, l'Assessorato Regionale intimato ha affermato che il fabbisogno complessivo di strutture riabilitative risulta ampiamente soddisfatto da quelle esistenti.

Con sentenza n. 1126/05 il Tribunale adito, omettendo l'esame delle pregiudiziali eccezioni di inammissibilità, sotto vari profili, ed irricevibilità del ricorso sollevate da talune delle parti resistenti, ha respinto il ricorso nel merito, ritenendo l'infondatezza di tutti i motivi dedotti.

La sentenza viene gravata in appello dagli originari ricorrenti che con tre distinti motivi censurano analiticamente, assumendone l'erroneità, i capi di sentenza con i quali, rispettivamente, sono stati rigettati: 1) il primo motivo dell'originario ricorso, deducendo la violazione dei principi dell'evidenza pubblica in materia di appalti di servizi; 2) il secondo motivo dell'originario ricorso, deducendo il vizio di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento; 3) il terzo, quarto e quinto motivo dell'originario ricorso, afferenti alla misura delle tariffe riconosciute alla Fondazione controinteressata nel progetto di massima approvato col progetto impugnato.

Si sono costituiti in giudizio, resistendo all'appello, l'Assessorato Regionale alla Sanità, le Aziende U.S.L. n. 5 di Messina e n. 6 di Palermo e la controinteressata Fondazione Salvatore Maugeri.

Quest'ultima e (in parte) anche l'A.U.S.L. messinese ripropongono in via pregiudiziale le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza delle condizioni dell'azione e di irricevibilità per tardività, non esaminate dalla sentenza di primo grado.

Alle eccezioni ex adverso gli appellanti hanno replicato con memoria difensiva depositata il 2 gennaio 2006.

Con ordinanza istruttoria n. 59/06 del 2 marzo 2006 questo Consiglio ha così disposto in via interlocutoria:

“Ai fini di un compiuto esame delle eccezioni pregiudiziali di inammissibilità per difetto di legittimazione attiva e di interesse, nonché di irricevibilità per tardività dell'originario ricorso, non esaminate dalla sentenza impugnata e formalmente riproposte con memoria difensiva dall'appellata Fondazione Salvatore Maugeri, nonché ai fini di un compiuto riesame delle doglianze di merito disattese in sentenza e riproposte come motivi di appello, occorre disporre in via istruttoria l'acquisizione di documentati chiarimenti in ordine alle seguenti circostanze:

1) se le case di cura ricorrenti siano o meno autorizzate ed accreditate per prestazioni sanitarie a contenuto riabilitativo tipologicamente omogenee rispetto a quelle per l'innanzi espletate attraverso la gestione pubblica dei posti letto oggetto di convenzione (dovranno, al riguardo, essere prodotti i titoli di abilitazione e di accreditamento di cui siano titolari le singole strutture sanitarie);

2) se l'A.I.O.P. – Associazione Italiana Ospedalità Privata, sia o meno rappresentativa, in Sicilia, di istituzioni sanitarie private operanti nel settore della riabilitazione (dovrà al riguardo essere prodotta copia integrale dello statuto associativo, corredata da elenco dettagliato delle istituzioni associate aventi la qualificazione specialistica anzidetta);

3) se fra le case di cura ricorrenti ve ne siano talune operanti nell'ambito territoriale di pertinenza dell'Azienda Ospedaliera “Ospedali Civili Riuniti” di Sciacca;

4) se, e sotto quali profili, le prestazioni oggetto di convenzione si differenzino da quelle per l'innanzi esercitate nelle strutture pubbliche alle quali afferivano i relativi posti letto;

5) se il personale in atto impiegato dalla Fondazione per l'espletamento delle prestazioni riabilitative oggetto di convenzione provenga o meno, ed in quale misura, dalle strutture sanitarie pubbliche predette;

6) se, e sotto quali profili, le prestazioni oggetto di convenzione si differenzino da quelle in atto esercitate dalle strutture private ricorrenti;

7) se ed in quali misure le tariffe previste in convenzione si diversifichino da quelle praticate e praticabili dalle strutture sanitarie private operanti in regime di accreditamento.

Gli incumbenti istruttori di cui ai punti nn.1,3,4,5,6 e 7 dovranno essere forniti, per quanto di rispettiva competenza, dall'Assessorato Regionale per la Sanità, dalle Aziende Unità Sanitaria Locale n. 5 di Messina, n. 6 di Palermo e n. 8 di Siracusa e dall'Azienda Ospedaliera "Ospedali Civili Riuniti di Sciacca; l'incumbente istruttorio di cui al punto n. 2 fa invece carico all'appellante A.I.O.P.; sui punti nn. 4, 6 e 7, e più in generale sull'asserita, ma ex adverso contestata, qualificazione ad alta specializzazione delle prestazioni dedotte in convenzione, o di parte di esse, l'appellata Fondazione Salvatore Maugeri potrà a sua volta contribuire all'adempimento istruttorio attraverso la produzione di ogni ulteriore documentazione ritenuta utile allo scopo".

Espletati gli incumbenti anzidetti, e depositata da parte della Fondazione appellata un'ulteriore "nota di chiarimenti ed integrazione della documentazione", l'appello è tornato in decisione alla pubblica udienza del 28 giugno 2006.

DIRITTO

1. Le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità del ricorso per difetto delle condizioni dell'azione, sollevate in memoria difensiva dalla difesa della controinteressata Fondazione Maugeri e (in parte) della resistente A.U.S.L. n. 5 di Messina, debbono essere rigettate anche alla luce delle acquisite risultanze istruttorie.

1.1. La legittimazione ad agire delle strutture sanitarie ricorrenti sussiste ove si abbia riguardo all'effettiva portata dei provvedimenti impugnati, e all'incidenza che gli stessi esercitano in termini di compromissione degli interessi imprenditoriali di cui le ricorrenti sono portatrici: e ciò, quanto meno, sotto un duplice profilo.

A – In primo luogo, è la stessa scelta dell'Amministrazione regionale, cui hanno dato seguito gli atti attuativi posti in essere dalle Aziende Sanitarie intime (e potranno dar seguito ulteriori atti di analogo contenuto fino a "coprire" l'intero territorio regionale) ad incidere in misura rilevante sulle posizioni soggettive delle imprese sanitarie ricorrenti, sì da giustificarne per ciò stesso la legittimazione al ricorso.

Non ha pregio, al riguardo, la linea difensiva della Fondazione resistente, essenzialmente incentrata a rimarcare le differenze qualitative e tipologiche delle prestazioni "ad alta specialità" dalla stessa erogate, rispetto alle ordinarie prestazioni riabilitative fornite all'utenza dalle ricorrenti. Tale elemento differenziale, per vero, può al più venire in rilievo ai fini della valutazione nel merito dei dedotti motivi di gravame, ma non può di per sé escludere in radice la posizione legittimante di soggetti che operano non soltanto nel macro-settore sanitario, come si afferma da parte resistente, ma proprio nello specifico settore della riabilitazione, ove la presenza capillare di una nuova struttura, e soprattutto il modello gestionale del tutto nuovo ed atipico contemplato dalle convenzioni stipulate con Regione ed Aziende Sanitarie (affidamento a soggetto privato, con parziale concorso finanziario del medesimo, della realizzazione e gestione di circa 600 posti letto già assegnati alla sanità pubblica ed in via di dismissione, anche con utilizzazione delle strutture e del personale ivi impiegato), tale da alterare di per sé il rapporto concorrenziale già in essere nel complessivo settore della riabilitazione sul territorio regionale, e pertanto da incidere in misura tutt'altro che trascurabile sulle sfere di interessi delle strutture sanitarie ricorrenti, sia per quanto

riguarda l'accesso ad autorizzazioni e/o accreditamenti a cui le stesse aspirino, sia comunque in termini di sviamento di clientela e di conseguente perdita di guadagni. Né i termini della questione mutano apprezzabilmente, avuto riguardo all'attività di ricerca parimenti contemplata nei moduli convenzionali oggetti d'impugnativa, assumendo la stessa un ruolo meramente aggiuntivo nell'ambito del complessivo contenuto delle prestazioni affidate al nuovo operatore sanitario immesso nell'ambito territoriale su cui già operano le imprese ricorrenti.

B – In secondo luogo, e con particolare riguardo al primo dei dedotti motivi di gravame, sussiste in capo agli operatori sanitari anche lo specifico titolo di legittimazione ad agire richiesto da costante giurisprudenza in materia di affidamento diretto di appalti pubblici senza il preventivo esperimento di procedura concorsuale, trattandosi, come dianzi precisato, di imprenditori operanti nel settore della riabilitazione sanitaria, cui ha riguardo l'affidamento disposto in via diretta dalle amministrazioni resistenti, come tali potenzialmente interessati a partecipare ad un'indicanda procedura ad evidenza pubblica. Anche sotto questo profilo, gli allegati elementi differenziali caratterizzanti le prestazioni riabilitative rispettivamente poste in essere dalle strutture ricorrenti e dalla Fondazione resistente possono se mai venire in evidenza ai fini della delibazione nel merito delle doglianze dedotte, ma non anche al fine di escludere la legittimazione a ricorrere, ove soltanto si consideri che la procedura ad evidenza pubblica costituirebbe la sede naturale nella quale poter vagliare, anche in termini comparativi, la sussistenza o meno in capo ai partecipanti dei peculiari requisiti (sia economici che tecnici) di partecipazione, eventualmente richiesti dalla specificità del servizio oggetto di affidamento.

1.2. E' parimenti infondata l'eccezione di difetto d'interesse, sollevata dalla Fondazione Maugeri e dall'A.U.S.L. n. 5 di Messina sotto la specifica angolazione della mancata allegazione da parte dei ricorrenti di una lesione dell'aspettativa a competere nell'affidamento di un sistema riabilitativo di eccellenza, essendo ampiamente sufficiente ad integrare la condizione dell'azione di che trattasi la lesione dell'aspettativa a concorrere all'affidamento (tramite autorizzazione e/o accreditamento aggiuntivo) dell'ingente numero di posti letto di riabilitazione già pubblici ed in via di dismissione, di cui beneficia (sia pure con il concorso di rilevanti investimenti finanziari) la Fondazione Maugeri. Né appare condivisibile l'assunto secondo cui la lesione allegata dai ricorrenti si sarebbe consumata già in forza del piano di rimodulazione della rete ospedaliera siciliana, con cui si è provveduto ad assegnare i nuovi posti letto alle strutture pubbliche e private del servizio sanitario regionale, approvato con deliberazione della Giunta Regionale n. 135 del 7.5.2003 e mai impugnato, essendo evidente come l'adozione del nuovo assetto organizzativo della sanità siciliana nel settore riabilitativo, attuato con l'impugnato D.A. n. 2377/2004, ha di fatto modificato in misura rilevante la concreta destinazione dei posti letto già assegnati alla sanità pubblica, radicando in tal modo l'insorgenza di un nuovo ed autonomo interesse a ricorrere in capo ai privati.

1.3. Quanto all'eccepita carenza di legittimazione in capo all'A.I.O.P., l'eccezione va disattesa alla luce delle produzioni documentali operate dalla stessa associazione appellante, che ne comprovano adeguatamente la rappresentatività di un rilevante numero di istituzioni sanitarie operanti nel settore riabilitativo siciliano, i cui interessi, per le considerazioni in precedenza svolte, risultano vulnerati dai provvedimenti impugnati. Né appare contestabile l'incidenza lesiva di detti provvedimenti sull'intera categoria rappresentata, trattandosi nella specie dell'ingresso di un soggetto privato estraneo all'associazione nell'area in cui già operano gli associati, attuato per giunta attraverso un atipico modulo convenzionale che ne garantisce una situazione di assoluto privilegio, grazie alla

messa a disposizione di strutture pubbliche preesistenti e alla previsione di un regime tariffario di particolare favore.

2. Ancora in via pregiudiziale, il Collegio reputa infondata anche l'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado formulata dalla Fondazione appellata in ragione della presunta tardività dell'impugnazione rispetto alla data di pubblicazione all'albo pretorio dell'Azienda Ospedaliera di Sciacca del D.D.G. n. 990 del 17 dicembre 2003, di approvazione della prima fra le convenzioni stipulate in attuazione del protocollo d'intenti e del progetto di massima intercorsi tra Assessorato Regionale e Fondazione. La stessa difesa appellata, nel dare atto che nessuno degli atti presupposti a detta convenzione risulta pubblicato in data anteriore o successiva, fornisce la prova dell'inconsistenza dell'eccezione anzidetta, non essendo logicamente ipotizzabile che dalla mera pubblicazione di un provvedimento attuativo, per giunta ad efficacia territoriale limitata all'ambito di una singola Azienda Ospedaliera, possa scaturire la piena conoscenza di atti presupposti a rilevanza generale, dai quali già scaturisce la lesione fatta valere in giudizio. Nessun rilievo possono assumere, d'altro canto, le affermazioni di parte appellata circa una presunta "notorietà", quanto meno nel settore degli operatori sanitari, dell'iniziativa posta in essere dalla Regione, circa la diffusione avuta dalla stessa sugli organi di stampa e circa l'avvenuto concreto inizio delle prestazioni riabilitative presso l'Ospedale di Sciacca fin dal mese di febbraio 2004, trattandosi di elementi fattuali pacificamente idonei a surrogare la mancata pubblicazione nelle forme legali e ad integrare gli estremi della piena conoscenza degli atti non pubblicati.

A tutto concedere, quindi, l'eccezione di tardività potrebbe essere suscettibile di accoglimento solo con riguardo all'impugnazione del richiamato provvedimento assunto dall'Azienda Ospedaliera di Sciacca e dalla stessa ritualmente pubblicato. La limitata rilevanza di tale atto nell'ambito complessivo delle doglianze fatte valere in giudizio induce, peraltro, il Collegio a soprassedere all'esame dell'eccezione in rito e ad esaminare direttamente nel merito il ricorso proposto in appello avverso i capi di sentenza che hanno globalmente rigettato tutti i motivi d'impugnazione dedotti con l'originario ricorso avverso il complesso degli atti impugnati: ciò in quanto, da un lato, l'eventuale fondatezza dell'impugnazione proposta avverso gli atti regionali esplicherebbe verosimilmente efficacia caducante (e non meramente viziante) sui concreti atti applicativi posti in essere dalle singole aziende sanitarie ed ospedaliere, laddove l'eventuale infondatezza dell'impugnazione medesima renderebbe superfluo ogni ulteriore approfondimento al riguardo.

3. Con il primo mezzo del gravame di primo grado i ricorrenti hanno dedotto la violazione delle norme in materia di appalti di servizi ed in particolare degli artt. 1, 2 e 3 del D.L.vo n. 157/1995, come richiamato dall'art. 7 della L.r. n. 7/2002, sostenendo, in sintesi, che il rapporto intervenuto tra la Regione Siciliana e la Fondazione controinteressata va ricondotto all'appalto pubblico di servizi sanitari, come tale soggetto alle regole dell'evidenza pubblica per la scelta del contraente, e che, pur ammesso che il suddetto rapporto possa collocarsi in quello concessorio, vanno ugualmente utilizzate procedure competitive selettive.

Il Tribunale adito ha disatteso tale doglianza, assumendo, previa sintetica disamina della vigente disciplina normativa in materia sanitaria: a) che l'erogazione dell'assistenza sanitaria ed ospedaliera da parte della Regione non avviene attraverso l'aggiudicazione di appalti o la concessione del relativo servizio, ma attraverso l'acquisto delle prestazioni sanitarie da una pluralità di soggetti, pubblici e privati, preventivamente autorizzati; b) che, in particolare, l'inserimento di operatori privati nel sistema della sanità pubblica si realizza essenzialmente tramite l'istituto dell'

accreditamento, definito dal TAR come: “un provvedimento amministrativo discrezionale, con il quale la Regione dispone l’inserimento del soggetto privato nel sistema sanitario regionale, attribuendogli la qualifica di gestore del pubblico servizio, fermo restando però che la possibilità concreta di erogazione dell’attività a carico del servizio sanitario resta, a regime, subordinata alla stipula di accordi contrattuali, volti a definire essenzialmente il concreto volume di prestazioni che viene richiesto al privato, in quanto ritenuto utile, ed il relativo corrispettivo”; c) che l’allegato 2 del D.L.vo. n. 157/1995, laddove, nell’ambito di applicazione della direttiva comunitaria n. 92/50/CEE, include anche i servizi sanitari, va inteso nel senso che rientrano in detta categoria i soli servizi accessori, cioè residuali e di limitata importanza rispetto a quelli attinenti all’attività sanitaria, come intesa e regolata dal D.L.vo n. 502/1992; d) che nella fattispecie, trattandosi di erogazione di prestazioni di alta specialità nel campo della riabilitazione, la scelta del soggetto prestatore ben poteva avvenire senza l’osservanza delle regole di evidenza pubblica, ma sulla base di moduli negoziali atipici ed avuto riguardo a specifico intuitus correlato al grado di professionalità e specializzazione richiesto dalla tipologia del servizio; e) che il censurato accordo concluso tra la Regione Siciliana e la Fondazione “Salvatore Maugeri” non consiste nella erogazione da parte di quest’ultima di prestazioni assistenziali per conto del servizio sanitario regionale, quale soggetto accreditato o quale appaltatore o concessionario del servizio, ma nella gestione, nell’ambito di strutture pubbliche, di posti letto che rimangono pubblici; f) che trattasi, pertanto, anche sotto questo profilo di un accordo atipico, che trova legittimazione nella generale capacità giuridica degli enti pubblici interessati nonché in riscontri normativi specifici che si rinvergono sia nelle disposizioni legislative sugli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto privato, cui appartiene la Fondazione Maugeri (cfr. art. 42 della legge n. 833/1978 e art. 1 del D.L.vo 269/1993), sia nella previsione di cui all’art. 9 bis del D.L.vo n. 502/1992 che ammette la possibilità di sperimentazioni gestionali; g) che, infine, corrobora il carattere atipico dell’accordo e la non riconducibilità dello stesso al modello dell’appalto o delle concessione di servizi, anche la circostanza che con il medesimo viene consentito l’espletamento di un’attività che è insieme didattica, in quanto forma in loco il personale delle strutture pubbliche, ed operativa, in quanto cura i malati a livello di eccellenza sulla base di protocolli esclusivi.

Nel condividere sostanzialmente il quadro argomentativo prospettato dal giudice di primo grado, rileva il Collegio che non appaiono idonee ad infirmarlo le pur abili ed articolate deduzioni difensive svolte dagli odierni appellanti con l’atto introduttivo del presente grado di giudizio e, ancor più, con la memoria depositata il 2.1.2006. Con riguardo a quest’ultima, peraltro, va pregiudizialmente rilevata l’inammissibilità delle argomentazioni difensive sviluppate sub 4, a pp. 6-8, integrando le stesse un sostanziale e radicale mutamento della prospettazione difensiva per l’innanzi seguita con i ricorsi di primo e secondo grado, tale da integrare gli estremi di una vera e propria mutatio libelli.

Ed invero, mentre tutto l’impianto difensivo originariamente seguito da parte ricorrente dà per presupposta l’astratta ammissibilità dell’operazione compiuta dall’Assessorato, salvo il solo vincolo a rispettare in detta operazione il principio concorsuale nella scelta del contraente, di cui si lamentava infatti la violazione, nella richiamata memoria difensiva in appello si giunge invece a mettere in discussione la stessa ammissibilità in astratto dell’affidamento attuato in favore della Fondazione, a prescindere dal modo di scelta della controparte contrattuale, per asserito contrasto dello stesso con il sistema “chiuso” della sanità, quale delineato dal vigente quadro legislativo statale e regionale.

Più precisamente, nell'ambito di tale nuova prospettazione difensiva, possono ritenersi ammissibili e suscettibili di esame nel merito le sole censure volte a contestare la qualificazione positivamente impressa dal TAR al rapporto negoziale in termini di "accordo atipico", nonché il riferimento marginalmente operato dallo stesso giudice (con indubbia integrazione del contenuto motivazionale proprio degli atti impugnati), allo schema della "sperimentazione gestionale" di cui all'art. 9 bis del D.L.vo n. 502/1992: ma ciò al solo fine di ricondurre la tipologia della convenzione di cui trattasi allo schema dell'appalto o della concessione di servizi, richiedente come tale il ricorso a procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, e non anche al fine di contestare in radice l'ammissibilità e la legittimità dell'intera operazione per asserito contrasto della stessa con i modelli gestionali tipici della sanità pubblica e privata, non essendo una tale doglianza rinvenibile nel contesto dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, né sostanzialmente in quello di appello (ove, in effetti, pur prospettandosi quale ipotesi alternativa quella della radicale nullità delle convenzioni, si attribuisce peraltro tale conseguenza non già alla scelta di un modello negoziale astrattamente non consentito dall'ordinamento, ma piuttosto alla prospettazione seguita dalla sentenza impugnata in ordine all'inammissibilità nel sistema sanitario italiano dell'appalto di servizi, alla quale figura si continua quindi ad ascrivere il modello contrattuale censurato: cfr. pag. 8 del ricorso in appello).

Posta tale premessa in rito, le ulteriori doglianze di parte appellante appaiono infondate nel merito.

La tesi della sussunzione del rapporto in essere tra Amministrazioni e Fondazione entro lo schema dell'appalto di servizi è incontestabilmente contraddetta dall'estraneità di tale figura contrattuale all'intero sistema delle prestazioni sanitarie erogate da soggetti privati sulla base di titoli di legittimazione (autorizzazione ed accreditamento) conferiti dalla pubblica amministrazione. Come esattamente rilevato dalla difesa della Regione, se fosse condivisibile la pretesa dei ricorrenti in ordine alla necessità del ricorso a procedure ad evidenza pubblica di rilievo comunitario, dovrebbe necessariamente estendersi il medesimo meccanismo di scelta contrattuale anche ai rapporti convenzionali che essi medesimi intrattengono con la Regione e le Aziende Sanitarie, in evidente contraddizione con la vigente e peculiare disciplina legislativa dell'assistenza sanitaria, quale delineata dal giudice di primo grado.

Né è conducente, per altro verso, il riferimento operato ai "servizi sanitari", unitamente a quelli sociali, da parte del D.Lgs. n. 157/1995, sia perché, come opinato dal primo giudice, tale riferimento deve intendersi logicamente limitato ai soli servizi accessori e strumentali all'attività sanitaria propriamente detta, sia ancora perché detto riferimento è rinvenibile nel solo allegato 2 al citato D.lgs., e quindi nel quadro di una tipologia di servizi per i quali la direttiva n. 92/50 CEE trova applicazione limitata e non tale da coinvolgere i meccanismi concorsuali di scelta del contraente.

Anche la subordinata prospettazione difensiva volta a ricondurre il caso all'esame allo schema della concessione di servizi, pur trovando maggior fondamento nella rilevanza intrinsecamente pubblicistica delle prestazioni oggetto di affidamento e nelle modalità di percezione del corrispettivo tramite partecipazione al costo erogato dall'utenza o, in tutto o in parte, dal S.S.N., non sembra tuttavia compatibile con la peculiarità del sistema di accreditamento che caratterizza l'immissione di soggetti nel comparto della sanità pubblica. Di guisa che, come esattamente rilevato dal TAR, sembra sicuramente preferibile ricondurre il modello contrattuale all'esame allo schema dell'accordo atipico, frutto dell'autonomia negoziale di diritto privato di cui sono titolari anche le

amministrazioni pubbliche, ma d'altro canto connotato (anche sul piano degli interessi pubblici coinvolti) da peculiari ed indeclinabili profili di intuitus personale, legati al livello qualitativo delle prestazioni dedotte nonché all'inerenza alle stesse di profili attinenti alla didattica e alla ricerca scientifica, tali da giustificare (questi ultimi) il ricorso ad un rapporto di convenzionamento diretto con Istituto di Ricovero e Cura a carattere scientifico (I.R.C.C.S.), secondo un modello ascrivibile anche alla disciplina di cui all'art. 42 della legge n. 833/1978 e dell'art. 1 del D.Lgs. n. 269/1993.

Alla luce di tale corretto inquadramento del rapporto si può, infine, prescindere da ogni approfondimento in ordine alla riconducibilità (o meno) dello stesso anche allo schema della sperimentazione gestionale di cui all'art. 9 bis del D.L.vo n. 502/1992, cui la sentenza impugnata opera un riferimento, per vero, del tutto marginale, tale da non giustificare l'eccessiva enfattizzazione accordata a tale profilo (come già detto, del tutto estraneo al contenuto degli atti impugnati) da parte delle difese svolte hinc et inde in grado di appello.

4. Va parimenti rigettato, siccome infondato, il secondo motivo di appello, volto a contrastare la statuizione di rigetto resa dal TAR con riguardo al secondo motivo del ricorso introduttivo, deducendo la violazione degli artt. 7 e 11 della legge n. 241/1990, come recepiti dagli artt. 8 e 12 della L.r. n. 10/1991, sul presupposto che, rientrando i ricorrenti tra le strutture sanitarie di tipo riabilitativo e subendo gli stessi pregiudizio dai provvedimenti impugnati, avrebbe dovuto essere loro inviato l'avviso di inizio del procedimento.

Pur non condividendosi, al riguardo, l'affermazione del primo giudice che attribuisce carattere meramente virtuale, e non attuale, al pregiudizio lamentato dai ricorrenti, deve nondimeno convenirsi sul rilievo che costoro non figurano tra i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti "diretti" (tale essendo, invece, la sola Fondazione Maugeri), essendo per contro destinatari di effetti meramente riflessi, soprattutto in termini di pregiudizio sul piano dei rapporti concorrenziali, che, pur legittimandoli come dianzi precisato all'impugnativa giurisdizionale, non vale tuttavia ad includerli tra i destinatari dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento (cfr., in termini, Cons. Stato, IV, 24 ottobre 1997, n. 1234). A ciò si aggiunga che, essendo il pregiudizio indiretto riferibile a tutti gli operatori sanitari privati della riabilitazione sull'intero territorio della Regione siciliana, viene per ciò stesso a mancare il requisito soggettivo della facile individuabilità di soggetti terzi, diversi dai diretti destinatari, ai quali il provvedimento finale possa arrecare pregiudizio, mentre si configura, sotto altro profilo, la specifica causa di esclusione dell'obbligo di comunicazione individuale prevista dall'art. 8, comma terzo, L. 241/1990.

5. Con il terzo e conclusivo motivo di appello viene, infine, censurato il capo di sentenza che ha congiuntamente rigettato il terzo, quarto e quinto motivo dell'originario ricorso, deducendo la violazione dell'art. 8 sexies del D.L.vo n. 502/1992 e del D.M. 30.6.1997 nonché l'eccesso di potere per disparità di trattamento, erroneità dei presupposti e carenza e/o contraddittorietà della motivazione, sotto i seguenti profili: non sarebbe ammissibile stabilire tariffe con riferimento a singole strutture e peraltro superiori a quelle massime previste; le tariffe applicate alle strutture private accreditate, per lo stesso tipo di prestazioni riabilitative sono inoltre di molto inferiori rispetto a quelle approvate dall'Assessorato in favore della Fondazione Maugeri e tale differenziazione non troverebbe alcuna giustificazione, dato che, secondo il medesimo Assessorato, il fabbisogno complessivo di strutture riabilitative risulta ampiamente soddisfatto da quelle già esistenti.

Ad avviso del TAR il complesso di doglianze testé sintetizzato sarebbe innanzitutto inammissibile, in quanto le contestate tariffe hanno riguardo a prestazioni riabilitative di alta specialità, ben diverse da quelle erogate dai ricorrenti in regime di accreditamento, di guisa che non sussisterebbe alcuna lesione tutelabile nella sfera giuridica dei ricorrenti medesimi. Tale affermazione non appare al Collegio condivisibile, atteso che, pur a seguito della ritenuta legittimità dell'affidamento in gestione di posti letto pubblici ad un soggetto privato, derivante dal rigetto dei primi due motivi di appello, permane nondimeno l'interesse degli appellanti a censurare l'effetto distorsivo del rapporto concorrenziale nel settore allargato della riabilitazione, che gli stessi imputano (anche) alla discriminazione tra i rispettivi regimi tariffari riconosciuti, da un lato, alla Fondazione beneficiaria del predetto affidamento e, dall'altro, alle strutture private titolari di "normali" rapporti di accreditamento.

La sentenza appellata merita invece conferma nella parte in cui reputa infondate le censure all'esame, in base al rilievo che il sistema tariffario differenziato trova la propria giustificazione nel non impugnato piano di rimodulazione della rete ospedaliera, approvato dall'Assessore Regionale alla Sanità con decreto 27.5.2003, che ha previsto, in considerazione del fenomeno della migrazione sanitaria in altre regioni per prestazioni sanitarie, di cui la Regione Sicilia risultava per l'innanzi deficitaria, la realizzazione di centri di alta specialità nell'area della riabilitazione, ove è stata riscontrata parimenti carenza.

In tale prospettiva, la legittimità della previsione di una remunerazione delle relative prestazioni, differenziata rispetto a quella standard correlata ad analoghe prestazioni di tipo tradizionale, viene correttamente giustificata dal TAR sia in ragione dell'assoluta peculiarità delle prestazioni offerte, che fanno capo ad esclusivi protocolli di riabilitazione, frutto di ricerca e di esperienza già maturate, sia ancora in ragione dell'inclusione, tra le prestazioni di alta specialità offerte, di funzioni speciali, come la didattica e la ricerca, che non trovano riscontro nel tariffario, nell'ambito del quale sono invece inserite le prestazioni riabilitative minori erogate dai ricorrenti, con esclusivo riguardo alle quali è stato rilasciato il relativo accreditamento.

Non possono condividersi le censure dedotte al riguardo da parte appellante, incentrate particolarmente sulla disparità di trattamento, sulla carenza di motivazione e (soprattutto) sulla circostanza che le tariffe in questione, frutto di autonoma elaborazione da parte della Fondazione (così come di ogni altro aspetto del progetto), sarebbero state dalla stessa "ritagliate" di misura sulle proprie esigenze. La non comparabilità delle due tipologie di prestazioni poste a raffronto esclude infatti in radice la denunciata disparità di trattamento, mentre la determinazione del quantum della tariffa, ove non presenti aspetti di illogicità (nella specie non dedotti), è frutto di insindacabile scelta discrezionale da parte dell'amministrazione, che ben può al riguardo avvalersi dell'apporto propositivo e progettuale dello stesso privato contraente, tanto più ove, come nella specie, manchino per l'amministrazione pubblica puntuali termini di raffronto ai quali ancorare le proprie determinazioni.

Per altro verso, l'atipicità del modulo organizzativo prescelto rende di per sé inapplicabile il sistema tariffario ordinario di cui al D.A. n. 878/2002, articolato "per classi di strutture secondo le loro caratteristiche organizzative e di attività", come si evince immediatamente dalla circostanza che dette caratteristiche corrispondono a quelle "verificate in sede di accreditamento delle strutture stesse", laddove come più volte precisato, il rapporto con la Fondazione Maugeri è sostanzialmente estraneo al modulo convenzionale dell'accreditamento. Lo stesso dicasi per il censurato

superamento del tetto massimo stabilito con D.M. 30 giugno 1997 da parte di alcune voci tariffarie, non essendo i tetti in questione, né i relativi parametri di riferimento, applicabili al di fuori del sistema dell'accREDITamento.

6. Conclusivamente, in forza di tutte le argomentazioni che precedono, l'appello viene integralmente rigettato, siccome infondato.

La novità e complessità della fattispecie dedotta in giudizio costituiscono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, respinge l'appello in epigrafe. Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo, il 28 giugno 2006 dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio, con l'intervento dei Signori: Giuseppe Barbagallo, Presidente, Pier Giorgio Trovato, Giorgio Giaccardi, estensore, Antonino Corsaro, Francesco Teresi, componenti.

F.to: Giuseppe Barbagallo, Presidente

F.to: Giorgio Giaccardi, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria

il 02 marzo 2007