

Consiglio di giustizia amm. per la Regione siciliana – sentenza n. 749 del 23 luglio 2021

LA DETERMINAZIONE DI NON CONTRATTUALIZZARE SOGGETTI ACCREDITATI VIOLA LE REGOLE COMMUNITARIE IN MATERIA DI CONCORRENZA

Debbono ritenersi illegittime tutte le disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati, privilegiando i soggetti che già lo sono e facendo esclusivo riferimento alla saturazione dell'offerta.

Tali disposizioni, anche normative, sono intrinsecamente illegittime in quanto da un lato consentono all'amministrazione di concedere nuovi accreditamenti, ma dall'altro imporrebbero di escludere, a tempo indeterminato, i nuovi accreditati dalla possibilità di sottoscrivere contratti con le aziende sanitarie, negando in tal modo ai medesimi il reale accesso al mercato delle prestazioni sanitarie in favore del servizio sanitario pubblico, a tutto vantaggio dei professionisti già contrattualizzati e determinando una palese violazione del principio di uguaglianza.

Il diniego di contrattualizzazione non può essere fondato sulla ritenuta mancanza del fabbisogno di assistenza e sulla mancanza delle risorse finanziarie dedicate, valutazioni che erano già state oggetto di esame all'atto del rilascio dell'autorizzazione sanitaria all'esercizio dell'accredito istituzionale e che non potevano essere ripetute al momento della sottoscrizione degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992 e successive modificazioni.

Sul punto va richiamato l'art. 8-ter del d.lgs. n. 502 del 1992 in forza del quale una volta ottenuta l'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie ne consegue l'inserimento nel sistema sanitario regionale delle strutture sanitarie private, cui viene attribuita la qualifica di gestori del pubblico servizio, fermo restando che la possibilità concreta di erogare prestazioni con oneri 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.

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 163 del 2021, proposto dal Signor S.G.L.G., rappresentato e difeso dagli avvocati Girolamo Rubino e Giuseppe Impiduglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda S.P.D.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Dirigente Generale Dip. Pianificazione Strategica dell'Assessorato Reg. Salute, nella qualità di Commissario ad acta e Regione Sicilia - Assessorato Salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria ex lege in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6;

nei confronti

Dott. S.S.F. non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) n. 3086/2020, resa tra le parti in data 29.12.2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda S.P.D.A., del Dirigente Generale Dip. Pianificazione Strategica dell'Ass. Reg. Salute n.q. di Commissario ad acta e dell'Assessorato Salute della Regione Sicilia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2021, tenutasi da remoto ai sensi dell'art. 4 del D.L. n. 84 del 2020 e ex art. 25 del D.L. n. 137 del 2020, così come modificato dall'art. 6 del D.L. n. 44 del 2021, il Cons. Maria Stella Boscarino;

Uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Impiduglia e Pietro De Luca e considerato presente, ex art. 4 comma 1 penultimo periodo D.L. n. 28 del 2020 e art. 25 D.L. n. 137 del 2020, l'avvocato dello Stato Giacomo Ciani;

Svolgimento del processo

1. L'appellante, titolare di ambulatorio odontoiatrico ubicato nella provincia di Agrigento, accreditato con il sistema sanitario regionale, ma non titolare di rapporti contrattuali, premette che con nota del 2 maggio 2018 aveva chiesto di essere convocato per la contrattualizzazione all'A.D.A., che, però, non aveva riscontrato tale istanza.

A seguito della sentenza 74/2019 resa tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, con cui era stato annullato il silenzio mantenuto dall'A. sulla richiesta di contrattualizzazione, interveniva il Commissario ad acta nominato con la stessa sentenza che, richiamati i presupposti provvedimenti di assegnazione di somme alla A.D.A., e sulla base della la nota n. 22318 del 4.02.2019 (con la quale l'A.D.A. aveva espresso il proprio diniego alla contrattualizzazione della struttura odontoiatrica ricorrente per insussistenza del relativo fabbisogno sanitario nel territorio agrigentino), rigettava - con nota n. 20436 del 7.03.2019 - la richiesta di contrattualizzazione per la struttura accreditata per la branca odontoiatria, ritenendo non sussistente la necessità di ulteriori strutture da contrattualizzare, stante la sufficienza di quelle già presenti nel territorio, considerata altresì la spesa pro capite nella provincia di Agrigento, pari di € 11,06 a fronte di una media regionale di 4,45.

Nel corso del giudizio interveniva una nuova nota dell'A.D.A., n. 34571 del 24.02.2020, con cui veniva nuovamente rigettata l'istanza di contrattualizzazione, impugnata con motivi aggiunti.

L'appello cautelare avverso il rigetto della domanda di sospensione veniva accolto da questo Consiglio di Giustizia Amministrativa, il quale rilevava che "la prospettata violazione del principio di tutela della concorrenza merita di essere approfondita in sede di merito in linea di continuità con l'orientamento cui ha dato avvio questo Consiglio con la pronuncia n. 478/2015 v. anche CGARS n. 520/2019)".

2. Con la sentenza qui appellata il ricorso è stato dichiarato inammissibile e comunque infondato. Il TAR adito, dopo ampia ricostruzione della normativa che viene in rilievo nelle problematiche delle nuove contrattualizzazioni a soggetti già accreditati, ha ritenuto di "dare seguito a quell'orientamento ermeneutico secondo cui l'accreditamento e la successiva fase della contrattualizzazione di nuovi soggetti non possono prescindere (quali che siano gli aspetti strettamente contabili) dagli effettivi fabbisogni sanitari dei territori di competenza", e, conseguentemente, dichiarato il ricorso inammissibile per omessa impugnazione dell'atto regolamentare (il D.A. 2087/18), a monte delle note emanate dall'A.D.A., che, all'art. 3, punto 1, avrebbe imposto "chiaramente ed inderogabilmente una valutazione dei fabbisogni, da parte delle A.L., prima di deliberare in merito a possibili nuovi ingressi alla contrattualizzazione. E le note impuginate non sono altro che meri atti esecutivi emanati in applicazione delle linee programmatiche regionali a cui ogni A. è tenuta a conformarsi".

Nel merito, comunque, il Tribunale adito ha ritenuto il ricorso infondato, non sussistendo alcun diritto alla stipula della convenzione con il SSR da parte dei soggetti accreditati.

Quanto all'invocato principio della concorrenza, precisato che il settore dei servizi e delle prestazioni sanitarie va necessariamente correlato alle scelte della Regione circa l'organizzazione del Servizio offerto ai cittadini e non può pertanto trasformarsi in un mercato del tutto aperto ai normali criteri competitivi, il Giudice adito ha ritenuto che le impuginate note dell'A.D.A. e del Commissario ad acta abbiano dato compiutamente conto delle ragioni del diniego alla contrattualizzazione, soprattutto con riferimento alla mancanza di fabbisogno nell'ambito territoriale nel quale la struttura accreditata ricorrente chiede di essere contrattualizzata e registrandosi, pertanto, nell'ambito territoriale dell'A.D.A. un surplus di offerta.

3. Con l'appello in epigrafe la parte originaria ricorrente, rimasta soccombente, chiede la riforma della decisione.

3.1. Con il primo motivo si deduce l'erroneità della sentenza appellata laddove il TAR adito ha ritenuto inammissibile il ricorso di primo grado.

Contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di primo grado, argomenta l'appellante, non sussisteva alcun interesse ad impugnare il D.A. n. 2087/18, che non ha affatto escluso la possibilità di procedere alla "contrattualizzazione di nuovi soggetti (nuovi ingressi)" ma anzi l'ha prevista espressamente (individuando specifiche risorse nell'ambito del c.d. fondo perequativo) e ha determinato l'ammontare dei budget dei nuovi contrattualizzati (euro 32.000,00); la mancata contrattualizzazione dell'appellante, dunque, non consegue al contenuto dispositivo del D.A. n. 2087/18 ma alla condotta dell'A. che, male interpretando l'art. 3 di tale Decreto, ha ritenuto necessario - ai fini dell'ingresso di nuove strutture - non solo l'esistenza di un fabbisogno assistenziale ma anche l'impossibilità di soddisfarlo attraverso le strutture accreditate già contrattualizzate. Ma, lamenta l'appellante, l'interpretazione fornita dall'A.D.A. dell'articolo 3 del D.A. n. 2087/18 risulta erronea, ponendosi in contrasto con i principi comunitari in materia di concorrenza.

3.2. Con il secondo motivo si deduce l'erroneità della sentenza appellata laddove il giudice di primo grado ha ritenuto il ricorso infondato, in quanto: A) il D.A. n. 2087/18 ha previsto la possibilità di procedere a nuove contrattualizzazioni, stanziando - al tal fine - apposite risorse (cd.

fondo perequativo); B) la mancata contrattualizzazione di soggetti già accreditati non può essere negata in ragione dell'asserita possibilità di soddisfare tutto il fabbisogno assistenziale ricorrendo alle strutture già contrattualizzate (a ciò ostando i principi in materia di concorrenza); C) non è possibile subordinare la contrattualizzazione ad una nuova verifica in ordine alla funzionalità delle strutture accreditate rispetto al fabbisogno assistenziale e alla programmazione regionale, trattandosi di verifica già effettuata - a monte - in sede di accreditamento; D) in ogni caso, sussiste nel territorio ove opera l'appellante un notevole fabbisogno assistenziale.

3.3. Con il terzo motivo si deduce l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui il giudice di primo grado ha ritenuto la carenza di interesse allo scrutinio della censura a mezzo della quale l'originario ricorrente aveva contestato l'assunto dell'A. secondo cui le nuove contrattualizzazioni potrebbero avvenire solo a seguito di ulteriori specifiche direttive programmatiche da parte dell'Assessorato Salute, censura che viene reiterata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a..

3.4. Con il quarto motivo si deduce l'erroneità della sentenza appellata laddove il giudice di primo grado ha ritenuto infondati i motivi aggiunti di ricorso; con il quinto si censura la decisione in relazione alla esclusa necessità di integrare il contraddittorio (data l'infondatezza del ricorso) nei confronti di altri soggetti convenzionati, pur ritenendosi, da parte dell'appellante, che negli atti impugnati non siano individuabili controinteressati in senso tecnico.

4. Le Amministrazioni intimete si sono costituite in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello, stante l'inammissibilità ed infondatezza del ricorso originario, replicando ampiamente alle censure di parte appellante.

5. In sede cautelare è stata disposta la sollecita fissazione dell'udienza di trattazione nel merito, ai sensi dell'art.55 comma 10 c.p.a..

6. All'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2021, tenutasi da remoto, le parti hanno discusso la causa, che è stata, quindi, trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

7. La prima questione da esaminare attiene all'ammissibilità del ricorso in primo grado, che, ad avviso del Collegio, sussiste.

Nessuna lesività si ravvisa nel decreto regionale, il quale ha al contrario previsto la "contrattualizzazione di nuovi soggetti (nuovi ingressi)" prevedendo a tal fine specifiche risorse e determinando l'ammontare dei budget riservati ai nuovi contrattualizzati (in euro 32.000,00).

In tale contesto, spettava all'A. utilizzare le somme assegnate dall'Amministrazione regionale per l'assegnazione dei budget alle strutture sanitarie accreditate contrattualizzate e a quelle da contrattualizzare, dovendosi tener conto dell'esigenza di aprire alle nuove strutture il "mercato", evitando la cristallizzazione di "rendite di posizione" lesive della concorrenza (come si vedrà infra).

Semmai, la mancata impugnazione del provvedimento generale avrebbe precluso la formulazione di censure relative alla sufficienza o meno dell'importo stanziato in relazione alle "nuove" strutture, censure che, d'altra parte, non sono state sollevate.

Per cui il ricorso era ammissibile e la statuizione appellata è erronea in parte qua.

8. Va poi esclusa la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di altri soggetti convenzionati.

Avuto riguardo alle limitazioni per il diritto alla difesa ed all'intralcio alla ragionevole durata del processo che scaturiscono da adempimenti processuali complessi ed onerosi che, oltretutto, coinvolgono soggetti terzi, le cui spese, in caso di soccombenza, vanno ristrate, le norme in materia di integrazione del contraddittorio devono essere ritenute di stretta interpretazione.

Per controinteressato s'intende il soggetto, contemplato nell'atto impugnato ovvero facilmente individuabile dalla lettura dello stesso, che per effetto diretto ed immediato del provvedimento impugnato abbia ottenuto una posizione giuridicamente qualificata alla conservazione dell'atto impugnato e che perciò ha un interesse sostanziale antitetico e di segno contrario rispetto all'interesse del ricorrente (tra le più recenti Consiglio di Stato sez. III, 26.04.2021, n. 3359).

Nel caso in questione, è carente l'elemento formale, in quanto negli atti di diniego impugnati non è contemplato alcun controinteressato, e nemmeno si può "agevolmente" individuare il novero di soggetti che potrebbero in astratto essere interessati a mantenere un segmento di mercato chiuso alla concorrenza; senza tralasciare che siffatta situazione giuridica (definita da Consiglio di Stato sez. III, 30.04.2020 n. 2773 come "la finalità egoistica di veder tutelate le pretese conservative degli operatori già accreditati di salvaguardare il proprio mercato ovvero di implementarlo") configurerebbe un interesse di mero fatto, tale da legittimare, al più, un intervento ad opponendum in giudizio.

9. Nel merito, il ricorso è fondato.

9.1. Il Collegio intende dare continuità ad una linea interpretativa che ha condotto questo Consiglio a pronunciarsi ripetutamente nell'ambito di controversie ove è stata dibattuta tematica analoga a quella oggi in rilievo, pervenendosi alla -condivisibile- conclusione che la determinazione di non contrattualizzare, peraltro a tempo indeterminato, soggetti accreditati viola le regole comunitarie in materia di concorrenza, precludendo l'accesso al mercato delle prestazioni sanitarie in favore del servizio sanitario pubblico.

In particolare, si è affermato, con decisione n. 844/2020 dell'1.10.2020, che:

- quanto ad ambito e presupposti delle misure amministrative alle quali la legge (art. 8-bis e ss. d.lgs. n. 502 del 1992) subordina l'esercizio delle attività sanitarie esiste una sostanziale differenza tra le diverse fasi (autorizzazione, accreditamento e contrattualizzazione) e dunque tra i presupposti che caratterizzano i relativi procedimenti.

Una prima fase riguarda l'autorizzazione alla realizzazione ed all'esercizio delle strutture ed è intesa ad evitare che vengano aperte e rese operative strutture prive dei requisiti di abitabilità, igienicità professionalità indispensabili per garantire trattamenti sanitari rispondenti agli standard ordinari; si tratta di un controllo che la legge affida all'Autorità amministrativa sul presupposto che si tratti di attività esercitabili liberamente ai sensi dell'art. 41 della Cost., che non possono svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana.

La seconda fase riguarda l'accreditamento della struttura, istituto avente finalità diversa, ossia quella di garantire al cittadino-malato il diritto di libera scelta del medico/struttura da cui farsi

curare e/o assistere, limitatamente però a quelle prestazioni sanitarie, e questo è il punto che influisce sull'odierno giudizio, il cui costo può essere sopportato dal SSN, attraverso il rimborso, alle strutture private, delle notule che queste periodicamente presentano alle A. territoriali.

È solo in tale seconda fase, c.d. dell'accreditamento, pertanto che va valutata la sussistenza dei presupposti necessariamente richiesti per erogare prestazioni per conto del SSN, seppure senza vincoli a remunerare tali prestazioni da parte dell'Amministrazione nascendo il diritto alla remunerazione delle prestazioni rese dalle strutture solo a seguito della conclusione di accordi (contratti) tra gli operatori accreditati e le Regioni e le A..

Da quanto sopra consegue che la ricognizione del fabbisogno assistenziale precede(re) la concessione dell'accreditamento e riguarda il riconoscimento delle prestazioni che le strutture private potranno erogare in regime di rimborso da parte del servizio sanitario, ai sensi dell'art. 8-*quater*, comma 3 lett. b) del d.lgs. n. 502 del 1992, tenendo conto del criterio della soglia minima di efficienza che, compatibilmente con le risorse regionali disponibili, deve essere conseguita da parte delle singole strutture sanitarie;

- il diniego di contrattualizzazione non può quindi essere fondato sulla ritenuta mancanza del fabbisogno di assistenza e sulla mancanza delle risorse finanziarie dedicate, valutazioni che erano già state oggetto di esame all'atto del rilascio dell'autorizzazione sanitaria all'esercizio dell'accreditamento istituzionale e che non potevano essere ripetute al momento della sottoscrizione degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992 e successive modificazioni.

Sul punto va richiamato l'art. 8-*ter* del d.lgs. n. 502 del 1992 in forza del quale una volta ottenuta l'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie ne consegue l'inserimento nel sistema sanitario regionale delle strutture sanitarie private, cui viene attribuita la qualifica di gestori del pubblico servizio, fermo restando che la possibilità concreta di erogare prestazioni con oneri 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.

La disposizione dell'art. 8-*quinquies* d.lgs. n. 502 del 1992 e successive modificazioni che riguarda proprio dli accordi contrattuali, attribuisce alle Regioni esclusivamente il compito di definire ed individuare gli ambiti di applicazione ed i soggetti interessati.

Tale fase, successiva a quella della autorizzazione e dell'accreditamento non prevede una rivalutazione del fabbisogno.

Quel che la normativa ha inteso in Sicilia è infatti un sistema in cui l'accesso al sistema della assistenza in regime di convenzione sia valutato all'ingresso del sistema stesso e non più nelle fasi successive in cui la valutazione discrezionale delle A. risulta ridotta e condizionata da elementi diversi rispetto al fabbisogno assistenziale.

Muovendo da analoghi presupposti, con decisione n. 439/2020 del 19.06.2020 si è affermato che:
- secondo pacifico orientamento giurisprudenziale, dal quale questo Consiglio,, non ha ragione di discostarsi, le norme formali e sostanziali, in particolare l'art. 25, comma 2, della L.R. 14 aprile 2009, n. 5 "che limitano radicalmente il diritto dei professionisti accreditati ad accede-

re alla contrattualizzazione e alla conseguente assegnazione di un budget, siano illegittime e disapplicabili nell'ordinamento italiano in quanto in contrasto con l'art. 3, comma 3, TUE e con gli artt. 3 (1, lett. b), 116, 117 (1) T.F.U.E. relativi alla tutela della libertà di concorrenza applicabile anche al mercato delle prestazioni professionali che costituisce un vero e proprio mercato soggetto alle regole comunitarie e che pertanto erano da ritenersi illegittime tutte le disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati, privilegiando i soggetti che già lo sono e facendo esclusivo riferimento alla saturazione dell'offerta" (Cgars, sez. giur., 4 dicembre 2019, n. 1012);

- la tesi secondo la quale il legislatore avrebbe trasferito al momento della contrattualizzazione le doverose verifiche di compatibilità con la programmazione, il fabbisogno e le risorse economiche, non può essere condivisa; l'acclarato vulnus nella procedura di accreditamento, la quale avrebbe dovuto presupporre, ex art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992, la definizione del "fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, nonché gli eventuali livelli integrativi locali e le esigenze connesse all'assistenza integrativa di cui all'art. 9", non può essere riparato,, con lo spostamento della verifica del fabbisogno al momento della stipulazione del contratto ex art. 8-quinquies. Invero, se la verifica del fabbisogno fosse possibile al momento della contrattualizzazione e non dell'accREDITAMENTO, la relativa procedura sarebbe ulteriormente elusiva del citato principio giurisprudenziale che ritiene illegittime tutte le disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati, privilegiando i soggetti che già lo sono e facendo esclusivo riferimento alla saturazione offerta. Si è precisato, infatti, come sia del tutto evidente che l'illegittimità delle disposizioni (anche normative) che non consentono, a tempo indeterminato, il rilascio di nuovi accreditamenti non può essere elusa consentendo tali accreditamenti e poi tuttavia precludendo (a tempo indeterminato) ai nuovi accreditati una possibile sottoscrizione del contratto con le aziende sanitarie e quindi il reale accesso al mercato delle prestazioni sanitarie in favore del servizio sanitario pubblico (Cons. Stato, sez. III, 16 settembre 2013 n. 4574).

Alla stregua di tali, condivisibili, argomenti, che vengono qui ribaditi, viene a cadere il principale argomento a sostegno della tesi delle Amministrazioni resistenti.

Il fabbisogno assistenziale esiste, altrimenti non sarebbero stati ammessi "nuovi" accreditamenti, e non può essere considerato "saturato" al momento della decisione circa nuove contrattualizzazioni, perché il fatto che, negli anni, venga a protrarsi una situazione di oligopolio in favore delle strutture a suo tempo contrattualizzate, destinate, quindi, a gestire l'intero fabbisogno all'infinito (cioè fino a quando dovessero decidere di chiudere), stride con il necessario rispetto dei principi in materia di concorrenza.

9.2. Una volta chiarita l'illegittimità di una motivazione che richiama a supporto una fase procedimentale che ha preceduto (o avrebbe dovuto) la fase degli accreditamenti, risulta evidente come nessuno degli argomenti spesi dal Giudice di prime cure possa essere conciliabile con le esigenze di tutela della concorrenza.

Al riguardo, è sufficiente richiamarsi alle decisioni:

- di questo Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd. n. 994 del 27.10.2020, secondo la quale la Giurisprudenza (si veda, per tutte, la sentenza di questo Consiglio n. 326 dell'11.03.2013), con riferimento all'art. 25, comma 2, della L.R. n. 5 del 2009, (ha) affermato che si tratta di disposizione illegittima e disapplicabile nell'ordinamento italiano in relazione all'art. 3, comma 3, Trattato sull'U.E. ed agli artt. 3 (1, lett. b) 116 e 117 (1) del Trattato sul funzionamento dell'U.E. relativi alla tutela della libertà di concorrenza;

- sempre di questo Consiglio, n. 478 del 10.07.2015, secondo la quale tutte le norme formali e sostanziali che limitano radicalmente il diritto dei professionisti accreditati ad accedere alla contrattualizzazione e alla conseguente assegnazione di un budget sono illegittime e disapplicabili nell'ordinamento italiano in quanto in contrasto con l'art. 3, comma 3, TUE e con gli artt. 3 (1, lett. b), 116, 117 (1) T.F.U.E. relativi alla tutela della libertà di concorrenza applicabile anche al mercato delle prestazioni professionali che,, costituisce un vero e proprio mercato soggetto alle regole comunitarie (Cons. Stato, sez. VI, 22.01.2015 n. 238).

Il Consiglio non intende escludere la possibilità per le Regioni di operare autonome scelte per indicare i criteri ritenuti migliori per l'individuazione dei soggetti che, tenendo conto dei limiti delle risorse disponibili, possono erogare prestazioni del servizio sanitario pubblico.

Ciò che conta affermare è che debbono ritenersi illegittime tutte le disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati, privilegiando i soggetti che già lo sono e facendo esclusivo riferimento alla saturazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. III, 16.09.2013 n. 4574).

Peraltro tali disposizioni, anche normative, sono intrinsecamente illegittime in quanto da un lato consentono all'amministrazione di concedere nuovi accreditamenti, ma dall'altro imporrebbero di escludere, a tempo indeterminato, i nuovi accreditati dalla possibilità di sottoscrivere contratti con le aziende sanitarie, negando in tal modo ai medesimi il reale accesso al mercato delle prestazioni sanitarie in favore del servizio sanitario pubblico, a tutto vantaggio dei professionisti già contrattualizzati (TAR Palermo, III, 589/15) e determinando una palese violazione del principio di uguaglianza;

- il parere di questo Consiglio n. 47/2020, secondo il quale, a proposito della legittimità della scelta dell'Amministrazione di privilegiare il c.d. dato storico, e cioè di assicurare in primo luogo, la stipula di convenzioni ai soggetti già titolari di rapporti contrattuali negli anni precedenti, ha ritenuto che l'utilizzo del dato storico, che ha il pregio di assicurare la stabilità dei rapporti (stabilità necessaria per consentire ai soggetti privati di affrontare investimenti, talvolta anche elevati), tende purtuttavia ad ingessare l'intero settore, creando vere e proprie rendite di posizione che determinano ingiustificati privilegi, non funzionali all'efficienza del servizio sanitario, oltre che palesemente in contrasto con i principi di parità di trattamento tra soggetti potenzialmente interessati ad inserirsi nel settore, di libertà di iniziativa economica ed efficienza dell'amministrazione: principi tutti di rilievo costituzionale, pervenendo alla conclusione della illegittimità di analoghi dinieghi di nuove contrattualizzazioni, emessi dalla stessa A.D.A., sul presupposto che "sul territorio di questa Azienda sono già presenti 43 strutture di odontoiatria che operano in tutti i DD.SS.B." , in quanto trattasi di dinieghi non suffragati da alcuna idonea giu-

stificazione che tenga conto delle esigenze dei principi di uguaglianza e concorrenza, di quelle di contenimento della spesa e soprattutto della necessità di assicurare le esigenze di assistenza assistenziale del territorio;

- la decisione di questo C.G.A. n. 520 del 5.06.2019, con la quale si ribadisce l'obiettivo (sancito dalla giurisprudenza di questo Consiglio sin dalla sentenza n. 326/2013) di assicurare una tendenziale parità di trattamento fra i diversi soggetti convenzionati, senza determinare ingiustificate rendite di posizione derivanti dal momento storico dell'accreditamento, ovvero altrettanto ingiustificate 'barriere all'ingresso', la necessità della piena realizzazione degli obiettivi libero concorrenziali nell'ambito di un'attività regolatoria la quale consenta tendenzialmente a tutti gli operatori accreditati di poter aspirare a parità di condizioni e di chances ai benefici di una pianificazione regionale fondata sui (condivisi) principi della previa verifica dei fabbisogni e sulla programmazione in ambito regionale, la non condivisibilità della tesi secondo cui, in sostanza, l'unica scelta regolatoria legittima (in quanto conforme ai criteri della previa verifica dei bisogni e della programmazione nell'ambito di risorse date) sarebbe quella volta a perpetuare un assetto asimmetrico nel cui ambito una platea ridotta di operatori perpetuano una posizione di ingiustificato vantaggio, mentre la totalità degli altri operatori (pur se munita di analoghi requisiti in termini di accreditamento) dovrebbe contendersi un ammontare del tutto residuale e comunque ingiustificatamente esiguo di risorse; e si precisa che l'ormai consolidato orientamento che postula la necessità di una adeguata apertura alla libera concorrenza nel settore in esame non viene posta in discussione sol perché esiste una programmazione successiva.

Il principio della libera concorrenza (confermato anche da parte di questo Consiglio con la più volte richiamata sentenza n. 326/2013 e con le successive di analogo tenore) comporta il diritto alla convocazione per la contrattualizzazione (laddove non vi ostino plausibili e giustificati impedimenti connessi all'esercizio della pianificazione regionale).

In mancanza di tali ragioni ostative, la scelta dell'amministrazione regionale di impedire nei fatti (o di rendere estremamente difficoltoso) l'accesso alla contrattualizzazione deve essere dichiarata illegittima, poiché non vi è dubbio che una volta individuati i soggetti accreditati tali operatori devono essere messi in condizione di stipulare contratti con l'amministrazione non potendo la Regione " rivolgersi a tempo indefinito solo ai soggetti che per anni hanno avuto accesso al mercato e fare riferimento solo al criterio della spesa storica che evidentemente avvantaggia solo coloro che operano in un mercato chiuso all'accesso di nuovi operatori ..." " ...fermo restando, infatti il tetto massimo di spesa, la ripartizione dei budget tra i soggetti accreditati dovrebbe essere operata in base ad appositi criteri idonei a garantire condizioni di parità tra i soggetti" (Cons. St. n. 4574/2013);

- la decisione del Consiglio di Stato sez. III, 4.02.2021, n.1043, secondo la quale è illegittimo considerare il fabbisogno regionale, statico e potenzialmente immutato per lungo tempo, quale condizione necessaria e sufficiente per "congelare" la situazione degli accreditamenti già concessi, e quindi precludere l'indizione dei bandi per l'accreditamento; questi ultimi, in effetti, non possono essere considerati recessivi rispetto alla mera, reiterata conferma dei soggetti già accreditati, giacché, al contrario, un sistema basato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori sanitari

pubblici e privati accreditati non può sfuggire alle regole, operanti per qualunque settore del mercato, della concorrenzialità volta sia a valutare l'ingresso di nuovi operatori, sia a verificare periodicamente gli operatori già accreditati, sia, conseguentemente, a valutare eventualmente il livello, e gli eventuali necessari miglioramenti, dell'efficientamento e della razionalizzazione della rete.

Il Collegio, in tale prospettiva, condivide il richiamo dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, che in più occasioni ha escluso l'utilizzo della definizione del fabbisogno quale strumento limitativo della concorrenza nel settore, tale da condurre, con il "congelamento" delle posizioni dei già accreditati, a restrizioni indebite del numero degli operatori.

Non a caso, invece, gli operatori già accreditati, aumentando le prestazioni erogate, continuano a coprire anche aumenti di fabbisogno mantenendo una tendenziale chiusura anticoncorrenziale del sistema.

Applicando i fin qui menzionati, e condivisi, principi al caso in esame, ne consegue la fondatezza del ricorso in appello, l'erroneità della decisione appellata e la fondatezza del ricorso, assorbito quant'altro.

10. Conclusivamente, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado viene accolto, con annullamento degli atti impugnati in primo grado ed onere per l'Amministrazione di rideterminarsi sull'istanza della parte in conformità ai principi enunciati in questa decisione.

Le spese, come per legge, seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie nei termini di cui in motivazione il ricorso di primo grado.

Condanna le Amministrazioni intimare, in solido, a rifondere all'appellante spese ed onorari di giudizio, liquidati in euro duemila/00, oltre accessori, se dovuti, e C.U..

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

Così deciso dal C.G.A.R.S. con sede in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2021 tenutasi da remoto con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Fabio Taormina,	Presidente
Roberto Caponigro,	Consigliere
Maria Stella Boscarino,	Consigliere, Estensore
Maria Immordino,	Consigliere
Giovanni Ardizzone,	Consigliere