

N. 00003/2012REG.PROV.COLL.  
N. 00053/2011 REG.RIC.A.P.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 53 di A.P. del 2011,  
proposto da:

Regione Calabria, in persona del Presidente *pro tempore* della  
Giunta Regionale, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Naimo,  
con domicilio eletto presso Graziano Pungì in Roma, alla via  
Ottaviano, n. 9;

***contro***

Romolo Hospital Srl, in persona del legale rappresentante *pro  
tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Cristina Lenoci, con  
domicilio presso la stessa eletto in Roma, alla via Cola di Rienzo,  
n. 271, *appellante incidentale*;

***nei confronti di***

Ministero della Salute, in persona del Ministro *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato,

domiciliata per legge in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

Asp di Crotone;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. CALABRIA -  
CATANZARO :SEZIONE II n. 00338/2011, resa tra le parti,  
concernente APPROVAZIONE ACCORDO AIOP - REGIONE E  
SCHEMA TIPO DI ACCORDO E CONTRATTO PER  
ASSISTENZA OSPEDALIERA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Romolo Hospital Srl e  
del Ministero della Salute;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2012, il Cons.  
Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Naimo e  
Lenoci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto in parte il ricorso proposto dalla società Romolo Hospital S.r.l. avverso i seguenti provvedimenti : a) deliberazione di Giunta Regionale n. 508 del 28 luglio 2008, avente ad oggetto: “Approvazione accordo AIOP-Regione e schema tipo di accordo e contratto (art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502/1992) - Anno 2008 – Assistenza

ospedaliera”; b) deliberazione di Giunta Regionale n. 541 del 4 agosto 2008, avente ad oggetto: “Individuazione assegnazione risorse per garantire i L.E.A. – Indirizzi per la programmazione anno 2008”; c) deliberazioni di Giunta Regionale n. 335 del 6 maggio 2006, n. 169 dell’8 marzo 2007, n. 331 dell’1 luglio 2007; d) nota della Regione prot. n. 24508/DG del 23 ottobre 2008.

Il Tribunale ha ritenuto fondate le sole censure con le quali le parti ricorrenti avevano lamentato l’erronea applicazione delle tariffe fissate dal decreto ministeriale 12 settembre 2006 e la mancata previsione dei criteri di remunerazione delle prestazioni sanitarie rese in eccedenza rispetto al *budget* assegnato.

2. Con il ricorso in epigrafe specificato la Regione Calabria contesta gli argomenti posti a fondamento dei capi sfavorevoli della sentenza di prime cure.

Romolo Hospital S.r.l propone altresì appello incidentale con il quale reitera e sviluppa le censure disattese dalla sentenza gravata.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Salute.

3. Con decreto del 2 dicembre 2011 il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso la definizione del ricorso all’Adunanza Plenaria, ai sensi dell’articolo 99, comma 2, del codice del processo amministrativo, in relazione alla questione, investita dall’appello incidentale e oggetto di contrasti giurisprudenziali, della legittimità dei provvedimenti che fissino i limiti massimi di spesa nel corso dell’esercizio finanziario.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l’ulteriore

illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 26 marzo 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Deve essere disattesa l'eccezione di tardività dell'appello incidentale articolata dalla Regione Calabria. Dall'esame degli atti di causa si ricava, infatti, che la sentenza appellata è stata notificata alla Regione, su istanza di Romolo Hospital S.r.l, il 23 marzo 2011 mentre l'appello incidentale è stato consegnato per la notifica in data 23 maggio 2011. Posto che il 22 maggio era un giorno festivo, risulta rispettato il termine di sessanta giorni fissato dall'art. 96, comma 3, del codice del processo amministrativo per la proposizione del gravame.

2. Si può a questo punto passare all'esame del motivo d'appello incidentale con il quale si ripropone la tesi dell'illegittimità delle determinazioni regionali che fissino nel corso dell'anno tetti massimi di spesa operanti, in via retroattiva, anche con riguardo alle prestazioni sanitarie già rese dalle strutture private accreditate provvisoriamente.

2.1. L'esame del tema specifico richiede una sintetica disamina della disciplina che regola la materia della programmazione dell'offerta sanitaria e dei relativi tetti spesa.

Il nuovo modello di servizio sanitario nazionale, che si è andato delineando a partire dal d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, è ispirato alla coniugazione del principio di libertà dell'utente con il principio

di programmazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico. Quanto al primo profilo, la legislazione cristallizza il diritto dell'utente alla scelta della struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria, riconoscendo la qualità di erogatori delle prestazioni sanitarie a tutti i soggetti, pubblici e privati, titolari di rapporti *"fondati sul criterio dell'accreditamento delle istituzioni, sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica e revisione della qualità delle attività svolte e delle prestazioni erogate"* (articolo 8, comma 7, del d.lgs. n. 502 del 1992). Il principio della necessaria programmazione sanitaria è, invece, perseguito con l'adozione di un piano annuale preventivo, finalizzato ad un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni mediante la fissazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi, nella prescrizione delle prestazioni.

Il suddetto piano preventivo, previsto inizialmente per le sole aziende ospedaliere (articolo 6, comma 5, legge 23 dicembre 1994, n. 724), è stato esteso dall'articolo 2, comma 8, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati. Il principio della pianificazione preventiva è stato poi confermato, con significative modifiche, dall'articolo 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

L'evoluzione della disciplina della programmazione sanitaria è stata in seguito caratterizzata dal progressivo accentuarsi del

carattere autoritativo della pianificazione.

In particolare, ai sensi dell'art. 32, comma 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 le Regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all'art. 2 comma 5 della legge 28 dicembre 1995 n. 549 e successive modificazioni, individuano preventivamente, per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, compresi i presidi ospedalieri di cui al comma 7, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario ed i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'art. 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

Alle Regioni è stato pertanto affidato il compito di adottare determinazioni di natura autoritativa e vincolante in tema di limiti alla spesa sanitaria, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria.

Alla stregua di detta disciplina spetta ad un atto autoritativo e vincolante di programmazione regionale, e non già ad una fase concordata e convenzionale, la fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni, nonché la determinazione dei preventivi annuali delle prestazioni (Consiglio Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418).

Il valore autoritativo e vincolante delle determinazioni in tema di

limiti delle spese sanitarie di competenza delle regioni ai sensi dell'art. 32, comma 8, legge 27 dicembre 1997, n. 449, esprime la necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nella cornice di una pianificazione finanziaria. Tale funzione programmatica, volta a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, rappresenta, quindi, un dato inabdicabile nella misura in cui la fissazione dei limiti di spesa si attegga ad adempimento di un obbligo che influisce in modo pregnante sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate (Consiglio Stato, sez. V, 25 gennaio 2002 , n. 418 cit.).

Questo Consiglio di Stato ha avuto modo più volte di esprimersi in materia di imposizione di tetti di spesa a strutture private accreditate a titolo provvisorio (cfr., *ex plurimis*, sez. V n. 3102 del 1° marzo 2011; n. 418 del 25 gennaio 2002; n. 499 del 19 novembre 2002; n. 2253 del 25 febbraio 2003; n. 8839 del 12 maggio 2009; n. 7236 del 14 luglio 2009; sez.III, n. 2290 del 25 febbraio 2011 e n. 2131 del 18 febbraio 2011), ritenendo che i tetti di spesa siano in via di principio legittimi date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica e che il diritto alla salute, di cui all'articolo 32 della Costituzione, possa essere sottoposto a condizioni che ne armonizzino la protezione con i vincoli finanziari a patto di non scalfirne il nucleo essenziale irriducibile.

Le Regioni, nell'esercitare detta potestà programmatica, godono,

quindi, di un ampio potere discrezionale, chiamato a bilanciare interessi diversi, ossia l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate, le legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale e l'assicurazione dell'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario universalistico.

Va soggiunto che il sistema di programmazione è incentrato su di un modello bifasico in seno al quale alla ricordata fase autoritativa regionale segue un momento di negoziazione su base territoriale.

In forza di tale modello bifasico plasmato dalla citata legge 27 dicembre 1997, n. 449, la Regione non solo definisce unilateralmente il tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni ed i preventivi annuali delle prestazioni, ma vincola la successiva contrattazione dei piani determinandone modalità ed indirizzi. In particolare, con tale atto l'amministrazione regionale è chiamata a fissare, in forza di un'adeguata istruttoria, le direttive da seguire nella successiva negoziazione dei piani annuali e, quindi, in sede di determinazione consensuale delle quantità e tipologie di prestazioni erogabili dal singolo operatore. L'atto programmatico regionale rappresenta, in definitiva, un primo e fondamentale strumento di orientamento per le strutture sanitarie pubbliche e private.

Nella fase di negoziazione particolare importanza riveste l'art. 8 *bis* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 aggiunto dall'art.



8 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, ai sensi del quale:

*“1. Le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8-  
quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-  
quinquies .*

*2. I cittadini esercitano la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali. L'accesso ai servizi è subordinato all'apposita prescrizione, proposta o richiesta compilata sul modulario del Servizio sanitario nazionale.*

*3. La realizzazione di strutture sanitarie e l'esercizio di attività sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all'articolo 8-ter, dell'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-quater, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-  
quinquies. La presente disposizione vale anche per le strutture e le attività socio-sanitarie. ”*

L'art. 8 *quinquies*, aggiunto dall'art. 7 del d.lgs. 19 giugno n. 1999, n. 229 e modificato dall'art. 8 d.lgs. 28 luglio 2000, n. 254, recita a sua volta:

*"Le regioni, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, definiscono l'ambito di applicazione degli accordi contrattuali ed individuano i soggetti interessati, con specifico riferimento ai seguenti aspetti:*

*a) individuazione delle responsabilità riservate alla regione e di quelle attribuite alle unità sanitarie locali nella definizione degli accordi contrattuali e nella verifica del loro rispetto;*

*b) indirizzi per la formulazione dei programmi di attività delle strutture interessate, con l'indicazione delle funzioni e delle attività da potenziare e da depotenziare, secondo le linee della programmazione regionale e nel rispetto delle priorità indicate dal Piano sanitario nazionale;*

*c) determinazione del piano delle attività relative alle alte specialità ed alla rete dei servizi di emergenza;*

*d) 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.*

*2. In attuazione di quanto previsto dal comma 1, la regione e le unità sanitarie locali, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi, definiscono accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, comprese le aziende ospedaliere universitarie, e stipulano contratti con quelle private e con i professionisti accreditati, anche mediante intese con le loro*

*organizzazioni rappresentative a livello regionale, che indicano :*

- a) gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi;*
  - b) il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza. Le regioni possono individuare prestazioni o gruppi di prestazioni per i quali stabilire la preventiva autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria locale competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati ;*
  - c) i requisiti del servizio da rendere, con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica ed organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale;*
  - d) il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate, globalmente risultante dall' applicazione dei valori tariffari e della remunerazione extra-tariffaria delle funzioni incluse nell'accordo, da verificare a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti e delle attività effettivamente svolte secondo le indicazioni regionali di cui al comma 1, lettera d);*
  - e) il debito informativo delle strutture erogatrici per il monitoraggio degli accordi pattuiti e le procedure che dovranno essere seguite per il controllo esterno dell'appropriatezza e della qualità della assistenza prestata e delle prestazioni rese, secondo quanto previsto dall'articolo 8-octies.*
- e-bis) la modalità con cui viene comunque garantito il rispetto del limite di remunerazione delle strutture correlato ai volumi di*

*prestazioni, concordato ai sensi della lettera d), prevedendo che in caso di incremento a seguito di modificazioni, comunque intervenute nel corso dell'anno, dei valori unitari dei tariffari regionali per la remunerazione delle prestazioni di assistenza ospedaliera, delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale, nonché delle altre prestazioni comunque remunerate a tariffa, il volume massimo di prestazioni remunerate, di cui alla lettera b), si intende rideterminato nella misura necessaria al mantenimento dei limiti indicati alla lettera d), fatta salva la possibile stipula di accordi integrativi, nel rispetto dell'equilibrio economico-finanziario programmato. "*

2.2. Tale essendo il quadro normativo che regola la potestà di programmazione che compete alla Regione e l'attività contrattuale che si pone a valle di detta fase autoritativa, si deve ora esaminare la questione specifica della legittimità dei tetti di spesa fissati dalla Regione nel corso dell'esercizio finanziario.

2.2.1. Secondo un primo orientamento interpretativo (cfr. Cons. Stato, sez. V 29 marzo 2004, n. 2663; 29 marzo 2004, n. 1667; 31 gennaio 2003, n. 499) la fissazione di tetti in via retroattiva, specie quando intervenga in un periodo avanzato dell'anno, è illegittima in quanto sottrae agli operatori che agiscono nell'ambito del Servizio sanitario nazionale la possibilità di programmare, con ragionevole anticipo e congrua ponderazione, l'attività in corso d'anno. Ad avviso di detto indirizzo, una penetrante retroattività della delibera che fissa i limiti dei rimborsi, quando pretenda di

modificare *in peius* il regime dell'anno precedente, finisce per ledere l'autonomia e l'integrità delle scelte d'impresa, con grave alterazione del sistema concorrenziale tra erogatori pubblici e privati delle prestazioni sanitarie che informa il sistema plasmato dal d.lgs. n. 502 del 1992.

La giurisprudenza in esame ha, in definitiva, ritenuto che la delibera regionale volta alla fissazione dei tetti di spesa sia legittima solo a condizione che intervenga nel più breve tempo consentito dalle esigenze di un'adeguata istruttoria, nel quadro di un sollecito e leale espletamento dei relativi adempimenti.

In breve, ad avviso di tale approccio ermeneutico, non è legittimo il provvedimento con cui la Regione stabilisca i limiti di rimborso annuali, con riduzione rispetto a quelli dell'anno precedente, a distanza notevole dall'entrata in vigore della disciplina di riferimento.

2.2.2. Secondo altro, più recente, indirizzo interpretativo, che ha ricevuto l'avallo di questa Adunanza Plenaria (decisione 2 maggio 2006, n. 8), la fissazione, in corso d'anno, di tetti che dispieghino i propri effetti anche sulle prestazioni già erogate non può considerarsi, in quanto tale, affetta da illegittimità (così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2012, n. 1289; 23 dicembre 2011, n. 6811; 7 dicembre 2011, n. 6454; 17 ottobre 2011, n. 5550; 29 luglio 2011, n. 4529; sez. V, 8 marzo 2011, n. 1431; 28 febbraio 2011, n. 1252).

L'Adunanza Plenaria, con la decisione n. 8/2006, ha, infatti,

osservato che *“la retroattività dell'atto di determinazione della spesa non vale ad impedire agli interessati di disporre di un qualunque punto di riferimento regolatore per lo svolgimento della loro attività”*. È evidente, infatti, secondo tale decisione, che *“in un sistema nel quale è fisiologica la sopravvenienza dell'atto determinativo della spesa solo in epoca successiva all'inizio di erogazione del servizio, gli interessati potranno aver riguardo - fino a quando non risulti adottato un provvedimento - all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite, ovviamente, della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie dell'anno in corso.”*

2.3. L'indirizzo da ultimo esposto merita conferma.

2.3.1. Si deve muovere dalla premessa, già prima enunciata, che i tetti di spesa sono in via di principio indispensabili, date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica.

La matrice autoritativa e vincolante delle determinazioni regionali in tema di limiti alle spese sanitarie si collega alla necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si dispieghi nell'alveo di una seria ed effettiva pianificazione finanziaria. Ne discende 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.

In questa prospettiva la stessa Corte costituzionale, nel valutare le linee fondamentali del sistema sanitario, ha da tempo sottolineato l'importanza del collegamento tra responsabilità e spesa, evidenziando come l'autonomia dei vari soggetti ed organi operanti nel settore debba essere correlata alle disponibilità finanziarie e non possa prescindere dalla scarsità delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale (cfr. Corte costituzionale sentenza 28 luglio 1995, n. 416).

In particolare, la Corte delle leggi ha ribadito che *"non è pensabile poter spendere senza limite avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l'urgenza; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute, certamente non compromesse con le misure ora in esame"* (cfr. anche Corte costituzionale, sentenza 23 luglio 1992, n. 356; conf. anche Consiglio di Stato, Ad. Plen, decisione n. 8/2006 cit.).

Detta linea interpretativa è, d'altra parte, la sola che consente il raggiungimento dell'obiettivo di carattere primario e fondamentale del settore sanitario che è la garanzia di quella che la sentenza n. 509 del 2000 della Corte costituzionale chiama *"nucleo*

*irriducibile*" del diritto alla salute; obiettivo, va qui aggiunto, che non può essere giammai disgiunto dal completo controllo della spesa, programmata e suddivisa tra i diversi soggetti erogatori, grazie alla fissazione di volumi massimi delle prestazioni erogabili (Corte cost., sent. n. 94/2009, cit. ).

La Corte costituzionale (sentenza 26 maggio 2005, n.200), ha altresì chiarito che, anche nel regime dell'accreditamento introdotto dall'art. 8, comma 5 del d. lgs. n. 502 del 1992, improntato alla logica della parificazione e della concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private e connotato dalla facoltà di libera scelta della struttura privata, viene in rilievo il limite della fissazione del tetto massimo di spesa sostenibile regolato, nel suo esercizio, dall'art. 32 della legge n. 449 del 1997.

Il principio di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private deve, quindi, conciliarsi con il principio di programmazione, che persegue lo scopo di assicurare la razionalizzazione del sistema sanitario nell'interesse al contenimento della spesa pubblica.

2.3.2. Tali coordinate interpretative mettono a nudo la stretta correlazione che avvince la fissazione dei tetti di spesa alla conoscenza delle risorse disponibili. L'esercizio consapevole del potere di programmazione non può che implicare, infatti, una cognizione puntuale, da parte della Regione, delle risorse alle quali poter attingere onde garantire la remunerazione delle prestazioni sanitarie.



In questa cornice la fissazione dei tetti in corso di anno, pur se apparentemente in distonia con la finalità di programmazione che ne implicherebbe la caratterizzazione preventiva, risulta la conseguenza fisiologica dei tempi non comprimibili che permeano le varie fasi procedurali previste dalla legge in relazione alla definizione dei fondi all'uopo utilizzabili.

A tal fine occorre volgere lo sguardo al combinato disposto dell'art. 32, comma 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, dell'art. 12, comma 3, del citato d. lgs n. 502 del 1992 e dell'art. 39 del d.lgs 15 dicembre 1997, n. 446.

La prima norma stabilisce che *“le regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all'articolo 2, comma 5, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, e successive modificazioni, individuano preventivamente per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, ivi compresi i presidi ospedalieri di cui al comma 7, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario e i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'articolo 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662”*.

L'art. 12, comma 3, del d. lgs n. 502 del 1992 cit. statuisce, a sua volta, che il *“Fondo sanitario nazionale, al netto della quota individuata ai sensi del comma precedente, è ripartito con riferimento al triennio successivo entro il 15 ottobre di ciascun anno, in coerenza con le previsioni del disegno di legge finanziaria*

*per l'anno successivo, dal CIPE, su proposta del Ministro della sanità, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome; la quota capitaria di finanziamento da assicurare alle regioni viene determinata sulla base di un sistema di coefficienti parametrici, in relazione ai livelli uniformi di prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale.”*

Infine, l'art. 39, comma 1, del d. lgs 15 dicembre 1997, n. 446, da leggersi in combinazione con l'art. 115 del d.lgs 31 marzo 1998, n. 112, prevede che *“il CIPE su proposta del Ministro della sanità, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, delibera annualmente l'assegnazione in favore delle regioni, a titolo di acconto, delle quote del Fondo sanitario nazionale di parte corrente, tenuto conto dell'importo complessivo presunto del gettito dell'addizionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche di cui all'articolo 50 e della quota del gettito dell'imposta regionale sulle attività produttive, di cui all'articolo 38, comma 1, stimati per ciascuna regione. Il CIPE con le predette modalità provvede entro il mese di febbraio dell'anno successivo all'assegnazione definitiva in favore delle regioni delle quote del Fondo sanitario nazionale, parte corrente, ad esse effettivamente spettanti. Il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, è autorizzato a procedere alle risultanti compensazioni a valere sulle quote del Fondo sanitario nazionale, parte corrente, erogate per il medesimo anno”*.

In definitiva, dal coacervo delle disposizioni in esame si trae

conferma della circostanza che condizione necessaria per l'esercizio consapevole del potere di fissazione dei tetti di spesa è la concreta individuazione delle somme che la Regione avrà a disposizione per la spesa sanitaria e, quindi, l'intervento della delibera CIPE volta a ripartire tra le Regioni il fondo sanitario nazionale, componente prioritaria del fondo sanitario regionale (cfr, al riguardo, art. 9, comma 1, della legge regione Calabria 19 marzo 2004, n. 11).

La determinazione regionale, in quanto atto terminale di un procedura che si colloca a valle, sul piano logico e cronologico, dei rammentati procedimenti presupposti, non può, in definitiva, essere letta in modo avulso dal sistema in cui si inserisce. Posto, allora, che la fissazione dei tetti di spesa non può prescindere dalla conoscenza del dato finanziario di riferimento e che tale dato risulta definito in modo concreto in corso d'anno alla stregua della tempistica prima riepilogata, si appalesa fisiologica la fissazione retroattiva del tetto regionale di spesa anche in una fase avanzata dell'anno.

Merita allora condivisione l'affermazione centrale che sorregge la decisione n. 8/2006 di questa Adunanza Plenaria, secondo cui le strutture private, che erogano prestazioni per il Servizio sanitario nazionale nell'esercizio di una libera scelta, potranno aver riguardo - fino a quando non risulti adottato un provvedimento definitivo - all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente,

diminuite della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie relative all'anno in corso.

Deve, quindi, reputarsi infondata la doglianza volta a denunciare l'illegittimità *ex se* della deliberazione regionale che fissi i tetti di spesa in corso d'anno a seguito della necessaria definizione del procedimento collegato e pregiudiziale diretto alla definizione dell'ambito delle risorse utilizzabili.

2.4. Ciò detto sull'insussistenza di profili di illegittimità riconducibili alla retroattività, *ex se* intesa, della determinazione regionale, occorre svolgere ulteriori considerazioni in merito alle regole da seguire affinché l'esercizio, con effetto *ex tunc*, del potere di programmazione si svolga in guisa da bilanciare l'esigenza del contenimento della spesa con la pretesa degli assistiti a prestazioni sanitarie adeguate e, soprattutto, con l'interesse degli operatori privati ad agire con un logica imprenditoriale sulla base di un quadro, nei limiti del possibile, certo e chiaro circa le prestazioni remunerabili e le regole applicabili (Cons. Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5632).

La tutela delle legittime aspettative degli operatori privati, in coerenza con il fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici, riposa, in primo luogo, sulla valorizzazione dell'affidamento degli operatori economici, sottolineato dalla decisione n.8/2006 di questa Adunanza, sull'ultrattività dei tetti già fissati per l'anno precedente, salve le decurtazioni imposte dalle successive norme finanziarie. La tutela di tale affidamento richiede,

pertanto, che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno. Più in generale, la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato temperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli.

Inoltre, la considerazione dell'interesse dell'operatore sanitario a non patire oltre misura la lesione della propria sfera economica anche con riguardo alle prestazioni già erogate fa sì che la latitudine della discrezionalità che compete alla regione in sede di programmazione conosca un ridimensionamento tanto maggiore quanto maggiore sia il ritardo nella fissazione dei tetti. Occorre infatti evitare che il taglio tardivamente effettuato possa ripercuotersi sulle prestazioni già erogate dalle strutture nella ragionevole aspettativa dell'ultrattività della disciplina fissata per l'anno precedente, con le decurtazioni imposte dalle norme finanziarie (Cons. Stato, sez. III, decisione n. 1289/2012).

2.5. Conseguenze da tutto ciò che ovvi principi di buona amministrazione rendono opportuna l'esplicazione sia pure provvisoria di scelte programmatiche all'inizio dell'anno.

Si deve, al riguardo, convenire con l'indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. V, n. 1252/2011; sez. III, n. 4551 e n. 6811 del 2011) che valuta favorevolmente l'adozione di determinazioni che, nell'esplicazione di una discrezionalità piena in quanto orientata verso le prestazioni future, stabiliscano, all'esordio dell'esercizio, almeno tetti provvisori sulla base dei dati disponibili relativi alle norme finanziarie già in vigore ed alla composizione del tetto di spesa, rinviando alla statuizione finale la quantificazione definitiva. L'adozione di tali atti di programmazione provvisoria - conseguente all'esigenza di far fronte ad un sistema che richiede tempi tecnici non comprimibili in relazione alle varie fasi procedurali previste dalla legge che fisiologicamente si svolgono solo in epoca successiva all'inizio dell'erogazione del servizio - consente, infatti, all'operatore di porre in essere scelte consapevoli sulla base di previsioni attendibili ancorché suscettibili di limitate correzioni. Viene, in tal guisa, soddisfatta l'esigenza degli operatori di programmare la loro attività, ancor prima dell'approvazione dell'atto definitivo, sulla base di tutti gli elementi conoscibili già nella fase iniziale dell'esercizio di riferimento.

3. Alla stregua delle considerazioni fin qui svolte l'appello incidentale deve essere respinto nella parte in cui ripropone il motivo volto a denunciare l' illegittimità, *ex se* intesa, delle fissazione retroattiva dei tetti di spesa.

Si deve invece rimettere alla Sezione, ai sensi dell'art. 99, comma

4, del codice del processo amministrativo, la definizione del giudizio con riguardo al ricorso principale ed agli altri motivi del ricorso incidentale, che investono tematiche estranee al quesito devoluto al vaglio di questa Adunanza Plenaria.

Deve essere altresì rimessa alla sentenza definitiva la statuizione sulle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

Respinge in parte l'appello incidentale proposto dalla Romolo Hospital S.r.l.

Rimette il ricorso alla Sezione per l'ulteriore definizione del giudizio e per la statuizione sulle spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Giorgio Giovannini, Presidente

Gaetano Trotta, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

**IL PRESIDENTE**

**L'ESTENSORE**

**IL SEGRETARIO**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/04/2012

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

Il Dirigente della Sezione