



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1235 del 2007, proposto da: ISTITUTO POLICLINICO SAN DONATO S.p.A. – Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (Cod. Fisc. 05853360153), con sede legale in San Donato Milanese (MI), Via Morandi n. 30, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTO ORTOPEDICO GALEAZZI S.p.A. - Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (Cod. Fisc. 05849220156), con sede legale in Milano, Via Riccardo Galeazzi n. 4, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTO CLINICO SAN SIRO S.p.A. (Cod. Fisc. 01977210150), con sede legale in Milano, Via Monreale n. 18, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTO CLINICO SANT'AMBROGIO S.p.A. (Cod. Fisc. 00858290158), con sede legale in Milano, Via Faravelli n. 16, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTO CLINICO BEATO MATTEO S.p.A. (Cod. Fisc. 08086250159), con sede legale in Vigevano (PV), C.so Pavia n. 84, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTO DI CURA CITTA' DI PAVIA S.r.l. (Cod. Fisc. 00182770180), con sede legale in Pavia, Viale Parco Vecchio n. 27, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTI CLINICI ZUCCHI S.p.A. (Cod. Fisc. 00854080157), con sede legale in Monza (MI), Via Zucchi n. 24, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTO CLINICO VILLA APRICA S.p.A. (Cod. Fisc. 00226780138), con sede legale in Como, Via Castelnarnasino n. 10, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTO CLINICO PROF. "E. MORELLI" S.p.A. (Cod. Fisc. 00303270185), con sede legale in Pavia, Piazza XXIV Maggio n. 13, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTO CLINICO CITTA' DI BRESCIA S.p.A. (Cod. Fisc. 00585540172), con sede legale in Brescia, Via Gualla n. 15, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, POLICLINICO SAN MARCO S.r.l. (Cod. Fisc. 05946720587), con sede legale in Osio Sotto - Località Zingonia (BG), Corso Europa n. 7, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, POLICLINICO SAN PIETRO S.p.A. (Cod. Fisc. 00468460167), con sede legale in Ponte San Pietro (BG), Via Forlanini n. 15, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, ISTITUTO CLINICO S. ANNA S.p.A. (Cod. Fisc. 00298670175), con sede legale in Brescia, Via del Franzone n. 31, in persona del suo presidente Prof. Avv. Giuseppe Rotelli, CASA DI CURA AMBROSIANA S.P.A. (Cod. Fisc. 03463750152), con sede legale in Cesano Boscone (MI), Piazza Mons. Moneta n. 1, in persona del suo legale rappresentante avv. Grazia Maria Dente, CLINICA CASTELLI (Cod. Fisc. 00455110183), con sede legale in Bergamo, Via Mazzini n. 11, in persona del suo legale rappresentante Ing. Andrea Moltrasio, CLINICHE GAVAZZENI S.P.A. (Cod. Fisc. 00468520168), con sede legale in Bergamo, Via M. Gaavazzeni n. 21, in persona del suo legale rappresentante dott. Giorgio Ferrari, COF Lanzo Hospital S.P.A. (Cod. Fisc. 00192700136), con sede legale in Lanzo Intelvi (CO), Località Monte Caslè, in persona del suo legale rappresentante rag. Sergio Meschina, HABILITA S.P.A. (Cod. Fisc. 00765430160), con sede legale in Zingonia (BG), Via Bologna n. 1, in persona del suo legale rappresentante dott. Roberto Rusconi, IGEA S.P.A. (Cod. Fisc. 02031760156), con sede legale in Milano, Via Marcona n. 69, in persona del suo legale rappresentante dott. Renzo Erba, CASA DI CURA PRIVATA

LE TERRAZZE S.R.L. (Cod. Fisc. 01994660122), con sede legale in Cunardo (VA), Via U. Foscolo 6/b, in persona del suo legale rappresentante sig. Donato Rita, CASA DI CURA QUARENGHI S.R.L. (Cod. Fisc. 00404280166), con sede legale in S. Pellegrino Terme (BG), Via S. Carlo n. 70, in persona del suo legale rappresentante dott.ssa Michèle Quarenghi, EUKOS S.P.A. (Cod. Fisc. 13222010152), con sede legale in Milano, Via Pier Lombardo n. 22, in persona del suo legale rappresentante dott. Generoso Galluccio, CASA DI CURA SANTA RITA S.P.A. (Cod. Fisc. 09444340153), con sede legale in Milano, Via Catalani n. 20, in persona del suo legale rappresentante dott. Francesco Pipitone, CASA DI CURA VILLA ESPERIA S.P.A. (Cod. Fisc. 04774260584), con sede legale in Salice Terme (PV), Viale dei Salici n. 35, in persona del suo legale rappresentante dott. Giuseppe Croce Bermondi, CASA DI CURA VILLA GEMMA S.P.A. (Cod. Fisc. 00303450175), con sede legale in Gardone Riviera (BS), Via Zanardelli n. 101, in persona del suo legale rappresentante rag. Luigi Bersi, CASA DI CURA LA CITTADELLA SOCIALE S.R.L. (Cod. Fisc. 00420630188), con sede legale in Pieve del Cairo (PV), Via Avanza n. 8, in persona del suo legale rappresentante ing. Giuseppe Arduino, ISTITUTO CLINICO MATER DOMINI S.P.A. (Cod. Fisc. 00340810126), con sede legale in Castellana (VA), Via Gerenzano n. 2, in persona del suo legale rappresentante dott. Luciano Angelici, POLICLINICO DI MONZA Casa di Cura Privata S.P.A. (Cod. Fisc. 11514130159), con sede legale in Monza (MI), Via Amati n. 111, in persona del suo legale rappresentante dott. Giampaolo Vergani, CAM Centro Analisi Monza S.P.A. (Cod. Fisc. 0967150152), con sede legale in Monza (MI), Via Missori n. 9, in persona del suo legale rappresentante dott.ssa Maria Cristina Bozzola, HUMANITAS MIRASOLE S.P.A. (Cod. Fisc. 10125410158), con sede legale in Rozzano (MI), Via Manzoni n. 56, in persona del suo legale rappresentante dott. Ivan Michele Colombo, DELTA MEDICA S.R.L. (Cod. Fisc. 01579220177), con sede legale in Rozzano (MI), Viale Toscana n. 35/37, in persona del suo legale rappresentante dott.ssa Grazia Russo, FLEMING RESEARCH S.R.L. (Cod. Fisc. 04962000156), con sede legale in Milano, Via Bianca Maria n. 35, in persona del suo legale rappresentante dott. Carlo Roccio, ISTITUTO LOMBARDO PER LA MEDICINA IPERBARICA S.R.L. (Cod. Fisc. 07458920159), con sede legale in Milano, V.le Premuda n. 34, in persona del suo legale rappresentante dott. Paolo Binda Zane, MULTIMEDICA HOLDING S.P.A. (Cod. Fisc. 01979600150), con sede legale in Milano, Via Fantoli n. 16/15, in persona del suo legale rappresentante dott. Daniele Schwarz, CLINICA SAN CARLO CASA DI CURA POLISPECIALISTICA (Cod. Fisc. 07410110154), con sede legale in Paderno Dugnano (MI), Via Ospedale n. 21, in persona del suo legale rappresentante dott.ssa Patrizia Bernardelli, ISTITUTO EUROPEO DI ONCOLOGIA S.R.L. (Cod. Fisc. 08691440153), con sede legale in Milano, Via Filodrammatici n. 10 e CENTRO CARDIOLOGICO MONZINO S.P.A. (Cod. Fisc. 13055640158), con sede legale in Milano, Via Filodrammatici n. 10 in persona del loro legale rappresentante dott. Carlo Ciani, FONDAZIONE CENTRO SAN RAFFAELE DEL MONTE TABOR (Cod. Fisc. 03064280153), con sede legale in Milano, Via Olgettina n. 60, in persona del suo legale rappresentante dott. Renato Botti, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Vincenzo Avolio, presso il cui studio sono elettivamente domiciliati in Milano, viale Gian Galeazzo n. 16;

contro

REGIONE LOMBARDIA, rappresentata e difesa dagli avv. Valentina Mameli, Raffaella Schiena, domiciliata presso gli uffici della avvocatura regionale in Milano, via Fabio Filzi n. 22 A.S.L. PROVINCIA DI BERGAMO, non costituita in giudizio; I.C.P. - ISTITUTI CLINICI DI PERFEZIONAMENTO, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della Deliberazione della Giunta Regionale n. VIII/4239 del 28 febbraio 2007, recante "Attuazione del comma 796, dell'art. 1 della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007) e prime integrazioni alla D.G.R. n. VIII/3776/2006 "Determinazioni in ordine alla gestione del servizio socio-sanitario regionale per l'esercizio 2007", pubblicata nel B.U.R.L. del 12 marzo 2007 nelle seguenti parti:

A) punto 3, il quale dispone "di dare attuazione alla lettera o) del comma 796 dell'art. 1 della l. 27.12.2006 n. 296 che prevede che "dalla data di entrata in vigore della presente legge le strutture private accreditate, ai fini della remunerazione delle prestazioni rese per conto del Servizio sanitario nazionale, praticano uno sconto pari al 2 per cento degli importi indicati per le prestazioni specialistiche dal decreto del Ministro della Sanità 22 luglio 1996, pubblicato nel supplemento ordinario n. 150 alla Gazzetta Ufficiale n. 216 del 14 settembre 1996, e pari al 20 per cento degli importi indicati per le prestazioni di diagnostica di laboratorio dal medesimo decreto", relativamente all'intero esercizio 2007, come segue:

- lasciando a disposizione delle ASL il 2% di sconto dovuto dalle strutture private accreditate per le prestazioni di specialistica ambulatoriale per definire con gli erogatori in sede di negoziazione 2007 degli specifici progetti finalizzati a risolvere squilibri domanda offerta e criticità di durata dei tempi d'attesa;
 - dando mandato alle ASL, in sede contrattuale, di ridurre del 9% la quota di risorse contrattabili per le prestazioni di laboratorio analisi e di prevedere uno sconto del 9% che gli erogatori dovranno applicare alle fatturazioni delle prestazioni di diagnostica di laboratorio; la percentuale così applicata in termini di riduzioni contrattuali e di sconto alle valorizzazioni calcolate sulla base del tariffario oggi in vigore in Regione Lombardia è del 18% e non del 20% in quanto mediamente il tariffario regionale, per quanto riguarda la branca di laboratorio analisi, è superiore del 10% rispetto al DM 1996;
 - le risorse derivanti dallo sconto sulle prestazioni di laboratorio sono acquisite al governo del sistema";
- B) Allegato 1 nella parte relativa a "Farmaci a somministrazione diretta ospedaliera (File F)", secondo cui "nei limiti della complessiva compatibilità di sistema si conferma che la spesa per tali farmaci possa crescere a livello regionale fino ad un massimo del 3 % rispetto alla spesa sostenuta nel 2006. Ai fini del mantenimento dell'equilibrio di sistema si definiscono, al fine del rimborso ai soggetti erogatori, le seguenti soglie di regressione tariffaria:
- fino ad un valore di produzione di File F pari al 98% rispetto al valore 2006, non si applica la regressione;
 - se il valore di produzione è compreso tra il 98% e il 103% rispetto al valore 2006, si applica la regressione massima al 30%;
 - se il valore di produzione è compreso tra il 104% e il 110% rispetto al valore 2006, si applica la regressione massima del 45%".

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Lombardia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2010 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La legge n. 296 del 2006 ha stabilito quanto segue: A) all'art. 1, comma 796, lett. o), ha disposto che "fatto salvo quanto previsto in materia di aggiornamento dei tariffari delle prestazioni sanitarie dall'articolo 1, comma 170, quarto periodo, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, come modificato dalla presente lettera, a partire dalla data di entrata in vigore della presente legge le strutture private accreditate, ai fini della remunerazione delle prestazioni rese per conto del Servizio sanitario nazionale, praticano uno sconto pari al 2 per cento degli importi indicati per le prestazioni specialistiche dal decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996, pubblicato nel supplemento ordinario n. 150 alla Gazzetta Ufficiale n. 216 del 14 settembre 1996, e pari al 20 per cento degli importi indicati per le prestazioni di diagnostica di laboratorio dal medesimo decreto"; B) all'art. 1, comma 796, lett. l), punto 2, ha richiesto alle Regioni la presentazione di un Piano di contenimento della spesa farmaceutica ospedaliera, che contenga interventi diretti al controllo dei farmaci innovativi, al monitoraggio dell'uso appropriato degli stessi e degli appalti per l'acquisto dei farmaci.

2. Con il ricorso in esame le società istanti hanno impugnato la deliberazione della Giunta Regionale della Lombardia n. 8/4239 del 28 febbraio 2007, che ha dato attuazione alla norma di cui alla legge statale 27 dicembre 2006, n. 296 in materia di tariffe sanitarie. In particolare, costituiscono oggetto di impugnazione due specifiche previsioni della citata deliberazione e cioè il "punto 3" del deliberato e parte dell'Allegato 1. Con il "punto 3." della deliberazione n. 8/4239 la Giunta Regionale della Lombardia ha dato attuazione all'art. 1, comma 796, lett. o) della legge statale n. 296/06, il quale prevede che le strutture private accreditate, ai fini della remunerazione delle prestazioni rese per conto del Servizio Sanitario Nazionale, "praticano uno sconto pari al 2 per cento degli importi indicati per le prestazioni specialistiche dal d.m.s. 22 luglio 1996, pubblicato sul Supplemento Ordinario n. 150 della G.U. n. 216 del 14 settembre 1996, e pari al 20 per cento degli importi indicati per le prestazioni di diagnostica di laboratorio dal medesimo decreto". Il "punto 3." indica quindi gli effetti operativi dell'attuato sconto. L'Allegato 1 alla citata deliberazione regionale viene invece impugnato limitatamente alla sua parte inerente i "Farmaci a somministrazione diretta ospedaliera (File F)", ove si stabilisce che il rimborso ai soggetti erogatori avverrà senza alcuna regressione

fino ad un ammontare pari al 98% rispetto al valore di farmaci erogati nel 2006, mentre si applicherà una regressione tariffaria massima del 30% per il valore compreso tra il 98 e il 103% rispetto al valore 2006 e la regressione massima del 45% per il valore di produzione compreso tra il 104 e il 110%. Le doglianze mosse avverso il “punto 3” della deliberazione gravata hanno ad oggetto da un lato, la prima censura, un’ipotesi di violazione di legge, mentre le altre quattro mirano a porre in luce la illegittimità costituzionale della norma di legge statale cui la delibera regionale ha dato attuazione, ricavandone la illegittimità derivata del provvedimento medesimo.

3. Le censure sollevate dalle parti sono state già esposte nella sentenza non definitiva n. 313/2008, con la quale la Sezione ha respinto il primo motivo di ricorso e accolto il sesto motivo, per l’effetto annullando in parte qua la impugnata deliberazione della Giunta Regionale della Lombardia n. 8/4239 del 28 febbraio 2007, limitatamente alla parte dell’Allegato 1 inerente i “Farmaci a somministrazione diretta ospedaliera (File F)”.

Per la restante parte, quella inerente ai motivi 2-5 di ricorso, la Sezione ha ritenuto che l’art. 1, comma 796, lett. o) legge 296/06 presentasse, sotto distinti profili, dubbi non manifestamente infondati di illegittimità costituzionale. Assumendo la relativa questione di costituzionalità rilevanza ai fini della decisione del presente giudizio, poiché con la delibera impugnata la Giunta Regionale della Lombardia ha dato specifica attuazione a detta disposizione normativa, il Collegio con separata ordinanza (n. 30/2008) ha sollevato questione di legittimità costituzionale della citata norma, con remissione degli atti alla Corte costituzionale.

4. Con sentenza n. 94/2009, la Consulta ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 796, lettera o), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, sollevata in riferimento agli articoli 3, 24, 32, 41, 97, 103, 113, 117, terzo comma, e 119 della Costituzione.

5. Riassunto il presente giudizio, la controversia è stata nuovamente discussa all’odierna udienza del 15 aprile 2010.

6. Orbene, la sopra riferita pronuncia della Consulta comporta, con tutta evidenza, il rigetto dei restanti motivi di ricorso non ancora scrutinati (secondo, terzo, quarto e quinto), con i quali le ricorrenti evidenziavano specifici profili di contrasto tra la normativa di legge citata e le norme costituzionali, mirando a far discendere dalla incostituzionalità della norma di legge la illegittimità derivata dell’atto amministrativo che ad essa aveva dato applicazione.

Senonché l’esito dell’incidente di costituzionalità non consente ancora la definizione del presente giudizio.

7. Difatti, nella memoria depositata il 1° aprile 2010, le società ricorrenti hanno chiesto al Collegio di formulare domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee affinché quest’ultima possa valutare la conformità della menzionata normativa italiana (che impone uno sconto percentuale fisso sulla remunerazione delle prestazioni specialistiche e diagnostica di laboratorio nei confronti delle sole strutture sanitarie private accreditate determinando una discriminazione in danno delle stesse) rispetto alle norme del Trattato, relativamente alla libera prestazione dei servizi (art. 49 e 50), alla concorrenza (art. 81), agli aiuti di stato (art. 87).

Si deduce a questi fini: - che il sistema sanitario nazionale è un sistema composto da una pluralità di soggetti pubblici e privati che, in condizione di parità tra loro, concorrono alla erogazione di un servizio di interesse generale, con l’obiettivo di elevare al massimo il livello di qualità ed efficienza dello stesso; - che, in ambito comunitario, si è affermato il carattere economico anche dei servizi di interesse generale, tra cui vanno ricondotti i servizi sociali e sanitari, a prescindere dalle funzioni di solidarietà eventualmente perseguite; - che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su di un determinato mercato; - che è esclusa l’applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato per le sole attività svolte da soggetti pubblici che si ricollegano all’esercizio delle prerogative dei pubblici poteri; - che la natura economica delle prestazioni sanitarie è costruita su di una nozione estensiva della remunerazione intesa in senso rigorosamente obiettivo, non occorrendo che il servizio sia pagato da coloro che ne usufruiscono; - che la normativa in commento configura un aiuto di stato in quanto non giustificato dalla necessità di compensare ulteriori costi aggiuntivi che quelle imprese erano chiamate a sostenere.

Il Collegio ritiene che la questione di “pregiudizialità comunitaria” sia destituita di fondamento per le ragioni che seguono.

8. Il Trattato CE riconosce agli Stati membri alcune aree di competenza riservata, per le quali il diritto comunitario non può dispiegare i suoi effetti. Tra queste rientra l’organizzazione dei propri servizi sanitari e di assistenza sociale. Difatti, ai sensi dell’art. 168 TFUE, paragrafo 7, “l’azione dell’Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l’organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell’assistenza medica e l’assegnazione delle risorse loro destinate” (l’ex art. 152,

paragrafo 5, TCE similmente prevedeva: “l'azione comunitaria nel settore della sanità pubblica rispetta appieno le competenze degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica”). L'ordinamento comunitario, in sostanza, riconosce il diritto alla salute ma “riserva” agli Stati membri l'organizzazione dei relativi servizi che potranno, pertanto, essere conformati secondo le risorse disponibili ed il livello delle prestazioni che ciascuno di essi riterrà di garantire.

Il rapporto tra sistemi nazionali d'assistenza sanitaria e concorrenza è, nel quadro europeo, diversificato. La diversità dei modelli organizzativi dei servizi sanitari nazionali non viene, del resto, messa in discussione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia la cui giurisprudenza, al contrario, afferma che gli Stati possono optare come meglio credono il proprio modello organizzativo di assistenza e sicurezza sociale. Ecco allora che, in alcuni Stati, la sanità pubblica è finanziata esclusivamente dalle imposte (senza una correlazione diretta tra ciò che il cittadino paga e l'effettiva percezione di prestazioni sanitarie); altrove, sono in vigore sistemi misti finanziati in buona parte attraverso la costituzione di rapporti di tipo assicurativo, supportati sussidiariamente dal ricorso al gettito fiscale (con contributo commisurato allo specifico rischio coperto).

8.1. Il nostro Servizio sanitario nazionale, sino al 1998, era finanziato dallo Stato con le entrate derivanti dalla fiscalità generale. A partire dal d.lgs. 56/2000, il livello di governo competente (le Regioni) è anche il principale responsabile del finanziamento dei servizi sanitari. Le Regioni, difatti, cui spetta garantire i mezzi per l'erogazione dell'assistenza sanitaria, utilizzano tre canali di finanziamento: entrate proprie (aventi natura tributaria o extratributaria), quote di compartecipazione al gettito di tributi erariali (compartecipazione IVA, addizionale IRPEF) e (eventualmente) contributi perequativi ai sensi dell'art. 119, comma II e III, Cost.

L'art. 1 d.lgs. n. 502 del 1992, collega l'individuazione dei livelli essenziali ed uniformi d'assistenza, assicurati dal S.s.n. alla contestuale individuazione delle risorse destinate al S.s.n., in modo da contemperare la tutela della salute pubblica postulata dall'art. 32 cost. con l'ammontare delle risorse finanziarie disponibili, attraverso un bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionali protetti, che si pongono come limiti di utilità solidale alla libertà d'iniziativa economica fissati dallo stesso art. 41 Cost.

Il sistema della legge n. 833/78 si fondava sulla esclusività dell'erogazione di prestazioni sanitarie da parte delle strutture pubbliche, per cui la struttura privata convenzionata poteva intervenire solo laddove l'erogazione della prestazione all'esterno fosse stata previamente e motivatamente autorizzata dall'Amministrazione. All'epoca, il rapporto tra USL e Centri esterni era riconducibile ad una concessione di pubblico servizio; vigeva un sostanziale regime di monopolio pubblico nel quale i rapporti tra concedente e concessionario, regolati da rigide convenzioni, erano nel senso di assoluta preminenza del primo sul secondo. La riforma del S.s.n. del 1992 ha sostituito il sistema della concessione-convenzione con quello di accreditamento, portando all'introduzione di un regime di concorrenza amministrata tra strutture pubbliche e private (alcuni autori preferiscono, difatti, parlare di “quasi” mercato dal momento che il non soddisfacente funzionamento di alcune strutture pubbliche e la carenza di risorse ha minato di fatto il disegno di una effettiva concorrenza). Il sistema sanitario, dunque, ispirandosi ai principi e modelli tipici dei Paesi di Common Law, richiede per i soggetti erogatori di prestazioni a carico del S.s.n. due distinti ma collegati presupposti: l'autorizzazione (provvedimento autoritativo con effetti abilitativi che riguarda qualsiasi struttura sanitaria che intenda operare a livello territoriale, il cui rilascio richiede come unico presupposto l'accertamento di requisiti di carattere igienico-sanitario della struttura); l'accreditamento (costitutivo di un rapporto privatistico conformato da esigenze di carattere programmatico, sia sotto il profilo del contenuto economico del contratto, ai sensi dell'art. 8 quinquies, sia riguardo ad esigenze di distribuzione delle prestazioni sanitarie su base regionale e distrettuale).

Nel perseguire l'obiettivo di fondo di migliorare l'efficienza e l'economicità del servizio reso alla collettività introducendo, sia pure gradualmente, nel sistema elementi di concorrenzialità, il modello delineato si basa, dal lato dell'offerta, su una sostanziale parità tra istituzioni pubbliche e private nella erogazione competitiva delle prestazioni agli assistiti, e, dal lato della domanda, sulla libertà di scelta riservata all'utente di rivolgersi alla struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza.

L'equilibrio di tale nuovo sistema è affidato a vari strumenti.

Da una parte è previsto un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda. Per quanto riguarda le quantità delle prestazioni, è devoluta alla programmazione sanitaria, sulla base dei dati epidemiologici, la fissazione tra l'altro dei livelli uniformi di assistenza sanitaria (fatta salva la potestà delle regioni di prevedere livelli superiori con il proprio autofinanziamento); è inoltre prevista la elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi, nella prescrizione delle prestazioni.

Per quanto riguarda il costo delle medesime, vengono predeterminate le tariffe in base alle quali sono pagate, in un regime di sostanziale monopolio, le prestazioni a carico del servizio sanitario.

Dall'altra parte, sono contemplati i controlli dell'offerta, per quanto riguarda la fissazione e la verifica degli "standards" qualitativi minimi, il regime di accreditamento, la liquidazione delle spese basata (anche per le istituzioni pubbliche) sulla remunerazione delle prestazioni effettivamente erogate.

Il raggiungimento degli obiettivi è, dunque, fondamentalmente affidato al funzionamento, sia pure con i notevoli correttivi, di meccanismi di mercato, imperniati sulla responsabilizzazione, da una parte, delle istituzioni sanitarie pubbliche, indirizzate verso un modello aziendale attento alle esigenze della produttività e della economicità, e dall'altra parte sull'apertura della competizione con (e tra) le istituzioni sanitarie private, svincolate da un ruolo sussidiario rispetto alle strutture pubbliche e nello stesso tempo dalla protezione insita nel regime concessorio delle convenzioni.

Il sistema attraverso il quale vengono remunerate le prestazioni rese dalle strutture, che erogano assistenza ospedaliera e ambulatoriale, è individuato nell'art. 8 sexies della vigente versione del d.lgs. n. 502 del 1992. Il corrispettivo pagato a fronte dell'erogazione delle suddette attività salutari si traduce in una forma di retribuzione specifica, ovvero in un prezzo finale che risulta essere pari ad un ammontare predeterminato nei contratti di cui all'art. 8 quinquies. Esso si compone di due tipologie retributive, entrambe da definirsi in sede di conclusione di detti accordi contrattuali: la prima, quella destinata alle strutture che assicurano la spedalità, determinata sulla base di tariffe predefinite per prestazioni: la seconda, quella che assicura l'erogazione del corrispettivo per le funzioni assistenziali rese dalle strutture ambulatoriali, calcolata in rapporto al costo standard di produzione del relativo programma assistenziale.

8.2. In Italia, dunque, al fine di far fronte al problema della crescente spesa pubblica sanitaria, la riforma ha sì introdotto elementi di concorrenzialità nella gestione dei relativi servizi, superando il regime rigido monopolio pubblico, ma senza con questo addivenire ad un regime puro di mercato. Il sistema misto pubblico-privato costituisce, piuttosto, uno strumento correttivo correlato alla introduzione di meccanismi di gestione orientati all'efficienza ed alla programmazione delle procedure di erogazione delle prestazioni. Persistono, infatti, stringenti ragioni di tipo economico a giustificare la sottrazione dei servizi sanitari alle forze del libero mercato, venendo in questione tipologie di "beni" che per le loro particolari caratteristiche non consentono un'allocazione efficiente delle risorse disponibili nell'ambito di un contesto economico di tipo concorrenziale, ma generano, piuttosto, rilevanti casi di "fallimento del mercato".

Passiamo ora allo scrutinio degli asseriti profili di contrasto con il diritto comunitario.

9. Secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria, gli articoli 49 TFUE (ex art. 43 TCE) e 56 (ex art. 49 TCE) impongono l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi e devono essere considerate come tali tutte le misure che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tale libertà (Cfr. CGCE sentenza 15 gennaio 2002, causa C-439/99, Commissione/Italia, Racc. pag. I-305, punto 22). La libera prestazione dei servizi impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, quando essa è tale da proibire, ostacolare o rendere meno interessanti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove offre legalmente servizi analoghi (CGCE, sentenze 20 febbraio 2001, causa C-205/99, Analir e a., Racc. pag. I-1271, punto 21; 5 dicembre 2006, cause riunite C-202/04 e C-94/04, Cipolla e a., Racc. pag. I-11421, punto 56, nonché 11 gennaio 2007, causa C-208/05, ITC, Racc. pag. I-181, punto 55). Inoltre, secondo una costante giurisprudenza, l'art. 49 CE osta all'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro (CGCE sentenze Kohll, punto 33, nonché Smits e Peerbooms, punto 61).

9.1. Una restrizione delle riferite libertà, tuttavia, può essere giustificata qualora risponda a ragioni imperative di interesse pubblico, purché sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (CGCE, sentenze 5 giugno 1997, causa C-398/95, SETTG, Racc. pag. I-3091, punto 21; Cipolla e a., cit., punto 61, nonché 13 dicembre 2007, causa C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium e a., Racc. pag. I-11135, punto 39).

Nel caso di specie, l'inconferenza del richiamo operato dalle società ricorrenti al divieto di restrizioni risulta dallo svolgersi la prestazione dei servizi sanitari nel quadro (sopra tratteggiato) di un assetto organizzativo pubblicistico finanziato dalla imposizione fiscale e caratterizzato dalla programmazione del numero e dell'attività dei soggetti erogatori, in modo da evitare il rischio di una sottoutilizzazione delle strutture pubbliche; dalla ripartizione preventiva della domanda tra un numero chiuso di soggetti erogatori e dalla facoltà di scelta dell'assistito solo all'interno del novero delle strutture accreditate; dalla remunerazione in

base al sistema a tariffa, allo scopo di ottenere un maggiore controllo della spesa, programmata e suddivisa tra i diversi soggetti erogatori, grazie alla fissazione di volumi massimi delle prestazioni erogabili; assetto organizzativo in cui le strutture private di ospedalità, una volta accreditate dall'Amministrazione sanitaria, in base ad una loro libera scelta, sono da ritenersi imprese che svolgono la loro attività all'interno del sistema pubblico di programmazione della spesa sanitaria da parte dello Stato (ispirato alla salvaguardia dei vincoli di spesa pubblica).

Con la norma statale in commento, in definitiva, il legislatore ordinario ha inteso conseguire la finalità, espressamente dichiarata, di garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2007-2009. La misura introdotta, dunque, può ritenersi giustificata da una ragione imperativa di interesse pubblico, vale a dire l'esigenza di garantire l'equilibrio finanziario del settore sanitario con un intervento che appare proporzionato ed adeguato a garantire la realizzazione di tale obiettivo (giunge a tale conclusione anche il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia con la sentenza N. 94/2010).

10. Con riferimento alle ulteriori argomentazioni sviluppate dalle società istanti (secondo cui la norma statale che impone uno sconto percentuale fisso sulla remunerazione delle prestazioni specialistiche e diagnostica di laboratorio nei confronti delle sole strutture sanitarie private configurerebbe un aiuto di Stato per le strutture pubbliche), la qualificazione di "aiuto di Stato" richiede che sussistano tutti i presupposti previsti dalla disposizione del Trattato. Innanzi tutto, secondo la giurisprudenza comunitaria, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali; in secondo luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri; in terzo luogo, deve concedere un vantaggio al suo beneficiario; in quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza. Vengono considerati aiuti gli interventi che, sotto qualsiasi forma, sono atti a favorire direttamente o indirettamente determinate imprese o che devono ritenersi un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato.

Per contro, nei limiti in cui un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza, tale intervento non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 107 TFUE (ex art. 87 TCE). Tuttavia, affinché, in un caso concreto, una siffatta compensazione possa sottrarsi alla qualificazione di aiuto di Stato, devono ricorrere taluni presupposti. In primo luogo, l'impresa beneficiaria di una siffatta compensazione deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e tali obblighi devono essere definiti in modo chiaro. In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti. In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento. In quarto luogo, la compensazione dovrebbe essere determinata sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi necessari al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento dei detti obblighi (cfr. CGCE 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio/Commissione, detta <Tubemeuse>, Racc. pag. I-959, punto 25; 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, Spagna/Commissione, Racc. pag. I-4103, punto 20; 16 maggio 2002, causa C-482/99, Francia/Commissione, Racc. pag. I-4397, punto 68, nonché 24 luglio 2003, causa C-280/00, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, Racc. pag. I-7747, punto 74).

10.1. Orbene, osserva il Collegio che, sia con riguardo alla nozione di aiuto di Stato, sia relativamente all'interpretazione dell'art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE), è preliminare considerare che l'applicabilità di tali disposizioni dipende dalla presenza di un'impresa.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la nozione d'impresa, nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza, abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico della detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Centre, Racc. pag. I-7119, punto 21; sentenza del Tribunale 2 luglio 1992, causa T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissione, Racc. pag. II-1931, punto 50, e 30 marzo 2000, causa T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissione, Racc. pag. II-1807, punto 36). Ciò che caratterizza la nozione di attività economica è l'offerta di beni o servizi su un determinato mercato (in tal

senso, sentenza della Corte 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punto 36).

10.2. Nel settore dell'organizzazione dei servizi sanitari, le norme statali subiscono l'influenza del diritto comunitario della concorrenza solo quando si accerti la qualificazione "economica" (ovvero imprenditoriale) dell'attività svolta da organismi e istituti predisposti o integrati all'uso dallo Stato. Giova sul punto ricordare che, per "servizi di interesse generale" si intendono le prestazioni di servizi destinabili o meno alla vendita, considerati dalle autorità pubbliche degli Stati membri come aventi un interesse generale e sottoposti per tale ragione ad obblighi specifici di servizio pubblico. Tale ampia espressione concerne sia i servizi di mercato che quelli non di mercato; una definizione di essi, è stato notato, non è presente nel Trattato ma è "ricavata" per generalizzazione da quella di "servizi di interesse economico generale" (che è invece espressamente richiamata: articoli 14 (ex art. 16 TCE) e 106 TFUE (ex art. 86 TCE)). La distinzione fra servizi di natura economica e servizi di natura non economica è assai rilevante in quanto non tutti sono soggetti alle stesse norme del Trattato. I principi di non discriminazione e di libera circolazione delle persone valgono per l'accesso a tutti i tipi di servizi; le norme sugli appalti pubblici si applicano alle forniture, servizi e lavori acquisite da enti pubblici nella prospettiva di fornire servizi sia di natura economica che non economica. Per contro, la libertà di fornire servizi, il diritto di stabilimento, le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di stato si applicano soltanto alle attività economiche (la stessa Commissione europea ha, in passato, escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 86.2 TCE, oltre alle prerogative intrinseche degli Stati, le attività non industriali o commerciali esercitate da enti con funzioni prevalentemente sociali: cfr. comunicazione 20 settembre 2000).

10.3. Relativamente alla definizione della rilevanza economica del servizio di interesse generale (come trasporti, servizi postali, energia, gas, comunicazioni elettroniche, approvvigionamento idrico, gestione dei rifiuti, radiodiffusione), è pacifico assumere tale carattere quando esso possa essere gestito in forma imprenditoriale, ovvero quando sussistano i requisiti della professionalità, dell'organizzazione e della svolgimento con metodo economico di una attività diretta alla produzione o allo scambio di beni e servizi (art. 2082 c.c.). Secondo alcuni autori, rilevanza economica va riconosciuta non solo a quei servizi in cui sia configurabile una gestione imprenditoriale, in cui la tariffa richiesta all'utente finale assolva la funzione di coprire integralmente i costi dell'attività, ma anche a quei servizi a carattere erogativo rispetto all'utenza finale che, in considerazione delle forme di esternalizzazione di cui l'ente pubblico si avvale per la gestione, presuppone la creazione di un mercato "a monte", sul presupposto che vi siano nel mercato operatori potenziali disposti a gestirlo a fronte di una copertura integrale o parziale dei costi da parte della fiscalità generale. A questa stregua, quindi, deve distinguersi sul piano della rilevanza economica tra: - servizi pubblici che possono essere svolti in maniera remunerativa rispetto all'utenza finale di cui è palese la natura economica (imprenditoriale); - servizi pubblici, che pur riconducibili alla categoria dei servizi privi di rilevanza economica, potrebbero acquisire una rilevanza economica ove l'amministrazione li affidasse alla gestione di soggetti privati; - servizi in cui l'assenza di operatori, anche potenziali, determina la necessità di una gestione esclusivamente pubblica.

In definitiva, per i servizi privi di rilevanza economica l'assenza di un mercato concorrenziale non dipende solo dal carattere obiettivo del servizio, ma deriva anche dalla gestione prescelta (soggetto, forma di gestione, destinatari). In tal senso, è stato condivisibilmente notato come anche l'identificazione tra servizi sociali (ovvero quelli aventi ad oggetto la soddisfazione di bisogni primari della persona costituzionalmente tutelati, tali da giustificare una disciplina speciale rispetto a quella generale ispirata alla promozione della concorrenza) e servizi privi di rilevanza economica è impropria sia per eccesso che per difetto. "Per eccesso, poiché non è affatto scontato che i servizi sociali non possano avere carattere economico, o meglio non possano essere gestiti in forma d'impresa; per difetto, laddove, nell'ambito dei servizi privi di rilevanza economica possono essere considerati, ad esempio anche i servizi culturali, educativi e ricreativi".

10.4. Siamo ora in grado di tirare conclusivamente le fila del discorso. La qualificazione, in termini economici o meno, dell'attività esercitata dalle strutture pubbliche erogatrici di servizi sanitari passa attraverso la valutazione di precisi elementi di riferimento alla cui stregua ricostruire le caratteristiche organizzative dei servizi.

Nel caso che ci occupa, sussistono decisivi parametri strutturali e funzionali che depongono nel senso del carattere non imprenditoriale dell'attività in questione. Le strutture pubbliche del SSN non costituiscono imprese o associazioni di imprese (anche nella nozione presa in considerazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza) dal momento che: - svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale, basata sul principio della solidarietà, sprovvista di ogni scopo di lucro, dove le prestazioni sono previste dalla

legge ed erogate gratuitamente indipendentemente dalla loro remuneratività, assicurando la copertura universale dei cittadini il cui benessere è in linea con gli obiettivi posti dagli articoli 2 e 3 Cost.; - il finanziamento proveniente dalla fiscalità generale consente la redistribuzione del reddito da soggetti economicamente più abbienti ad altri che, in mancanza di questo meccanismo ed in ragione dei loro mezzi e condizioni di salute, sarebbero privati della necessaria tutela; - la disciplina legale regola gli aspetti qualitativi e quantitativi delle prestazioni da erogare; - l'attività dei gestori è, pertanto, sottoposta ad un pieno e pervasivo controllo statale senza che essi abbiano alcuna possibilità di influire sull'impiego dei fondi pubblici e sulla determinazione dell'entità delle prestazioni; - la funzione esclusivamente sociale svolta è assolutamente prevalente rispetto alle ragioni che militerebbero a favore di una gestione economica dell'attività in questione e ciò fa sì che le strutture pubbliche non sono in effettiva concorrenza né tra loro né con gli istituti privati per quanto riguarda l'erogazione delle prestazioni legali ed obbligatorie di tipo medico; - gli elementi pro-concorrenziali introdotti dal legislatore vanno collocati all'interno delle politiche di contenimento della spesa e di implementazione dell'efficienza e non sono in grado di trasfigurare un regime ancora fortemente permeato da elementi solidaristici e re-distributivi.

Soltanto ove il legislatore nazionale mutasse in maniera sostanziale le caratteristiche strutturali di tale sistema, conformando in termini economici l'attività delle strutture sanitarie pubbliche, diverrebbe ineludibile l'applicazione delle regole del Trattato applicabili alle imprese. La distinzione tra attività economiche e non economiche, in tal senso, ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica (cfr. il Libro Verde sui servizi di interesse generale: COM-2003-270).

11. Sussistono giusti motivi per compensare interamente le spese di lite tra le parti, attesa la oggettiva difficoltà delle questioni giuridiche controverse.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

Rigetta il ricorso e compensa interamente le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Dario Simeoli, Referendario, Estensore

Raffaello Gisondi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO