

Sulla nullità per violazione o elusione del giudicato (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, sent. 17 luglio 2023, n. 2341)

Nella sentenza in epigrafe, i giudici amministrativi siciliani hanno statuito che: qualora la parte si dolga della nullità, per violazione o elusione del giudicato, di atti adottati dalla p.a. prima della proposizione del ricorso in ottemperanza, il giudice non può rilevare tale nullità d'ufficio, occorrendo invece la domanda finalizzata ad ottenere la declaratoria di nullità degli atti asseritamente violativi o elusivi del giudicato.

La nullità del provvedimento amministrativo per violazione o elusione del giudicato presuppone che dal giudicato di annullamento derivi un obbligo puntuale e preciso, tale da non lasciare margini di discrezionalità all'amministrazione, allora l'adozione di ulteriori atti in violazione di tale obbligo può essere rilevata con il giudizio di ottemperanza; in caso contrario, l'amministrazione conserva un margine di discrezionalità in cui possono essere esternati degli ulteriori motivi negativi non coperti dal precetto e soggetti all'ordinario regime di impugnazione.

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 Sicilia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 267 del 2023, proposto da AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Spadaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Assessorato della Salute della Regione Siciliana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici, siti in Palermo, via Valerio Villareale n. 6, è per legge domiciliato;

nei confronti

- di A.I.O.P. Associazione Italiana Ospedalità Privata –Regione Sicilia, non costituita in giudizio;
- di Sanicam Palermo S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Gabriella Valenti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto presso lo studio del predetto difensore in Palermo, via Nicolò Garzilli n. 24;
- di: CENTRO MEDICO MANTIA S.r.l.; CENTRO EDUCAZIONE PSICOMOTORIA S.r.l.; EMOTEAM LABORATORIO ANALISI SOCIETÀ CONSORTILE a r.l.; tutti non costituiti in giudizio;

per l'ottemperanza

della Sentenza n. 2967/2020 resa inter partes dal TAR Sicilia il 22 dicembre 2020 (ric. n. 1587/2017 R.G.), i cui originari effetti demolitori sono stati riformati dalla Sentenza n. 994/2021 emessa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana il 10 novembre 2021.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sanicam Palermo s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Assessorato della Salute della Regione Siciliana, e viste la documentazione e la memoria depositate;

Viste le memorie di Sanicam Palermo s.p.a. e della ricorrente;

Vista la notifica della memoria effettuata dalla ricorrente, e vista la memoria conclusiva depositata dalla predetta;

Visti gli articoli 112 e ss. cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2023 il consigliere Maria Cappellano, e uditi i difensori delle parti costituite come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. – Con il ricorso in esame, notificato nelle date 16-21 febbraio 2023 e depositato il 17 febbraio, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in poi solo "AGCM") agisce per l'esecuzione della sentenza n. 2967/2020 resa da questa Sezione il 22 dicembre 2020, per la parte confermata dal C.G.A. con sentenza n. 994/2021.

Espone, al riguardo, che:

- la sentenza ottemperanda nasce dal ricorso promosso dalla predetta avverso il D.A. Salute del 9 novembre 2018 di "Determinazione degli aggregati di spesa per l'assistenza specialistica da privato - biennio 2018-2019", censurato in quanto la Regione Siciliana aveva assegnato le risorse pubbliche destinate per l'assistenza specialistica sanitaria da privato (i c.d. budget) in base al solo criterio della c.d. spesa storica per l'anno 2018, e nella misura del 95% per l'anno 2019;

- la sentenza n. 2967/2020, di accoglimento, ha graduato gli effetti demolitori, stabilendo, per quanto attiene all'anno 2018, un annullamento con effetti *ex nunc*; per l'anno 2019, l'effetto demolitorio *ex tunc*, "atteso che: a) l'azione dell'AGCM è stata proposta antecedentemente alla sottoscrizione dei contratti da parte delle strutture private; b) l'Amministrazione regionale era consapevole da tempo della necessità di superare il criterio della spesa storica";

- l'Assessorato della Salute ha proposto appello avverso la sentenza chiedendo l'annullamento *ex nunc* anche per l'anno 2019; mentre per gli ulteriori punti e capi la sentenza è passata in giudicato per avere l'Amministrazione prestato acquiescenza, e in quanto l'ulteriore appello incardinato dai controinteressati non ha sortito alcun effetto;

- con sentenza del C.G.A. n. 994/2021 è stato accolto l'appello proposto dall'Assessorato, statuendo l'efficacia *ex nunc* dell'intera statuizione, osservando come il ricorso *ex art. 21-bis della l. n. 287/1990* "tenda soprattutto ad un risultato conformativo per il futuro e non ripristinatorio; risultato conformativo che è perciò il solo per il quale l'AGCM potrà eventualmente agire in sede di ottemperanza, in mancanza dell'auspicabile adeguamento spontaneo della Regione per le annualità successive a quelle oggetto del presente giudizio";

- l'AGCM, appurato – anche in base ad una segnalazione – che l'obbligo così stabilito era rimasto disatteso fin dal biennio 2020/2021, ha proposto ricorso per l'ottemperanza al C.G.A., cui aderiva la controinteressata Sanicam Palermo s.p.a.; giudizio definito con sentenza n. 115/2023 del 3 febbraio 2023, con cui il Giudice di appello ha dichiarato l'incompetenza a decidere il ricorso *ex art. 112 cod. proc. amm.*, indicando i termini per la riassunzione;

- con il ricorso in riassunzione l'AGCM ripropone, quindi, l'azione *ex art. 112 cod. proc. amm.*, assumendo – anche a seguito della segnalazione pervenuta – che l'intimato Assessorato sia rimasto del tutto inerte rispetto al vincolo conformativo derivante dal giudicato in interesse, omettendo di adottare i provvedimenti di programmazione della spesa sanitaria da privato sia per il biennio 2020/2021, sia per il biennio 2022/2023, "continuando in tal modo ad assegnare i c.d. budget relativi

all'assistenza specialistica da privato alle medesime strutture di più risalente convenzionamento, le quali, di anno in anno, vedono automaticamente confermati gli stanziamenti ricevuti mediante modalità e criteri dichiarati illegittimi".

L'AGCM ha, pertanto, chiesto che sia accertata e dichiarata la mancata esecuzione della sentenza n. 2967/2020 per come riformata in parte qua dalla sentenza n. 994/2021 del C.G.A.; di assumere ogni atto ritenuto necessario e/o opportuno affinché siano resi effettivi i principi posti a tutela della concorrenza e del mercato nel settore delle prestazioni specialistiche sanitarie da privato c.d. accreditato e convenzionato nella Regione Siciliana, per come statuito, occorrendo anche mediante la nomina di un Commissario *ad acta* che provveda all'adozione degli atti e dei provvedimenti all'uopo ritenuti necessari; con vittoria di spese.

B. – Si è costituita in giudizio Sanicam Palermo s.p.a..

C. – Si è costituito in giudizio l'Assessorato della Salute della Regione Siciliana, depositando documentazione e memoria, con la quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e, nel merito, ne ha chiesto il rigetto in quanto infondato, con vittoria di spese.

D. – In vista della camera di consiglio, Sanicam Palermo S.p.a. ha aderito all'azione di ottemperanza, chiedendo la declaratoria di nullità degli atti adottati in elusione del giudicato.

La ricorrente, nel reiterare le domande già formulate, ha altresì chiesto la declaratoria di nullità dei decreti assessoriali n. 366/2022, n. 409/2022, nn. 428, 429, 430 e 431 del 2022, in quanto adottati in elusione del giudicato.

E. – Alla camera di consiglio del giorno 18 aprile 2023 il Presidente del Collegio ha indicato alle parti presenti il possibile profilo di inammissibilità della modifica della domanda, effettuata dalla ricorrente con memoria non notificata; e il difensore della predetta ha chiesto un termine per notificare, con conseguente rinvio senza opposizione delle altre parti.

F. – Con memoria notificata in data 11 maggio 2023 e depositata il giorno successivo, l'AGCM ha, quindi, chiesto, oltre alla declaratoria di mancata ottemperanza alla sentenza n. 2967/2020, anche la declaratoria di nullità dei su citati decreti assessoriali; con vittoria di spese.

Quindi, alla camera di consiglio del giorno 4 luglio 2023, presenti i difensori delle parti costituite come da verbale, il difensore del resistente Assessorato ha eccepito l'improcedibilità del ricorso introduttivo per intervenuta esecuzione della sentenza; nonché, l'inammissibilità della memoria notificata in data 11 maggio 2023 in quanto i decreti assessoriali avrebbero dovuto essere impugnati seguendo il rito ordinario, con conseguente tardività della loro impugnazione.

Dopo alcuni chiarimenti resi dal difensore di Sanicam, il difensore della parte ricorrente ha replicato alle eccezioni in rito, e la causa è stata posta in decisione.

G. – Ritiene il Collegio di potere prescindere dalle eccezioni in rito sollevate dalla difesa erariale, in quanto il ricorso per l'ottemperanza non è fondato, dovendosi escludere la lamentata violazione e/o elusione del giudicato.

Il cuore della vicenda contenziosa attiene alla presunta violazione o elusione del giudicato nascente dalla sentenza di questa Sezione n. 2967/2020, nelle parti confermate dal C.G.A. con la sentenza n. 994/2021.

Deve premettersi, per una migliore intelligenza della causa, che l'AGCM ha proposto ricorso al C.G.A. per l'ottemperanza della sentenza citata, sulla base di una segnalazione pervenutale con cui una struttura convenzionata lamentava l'omessa pubblicazione del decreto concernente i criteri di calcolo dell'aggregato per il biennio 2020-2021 (v. segnalazione in atti); conseguentemente, con il ricorso promosso inizialmente al C.G.A., l'AGCM, appresa la (presunta) mancata adozione dei provvedimenti di programmazione della spesa sanitaria da privato sia per il biennio 2020-2021, sia per il biennio 2022-2023, ha quindi dedotto la violazione del giudicato dolendosi della condotta dell'Assessorato, il quale, omettendo l'adozione degli atti programmatori dovuti, "continua ad assegnare i c.d. budget relativi all'assistenza specialistica da privato alle medesime strutture di più risalente convenzionamento, le quali, di anno in anno, vedono automaticamente confermati gli stanziamenti ricevuti mediante modalità e criteri dichiarati illegittimi", così consolidando "la posizione di indebito vantaggio degli operatori di "storicizzata contrattualizzazione" rispetto alle strutture di più recente convenzionamento o,

addirittura, che ambiscono ad accedere al mercato delle prestazioni sanitarie specialistiche da privato c.d. convenzionato in Sicilia” (cfr. ricorso riassunto).

Deve, a questo punto, preliminarmente osservarsi che, al momento in cui l’AGCM ha proposto il ricorso al C.G.A. (notificato il 10 agosto 2022), l’Assessorato invero aveva già adottato il D.A. n. 366 del 9 maggio 2022 di determinazione dell’aggregato di spesa per l’assistenza specialistica da privato, per gli anni dal 2020 al 2023 e, successivamente, i decreti assessoriali nn. 428, 429, 430 e 431 del 6 giugno 2022 (di determinazione degli aggregati, regionale e provinciali, per gli anni 2020, 2021, 2022 e 2023, rispettivamente, per le branche a visita, per la branca di laboratori di analisi, per la branca di radioterapia e di nefrologia, e per la branca di odontostomatologia), come evidenziato, del resto, dalla stessa ricorrente nella memoria presentata al Giudice di appello.

Di tale circostanza l’AGCM avrebbe potuto acquisire contezza, prima della proposizione del ricorso, nell’espletamento del ruolo istituzionale assegnatole a presidio dell’interesse pubblico sia dalla l. n. 287/1990 che dalla stessa sentenza ottemperanda, la quale ha precisato che la Regione avrebbe dovuto introdurre i nuovi criteri anche *“secondo le segnalazioni dell’AGCM”*, introducendo un’ottica collaborativa e sinergica, tale per cui l’AGCM avrebbe potuto fornire (e può fornire) un utile supporto al fine di contribuire al miglioramento dei criteri volti al superamento della spesa storica. Da quanto finora esposto consegue che non può condividersi l’assunto della ricorrente, espresso nella memoria depositata il 16 giugno, secondo cui non era tenuta a chiedere espressamente la nullità degli atti adottati in elusione del giudicato, in quanto il ricorso muoveva dalla premessa (insussistente) di una presunta inerzia dell’amministrazione.

Non sfugge al Collegio che per il Giudice di appello in taluni casi il G.A. ha il potere di dichiarare nulli anche d’ufficio gli atti adottati in violazione o elusione del giudicato (v. Cons. Stato n. 5425/2020), ma – a prescindere dalla circostanza per cui, in quella fattispecie, venivano in rilievo atti di esecuzione sopravvenuti, nella pendenza del giudizio di ottemperanza promosso avverso l’inerzia – ritiene che per atti preesistenti all’azione di ottemperanza, asseritamente in contrasto con il giudicato, la parte debba quantomeno formulare la domanda volta ad ottenere la declaratoria di nullità degli atti asseritamente violativi o elusivi del giudicato.

Ciò premesso e chiarito, giova ulteriormente rilevare come la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia recentemente ribadito come *“Salvo il caso di una decisione che contenga un precetto dotato dei caratteri di puntualità e precisione (propri ad esempio del titolo esecutivo), il giudicato di annullamento mantiene margini di discrezionalità in capo all’amministrazione. Alla configurabilità di differenti situazioni in sede di attività di esecuzione del giudicato e dunque di rinnovo della funzione amministrativa, in esito ad un giudicato di annullamento di atti in precedenza emanati nell’esercizio della medesima funzione, corrisponde la linea di demarcazione tra azione di ottemperanza ed azione impugnatoria; in particolare, in caso di adozione di atti emanati nell’esercizio di una funzione connotata da discrezionalità, l’afflizione dell’attività da eventuali nuovi vizi dà luogo a violazione od elusione del giudicato solo qualora l’atto ulteriore contenga una valutazione contrastante con le statuizioni in esso contenute; invece qualora i vizi ineriscano esclusivamente allo spazio valutativo rimesso dalla pronuncia di annullamento all’autorità amministrativa nel riesercizio della sua funzione, si configurano vizi di legittimità denunziabili in via cognitoria-impugnatoria (cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 21 luglio 2015 n. 3592). Solo nel caso in cui dal giudicato scaturisca un obbligo così puntuale da non lasciare margini di discrezionalità in sede di rinnovazione, l’assunzione di provvedimenti in violazione di tale obbligo può essere fatta valere con il giudizio di ottemperanza o nell’ambito dello stesso; se invece rimangono margini di discrezionalità, in cui sono stati esternati ulteriori e diversi motivi negativi, si è al di fuori dello spazio coperto dalla sentenza e gli atti successivamente emanati dall’amministrazione, pur riferiti ad un’attività rinnovata ora per allora, sono soggetti all’ordinario regime di impugnazione, in quanto è configurabile solo un vizio di legittimità, rilevabile e prospettabile nelle sedi proprie (così, ancora, Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 2013 n. 2899). (Cons. Stato, sez. VII, n. 5955/2022).*

Passando ora all’esame dei decreti assessoriali asseritamente affetti da nullità, ad avviso del Collegio non sussiste la lamentata violazione o elusione del giudicato; il che consente, altresì, di prescindere dal problema – conseguente all’intervenuta *mutatio libelli* – della disintegrità del contraddittorio in relazione a tutte le strutture private che hanno già sottoscritto i contratti per i due bienni in interesse.

Muovendo da quanto statuito con la sentenza ottemperanda, secondo cui "...Resta rimesso alla Regione siciliana farsi carico dell'applicazione dei principi di tutela della concorrenza nel settore della sanità privata accreditata e convenzionata, valutando, secondo il proprio prudente giudizio e le segnalazioni dell'AGCM, quali criteri introdurre...", osserva il Collegio che dall'esame dei decreti assessoriali si evince in primo luogo che l'Assessorato ha dichiaratamente dato esecuzione sia alla sentenza ottemperanda n. 2967/2020, sia a quella del C.G.A. n. 944/2021 (di parziale riforma della prima); facendo, altresì, applicazione dei principi espressi dal C.G.A. con la sentenza n. 970/2021, con cui è stato accolto il ricorso su taluni indicatori introdotti dal D.A. n. 2087/2018 per la ripartizione del 5% dell'aggregato di spesa, in quanto ritenuti intrinsecamente illogici.

Per quanto attiene al biennio 2020-2021, caratterizzato dalla pandemia da Covid-19 e da una normativa emergenziale, i decreti assessoriali contestati motivano in ordine alla situazione peculiare derivante dalla sospensione delle attività ordinarie, che non ha reso possibile la valutazione del fabbisogno creando effetti distorsivi sul versante della domanda e dell'offerta.

Va anche osservato che la stessa normativa emergenziale (v. art. 4, commi 5 e 5 bis, d.l. n. 34/2020 e ss.mm.) ha consentito di riconoscere alle strutture un contributo *una tantum* a titolo di ristoro di costi fissi sostenuti, per l'anno 2020, fino alla misura massima del 90% del budget assegnato; mentre, per l'anno 2021, il budget è stato agganciato alle prestazioni effettivamente erogate, valorizzando quindi un parametro quantitativo che – oltre a non essere stato specificamente contestato – presenta una sua *ratio*, in quanto il fatturato costituisce un indice della potenzialità erogativa della struttura e, quindi, della capacità di attrazione della domanda.

Per quanto attiene, quindi, al cuore del contenzioso – relativo al superamento del criterio del fatturato storico – deve osservarsi che, per il biennio 2022-2023:

- l'applicazione di tale criterio è stata delimitata al 50 % dei singoli budget assegnati nel 2019;
- la restante quota del 50% attiene al valore complessivo determinato dalla suddivisione, per ciascun distretto, della quota corrispondente al "fabbisogno standard di distretto da privato", quantificata nell'apposito allegato 1, divisa per il numero di strutture che insistono in ciascun distretto, al fine dichiarato di ottenere la "valorizzazione unitaria"; criterio che, ad avviso del Collegio, si pone in coerenza con quello della "dislocazione territoriale dei servizi" (menzionato nella sentenza ottemperanda).

Al fine di superare la cd. spesa storica, è stato quindi introdotto un ulteriore correttivo, tenendo conto del valore minore tra il budget assegnato nel 2019 e la produzione effettiva per ogni singola struttura, con un limite di variazione percentuale (-15%; + 100%); con un riferimento al fatturato, il quale, come già chiarito, costituisce un chiaro indice della potenzialità erogativa della struttura (uno dei criteri menzionati nella sentenza, la "potenzialità di erogazione").

Nessuna specifica contestazione, poi, risulta mossa avverso l'adeguamento, per le strutture accreditate ma non ancora contrattualizzate, a € 50.000,00 del budget di ingresso; elemento che si pone quale ulteriore tassello volto al superamento del criterio del fatturato storico.

Per quanto attiene ai criteri di tipo qualitativo – che, nella prospettazione dell'AGCM, dovrebbero essere stati subito introdotti a livello generale – deve osservarsi che l'abbandono del criterio storico è inevitabilmente progressivo, in quanto:

- l'Assessorato si è mosso nell'ottica di un "passaggio graduale dall'assegnazione del budget sulla base dello storico a quello basato sui fabbisogni rilevati nel territorio" (v. premesse dei decreti assessoriali);

- non può prescindere dall'invalidabile limite dei tetti di spesa, in relazione ad una programmazione generale in materia sanitaria preordinata anche al mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema (v. Consiglio di Stato, Ad. Plenaria n. 4/2012), *a fortiori* nel caso, quale quello della Regione Siciliana, di assoggettamento al Piano di rientro dal disavanzo;

- occorre comunque tenere conto del tempo in cui i soggetti già contrattualizzati hanno effettuato investimenti, elemento che non può essere del tutto obliterato (in tal senso, v. C.G.A. n. 59/2023).

Ritiene pertanto il Collegio che – una volta aperta la contrattualizzazione a nuovi soggetti accreditati, con un budget di ingresso di € 50.000,00, aumentato a € 100.000,00 per la branca di Radiologia – per le successive annualità l'Assessorato, in un'ottica di completamento del percorso anche con il

contributo collaborativo della stessa AGCM come indicato nella sentenza ottemperanda, procederà con ulteriori criteri, anche qualitativi, per la redistribuzione del budget tra tutti gli operatori già accreditati.

Pertanto, la determinazione contenuta nei su citati decreti assessoriali – avente carattere discrezionale e comportante il superamento, seppure in misura percentuale, dell'utilizzo del criterio storico – presenta un contenuto coerente con i principi affermati nella sentenza ottemperanda.

H. Le considerazioni che precedono, in conclusione, escludono la sussistenza della dedotta nullità per il duplice profilo: a) dell'assenza nella sentenza azionata di precetti di puntuale e tassativa vincolatività condizionanti l'esercizio del potere anche solo per il futuro; b) per il rilevato parziale adeguamento dell'Assessorato alle indicazioni nella stessa sentenza contenute secondo un percorso di graduale superamento del criterio c.d. "storico".

Né, come rilevato dalla difesa dell'Amministrazione regionale in sede di discussione orale, l'avvenuta notifica della memoria in data 11 maggio 2023 può valere ad introdurre una non esplicitata, e comunque tardiva, azione impugnatoria.

Deve, infine, darsi atto della peculiare posizione, sostanzialmente adesiva, di Sanicam nel presente giudizio, a fronte tuttavia dell'opposta prospettazione assunta nel giudizio di cognizione, di difesa del criterio della spesa storica a sostegno delle ragioni dell'Assessorato.

Conclusivamente, il ricorso, in quanto infondato, deve essere rigettato.

I. – Avuto riguardo alla natura pubblica dei principali contendenti e ai peculiari profili della controversia, sussistono eccezionalmente i presupposti per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore

Francesco Mulieri, Consigliere