

## **I principi comunitari in materia di concorrenza trovano applicazione anche per la stipula di accordi contrattuali tra il SSN e le strutture sanitarie private**

*di Giovanni Ranalli*

*Data di pubblicazione: 28-11-2019*

1. L'Azienda Sanitaria Locale è tenuta ad applicare le norme in materia di tutela di libera concorrenza anche nel caso di accordi contrattuali stipulati ai sensi dell'art. 8 quinquies del D.lgs. n. 502/92. Obbligo di attivare la procedura comparativa al fine di individuare i soggetti privati accreditati ad erogare prestazioni sanitarie secondo criteri oggettivi, non discriminatori e di efficienza.

2. E' da considerare illegittima la prassi adottata dall'Azienda sanitaria di prorogare accordi contrattuali in essere con il SSN, impedendo a tempo indeterminato ad altri operatori privati aventi i requisiti di poter ambire alla convezione ex art. 8 quinquies dal D.Lgs. n. 502/92.

*Conforme: Consiglio di Stato, sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574*

### **Guida alla lettura**

La Sentenza del Tar Umbria in commento è stata pronunciata nell'ambito di un procedimento giudiziale per silenzio inadempimento. Il soggetto privato ricorrente, in possesso di regolare accreditamento per erogare prestazioni sanitarie (nella specie diagnostica per immagini) in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale, aveva chiesto all'Azienda Sanitaria locale di poter sottoscrivere accordi contrattuali con la predetta Azienda ai sensi dell'art. 8 quinquies del D.lgs. n. 502/92. L'Azienda oltre a non evadere tale richiesta, ha continuato a prorogare (senza alcuna procedura concorrenziale) i contratti in essere con altri operatori privati.

Il Tar ha accolto il ricorso avverso il silenzio affermando nel corpo della motivazione l'obbligo per l'Amministrazione sanitaria di applicare, anche nel caso di accordi contrattuali previsti dal D.lgs. n. 502/92, i principi comunitari in materia di concorrenza. Il Tar, in particolare, ha affermato che l'obbligo per le aziende sanitarie di introdurre sistemi concorrenziali per la scelta dei soggetti accreditati, secondo criteri oggettivi, non discriminatori e di efficienza e nel rispetto dell'art. 8 quinquies D.lgs. 502/1992, non essendo compatibile con l'ordinamento la

prassi sin qui seguita di proroga automatica degli accordi contrattuali con i medesimi soggetti accreditati, fonte di evidente sperequazione tra gli operatori e di ingiustificate limitazioni anche quanto alla stessa scelta, da parte del paziente, della struttura sanitaria di fiducia, quale espressione del diritto alla salute costituzionalmente garantito.

La Sentenza richiama anche la giurisprudenza secondo cui l'ingresso nel sistema sanitario nazionale di nuovi operatori privati, in possesso dei requisiti per l'accreditamento, non può essere bloccato a tempo indeterminato, non potendo essere giustificato dall'esigenza di contenere la spesa sanitaria, giacché tale legittimo e necessario obiettivo non può essere conseguito a costo della violazione del principio di uguaglianza (Consiglio di Stato, sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574).

Va anche notato che la stessa Regione Umbria, nell'esercizio dei poteri regolamentari affidatigli dall'ordinamento nella materia sanitaria, ha introdotto alla fine del 2018 Linee Guida che obbligano le Aziende Sanitarie ad applicare procedure di valutazione comparativa nella scelta degli operatori privati chiamati a sottoscrivere convenzioni di cui al citato art. 8 quinquies.

**I principi comunitari in materia di concorrenza trovano applicazione anche per la stipula di accordi contrattuali tra il SSN e le strutture sanitarie private.**

**TAR Umbria, 17 giugno 2019, n. 331**

1. L'Azienda Sanitaria Locale è tenuta ad applicare le norme in materia di tutela di libera concorrenza anche nel caso di accordi contrattuali stipulati ai sensi dell'art. 8 quinquies del D.lgs. n. 502/92. Obbligo di attivare la procedura comparativa al fine di individuare i soggetti privati accreditati ad erogare prestazioni sanitarie secondo criteri oggettivi, non discriminatori e di efficienza.

2. E' da considerare illegittima la prassi adottata dall'Azienda sanitaria di prorogare accordi contrattuali in essere con il SSN, impedendo a tempo indeterminato ad altri operatori privati aventi i requisiti di poter ambire alla convezione ex art. 8 quinquies dal D.Lgs. n. 502/92.

1. *Conforme: Consiglio di Stato, sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574*

## **Guida alla lettura**

di Giovanni Ranalli

La Sentenza del Tar Umbria in commento è stata pronunciata nell'ambito di un procedimento giudiziale per silenzio inadempimento. Il soggetto privato ricorrente, in possesso di regolare accreditamento per erogare prestazioni sanitarie (nella specie diagnostica per immagini) in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale, aveva chiesto all'Azienda Sanitaria locale di poter sottoscrivere accordi contrattuali con la predetta Azienda ai sensi dell'art. 8 quinquies del D.lgs. n. 502/92. L'Azienda oltre a non evadere tale richiesta, ha continuato a prorogare (senza alcuna procedura concorrenziale) i contratti in essere con altri operatori privati.

Il Tar ha accolto il ricorso avverso il silenzio affermando nel corpo della motivazione l'obbligo per l'Amministrazione sanitaria di applicare, anche nel caso di accordi contrattuali previsti dal D.lgs. n. 502/92, i principi comunitari in materia di concorrenza. Il Tar, in particolare, ha affermato che l'obbligo per le aziende sanitarie di introdurre sistemi concorrenziali per la scelta dei soggetti accreditati, secondo criteri oggettivi, non discriminatori e di efficienza e nel rispetto dell'art. 8 quinquies D.lgs. 502/1992, non essendo compatibile con l'ordinamento la prassi sin qui seguita di proroga automatica degli accordi contrattuali con i medesimi soggetti accreditati, fonte di evidente sperequazione tra gli operatori e di ingiustificate limitazioni anche quanto alla stessa scelta, da parte del paziente, della struttura sanitaria di fiducia, quale espressione del diritto alla salute costituzionalmente garantito.

La Sentenza richiama anche la giurisprudenza secondo cui l'ingresso nel sistema sanitario nazionale di nuovi operatori privati, in possesso dei requisiti per l'accreditamento, non può essere bloccato a tempo indeterminato, non potendo essere giustificato dall'esigenza di contenere la spesa sanitaria, giacché tale legittimo e necessario obiettivo non può essere conseguito a costo della violazione del principio di uguaglianza (Consiglio di Stato, sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574).

Va anche notato che la stessa Regione Umbria, nell'esercizio dei poteri regolamentari affidatigli dall'ordinamento nella materia sanitaria, ha introdotto alla fine del 2018 Linee Guida che obbligano le Aziende Sanitarie ad applicare procedure di valutazione comparativa nella scelta degli operatori privati chiamati a sottoscrivere convenzioni di cui al citato art. 8 quinquies.

**REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 245 del 2018, proposto da Medicenter Group S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Garzuglia ed Emiliano Strinati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Emiliano Strinati in Terni, via Armellini 1/B;

***contro***

Ausl Umbria 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizia Bececco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Regione Umbria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Natascia Marsala, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Protos s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giampaolo Delli Cicchi e Vincenzo Del Duca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Marcacci in Perugia, via Favorita, 9;  
Servizi Sanitari S.r.l.;

***per l'accertamento***

della illegittimità del silenzio serbato dall'Azienda Unitaria Sanitaria Locale Umbria 2 sull'istanza della società Medicenter S.r.l. del 15 novembre 2017 con la quale è stato chiesto alla predetta Amministrazione sanitaria: «che venga stipulato un accordo contrattuale tra la ASL Umbria 2 ed il MEDICENTER GROUP di Terni per l'anno 2018 tale da consentire alla ASL Umbria 2 di abbattere i costi del convenzionamento con le strutture private accreditate e di offrire ai cittadini di Terni un maggior numero di prestazioni sanitarie in strutture più vicine alla loro residenza »;

per la declaratoria dell'obbligo dell'Azienda Unitaria Sanitaria Locale Umbria 2 di provvedere in ordine alla suddetta istanza del 15.11.2017 e, conseguentemente, di procedere con la conclusione del procedimento concernente la richiesta di stipula di accordo convenzionale ai sensi dell'art. 8 quinquies del D.lgs, n. 502/19992 e D.G.R. 857/2017 e tutte le attività ad esso connesse formulate;

nonché, per quanto possa occorrere, per la nomina di un Commissario ad acta, in caso di perdurante inerzia dell'Amministrazione

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Usl Umbria 2, della Regione Umbria e di Protos S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2019 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.-L'odierna ricorrente, titolare di poliambulatorio privato in Terni nonché dell'autorizzazione e accreditamento per varie prestazioni specialistiche, propone azione di accertamento, ai sensi degli artt. 31 e 117 c. p. a., dell'illegittimità del silenzio - rifiuto serbato dall'Ausl Umbria 2 sull' istanza presentata dalla ricorrente il 15 novembre 2017 tesa alla conclusione del procedimento concernente la richiesta di stipula di accordo ai sensi dell'art. 8 quinquies del D.lgs, n. 502/19992 e della d.G.R. 857/2017 per alcune prestazioni di diagnostica inerente l'anno 2018.

Lamenta in sintesi la violazione e falsa applicazione dell'art. 8-quinquies comma 2 D.lgs. 502/92, dell'art. 2 L. 241/90 e dell'art. 97 Cost., sostenendo la sussistenza di obbligo a carico dell'Azienda sanitaria di effettuare procedure comparative per l'individuazione degli operatori accreditati ed autorizzati con i quali stipulare l'accordo contrattuale, essendo del tutto illegittima la prassi sin qui osservata di prorogare gli accordi in essere sempre con i medesimi soggetti, senza alcuna apertura nei confronti degli altri. Lamenta come l'Ausl intimata abbia di fatto sospeso "*sine die*" l'attivato procedimento al fine di attendere indicazioni da parte della Regione. A dire della ricorrente, infine, il termine per provvedere sarebbe ampiamente scaduto in ragione dell'applicazione del termine generale e sussidiario di 30 giorni di cui all'art. 2 L.241/90 in carenza di un diverso termine stabilito dalla normativa di settore.

Si è costituita la Regione Umbria eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva, essendo l'istanza diretta nei soli confronti dell'Ausl; quanto al merito non sarebbe invocabile alcun diritto alla stipulazione degli accordi contrattuali in questione.

Si è costituita anche l'Ausl Umbria 2 la quale, previa ampia ricostruzione del quadro normativo di riferimento, ha evidenziato di essersi attivata presso la Regione al fine di ampliare la platea dei soggetti privati convenzionati, sospendendo l'istanza avanzata dalla ricorrente in attesa del necessario riscontro regionale, essendo quantomeno dubbia in "*subiecta materia*" la sussistenza dell'obbligo di effettuare o meno selezioni riservate agli operatori accreditati.

Si è costituita infine anche Protos s.r.l. in qualità di struttura privata accreditata convenzionata con l'Ausl Umbria 2, eccependo l'infondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 6 novembre 2018 è stato disposto il rinvio della trattazione stante l'annunciata sopravvenienza di provvedimento regionale inerente la definizione degli accordi *de quibus*, potenzialmente ritenuto idoneo a determinare il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione.

Parte ricorrente ha successivamente rappresentato che con d.G.R. 1516/18 del 27 dicembre 2018 la Regione ha adottato linee guida per la definizione di accordi contrattuali per gli anni 2019-2021, stabilendo l'obbligo di espletare selezione tra gli operatori accreditati; ciò nonostante l'Ausl resistente, all'uopo diffidata, non avrebbe indetto alcuna selezione sì da perseverare nel proprio comportamento inadempiente all'obbligo di provvedere.

Con separato ricorso (Rg. 144/2019) Medicenter Group s.r.l. ha impugnato la nota dell'Ausl Umbria 2 trasmessa il 27 dicembre 2018 con la quale vengono prorogate al 30 aprile 2019 le convenzioni in essere con le strutture accreditate (Protos s.r.l. e Servizi Sanitari s.r.l.) precludendole la possibilità di accedere alla stipula degli accordi contrattuali, nonché ulteriori atti tra cui la stessa d.G.R. 1516 del 20 dicembre 2018 nella parte in cui dovesse consentire la proroga delle suddette convenzioni.

Con nota prot. 30457 dell'11 febbraio 2019 l'Ausl resistente ha comunicato alla ricorrente la proroga degli accordi contrattuali sino al 30 aprile 2019 con le strutture accreditate senza alcuna previsione di espletamento di procedura concorsuale per la stipula degli accordi contrattuali.

Alla camera di consiglio del 10 maggio 2019, la difesa della Protos s.r.l. ha eccepito l'inammissibilità del gravame per carenza di attualità dell'interesse al ricorso, vertendo la domanda azionata esclusivamente sull'annualità 2018, evidenziando altresì l'impossibilità per l'Amministrazione di procedere alla richiesta selezione in carenza di una regolamentazione di dettaglio; di contro la difesa della ricorrente ha replicato l'attualità del proprio interesse alla decisione in considerazione dell'intervenuta proroga delle convenzioni in essere con gli altri operatori accreditati; indi la causa è stata trattenuta in decisione. Alla medesima camera di consiglio parte ricorrente ha rinunciato, quanto al connesso ricorso Rg. 144/2019 alla domanda incidentale cautelare, con fissazione della trattazione nel merito all'udienza pubblica dell'8 ottobre 2019.

## DIRITTO

2. - E' materia del contendere l'inadempimento dell'Ausl Umbria 2 all'obbligo di provvedere all'attivazione di procedure concorrenziali per la scelta degli operatori sanitari privati, autorizzati ed accreditati, con cui concludere gli accordi contrattuali di cui all'art.8-quinques D.lgs n. 502/1992.

L'odierna ricorrente è pacificamente titolare di poliambulatorio privato in Terni nonché dell'autorizzazione e accreditamento per varie prestazioni specialistiche di diagnostica ed ha inoltrato il 15 novembre 2017 istanza volta all'attivazione delle suddette procedure, con l'intento di voler concorrere alla stipulazione dei predetti accordi.

3. - La domanda azionata dalla ricorrente va qualificata, ex art. 32 c. 2, c.p.a., oltre che quale declaratoria della illegittimità del silenzio serbato dall'Ausl Umbria 2, di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale azionata ai sensi dell'art. 31 c. 3, c.p.a. ovvero dell'obbligo dell'intimata Amministrazione di attivazione di selezioni comparative tra le strutture sanitarie private accreditate per la stipulazione degli accordi contrattuali. Infatti, a dire della ricorrente l'azienda sanitaria, anche in virtù dei principi comunitari applicabili, sarebbe del tutto vincolata all'esperimento di tali selezioni, con conseguente obbligo a provvedere in senso favorevole all'interesse azionato.

4. - Giova preliminarmente ripercorrere in estrema sintesi il quadro normativo di riferimento, come peraltro già efficacemente effettuato dalle difese delle parti.

Ai sensi dell'art.32 comma 8 L. n. 449/1997 la Regione è titolare di un potere autoritativo di programmazione, dovendo fissare i limiti di spesa (c.d. tetti) ed a determinare le risorse da destinare alle prestazioni sanitarie da effettuare, avendo presente che non è possibile contare su risorse illimitate.

Il modello contrattuale, di cui all'art.8-quinques D.lgs n. 502/1992, cit., si innesta in un contesto ordinamentale nel quale il limite massimo della spesa sostenibile fa parte dell'oggetto della contrattazione, per cui la prevista contrattazione a livello periferico si riduce nella sottoposizione ai privati di uno schema di convenzione già predisposto. (cfr., T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 7 ottobre 1999, n. 724; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 agosto 2003, n. 3101).

Al fine di essere riconosciuti quali erogatori del SSN (o meglio, nello specifico, del SSR) sono necessari vari passaggi logicamente e proceduralmente separati tra loro ma consequenziali, orientati al perseguimento di obiettivi diversi, tutti facenti capo alla Regione. Il perno dell'attuale disegno normativo è costituito da un accordo contrattuale (riconducibile al modello di cui all'art. 11 L.241/90, cfr. T.A.R. Puglia Bari sez. I, 9 luglio 2003, n. 2790, T.A.R. Sicilia Catania sez. II, 19 settembre 2005, n. 1426) inteso quale elemento terminale di un complesso procedimento tecnico-giuridico, che fa da intermediario nel rapporto tra domanda e offerta di prestazioni sanitarie.

L'articolo 8-quinques del d.lgs. 502/92 s.m. quanto al contenuto degli accordi e dei contratti, dispone che la Regione, una volta fissati i tetti di spesa e i volumi di attività per singola

specialità, indichi, mediante un provvedimento amministrativo, gli obiettivi della salute da perseguire e le tipologie delle prestazioni sanitarie da erogare.

In sintesi quindi può dirsi che il sistema di programmazione sanitaria è incentrato su un modello bifasico, che si articola in una fase autoritativa regionale, a cui segue un momento di negoziazione su base territoriale.

Gli accordi contrattuali concludono quindi il processo, individuando - ai sensi del medesimo articolo 8-quater - i soggetti, tra quelli che hanno ottenuto l'accreditamento (avente valenza concessoria cfr. Consiglio di Stato sez. V, 2 febbraio 2010 n. 454) che hanno titolo di erogare prestazioni a carico del Servizio sanitario nazionale. Le regioni individuano i soggetti tenuti a stipulare gli accordi (le stesse regioni o le aziende sanitarie locali) e i contenuti dell'accordo, non negoziabili in considerazione della natura autoritativa collegata alla programmazione regionale.

In questo ambito, ai sensi dell'articolo 8-quater, comma 2, è innegabile la non obbligatorietà a stipulare accordi contrattuali con tutti i soggetti accreditati (*ex multis* T.A.R., Sicilia Palermo, sez. I, 29 settembre 2014, n. 2362)

Infine, giova evidenziare come ai sensi del comma 2 del citato art. 8 quinquies del D. Lgs. n. 502/92 "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 ospedaliero-universitarie, e stipulano contratti con quelle private e con i professionisti accreditati, anche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale...".

Con D.G.R. 1516/18 del 27 dicembre 2018 la Regione Umbria ha adottato linee guida per la definizione di accordi contrattuali per gli anni 2019-2021, stabilendo l'obbligo per le Ausl di espletare valutazioni comparative propedeutiche alla conclusione degli accordi.

5. - Tanto premesso, il ricorso è fondato e merita accoglimento.

6. - Sussistono nel caso di specie, anzitutto, i presupposti di ammissibilità del rito previsto dall'art. 31 del c.p.a., costituiti dalla titolarità in capo al soggetto istante di una posizione qualificata che legittimi la richiesta e dal decorso del termine di conclusione del procedimento con conseguente formazione del silenzio rifiuto.

6.1. - Per quanto attiene al primo profilo, sussiste la legittimazione e l'interesse dell'impresa richiedente all'attivazione di procedure comparative per la conclusione degli accordi, avendo essa presentato quale operatore sanitario accreditato ed autorizzato specifica istanza all'Ausl Umbria 2.

La circostanza dell'inerenza dell'istanza all'anno 2018 appare irrilevante, dal momento che l'inerzia dell'azienda intimata si è protratta per tutto l'anno corrente mediante proroghe alle convenzioni in essere con Protos s.r.l. e Servizi Sanitari s.r.l. consolidando così l'inerzia nel provvedere (vedi la nota prot. 30457 dell'11 febbraio 2019) in senso lesivo per la posizione

sostanziale azionata.

6.2. - Quanto al secondo aspetto, deve rammentarsi che la conclusione del procedimento in questione è giocoforza sottoposta al termine di complessivi 30 giorni (decorrenti dalla presentazione dell'istanza), ai sensi dell'art. 2 c. 2 della legge 241/90, non essendo previsto nella normativa di settore alcun diverso termine e dovendo quindi applicarsi quello generale e sussidiario valevole per l'adempimento all'obbligo di provvedere di ogni pubblica amministrazione (*ex multis* T.A.R. Umbria 21 maggio 2018, n. 364).

Sussiste pertanto l'ulteriore condizione rappresentata dal decorso del predetto termine di conclusione del procedimento senza che l'ente intimato si sia espressamente pronunciato sull'istanza della ricorrente. Va infatti rilevato come l'Ausl abbia soltanto adottato atti di contenuto soprassessorio (da ultimo con la richiamata nota prot. 30457 dell'11 febbraio 2019) in dichiarata attesa delle linee guida regionali, senza mai concretamente provvedere, anche dopo l'emanazione di quest'ultime, sull'istanza presentata dalla ricorrente.

6.3. - Sussistono inoltre gli ulteriori requisiti processuali codificati dall'art. 31 c. 2 c. p. a. essendo l'azione proposta entro il prescritto termine annuale, nonché quello della riferibilità dell'istanza a posizione sostanziale di interesse legittimo (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. IV, 31 luglio 2018, n. 4689) non invocando parte ricorrente la lesione del diritto alla stipulazione degli accordi di cui all'art.8-quinques D.lgs n. 502/1992 (pretesa come detto del tutto priva di tutela e comunque inammissibile nel rito speciale di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a) bensì dell'interesse legittimo pretensivo a concorrere alla selezione per la stipulazione degli accordi ovvero all'apertura del mercato sanitario verso forme concorrenziali.

7. - Quanto al profilo della fondatezza della pretesa sostanziale azionata, ravvisa il Collegio - pur nella indubbia delicatezza della questione - elementi di sicuro fondamento.

7.1. - Se è pacifico come ai sensi dell'articolo 8-quater, comma 2, vada esclusa l'obbligatorietà a stipulare accordi contrattuali con tutti i soggetti accreditati (*ex multis* T.A.R., Sicilia Palermo, sez. I, 29 settembre 2014, n. 2362) deve essere al contempo affermata, una volta che il sistema sanitario richieda l'intervento dei privati, la necessità di apertura concorrenziale ai nuovi operatori sanitari, per fondamentali esigenze di rilievo costituzionale (imparzialità e buon andamento art. 97 Cost.) e comunitario (non discriminazione, libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi) di cui al Trattato UE (cfr. T.A.R. Puglia Lecce sez. II, 29 luglio 2014, n. 2028).

7.2. - Ai fini della normativa comunitaria le strutture operanti nel settore della sanità privata assumono la veste di operatori economici, secondo l'ampia nozione di operatore economico elaborata dalla giurisprudenza (*ex multis* Corte giustizia UE, sez. V, 18 dicembre 2014, n. 568; T.A.R., Lazio -Roma, sez. II, 19 gennaio 2018, n. 667) la quale abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico della detta entità e delle sue modalità di finanziamento (C.G.U.E. 17 febbraio 1993 C-159/91 e C-160/91).

Ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2006/123/CE "Bolkestein" i servizi sanitari debbono essere considerati servizi di interesse generale esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva

stessa in tema di c.d. liberalizzazione delle attività economiche.

7.3. - Come noto, restrizioni delle libertà fondamentali garantite dal Trattato UE possono essere unicamente giustificate da “ragioni imperative di interesse generale” purchè idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito nel limite della proporzionalità (*ex multis* G.C.U.E. sentenza 13 dicembre 2007 causa C-250/06).

7.4. - Nel nostro ordinamento non sussiste un regime di libero mercato delle prestazioni sanitarie, ricoprendo le strutture pubbliche una posizione differenziata, dal momento che le esigenze di programmazione e organizzazione del SSN impongono di evitare il rischio di sottoutilizzazione delle strutture pubbliche, la predeterminazione dei soggetti erogatori privati nei soli operatori accreditati e la remunerazione in base al sistema a tariffa, al fine di del contenimento della spesa pubblica (Corte Costituzionale sent. 2 aprile 2009, n. 94).

Pur nell’ambito di tale differenziazione con le strutture pubbliche del SSN - le quali non costituiscono imprese nel senso comunitario sopra esposto in considerazione delle finalità di interesse generale e solidaristico perseguite (T.A.R. Lombardia Milano sez. III, 16 giugno 2010, n. 1891) - le strutture private accreditate svolgono servizi di rilievo economico e sono assoggettate ai principi del Trattato UE di cui all’art. 49 (ex 43) e 56 (ex 49). Le cure sanitarie transfrontaliere, d’altronde, per il loro carattere economico rientrano nel campo di applicazione dell’art. 49 Trattato UE (odierno art. 56 TFUE) (C.G.U.E. Grande Sezione causa C-372/04).

7.5. - Infatti, fermo restando le esaminate esigenze di programmazione e contenimento della spesa sanitaria, che possono giustificare come visto anche il monopolio pubblico e la negazione della stipulazione di accordi contrattuali, una volta che l’Amministrazione decida di addivenire al perfezionamento di accordi con le strutture accreditate non vi è ragione riconducibile alla ristretta nozione di “ragioni imperative di interesse generale” per non applicare i principi concorrenziali garantiti dal Trattato.

E ciò anche a prescindere dall’applicazione della normativa comunitaria ed interna in tema di appalti e concessioni pubblici, estendendosi l’obbligo di evidenza pubblica ad ogni fattispecie in cui una pubblica amministrazione concede a terzi determinate opportunità di guadagno (*ex multis* Consiglio di Stato sez. VI , 10 gennaio 2007, n. 30) in ossequio ai principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza valevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione.

7.6. - Tanto premesso, anche il legislatore statale non ha mancato di prevedere elementi di concorrenzialità nella scelta degli operatori accreditati (comma 2 del citato art. 8-quinquies del D.Lgs. n. 502/92) pur senza renderli strettamente cogenti, così come la stessa Regione Umbria che con d.G.R. 1561/2018 nel dettare linee guida per la definizione degli accordi per il triennio 2019/2021, ha testualmente affermato “Ritenuto opportuno che le Aziende USL stipulino accordi/contratti con gli erogatori mettendo in atto valutazioni comparative di qualità e costi, come previsto dall’art. 8-quinquies, promuovendo anche forme negoziali che determinino riduzione del costo unitario delle prestazioni in base a volumi e/o qualità” potendo essa dettare misure pro concorrenziali nel rispetto degli obiettivi statali (*ex multis* Corte

Costituzionale, 21 dicembre 2016, n.285, id. sent. nn. 165/2014 e 288/2010) dunque elevando gli standard concorrenziali tracciati dallo Stato.

7.7. - L'adozione di tali linee guida determina anche il difetto di legittimazione passiva della Regione Umbria, avendo essa provveduto per quanto di relativa competenza ed essendo comunque l'istanza della ricorrente rivolta nei confronti della sola Ausl Umbria 2.

7.8. - Ciò comporta l'obbligo per le aziende sanitarie di introdurre sistemi concorrenziali per la scelta dei soggetti accreditati presenti nella Regione Umbria, secondo criteri oggettivi, non discriminatori e di efficienza e nel rispetto dell'art. 8 quinquies D.lgs. 502/1992, non essendo compatibile con l'ordinamento la prassi sin qui seguita di proroga automatica degli accordi contrattuali con i medesimi soggetti accreditati, fonte di evidente sperequazione tra gli operatori e di ingiustificate limitazioni anche quanto alla stessa scelta, da parte del paziente, della struttura sanitaria di fiducia, quale espressione del diritto alla salute costituzionalmente garantito (*ex multis* Corte Costituzionale sent. 26 ottobre 2012, n. 236).

7.9. - Anche la giurisprudenza, d'altronde, seppur in modo non univoco non ha mancato di affermare che l'ingresso nel sistema sanitario nazionale di nuovi operatori privati, in possesso dei requisiti per l'accreditamento, non può essere bloccato a tempo indeterminato, non potendo essere giustificato dall'esigenza di contenere la spesa sanitaria, giacché tale legittimo e necessario obiettivo non può essere conseguito a costo della violazione del principio di uguaglianza (Consiglio di Stato, sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574, *contra* T.A.R. Trentino Alto Adige - Bolzano, 2 settembre 2015, n. 277).

Similmente la stessa Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha evidenziato la necessità di aprire il mercato della sanità a nuovi operatori, risultando ingiustificatamente restrittiva della concorrenza la prassi ampiamente seguita della proroga automatica degli accordi contrattuali agli stessi soggetti accreditati (AGCom adunanza 28 ottobre 2015).

8. - Il ricorso deve quindi essere accolto, ordinando all'Ausl Umbria 2 nella persona del Direttore Generale di attivarsi espressamente sulla istanza della azienda ricorrente, con le modalità di cui in motivazione, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione o notifica della presente sentenza.

9. - Per l'ipotesi di ulteriore inadempimento il Collegio procederà alla nomina - su istanza della ricorrente - di commissario ad acta, il quale provvederà in luogo e a spese dell'Amministrazione inadempiente.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite, in considerazione della obiettiva complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto - previa estromissione della Regione Umbria - lo accoglie e per l'effetto ordina al Direttore Generale dell'Ausl Umbria 2 di

provvedere, nel termine di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione o notifica della presente sentenza, all'adozione delle proprie determinazioni finali in ordine all'istanza presentata dalla ricorrente, come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2019.