

REPUBBLICA ITALIANA



Regione Siciliana
ASSESSORATO DELLA SALUTE
Dipartimento Regionale per la pianificazione strategica
Area Interdipartimentale 3 - Affari Giuridici
Servizio 5 Economico finanziario

Prot.n. A.I.3 - S.5/ 55752

PALERMO 21/12/2021

OGGETTO: art. 5 comma 15 della l.r. 12 maggio 2020 n. 9.

Ai rappresentanti legali
dell'e Aziende sanitarie provinciali
sede

Come è noto, il comma 15 dell'art. 5 della l.r. 12 maggio 2020 n. 9 "Legge di stabilità regionale 2020/2022" stabilisce che:

"Al fine di garantire alle strutture private accreditate un regolare flusso di cassa per il finanziamento delle attività assistenziali con onere a carico del S.S.R. e per l'assolvimento degli oneri di gestione, funzionale a garantire la continuità del servizio e la pronta disponibilità nell'ambito del SSR, le strutture sanitarie specialistiche accreditate di cui al Dec. Ass. 9 novembre 2018 n. 2087, per le mensilità oggetto dell'emergenza Covid -19, sono remunerate, a partire dalla mensilità di marzo 2020, a titolo di <indennità di funzione> per un importo pari ad un dodicesimo del budget assegnato per il 2019, come definito dall'art. 2 del decreto assessoriale n. 2087/2018, emettendo regolare fattura alle Aziende sanitarie provinciali di competenza. Il superiore importo, da considerare in acconto sul budget assegnato o assegnando per il 2020, indipendentemente dal dimensionamento dell'aggregato di spesa anno per anno definito, può essere oggetto di conguaglio a fine anno con le prestazioni effettivamente erogate nel corso dello stesso anno e prendendo in considerazione a tal uopo, esclusivamente, gli importi maturati come extra-budget non liquidabile nel triennio 2020-2022. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle strutture di riabilitazione "ex articolo 26" ed ai centri diurni per i soggetti affetti da disturbi dello spettro autistico accreditati e convenzionati".

La norma, che introduce, per le mensilità oggetto dell'emergenza Covid – 19, una sorta di "indennità di funzione" a favore di tutte le strutture specialistiche private accreditate pari ad un dodicesimo del budget del 2019 come definito dal D.A. n. 2087/2018 e che ha l'effetto di disporre un rinvio dei costi negli anni successivi, aumentando di fatto l'aggregato di spesa che - come è noto - deve mantenersi nei limiti del tetto fissato dall'art. 15 comma 14 del D.L. n. 95/2012, convertito dalla legge n. 135/2012 e s.m.i., è stata oggetto di osservazioni e rilievi critici da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento Ragioneria Generale dello Stato.

Il Ministero, infatti, con la nota prot. n. 114707 – U del 6 luglio 2020, ne ha rilevato il conflitto con l'art. 8 sexies del D.Lgs. n. 502/1992 e s.m.i., che individua precisi criteri per l'attribuzione del finanziamento a funzione e la non coerenza con la disposizione statale di cui all'art. 4 del D.L. 19 maggio 2020 n. 34, convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020 n. 77, prospettandone l'impugnazione per contrasto con l'art. 81 della Costituzione.

Per pronta agevolazione si trascrive il contenuto del comma 5 bis dell'art. 4 del D.L. n. 34/2020, nel testo inserito dall'art. 19 ter comma 1 lett. b) del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020 n. 176, al quale la norma regionale non appare del tutto allineata, alimentando, peraltro, il fondato dubbio di una duplicità, almeno parziale, di interventi e di costi per il sistema sanitario regionale:

“5-bis. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano che, in funzione dell'andamento dell'emergenza da COVID-19, hanno sospeso, anche per il tramite dei propri enti, le attività ordinarie possono riconoscere alle strutture private accreditate destinatarie di apposito budget per l'anno 2020 fino a un massimo del 90 per cento del budget assegnato nell'ambito degli accordi e dei contratti di cui all'articolo 8- quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, stipulati per l'anno 2020, ferma restando la garanzia dell'equilibrio economico del Servizio sanitario regionale. Il predetto riconoscimento tiene conto, pertanto, sia delle attività ordinariamente erogate nel corso dell'anno 2020 di cui deve essere rendicontata l'effettiva produzione, sia, fino a concorrenza del predetto limite massimo del 90 per cento del budget, di un contributo una tantum legato all'emergenza in corso ed erogato dalle regioni e province autonome nelle quali insiste la struttura destinataria di budget, a ristoro dei soli costi fissi comunque sostenuti dalla struttura privata accreditata e rendicontati dalla stessa struttura che, sulla base di uno specifico provvedimento regionale, ha sospeso le attività previste dai relativi accordi e contratti stipulati per l'anno 2020. Resta fermo il riconoscimento, nell'ambito del budget assegnato per l'anno 2020, in caso di produzione del volume di attività superiore al 90 per cento e fino a concorrenza del budget previsto negli accordi e contratti stipulati per l'anno 2020, come rendicontato dalla medesima struttura interessata”.

La ratio perseguita dalla norma statale è, in tutta evidenza, quella di prevedere, la possibilità per le Regioni, fermo restando la garanzia dell'equilibrio economico del S.S.R., di riconoscere alle strutture private accreditate destinatarie di apposito budget per l'anno 2020, che abbiano sottoscritto il relativo accordo contrattuale e che, a causa della temporanea sospensione delle attività, abbiano erogato una produzione sanitaria nel medesimo anno inferiore al 90% del budget, un contributo “una tantum” a titolo di ristoro dei soli costi fissi sostenuti e rendicontati dalla struttura correlati al periodo di sospensione dell'attività, fino a concorrenza del 90% del predetto budget.

Al fine di un'uniforme applicazione sul territorio regionale di quanto disposto dalla norma statale sopra riportata, quest'Amministrazione con la direttiva assessoriale n. 16717 del 26 marzo 2021, ha fornito a codeste Aziende indirizzi per le modalità applicative dei commi 5 bi e 5 ter dell'art. 4 del D.L. n. 34/2020 nel testo novellato.

L'alea di una duplicità di interventi è ulteriormente corroborata dalla sopravvenuta disposizione di cui al comma 2 dell'art. 26, rubricato “Disposizioni in materia di liste di attesa e utilizzo flessibile delle risorse”, del D.L. 25 maggio 2021 n. 73, convertito con modificazioni dalla L. 23 luglio 2021 n. 106, che recita:

“Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano per il raggiungimento delle finalità di cui al comma 1, fermo restando il prioritario ricorso alle modalità organizzative di cui al comma 1, possono integrare gli acquisti di prestazioni ospedaliere e di specialistica ambulatoriale da privato, di cui agli accordi contrattuali stipulati per l'anno 2021, ai sensi dell'art. 8 quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502, in deroga all'art. 15, comma 14, primo periodo, del decreto legge 6 luglio 2012 n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2021 n. 135 e,

ferma restando la garanzia dell'equilibrio economico del servizio sanitario regionale, anche utilizzando eventuali economie derivanti da budget attribuiti per l'anno 2020. A tal fine le regioni e le province autonome rimodulano il piano delle liste di attesa adottato ai sensi dell'art. 29 del decreto – legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020 n.126, prevedendo, ove ritenuto, il coinvolgimento delle strutture private accreditate e conseguentemente rimodulando l'utilizzo delle relative risorse. Le strutture private accreditate eventualmente interessate dal periodo precedente rendicontano alle rispettive regioni entro il 31 gennaio 2022 le attività effettuate nell'ambito dell'incremento del budget assegnato, anche ai fini della valutazione della predetta deroga”.

Quest'ultima norma, pur rimanendo prioritario il ricorso alle modalità organizzative indicate al primo comma (prestazioni aggiuntive della dirigenza e del comparto sanità dipendente dal S.S.N. e aumento monte ore della specialistica ambulatoriale convenzionata interna) prevede, al fine di consentire un maggior recupero delle prestazioni, anche, di specialistica ambulatoriale non erogate dalle strutture pubbliche e private accreditate nel 2020 a causa dell'intervenuta emergenza epidemiologica da Covid 19 e nell'ottica di una riduzione delle liste di attesa, l'utilizzo di eventuali economie derivanti dai budget attribuiti nell'anno 2020, ferma restando, ovviamente, la garanzia dell'equilibrio economico del servizio sanitario regionale.

A seguito delle criticità sollevate dalla Ragioneria Generale dello Stato, il Presidente della Regione ha assunto l'impegno formale con la Presidenza del Consiglio dei Ministri di adeguare la normativa regionale alle disposizioni nazionali ed, in particolare, alle disposizioni del citato art. 4 del D.L. n. 34/2020 nel testo novellato.

La Giunta regionale, con la deliberazione n. 181 del 21 aprile 2021, valutata l'impossibilità di rendere compatibile l'attuale testo normativo regionale con la suddetta disposizione statale, ha approvato il disegno di legge concernente “Modifiche all'articolo 5 commi 8, 9 e 15 della legge regionale 12 maggio 2020 n. 9 che prevede la soppressione di quest'ultimo comma.

C'è un ulteriore profilo da considerare correlato alla circostanza che l'indennità di funzione riconosciuta alle strutture specialistiche accreditate dal comma 15 dell'art. 5 della l.r. n. 9/2020 è prevista, a partire dalla mensilità di marzo 2020, per un importo pari ad un dodicesimo del budget assegnato nel 2019, come definito dall'art. 2 del D.A. 9 novembre 2018 n. 2087 (S.O. alla G.U.R.S. 30 novembre 2018 n. 51).

Come è noto a codeste Aziende il sopracitato decreto è stato annullato dal TAR Palermo che, con la sentenza n. 2967/2020, ha disposto l'accoglimento del ricorso proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e, con graduazione degli effetti caducatori, ha dichiarato l'illegittimità del D.A. n. 2087/2018, perchè, unicamente per il 2018 e prevalentemente per il 2019 nella misura del 95%, incentrato sul criterio del fatturato storico in violazione dei principi eurocomunitari di libera concorrenza e di libero mercato.

Di conseguenza, il D.A. è stato dichiarato illegittimo con effetti ex nunc limitatamente all'anno 2018, mantenendo, pertanto, fermi, gli effetti, anche negoziali e convenzionali che lo stesso decreto ha determinato nei rapporti tra la Regione e le AA.SS.PP. e tra queste e gli operatori del settore.

Diversamente, in relazione all'anno 2019, il Tribunale ha statuito l'annullamento del decreto con effetti ex tunc; ciò “in quanto l'AGCM ha proposto il ricorso antecedentemente alla sottoscrizione dei contratti da parte delle strutture private e l'amministrazione era da tempo consapevole della necessità di superare il criterio della spesa storica”.

L'Avvocatura dello Stato ha ritenuto la sentenza non suscettibile di utile gravame, in quanto sostanzialmente equilibrata e corretta; tuttavia, l'Assessorato ne ha chiesto l'impugnazione limitatamente al capo in cui dispone l'annullamento con effetti ex tunc del D.A. n. 2087/2018, posto

che tale statuizione avrebbe esposto l'Amministrazione a gravi difficoltà di natura interpretativa ed esecutiva nonché ad effetti pregiudizievoli di rilevante entità, oltre a possibili azioni risarcitorie.

A seguito della proposizione dell'appello da parte della stessa Avvocatura, il C.G.A., con la sentenza n. 944 del 10 novembre 2021, in parziale riforma della pronuncia di primo grado, né ha statuito l'efficacia ex nunc.

Orbene, nella considerazione che il comma 15 dell'art. 5 della l.r. 9/2020 parametrava l'indennità di funzione riconosciuta alle strutture specialistiche accreditate ad un dodicesimo del budget assegnato nel 2019, come definito dall'art. 2 del D.A. n. 2087/2018, esso finisce per perpetuare, anche per il 2020, il criterio della spesa storica che, invece, a prescindere dagli effetti caducatori ex nunc o ex tunc, è stato indiscutibilmente disatteso dal TAR Palermo con la sopracitata sentenza.

In altre parole la norma regionale, correlando l'indennità di funzione al budget assegnato nel 2019 in base all'art. 2 del predetto D.A., incentrato quasi esclusivamente sul criterio della spesa storica, finirebbe per porsi in contrasto con i principi eurocomunitari della libera concorrenza e del libero mercato (art. 106 TFUE) e, in quanto tale, sarebbe suscettibile di immediata disapplicazione da parte dell'Amministrazione.

La giurisprudenza della Suprema Corte è, infatti, unanime nel ritenere che il fondamento della diretta applicazione e della prevalenza delle norme comunitarie su quelle statali è rinvenibile nell'art. 11 della Costituzione e che il contrasto tra le norme statali e la disciplina comunitaria non dà luogo ad invalidità o illegittimità delle norme interne, ma comporta la loro disapplicazione (per es. Cass. Civ., sez. V, 1 giugno 2012 n. 8817).

Frattanto, nelle more della definizione dell'iter legislativo di cui sopra, codeste aziende risultano essere destinatarie di provvedimenti monitorati da parte di strutture specialistiche accreditate che pretendono di ottenere il riconoscimento, a titolo di indennità di funzione ex comma 15 dell'art. 5 della l.r. 9/2020, della differenza tra quanto fatturato per i mesi in questione in ragione dell'effettiva produzione e il dodicesimo del budget assegnato per l'anno 2019, con la maggiorazione degli interessi di cui al D.Lgs. n. 231/2002.

Pertanto, sulla questione è stata interpellata l'Avvocatura dello Stato di Palermo che, in esito alla consultazione, ha rilevato come l'art. 4 comma 5 bis del D.L. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020 n. 77, nel testo da ultimo novellato, configuri un ius superveniens rispetto alla norma regionale di cui all'art. 5 comma 15 della l.r. n. 9/2020.

Lo stesso ufficio distrettuale ha rilevato, altresì, che l'art. 9 comma 1 della L. 10 febbraio 1953 n. 62 prevede che *"l'emanazione di norme legislative da parte delle Regioni nelle materie stabilite dall'art. 117 della costituzione si svolge nei limiti dei principi fondamentali quali risultano dalle leggi che espressamente li stabiliscono per le singole materie o quali si desumono dalle leggi vigenti"* e che il successivo art. 10 comma 1 dispone che *"le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali di cui al primo comma dell'articolo precedente abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse"*.

Atteso che entrambe le norme disciplinano la medesima materia, potrebbe profilarsi pure un'abrogazione della norma regionale da parte della norma statale sopravvenuta, in quanto quest'ultima verrebbe a configurarsi alla stregua di una norma di principio diretta a regolamentare il trattamento economico spettante alle strutture costrette a sospendere l'attività nel 2020 a causa dell'emergenza pandemica. In ogni caso, secondo la stessa Avvocatura, non appare dubitabile che la norma regionale si porrebbe in contrasto con la normativa statale, stante la sopravvenienza di quest'ultima, con l'effetto di produrre una duplicazione e un disallineamento di quella regionale, come peraltro rilevato dal Ragioniere dello Stato, sicché codeste Aziende potrebbero opporsi ai decreti ingiuntivi in ragione della non debenza dell'indennità di funzione a fronte dell'illegittimità costituzionale della predetta norma regionale.

In riferimento all'ulteriore profilo di disapplicazione della norma regionale per violazione del diritto comunitario, l'Avvocatura ha espresso l'avviso secondo cui tale criticità, seppur fondata sul richiamo dell'art. 2 del D.A. n. 2087/2018 sopracitato, non appare di immediato impatto giurisdizionale, cioè tale da configurare la ragione più palese ai fini decisori dei giudizi di opposizione ai decreti ingiuntivi, seppur sul piano defensionale detto profilo di illegittimità eurounitario potrebbe essere utilmente dedotto da parte di codeste Aziende in sede di opposizione ai decreti ingiuntivi.

Conclusivamente, anche alla luce della consultazione con l'Avvocatura dello Stato, codeste Aziende, ove destinatarie di provvedimenti monitori da parte di strutture specialistiche accreditate che pretendono di ottenere il riconoscimento dell'indennità di funzione di cui al comma 15 dell'art. 5 della L.r. 9/2020, vorranno intraprendere i giudizi di opposizione ai decreti ingiuntivi, facendo valere le seguenti ragioni (autonome e concorrenti) di opposizione:

- a) abrogazione tacita della norma regionale (art. 5, comma 15, della L.r. 12 maggio 2020 n. 9) per effetto della sopravvenuta norma statale di principio (art. 4, comma 5 bis, del D.L. 19 maggio 2020 n. 34);
- b) contrarietà della norma regionale con i principi eurounitari (art. 106 TFUE), con conseguente obbligo di disapplicazione di essa da parte delle AA.SS.PP.;
- c) illegittimità costituzionale della norma regionale per contrarietà alla sopravvenuta norma statale di principio.

Quanto sopra si rappresenta a codeste Aziende al fine di un'uniforme applicazione della normativa nazionale e di porre in essere le azioni di opposizione avverso i provvedimenti monitori di cui sono destinatarie, con invito ad informare periodicamente l'Assessorato sugli sviluppi processuali della vicenda.

L'Assessore
Avv. Ruggero Razza

RUGGERO
BENEDETTO
ITALO
RAZZA

Firmato digitalmente da
RUGGERO
BENEDETTO ITALO
RAZZA
Data: 2021.12.20
15:15:03 +01'00'