

Avv. Patrizia Kivel Mazuy  
Patrocinante in Cassazione

Napoli, 27/12/2016

Spett.li

ANPRIC

ASPAT

CEM

CFR

ANTARES


Oggetto: Appello in Consiglio di Stato – avverso la sentenza TAR Campania Napoli n. 4255/2016  
-----

Vi confermo l'avvenuto deposito del ricorso in Consiglio di Stato avverso la sentenza di ottemperanza del TAR Campania Napoli n. 4255/2016 sulla questione tariffe.

Ad oggi, come vi avevo preannunciato, ho anche provveduto ad anticipare le spese vive.

Vi terrò aggiornati.

Distinti saluti.

Avv. Patrizia Kivel Mazuy  


## **ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE**

### **RICORSO IN APPELLO**

Nell'interesse di:

- **ASPAT** - Associazione Sanità Privata Accreditata Territoriale,
- **ANPRIC** - Associazione Nazionale Presidi di Riabilitazione  
Convenzionati,
- Soc. **C.F.R.** S.r.l.,
- Soc. **C.E.M.** S.p.a.,
- Soc. **Antares** S.r.l.,

in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., tutte rappresentate e difese,  
per mandato a margine del presente atto, dall'Avv. Patrizia Kivel Mazuy (C.F.  
KVLPRZ57R61F839B) e con lo stesso elettivamente domiciliate in Roma alla  
Via Mangili n. 29 presso lo studio dell'avv. Ferruccio de Lorenzo,  
FAX 0817613381,

P.E.C. [patriziakivelmazuy@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:patriziakivelmazuy@avvocatinapoli.legalmail.it),

### **CONTRO**

- Il Commissario ad acta per la prosecuzione del Piano di Rientro del  
Settore Sanitario della Regione Campania, rappresentato e difeso in  
primo grado dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli;
- La Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa in primo grado dall'avv. Edoardo Barone;
- Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del legale  
rappresentante pro tempore, non costituito in primo grado;
- Il Ministero della Salute, in persona del legale rappresentante pro  
tempore, non costituito in primo grado;

- Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in primo grado;

#### **PER L'ANNULLAMENTO E/O LA RIFORMA**

della **sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Napoli n. 4255/2016, pubblicata in data 13/09/2016 e mai notificata**, con la quale è stato respinto il ricorso n. rg. 1343/2015 per l'**ottemperanza alla sentenza dello stesso TAR n. 3252 del 2011** (integralmente confermata da codesto Ecc.mo Consiglio di Stato con sentenza n. 740/2013).

#### **FATTO**

L'ASPAT e l'ANPRIC sono associazioni latrici degli interessi di strutture sanitarie private accreditate, operanti nel territorio della Regione Campania, che erogano prestazioni di riabilitazione ex art. 26 della L. n. 833/1978 per conto del Sistema Sanitario Regionale, e per statuto ne assumono la rappresentanza innanzi alle autorità giurisdizionali; le società C.F.R. S.r.l., C.E.M. S.p.a., e Antares S.r.l. sono titolari di alcune delle strutture private accreditate associate che erogano nel territorio della Regione Campania prestazioni di riabilitazione ex art. 26 della L. n. 833/1978 per conto del SSR. La presente controversia ha ad oggetto le tariffe per la remunerazione delle prestazioni ex art. 26 della L. n. 833/1978 erogate in Campania dalle strutture sanitarie private accreditate per conto del SSR nel periodo 2003-2008.

In tale periodo vigeva il Decreto Ministeriale 15 aprile 1994 (abrogato dal comma 1 quinquies dell'art. 79 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 inserito dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133), avente ad oggetto la *“Determinazione dei criteri generali per la fissazione delle tariffe delle prestazioni di assistenza specialistica, riabilitativa ed ospedaliera”*, il quale al

comma 6 dell'art. 3 prevedeva l'obbligo della Regione di provvedere "*con periodicità almeno triennale*" all'aggiornamento delle tariffe "*tenendo conto delle innovazioni tecnologiche e delle variazioni dei costi delle prestazioni rilevate*".

Ma dopo l'adeguamento tariffario per il triennio 2000-2002 disposto con la Delibera di Giunta n. 3094/2000, la Regione Campania non ha più provveduto agli aggiornamenti per gli anni successivi.

Pertanto gli odierni appellanti hanno intrapreso un lungo percorso giurisdizionale, che ha portato:

- alla sentenza n. 18850/2005 del TAR Campania Napoli, che ha dichiarato l'obbligo della Regione Campania di provvedere all'adeguamento delle tariffe delle prestazioni riabilitative per il triennio 2003/2005,
- alla sentenza di codesto Ecc.mo Consiglio di Stato n. 190/2007, confermativa di tale obbligo,
- alla sentenza n. 267/2006 del TAR Campania Napoli che, accertata la perdurante inerzia della P.A., ha fissato come termine per la definizione di tale aggiornamento tariffario il 30 marzo 2007 (termine poi differito di sei mesi con la successiva sentenza del TAR Campania Napoli n. 7110/2007), designando in caso di inottemperanza il Prefetto di Napoli quale commissario ad acta.

Verificatasi l'inottemperanza, il Prefetto di Napoli, insediatosi quale commissario ad acta, ha proceduto con la deliberazione n. 1 del 9 gennaio 2009 all'aggiornamento delle tariffe riabilitative per il periodo 2003/2005; ma tale provvedimento è stato poi superato dall'adozione della delibera di

Giunta n. 224 del 13.2.2009, con la quale la Regione Campania ha riformulato le tariffe per le prestazioni ex art. 26 della L. 833/78 erogate nei trienni 2003/2005 e 2006/2008 dalle strutture private accreditate.

Le nuove tariffe regionali, tuttavia, presentavano errori e criticità a danno delle strutture private accreditate, tanto da indurre gli odierni appellanti a ricorrere nuovamente al TAR Campania Napoli avverso la DGRC n. 224/2009.

Ed infatti con **sentenza n. 3252/2011** il TAR ha annullato la D.G.R.C. n. 224/2009, censurando in particolare che *“il costo del personale, infatti non può formare oggetto di siffatte approssimazioni, che sarebbero in contrasto con la rilevanza di tale elemento sia per il carattere, evidenziato negli stessi atti impugnati, “human intensive” delle prestazioni sanitarie nel settore in questione, sia più in generale per l’attenzione riservata a questo aspetto dalla legislazione volta a garantire la congruità dei corrispettivi nei contratti pubblici, come tutela della serietà delle offerte e, indirettamente, della **posizione dei lavoratori impiegati nei servizi (cfr. art. 87 del dlgs n.- 163 del 2006)**”*.

Tale pronuncia, appellata dalla Regione Campania, è stata confermata integralmente da codesto Ecc.mo Consiglio di Stato con la sentenza n. 740/2013, e le varie statuizioni sono divenute giudicate.

Successivamente, la subentrata struttura commissariale per l’attuazione del Piano di Rientro del Settore Sanitario della Regione Campania ha adottato il Decreto n. 81 del 05/07/2013 avente ad oggetto *“Tariffe assistenza territoriale e riabilitazione art. 26 L. 833/78. Esecuzione sentenza Consiglio di Stato n. 740/2013”*.

Ma le nuove determinazioni sono apparse da subito contrastanti con il predetto giudicato, sicché gli odierni appellanti hanno intrapreso innanzi al TAR Campania Napoli un primo giudizio (n. rg. 5064/2013) per l'ottemperanza della sentenza n. 3252/2011.

Nelle more, con i pareri n. 449-P del 26/11/13 e n. 476-P del 24/12/2013, i Ministeri della Salute e dell'Economia e delle Finanze, affiancanti la struttura commissariale, si sono pronunciati negativamente sul DCA n. 81/2013, chiedendone la modifica.

In data 7/02/2014 il TAR, al fine di valutare la conformità del DCA n. 81/2013 rispetto alle statuizioni della sentenza n. 3252/2011, ha emesso l'ordinanza n. 866/2014 disponendo *“una verifica delle tariffe determinate dalla Regione con riferimento agli specifici aspetti contestati dai ricorrenti in ordine ai calcoli effettuati sui costi standard del personale”*, affidata alla Direzione Generale della Tutela delle Condizioni di Lavoro del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

All'esito della verifica, l'incaricato ministeriale ha depositato la relazione prot. 32/0007723/MA002.A001 del 9 aprile 2014, con la quale ha rilevato, tra l'altro, in relazione alla censura della mancata considerazione nel costo del personale di tutte le ore retribuite benché non lavorate, che *“emerge la carente individuazione degli istituti del diritto di assemblea, dei permessi sindacati e del diritto allo studio, delle disposizioni in ordine alla formazione del personale in materia di sicurezza negli ambienti di lavoro (di cui D.lgs. 626/94 all'epoca vigente), della maternità e degli infortuni. Conseguentemente, nella individuazione delle ore retribuite ma non lavorate, si sarebbero dovuti prendere in considerazione anche tutti i*

*predetti istituti*". Sul punto il verificatore ha espressamente indicato uno specifico parametro di riferimento. Si legge infatti nella relazione (pag. 7) che "l'Ufficio già effettua, per il settore de quo, la rilevazione del costo del lavoro prendendo come base di riferimento il **CCNL ANFFAS** (cioè il contratto collettivo applicato ai lavoratori delle strutture legate all'Associazione Nazionale Famiglie di Persone con Disabilità Intellettiva e/o Relazionale). **Si ritiene che l'attività istituzionale svolta possa rappresentare un valido supporto ai fini del calcolo richiesto in sede di verifica**", e nella medesima relazione è stata riportata la tabella allegata al Decreto Ministeriale del 6/12/2006, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 297 del 22/12/2006, avente ad oggetto per l'appunto la "Determinazione del costo orario del personale dipendente dalle strutture associative ANFFAS ONLUS":

Ore teoriche (38 ore sett. x 52,2 sett.)		1984
Ore mediamente non lavorate così suddivise:		457
	Ferie	190
	Festività e festività soppresse	108
	Assemblee e permessi sindacali	13
	<b>Malattia, gravidanza, infortunio</b>	<b>99</b>
	Diritto allo studio	5
	Formazione professionale	11
	Formazione, permessi R.L.S. (L. 626/94)	13
	Altri permessi (art. 60)	18
Ore mediamente lavorate		1527

L'indicazione del verificatore – di computare tutte le ore indicate di malattia, gravidanza, ed infortunio nella tabella nel conteggio delle giornate non lavorate retribuite dal datore di lavoro – si è posta perfettamente nella scia del dettato della sentenza n. 3252/2011, secondo cui *“il costo del personale ... non può formare oggetto di siffatte approssimazioni, che sarebbero in contrasto con la rilevanza di tale elemento ... per l'attenzione riservata a questo aspetto dalla legislazione volta a garantire la congruità dei corrispettivi nei contratti pubblici, come tutela della serietà delle offerte e, indirettamente, della posizione dei lavoratori impiegati nei servizi (cfr. art. 87 del dlgs n. 163 del 2006)”*. E' appena il caso di ricordare che il comma 3-bis dell'art. 86 del medesimo **D.Lgs. n. 163/2006, all'epoca vigente, stabiliva** **che** il corrispettivo dell'attività effettuata per conto della pubblica amministrazione deve essere *“adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza”*; a tal fine *“il costo del lavoro è determinato periodicamente, in **apposite tabelle**, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. **In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.”***

Così, sulla scorta dell'istruttoria espletata, il primo giudizio di ottemperanza si è concluso con la sentenza n. 4460 del 4 agosto 2014 (mai appellata), con la quale il TAR Campania Napoli ha accolto il ricorso n. rg. 5064/2013

riconoscendo l'inefficacia del DCA n. 81/2013 recante una mera  
“determinazione provvisoria delle tariffe controverse, in attesa della  
conclusione del procedimento amministrativo nel quale era prevista la  
previa acquisizione del parere del ministero della sanità”, ed ordinando “al  
commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro di concludere, entro  
il termine del 31 dicembre 2014, il procedimento per l'adozione del  
provvedimento definitivo di determinazione delle tariffe di riabilitazione  
estensiva per il periodo compreso tra il 2003 e il 2008, tenendo conto delle  
indicazioni risultanti dall'istruttoria eseguita nel corso di questo giudizio,  
comunicare con nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali  
protocollo 32/0007723/MA002.A001 in data 9 aprile 2014...”.

Invece, dopo appena qualche giorno, in data 11/08/2014, la struttura commissariale ha emesso il DCA n. 89/2014, recante la “Determinazione delle tariffe definitive di riabilitazione estensiva ex art. 26 legge n. 833/1978 dal 1.1.2014”: in tale provvedimento è stato specificato, con riferimento alle giornate di assenza dal lavoro per malattia, infortunio e maternità, che “il costo di esse non è a totale carico del datore di lavoro essendo in misure differenti sostenuto dagli enti previdenziali competenti, e non è possibile quantificare precisamente, a partire dalle ore individuate con Decreti del Ministero del Lavoro del 6/12/06 e del 31/7/09, quante di queste ultime concorrono a determinare il costo del lavoro a carico del datore di lavoro”, e pertanto “nella determinazione delle giornate non lavorate con costi a carico del datore di lavoro, si è assunto il numero di ore stabilito con Decreti del Ministero del Lavoro del 6/12/06 e del 31/7/09, riducendo le giornate di assenza per malattia, infortuni e maternità in misura forfettaria di un terzo,

*che peraltro porta il numero di giorni lavorati ad un numero ... al di sotto di quelli medi rilevati dall'ISTAT nella rilevazione delle forze lavoro nell'Industria e Servizi e per la determinazione del PIL nel Settore Sanità".* In altri termini, sono state forfettariamente considerate come giornate retribuite, benché non lavorate dal personale per malattia, gravidanza ed infortuni, **soltanto 66 ore anziché le 99 previste dalla contrattazione collettiva.**

Va subito rilevato come la determinazione, oltre che arbitraria ed approssimativa, sia anche palesemente errata, in quanto è noto che quasi tutte le ore di assenza del personale per malattia, infortuni e maternità sono retribuite direttamente dal datore di lavoro, e non dagli enti assistenziali (ad es. la retribuzione delle ore non lavorate per malattia è per il 50% a carico dell'Inps soltanto a partire dal 4° giorno, mentre per i primi 3 giorni – cioè nella stragrande maggioranza dei casi – è totalmente a carico del datore di lavoro); inoltre ogni assenza di un lavoratore per malattia, infortuni e maternità genera per il datore di lavoro che deve garantire la medesima produzione comunque altri costi, talvolta addirittura maggiorati (ad es. i costi per la sostituzione con altro operatore, oppure i costi per le voci di retribuzione differita che maturano comunque per il dipendente assente, quali la tredicesima, il Tfr, i permessi ex legge n. 104/1992, le ferie ed i premi produzione). Del resto, il CCNL ANFFAS – cioè il contratto collettivo del settore più vicino a quello delle prestazioni riabilitative in quanto applicato ai lavoratori delle strutture legate all'Associazione Nazionale Famiglie di Persone con Disabilità Intellettiva e/o Relazionale, utilizzato anche in sede di verifica come base di riferimento per la rilevazione del costo del lavoro – ha quantificato in 99 le ore retribuite non lavorate per malattia, infortunio e

maternità pur sussistendo l'intervento degli enti previdenziali evidenziato dalla struttura commissariale.

La stessa errata metodologia seguita con il DCA n. 89/2014, oltremodo penalizzante per le strutture private accreditate, è stata poi applicata anche all'aggiornamento delle tariffe per i trienni 2003-2005 e 2006-2008.

Infatti il Decreto commissariale n. 154 del 29/12/2014, recante le *“Tariffe assistenza territoriale riabilitazione art. 26 legge n. 833/78. Esecuzione sentenza Consiglio di Stato n. 740/2013”*, fa espresso rinvio al DCA 89/2014.

Dunque per i trienni 2003-2005 e 2006-2008 sono state arbitrariamente riconosciute soltanto 66 ore retribuite benché non lavorate dal personale per malattia, gravidanza ed infortuni, in aperto contrasto con quanto statuito dal TAR Campania Napoli con la prima sentenza di ottemperanza n. 4460/2014 (*“...tenendo conto delle indicazioni risultanti dall'istruttoria eseguita nel corso di questo giudizio, comunicate con nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali protocollo 32/0007723/MA002.A001 in data 9 aprile 2014”*).

Il DCA n. 154/2014 presenta inoltre altre criticità rispetto al giudicato di cui alla sentenza n. 3252 del 2011, in quanto:

- non ha mai ricevuto l'approvazione (rectius: parere favorevole) dei Ministeri affiancanti prescritta dall'articolo 1, comma 796, lett. b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, sebbene l' *“Accordo tra il Ministro della salute, il Ministro dell'economia e delle finanze e la Regione Campania per l'approvazione del Piano di rientro di individuazione degli interventi per il perseguimento dell'equilibrio economico ai sensi dell'articolo 1, comma 180 della legge 30 dicembre 2004, n. 311”* del 13 marzo 2007 la richieda anche in

caso di revisione delle tariffe, e ciò inficia l'efficacia stessa delle tariffe determinate;

- ha previsto per il triennio 2003/2005 tariffe inferiori rispetto al triennio precedente, benché le prestazioni di riabilitazione, caratterizzate dall'assoluta predominanza dell'elemento umano rispetto all'automazione e innovazione tecnologica, non abbiano fruito nel tempo di alcuna riduzione dei costi, né per "nuove tecnologie", né per riduzione dei tempi o minor impiego di personale;

- non ha valorizzato le variazioni dei costi intervenute in ragione del tasso d'inflazione;

- non ha previsto un utile d'impresa per i concessionari del pubblico servizio, minando così la "*serietà delle offerte*" invocata nella sentenza n. 3252/2011.

Per tali, ed altri, motivi gli odierni appellanti hanno intrapreso innanzi al TAR Campania Napoli un nuovo giudizio (n. rg. 1343/2015) per l'ottemperanza della sentenza n. 3252/2011, chiedendo la declaratoria di nullità del DCA n. 154/2014 ex art. 21 septies L. 241/90 per violazione e/o elusione del giudicato.

Parallelamente, gli odierni appellanti hanno censurato – con autonomi ricorsi impugnatori proposti innanzi al TAR Campania – anche vizi di illegittimità del DCA n. 154/2014, ed i relativi giudizi sono tutt'ora pendenti.

Nel corso del giudizio di ottemperanza, con l'ordinanza n. 582/2016, il TAR ha richiesto "*alla struttura commissariale documentati chiarimenti, da rendere entro il termine del 31 marzo 2016, in ordine alle previsioni di cui al citato decreto commissariale n. 49/2015, nella parte in cui queste si presentassero difformi rispetto a quelle contenute nel Decreto Commissariale n. 154/2014, con particolare riguardo all'incremento, da 66 ore a 86 ore, del*

*monte-ore di assenze del personale per malattia, gravidanza, infortuni*". In maniera speculare, con ordinanze rese nell'ambito dei giudizi impugnatori avverso il DCA n. 154/2015, lo stesso TAR ha richiesto "*chiarimenti documentati in ordine ai seguenti punti:*

*- stato di esecuzione della deliberazione n. 49 del 27 maggio 2015, anche con riferimento al parere dei Ministeri affiancanti, evidenziando se tale provvedimento abbia costituito una nuova ed autonoma determinazione generale delle tariffe de quibus, oppure se presupposto di validità o efficacia fosse il raggiungimento di un numero minimo di adesioni individuali e se tale condizioni sia verificata e consolidata;*

*- illustrazione dei criteri utilizzati per giungere alla determinazione delle tariffe indicate nel decreto n.49 del 27 maggio 2015, allegando ogni opportuna documentazione, con specifico riferimento alle ore pagate e non lavorate, indicate in 84, rispetto alle 66 fissate nei precedenti provvedimenti determinativi del regime tariffario, nonché **alla previsione di un utile di impresa.***"

In riscontro a quanto richiesto dai Giudici di prime cure, in data 24/03/2016 la struttura commissariale ha depositato nel giudizio di ottemperanza una relazione, affermando che:

*- la decurtazione di 1/3 delle ore di assenza per malattia, infortuni e maternità rispetto alla tabella ministeriale sarebbe giustificata dal fatto che parte di tali ore sono retribuite dagli enti assistenziali;*

*- l'art. 8 sexies del D. Lgs. 502/92 non prevede nella determinazione delle tariffe alcun margine di retribuzione.*

Tali assunti sono stati ampiamente contestati dagli odierni appellanti nelle memorie successivamente presentate.

Tuttavia, con la sentenza n. 4255/2016 qui impugnata, i giudici partenopei, ritenendo fondate le argomentazioni della struttura commissariale, hanno respinto il nuovo ricorso per l'ottemperanza della sentenza n. 3252/2011.

Tale pronuncia è errata ed ingiusta alla stregua dei seguenti motivi di

## **DIRITTO**

### **D) ERROR IN IUDICANDO SULL'INEFFICACIA DEL DCA N. 154/2014**

In primo luogo appare il caso di chiarire che la sentenza n. 3000/2015 (confermata da codesto Ecc.mo Consiglio di Stato con sentenza n. 3500/2016), più volte invocata nella sentenza in questa sede gravata, attiene a profili diversi da quelli sollevati dagli odierni appellanti.

Con la sentenza n. 3000/2015 il TAR Campania Napoli ha ritenuto infondate:

- 1) la censura riferita alla asserita violazione del DCA n. 81/2013 (non sollevata dagli odierni appellanti)
- 2) la censura relativa al metodo seguito dalla struttura commissariale per la determinazione dei costi in quanto *“non sorretta da adeguate allegazioni, risolvendosi in una mera affermazione di principio”* (di contro gli odierni appellanti hanno ampiamente dimostrato le proprie deduzioni, anche con perizie tecniche);
- 3) la censura di nullità del provvedimento impugnato per omessa acquisizione del previo parere ministeriale che *“esorbita dal giudizio di ottemperanza, essendo riferita ad un profilo di asserita illegittimità dell'atto che non è stato oggetto del giudicato”*.

In riferimento a tale ultimo aspetto, gli odierni appellanti, nel ricorso proposto in primo grado, hanno chiaramente evidenziato che l'omessa acquisizione dei pareri dei Ministeri affiancanti determina (non l'illegittimità del DCA n. 154/2014, bensì) l'inefficacia delle tariffe stesse, e quindi l'inottemperanza alla sentenza n. 3252/2011.

Ma i giudici di prime cure, pur riconoscendo come la sentenza n. 3252/2011 abbia censurato il procedimento di determinazione delle tariffe di cui all'annullata D.G.R.C. n. 224/2009 "*perché la Regione aveva preso in esame una mera proposta di tariffe relative all'anno 2009 (in quanto non ancora approvate)*", viziando così la certezza dell'intero procedimento di calcolo", hanno ritenuto inammissibili tale censura, ritenendola riferite ad un profilo di illegittimità dell'atto che non è stato oggetto di giudicato, richiamando al riguardo la sentenza n. 3000/2015

In realtà l'articolo 1, comma 796, lett. b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 ha infatti previsto che "*Il Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, assicura l'attività di affiancamento delle regioni che hanno sottoscritto l'accordo di cui all'articolo 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, comprensivo di un Piano di rientro dai disavanzi, sia ai fini del monitoraggio dello stesso, sia per i provvedimenti regionali da sottoporre a preventiva approvazione da parte del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze*".

Dunque, ai fini dell'efficacia, non è sufficiente trasmettere i provvedimenti ai Ministeri affiancanti, ma è necessario che gli stessi esprimano un parere positivo obbligatorio e vincolante. E tale parere, in base all' "*Accordo tra il Ministro della salute, il Ministro dell'economia e delle finanze e la Regione*

*Campania per l'approvazione del Piano di rientro di individuazione degli interventi per il perseguimento dell'equilibrio economico ai sensi dell'articolo 1, comma 180 della legge 30 dicembre 2004, n. 311"* del 13 marzo 2007, è richiesto anche per la revisione delle tariffe.

Trattasi quindi di una condizione di efficacia del provvedimento stesso.

Del resto con la sentenza n. 4460/2014 (sulla medesima vicenda) lo stesso TAR Campania Napoli ha avuto modo di affermare l'inefficacia del DCA n. 81/2013 proprio perché recante una mera *"determinazione provvisoria delle tariffe controverse, in attesa della conclusione del procedimento amministrativo nel quale era prevista la previa acquisizione del parere del ministero della sanità"*, ritenendo non *"ancora concluso il procedimento di determinazione definitiva delle tariffe di cui alla sentenza per cui si agisce in ottemperanza"*.

Nel caso del DCA n. 154/2014, i Ministeri affiancanti non si sono espressi compiutamente, **affermando testualmente nella nota del 20 febbraio 2015 di restare "in attesa della relazione che descriva l'impatto economico delle disposizioni adottate sulla cornice finanziaria regionale definita con il Programma Operativo 2013-2015, come già richiesto con il parere prot. n. 294-P dell'11/12/2014"**.

Da tale richiesta interlocutoria non può desumersi un'approvazione implicita, né del provvedimento, né della metodologia seguita: la normativa citata non prevede infatti né l'ipotesi dell'approvazione implicita del provvedimento, né l'ipotesi di una sua approvazione parziale (solo la metodologia).

Anche perché, se i Ministeri affiancanti, una volta ricevuta la relazione commissariale richiesta, ritenessero non soddisfacente l'impatto economico

del DCA n. 154/2014 sulla cornice finanziaria regionale definita con il Programma Operativo 2013-2015, potrebbero mai approvare il provvedimento?

Dunque, ad oggi, **manca il parere favorevole dei Ministeri affiancanti sul DCA n. 154/2014, necessario ai fini dell'efficacia delle tariffe ivi previste.**

Da qui l'inottemperanza alla sentenza n. 3252/2011, non rilevata dai Giudici di primo grado.

Pertanto si chiede l'annullamento e/o la riforma della sentenza impugnata.

## **II) ERROR IN IUDICANDO SULL'APPLICAZIONE DEL D.M. 15/4/1994**

Con il DCA n. 154/2014 la struttura commissariale ha aggiornato le tariffe senza tener conto dei parametri di cui al D.M. 15 aprile 1994.

Così, mentre l'art. 3 del cit. D.M. 15/4/1994 ha previsto che *"... Le tariffe sono fissate sulla base del costo standard di produzione (comprensivo del costo del personale direttamente impiegato) ... Tale costo fa riferimento alla composizione ed alla qualità di fattori produttivi utilizzati per la produzione della prestazione, valorizzati sulla base dei prezzi unitari medi di acquisto riferiti all'ultimo anno e delle relative eventuali variazioni attese in ragione del tasso di inflazione programmato"*, le tariffe stabilite dal DCA n. 154/2014 per il triennio n. 2003/2005 (come dimostrato), sono inferiori rispetto a quelle del precedente triennio:

REGIME	TARIFFE 2000-2002 EX DGRC 3094/2000	TARIFFE 2003-2005 EX DCA N. 154/2014
Residenziale Base	£ 199.470 = € 103,02	€ 122,22
Residenziale Medio livello riabilitativo	£ 228.900 = € 118,22	€ 129,50
Residenziale Alto livello riabilitativo	£ 257.240 = € 135,85	€ 157,69

Semiresidenziale Medi	£ 127.200 = € 65,69	€ 64,40 (- €1,29)
Semiresidenziale Gravi	£ 160.130 = € 82,70	€ 77,31(- €5,39)
Ambulatoriale	£ 70.020 = € 36,16	€ 35,89 (- €0,27)
Ambulatoriale piccolo gruppo	£ 23.340 = € 12,05	€ 11,96 (- €0,09)
Domiciliare	£ 85.860 = € 44,34	€ 40,76 (- €3,58)

Eppure nel corso degli anni le prestazioni riabilitative non hanno “beneficiato” (sotto il profilo economico) di economie derivanti da miglioramenti organizzativi e/o strutturali tali da determinare diminuzioni nei costi reali, né di “nuove tecnologie” che abbiano determinato un abbassamento dei costi nonché una riduzione dei tempi, anche con minor impiego di personale, trattandosi notoriamente di prestazioni “human intensive”, caratterizzate dall’assoluta predominanza dell’elemento umano rispetto all’automazione ed innovazione tecnologica (v. sent. Consiglio di Stato n. 3921/2014, alla fine del punto 7).

In realtà, la sentenza n. 3252/2011 del TAR Campania ha accolto il ricorso degli odierni appellanti riconoscendo la persistenza nel periodo 2003-2008 dell’obbligo dell’aggiornamento tariffario triennale, previsto proprio dal citato Decreto Ministeriale: anzi, è testualmente affermato che “... *la vicenda in esame ruota intorno all’aggiornamento delle tariffe in applicazione dell’art. 3, co. 6, del decreto ministeriale 15/4/1994...*”.

Tale pronuncia è avvenuta nel 2011, allorquando il Decreto Ministeriale era già stato abrogato da 3 anni (per effetto del comma 1 quinquies dell’art. 79 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 inserito dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133).

E’ evidente, allora, l’errore della sentenza qui gravata, secondo cui “*questa Sezione non ha affermato che le tariffe in parola dovessero essere*

*determinate esclusivamente ai sensi di detto decreto (in particolare, dell'art. 3, comma 6, dello stesso) ... quanto, piuttosto, che l'applicazione del d.m. in parola doveva ritenersi necessario solo nelle ipotesi, coperte già allora da giudicato (ci si riferisce alla fattispecie, richiamata nella sentenza n. 3252/2011, oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato n. 190 del 2007), in cui il nuovo regime determinativo delle tariffe introdotto dall'art. 8 sexies d.lgs. n. 502/1992 non poteva ritenersi applicabile "in assenza della materiale introduzione a regime del nuovo assetto determinativo delle tariffe". Ne consegue che essendo successivamente entrato a pieno regime tale nuovo assetto determinativo, correttamente l'organo commissariale ne ha fatto applicazione ...".*

Tale assunto contraddice il giudicato di cui alla sentenza n. 3252 emessa nel 2011, che relativamente ad un provvedimento (la D.G.R.C. n. 244/2009) adottato a D.M. 15/4/1994 ormai abrogato, ha comunque riconosciuto l'applicabilità del medesimo Decreto Ministeriale per il periodo 2003-2008.

Inoltre la richiamata sentenza di codesto Ecc.mo Consiglio di Stato n. 190/2007 è relativa proprio all'adeguamento in Regione Campania delle tariffe delle prestazioni riabilitative per il triennio 2003/2005, che pertanto – pur accedendo alla tesi interpretativa dei giudici di primo grado – rientrerebbe comunque tra le ipotesi, coperte da giudicato, antecedenti all'abrogazione del D.M. 15/4/1994, alle quali va applicato quest'ultimo.

Ne consegue un ulteriore profilo di erroneità della sentenza impugnata, che pertanto va annullata e/o riformata.

### **III) ERROR IN IUDICANDO SULLA DETERMINAZIONE DEL COSTO DEL PERSONALE**

Quanto alle doglianze relative alla determinazione del costo del personale, il TAR Campania ha ritenuto corretta la riduzione di un terzo delle ore retribuite, benché non lavorate per malattia, gravidanza ed infortuni, considerando *“il costante riferimento a dati oggettivi e riscontrabili oltre che a parametri normativi”*.

Ma non si comprende come il mero riferimento a dati oggettivi possa giustificare l'alterazione arbitraria ed approssimativa dei medesimi dati.

Il CCNL ANFFAS, utilizzato anche in sede di verifica come base di riferimento per la rilevazione del costo del lavoro, ha quantificato in 15,6/15,7 i giorni di assenza per malattia, infortunio e maternità all'anno e, quindi, in 94/99 ore annue, a seconda se il contratto preveda 36 o 38 ore lavorative settimanali: tale computo tiene evidentemente già conto dell'intervento degli enti previdenziali, a meno di non voler ritenere la contrattazione collettiva particolarmente generosa con i lavoratori delle strutture legate all'Associazione Nazionale Famiglie di Persone con Disabilità Intellettiva e/o Relazionale.

Dunque il dato desumibile dalla contrattazione collettiva è chiaro ed esaustivo, e non avrebbe avuto bisogno di essere concordato, ma semplicemente di essere applicato.

La struttura commissariale, viceversa, ha deciso di ridurre tale monte-ore con un taglio, dichiaratamente forfettario (v. DCA n. 89/2014), di un terzo.

La scelta è peraltro palesemente errata in quanto, come detto, nella maggior parte dei casi le ore di assenza per malattia, infortuni e maternità non sono affatto retribuite dagli enti assistenziali (ad es. la retribuzione delle ore non lavorate per malattia è per il 50% a carico dell'Inps soltanto a partire dal 4°

giorno, mentre per i primi 3 giorni è totalmente a carico del datore di lavoro); inoltre ogni assenza di un lavoratore per malattia, infortuni e maternità genera comunque altri costi per il datore di lavoro, talvolta addirittura maggiorati, al fine di mantenere la medesima produzione (ad es. i costi per la sostituzione con un altro operatore, nonché i costi per le voci di retribuzione differita che maturano comunque per il dipendente assente, quali la tredicesima, il Tfr, i permessi ex legge n. 104/1992, le ferie ed i premi produzione).

Alla luce di tali circostanze, la sentenza impugnata è errata, non avendo riscontrato la palese violazione del giudicato di cui alla sentenza n. 3252/2011 (*“il costo del personale ... non può formare oggetto di ... approssimazioni”*) costituita dalla riduzione delle giornate, retribuite, di assenza per malattia, infortuni e maternità *“in misura forfettaria di un terzo”*, ed anche per tale motivo se ne chiede l’annullamento e/o riforma.

#### **IV) ERROR IN IUDICANDO SULL’ASSENZA DELL’UTILE DI IMPRESA**

Altro principio fissato dalla sentenza n. 3252/2011 è che le tariffe devono garantire la congruità dei corrispettivi nei contratti pubblici, come tutela della serietà delle offerte e, indirettamente, della posizione dei lavoratori impiegati nei servizi.

Nella sentenza gravata si afferma che l’importo inferiore delle tariffe rispetto a quelle precedenti non si risolve necessariamente, *“salva diversa prova contraria, nell’assenza del carattere remunerativo della tariffa”*.

In realtà, la prova dell’assenza di remuneratività delle tariffe di cui al DCA n. 154/2014 è emersa ampiamente nel giudizio di primo grado.

E’ stata infatti depositata dagli odierni appellanti un’apposita perizia tecnica,

di cui i giudici di prime cure non hanno tenuto conto.

Inoltre, e soprattutto, nella relazione depositata in primo grado in data 24/03/2016, è la stessa struttura commissariale ad ammettere la mancata previsione di un utile di impresa nelle tariffe di cui al DCA n. 154/2014, giustificandola con il richiamo all'art. 8 sexies del D. Lgs. 502/92 che non prevede alcun margine di retribuzione.

In realtà l'art. 8 sexies del D. Lgs. 502/92 non prevede alcun margine di retribuzione per la semplice ragione che la stessa norma disciplina esclusivamente la determinazione del "costo standard di produzione" della prestazione.

Ciò non vuol dire negare l'utile d'impresa, perché altrimenti si negherebbero i fondamenti delle scienze economiche, secondo le quali l'utile di impresa costituisce una percentuale di tutte le voci di costo complessivamente considerate.

Il fatto che le strutture riabilitative in questione operino in regime di accreditamento, senza essere state selezionate con procedure di gara, non esclude l'alea imprenditoriale, collegata anche alla gestione del personale, dal momento che il costo per le risorse umane risente comunque del regime di concorrenza esistente tra i vari operatori del S.S.N., influenzato comunque dalle scelte dell'utenza.

Sul punto, autorevole giurisprudenza (cfr., per tutte, Cons. Stato ad. plen. n. 4/2012) ha riconosciuto che gli operatori sanitari privati agiscono in una logica imprenditoriale, la quale non può prescindere quindi dall'utile di impresa: conseguentemente il conseguimento del doveroso obiettivo di contenimento della spesa sanitaria *"deve essere raggiunto attraverso*

*strumenti non abnormi o irrazionali; nel caso di specie sarebbe legittimo un drastico abbattimento dei margini di utile, per questo fattore di produzione, ma non il suo totale azzeramento.”* (Consiglio di Stato, sent. n. 1987/2008).

Del resto nelle gare d'appalto *“un'utile pari a zero o l'offerta in perdita rendono ex se inattendibile l'offerta economica”* (per tutte, Consiglio di Stato, Sezione V, 17 luglio 2014, n. 3785).

Si torna, allora, al giudicato della sentenza n. 3252/2011, secondo cui una tariffa congrua e giusta è garanzia di qualità della prestazione nei confronti dell'utenza.

Il DCA n. 154/2014, di contro, nega tale margine di remuneratività della tariffa.

Ma neppure tale aspetto è stato colto dai giudici di primo grado.

Anche per tale motivo, quindi, si chiede l'annullamento e/o la riforma della sentenza impugnata.

**CONCLUSIONI.** Voglia l'Ecc.mo Consiglio di Stato, in accoglimento del presente ricorso in appello, annullare (ovvero riformare) la sentenza del T.A.R. Campania Napoli n. 4255/2016, e per l'effetto accogliere il ricorso per l'ottemperanza alla sentenza del Tar Campania Napoli n. 3252/2011, dichiarando la nullità del DCA n. 154/2014 ex art. 21 septies L. 241/90 per violazione e/o elusione del giudicato, con la nomina di un commissario *ad acta* per la definizione dell'aggiornamento delle tariffe per i trienni 2003-2005 e 2006-2008, oppure, in subordine, con l'ordine alla Regione Campania di porre in essere tutti gli atti necessari alla corretta esecuzione della predetta pronuncia, la fissazione di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato

ex art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a., e la nomina di commissario *ad acta* per il caso di ulteriore inottemperanza.

Con ogni conseguente statuizione di legge, anche in ordine alle spese del doppio grado di giudizio, con attribuzione all'avvocato anticipatario.

Avv. Patrizia Kivel Mazuy