

BGer 2C_705/2019 vom 12. Februar 2021

Bundesgericht, 2021-02-12, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_705_2019

FR: TF 2C_705/2019 du 12 février 2021

IT: TF 2C_705/2019 del 12 febbraio 2021

Erwägungen

E. 1.1

Il regolamento ticinese di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici, è un atto normativo di carattere generale e astratto, che si applica a una cerchia indeterminata di persone. Dato che il diritto ticinese non prevede rimedi specifici, contro di esso è quindi di principio esperibile il ricorso in materia di diritto pubblico (art. 82 lett. b e 87 cpv. 1 LTF ; sentenze 2C_447/2015 del 7 marzo 2016 consid. 1.1 e 2C_829/2012 del 23 aprile 2013 consid. 1). In simile contesto, anche la lista d'esclusione contenuta nell' art. 83 LTF non trova infatti applicazione (DTF 138 I 435 consid. 1.2).

E. 1.2

La pubblicazione delle modifiche del citato regolamento sul Bollettino ufficiale delle leggi del Cantone Ticino, che costituisce l'azione dalla quale comincia a decorrere il termine di 30 giorni stabilito dall' art. 101 LTF (sentenza 2C_29/2018 del 13 maggio 2019 consid. 1.3), ha avuto luogo il 14 giugno 2019. Di conseguenza, tenuto conto delle ferie giudiziarie estive, data è anche la tempestività del ricorso (art. 46 cpv. 1 lett. b in relazione con l' art. 101 LTF ; sentenza 2C_636/2018 del 12 maggio 2020 consid. 1.2).

E. 2.1

Per l'art. 89 cpv. 1 lett. b e c LTF è legittimato a ricorrere contro un atto normativo cantonale chi ne è particolarmente toccato, in modo attuale o virtuale, e ha un interesse degno di protezione al suo annullamento o alla sua modifica. L'interesse degno di protezione può essere giuridico o di fatto (DTF 133 I 286 consid. 2.2). Il coinvolgimento virtuale è dato quando è verosimile che il ricorrente possa essere direttamente toccato dall'applicazione della regolamentazione impugnata (DTF 136 I 17 consid. 2.1, 49 consid. 2.1; 135 II 243 consid. 1.2).

Una persona giuridica ha il diritto di insorgere sia se l'atto normativo in questione la tocca nei propri interessi come una persona fisica, sia se interviene a salvaguardia degli interessi dei suoi membri (DTF 137 II 40 consid. 2.6.4 e 131 I 198 consid. 2.1; sentenza 2C_428/2016 dell'11 luglio 2017 consid. 1.2).

E. 2.2

L'insorgente è una società anonima con sede nel Canton X. _____, che ha il seguente scopo sociale iscritto a registro di commercio:

-.

Nel Cantone Ticino, essa gestisce le cliniche B. _____ e C. _____, le quali sono incluse nell'elenco degli istituti autorizzati a esercitare a carico dell'assicurazione

obbligatoria contro le malattie (decreto del Gran Consiglio del Cantone Ticino del 15 dicembre 2015; RL/TI 853.500). Alla luce dello scopo che persegue e delle attività che svolge, data è quindi anche la sua legittimazione a ricorrere, a tutela dei propri interessi, per chiedere di cancellare dall'allegato 1 RLCpubb/CIAP il riferimento alle cliniche private (precedente p.to A.c dei fatti).

E. 2.3

In questo contesto, a diversa conclusione non conducono nemmeno le obiezioni sollevate dalle autorità cantonali in risposta e duplice; in particolare, sottolineando che l'elenco menzionato, contenuto nell'allegato 1 RLCpubb/CIAP, ha solo carattere "esemplificativo" e che alla richiesta della sua modifica non si aggiunge quella della norma alla quale rinvia (ovvero l'art. 2 LCPubb, che stabilisce "in astratto" i criteri di assoggettamento alla legge sulle commesse pubbliche).

Una cancellazione del riferimento alle cliniche private dall'allegato 1 RLCpubb/CIAP, a seguito della constatazione dell'illiceità della loro inclusione nell'elenco che contiene, permetterebbe infatti all'insorgente di riferirsi alla presente sentenza quale pregiudizio anche qualora si sostenesse la sottomissione alla legge sulle commesse pubbliche delle strutture sanitarie da esser gestite in occasioni future, in applicazione della clausola generale di cui all'art. 2 lett. a e b LCPubb, nonostante questa norma non sia stata impugnata davanti al Tribunale federale e non sia quindi oggetto di litigio.

E. 2.4

Preso atto dei contenuti del ricorso, una legittimazione ad insorgere giusta l'art. 89 cpv. 1 lett. b e c LTF non è invece data per quanto attiene alla richiesta di cancellare dall'allegato 2 RLCpubb/CIAP il riferimento alla legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario del 18 aprile 1989 (LSan; RL/TI 801.100) e il riferimento alla legge ticinese di applicazione della legge federale sull'assicurazione malattie del 26 giugno 1997 (LCAMal; RL/TI 853.100).

A questo proposito, la ricorrente non fa infatti valere nessuna specifica violazione ai sensi dell'art. 95 LTF, quindi nessun valido motivo di ricorso (successivo consid. 3). Nel contempo, indica a chiare lettere di non sentirsi toccata né dalla citazione della LCAMal né da quella della LSan - perché non ritiene di svolgere nessuna attività sussidiata - e che la richiesta della loro cancellazione dall'allegato 2 è motivata solo dal fatto che lo stesso sarebbe "fuorviante" e comprometterebbe "la sicurezza del diritto", ciò che non basta (precedente consid. 2.1, dal quale risulta la necessità di un interesse proprio, che la ricorrente stessa sembra qui negare; successivo consid. 3.2, in cui viene tra l'altro indicato che questa Corte annulla una disposizione cantonale o parte di essa solo se non si presta a nessuna interpretazione conforme al diritto di rango superiore, non già perché essa potrebbe indurre a malintesi).

E. 2.5

Per quanto precede, in difetto della necessaria legittimazione ad insorgere, la conclusione con cui è chiesta la modifica dell'allegato 2 (ovvero la cancellazione, dalla lista esemplificativa degli atti normativi che disciplinano l'erogazione di sussidi ai committenti suscettibili di essere assoggettati ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. b della legge, del riferimento alla LSan e del riferimento alla LCAMal) dev'essere dichiarata inammissibile.

In relazione alla conclusione con cui è domandata la modifica dell'allegato 1, il gravame va invece esaminato nel merito, quale ricorso ordinario in materia di diritto pubblico giusta gli art. 82 segg. LTF.

E. 3.1

Con il ricorso in materia di diritto pubblico è tra l'altro possibile lamentare la violazione del diritto federale, del diritto internazionale e del diritto intercantonale (art. 95 lett. a, b, e LTF). Il Tribunale federale applica d'ufficio il diritto federale (art. 106 cpv. 1 LTF); nondimeno, tenuto conto dell'onere di allegazione e motivazione posto dalla legge (art. 42 cpv. 1 e 2 LTF), si confronta di regola solo con le censure sollevate. Il ricorrente deve pertanto indicare in cosa consiste la lesione del diritto e su quali punti l'atto contestato viene impugnato (DTF 134 II 244 consid. 2.1).

E. 3.2

Esigenze più severe valgono poi in relazione alla violazione di diritti fondamentali, inclusi quelli ancorati nel diritto internazionale, e del diritto intercantonale. Il Tribunale federale tratta infatti critiche in tal senso solo se sono state motivate con precisione (art. 106 cpv. 2 LTF ; DTF 142 II 369 consid. 2.1; sentenza 2C_987/2018 del 23 aprile 2019 consid. 2.1). Nel contesto di un controllo astratto, questa Corte si impone nel contempo un certo riserbo, annullando una disposizione cantonale soltanto se non si presta a nessuna interpretazione che sia conforme al diritto di rango superiore (DTF 141 I 78 consid. 4.2 e 135 II 243 consid. 2).

E. 4.1

In coda a una dettagliata parte introduttiva, l'insorgente giunge nel ricorso alla conclusione che "le cliniche private non rientrano nel campo di applicazione soggettivo del diritto delle commesse pubbliche di rango superiore (GPA, APBAP, LMI e CIAP) " e, di conseguenza, che l'atto normativo impugnato estenda il campo di applicazione della legge ticinese sulle commesse pubbliche alle cliniche private in maniera autonoma.

Osservato come ciò sia di per sé lecito, e che - a suo avviso - l'atto impugnato non si pone dunque in contrasto con il diritto di rango superiore in materia di commesse pubbliche, considera però che l'estensione del campo di applicazione soggettivo operata dalle autorità ticinesi non sia tutelabile, poiché lede la libertà economica (art. 27 in relazione con l' art. 94 Cost.).

E. 4.2

In relazione all' art. 27 Cost. il ricorso - che è qui determinante, poiché le nuove linee di argomentazione espone in replica sono tardive e non vanno quindi considerate (DTF 135 I 19 consid. 2.2; 132 I 42 consid. 3.3.4; sentenza 8C_398/2020 del 2 settembre 2020 consid. 1.1) - contiene critiche su più piani.

In effetti, riferendosi anche all' art. 36 cpv. 1-3 Cost. e all' art. 94 cpv. 1-4 Cost. , esso denuncia:

(a) l'assenza di una base legale sufficiente: siccome la sottomissione alla normativa cantonale sulle commesse pubbliche delle cliniche private risulterebbe in maniera chiara solo dall'atto impugnato (RLCPubb/CIAP) e non già dalla legge (LCPubb), e quest'ultima nemmeno contiene una delega legislativa in favore del Consiglio di Stato ticinese;

(b) l'assenza di un (ulteriore) interesse pubblico: dato che il rispetto del principio dell'economicità, che sottende alla normativa sulle commesse pubbliche, sarebbe già salvaguardato sia dal fatto che la ricorrente è una società di capitali, tesa a conseguire profitti, sia dagli obiettivi cui mira la legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie (LAMal; RS 832.10), alla quale anche la ricorrente è sottoposta (precedente consid. 2.2);

(c) l'assenza di proporzionalità: da una parte, perché l'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche sarebbe assicurato

in primis dal fatto che l'insorgente è un'impresa privata come pure dalle disposizioni della LAMal (inidoneità); d'altra parte, poiché l'atto impugnato le imporrebbe un sacrificio straordinario eccessivo per rapporto all'interesse pubblico al quale mira, "in quanto essa dovrebbe indire decine di concorsi pubblici ogni anno, costringendo a reclutare collaboratori e consulenti esterni specializzati", con maggiori costi e ritardi dovuti a procedure di ricorso contro le singole aggiudicazioni (mancanza di proporzionalità in senso stretto);

(d) un intervento inammissibile dello Stato nella concorrenza tra cliniche private ed Ente ospedaliero cantonale: a questo riguardo, la ricorrente constata infatti che, nonostante in ambito LAMal i fornitori di prestazioni non esercitino un'attività commerciale/industriale "secondo la definizione di organismo di diritto pubblico (DTF 145 II 49 segg.) ", il diritto federale consente comunque l'instaurarsi di una certa concorrenza, e vede quindi la parificazione delle cliniche private all'Ente ospedaliero cantonale anche come un'illecita ingerenza in tale concorrenza.

E. 5.1

Giusta l' art. 27 Cost. , la libertà economica è garantita (cpv. 1) e include la libera scelta della professione, il libero accesso a un'attività economica privata e il suo libero esercizio (cpv. 2). Anche le restrizioni di questo diritto fondamentale devono rispettare le condizioni previste dall' art. 36 Cost. ed essere fondate su una base legale, essere giustificate da un interesse pubblico ed essere proporzionate (sentenza 2C_196/2017 del 21 febbraio 2019 consid. 6.1 non pubblicato in DTF 145 II 49 ; 142 I 99 consid. 2.4.1).

Da un punto di vista soggettivo, la libertà economica può essere invocata sia da persone fisiche che da persone giuridiche (DTF 142 I 162 consid. 3.2.1 e 140 I 218 consid. 6.3). Per lo meno nella misura in cui svolge dei compiti pubblici, non può invece essere richiamata dallo Stato (DTF 142 II 369 consid. 6.2). Del pari, soggetti di diritto privato che svolgono compiti pubblici possono di regola riferirsi alla libertà economica soltanto in maniera limitata (DTF 142 II 369 consid. 6.3.2; 138 I 289 consid. 2.8.1).

E. 5.2

Secondo l' art. 94 cpv. 1 Cost. , la Confederazione e i Cantoni si attengono al principio della libertà economica; la norma citata ha per obiettivo la protezione della garanzia individuale della libertà economica nella sua dimensione istituzionale e sistemica (DTF 143 II 425 consid. 4.2 e 143 I 403 consid. 5).

In questo contesto, lo Stato riconosce che l'economia è principalmente una questione di competenza della società civile e che esso stesso è tenuto a rispettare gli elementi essenziali del meccanismo della concorrenza (DTF 143 I 403 consid. 5; 140 I 218 consid. 6.2 e 138 I 378 consid. 6.3). In via generale, gli è quindi vietato prendere misure suscettibili di

ostacolare la libera concorrenza con lo scopo di favorire determinati settori economici o certe forme di attività economica, rispettivamente di dirigere la vita economica secondo un piano determinato (DTF 143 I 403 consid. 5). Giusta l' art. 94 cpv. 4 Cost. , sono ammissibili deroghe al principio della libertà economica, in particolare anche i provvedimenti diretti contro la concorrenza, soltanto se previste dalla Costituzione o fondate su regalie cantonali.

E. 6.1

Anche la ricorrente è conscia del fatto che chi agisce quale gestore di istituti autorizzati a esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie non sta svolgendo un'attività commerciale (al riguardo, cfr. il precedente consid. 4.2, critica riassunta alla lett. (d), che fa riferimento alla DTF 145 II 49).

In effetti, nella citata DTF 145 II 49 - concernente una società anonima in mani pubbliche, che gestisce un ospedale incluso nell'elenco cantonale degli istituti autorizzati ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie - il Tribunale federale ha già analizzato nel dettaglio questo aspetto giungendo alla conclusione: (a) che, nell'ambito in cui si trovano ad operare gli istituti inclusi nel citato elenco, non vi sono sufficienti garanzie di una utilizzazione economica delle risorse pubbliche, come avviene in una situazione di concorrenza, nella quale i prezzi sono determinati dalla domanda e dall'offerta (ivi, consid. 4.5.3.3-4.5.3.8 e 4.5.6); (b) che, di conseguenza, date non sono neppure le condizioni per considerare l'attività in questione come

di carattere commerciale e fare a meno dell'applicazione della normativa sulle commesse pubbliche (consid. 4.5.6).

E. 6.2

Ciò nonostante, contrariamente a quanto indicato dalle autorità cantonali in risposta, un richiamo all' art. 27 Cost. da parte di cliniche private come la ricorrente non è a priori escluso.

In effetti è vero che la facoltà di riferirsi all' art. 27 Cost. può essere riconosciuta solo quando chi vi si richiama svolge l'attività in questione in condizioni di concorrenza, analogamente a quanto avviene tra dei concorrenti privati (DTF 142 II 369 consid. 6.4 e 138 II 289 consid. 2.8.1), e che una clinica privata non può riferirsi alla libertà economica nemmeno in relazione alla decisione dell'ente pubblico di modificare il suo finanziamento, includendola o no nel citato elenco (DTF 138 II 398 consid. 3.9.2 e 132 V 6 consid. 2.5.2 e 2.5.4). Altrettanto vero è però che - per altri aspetti, come quello della scelta dei partner commerciali - il richiamo all' art. 27 Cost. resta in via di principio possibile (DTF 132 V 6 consid. 2.5.1).

E. 6.3

Fatte queste precisazioni - necessarie anche alla luce della risposta delle autorità cantonali, che sembra volere escludere ogni facoltà di richiamo in tal senso da parte della ricorrente - va però rilevato che le argomentazioni che sono state riassunte nel precedente considerando 4.2 (lett. a-d), addotte a dimostrazione della lesione dell'art. 27 in relazione con l' art. 36 Cost. , non possono essere condivise.

(a) critica relativa all'assenza di una base legale

Come sottolineato dalle autorità cantonali, l'allegato 1 RLCPubb/CIAP, impugnato dall'insorgente, non estende affatto il campo d'applicazione della legge sulle commesse pubbliche a casi da essa non contemplati, di modo che non si pone nessuna questione di delega legislativa (al riguardo, cfr. la sentenza 2C_297/2014 del 9 febbraio 2016 consid. 10, non pubblicato in DTF 142 I 16). D'altra parte, occorre concordare con le stesse anche quando indicano - con riferimento all'art. 2 LCPubb, cioè a una legge in senso formale - che l' art. 36 cpv. 1 Cost. è in casu rispettato.

In effetti, da una lettura dell'art. 2 lett. a e b LCPubb, i criteri alla base di un assoggettamento soggettivo degli "altri committenti" risultano chiari e il fatto che il legislatore ticinese non indichi uno a uno i committenti - come parrebbe richiedere la ricorrente - è manifestamente riconducibile al numero indefinito di fattispecie che la norma di legge è chiamata in astratto a regolare (DTF 141 V 688 consid. 4.2.2; 138 I 378 consid. 7.2 e 131 II 13 consid. 6.5.1).

(b) critica relativa all'assenza di un interesse pubblico

Come rilevato nel precedente considerando 6.1 con riferimento alla DTF 145 II 49 , nell'ambito qui in discussione, concernente l'attività svolta da chi è incluso nell'elenco degli istituti autorizzati ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie, non vi sono sufficienti garanzie di una utilizzazione economica delle risorse pubbliche e l'applicazione della legislazione in materia di commesse pubbliche mira proprio a compensare questa mancanza.

A differenza di quanto asserito dall'insorgente, l'interesse pubblico che sottende all'assoggettamento dell'insorgente a tale normativa - che è richiesto dall' art. 36 Cost. per la limitazione di un diritto fondamentale quale è anche la garanzia della libertà economica - è quindi dato.

(c) critica relativa all'assenza di proporzionalità

Già perché si basa sull'errata premessa che, nel contesto richiamato, l'impiego parsimonioso delle risorse sia comunque assicurato - mentre la DTF 145 II 49 chiarisce che così non è - perché il quadro giuridico in cui operano le cliniche private iscritte nell'elenco degli istituti autorizzati ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie non fornisce sufficienti garanzie di una utilizzazione economica delle risorse pubbliche, come avviene in una situazione di concorrenza (precedente consid. 6.1), anche la critica volta a contestare l'idoneità dell'inclusione delle cliniche private nell'allegato 1 del RLCPubb/CIAP non può essere d'altra parte condivisa.

Per quanto miri a denunciare una mancanza di proporzionalità in senso stretto, quindi il "sacrificio eccessivo" che le verrebbe richiesto nel dovere applicare la LCPubb, va invece constatato che la critica contenuta nel ricorso è solo abbozzata e quindi lesiva dell' art. 106 cpv. 2 LTF , che impone di motivare la violazione di diritti fondamentali in modo circostanziato (precedente consid. 3.2; DTF 142 II 369 consid. 2.1 e 139 IV 229 consid. 2.2; sentenza 2C_180/2014 del 28 giugno 2016 consid. 9.8 non pubblicato in DTF 143 II 297). Indipendentemente da ciò, essa parte poi di nuovo dalla premessa che l'assoggettamento alla LCPubb non perseguirebbe di fatto nessun valido interesse pubblico, che è però errata.

(d) critica relativa alla lesione dell' art. 94 Cost.

Infine, respinta dev'essere anche la censura con la quale l'applicazione della legge sulle commesse pubbliche alle cliniche private viene letta come un intervento in contrasto con l'

art. 94 Cost.

Come detto, la misura in questione non ha infatti l'obiettivo di limitare la concorrenza in un determinato settore, né persegue interessi economici particolari, volti ad intaccare il funzionamento di un mercato specifico tra attori privati (precedente consid. 5.2), bensì quello - supportato da un chiaro interesse pubblico - di garantire un uso parsimonioso delle risorse pubbliche da parte di tutti gli operatori iscritti nell'elenco degli istituti autorizzati ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie, siano essi degli ospedali pubblici o delle cliniche private (precedente consid. 6.1; DTF 145 II 49 consid. 4.5.2.2; 4.5.3.1 e 4.5.3.7 con riferimento all' art. 49a LAMal).

E. 6.4

Per quanto precede, tutte le critiche con le quali viene fatta valere un'illecita limitazione della libertà economica risultano infondate ed essendo la violazione dell' art. 27 Cost. l'unica censura ai sensi dell' art. 95 LTF sollevata contro l'atto normativo impugnato, il suo rigetto porta anche a quello del ricorso, senza la necessità di una determinazione sulla correttezza o meno delle premesse che pure conteneva (precedente considerando 4.1).

E. 7

Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è respinto, poiché infondato. Le spese giudiziarie seguono la soccombenza (art. 66 cpv. 1 LTF); non sono dovute ripetibili (art. 68 cpv. 3 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.