

Pubblicato il 26/07/2019

N. 05293/2019REG.PROV.COLL.
N. 10613/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10613 del 2018, proposto da Istituto Diagnostico Varelli S.r.l., Lab Net, Coleman S.p.A, Gerba, Biomedical di Francesco Barone & C. Snc, Soc. Arenella S.r.l. di Masi Anna Maria & C., Aspat Associazione Sanita' Privata Accreditata Territoriale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Patrizia Kivel Mazuy, Maria Rosaria Amodio, Claudia Piscione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Campania, Asl Napoli 1 Centro, Asl Benevento, Asl Avellino, Asl Napoli 2 Nord, Asl Napoli 3 Sud, Asl Caserta non costituiti in giudizio;

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Salute, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Commissario Ad Acta per L'Attuazione del Piano di Rientro Sanitario Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Asl Salerno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato

e difeso dall'avvocato Valerio Casilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 6684/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero della Salute, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Commissario Ad Acta per L'Attuazione del Piano di Rientro Sanitario Regione Campania e dell'Asl Salerno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2019 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Patrizia Kivel Mazuy e l'avvocato dello Stato Roberta Guizzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Istituto Diagnostico Varelli s.r.l., Lab Bet, Coleman s.p.a., Gerba, Biomedical di Francesco Barone & C. s.n.c., Arenella s.r.l. di Masi Anna Maria & C., con sedi nel territorio delle AA.SS.LL. di Napoli 1 Centro, Napoli 2 Nord e Napoli 3 Sud - tutte strutture sanitarie che erogano prestazioni di laboratorio di analisi cliniche e altre prestazioni afferenti la macroarea della specialistica ambulatoriale (radiologia, diagnostica per immagini, cardiologia, FKT, medicina nucleare) in regime di accreditamento con il Servizio Sanitario Regionale - nonché l'Aspat, Associazione sanità privata accreditata territoriale, hanno proposto dinanzi al TAR Campania due distinte domande giudiziali: rispettivamente ai sensi degli artt. 31 (accertamento della illegittimità del silenzio – rifiuto) e 117 c.p.a. (silenzio su domanda di accesso). In particolare, hanno lamentato: a) l'inerzia serbata dal Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di Rientro Sanitario nella Regione Campania e dalle

altre amministrazioni, invano sollecitate con atto di diffida del 3 agosto 2018, in ordine alla programmazione dei volumi e dei budget prestazionali nonché alla predisposizione degli accordi contrattuali per l'anno 2018 e 2019 relativamente alla macroarea della specialistica ambulatoriale, previa individuazione e rideterminazione del fabbisogno programmato: 2. Illegittimità del diniego di accesso agli “esiti dei lavori di cui alla Commissione di cui al decreto dirigenziale n. 55/2017 in riferimento alla offerta di prestazioni della Macroarea di specialistica ambulatoriale, agli atti relativi all'attività di monitoraggio ed applicazione della cd. trimestralizzazione alle strutture istanti, allo stato di avanzamento dell'attività programmatoria finalizzata alla determinazione dei tetti 2018-2019”.

E' successo che in data 31 ottobre 2018 il Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di Rientro Sanitario nella Regione Campania ha adottato il decreto n. 84, recante ad oggetto *“Limiti di spesa assegnati agli erogatori privati di prestazioni assistenza specialistica ambulatoriale per l'esercizio 2018 e altre disposizioni relative all'assistenza ospedaliera erogata dalle strutture private”*.

Alla luce di tale sopravvenienza il TAR ha ritenuto fosse integrata una causa di improcedibilità dell'azione. Quanto alla mancata definizione del procedimento di rideterminazione del fabbisogno sanitario attualizzato della Regione Campania nella macroarea della specialistica ambulatoriale (quale attività provvedimento presupposta alla determinazione dei limiti di spesa), sulla cui domanda le ricorrenti hanno insistito, il TAR ha osservato che *“parte ricorrente chiede una verifica giudiziale in ordine alla congruità dei tetti di spesa per la macroarea della specialistica ambulatoriale, stante la presunta mancata individuazione del fabbisogno (atto presupposto)”*, affermando che *“tale sindacato esula dall'ambito di applicazione del rito ex artt. 31 e 117 c.p.a.”*.

Ha aggiunto, quanto al budget 2019: *“va respinta la domanda di accertamento della illegittimità del silenzio sulla definizione della regolamentazione patto economico-finanziaria e la conseguente predisposizione dei contratti per l'annualità 2019; al riguardo, difetta il presupposto dell'obbligo di provvedere ex art. 2 della L. n. 241/1990,*

trattandosi per l'appunto di programmazione riferita ad una annualità non ancora iniziata, tenuto conto del consolidato orientamento giurisprudenziale che ammette, ritenendola anzi fisiologica, la determinazione con effetti retroattivi dei tetti di spesa regionali anche in una fase avanzata dell'anno".

Infine, il TAR ha respinto la domanda tesa all'ostensione documentale. Ha in particolare ritenuto legittimo il diniego in quanto *"il diritto di accesso è escluso nei confronti degli atti infraprocedimentali diretti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; - inoltre, l'istanza di accesso qui azionata si rivela comunque inammissibile ai sensi dell'art. 24, comma 3, della L. n. 241/1990, essendo chiaramente preordinata a consentire il controllo dell'attività posta in essere dall'amministrazione sanitaria, rivelando in ciò il proprio carattere esplorativo, quindi la sua estraneità al perimetro dell'accesso delineato dagli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990 (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 4550/2018)".*

Avverso la sentenza hanno proposto appello le originarie ricorrenti.

Secondo le appellanti la sentenza violerebbe il disposto di cui all'art. 112 del codice del processo civile, applicabile anche al processo amministrativo, secondo il quale *"il giudice deve pronunciare su tutta la domanda..."*. Nel caso di specie il Tar avrebbe ignorato l'esistenza di tale obbligo in relazione alla domanda introduttiva tesa all'accertamento del silenzio sulla determinazione del fabbisogno prestazionale della macroarea della specialistica ambulatoriale.

Gli appellanti censurano altresì la sentenza nella parte in cui rigetta la domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio sulla determinazione della regolazione del rapporto concessorio per l'annualità 2019, nonché nella parte in cui ritiene legittimo il rigetto della richiesta di accesso. Quanto a quest'ultimo punto la sentenza non terrebbe conto che, ai sensi del d.lgs. n. 33/2013 e s.m.i., gli atti afferenti la programmazione dell'offerta del servizio sanitario e dell'acquisto di prestazioni sanitarie sono soggetti ad un accesso generalizzato che incontra limiti eccezionali, assolutamente non ricorrenti nel caso in esame.

Nel giudizio si è costituita l'Azienda Sanitaria Locale di Salerno. La stessa ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, ritenendo che il potere del quale si è stigmatizzato il mancato esercizio, sia in capo agli organi regionali, e specificamente, nella vicenda de qua, del Commissario ad acta per il P.R.S. della Regione Campania.

Le amministrazioni statali chiamate in giudizio e il Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro sanitario della Regione Campania si sono costituiti senza svolgere difese.

Il Collegio ha disposto istruttoria. In particolare ha ordinato al Commissario ad acta di chiarire se: *a) sia stata o meno avviata un'autonoma procedura di rilevazione del fabbisogno assistenziale sanitario attualizzato nella macroarea della specialistica ambulatoriale, sulla base di quanto anche previsto dal decreto n. 14 del 01/03/2017 per gli anni 2018/2019.*

b) Nel caso affermativo, quale siano gli adempimenti istruttori già svolti e i tempi previsti per la conclusione del procedimento.”

Il Commissario ad acta non ha fornito alcun riscontro nei termini assegnati.

La causa è stata, da ultimo, trattenuta in decisione all'udienza dell'11 luglio 2019.

Ritiene il Collegio che l'appello sia fondato.

E' pacifico fra le parti che la domanda principale del ricorso in primo grado fosse (anche) l'accertamento del silenzio inadempimento sulla determinazione del fabbisogno prestazionale della macroarea della specialistica ambulatoriale. Il DCA n. 84/2018, sopravvenuto, non accenna all'esistenza di un provvedimento regionale di determinazione del fabbisogno, indi il primo giudice non era esonerato dall'obbligo di pronunciare.

L'atto di determinazione del fabbisogno è atto amministrativo doveroso, autonomo e indipendente dall'atto di determinazione dei tetti di spesa e degli schemi di contratto. In proposito il comma 1 dell'art. 8quater prevede che l'accreditamento istituzionale è rilasciato dalla regione alle strutture autorizzate, pubbliche e private, subordinatamente alla “...loro funzionalità

rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti” e aggiunge che “Al fine di individuare i criteri per la verifica della funzionalità rispetto alla programmazione nazionale e regionale, la regione definisce il fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano Sanitario Regionale per garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, nonché gli eventuali livelli integrativi locali e le esigenze connesse all'assistenza integrativa di cui all'art. 9...”.

Sono poi numerosi gli atti attuativi che ribadiscono l'obbligo della definizione del fabbisogno assistenziale: l'acta XI della deliberazione del Consiglio dei Ministri 10/7/2017; lo stesso decreto commissariale n. 18 del 1/3/2018.

Nel caso di specie l'obbligo in parola non è stato adempiuto né per il 2018, né per il 2019. L'istruttoria disposta dal Collegio e tesa a verificare lo “stato dell'arte” non ha trovato riscontro, sicché non è dato sapere se il Commissario ad acta per il P.R.S. della Regione Campania abbia o meno avviato il procedimento di determinazione del fabbisogno prestazionale *de quo* e quale sia l'attuale stato del procedimento o le eventuali difficoltà insorte.

Certo è che, alla luce dei fatti non contestati e degli atti versati nel giudizio, non può che essere affermato l'obbligo del Commissario di provvedere per entrambi gli anni (2018/2019).

In difetto di indicazioni o osservazioni da parte dell'amministrazione, il termine che il Collegio reputa congruo è quello di 90 giorni dalla notificazione o comunicazione della presente decisione, decorso il quale il Collegio provvederà alla nomina di un proprio Commissario ad acta incaricandolo di provvedere in luogo dell'amministrazione.

L'appello è fondato anche in relazione al capo relativo alla domanda d'accesso.

I centri e l'associazione di categoria ricorrenti lamentano l'illegittimità del silenzio in ordine alla richiesta di accesso di cui alla diffida inoltrata il 3 agosto 2018 avente ad oggetto *“gli esiti dei lavori di cui alla Commissione di cui al decreto dirigenziale n. 55/2017 in riferimento alla offerta di prestazioni della Macroarea di specialistica ambulatoriale... - gli atti relativi all'attività di monitoraggio ed applicazione*

della cd. trimestralizzazione alle strutture istanti; - lo stato di avanzamento dell'attività programmatica finalizzata alla determinazione dei tetti 2018-2019".

Il TAR ha disatteso la richiesta per due motivi: 1) ai sensi della L. n. 241/1990 il diritto di accesso è escluso nei confronti degli atti infraprocedimentali diretti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; 2) l'istanza di accesso sarebbe chiaramente preordinata a consentire il controllo dell'attività posta in essere dall'amministrazione sanitaria, rivelando in ciò il proprio carattere esplorativo, quindi la sua estraneità al perimetro dell'accesso delineato dagli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990.

La decisione merita riforma. L'art. 5 comma 2 del dlgs 33/2013, proprio "*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*" prevede il diritto di chiunque di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis". La norma sopravanza l'accesso cd "qualificato" di cui agli art. 22 e seguenti, secondo i principi e la logica della piena trasparenza.

Nel caso di specie, non sussistono, del resto, interessi tali da limitare il diritto di accesso.

I limiti sono piuttosto di carattere oggettivo: l'amministrazione non può essere costretta ad elaborare dati o informazioni, ossia a dare notizie ulteriori o di sintesi, rispetto alla semplice ostensione di "dati" o "documenti" contenuti nel fascicolo relativo al procedimento di determinazione del fabbisogno eventualmente avviato.

Con tali precisazioni, anche la domanda di accesso è quindi accolta.

Avuto riguardo alla novità e peculiarità delle questioni appare comunque equo compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, ordina al Commissario ad Acta di provvedere alla determinazione del fabbisogno assistenziale sanitario attualizzato nella macroarea della specialistica ambulatoriale, sulla base di quanto anche previsto dal decreto n. 14 del 01/03/2017 per gli anni 2018/2019, entro e non oltre 90 giorni, con espresso avviso che, in difetto, sarà nominato un ausiliario del giudice, incaricato di provvedere in via sostitutiva.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO