

**N. 02529/2013REG.PROV.COLL.  
N. 07954/2012 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 7954 del 2012, proposto da:

Ente Ecclesiastico Ospedale "F. Miulli", rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Nitti, con domicilio eletto presso Marco Ravaioli in Roma, via Papiniano, 29;

***contro***

Regione Puglia, rappresentata e difesa dagli avv. Sabina Ornella Di Lecce e Maria Grimaldi, con domicilio eletto presso Uffici Delegazione Romana Regione Puglia in Roma, via Barberini, 36;

***nei confronti di***

I.R.C.C.S. Fondazione Salvatore Maugeri;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE II, n. 01097/2012, resa tra le parti, concernente approvazione del documento di indirizzo economico funzionale del servizio sanitario regionale anno 2010 e triennio

2010-2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2013 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Nitti, Di Lecce e Grimaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. L'ente ecclesiastico appellante, che gestisce l'ospedale F. Miulli di Acquaviva delle Fonti, ha impugnato il DIEF (documento d'indirizzo economico funzionale) 2010, approvato con delibera della Giunta Regionale Puglia n. 2866 in data 20 dicembre 2010.

Ha chiesto inoltre la condanna della Regione al pagamento delle differenze tra il tetto di spesa assegnatogli dal predetto DIEF (120.010.000,00) ed il *“valore effettivo dei servizi prodotti e resi nell'interesse del Servizio Sanitario Regionale”* per il 2010 (pari a 128.000.000,00 euro) o addirittura il maggiore importo *“risultante dall'ammontare dei costi effettivamente sostenuti”* per la produzione dei servizi nel 2010 (pari a 144.380.000,00 euro), anche a titolo di risarcimento o di indebito arricchimento.

2. Il TAR Puglia, con la sentenza appellata (Bari, II, n. 1097/2012) ha respinto il ricorso, affermando, in sintesi, che:

a) quanto alla circostanza che la fissazione dei tetti di spesa sia avvenuta in modo retroattivo ed in difetto di istruttoria partecipata, la giurisprudenza

(cfr. Cons. Stato, A.P. n. 3/2012 e n. 4/2012) ritiene che l'affidamento degli operatori non possa ritenersi violato allorché il budget assegnato non si discosti in modo considerevole da quello dell'anno precedente (che assume, pertanto, la valenza di parametro di riferimento), e richiede una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli, mentre le censure dedotte con il ricorso sono preordinate a censurare il ritardo in sé considerato, non l'ampiezza del potere discrezionale esercitato dalla Regione;

b) gli ospedali degli enti ecclesiastici, "classificati" ex lege 132/1968, sotto alcuni aspetti tradizionalmente equiparati a quelli pubblici, non si sottraggono all'imposizione dei tetti di spesa, quanto meno dopo la legge 133/2008, e a maggior ragione dopo la l.r. Puglia 12/2010, e quindi la censura che fa leva sull'inapplicabilità dei tetti di spesa al ricorrente, in quanto riferita all'esercizio 2010, è infondata;

c) le censure attinenti alla determinazione tardiva, ad opera della contestuale d.G.R. n. 2858/2010, delle tariffe riferite ai 54 DRG (voci del tariffario per prestazioni) nuovi ed ai 12 DRG modificati, nonché all'invarianza delle tariffe degli altri DRG, sono inconferenti (e comunque sono state dedotte anche con distinto ricorso, deciso separatamente);

d) le domande subordinate volte ad ottenere, a titolo di risarcimento o indebito arricchimento, le differenze tra tetto di spesa gravato e importo effettivo dei costi di produzione del servizio, sono generiche e sprovviste di prova.

3. L'ente ecclesiastico ha proposto appello.

Il ricorso ripropone le censure disattese dal giudice di primo grado, integrandole con inserimenti di massime giurisprudenziali (di regola,

antecedenti all'orientamento sistematizzato dall'Adunanza Plenaria), oltre che con argomentazioni critiche alla sentenza appellata.

In sintesi, l'appellante prospetta le censure appresso indicate.

3.1. Il TAR ha arbitrariamente accorpato – riducendole alla contestazione della retroattività “in sé” - le articolate censure sviluppate riguardo alla adozione del provvedimento ad esercizio ormai concluso, alla mancata partecipazione al procedimento degli operatori sui quali le scelte andavano ad incidere retroattivamente, alla omessa valutazione comparativa delle esigenze finanziarie con gli effetti (di accumulo dei disavanzi finanziari) prodotti dallo svolgimento dell'attività in assenza di una tempestiva programmazione; così incorrendo in vizio di omessa pronuncia.

3.2. Il TAR, nel richiamare alcuni principi affermati dall'Adunanza Plenaria, li ha estrapolati dal contesto argomentativo complessivo, senza tener conto delle specificità della presente controversia – specificità derivanti dalla natura soggettiva dell'ente ricorrente (in quanto equiparato alle strutture pubbliche, essendo parimenti vincolato dal principio della non rifiutabilità delle prestazioni, e perciò risultando estraneo al meccanismo dei tetti di spesa, a differenza delle altre strutture private) e dei motivi di ricorso (che non si riducono alla contestazione della retroattività in sé, bensì la censurano in relazione all'entità del tempo trascorso ed all'omissione di ogni istruttoria o confronto procedimentale, che avrebbero potuto portare ad individuare soluzioni alternative alla drastica e retroattiva riduzione del *quantum* dei rimborsi dovuti).

3.3. Il TAR ha frainteso il senso dell'impugnazione della d.G.R. n. 2858/2010, che costituisce atto presupposto idoneo, in forza della insufficiente remunerazione tariffaria, a determinare l'illegittimità dei tetti di

spesa contestati.

3.4. Il TAR ha erroneamente ritenuto generica e non provata la pretesa alla condanna al pagamento delle differenze, a titolo di risarcimento o di ingiustificato arricchimento (in quanto indebita esternalizzazione di costi accollati a soggetti terzi), posto che le differenze tra i tetti ed i costi sono state evidenziate e risultano giustificate sulla base di considerazioni tecnico-scientifiche.

4. Si è costituita in giudizio e controdeduce puntualmente la Regione Puglia.

5. Il Collegio ritiene anzitutto opportuno puntualizzare i parametri di legittimità della determinazione retroattiva dei tetti di spesa, individuati dalla giurisprudenza.

L'Adunanza Plenaria, con le citate decisioni nn. 3 e 4 del 12 aprile 2012, dopo aver ribadito che *«i tetti di spesa sono in via di principio indispensabili, date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica»*, ha affermato che *«la fissazione dei tetti in corso di anno, pur se apparentemente in distonia con la finalità di programmazione che ne implicherebbe la caratterizzazione preventiva, risulta la conseguenza fisiologica dei tempi non comprimibili che permeano le varie fasi procedurali previste dalla legge in relazione alla definizione dei fondi all'uso utilizzabili»*. Infatti *«la fissazione dei tetti di spesa non può prescindere dalla conoscenza del dato finanziario di riferimento e ... tale dato risulta definito in modo concreto in corso d'anno»*, con la conseguenza che, vista detta tempistica, *«si appalesa fisiologica la fissazione retroattiva del tetto regionale di spesa anche in una fase avanzata dell'anno»*. Con l'ulteriore conseguenza (già evidenziata nella Adunanza Plenaria n. 8 del 2006) che *«le strutture private, che erogano prestazioni per il Servizio sanitario nazionale nell'esercizio di una libera scelta,*

*potranno aver riguardo - fino a quando non risulti adottato un provvedimento definitivo - all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie relative all'anno in corso».*

Di detti principi, la Sezione ha fatto costante applicazione (cfr. III, 5 febbraio 2013, n. 679; 14 dicembre 2012, n. 6432).

Va sottolineato che, effettivamente, l'ente appellante aveva dedotto, ed ha riproposto censure che non si esauriscono nel contestare la retroattività della fissazione del tetto di spesa.

Il Collegio deve tuttavia osservare che, secondo quanto sopra esposto, stante la (in qualche misura difficilmente evitabile) intempestività della fissazione, l'operatore può fare affidamento sul mantenimento del tetto dell'anno precedente, fino a che non disponga di riferimenti più aggiornati - quali quelli derivanti dalle assegnazioni finanziarie intervenute in corso di esercizio e dalle conseguenti scelte di programmazione finanziaria - in grado di orientare le scelte imprenditoriali.

La tutela dell'affidamento, si risolve nel fondare la pretesa ad ottenere comunque la remunerazione delle prestazioni extra tetto che, sulla base dei riferimenti disponibili, siano state erogate.

A parte ciò, per evitare di dover sottostare ad un tetto di spesa che ritiene insufficiente, l'operatore accreditato deve contestare anzitutto i predetti elementi condizionanti, unitamente al tetto. Non va infatti dimenticato che, una volta raggiunto il tetto, non essendovi obbligo di erogare la prestazione (come si dirà appresso), la struttura privata deve avvertire l'utente che le prestazioni eccedenti il tetto non sono rimborsabili a carico del SSR, e, nel caso che l'utente non accetti di sopportarne il costo, rifiutare la prestazione

(oppure erogarla, assumendosene in proprio, almeno in parte, i costi).

6. Ciò premesso, nel caso in esame, sia la sentenza sia la difesa della Regione sottolineano che il tetto di spesa assegnato non si discosta significativamente da quello dell'anno precedente.

L'appellante nulla esplicita in proposito, né elementi al riguardo sono desumibili con certezza dagli atti di causa.

Invece, la prospettazione dell'appellante è incentrata sulla rivendicazione della spettanza del valore differenziale tra il tetto di spesa assegnato ed il valore delle prestazioni erogate, o dei costi sostenuti per dette prestazioni. La rivendicazione è essenzialmente basata sulla condizione soggettiva di equiparazione agli ospedali pubblici di cui godrebbe l'ospedale Miulli.

In altri termini, ed in buona sostanza, viene chiesto, il riconoscimento del diritto alla remunerazione delle prestazioni erogate extra tetto, e addirittura del diritto alla copertura del disavanzo imputabile all'esercizio di riferimento.

Il riconoscimento di dette pretese contrasta però con l'orientamento assunto dalla Sezione in relazione agli effetti che oggi possono essere collegati a detta equiparazione.

6.1. Quanto all'applicabilità dei tetti di spesa, questa Sezione, con recenti sentenze (cfr., III, 6 febbraio 2013, n. 697 e 8 febbraio 2013, n. 735, la prima delle quali resa su appello dell'ente ecclesiastico odierno appellante, ed entrambe concernenti le pretese patrimoniali di ospedali classificati di enti ecclesiastici della Puglia, e quindi pronunciate anche tenendo conto della disciplina vigente in questa Regione), ha precisato che:

- fino alla legge 133/2008, i tetti di spesa non vincolavano rigidamente la remunerazione delle prestazioni eccedenti, e quindi l'equiparazione, sotto il

profilo della remunerazione delle prestazioni, degli ospedali ecclesiastici classificati alle aziende ospedaliere pubbliche comportava che le prestazioni erogate extra tetto dovessero essere comunque remunerate; con l'ulteriore conseguenza che le previsioni sui tetti di prestazioni e di spesa non potevano essere considerate lesive (costituendo solo un'assegnazione preventiva, suscettibile di essere integrata a fine anno qualora le attività complessivamente svolte risultassero di valore economicamente superiore), e perciò non sussisteva al riguardo un onere di impugnazione del provvedimento con cui detti limiti di remunerazione erano stati stabiliti;

- con l'applicazione, a decorrere dal 2009, della legge 133/2008 (mediante la novellazione degli articoli 8-quater, 8-quinquies e 8-sexies, del d.lgs. 502/1992), tutti gli operatori sanitari, comprese le aziende ospedaliere pubbliche, sono sottoposti ai tetti di spesa, e la remunerazione delle prestazioni extra tetto non è dovuta neanche alle aziende ospedaliere, se non qualora e nella misura in cui (con applicazione di tagli e regressione tariffaria) lo prevedano i criteri stabiliti dalla Regione, a titolo legale ed al di fuori degli accordi contrattuali;

- nella Regione Puglia, secondo il principio espresso dall'articolo 8-quinquies, comma 1, lettera d), criteri per la remunerazione delle prestazioni extra tetto sono stati definiti con l'articolo 17, della l.r. 14/2004 (che ha individuato percentuali fisse di pagamento delle tariffe – c.d. regressione tariffaria) e con l'articolo 18, della l.r. 26/2006 (che ha demandato l'individuazione delle percentuali alla Giunta regionale); successivamente, l'articolo 3 della l.r. 12/2010 (di approvazione del Piano di rientro sanitario), abrogando espressamente le predette disposizioni, ha vietato l'erogazione e remunerazione con oneri a carico del S.S.R. di

prestazioni effettuate al di fuori dei tetti massimi e dei volumi di attività predeterminati annualmente (anche qui in riferimento alla generalità del sistema sanitario);

- ciò, implica proprio la negazione di quella posizione differenziata (in precedenza qualificata dall'obbligo di fornire comunque le prestazioni richieste dall'utenza) rivendicata dall'appellante; ormai l'equiparazione mantiene una valenza (soltanto) ai fini dell'inserimento degli ospedali degli enti ecclesiastici nell'ambito della programmazione sanitaria regionale (definito da provvedimenti di assegnazione di risorse per gli investimenti, di determinazione dei tetti per le prestazioni e delle tariffe di remunerazione, rispetto ai quali l'operatore può tutelarsi mediante azioni impugnatorie), oltre che nel riconoscimento delle medesime tariffe.

6.2. Quanto al ripianamento dei disavanzi, è stato chiarito (dalla citata sentenza n. 697/2013) che:

- l'equiparazione non ha mai riguardato il ripianamento dei disavanzi come tali, per il quale non sussiste un obbligo neppure nei confronti delle aziende ospedaliere pubbliche, posto che nei confronti di esse la decisione della Regione di procedere al ripiano delle perdite non è configurabile come riconoscimento di maggiori oneri rispetto a quelli programmati, bensì come ristoro del capitale netto, a seguito di perdite d'esercizio (rifianziamento del capitale sociale); l'eventuale decisione di ripianare, in tutto o in parte, i disavanzi di soggetti diversi da quelli pubblici, compresi quelli degli enti ecclesiastici, costituisce invece oggetto di una scelta legislativa, o comunque politico-amministrativa, non una conseguenza dell'equiparazione, e non può costituire oggetto di un diritto;

- per i disavanzi, non sussiste un obbligo di ripiano neppure nei confronti

delle aziende ospedaliere pubbliche, posto che nei confronti di esse la decisione della Regione di procedere al ripiano delle perdite non è configurabile come riconoscimento di maggiori oneri rispetto a quelli programmati, bensì come ristoro del capitale netto, a seguito di perdite d'esercizio (rifiinanziamento del capitale sociale). Prerogativa che rientra fra quelle poste a carico di chi detiene la proprietà (cfr. Cons. Stato, V, 18 novembre 2011, n. 6085, 21 novembre 2011, n. 6130 e 3 aprile 2012, n. 1962), e quindi assicura (può assicurare, per scelta politico-amministrativa) il ripianamento agli ospedali pubblici in quanto componenti del patrimonio dell'Amministrazione pubblica;

- la c.d. classificazione, alla base della equiparazione, è frutto di una scelta dell'ente ecclesiastico, che deve ritenersi effettuata a conclusione di una valutazione responsabile delle proprie disponibilità economiche (cfr. TAR Lazio, III, 5 aprile 2006, n. 2427), sia originariamente, sia in relazione al proseguimento delle attività, con determinate caratteristiche quantitative e qualitative (e quindi, con l'onere di apportare adeguamenti, anche restrittivi, nell'offerta di prestazioni sanitarie, qualora il mantenimento dei livelli originari risulti economicamente insostenibile). Se si parte dal presupposto che l'imposizione di vincoli finanziari alla spesa pubblica nel settore sanitario sia costituzionalmente legittima, ed anzi costituisca la premessa indispensabile per la stessa sopravvivenza di un servizio sanitario in grado di assicurare a tutti i livelli essenziali di prestazioni assistenziali, non può che concludersi nel senso dell'inesistenza di un diritto al ripianamento dei disavanzi;

- nei confronti di soggetti diversi da quelli pubblici, la decisione di ripianare, in tutto o in parte i disavanzi, costituisce oggetto di una scelta della Regione

che ha (quando non viene attuata addirittura mediante una legge) un'evidente valenza politico-amministrativa, in quanto incide direttamente sulle possibili destinazioni alternative delle insufficienti risorse disponibili, e che si riverbera sull'assetto complessivo del sistema sanitario, non potendo risultare condizionata dall'equiparazione tra strutture pubbliche e strutture private classificate.

6.3. In conclusione, stante la natura delle pretese avanzate dall'ente appellante, il predetto ridimensionamento della portata della sua equiparazione – con il venir meno del principio dell'obbligo di erogare comunque le prestazioni richieste dall'utenza, con l'opponibilità dei tetti di spesa e con l'inconfigurabilità di una pretesa al ripianamento dei disavanzi – risulta dirimente anche ai fini dei profili di censura (concorrenti con quello della retroattività) incentrati sull'omissione di un'adeguata istruttoria riguardo agli effetti pregiudizievoli della ritardata adozione, e sulla mancata partecipazione degli operatori all'istruttoria tradottasi nella mancata possibilità di esibire e documentare i pregiudizi subiti.

Infatti, nella prospettazione del ricorrente l'illegittimità della mancanza di un'istruttoria partecipata discende dal fatto che essa, sola, avrebbe potuto consentire la corretta ponderazione degli interessi e un'idonea regolamentazione postuma di una gestione già conclusa; come evidenziato dal TAR, costituisce una sorta di corollario della censura sull'illegittimità della fissazione retroattiva e dell'omesso riconoscimento del valore delle prestazioni erogate o dei costi sostenuti, e ne segue le sorti.

6.4. Quanto all'impugnazione (anche) della d.G.R. n. 2858/2010, che costituisce, in forza della insufficiente remunerazione tariffaria, uno dei fattori determinanti dell'insufficienza dei tetti di spesa contestati, il Collegio

osserva che il nesso causale con la d.G.R. n. 2866/2010 è evidente, e quindi non può sostenersi si tratti di censura inconferente.

E' tuttavia corretto affermare che il profilo di censura debba essere deciso in relazione all'impugnazione del provvedimento in via diretta, separatamente proposta e respinta in primo grado con la sentenza del TAR n. 1096/2012 (il TAR sottolinea come il motivo di censura in esame riproduca fedelmente un motivo del ricorso deciso con la predetta sentenza).

Questo Collegio ha deciso (e respinto) il relativo appello con separata sentenza, contestuale alla presente, alla quale può rinviarsi (senza che per questo venga in alcun modo compromessa la tutela della situazione dell'ente appellante).

6.5. Infine, riguardo alle pretese avanzate a titolo di indebito arricchimento, sembra evidente come quello delle prestazioni erogate in regime di accreditamento, in quanto sottoposte a programmazione e tetti di spesa vincolanti, costituisca un sistema "chiuso", nell'ambito del quale non può darsi spazio all'azione di arricchimento, pena la vanificazione dello stesso impianto del sistema.

7. Da quanto esposto discende l'infondatezza di tutti motivi di appello.

La complessità delle questioni affrontate suggerisce di disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2013  
con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)